

LIBRO MEMORIA
XXXII CONGRESO ALAS PERÚ 2019

**DERECHOS, JUSTICIA Y ESTADO.
CONTRADICCIONES Y DISPUTAS ENTRE
INSTITUCIONES, AGENTES, PRÁCTICAS Y FACTORES DE
PODER.**



Coordinadora/es
César Bazán Seminario
Angélica Cuéllar
Aníbal Gálvez
Miguel Serna

ALAS
Asociación Latinoamericana de
Sociología

**LIBRO MEMORIA
XXXII CONGRESO ALAS PERÚ 2019**

**DERECHOS, JUSTICIA Y ESTADO.
CONTRADICCIONES Y DISPUTAS ENTRE
INSTITUCIONES, AGENTES, PRÁCTICAS Y FACTORES DE
PODER.**



**Coordinadora/es
César Bazán Seminario
Angélica Cuéllar
Aníbal Gálvez
Miguel Serna**

ALAS
Asociación Latinoamericana de
Sociología

DERECHOS, JUSTICIA Y ESTADO. CONTRADICCIONES Y DISPUTAS ENTRE INSTITUCIONES, AGENTES, PRÁCTICAS Y FACTORES DE PODER.

CÉSAR BAZÁN SEMINARIO, ANGÉLICA CUÉLLAR, ANÍBAL GÁLVEZ, MIGUEL SERNA (COORD.)

GRUPO DE TRABAJO 10: ESTUDIOS POLÍTICOS, SOCIOJURÍDICOS E INSTITUCIONES

XXXII CONGRESO INTERNACIONAL ALAS PERÚ 2019

©ALAS-ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE SOCIOLOGÍA

PRESIDENCIA ALAS:

Jaime Rios Burga (Perú)

COMITÉ DIRECTIVO:

Dr. Eduardo Arroyo (Perú)

Mg. Briseida Barrantes (Panamá)

Dr. Breno Bringel (Brasil)

Dra. Angélica Cuellar (México)

Dr. Alexander Gamba (Colombia)

Dra. Marina Ortiz (República Dominicana)

Dr. Federico Schuster (Argentina)

Dr. Milton Vidal (Chile)

Dr. Jesús Díaz (República Dominicana)

EDITADO POR:

© ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE SOCIOLOGÍA PERÚ

Jr. Alonso de Molina N° 1231, Dpto. 303 - Santiago de Surco

Lima-Perú

Libro electrónico disponible en:

<http://sociologia-alas.org/>

Primera edición digital, octubre 2021.

Editor: Jaime Rios Burga

Diseño de caratula: Leila Quevedo

Diseño y diagramación: Ángel Aguilar

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú

ISBN: 978-612-5025-22-7

DERECHOS RESERVADOS ALAS ©

ÍNDICE

Introducción

I. Identidades y prácticas en instituciones de justicia10

La administración de justicia para adolescentes en México: la implementación del nuevo sistema integral.

Angélica Cuéllar Vázquez.....11

O "mundo do direito": aspectos da construção das identidades profissionais de advogados e juízes no Brasil.

Lucia Lambert Passos Ramos y Victória Brasiliense de Castro Pires.....23

A omissão judicial diante dos relatos de tortura policial: um estudo a partir de audiências de custódia (recife/pe).

Lara Maria Alves Falcão.....39

Excessos e exceções: mitos de uma Política Criminal.

Paulo Jorge Ribeiro y Cristiane Brandão Augusto.....53

Dos avanços dos direitos humanos às práticas estigmatizadoras e punitivas: a era do grande encarceramento feminino no Brasil.

Maria Adriana da Silva Torres.....69

II. Decolonialidad y ejercicio de derechos85

Reflexiones desde la perspectiva decolonial para una refundación del constitucionalismo y Constitución.

Nilda Garay Montañez.....86

A defensoria pública como instrumento de transformação social e promoção dos direitos humanos no contexto latino-americano.

César de Oliveira Gomes.....102

O direito da consulta prévia como mecanismo de democracia participativa à pessoa humana indígena: (in)sucessos, desafios e possibilidades.

Bruna Monique Machado Simões y Bruno Souza Barbosa.....118

III. Poder judicial, reforma procesal e institucionalidad para la resolución de conflictos133

Direitos humanos e alternativas penais: Relatos de experiências sobre a idealização e implementação do Grupo de Estudos (GEDHAP/VEP/DPMA/TJRI) no Poder judiciário do estado do Rio de Janeiro.

Ana Vitória Gutierrez Carvalho, Vivian Maria Loureiro Felix y Giovana Carlos Conceição.....134

O trabalho escravo e o direito ao trabalho decente sob a perspectiva do desenvolvimento humano: como decide o judiciário brasileiro?.

Baruana Artigo Calado Dos Santos.....147

"Ortodoxia Processual" Como categoria de análise sócio-jurídica: refletindo códigos modelo e reformas processuais na América Latina na segunda metade do Século XX.

Francis Noblat y Delton Ricardo Soares Meirelles.....162

Nueva institucionalidad ambiental estatal en Chile: Estudio de caso.

Alfredo García-Carmona.....183

IV. Pluralismo jurídico y autonomía indígena199

O Acesso à justiça para as mulheres indígenas no estado plurinacional boliviano.

Larissa Cristina de Sousa Ferro.....200

Formas de impartir justicia en comunidades aymaras y quechuas de Bolivia. Una perspectiva desde el pluralismo jurídico.

Héctor Luna Acevedo.....213

Tierra, territorio y autonomía. El proceso de búsqueda de autonomía y autodeterminación en las comunidades mapuches en Chile.

Javier Lastra Bravo.....228

Ordenanzas de pueblos indígenas, apreciaciones de los actores locales en El Salvador.

Miguel Alexander Quintanilla Villegas.....242

V. Estado, campos de poder y elites257

Elites agrárias e estrangeirização de terras: discussões a partir dos sentidos jurídicos e políticos da soberania nacional.

Geraldo Miranda Pinto Neto.....258

Tradición, familia y propiedad: Dinastías, nepotismo y delfinazgo como reproducción social en Colombia.

José Ernesto Ramírez.....270

El principio de subsidiariedad y la globalización económica en América Latina: el caso peruano.

Telma Lucía Basurto Basurto.....298

Élites económicas y Estado en Argentina y Brasil: los gabinetes de Mauricio Macri (2015-) y Michel Temer (2016-2018).

Roberto Cassaglia.....313

INTRODUCCIÓN

El presente libro es resultado de la organización del Grupo de Trabajo número 10 Estudios políticos, Sociojurídicos e Instituciones en el XXXII Congreso Internacional ALAS Perú 2019,¹ con temáticas transversales entre sociología política y jurídica. Nuestro grupo de trabajo buscó comprender las dinámicas y contradicciones entre la extensión de derechos ciudadanos, el reconocimiento y desconocimiento en el funcionamiento práctico de las instituciones estatales —en la administración de justicia, marco jurídico-normativo, y agentes—, así como de la influencia de actores y actoras sociales, y sus implicancias en la legitimidad democrática en América Latina.

La emergencia de nuevas formas de representación, participación y deliberación, que se dan en nuestro continente, han renovado los debates sobre los alcances y modalidades de la ciudadanía y democracia. Por un lado, los impactos de nuevas formas de acción y movilización colectiva activan y de protesta social han puesto desafíos a las formas tradicionales de mediación y a los mecanismos de articulación política de las instituciones públicas. Cambios en las modalidades de las nuevas tecnologías de comunicación, en las formas de organización y en los perfiles sociales (generacionales, de género, de clase, étnicos, entre otros) emergen con fuerza en los debates y análisis públicos. Por otro lado, la ampliación de la agenda de construcción de la ciudadanía en la región se expresa en forma contradictoria y paradójica entre avances en el reconocimiento legal y normativo de nuevos derechos individuales y colectivos, y la persistencia de prácticas de impunidad institucional y de violación sistemática de derechos humanos básicos de amplios sectores de la sociedad.

Durante las últimas décadas en América Latina han existido procesos de cambios y disputas en la distribución del poder y la desigualdad en la región. Por un lado, emergen desde debajo de la sociedad nuevos sectores sociales en la política institucional (indígenas, afrodescendientes, mujeres, movimientos sociales de base y clases subalternas); pero por otro lado, reaparecen élites y sectores sociales tradicionales conservadores junto a nuevos grupos de poder (económicos, medios de comunicación, corporaciones militar-policial). En este marco, el análisis de la configuración y reconfiguración del campo político, de los diversos agentes, sus posiciones y distribución en el espacio político y social es muy relevante para comprender los alcances de los cambios y las dinámicas internas en la estructura de poder.

Sobre el telón de fondo de cambios sociales de largo plazo, nuevos desafíos se presentan a las

¹ El congreso se llevó a cabo entre los días 1 y 6 de diciembre de 2019, en las instalaciones de la Universidad Nacional de San Marcos, en Lima, Perú.

instituciones públicas. La dinámica de la opinión pública, de los medios de comunicación y las nuevas tecnologías de comunicación se aparecen como ámbitos de legitimidad que cuestionan los mecanismos tradicionales de representación política del Estado y los agentes políticos.

Asimismo, la representación electoral se ve ampliada mediante formas extendidas y cambiantes de participación ciudadana, lo que hace más compleja y fragmentada la legitimación y representación de las instituciones públicas. En este contexto, el sistema jurídico-legal y las instituciones públicas se enfrentan a nuevos desafíos y dificultades, entre las inercias de las estructuras institucionales previas y las iniciativas de reformas jurídicas. Emergen pues, contradicciones y disputas entre la creciente politización de la justicia e instituciones públicas, nuevos agentes jurídicos y las dificultades de articular las nuevas demandas y derechos sociales; entre actitudes de desconfianza y desafección ciudadana hacia las instituciones públicas y prácticas y comportamientos sociales paralelos o contrapuestos a los preceptos normativos vigentes.

En este marco, uno de los grandes temas son las transformaciones del derecho y la sociedad. Desde una perspectiva sociolegal nos interesa explorar el quehacer jurídico, en relación a cómo se crea derecho, su funcionamiento, sus instituciones y los actores del derecho. Asimismo, entendemos que el derecho es un fenómeno social. Por ello, es particularmente interesante la pregunta por la distribución del poder en y a través del derecho a nivel local en el marco global. Igualmente, es objeto de atención de la sociología del derecho diversas miradas sobre derechos humanos, corrupción, seguridad ciudadana y criminología, interculturalidad y derecho, interlegalidades y pluralismo jurídico, derechos laborales, capitalismo y derecho, profesiones jurídicas, derecho y globalización, etc. Los temas mencionados son ejemplos de asuntos actuales en las investigaciones sociojurídicas.

Esta diversidad y complejidad de temas quedó reflejado en la amplia aceptación que tuvo nuestro grupo de trabajo durante el congreso. En efecto, se aceptaron 328 propuestas de ponencias², de las cuales 94 fueron respaldadas por un documento escrito con la ponencia completa.

El presente libro reúne una selección de veinte de las ponencias, mostrando una mirada plural focalizada en cinco temáticas que fueron objeto del trabajo en el congreso.

La primera sección aborda la temática de las identidades, narrativas, discursos y prácticas de distintos agentes en las instituciones de justicia. El objetivo de tener una sección que dé cuenta

² Véase la programación en el sitio web oficial del Congreso: <https://www.alasperu2019.pe/wp-content/uploads/2019/11/GT-10-3.pdf>, consulta: 23/09/2020.

de cómo se transforma la práctica jurídica y la identidad de los agentes a raíz de la estructura de las instituciones de administración de justicia permite visibilizar la importancia de analizar a los operadores y las operadoras que interpretan e implementan las normas y así observar si estos velan y protegen los derechos fundamentales de la sociedad. La sección cuenta con cinco textos.

Cuatro son sobre la administración de justicia en Brasil y se enfocan en la construcción de identidades de los abogados y jueces, la política criminal, la cultura punitiva y la tortura policial. El otro texto es sobre la administración de justicia para adolescentes en México en la búsqueda de un sistema integral desde las narrativas de los agentes especializados.

La transición jurídica de los operadores cuando se establecen reformas, leyes, sentencias, decretos o tratados generan nuevas dinámicas entre los agentes jurídicos que reconfiguran el campo jurídico.

La segunda sección titulada Decolonialidad y ejercicio de derechos aborda algunos debates sobre cuestiones constitucionales, así como la emergencia de mecanismos de ejercicio y salvaguarda de derechos en los sistemas jurídicos de la región. Desde una mirada decolonial, la sección se inicia con un artículo que plantea la necesidad de pensar otro constitucionalismo, dejando de lado patrones de ejercicio del poder colonial en el caso peruano. A continuación, siguiendo en el uso de categorías del giro decolonial, se analiza a las defensorías públicas, como instituciones estatales que contribuyen a promover el acceso a la justicia de la población subalternizada. Finalmente, la sección cierra con un artículo dedicado a estudiar el derecho a la consulta previa a pueblos indígenas, examinando si este derecho puede entenderse como un mecanismo de democracia participativa.

En la sección tercera se abre con el eje Poder judicial. En primer lugar se muestra una iniciativa de investigación y acción surgida en Río de Janeiro respecto de derechos humanos y penas alternativas; y en segundo lugar se estudia la jurisprudencia brasilera para la protección de los trabajadores y las trabajadoras ante el trabajo esclavo. El siguiente eje de esta sección son los cambios normativos e institucionales para solucionar conflictos. Por un lado, se estudia el movimiento de código procesales modelo en América Latina, mientras que por otro se analizan las prácticas discursivas de la nueva institucionalidad ambiental estatal chilena.

La cuarta sección examina diversas experiencias de pluralismo jurídico que ejemplifican las luchas indígenas por el reconocimiento y ejercicio de derechos colectivos. Los dos primeros textos tienen que ver con la administración de justicia en el marco de la refundación del estado plurinacional boliviano a partir de la Constitución del 2009. Uno de ellos nos muestra los

desafíos para el ejercicio del derecho de acceso a la justicia para las mujeres indígenas, tanto en los tribunales estatales como en la propia justicia indígena. El otro texto nos muestra el ejercicio de la justicia indígena pero enfrentada por criterios neocoloniales que buscan subordinarla a la justicia ordinaria. Los otros dos textos examinan ciertos avances parciales para el ejercicio de autonomía indígenas en los sistemas jurídicos de Chile y El Salvador.

La quinta sección busca comprender la relación privilegiada de las elites económicas de ejercicio de poder y la influencia sobre el funcionamiento y control del Estado. Las elites económicas en tanto factores de poder fáctico ejercen influencia en forma directa e indirecta en la estructura jurídica y de legitimación del aparato estatal. El primer artículo de la sección es un ejemplo de un tipo de elites económicas basadas en el poder tradicional rural, y como canalizan la defensa y disputa de sus intereses en la salvaguarda jurídica de la propiedad de la tierra en Brasil. Desde otra perspectiva, a continuación se aborda la problemática de la reproducción oligárquica del poder de las elites tradicionales en el caso colombiano. El estudio siguiente reflexiona desde el análisis del Perú sobre la fundamentación de la subsidiariedad del Estado respecto al sector privado en los procesos de globalización económica aperturistas de corte neoliberal. Finalmente, el artículo de cierre aborda otro aspecto de las elites económicas, su influencia política en los gobiernos recientes de Argentina y Brasil.

Las temáticas presentadas no agotan en modo alguno la áreas temáticas transversales entre sociología política y jurídica, aunque espera ser una contribución para repensar las relaciones entre instituciones y agentes estatales, prácticas de reivindicación y salvaguarda de derechos así como factores de poder que ejercen influencia en las relaciones entre Estado, derecho y sociedad.

I. IDENTIDADES Y PRÁCTICAS EN INSTITUCIONES DE JUSTICIA

La administración de justicia para adolescentes en México: la implementación del nuevo sistema integral

Angélica Cuéllar Vázquez¹

Resumen

El problema de adolescentes que quebrantan la ley es un tema toral para el sistema de administración de justicia por su condición de inimputabilidad; por ello, el proceso jurídico es diferente al que lleva a cabo una persona adulta. En este sentido, se observó y analizó cómo los agentes e instituciones de impartición de justicia adoptaron los principios del Nuevo Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes.

La presente ponencia describe el proceso de implementación del nuevo sistema integral que pretende transitar de un modelo de justicia paternalista a uno basado en el resguardo de las garantías de los adolescentes. Este trabajo es producto de una investigación empírica de corte cualitativo, en donde se realizaron entrevistas semiestructuradas y se utilizó la teoría de Pierre Bourdieu para conocer la percepción de los operadores jurídicos especializados en adolescentes del estado de Morelos, México, con ello se analizó el funcionamiento del nuevo sistema integral y las prácticas de sus agentes.

El hallazgo más significativo fue observar los esquemas de clasificación, es decir, cómo conciben y juzgan a los adolescentes los agentes de justicia y en el tratamiento que se les brinda para su reintegración familiar y social.

Palabras clave

Sistema Integral, México, habitus, campo

Introducción

Esta ponencia tiene como objetivo presentar los hallazgos de una investigación sociológica de corte cualitativo sobre la percepción de los operadores especializados en el sistema de justicia integral para adolescentes en el estado de Morelos. Se presenta el contexto socio jurídico en el que se crea la *Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes*, publicada en 2016. Posteriormente, se describen las herramientas teórico-metodológicas utilizadas para interpretar las narrativas de los operadores y conocer su percepción sobre la transición a este modelo integral.

Se presentan los principales hallazgos de esta investigación referidos al concepto de *illusio* de la teoría relacional de Pierre Bourdieu, entendida como la creencia compartida de los

operadores de justicia, así como la percepción y tratamiento que tienen hacia el adolescente en conflicto con la ley.

Por último, se ofrece una reflexión sobre los principales retos y deficiencias del sistema de justicia penal para adolescentes que permita impulsar una visión integral y garantista de la justicia.

La búsqueda de un sistema integral para adolescentes en el Estado de Morelos

La visión de derechos humanos relacionada con la justicia penal para adolescentes es una cuestión reciente en el país. Con la Reforma Constitucional en Materia Penal (RCMP) 2008 y la publicación en 2016 de la *Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes* se implementa un modelo integral de justicia para este grupo social. La discusión referida a juzgar de forma diferenciada a los adolescentes se inserta en un debate internacional de derechos humanos. Concretamente, se observa la apertura del tema de derechos específicos de los niños, niñas y adolescentes con la *Declaración de los Derechos del Niño* (ONU, 1959) y la *Convención sobre los Derechos Humanos* (ONU, 1989). Estos marcos jurídicos buscaban establecer mejores condiciones de vida para los infantes y adolescentes. Por esta razón los Estados miembros implementaron en sus legislaciones e instituciones mecanismos que fortalecieran el pleno desarrollo de este grupo etario.

Los principios en los que se sustenta la *Declaración* y la *Convención* se centran en el respeto de la dignidad humana de todas y todos los niños y adolescentes sin distinción económica, social o racial; el respeto y participación de éstos en la vida democrática, además de considerarlos como individuos con titularidad de derechos específicos referidos a su condición de vulnerabilidad como es a la educación, a la salud, a la alimentación, a contar con padres o tutores y a una vivienda digna.

Estos primeros instrumentos jurídicos contenían un discurso de protección cuyo fundamento es la condición de vulnerabilidad que niñas, niños y adolescentes enfrentan debido a su edad, tales como su desarrollo biológico, psicológico y social. (Garay, 2011) Esta inercia proteccionista se observa en el concepto central de la *Convención*: “el interés superior del niño”, el cual debe ser la piedra angular de las instituciones públicas, las autoridades administrativas, los órganos legislativos y particularmente los sistemas de justicia.

Con la promulgación de estos marcos jurídicos la discusión de los derechos para adolescentes se inscribe en el *campo jurídico*. Para Emilio García Menéndez (2001), existen cuatro instrumentos jurídicos internacionales que impulsaron la instauración del sistema integral de justicia para

adolescentes. Primero, la *Convención sobre los Derechos Humanos* (1989); segundo, las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de menores*, conocidas como "Reglas de Beijing" (ONU, 1985); tercero, las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No privativas de la Libertad*, también llamadas "Reglas de Tokio" (ONU, 1990); y cuarto, las *Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil*, denominadas como "Directrices de Raid" (ONU, 1990). Los principales señalamientos que destacan estos instrumentos con respecto a los sistemas penales juveniles son:

- Reducir la pena de prisión al hacer uso de medidas alternativas y fomentar las medidas de sanción socioeducativas.
- El impulso por prevenir la incidencia delictiva en adolescentes al fortalecer las relaciones familiares y el goce pleno de los derechos.
- El desarrollo de un sistema integral que posicione a los adolescentes como sujetos de derecho con capacidad de decisión y responsabilidad.

Se busca establecer el diseño de un modelo penal especializado en adolescentes, el cual ha sido denominado como de "responsabilidad penal", ya que combina aspectos educativos con medidas sancionadoras o represivas. Este modelo se caracteriza por la responsabilidad del menor de edad en la comisión del hecho delictivo, pero asumiendo que éste debe ser juzgado de manera correspondiente a su grupo etario, además de imponer una medida sancionaría que privilegie su reintegración social.

Esta nueva forma de entender, juzgar y tratar a los adolescentes que comenten un hecho delictivo provocó una coyuntura internacional en materia de justicia penal. Como lo explica Carlos Tiffer (2002), el impulso por reconocer los derechos jurídicos de los adolescentes abrió la puerta para discutir un nuevo modelo de justicia penal que incorporara la protección integral y la reintegración social.

Al tomar en cuenta esta inercia, los Estados miembros comenzaron a modificar sus legislaciones en materia de justicia juvenil. En este aspecto, países como Brasil, El Salvador, Costa Rica, Perú y Venezuela reformaron sus códigos penales para armonizar sus normativas internas con los tratados internacionales de protección integral de los adolescentes.

En el caso de México fue en 2005 que se reformó el artículo 18 constitucional donde se incorporó de manera general el principio de protección integral de los adolescentes. Esta reforma representó un cambio sustancial en el sistema jurídico mexicano para adolescentes pues diferenció los procedimientos penales de menores de edad con los adultos, al destacar que

deberían ser juzgados y tratados de manera específica según su desarrollo biológico y psicológico. El principal objetivo de la reforma es garantizar el bienestar de los menores sujetos a procesos jurídicos al cambiar el modelo punitivo y tutelar a uno oral acusatorio que privilegia las medidas alternativas para alcanzar un fin socioeducativo hacia la reinserción social y garantice sus derechos. Con base en esto, se elaboró un modelo integral de justicia penal. Éste incorporó las siguientes características:

- Asumir a los adolescentes como personas en desarrollo.
- Procurar el interés superior del niño al utilizar la privación de libertad como último recurso jurídico y fomentar el uso de medidas alternativas que procuren la reinserción social.
- ☒ Implementar un sistema especializado que cuente con capacitación de todos los operadores de justicia.
- Incorporó los principios del modelo penal acusatorio adversarial como son el de oralidad, de oportunidad, de publicidad, de inmediación, de concentración, de contradicción, y de igualdad procesal.

Es importante señalar que en el caso de Morelos el sistema de justicia penal oral acusatorio para menores de edad se implementó en 2007, antes de la entrada en vigor de la RCMP. Con la aprobación de la *Ley Orgánica del Tribunal Unitario de Justicia para Adolescentes y Juzgados Especializados* se creó un tribunal unitario especializado para juzgar a los menores de edad, el cual inició sus actividades en 2008 dentro de las instalaciones del Tribunal Superior de Justicia del estado de Morelos. El objetivo del tribunal es garantizar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad para los menores y la procuración de los derechos fundamentales de la víctima y del imputado.

Pierre Bourdieu: el campo jurídico y el habitus de los agentes especializados en el sistema de justicia para adolescentes

La creación del Tribunal Unitario de Justicia para Adolescentes (TUJA) introduce una nueva forma de concebir y juzgar a los adolescentes en conflicto con la ley. Por esta razón, es importante preguntarnos: ¿Cuáles son las percepciones compartidas de los operadores especializados en justicia para adolescentes? ¿Qué nuevas prácticas, habilidades y conocimientos han adquirido estos operadores con la implantación del sistema integral? ¿Cuáles son los obstáculos o áreas de oportunidad que los operadores perciben en esta nueva forma de juzgar a los adolescentes?

Para responder estas interrogantes se realizó una investigación sociológica de corte cualitativo

que permitió conocer las percepciones de los operadores especializados en adolescentes en el estado de Morelos. Como se mencionó, este estado fue uno de los primeros en establecer el sistema integral y el modelo acusatorio oral para menores infractores. Por esta razón, se llevaron a cabo entrevistas a profundidad semiestructuradas a jueces de control, de juicio oral y de ejecución, defensores y fiscales. Éstas fueron transcritas y analizadas mediante la técnica de codificación que permitió construir categorías y subcategorías para unificar el sentido de las narrativas de estos agentes de justicia. Las categorías que se construyeron fueron: Prácticas de los operadores, Percepción sobre el adolescente en conflicto con la ley, Función del tribunal y Antiguo sistema.

Las entrevistas y las categorías fueron interpretadas desde la teoría relacional del sociólogo francés Pierre Bourdieu. Al seguir al autor, se entienden a las instituciones de administración de justicia como un lugar específico del *campo jurídico*, es decir, como espacio en donde se establecen un "conjunto de relaciones objetivas e históricas entre posiciones ancladas a ciertas formas de poder (o capital)." (Bourdieu & Wacquant, 2005, págs. 41-42) Estos espacios estructurados de posiciones moldean formas específicas de pensar y actuar dentro del mundo social que son denominados *habitus*. Para el autor, los *habitus* son definidos como sistemas de disposiciones duraderas y transferibles, éstos se encuentran interiorizados en los individuos en forma "esquemas mentales y corporales de percepción, apreciación y acción." (Bourdieu & Wacquant, 2005, pág. 42) De esta manera, ambos conceptos, *habitus* y *campo*, expresan la doble determinación: lo social hecho cosa y lo social hecho cuerpo, es decir, la historia objetivada en las instituciones y en los agentes. (Bourdieu, 2009) En el caso específico del espacio jurídico para el sociólogo francés el Derecho debe entenderse como *campo*, es decir:

El lugar de una concurrencia por el monopolio del derecho de decir el derecho, esto es, la buena distribución (nomos) o el buen orden en el que se enfrentan agentes investidos de una competencia inseparablemente social y técnica, que consiste esencialmente en la capacidad socialmente reconocida de interpretar (de manera más o menos libre o autorizada) un corpus de textos que consagran la visión legítima, recta, del mundo social. (Bourdieu, 2000)

Para Bourdieu, cualquier espacio social comprendido como *campo* posee una *illusio*, es decir, una creencia compartida por los agentes que participan en este espacio, y que los motiva a aceptar las reglas y los intereses que en éste se disputan. Las *disposiciones*, en tanto formas de ver y actuar en el mundo, son las formas en las que se manifiesta esta *illusio*. Al seguir este argumento, con el concepto de *disposición* se observa cómo los operadores especializados en adolescentes interiorizan la dinámica práctica del campo jurídico, y cómo ésta coincide con una lógica específica de este espacio social comprendida como *illusio*.

La *illusio* de los operadores en el nuevo sistema de justicia para adolescentes

Para los operadores entrevistados la especialización es una condición necesaria para tratar con menores, ésta debe reflejarse en las diferentes etapas del proceso penal y en los agentes que participan en ellas. La especialización debe estar acompañada por el conocimiento del sistema acusatorio adversarial, es decir, con el dominio de la oralidad y el resguardo de los derechos de víctima y del imputado. Esto significa un doble requerimiento en las *disposiciones* de estos operadores: primero, una especialización en el trabajo con adolescentes, y segundo, un conocimiento en el modelo oral adversarial. Un operador señala que esto significa un trabajo considerable en capacitación y en aprendizaje:

Tenemos que sumar esfuerzos en la capacitación porque nosotros no solamente estamos especializados en adolescentes, sino que además debemos de estar especializados en un sistema acusatorio y, otra circunstancia que se desprende colateralmente de esto es que todos los tribunales de las entidades federativas cumplan la especialización, no solamente desde el perfil del funcionario sino orgánico. (Juez 2)

La especialización reside principalmente en el conocimiento de las necesidades específicas de los adolescentes, como grupo vulnerable. Por esta razón, es

importante contar con conocimientos sobre psicología que permita reconocer sus intereses y situaciones específicas. Un operador señala al respecto:

Con este nuevo sistema se exige en todos los operadores [...] la especialización que no solamente nos permite conocer el andamiaje jurídico de cuáles son los derechos aplicables al sistema de adolescentes, sino que también debemos de tener conocimientos en psicología del desarrollo humano para poder comprender y entender esta etapa de adolescencia por donde transitan el o los adolescentes que van a estar inmersos en el sistema, porque no los debemos de considerar como seres incapaces sino que son personas que están creciendo. (Juez 1)

En este aspecto, es importante destacar que para los operadores la capacitación ha sido deficiente. Sobre esta cuestión, los jueces son lo que han señalado con mayor énfasis la falta de profundización en temas esenciales para comprender y tratar con los adolescentes, tales como la conducta, el desarrollo psicológico y el lenguaje. Éstos señalan:

Aquí (en la Fiscalía) nunca hemos recibido una capacitación idónea al respecto, aquí algunos jueces hemos buscado la capacitación en otros lados, hemos recibido sensibilizaciones respecto a los muchachos, cómo piensan, cómo reaccionan. (Juez 4)

¿Qué necesitamos? Que el Estado se preocupe por el Sistema de Justicia Penal para adolescentes. Esto implica el destino de recursos materiales, el destino de recursos humanos, pero también exige una correcta capacitación en la práctica. (Juez 2)

La falta de capacitación es entendida por los operadores como una falta de compromiso de la Fiscalía y del gobierno del estado, por apoyar la transición del sistema para adolescentes. Los recursos asignados para la capacitación y para infraestructura son insuficientes para la carga de trabajo y el servicio especializado que el modelo integral necesita.

Esta nueva disposición del sistema integral contiene una forma específica de entender y juzgar al adolescente en conflicto con la ley. Según lo explican los operadores entrevistados, el sistema trata con individuos que están en desarrollo biológico y psicológico, los cuales no cuentan aún con la capacidad de tomar decisiones y de asumir responsabilidades:

(...) el sistema de adolescentes no se puede entender, a menos que comprendamos que los seres humanos con los que tratamos son distintos, que están en unas condiciones diferentes y que el adolescente no puede ni entender, ni actuar como adulto. (Juez 1)

(...) vamos a trabajar con personas que no tienen definida su identidad, personas que están también definiendo su personalidad, personas que todavía sus funciones cognitivas de su corteza pre frontal (...) todavía no están desarrolladas, personas que hormonalmente están a flor de piel. (Defensor 2)

A esta falta de desarrollo psicológico propio de la etapa de la adolescencia se añaden las situaciones de precariedad, de violencia y de disfunción familiar que se manifiestan de manera recurrente en los casos de adolescentes en conflicto con la ley, las cuales deben tomarse en cuenta por parte de estos operadores:

La mayoría de los adolescentes que tenemos en el sistema, provienen de familias desintegradas, proviene de familias donde impera violencia intrafamiliar, provienen de familias en donde lamentablemente uno de los padres tiene un vicio muy arraigado. Proviene de situaciones de [marginalidad] social, provienen de familias en donde los recursos son escasos (...) han terminado, si es posible la primaria, pero no la secundaria y tenemos un número muy alto de adolescentes que no han terminado siquiera la primaria. (Juez 3)

Esta complejidad en la situación de los adolescentes en conflicto con la ley ocasiona que los propios operadores tengan una percepción ambivalente sobre los menores. Se les contempla como parte de un grupo vulnerable que deben proteger por su situación de desarrollo y precariedad, pero también se les reconoce su capacidad de utilizar y manipular a su favor las bondades de este nuevo sistema de justicia como es la ausencia de la prisión preventiva. Dos operadores señalan al respecto:

(...) lo que pasa es que ellos acomodan las cosas de manera que obtienen lo que quieren o se manejan de acuerdo con su conveniencia, entienden lo suficiente para aprovechar el sistema a su favor. (Fiscales 2)

(...) uno les dice misa y salen a hacer cualquier cosa, aquí hay muchos que ya se la saben, conocen los resquicios de la ley, entonces saben que "si robo con violencia no me pueden encarcelar", entonces se ocupan de robar sin violencia, además se lo dicen a uno en audiencia. (Juez de juicio oral 1)

Se identifica que las *disposiciones* de los operadores del sistema integral, como la protección integral del adolescentes y la sensibilización del caso, contienen un prejuicio sobre la adolescencia que se contrapone con una de las principales motivaciones de este nuevo sistema que es asumir al adolescente como sujeto de derecho, es decir, como un individuo con plena capacidad de decir y asumir responsabilidades.

Estas *disposiciones* son la manifestación práctica de un interés compartido que Bourdieu define como *illusio*. En los operadores de justicia especializados en adolescentes se reconoce una percepción positiva con respecto al nuevo sistema integral en comparación al modelo tutelar, principalmente por contar con mecanismos más eficaces, ágiles y acordes a los derechos de los adolescentes y sus necesidades.

En este aspecto, la *illusio* se vio reflejada en lo que los operadores reconocieron como la "protección integral del adolescente", ésta debe estar presente en el discurso y función del tribunal, así como en las prácticas de los diversos operadores de justicia que participan en el proceso para asignar una medida de sanción y un seguimiento adecuado que permitan la reintegración social del adolescente.

Esta labor consiste en generar un plan individualizado para cada adolescente, en el cual se reconozca su situación familiar, educativa o laboral, así como sus necesidades económicas, sociales y afectivas, para construir un programa que permita su reintegración en la sociedad. Un operador señala lo siguiente sobre este tema:

Nosotros tenemos en todos los casos, incluidos esos [adolescentes con familias conflictivas], generar mecanismos a través de los cuales se fomente este empoderamiento (...) una vez que tenemos y contamos con eso les auxiliamos en realizar un plan de vida viable para que ellos puedan acceder a educación, para que puedan tener un empleo, para que puedan dar continuidad a una terapia, ya sea de desintoxicación, emocional terapéutica o psicológica, para que tengan este acompañamiento. (Juez 2)

Esta reintegración social es en última instancia el objetivo del sistema integral, lo que permite aplicar el concepto de interés superior del niño que manifiestan los tratados internacionales. Se trata, entonces, de recuperar los derechos que le fueron vulnerados al adolescente y los cuales le motivaron a realizar un hecho delictivo:

(...) el interés superior del niño aplicado a la justicia para adolescentes radica en esta reintegración que debe darse, en este goce pleno de derechos fundamentales que insisto, muchos de ellos no gozaron como una vivienda digna, el acceso a la educación, llegan enfermos, desnutridos, muchos son analfabetas, entonces hay que hacer un trabajo en todos los aspectos de manera integral como es la justicia. (Juez 4)

Esta *illusio* se ve obstaculizada por la falta de capacitación por parte de algunos operadores y la persistencia que tienen del prejuicio sobre la adolescencia como un periodo de desarrollo. Es importante asumir la capacidad de decisión y de responsabilidad de los adolescentes para trascender del paradigma tutelar hacia una visión garantista.

Reflexión final

El paradigma de derechos humanos que busca implementar la *Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes* con la puesta en marcha de un sistema de justicia, que adopte una visión integral en el tratamiento para adolescentes y el modelo oral acusatorio, representa un reto para los operadores de justicia. Esto se ve reflejado en la doble capacitación que han tenido para adquirir los conocimientos referidos al tratamiento con adolescentes y las habilidades necesarias para llevar a cabo las audiencias. Por esta razón, aunque los operadores señalaron que el modelo integral es mejor que el tutelar por sus principios, dinámica y objetivos, aún se observa algunos obstáculos que existen en las *disposiciones* de los operadores de justicia especializados en adolescentes y que dificultan el pleno funcionamiento del sistema integral.

Entre las principales dificultades que se identificaron está el prejuicio de los adolescentes como objeto de protección, lo que obstaculiza el tránsito hacia una visión jurídica de derechos. Como se describió, para los operadores es de suma importancia contar con otros tipos de conocimientos para tratar con los menores. Sin embargo, con frecuencia los presupuestos de este saber imponen una perspectiva de poder y de dominio sobre los adolescentes, al percibirlos como inmaduros, volubles o manipuladores. Este prejuicio fue recurrente en la percepción de los operadores entrevistados y debe subsanarse con capacitación y con una apertura al diálogo con los adolescentes que permita construir mecanismos más efectivos y acordes con las necesidades de los menores que posibiliten su reintegración social. Significa romper con las dinámicas paternalistas que suelen establecerse entre autoridades de justicia y adolescentes, para transitar a una visión garantista.

Otra dificultad que fue identificada por los operadores es la preponderante cultura punitiva de gran parte de la población mexicana, la cual se antepone al principio de reintegración social que promueve el sistema integral de justicia para adolescentes. Al retomar los tratados

internacionales y el interés superior del niño, es fundamental reducir la tendencia del castigo relacionada con la privación de la libertad. Se ha demostrado que el internamiento promueve la reincidencia delictiva, así como los fenómenos de estigmatización y discriminación que sufren los adolescentes que han cometido algún delito, ello obstaculiza la reintegración social de los menores de edad. (Azaola, 2016) Por lo cual, es importante fomentar y fortalecer el uso de los mecanismos alternativos y las medidas socioeducativas. Los operadores subrayaron la importancia del proceso de seguimiento que deben llevar a cabo para que los adolescentes logren la reintegración social. Esta labor de acompañamiento debe trabajarse de manera consistente para que los operadores asuman el compromiso de la protección integral de los adolescentes que promueve este modelo integral.

El último obstáculo identificado es la falta de cooperación institucional por parte de las demás instancias de justicia penal y con organizaciones públicas o privadas

que puedan apoyar en la reintegración social de los adolescentes. Los operadores señalaron que, aunque existe una relación directa con instituciones educativas y laborales faltan espacios u organizaciones que puedan incorporar a los menores en programas o en actividades que posibiliten reintegrarse a la sociedad. Los entrevistados señalaron la falta de apoyo económico por parte de la Fiscalía que ha impedido elaborar programas integrales o planes de seguimiento. Los operadores comprometidos con el tratamiento con los adolescentes y con su reintegración social se han visto obstaculizados por falta de infraestructura y de personal capacitado que permita construir programas eficientes, integrales y de calidad. Señalan que debe existir apoyo institucional y principalmente económico para que el sistema integral logre su principal objetivo: reintegrar a los jóvenes a la sociedad.

El sistema de justicia integral para adolescentes debe asumirse como un proyecto enfocado al contexto de violencia e inseguridad que experimenta el país, a la prevención y al combate a los altos índices delictivos. También debe servir como estímulo para transitar a un modelo de justicia basado en la reintegración social que permita erradicar los prejuicios y estigmas sobre los adolescentes en conflicto con la ley. Es importante señalar que los adolescentes son, junto con los indígenas y las mujeres, uno de los grupos sociales con mayores desigualdades en el país. (Saraví, 2015) Por esta razón, es importante sumar esfuerzos para que el sistema integral se logre consolidar como una parte fundamental en el sistema de justicia penal mexicano.

En suma, es una tarea de los agentes de justicia ya que son los responsables de implementar este nuevo sistema y de las instituciones encargadas de proporcionar las condiciones necesarias de infraestructura y de personal capacitado para su funcionamiento. La sociedad también

puede contribuir para reintegrar al adolescente e impulsar este modelo de justicia.

Notas

¹ Angélica Cuéllar Vázquez es Doctora en Sociología, Profesora de Tiempo Completo Titular "C" Definitiva de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México. Contacto: acuellarunam@gmail.com Esta ponencia fue producto del proyecto PAPIIT IN-306318 "El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes en el estado de Morelos. Aproximaciones desde la sociología jurídica". Agradezco la colaboración para realizar esta ponencia a mi ayudante de investigación CONACYT Victor Manuel Barbosa Banda, al Lic. Rodolfo Rosas Martínez, a Tanya Sophía Ramírez Chávez y Analy Loera Martínez.

Bibliografía

- Azaola, E. (2016). *Diagnóstico de las y los adolescentes que cometen delitos graves en México*. México: UNICEF/Subsecretaría de Prevención y Participación Ciudadana/SEGOB.
- Bourdieu, P. (2000). La fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico. In P. Bourdieu, *Poder, derecho y clases sociales* (pp. 165-224). Bilbao : Desclée de Brouwer.
- Bourdieu, P. (2009). *El sentido práctico*. México: Siglo XXI.
- Bourdieu, P., & Wacquant, L. (2005). *Una invitación a la sociología reflexiva*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- DOF. (2016, junio 16). *Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes*. Retrieved from <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNSIIPA.pdf>
- Garay, A. (2011). Del modelo tutelar al modelo de responsabilidad a la luz de la convención Internacional de los Derechos del Niño. *Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia N°4*.
- García Méndez, E. (2001). De menores a ciudadanos: Política social para la infancia bajo la doctrina de protección integral. In O. M. González, & U. E. Vargas, *Derechos de la niñez y la adolescencia* (pp. 77-82). Costa Rica: CONMAJ/UNICEF.
- ONU. (1959, noviembre 20). *Declaración de los derechos del niño*. Retrieved from <https://www.humanium.org/es/wp-content/uploads/2013/09/Declaraci%C3%B3n-de-los-Derechos-del-Ni%C3%B1o1.pdf>

ONU. (1985, noviembre 29). *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores*. Retrieved from <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/OTROS%2018.pdf>

ONU. (1989, noviembre 20). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Retrieved from https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/Proviclima/1LEGISLACI%C3%93N/3InstrumentosInternacionales/F/convencion_derechos_nino.pdf

ONU. (1990, diciembre 14). *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil*. Retrieved from <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/OTROS%2003.pdf>

ONU. (1990, diciembre 14). *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No privativas de la Libertad*. Retrieved from <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/OTROS%2020.pdf>

Saraví, G. A. (2015). *Juventudes fragmentadas. Socialización, clase y cultura en la construcción de la desigualdad*. México: FLACSO.

Tiffer, C. (2002). *Los adolescentes y el delito*. Retrieved from Conferencia presentada en la Universidad de Panamá: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/viewFile/17385/16896>

O "mundo do direito": aspectos da construção das identidades profissionais de advogados e juízes no Brasil

Lucia Lambert Passos Ramos¹
Victória Brasiliense de Castro Pires²

Resumo

O objetivo deste paper é comparar dois trabalhos sobre o tema das profissões jurídicas. Eles foram produzidos a partir de nossas experiências de pesquisa no mestrado, apoiadas na metodologia da observação-participante. O primeiro deles foi realizado na Escola Judicial 1 do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 1ª região. Analisou a construção das identidades profissionais dos juízes do Tribunal, recém-aprovados no concurso público, no contexto do curso de formação. Neste curso há a transmissão entre "*pares*" de um conhecimento acumulado ao longo da profissão, sobre os constrangimentos institucionais e as formas de organização do trabalho no TRT. Essa transmissão ocorre dos magistrados mais antigos, bem como, de outras categorias profissionais que atuam em coordenação com os juízes, para os juízes "*novatos*". O segundo trabalho discutiu outra categoria profissional do "mundo do direito". Num estudo sobre a advocacia privada, buscou refletir de que maneira, num conflito local, os advogados mobilizaram suas prerrogativas profissionais e o atributo da "*coragem*" para estabelecer hierarquias e identidades entre os pares.

Este é um primeiro esforço de diálogo entre nossas pesquisas de mestrado naquilo que elas contribuem comumente para o campo da sociologia das profissões jurídicas. Assim, entendemos que as disputas intraprofissionais, dentro da advocacia e da magistratura, são disputas pelas práticas, representações e identidades mais ou menos legítimas dentro de um grupo profissional.

No caso dos magistrados, o que se observa no curso de formação inicial dos juízes do trabalho é que existe um consenso de que os dissensos quanto às práticas profissionais adotadas são legítimos, ou seja, eles concordam que podem divergir. No caso do grupo dos advogados, há também uma disputa por esses significados. Nesse sentido, nem todos os advogados adotam as mesmas práticas, ou entendem o papel da advocacia da mesma forma. A categoria "*advogados corajosos*" expressa essa divisão do corpo profissional, no contexto pesquisado, tanto no que diz respeito às práticas profissionais adotadas, quanto no que se relaciona com as representações dos profissionais sobre suas próprias práticas.

Profissionalismo e identidades profissionais

Eliot Freidson (1998) explica que a estratégia de pesquisa apropriada para se compreender o conceito de “profissão” é de caráter fenomenológico, o que significa não tratar esse termo a partir de uma definição absoluta e abstrata. A definição de “profissão” deve ser compreendida a partir de como as pessoas de uma sociedade determinam quem é profissional e quem não o é, como os atores sociais “constroem” ou “fazem” as profissões por meio de suas atividades e, ainda, quais as consequências desses dois fatores, as maneiras como eles se vêem e como realizam seu trabalho. A essa concepção, Freidson (1998) denomina de conceito popular de profissão.

O que ele pretende destacar é o caráter histórico e concreto do conceito de profissão, que deve ser tratado empiricamente pela teoria, documentando-se a desordem e a inconsistência do fenômeno empírico e explicando seu caráter nos países em que ele existe. O autor ressalta a necessidade de se compreender a maneira pela qual cada sociedade constrói um *status* social de profissão.

Dessa forma, o autor argumenta que as profissões são ocupações reconhecidas oficialmente que se distinguem das demais por ocuparem uma posição relativamente elevada nas classificações da força de trabalho. Freidson (1996;1998) estabelece diferenças entre o tipo de trabalho exercido pelas profissões do tipo de trabalho exercido pelos demais ofícios.

Aquilo que diferencia as profissões das demais ocupações é que o trabalho que realizam é complexo, arbitrário e esotérico, na medida em que requer um tipo de conhecimento teórico e um conjunto de competências não compartilhadas com as pessoas comuns. Além disso, o trabalho realizado pelos profissionais é considerado socialmente relevante para o bem-estar de indivíduos ou grupos sociais, adquirindo um valor tão especial que o dinheiro não lhe serve de única medida.

Assim, o profissionalismo consistiria num método para organizar uma divisão do trabalho na sociedade moderna. Ele é muito mais do que simplesmente um *status*, uma vez que atua produzindo distintas identidades para essas ocupações específicas, bem como proteções no mercado, o que mantém as ocupações separadas umas das outras, muitas vezes, em oposição.

Freidson (1996) apresenta o profissionalismo como uma terceira lógica de organização do trabalho, ao lado de outras duas lógicas organizacionais, a lógica burocrática e a do livre mercado. Cada uma dessas lógicas é orientada por um princípio. A lógica de mercado, pelo princípio da livre-concorrência; a lógica burocrática, pelo princípio gerencial da administração racional-legal e a lógica do profissionalismo pelo princípio ocupacional.

A profissionalização é, assim, um processo por meio do qual se constitui uma base para organizar empregos e trabalhos numa divisão do trabalho completamente diversa. Nessa terceira lógica de organização, a autoridade administrativa deixa de se apresentar como o único mecanismo possível de coordenação das ocupações, pois há uma autoridade implícita no princípio ocupacional, a autoridade da *expertise*.

Esse tipo de controle ocupacional do próprio mercado de trabalho é o que Freidson (1996) prefere chamar de “reserva de mercado de trabalho” e sustenta-se pela importância estratégica do ensino profissional e das credenciais. O acesso privilegiado ao mercado envolve um complexo processo de negociação (Rodrigues, 2002) que engloba diversos grupos sociais, as ocupações, o Estado, instituições formais de credenciamento.

Apenas aqueles que possuem uma credencial ocupacionalmente emitida podem ser empregados para executar certas tarefas. Essa credencial é o que certifica a competência do profissional para o desempenho da atividade, garantindo que ele foi aceito como membro de uma ocupação fechada e que pode ser contratado ou consultado em determinadas condições.

Assim, Freidson (1998) usa a terminologia “profissionalismo” para se referir às circunstâncias institucionais em que os membros das ocupações controlam o seu próprio trabalho. O profissionalismo existe quando uma ocupação organizada ganha o poder de determinar quem é qualificado para executar um determinado conjunto de tarefas; o poder de impedir que todos os outros realizem esse trabalho; ou aquele de controlar os critérios pelos quais as performances são avaliadas. Como são poucas as ocupações que pode se dizer que controlam totalmente o seu próprio trabalho, aquelas que chegam perto são também chamadas de “profissões” nos Estados Unidos (Freidson, 2001).

A questão do ensino profissional auxilia na compreensão tanto das credenciais, quanto da autoridade da *expertise*. Vejamos: o treinamento profissional ocorre fora do mercado de trabalho, geralmente em salas de aulas ou em instalações para a prática, com o objetivo de produzir credenciais qualificadas para o exercício da atividade e num contexto em que somente os membros da ocupação podem atuar como professores. Diferente dos demais ofícios em que se selecionam trabalhadores para exercer o ensino como atividade complementar, no caso do modelo profissional típico, Freidson (1996) ressalta que o ensino em si é uma atividade de tempo integral. Isso resulta em que o conteúdo objeto do ensino pode abarcar características teóricas e abstratas.

Nesse sentido, de acordo com Bonelli (2002) o profissionalismo pode ser tipificado de forma ampla e abrangente por cinco características. São elas:

- a) um tipo de trabalho especializado da economia formal que possui status especial na força de trabalho, com um corpo de habilidades e conhecimentos teóricos discricionários;
- b) uma jurisdição exclusiva numa certa divisão do trabalho estabelecida por meio de negociações entre as ocupações;
- c) uma reserva no mercado de trabalho interno e externo, a partir de proteções baseadas em credenciais qualificadas criadas pela ocupação;
- d) um programa formal de treinamento exterior ao mercado de trabalho que produz credenciais qualificadas controladas pela ocupação em associação com a universidade, e;
- e) uma ideologia que prioriza o compromisso com a realização de um bom trabalho ao invés da eficiência econômica da atividade.

De acordo com Maria de Lurdes Rodrigues (2002), Freidson estabelece o poder das profissões a partir da análise dessas três bases: a autonomia sobre o próprio trabalho, a *expertise* (o monopólio do conhecimento) e o credencialismo. A autora expõe que o modelo do profissionalismo freidsoniano comporta alguns pressupostos interdependentes. Nessa perspectiva, a divisão do trabalho é compreendida como resultado de processos de interação social nos quais os participantes estão continuamente envolvidos nos processos de definição, estabelecimento, manutenção e renovação das tarefas desempenhadas e das relações de trabalho com outros grupos de ocupações. Tais interações não são totalmente livres, pois possuem lugar no quadro da organização social. Além disso, os membros das profissões não formam um segmento homogêneo, diferenciando-se por especialidades, proeminência cultural e política, circunstâncias de prática profissional e posições na hierarquia interna.

O que pretendemos destacar é que as interações são, ao mesmo tempo, situações de aprendizado dos esquemas interpretativos e de realização do saber ordinário dos membros. As identidades profissionais são construídas, dessa forma, no curso das interações, onde é possível visualizar o uso concreto das categorias. A pesquisa realizada por Luiza Zappulli (2001) descreve a identidade profissional dos juízes italianos como uma realização interacional. É através das trocas cotidianas com os membros do tribunal que os juízes "*novatos*" aprendem a utilizar essas categorias. Isto nos permite concluir que "*a realização da identidade profissional é o resultado das ações concertadas dos membros*" (Zappulli, 2001, p. 233). Ao mesmo tempo, que as identidades profissionais estão diretamente associadas às condições de exercício da profissão, que são apre(e)ndidas no curso da socialização profissional.

A socialização profissional corresponde a um tipo de socialização secundária. Ela envolve a

aquisição de saberes específicos e a interiorização de subdivisões de mundos institucionais especializados. É no âmbito da socialização secundária que ocorre o processo de constituição das identidades profissionais (Dubar, 1997).

Conforme Claude Dubar (1997), as identidades sociais são produtos de sucessivas socializações e a identidade profissional é o resultado dos processos da socialização profissional. A construção de perfis identitários (formas identitárias ou, ainda, configurações identitárias) é um aspecto analítico crucial na obra dos diversos autores que se têm debruçado sobre a questão da identidade profissional.

Em "*formas identitárias e socialização profissional*", Dubar (1992) afirma que a socialização profissional consiste para os indivíduos em construir a sua identidade social e profissional através de uma espécie de jogo que se dá entre as "transações biográficas" e as "transações relacionais". O contexto organizacional é uma arena para a operacionalização do processo de identidade profissional, de construção de perfis identitários e de tipificação.

De acordo com o autor, os percursos biográficos e as trajetórias profissionais dos indivíduos estão em permanente relação com a sua identidade profissional. Todos estes vetores concorrem para a compreensão da identidade profissional de um determinado grupo profissional. A identidade, enquanto característica singular de um indivíduo que o distingue de outro, é o resultado paradoxal de uma dualidade existente entre a identidade pessoal, que é a identidade para si, e a identidade para os outros.

Essa articulação se apresenta para os indivíduos afetados sob a forma de uma dupla transação. A "transação biográfica" consiste em projetar os futuros possíveis em continuidade ou em ruptura com um passado reconstituído, também denominado trajetória. Enquanto que uma "transação relacional" tem como objetivo fazer reconhecer, ou não, pelos parceiros institucionais a legitimidade de suas pretensões, tendo em vista os objetivos e os meios (políticos) da instituição.

Assim, somos levados a distinguir dois aspectos na identidade social – a "identidade para si" e a "identidade para o outro". A "identidade para si" tem a ver com o modo como a pessoa vê a si própria, em função da sua biografia, e com o que projeta em termos de futuro. Já a "identidade para o outro" refere-se ao modo como a pessoa é percebida e valorizada por aqueles com quem interage no decurso da sua vida pessoal e profissional.

Portanto, a socialização é definida por Claude Dubar como um processo de "*incorporação das maneiras de ser (de sentir, de pensar e de agir) de um grupo, de sua visão de mundo e de sua relação com o futuro, de suas posturas corporais e de suas crenças*

íntimas" (1997, p. 97). Conforme o autor, o indivíduo se socializa interiorizando valores, normas e disposições que fazem dele um ser "socialmente identificável".

As profissões jurídicas

De acordo com Maria Tereza Sadek (2010), *"o sistema de justiça envolve diferentes agentes: o advogado, pago ou dativo; o delegado de polícia; funcionários de cartório; o promotor público e, por fim, o juiz"* (p. 9). Cada um desses profissionais possui uma função específica no sistema de justiça, embora Sadek (2010) reconheça que, em geral, o público desconhece as distinções entre os papéis dos operadores do direito. Assim, a autora afirma que para a maior parte da população, o juiz resume todo o sistema de justiça numa concepção de que cabe a ele, *"iniciar uma questão, identificar o culpado, prendê-lo, puni-lo e reparar o mal"* (Sadek, 2010, p. 11).

De fato, quando consideradas as diversas instituições judiciárias e os vários órgãos que englobam o sistema de justiça com ações diretas e/ou indiretas, pode-se perceber a existência de profissionais de diversas carreiras jurídicas e outros, de carreiras técnicas, que organizam o fazer judicial. Rennê Barbalho (2008) lembra que o ingresso nessas carreiras ocorre, principalmente, por meio da formação universitária que concede a titulação de bacharel em direito e credencia esse profissional a desenvolver uma série de atividades centrais no "mundo do direito".

Como explica Barbalho (2008), a formação universitária comum situa o bacharel em direito em um campo profissional que compartilha de linguagem e vestuário próprios. Esses atributos parecem cumprir a função simbólica de revestir os profissionais de identidade muito específica e singular. A "linguagem forense" caracteriza-se por vocabulário formal e por conceitos próprios da área, muitos deles de difícil compreensão para leigos.

Os trajes forenses, dotados de estilos mais sóbrios de vestimentas, se caracterizam pelo uso praticamente obrigatório de ternos e gravatas para os homens, enquanto as mulheres quase sempre são obrigadas ao uso de vestimentas igualmente sóbrias. Essa (auto)representação impressionista da identidade profissional dos operadores do direito tem sido reconhecida como um esforço para ganhar legitimidade e, principalmente, respeito perante a clientela e os próprios pares do campo. E basta fugir dessa aparência dominante para sinalizar eventuais e possíveis posições desvalorizadas na hierarquia social e política própria do campo do direito.

Assim, exercer uma carreira no "mundo do direito" é compartilhar um "ethos" comum, representado centralmente pela figura do bacharel. É nesse sentido que a mesma autora diz que *"tornar-se profissional de carreira jurídica significa adotar um estilo de vida compatível com a*

carreira e com a função exercida” (Barbalho, 2008, p. 20). Todavía, isso não significa homogeneidade, uma vez que os projetos profissionais que caracterizam as carreiras possíveis entre os bacharéis são diversificados uns dos outros. Bonelli (1998) demonstra que em cada uma dessas carreiras foi forjada concepção própria do que é justiça e de como o trabalho deve ser organizado, o que provoca tensões nas interações cotidianas entre os diferentes profissionais.

É, ainda, nesse sentido que Bonelli (2005) identifica a existência de uma *“luta cognitiva”* em torno dos conteúdos do profissionalismo dentro de uma mesma profissão. De acordo com a autora, os magistrados são frequentemente tratados como uma corporação coesa, que partilha valores comuns e reforça os interesses da classe dominante a partir de uma percepção da profissão como unidade, por exemplo. Oferecendo um contraponto à tal concepção dos grupos profissionais, Bonelli (2005) atenta para a existência interna de uma minoria que sempre trava lutas cognitivas para dar novos sentidos ao *“fazer profissional”*.

Nesse sentido, podemos citar a pesquisa de Catia Aida Silva (2001) que trata das representações dos promotores públicos a respeito da sociedade, da política e da sua intervenção profissional, no contexto das novas atribuições conferidas ao Ministério Público a partir da Constituição Federal de 1988. A autora demonstra como dentro de uma mesma carreira, os profissionais atribuem sentidos diversos às suas práticas profissionais. Como ela indica, as novas atribuições constitucionais do Ministério Público na defesa de interesses metaindividuais resultam em distintas formas de atuação, que também em razão da independência funcional garantem uma considerável autonomia aos membros do Ministério Público.

A atuação dos promotores é então caracterizada por contornos muito fluidos, ao contrário do que ocorre numa organização burocrática ordenada hierarquicamente. Como aponta Catia Aida (2001), esses contornos fluidos introduzem um considerável grau de imprevisibilidade no tipo de ação a ser desenvolvida por cada membro do Ministério Público, pois cada promotor tem um significativo espaço para definir suas prioridades e criar os seus próprios métodos de trabalho. Nesse espaço, operam a sua formação, as suas ideias, convicções e experiências advindas das diferentes áreas de especialização e das diferentes escolhas feitas durante a carreira (Silva, 2001).

A partir de entrevistas realizadas com um grupo de promotores, a autora observou significativas diferenças de atuação entre os promotores do interior e da capital. A partir dessa diferenciação, ela passa a trabalhar com dois tipos ideais, construídos por meio da ênfase em determinadas características e elementos encontrados na atuação dos promotores

selecionados: os “promotores de fatos” e os “promotores de gabinete”.

O tipo promotor de fatos indica a tendência de alargamento dos promotores para além da esfera jurídica, o que os torna verdadeiros articuladores políticos nas comunidades em que trabalham. A seu turno, o tipo promotor de gabinete, refere-se à leitura das novas atribuições do promotor dentro das fronteiras da esfera jurídica, definindo-o como agente judiciário cuja prioridade é o trabalho processual, que consiste em propor e acompanhar medidas judiciais, embora não deixe de atuar na defesa de interesses metaindividuais (Silva, 2001).

Portanto, a autora identifica essas duas maneiras distintas dos promotores de descrever a relação com o seu trabalho, primando por uma análise das práticas (dos) profissionais a partir da interpretação das suas falas e discursos. As identidades profissionais aparecem descritas nesses relatos, que se referem às condições de exercício da profissão dos promotores.

Nessa lógica, Bonelli (1998; 2010) compreende o estudo das profissões jurídicas a partir de uma abordagem dinâmica que considera a competição profissional no “mundo do direito” por dois prismas complementares. Um deles diz respeito à estratificação das próprias profissões e refere-se à competição entre os pares profissionais, é o que a autora denomina como competição intraprofissional. O outro é definido como competição interprofissional e baseia-se nas tensões entre profissões diferentes que possuem atuações de trabalho em áreas fronteiriças e que buscam submeter sua forma particular de lidar com as questões comuns umas às outras (Bonelli, 1998; 2010).

De acordo com Freidson (1998), a competição entre profissões pela jurisdição sobre uma determinada área pode ser analisada “(...)como definições conflitantes da natureza do problema ou atividade que cada um está tentando controlar, e reivindicações sobre a maneira pela qual podem ser melhor resolvidos e conduzidos” (Freidson, 1998, p. 106). Cada profissão produz uma concepção aceita de qual a questão por ela tratada e de qual a melhor forma para solucioná-la, o que Freidson (1998) denomina de “paradigma”. São, portanto, os diferentes “paradigmas” que geram as disputas de poder em torno de qual profissão deverá exercer o controle sobre a atividade do seu próprio trabalho, bem como produzir regulações para as outras ocupações.

O aprendizado entre “pares” profissionais na Escola Judicial 1 do TRT 1

Na pesquisa realizada no âmbito do curso de formação inicial na Escola Judicial 1, é descrito como a partir das relações estabelecidas com os outros membros do tribunal, o novo juiz do trabalho começa a se socializar com as relações interpessoais e com as práticas de trabalho que

constituem esse campo profissional em que ele é inserido a partir da aprovação no concurso público respectivo - o Tribunal Regional do Trabalho da 1a região.

Entre os outros membros institucionais, estão juízes veteranos, substitutos e titulares, de primeiro e segundo grau, além de servidores dos setores mais variados do Tribunal, que são os “depositários ativos” desse conhecimento sobre as práticas profissionais locais, tratando nas suas palestras sobre temas relativos à atividade prática do juiz, seja aquela desenvolvida no âmbito das audiências, seja no contexto do trabalho realizado na secretaria das varas.

Como observado, a construção das identidades profissionais dos magistrados nesse contexto de formação se estabelece como um processo de relação com a produção e reprodução de determinadas práticas profissionais. O conhecimento necessário para desempenhar as suas atividades profissionais envolve o aprendizado de (regras) práticas que se referem, entre outros elementos, à organização administrativa das varas do trabalho, às cobranças institucionais como a conciliação, e às competências e habilidades necessárias para presidir uma audiência e tudo que dela decorre.

As concepções correntes sobre os juízes do trabalho relacionam a sua identidade à uma postura “pró-trabalhador” e “pró-empresa”. Esta perspectiva associa a identidade profissional apenas com o resultado das decisões desses juízes. Isso faz muito sentido para os advogados, que estão diretamente interessados nos resultados das decisões. Inclusive, é esse conhecimento dos advogados que lhe permitem produzir previsibilidade quanto às expectativas de como seu caso poderá ser tratado. No entanto, os novos juízes do trabalho aprendem, no contexto da formação neste tribunal, que existem outras formas institucionais de produção de sua identidade.

No Brasil, a socialização profissional se inicia no trabalho e se subordina muito mais às habilidades individuais dos juízes para aprender o trabalho do que a uma supervisão permanente. A produção das identidades profissionais depende, portanto, de experiências idiossincráticas a partir de diferentes estratégias individuais para lidar com o aprendizado durante o trabalho.

Assim, as experiências prévias são muito mais relevantes, já que são tratadas como aprendizados consolidados como um saber prático dos profissionais. A socialização secundária funciona então como um ajuste desse saber prático — de cada um deles — com as novas exigências institucionais. Estas se apresentam sem contrapartidas para os novos membros, pois a cada um deles é franqueada “liberdade”, como eles chamam, para realizar suas atividades e, ao mesmo tempo, atribuídos os riscos de reputação e profissionais por eventuais *erros*

perante os membros da instituição.

Não existe consenso sobre as práticas profissionais dos juízes do trabalho no Tribunal. Tampouco existe protocolo para quase nada do que o juiz faz no dia-a-dia da profissão. O dissenso sobre os entendimentos é, na prática, uma forma de socialização profissional, já que do ponto de vista dos magistrados a falta de protocolo é explicativa das diferentes formas de atuação profissional.

No espaço do curso de formação inicial da EJ1, sobretudo nas "aulas práticas", que são o enfoque desta análise, os juízes *veteranos* explicitam as suas práticas profissionais a partir da restituição de experiências pessoais prévias na atividade profissional. Também quando indagados por algum magistrado da turma a respeito de como agir em situações potenciais nas audiências, os juízes *veteranos* respondem a partir do relato de uma experiência pessoal, destacando a liberdade que cada juiz tem para tomar decisões em geral.

O conjunto de regras práticas permite aos magistrados categorizar as situações, orientando suas ações de forma adequada segundo os contextos. Essas regras são aprendidas pelos novos magistrados, no contexto do curso de formação inicial, por meio dos relatos dos profissionais do TRT da 1ª região nas palestras, que compartilham suas experiências prévias no Tribunal, sobretudo em audiência. Além dos "causos" compartilhados, as orientações mandatórias e a não construção de consensos durante as interações, que se relaciona com a lógica do contraditório, também parecem constituir os modos pelos quais os novos magistrados aprendem as regras práticas.

As formas de categorização das "aulas práticas" e "teóricas" constituem um modo de classificação do conhecimento para os novos magistrados. Para além, a qualidade do conhecimento não está apenas relacionada à instrumentalização para a realização do trabalho prático, mas também com os desafios da socialização. O tornar-se magistrado está relacionado com o aprendizado das etiquetas e trejeitos de como ser um juiz.

Essas regras de socialização estão diretamente relacionadas com um conhecimento tácito sobre a realização do trabalho que não é apresentado enquanto um tópico de discussão, mas sim como descobertas individuais. Esse conhecimento secular está relacionado com as regras práticas de socialização para o trabalho, que não são ensinadas explicitamente, mas fazem parte de um conjunto de conhecimentos sobre a performance na profissão indispensáveis do ponto de vista dos novos magistrados. Ele se apresenta não apenas enquanto instrumentalizável, mas sobretudo enquanto um conjunto de regras práticas que lhes permitem categorizar as situações orientando suas ações de forma adequada segundo os

contextos.

A organização administrativa das Varas do Trabalho é um fator decisivo de conformação do trabalho do Juiz. Existe toda uma lógica de gestão que permeia a organização de uma jurisdição trabalhista. Estando dividida em Varas, cada uma de titularidade de um Juiz em posição mais estável na carreira que a de um Juiz substituto, a jurisdição se funda em um emaranhado de relações pessoais, bem como de procedimentos, práticas e modos de gestão específicos, que variam muito de uma Vara para outra, ainda quando elas se localizam fisicamente lado a lado.

A frase "*o procedimento do vizinho pode ser útil para a gestão da sua Vara*", de um Juiz Titular que participou do CFI, é reveladora de como há uma particularização das regras práticas das Varas. É evidente que uma não está totalmente "desconectada" da outra, mesmo porque, em última instância, todas elas se dirigem às mesmas finalidades, cobranças e expectativas institucionais. No entanto, a forma pela qual cada uma vai organizar o contingente do seu trabalho, fica à cargo dos profissionais que a compõem.

A construção das identidades profissionais, em face da socialização em práticas profissionais múltiplas, aponta para estratégias também múltiplas de produção de identidade. Assim, a construção da identidade profissional é uma preocupação constante dos novos magistrados. Afinal, nesse processo de socialização orientar-se adequadamente quanto à identidade profissional significa criar possibilidades para a carreira e estabelecer-se entre os pares.

Os "advogados corajosos"

A outra pesquisa de mestrado que fornece material para este artigo, por sua vez, descreve como os advogados de uma comarca do interior de Minas Gerais mobilizaram suas prerrogativas profissionais num conflito com uma magistrada. O conflito se formou quando a juíza, recém-chegada à comarca, passou a instituir novas políticas de trabalho aos advogados. Os interlocutores explicaram, por exemplo, que a magistrada não atendia advogados em seu gabinete e que durante as audiências "*ameaçava*" os advogados para "*forçar*" acordos.

Diante disso, os advogados da comarca se organizaram para traçar estratégias de mobilização no que chamaram de a "*briga com a juíza*". Eles interpretaram a "*briga*" como uma "*questão sobre prerrogativas*" profissionais. Explicaram que um "*advogado competente*" conhece e "*luta*" por essas prerrogativas. Assim, ao compreenderem o conflito com a juíza como um conflito sobre prerrogativas, os advogados demonstraram que o que estava em jogo era a discussão sobre condições de trabalho da advocacia em situação de competição interprofissional. A partir dessa leitura, a alegação da violação das prerrogativas surgiu como uma defesa jurídica, mas

também política, da profissão, no sentido de se discutir diretamente a questão da autonomia profissional da advocacia e a sua não vinculação hierárquica à magistratura.

Neste ponto, a pesquisa interpretou as prerrogativas profissionais da advocacia a partir de dois eixos, um deles envolve a questão da reserva de mercado e dos privilégios que compõem o profissionalismo. Nesse sentido, as prerrogativas constituem um instrumento normativo que reforça a autonomia e a autorregulação da advocacia e que, portanto, envolve disputas em torno do poder profissional. A questão é que o reforço da autonomia profissional da advocacia não ocorre apenas na dimensão dos abrigos de mercado, mas nas relações entre essa profissão liberal e o Estado, o que constitui o outro eixo.

Nessa perspectiva, as prerrogativas têm uma dimensão de limitação ao poder estatal no campo institucional de administração de conflitos. Por exemplo, ao prever que o advogado não seja impedido de se comunicar com seu cliente ou de se instituir a inviolabilidade do escritório de advocacia, garante-se proteções ao desenvolvimento de um processo que mantenha garantias democráticas. Em certa medida, as prerrogativas constituem disposições normativas para assegurar proteções aos clientes dos advogados e ao direito a um processo democrático, ainda que isso se justifique em virtude de uma ideologia do profissionalismo.

Todavia, a análise não trata apenas da manifestação da competição interprofissional entre advogados e juíza, mas aborda como essa tensão entre profissões que se situam em áreas de atuação vizinhas reverberou para dentro da própria profissão da advocacia. Isso aconteceu na medida em que a competição intraprofissional foi (res)significada a partir das disputas interprofissionais entre os advogados e a juíza, com a contraposição de dois grupos de advogados (a favor e contrário a ela) que passaram a concorrer entre si para legitimar diferentes formas de atuação profissional.

O que se pretende demonstrar é como as consequências do conflito interprofissional foram administradas como uma oposição entre o próprio grupo de advogados. Dessa forma, a crescente tensão entre o grupo de 90 advogados, em princípio todos contrários à juíza, fez com que ele se dividisse em dois. Um deles, explicitamente contrário à magistrada enquanto o outro foi tacitamente interpretado como favorável a ela. Havia alguns advogados que se posicionaram, desde o início, ao lado da juíza perante os colegas e outros que permaneceram contrários a ela somente enquanto o anonimato foi possível. Quando "*a briga*" envolveu a necessidade de se manifestar nos processos individualmente, esses advogados "*trocaram de lado*" e passaram a prestar apoio à juíza, assinando abaixo-assinados a seu favor e prestigiando sua presença em eventos municipais.

De outro lado, o grupo que se mobilizou contrário à juíza passou a ser reconhecido, por alguns pares profissionais, e a se autodenominar "*grupo dos corajosos*". A "*briga com a juíza*" passou a ser, também, a "*briga entre os advogados*".

Esses dois grupos pararam de se cumprimentar. Um dia, num encontro num bar organizado pelos "*corajosos*", um interlocutor com trânsito entre os dois grupos fez o apelo aos colegas: "*Advogado não briga com advogado, gente! Briga com juiz, promotor... com advogado não!*" Mas eles não se convenceram, uma interlocutora respondeu como crítica aos colegas que não se manifestavam e àqueles que defendiam à juíza que "*advogado tinha que ter coragem*" seguida pela concordância dos colegas. Na sala ocupada pela OAB no fórum da comarca, foi afixado no quadro de aviso um cartaz com os dizeres "*A advocacia não é profissão de covardes. Heráclito Fontoura Sobral Pinto*".

Assim, a partir do trabalho de campo, foi observado como "*a briga com a juíza*" ressignificou uma série de interações entre os próprios advogados e entre eles e a juíza. Associações e empatia foram mobilizadas, como a união do grupo "*corajoso*", assim como relações de competição e identificação se estabeleceram, o que se caracterizou pelo afastamento e pela divisão entre os advogados apoiadores da juíza e aqueles contrários a ela. Foram identificadas duas estratégias diferentes de ação profissional que guardam em si concepções distintas do que a advocacia representa enquanto profissão liberal e de suas tensões com o estado brasileiro.

Nesse contexto, categorias como "*coragem*" e "*covardia*" foram utilizadas com frequência pelos interlocutores para caracterizar suas próprias posições no conflito, como também, a de seus pares profissionais. A categoria "*tarimbado*" foi utilizada por diversos interlocutores, no sentido de uma competência profissional adquirida com o tempo e que comporta uma certa "*malícia*" no agir profissional, ou, antes, um agir não-ingênuo. Nas vezes em que essas categorias apareciam juntas nos discursos havia um forte componente geracional em que para ser um profissional "*corajoso e tarimbado*" não se pode ser muito velho, nem jovem demais.

Conclusão

Dessa forma, compreendemos o "mundo do direito" como um sistema de profissões jurídicas que se constitui a partir das interações entre os pares profissionais e entre as profissões fronteiriças. Sejam essas interações harmônicas ou caracterizadas por conflitos e competições. Por causa disso, as profissões atuam disputando imposições de limites umas às outras, conforme as interações e os constrangimentos decorridos das práticas cotidianas do trabalho.



É nesse âmbito que o conceito de profissão deve ser pensado a partir de uma lógica que envolve relações sociais e relações de poder e não como um elemento fixo pré-organizado. Sendo assim, utilizamos duas pesquisas produzidas em contextos diversos e com diferentes profissionais do “mundo do direito”, para refletir sobre como as profissões negociam e produzem suas identidades profissionais a partir das suas relações contextuais.

No exemplo da escola judicial do TRT pudemos observar como a socialização profissional dos juízes do trabalho é produzida a partir de um consenso a cerca dos dissensos em relação às práticas profissionais cotidianas da magistratura. Isso extrapola a dualidade juiz “pró-empresa” e juiz “pró-trabalhador”. Em relação ao estudo sobre os advogados, percebemos como as prerrogativas profissionais desses atores são também um instrumento de controle do trabalho das profissões jurídicas relacionadas ao poder público. Na medida em que regulamentam proibições ao excesso de poder estatal.

Assim, apesar de compararmos pesquisas realizadas em contextos diversos, observamos alguns argumentos comuns a ambos nossos trabalhos de mestrado. Com isso em vista, nosso objetivo ao comparar nossos dados de pesquisa foi o de compreender as profissões jurídicas, a partir do seu estudo empírico. A partir disso, apresentamos como nosso principal argumento a questão de que a construção das identidades profissionais de juízes e advogados só pode ser percebida a partir das interações, sejam competitivas ou harmônicas, entre os pares e entre as profissões fronteiriças que formam o “mundo do direito”.

Notas

¹ Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito e Sociologia da Universidade Federal Fluminense.

² Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito e Sociologia da Universidade Federal Fluminense.

Referências bibliográficas

Barbalho, Martins Rennê. A feminização das carreiras jurídicas: construções identitárias de advogadas e juízas no âmbito do profissionalismo. 2008. Tese (Doutorado em Sociologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade Federal de São Carlos, UFSCAR.

Bonelli, Maria da Glória. A competição profissional no mundo do Direito. *Tempo soc.*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 185-214, Maio 1998. Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-

20701998000100012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 set. 2017.

<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-20701998000100012>.

Bonelli, Maria da Gloria. Profissionalismo e política no mundo do Direito: as relações dos advogados, desembargadores, procuradores de justiça e delegados de polícia com o Estado. São Carlos: EdUFSCar: Editora Sumaré, 2002.

Bonelli, MG. Condicionantes da competição profissional no campo da justiça: a morfologia da magistratura. Sadek, MT., org. In Uma introdução ao estudo da justiça [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. pp. 95-116. Bonelli, MG. Condicionantes da competição profissional no campo da justiça: a morfologia da magistratura. Sadek, MT., org. In Uma introdução ao estudo da justiça [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. pp. 95-116.

Bonelli, Maria da Glória. Ideologias do profissionalismo em disputa na magistratura paulista. Sociologias, Porto Alegre, ano 7, n. 13, p. 110-135, Jan/Jun. 2005.

Didier Júnior, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Jus Podivm, 2015 786 p.

Dubar, Claude. "Formes identitaires et socialisation professionnelle." Revue française de sociologie, p. 505- 529, 1992.

Dubar, Claude. "A socialização." Construção das identidades sociais e profissionais. Porto: Porto Editora, 1997.

Dubar, Claude. "La construction sociale de l'insertion professionnelle." Education et sociétés 1, p. 23-36, 2001.

Fontainha, F. DE C. et al. Processos seletivos para a contratação de servidores públicos: Brasil, o país dos concursos? Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

[Freidson, Eliot](#). Para uma análise comparada das profissões: a institucionalização do discurso e do conhecimento formais. [REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS SOCIAIS](#). São Paulo, v. 11, n. 31, p.141-145, 1996.

Freidson, Eliot. Renascimento do Profissionalismo. São Paulo: Edusp, 1998.

Freidson, Eliot. Professionalism, the third logic: on the practice of knowledge. University of Chicago press, 2001.

Rodrigues, Maria de Lurdes. Sociologia das Profissões. 2 ed. Oeiras: Celta Editora, 2002.

Sadek, MT. (org.). O sistema de justiça [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. 137 p. ISBN: 978-85-7982-039-7. Available from SciELO Books .

Silva, Cátia Aida. Justiça em jogo: novas facetas da atuação dos promotores de justiça. Vol. 8. Edusp, 2001.

Zappulli, L. Les Savoirs en action : l'apprentissage de l'identité professionnelle dans la formation initiale des magistrats italiens, une approche ethnométhodologique. Thèse de doctorat—Paris: Université de Paris VIII, 2001.



A omissão judicial diante dos relatos de tortura policial: Um estudo a partir de audiências de custódia (RECIFE/PE)

Lara Maria Alves Falcão

Resumo

Este artigo objetiva investigar como os juízes atuam diante de relatos de que uma prisão em flagrante foi efetivada mediante Tortura ou outro Tratamento Cruel, Desumano ou Degradante (TTCDD). O faz através da análise das audiências de custódia, regulamentadas no Brasil em 2015 para dispor a obrigatoriedade de apresentação, em 24 horas, dos presos em flagrante a um juiz. Investigamos o fluxo de ocorrência que se inicia a partir de 26 processos judiciais (em Recife/PE) cujo ponto de partida foi uma audiência de custódia na qual houve relato de tortura policial. Após traçar um perfil dos processos, obtivemos que, de modo geral, os juízes descumpriram as disposições normativas para a apuração de tortura. Analisamos qualitativamente 3 desses processos, nos quais a tortura foi mencionada em ato judicial posterior à audiência de custódia. Em seguida, discutimos quais seriam os elementos que contribuiriam para a omissão judicial nesses casos, apontando, dentre outros, a centralidade dos policiais na produção da verdade jurídica sobre o flagrante e o status atribuído à pessoa que relatou a tortura policial. Concluimos que a disposição normativa é, por si, insuficiente para garantir a atuação judicial em prol da apuração de tortura policial, sendo necessário persistir na reflexão sociológica acerca de outros fatores que orientem essa atuação.

Palavras chave

Tortura policial; apuração; juízes; omissão.

Abstract

This article aims to investigate how judges act on reports that a red-handed arrest was carried out through police torture. We do this through the analysis of custody hearings, regulated in Brazil in 2015, to make it mandatory to present prisoners in the act to a judge in 24 hours. We investigated the flow of occurrence that begins from 26 court cases (in Recife / PE) whose starting point was a custody hearing in which the prisoner reported having suffered police torture. After profiling the cases, we posed the following problem: Did the judges comply with the normative provisions for investigating police torture? As a result, the judges generally failed to comply with the guidelines. We qualitatively analyzed 3 of these cases, in which torture was mentioned in a court act following the custody hearing. We then discuss what elements would contribute to judicial omission in these cases, pointing out, among others, the centrality of

police officers in producing legal truth about the flagrant and the status attributed to the person who reported the police torture. We conclude that the normative disposition is, by itself, insufficient to guarantee the judicial action in favor of the investigation of police torture, being necessary to persist in the sociological reflection about other factors that guide this action.

Keywords

Police torture; investigation; judges; omission.

Introdução

Com fundamento na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, as audiências de custódia foram regulamentadas no Brasil em 2015, através da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça. Essa resolução determina que as pessoas presas em flagrante sejam apresentadas a um juiz em até vinte e quatro horas após sua prisão. Nessa ocasião, o juiz deve realizar uma “tripla manifestação” (Paiva, 2015): deve decidir sobre a legalidade do flagrante, determinar se há necessidade de prisão preventiva e observar se houve cometimento de abusos por parte dos policiais que efetuaram a prisão. Assim, as audiências de custódia tanto oferecem uma possibilidade de mitigar o nível de encarceramento provisório no Brasil, como apresentam uma oportunidade ímpar para que as demais instituições do Sistema de Justiça Criminal (Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e Corregedorias de Polícia) exerçam controle sobre um tipo de violência policial.

Quatro anos após sua regulamentação pelo CNJ, as audiências de custódia seguem sem constar em nenhuma lei federal.

Tal situação, conforme relatório do Instituto do Direito de Defesa (IDDD, 2019), gera um grau considerável de variação em sua aplicação nos diferentes estados brasileiros, com conseqüente insegurança jurídica. Além disso, um determinado contexto político de acentuação do discurso punitivista faz com que as audiências de custódia sejam questionadas por supostamente promoverem a insegurança, ao possibilitarem a “liberação” de um tipo social identificado como “bandido” (Misse, 2008, 2010). Diante desse discurso, a averiguação da integridade física/psíquica dos flagranteados, um dos objetivos das audiências, se torna uma não-questão na práxis judicial, na medida em que tais pessoas deixam de ser vistas como sujeitos de direito.

Partindo desse cenário, o presente trabalho possui como curiosidade motora investigar o fluxo de ocorrência dos relatos de tortura policial, isto é: analisar o que foi feito pelas instituições

envolvidas nas audiências de custódia e no curso processual para dar alguma resposta jurídica à pessoa que afirmou ter sido agredida pelos agentes que efetuaram sua prisão.

Para isso, utilizamos uma base de dados composta pela observação de 137 audiências de custódia realizadas entre novembro de 2015 e agosto de 2016, na cidade de Recife, Pernambuco, Brasil. Em 34 delas, a pessoa flagranteada alegou ter sofrido alguma agressão no momento de sua prisão; em 27 casos, foi apontado um agente estatal como responsável pela agressão.

Em suma, objetiva-se analisar como se deu o processamento dos relatos de tortura nesses 27 casos, questionando se foram cumpridas as determinações da Resolução nº 213/2015 do CNJ e como se comportaram, para tanto, os atores do sistema de justiça criminal. Dessa forma, espera-se contribuir para a construção de discussões que problematizem a efetividade e alcance das audiências de custódia na elucidação de supostos crimes cometidos por agentes do Estado, tendo sempre em mente a relação entre as disposições legais e a práxis do sistema de justiça.

Fundamentação do problema

O Relatório “A aplicação de penas e medidas alternativas”, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2015), constatou que 59,2% das ações penais no Brasil são instruídas por um inquérito policial instaurado em face de uma prisão em flagrante.

Compreender a importância dos flagrantes para a movimentação da máquina penal é relevante em especial para situar a questão da tortura, analisada neste trabalho. Com efeito, a ausência de uma estrutura de inteligência nas polícias brasileiras reforça a noção de que a utilização da tortura como “ferramenta investigativa” seria imprescindível para o sucesso da atividade policial.

Dessa forma, a suposta eficiência do “método” tortura, somadas à pressão por resultados, à falta de treinamento e insuficiência de policiais são alguns dos argumentos elencados pelos próprios delegados e agentes de polícia como justificadores do uso da tortura, que tem lugar especialmente em delegacias de bairros pobres que investigam crimes patrimoniais (Barros, 2015, p.99-107).

Diante desse contexto, as audiências de custódia se tornam um poderoso instrumento para a controle da atividade policial. Não obstante, esse potencial esbarra em um descaso sistêmico (Zaccone, 2015) por parte dos órgãos do sistema de justiça criminal. O descaso sistêmico, podemos afirmar, se operacionaliza pela ausência de investigações externas eficazes, a

proteger as ações violadoras de direitos, e se legitima na existência de uma opinião pública bastante preocupada com o aumento da criminalidade e por isso disposta a, em diferentes níveis, aceitar, justificar ou mesmo incentivar o uso de violência para o suposto controle daquela (Mendez, 2000, p.33-38).

É a partir de tais considerações que partimos para a observação do problema aqui proposto.

Metodologia

Para acompanhar o encaminhamento dado aos relatos de tortura nas audiências de custódia, foi utilizada a ferramenta de pesquisa do site do Tribunal de Justiça de Pernambuco, com vistas à localização dos processos eletrônicos e leitura das peças processuais disponíveis. Tais peças consistem em atos do juiz, quais sejam, despachos, decisões e sentença, além dos termos de audiência de custódia (TAC) e da audiência de instrução e julgamento (TAIJ). Dessa forma, o alcance da investigação fica delimitado a esses documentos que, integram o discurso institucional oficial, ou seja, contêm aquilo que é escolhido pelos próprios representantes do Judiciário para integrar a “memória jurídica” das situações vivenciadas ao longo do processo.

A partir da base de dados disponibilizada sobre as 137 audiências de custódia e dos dados coletados no Processo Judicial Eletrônico, a primeira etapa do trabalho consistiu em traçar um perfil dos 27 casos em que houve relato de tortura durante a prisão. Esse perfil incluiu as seguintes informações: 1) crime que deu origem ao flagrante; 2) escolaridade; 3) raça; 4) gênero da pessoa flagrantada; 5) agente estatal apontado como responsável pela agressão; 6) se houve, durante a audiência de custódia, encaminhamento para apuração da violência policial; 7) se o relato de TTCDD durante a prisão consta no Termo da Audiência de Custódia (TAC); 8) em sendo positiva a resposta ao item anterior, se consta determinação judicial de algum encaminhamento; 9) se, das demais peças disponíveis no Processo Judicial Eletrônico, consta qualquer encaminhamento ou menção quanto ao relato de TTCDD durante a prisão.

Diante dos resultados obtidos para o item 9), constatou-se que em apenas 3 dos 26 processos gerados¹ houve menção, por parte do juiz, ao relato de TTCDD em ato processual posterior à audiência de custódia. Assim sendo, uma segunda etapa, de cunho qualitativo, foi realizada sobre o texto disponível desses três processos.

Resultados

Analisando qual foi o crime que motivou a prisão em flagrante, obtivemos o seguinte cenário:

Porte ilegal de arma de fogo	3
Porte ilegal de arma de fogo e instigação ao uso de drogas	1
Roubo	7
Roubo e corrupção de menores	2
Furto	5
Tráfico	7
Tráfico e porte ilegal de arma de fogo	1
Tráfico, porte ilegal de arma de fogo e associação para o tráfico	1
Total	27

Tabela 1 – Crime(s) que deu/deram origem ao flagrante

Assim, temos que nenhuma das pessoas levadas às audiências de custódia investigadas foi presa por algum crime que atentasse contra o bem jurídico “vida” ou “integridade física”. Pelo contrário, suas condutas atentavam majoritariamente contra o patrimônio ou consistiam no crime de tráfico, que não possui vítima nem emprega violência.

Quando colocamos em questão a escolaridade da pessoa flagranteada, o resultado é o seguinte:

2º grau/ensino médio completo	1
2º grau/ensino médio incompleto	1
1º grau/ ensino fundamental completo	3
1º grau/ ensino fundamental incompleto	19
Não alfabetizado	1
Dado não disponível	2
Total	27

Tabela 2 – Escolaridade da pessoa flagranteada

Dessa forma, a maioria das pessoas não chegou a concluir o ensino fundamental, confirmando os dados gerais que apontam a prevalência de uma população com baixa escolaridade como alvo do sistema de justiça criminal.

O dado relativo à cor/raça, por sua vez, confirma o índice de extrema sobrerrepresentação dos negros nas prisões em flagrante realizadas no estado de Pernambuco (IDDD, 2017):

Branca	1
Negra	22
Dado não disponível	4
Total	27

Tabela 3 – Cor/raça da pessoa flagranteada²

Quanto ao gênero, por último, temos que apenas três dentre as 27 pessoas que foram levadas às audiências de custódia eram mulheres.

Logo, podemos concluir que o perfil das audiências de custódia analisadas - e das pessoas nelas implicadas - reflete o cenário geral da população carcerária no Brasil (Sinhoretto, Silvestre e Schitler, 2015, p.25), composta por uma população majoritariamente masculina, negra, com baixa escolaridade e acusada de crimes patrimoniais e/ou tráfico. O objeto desse trabalho aparece, dessa forma, como um autêntico produto cotidiano do sistema de justiça criminal.

De acordo com os relatos elaborados pelas pessoas presas em flagrante durante as audiências de custódia, é possível constatar que policiais militares são, na quase totalidade das vezes, apontados como responsáveis pelas agressões.

PoliciaI Militar	22
PoliciaI Civil	1
Guarda metropolitana	1
Dado não disponível	3
Total	27

Tabela 4 - Agente estatal responsável pela agressão, segundo a pessoa flagranteadada

É importante apontar, para fins de observação do cumprimento das disposições da Resolução nº 213/2015 do CNJ, que em apenas 2 dos 27 casos o juiz responsável pela audiência de custódia explicou ao atuado qual a finalidade da audiência. Assim, verifica-se que restaram praticamente ignoradas as recomendações do Protocolo II anexo à Resolução, segundo o qual cabe ao juiz fazer o flagranteado entender que aquele é o momento apropriado para denunciar as agressões eventualmente sofridas.

Tampouco foram adequadamente respeitados os artigos 8º e 11º da Resolução nº 213/15 do CNJ ou as recomendações do Protocolo II relativas aos procedimentos para a coleta de informações sobre a prática de torturas, tendo em vista que, dentre os 27 relatos de violência policial, 8 foram feitos espontaneamente pelos custodiados. Significa dizer que em oito dos casos os juízes, bem como os demais representantes de órgãos públicos presentes nas audiências, não elaboraram quaisquer perguntas acerca das condições de realização da prisão e de manutenção em custódia. Trata-se de um filtro importante à exploração do potencial das audiências de custódia para prevenir e combater as ocorrências de TTCDD, inclusive na medida em que não é possível precisar quantos casos de eventual violência policial podem ter deixado de ser relatados em razão dessa omissão institucional,

A respeito do questionamento sobre se houve, durante a audiência, encaminhamento para apuração de violência policial, os resultados colhidos continuam a apontar para a inércia dos representantes das instituições quando se trata de apurar os relatos de TTCDD durante o flagrante:

Não	8
Apenas encaminhamento para a perícia traumatológica	17
Sim, pelo Ministério Público, nas considerações finais	1
Total	27

Tabela 5 - Houve, durante a audiência de custódia, encaminhamento para apuração de violência policial?

No que tange ao item 7), ressalta-se que o Protocolo II da Resolução nº 213/2015 do CNJ dispõe, entre a série de medidas que podem ser tomadas pelos juízes que se confrontarem com relatos de TTCDD, a descrição minuciosa e detalhada da situação e dos envolvidos no relato. Este trabalho constatou, no entanto, que tal registro detalhado não foi realizado pelos juízes que atuaram no Plantão de Audiências de Custódia do TJPE, durante o período acompanhado.

Assim, tem-se que num universo de 26 processos investigados, em 8 dos Termos de Audiência de Custódia (TAC) pesquisados não consta qualquer menção à agressão relatada pelo flagranteado. Observou-se, ainda, que na maioria das vezes em que agressão é relatada no TAC os juízes se limitam a redigir frases curtas e declaratórias (13 TACs), tais como “o atuado alega ter sido agredido por policiais militares”, não computando quaisquer detalhes acerca da narrativa nem registrando encaminhamento ou diligências apuratórias. Quando tal encaminhamento existe, se limita à declaração de que o Ministério Público se encontra cientificado em audiência para tomar as providências cabíveis (4 TACs).

Por fim, em apenas 1 processo, dentre 26 pesquisados, consta determinação no TAC para registro da denúncia na tabela do CNJ – prática que conforma a subnotificação por culpa do Judiciário, a que nos referimos no primeiro capítulo. Ainda, apenas nesse processo houve determinação no TAC para remessa de peças ao Corregedor Geral da Secretaria de Defesa Social, um encaminhamento simples que poderia ter sido adotado em todos os casos. Ressalte-se, ainda, que tal pedido de remessa foi feito pelo Ministério Público em razão de a própria advogada particular que assistia o atuado ter presenciado uma cena de violência policial contra o mesmo na Central de Flagrantes da Polícia Civil. Questiona-se, dessa forma, a relação que parece estar estabelecida entre o status daquele que presencia a agressão e a atitude institucional que segue ao relato: apenas quando uma advogada relata ter presenciado a

violência policial é que o Ministério Público toma a iniciativa de pedir a remessa dos autos à Corregedoria e o juiz faz constar tal determinação no TAC, enquanto tal não ocorre diante dos outros 25 casos.

Como dito, constatou-se que alguma menção à agressão relatada em momento processual posterior ao TAC ocorre em apenas 3 dos 26 processos. A seguir, nos dedicaremos a explorar de forma qualitativa esses três casos, verificando a existência de discursos acerca da agressão, bem como verificando se algum encaminhamento a respeito da apuração foi realizado.

No primeiro processo, a violência policial foi mencionada em dois momentos posteriores ao TAC: durante a audiência de instrução e julgamento, quando do interrogatório do réu, e durante a sentença. Trata-se de caso em que o autuado foi submetido a revista pessoal no bairro de Brasília Teimosa, ocasião em que verificou-se que possuía 6 “big bigs” de maconha em sua mochila. Em seguida, a narrativa dos policiais militares e do acusado durante a AIJ coincidem em afirmar que o mesmo teria conduzido os policiais à sua residência, onde foram encontradas, no total, 445 gramas de maconha. Percebe-se que os policiais, em seu depoimento, enfatizam a espontaneidade do réu em conduzi-los à sua residência.

Assim, a narrativa dos policiais descreve perfeitamente a chamada “entrada franqueada”, categoria problemática que visa, muitas, vezes, dissimular uma invasão de domicílio obtida por meio de coação ou violência (Jesus, 2016). A narrativa do acusado, em sede de Audiência de Instrução e Julgamento, é semelhante à dos policiais, inclusive respondendo negativamente às perguntas da defesa no que concerne a ter sofrido agressão durante a prisão:

Ocorre, no entanto, que durante a Audiência de Custódia o autuado afirmou ter sofrido agressão policial, alegando que recebera choques de agentes da ROCAM. Tal informação, ressalte-se, só é acessível porque houve o acompanhamento da audiência de custódia desse caso específico por parte do GAJOP, uma vez que este processo se enquadra no grupo daqueles em que o TAC não traz qualquer registro do relato de agressão policial - e, como visto, mesmo os que trazem o registro não detalham o relato do flagranteado, de modo a ocultar o agente indicado como agressor, o lugar e os meios da suposta agressão. Se dependêssemos da diligência do Judiciário para efetuar registro no TAC não teríamos como saber, portanto, nem que ele alegara ter sido torturado, nem que essa tortura teria sido empreendida por agentes da ROCAM, e tampouco que teria se dado por meio de choques.

Com efeito, ainda que a Audiência de Custódia esteja digitalmente gravada, a ausência de registro do relato de agressão no TAC: i) contribui para inibir o acesso a tais dados por parte de pesquisadores, uma vez que o acesso às audiências gravadas é restrito ao Judiciário, partes e

advogados, que devem possuir cadastro no sistema Judwin; ii) pode ser um dos fatores que contribui para a ausência de questionamento acerca da alegada agressão policial em atos processuais posteriores, especialmente tendo em vista que o juiz que realiza a AIJ não é o mesmo que realiza a audiência de custódia e que, logo, não terá acesso à informação de que houve relato de tortura a menos que assista à audiência gravada, meio mais custoso em termos de tempo gasto do que a mera leitura do TAC.

Dessa forma, o processo em análise traz uma mudança no discurso do réu, que na Audiência de Custódia alegou ter sido submetido a choques por parte de agentes da ROCAM e, na AIJ, afirmou não ter sido agredido pelos policiais. Ora, trata-se de um ponto de contradição acerca do qual poderiam ter sido tecidas hipóteses explicativas, seja para confirmar a narrativa de ausência de agressão afirmada na AIJ, seja para confirmar a narrativa de existência de agressão afirmada na audiência de custódia e, a partir de então, investigar acerca dos motivos que pudessem ter resultado na alteração do relato do flagranteado, dentre os quais se inclui a eventual existência de coação contra o mesmo. Contudo, tais hipóteses não foram exploradas por quaisquer dos operadores do direito presentes na AIJ. Na sentença, o juiz se restringe a ressaltar que o acusado “negou, por fim, tenha sido agredido pelos policiais para que os levasse até a residência”, não fazendo menção ao que fora relatado na audiência de custódia.

O que temos, portanto, é um cenário de centralidade dos policiais na produção da verdade jurídica sobre o flagrante – vide a narrativa frequente sobre a “entrada franqueada” -, somada a uma recepção quase que imediata dessa verdade pelos operadores do direito. Esse padrão é repetido na maioria dos processos criminais envolvendo tráfico de drogas, nos quais os policiais são geralmente as únicas testemunhas. Em pesquisa que discute os motivos que levam a essa recepção da verdade policial pelos operadores, Maria Gorete de Jesus (2016, p.4-5) elenca um repertório de crenças por parte dos juízes e promotores: crença na função, no saber e na conduta dos policiais, crença de que o acusado vai mentir, crença de que existe relação entre criminalidade e perfil dos acusados, crença de que os juízes tem o papel de defender a sociedade e que isso se materializaria através da prisão. Essas crenças, por fim, possuem o papel de “dispensar o conhecer” e de garantir a imunidade das ações e narrativas policiais que permite o funcionamento do sistema de justiça criminal nos moldes atuais.

No segundo processo em que há menção à tortura relatada em momento processual posterior ao TAC, as menções ocorrem na AIJ, durante o interrogatório da acusada e no depoimento de um dos policiais militares que efetuaram a prisão. O juiz registra a agressão relatada de forma

extremamente sucinta (consta do TAIJ: “a denunciada esclarece que sofreu agressões físicas por parte dos policiais que lhe abordaram inicialmente”), ignorando uma oportunidade de conferir maior materialidade a esse relato. O depoimento do policial militar, não obstante, oferece material para uma análise mais detida, na medida em que, ao passo em que nega o relato da flagranteada, o relaciona a um suposto “costume” das pessoas que são presas em flagrante, cuja finalidade seria a de obter vantagem na soltura ou de “denegrir” a atuação policial.

Discurso semelhante, conforme se verá, foi enunciado por policial militar que efetuou a prisão do terceiro processo analisado, o qual atribuiu o relato de agressão à vontade de vingança do flagranteado. Percebe-se, com isso, a existência de um discurso por parte dos policiais de desqualificação da credibilidade do autuado, baseada em uma crença na retidão da conduta policial. Dessa forma, a narrativa veicula que o acusado estaria mentindo a respeito de ter sofrido uma violência (crença de que o acusado irá mentir), com o objetivo de manchar uma reputação policial que se supõe imaculada (crença na conduta policial) (Jesus, 2016).

Neste processo, apesar de a agressão ter sido relatada no TAC e no TAIJ, o juiz não realizou qualquer menção ou encaminhamento a esse respeito na sentença – de onde se deduz que recepcionou as versões dos policiais. Não se absteve, contudo, de desejar, logo após dispor sobre a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, votos de reabilitação moral para a então condenada (“oxalá não volte a delinquir”).

Passa-se à análise do terceiro e último dos processos em que houve menção ao relato de TTCDD em momento processual posterior ao TAC. Trata-se do único processo, já referido, em que houve remessa dos autos ao Corregedor Geral da Secretaria de Defesa Social. As narrativas sobre agressão se encontram presentes no TAIJ, quando do depoimento das testemunhas de acusação (os policiais militares que efetuaram a prisão), das testemunhas de defesa (que estava com o autuado no momento da prisão em flagrante) e do interrogatório do acusado, bem como na sentença.

Como citado, trata-se do caso em que advogada da pessoa presa relatou ter presenciado violência policial militar na área externa da Central de Flagrantes da Polícia Civil, tendo o promotor presente em audiência encaminhado ofício, juntamente a mídia da audiência, para a Corregedoria. Na audiência de custódia, conforme consta dos dados obtidos pelo acompanhamento processual realizado pelo GAJOP, o flagranteado possuía cortes no rosto e alegou ter sido agredido na viatura, em via pública e no pátio da delegacia. Esse relato foi novamente confirmado, de forma explícita, pelo acusado na Audiência de Instrução e

Julgamento, e tal relato foi confirmado por sua testemunha de defesa, que também presenciou a agressão durante a prisão em flagrante.

Um dos policiais militares que efetuou a prisão, por sua vez, atribui a alegação de violência à vingança pessoal do acusado. Vemos novamente, aqui, um discurso policial que deslegitima o relato do acusado, dessa vez atribuindo-o a um desejo de vingança. Na sentença, após fazer referência ao relatado pelo acusado e testemunha de defesa na AIJ, o juiz afirma a necessidade de apuração dos relatos em processo próprio, determinando a remessa dos autos à Corregedoria da SDS.

Percebe-se, portanto, que dentre todos os processos pesquisados (total de 26) o único de que se tem notícia, a partir das peças disponíveis no meio eletrônico, de encaminhamento pelo juiz dos autos para o Corregedor Geral foi aquele em que advogada particular presenciou a agressão policial e realizou, durante a AIJ, perguntas aos policiais militares, acusado e testemunha de defesa a respeito da agressão narrada, do que resultou disposição expressa, em sentença, da necessidade de apuração das alegações em procedimento próprio.

Assim, temos que a diligência da advogada foi essencial para o desfecho “encaminhamento à Corregedoria”. O fato de ela ter presenciado a agressão e a denunciado, por meio de seu corpo que não é o do acusado e que, portanto, não está submetido às crenças judiciais de que “o acusado irá mentir” e de que “existe relação entre criminalidade e perfil dos acusados” (Jesus, 2016) é também algo que possivelmente influencia para esse desfecho.

Observa-se ainda que o juiz, apesar de declarar a necessidade de apuração em procedimento próprio da tortura alegada, não fez uso de sua competência para requisitar ao delegado de polícia a instauração de um inquérito policial para a apuração do relato de TTCDD. Seria interessante entender se há uma normativa interna que privilegie o encaminhamento à Corregedoria em detrimento da requisição de instauração de um IP ou se trata-se de uma escolha à livre disposição dos juízes; e, sendo o segundo caso, entender o que motiva a opção por um ou outro encaminhamento.

Considerações finais

Após analisar as 27 audiências de custódia e os 26 processos judiciais eletrônicos originados a partir delas, pudemos constatar que as recomendações da Resolução nº 213/15 do CNJ, bem como de seu Protocolo II, não foram observadas de modo satisfatório. Em 25 casos os juízes não explicaram ao flagranteado o objetivo da audiência; em 8 casos não houve nenhum encaminhamento para a apuração de violência durante a audiência de custódia; em 8 casos o

registro de tortura não consta do TAC – e, nos casos em que consta, sequer se aproxima do registro detalhado recomendado pelo Protocolo II; em 13 casos não houve nenhum encaminhamento constante no TAC; em apenas 1 caso foi determinado remessa para o Corregedor Geral da SDS.

Na análise qualitativa dos três processos, observamos que os juízes reproduziram uma crença na função e na conduta dos policiais, acatando suas versões em detrimento de depoimentos anteriores do flagranteado acerca da tortura sofrida. Vimos, ainda, que os policiais alegaram em dois dos processos que o acusado estaria mentindo com a finalidade de manchar a reputação da polícia ou de vingar-se do policial, o que veicula a um só tempo a crença de que os acusados mentem sobre as violências que alegam e a crença na retidão da conduta policial (Jesus, 2016). Identificamos que apenas houve encaminhamento à Corregedoria quando a agressão foi presenciada pela advogada do réu, alguém com um status diferente do acusado e que escapa às crenças judiciais referidas.

Nossos resultados, portanto, confirmam um cenário geral de descaso para com a apuração dos relatos de tortura, passando a impressão de que esse seria um objetivo menor, ou até mesmo inconveniente, das audiências de custódia. Tentamos entender tais resultados através da caracterização do sistema de justiça criminal brasileiro, privilegiando os recortes de raça e classe que informam os seus propósitos. Nos servimos, para tanto, de pesquisas que discutem a construção de uma *classe dos torturáveis* (Oliveira, 1994) a partir de uma lógica escravagista e patrimonialista, cuja continuidade é garantida por meio dos sistemas de impunidade dos quais participam o Ministério Público e o Judiciário, alavancados pelas peculiaridades do crime de tortura que dificultam a sua investigação.

Consideramos pertinente ressaltar que este trabalho apresenta limitações óbvias, desde que apenas se debruça sobre aquilo que o juiz decidiu registrar através dos termos de audiências, despachos, decisões, sentenças... Dessa forma, não se ignora que pode haver atuações não registradas, por parte dos demais operadores do direito, no sentido de diligenciar para as apurações. O fato de que essas atuações não tenham sido registradas pelo Judiciário, no entanto, é em si digno de nota. Também é importante ressaltar que não se torna possível generalizar os seus resultados quantitativos, tendo em vista a pequenez da amostra. A etapa qualitativa, no entanto, é capaz de fornecer uma amostra teórica de discursos existentes diante do problema proposto, representando um resultado importante para além da possibilidade de sua generalização numérica.

Notas

A base de dados sobre a qual se debruça este trabalho foi coletada (e gentilmente disponibilizada) pelo Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares – GAJOP, em parceria com o Grupo Asa Branca de Criminologia.

² Os 27 relatos de TTCDD em audiências de custódia, enunciados por 27 pessoas diferentes, resultaram em 26 processos, em razão de dois dos flagranteados terem sido considerados coautores do mesmo crime. Portanto, para fins da etapa qualitativa da pesquisa, essas duas audiências de custódia passam a representar um único dado. Quando nos referirmos à etapa quantitativa, no entanto, serão contabilizados como dois dados distintos.

³ É necessário apontar que não temos conhecimento sobre a forma como esses dados foram colhidos pelos grupos GAJOP e Asa Branca. Assim, não é possível dizer se a cor/raça foi estabelecida pela autoidentificação da pessoa flagranteada, pela percepção do pesquisador ou através de informação constante no Auto de Prisão em Flagrante.

Referências Bibliográficas

Brasil. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República (2015). *A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas: Relatório de Pesquisa*. Rio de Janeiro. Recuperado de: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2018.

Instituto de Defesa do Direito de Defesa (2019). *O Fim da Liberdade: a urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia*. Recuperado de: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/dlm_uploads/2019/08/OFimDaLiberdade_simples.pdf> Acesso em 21 nov. 2019.

Instituto de Defesa do Direito de Defesa (2017). *Audiências de custódia: panorama nacional pelo instituto de defesa do direito de defesa*. Recuperado de: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia_Panorama-Nacional_Relatorio.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2018.

Jesus, M. G. M. (2016). *A verdade jurídica dos casos de acusação por tráfico de drogas: o campo de imunidade da narrativa policial na justiça criminal*. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 40, Caxambu. 2016. Recuperado de: <<http://www.anpocs.com/index.php/papers-40-encontro/spg-3/spg11-3/10045-a-verdade-juridica-dos-casos-de-acusacao-por-trafico-de>>



drogas-o-campo-de-imunidade-da-narrativa-policia-na-justica-criminal/file>. Acesso em: 30 abr. 2018.

Méndez, J. E. (2000). Problemas da violência ilegal: introdução. In: Méndez, Juan E.; O'Donnell, Guillermo; Pinheiro, Paulo Sérgio (Org.). *Democracia, violência e injustiça: o não-Estado de Direito na América Latina* (pp. 33- pp.38). São Paulo: Paz e Terra.

Misse, M. (2010). Crime, sujeito e sujeição criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria "bandido": aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria "bandido". *Lua Nova*, São Paulo, v. 79, n. 0, pp.15-pp. 38.

Misse, M. (2008). Sobre a Construção Social do Crime no Brasil: Esboços de uma Interpretação. In: Michel Misse. (Org.). *Acusados e Acusadores: Estudos sobre ofensas, acusações e incriminações*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2008, v., pp. 13 – pp.32.

Paiva, C. Audiência de custódia: um olhar desde a Defensoria Pública. *Jornal da Escola Superior da Defensoria Pública da União*, 3º trimestre de 2015, ed. nº 2, ano 1. Recuperado de: <http://www.dpu.def.br/images/esdpu/informativo_escola_novembro.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2018.

Zaccone, Orlando (2015). *Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan.

Excessos e exceções: mitos de uma Política Criminal

Paulo Jorge Ribeiro
Cristiane Brandão Augusto

Resumo

No Complexo do Alemão, grave confronto ocorreu entre as forças de segurança pública do Rio de Janeiro e os moradores da comunidade, resultando na morte de 14 pessoas, todos “supostos traficantes”. É reconhecido que ao menos um destes mortos não possuía ligação alguma com o tráfico de drogas. Como resultado da operação, 1 kg de pasta de coca, 5 kg de cocaína, 2 kg de maconha e 15 armas foram apreendidas. Comemorando este feito grandiloquente, o governador do Estado afiançou que esta operação se constituía como um marco no “endurecimento” à repressão ao crime organizado nas favelas cariocas. O delegado responsável pela operação alegou que “pode ter havido excesso” na condução da intervenção naquela favela devido ao fato de que “numa operação como essa, não se pode exigir uma conduta britânica dos policiais”. E concluiu enfaticamente: “É a única maneira de combater a criminalidade”.

Palabras-chave

Política Criminal, Estado, criminalidade.

Nos corpos das vítimas, foram encontradas perfurações na cabeça e no tórax, estando duas destas com as mãos amarradas. No local das mortes, as perícias exigidas legalmente antes da remoção dos cadáveres não ocorreram, sendo os corpos levados diretamente para a necropsia a ser realizada no Instituto Médico Legal.

Apesar da aparente solidez das informações acima narradas, deve-se estar atento às complexas *duplicidades* que envolvem os acontecimentos históricos e aos processos anestésicos a que são submetidas nossas próprias memórias. Como assinala Marx, recorrendo a Hegel, a história se repete duas vezes. Acrescenta, porém, que “a primeira como tragédia; a segunda como farsa”. Tal como nas “caricaturas” analisadas pelo autor do *18 Brumário de Luís Bonaparte* (2011[1859]), os acontecimentos acima narrados não são recentes. Seu palco foi outro, com protagonistas diferentes, mas repetindo perversamente a mesma fabulação: a imperativa necessidade da *guerra ao crime*. De forma mais precisa, o episódio acima narrado ocorreu em 8 de maio de 1995, no decorrer do mandato do governador Marcello Alencar¹

Transcorreram-se mais de 20 anos deste acontecimento e um pouco mais de uma década da primeira megaoperação policial que contou com ostensiva participação das forças armadas,



sendo transmitido ao vivo, em cadeia policial, toda a *caçada* aos traficantes da região². Naquele momento, que antecedeu a denominada *pacificação* do Rio de Janeiro pela implementação das UPPs, parcelas da sociedade civil, da imprensa e mesmo operadores públicos permaneceram reféns e mobilizaram-se em torno das *surpresas* reservadas aos que comemoram “um raio em céu azul” quando observaram as dinâmicas societárias que envolvem o tema da segurança pública. É notória a presença aqui de uma constante, mas perceptível nota de destaque: o horror. O horror como esta constância invisível, porém sensível, mobilizadora de afetos pouco afeitos à partilhas do sofrimento do outro. Pelo contrário, um horror que dirigiu o apoio a estas ações. E como nos adverte Marcuse, num inspirado prefácio ao próprio Marx, “(e)sse horror exige uma correção das sentenças introdutórias de *O 18 Brumário*: os ‘fatos e personagens da história mundial’ que ocorrem, ‘por assim dizer, duas vezes’, na segunda vez não ocorrem mais como ‘farsa’. Ou melhor: a farsa é mais terrível do que a tragédia à qual ela segue” (Marcuse, 2011, p. 9).

Diante deste cenário – que, longe de ser um *acidente*, é uma norma desejada no que diz respeito a um determinado *modelo guerreiro*³ de segurança pública –, nos propusemos a olhar o Projeto de Lei (PL) 882/2019, de iniciativa do Ministério da Justiça, especialmente no que concerne às alterações no âmbito da legítima defesa. Criando uma espécie de escusa, o texto legal remetido ao Congresso Nacional dá tratamento diferenciado aos casos de excesso nas excludentes de ilicitude, admitindo diminuição ou isenção de pena quando decorrer de medo, surpresa ou violenta emoção perdoável. Mais significativo é que presume-se em legítima defesa o agente de segurança pública ainda que na iminência de agressão injusta em iminente conflito armado. Para entender melhor os argumentos, sigamos ao Projeto de Lei.

O “Pacote”

Com discurso voltado para o fim da criminalidade, o Poder Executivo se antecipou às Casas Legislativas e, em 19 de fevereiro de 2019, apresentou formalmente um Projeto de Lei. Estamos nos referindo à proposta formulada pelo Ministro da Justiça, Sérgio Moro, originariamente o “pacote anticrime”, para “estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa”⁴. Na linha da tradicional inflação legislativa, prevê alterações de natureza penal e processual a diversos diplomas em vigor, notadamente tentando cobrir de legalidade entendimentos de duvidosa constitucionalidade.

Não obstante a marcada acentuação à maximização punitiva, o projeto traz inquietantes mudanças no âmbito do art. 23, do Código Penal (CP), proporcionando ampliação de norma

não incriminadora, a qual permitiria a diminuição ou a exclusão da sanção afliativa. Curiosamente, portanto, em meio ao recrudescimento generalizado do PL 882/2019, uma espécie de escusa aparece em seu art. 2º:

Art. 20. O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 23.

§ 1º O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.

§ 2º O juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção.

Não fosse o contexto sociopolítico dos primeiros meses deste 2019, seria difícil compreender a inclusão de tal dispositivo. Ocorre que o tom da ampla política criminal apresentada pelo Governo Federal é, lamentavelmente, coerente com o objetivo explícito no que se pretende seja o parágrafo único do art. 25, do CP:

Parágrafo único. Observados os requisitos do caput, considera-se em legítima defesa:

I - o agente de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem; e

II - o agente de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes. (NR)

Este projeto não pode ser compreendido como uma tentativa *virtuosa e heroica* de seu artífice – ele mesmo também um *mito* –, mas sim dentro do próprio projeto maior no qual se insere. Foi desenhado a partir de um tom que se realiza efetivamente desde o primeiro dia deste governo, com o discurso triunfante da busca pela repetição sistemática dos padrões anteriores de gestão da segurança pública e de sua relação (ou falta de) com os direitos humanos, onde a faceta bélica e discriminatória persiste, apesar do discurso dos gestores da segurança pública ser marcado – ao menos retoricamente – por preocupações sociais e de cidadania. De modo mais preciso, mesmo que avanços fossem ser observados em áreas pontuais – fundamentalmente na tentativa de controle da corrupção –, perseverou em nosso cenário uma avaliação dos gestores públicos, como também de partes da imprensa e da sociedade civil, que uma política de segurança pública eficaz não pode ser invocada junto às garantias e procedimentos que pautam os mecanismos de proteção aos direitos humanos – em paralelo ao que ocorre sintomaticamente com um tema como o da cidadania.⁵ Pauta-se pela lógica de que os procedimentos posteriores a Constituição ainda vigente são excessivos, impedem o verdadeiro exercício da força legítima. Sendo assim, a eficácia, a força liberada dos constrangimentos

procedimentais, segundo a lógica prometida pelo PL, poderá produzir os resultados pacificadores que a sociedade deseja...

Assim, quanto a estas mudanças da Parte Geral do Código Penal, a justificativa, segundo o autor do Projeto, se apoia no violento cenário hodierno e na *insegurança* dos agentes da *Segurança Pública*:

A realidade brasileira atual, principalmente em zonas conflagradas, mostra-se totalmente diversa da existente quando da promulgação do Código Penal, em 1940. O agente policial está permanentemente sob risco, inclusive porque, não raramente, atua em comunidades sem urbanização, com vias estreitas e residências contíguas. É comum, também, que não tenha possibilidade de distinguir pessoas de bem dos meliantes. Por tais motivos, é preciso dar-lhe proteção legal, a fim de que não tenhamos uma legião de intimidados pelo receio e dificuldades de submeter-se a julgamento em Juízo ou no Tribunal do Júri, que acabem se tornando descrentes e indiferentes, meros burocratas da segurança pública. As alterações propostas, portanto, visam dar equilíbrio às relações entre o combate à criminalidade e à cidadania. No art. 23, que trata da exclusão de ilicitude, inclui-se § 2º, que faculta ao juiz reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção. É dizer, as circunstâncias em que o ato foi praticado serão avaliadas e, se for o caso, o acusado ficará isento de pena. Na mesma linha, a nova redação do art. 25, que reconhece ao agente público a condição de achar-se em legítima defesa em conflito armado ou risco desta situação, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem, inclusive vítima mantida refém. Este dispositivo corrige situação atual de absoluta insegurança do policial, pois impõe-lhe aguardar a ameaça concreta ou o início da execução do crime para, só depois, reagir. Com a nova redação, ele pode agir preventivamente, ou seja, quando houver risco iminente a direito seu ou de outrem.

Previamente a qualquer análise jurídica, já nos instigam os questionamentos sobre as premissas em que se assentam as expressões “agente policial sob risco”, “comunidades sem urbanização”, “pessoas de bem x meliantes”. A percepção do risco não é demasiadamente subjetiva? Não bastasse, comunidades sem urbanização não é propriamente reflexo da omissão do poder público?

No quadro de altas taxas de criminalidade violenta com que lidam as principais cidades brasileiras, o Rio de Janeiro tem ocupado especial destaque (Waiselfisz, 2007 e 2014, dentre outros). Dentre as vítimas preferenciais, por exemplo, de homicídio, encontram-se jovens, negros ou pertencentes a outros grupos subalternos, do sexo masculino e residentes em comunidades de baixa renda. Em função das prováveis conexões entre essas altas taxas de letalidade e a ação das redes que giram em torno do comércio varejista de drogas, as populações dessas comunidades acabam se tornando alvo do estigma de serem participantes

efetivos ou potenciais dos grupos ligados ao tráfico ou demais modalidades criminosas que circulam em torno destas atividades ilegais (Zaluar, 1994). Soma-se a este cenário a constatação de que as populações destas comunidades são indubitavelmente as mais vulneráveis à criminalidade violenta, além de estarem expostas às mais diversas demandas derivadas da escassez de serviços públicos naqueles territórios (Cano e Santos, 2001)⁶

Não são recentes as reflexões e as pesquisas realizadas pela Academia, por Organizações da Sociedade Civil e por Instituições ligadas aos Direitos Humanos que denunciam a correlação entre violência policial, raça, etnia, classe social e território (Zaluar, 1985; Santos, 1993; Lima, 1994; Cano e Santos, 2001). Diante da obscuridade das “vias estreitas” e “casas contíguas”, vale referendar a gestão da miséria (Wacquant, 2001) através de uma necropolítica estatal (Mbembe, 2018).

Ademais, quando a justificativa entrelaça “meliantes” e comunidades pobres não revelaria uma leitura subliminar de que tais ambientes são mais férteis para brotar o protótipo lombrosiano? E, se realmente for possível, como conceituar “pessoas de bem” em oposição às do “mal”? Tal classificação nos remete a um rótulo excludente e autoritário de uma lógica estigmatizante que não só interiorizou que aqueles são os lugares do perigo, mas que diz que as ações ali realizadas, por mais cruéis e sangrentas que sejam praticadas em nome de uma determinada civilização, passarão impunes. *Homens infames*, como Foucault (1994) percebeu aqueles que exclusivamente tocaram as faces do poder pelo seu aprisionamento e morte. Somente a versão do estado, de que eram traficantes, já assegura a boa consciência de que estas mortes foram justificadas pelos cenários de beligerância em que nos encontramos, onde as vítimas *injustas* seriam entendidas simplesmente como “ovos” na luta da “civilização contra a barbárie”⁷.

Aliás, a “proteção legal” seria capaz de garantir o discernimento (repetindo a transcrição: “É comum, também, que não tenha possibilidade de distinguir pessoas de bem dos meliantes. Por tais motivos, é preciso dar-lhe proteção legal”)? Uma análise psicanalítica ou sociológica fina do texto proporcionaria a emersão de algumas conclusões.

Outrossim, na linha dos movimentos de tolerância zero e de Direito Penal do inimigo (Zaffaroni, 2005; Jakobs, 2007), a redação da presunção absoluta de legítima defesa desburocratiza, inclusive, os arquivamentos de autos de resistência, minimizando os efeitos deletérios da violência policial para a própria Instituição e, quiçá, diminui as taxas oficiais da rubrica “homicídio doloso em geral” em nosso país, rendendo notícias aparentemente positivas, porém falsas, de uma eficiente atuação do Poder Público no combate à criminalidade.

Na verdade, esta presunção a que pretende o Projeto constitui uma prática do Sistema Criminal já relatada por Misse et al. e condenável pelo conformismo de a morte de certas pessoas de vida nua (Agamben, 2007) ser vista como uma consequência inevitável da rotina do trabalho policial:

A pesquisa apontou que os homicídios registrados sob a rubrica dos autos de resistência não são devidamente investigados, havendo uma tendência hegemônica ao arquivamento, marcada pela preponderância da versão policial original fundamentada em não mais do que a "fé pública" depositada nesses agentes e formulações depreciativas sobre a conduta das vítimas (Misse et al., 2015, p. 69).

Se o foco da atenção do projeto residia numa permissividade para os agentes de segurança pública agirem de modo desmedido – como se faz concluir pelo art. 25 proposto –, fato é que, como norma geral, o art. 23 poderá incidir sobre qualquer pessoa, desde que esteja em excesso doloso ou culposo no estado de necessidade, exercício regular de direito, estrito cumprimento de dever legal ou na legítima defesa.

Como exposto, acreditamos que o *modelo guerreiro* na vigência não somente da segurança pública, mas na própria *mobilização* que deste modelo se pode extrair na vida societária, será ainda mais normatizado – ou seja, ganhará força normativa o próprio estado de exceção em que nos encontramos – a partir da rotinização destas práticas perversas que giram neste mundo ordinário. Não por menos que, na conturbada e não homogênea estruturação do que foi denominado de processo civilizador, assegurou-se – a partir de um processo não retilíneo, mas que envolve avanços, retrocessos e mesmo períodos de estagnação – que a civilização deve garantir que o monopólio legítimo da força não seja maculado por excessos. E quando existirem indícios de que estes tenham ocorrido, é imperativo serem eles investigados de forma justa e imparcial, mantendo-se o legítimo direito de defesa de todos os envolvidos. Frisemos: todos os envolvidos, sejam estes policiais, moradores ou o poder público. Possui este processo civilizatório a obrigação de manter a continuidade na prestação dos serviços essenciais, fundamentais à preservação da dignidade humana – desde a coleta de lixo até a educação e saúde, com qualidade nestes serviços. Necessita assegurar que o direito de ir e vir, do tratamento respeitoso e zeloso dos operadores policiais à população civil seja um parâmetro da dignidade daqueles cidadãos. Reprova normativamente qualquer distinção entre os cidadãos, posto que não é cabível que existam cidadãos de primeira, segunda e terceira categorias. Todos são iguais perante a lei, devendo ter direitos e obrigações universalmente assegurados pela ordem jurídica do estado democrático e de direito. Fomentar e garantir a igualdade daqueles que são subalternizados – como assegurar o reconhecimento e o direito às diferenças onde a

igualdade funciona como um elemento homogeneizador – é também um dos condicionantes deste processo.

Estes ideais, como aqui delineadas, também não são adequados a alguma *lógica guerreira*. Isto porque a exceção não se desenha, em momento algum, sob a égide de um processo que seja irracional. Caso nos atenhamos a determinadas justificações heurísticas a respeito de como foi possível instituir o processo político ocidental, dentro desta lógica de exceção, não cabe subsumir que o direito é o elemento que funda o Estado (dentro de uma matriz lockeana) ou que se retira da norma jurídica o potencial de regulação do universo societário (como em Kelsen). Na matriz da exceção, é o monopólio da decisão – tributária dos argumentos de Bodin e Hobbes –, o ato que funda esta ordem, tanto na práxis política quanto jurídica. Não por menos que, seguindo este modelo, a razão de estado encontra-se na cisão, no próprio espaço da cissiparidade, entre a graça e a tirania.

A exceção beligerante como regra

Carl von Clausewitz demonstra uma visão clássica baseada na ilustração da guerra como imposição de violência para obrigar alguém a fazer sua vontade. Não por menos que em seu *Da Guerra*, caso operemos, no decorrer do texto militar, a substituição da palavra *guerra* por *poder*, podemos assegurar que estaremos, agora, diante de um livro de filosofia política do poder, onde este aparece como potência e ato da instauração da ordem. Não por menos que, para este, “guerra não é nada mais do que a continuação da política com outros meios” (1984, p. 69). Tem também como fim uma *certa paz* ligada à vitória de um dos beligerantes, após o derramamento de sangue causado pelo conflito de interesses entre as partes (Passos, 2005). No entanto, na sagaz percepção de Hannah Arendt, em *Sobre a Violência* (2001), já percebemos o anúncio de uma virada epistemológica. A autora chama a atenção para o fato de que à segunda guerra mundial não se seguiu a paz, ao revés se estabeleceu a guerra fria e toda uma estruturação de trabalho industrial-militar. A lógica da potencialidade da realização da guerra infiltrada na tecitura da sociedade apoia e estrutura as Instituições:

Falar da “prioridade do potencial para fazer a guerra como principal força estruturadora na sociedade”, sustentar que os “sistemas econômicos, as filosofias políticas e a corpora juris servem e ampliam o sistema de guerra, e não o contrário”, concluir que “a própria guerra é o sistema social básico, dentro do qual outros modos secundários de organização social conflitam ou conspiram” – tudo isso soa muito mais plausível do que as fórmulas do século XIX de Engels ou de Clausewitz. (Arendt, 2001, p. 17)

Com efeito, as engrenagens e instituições sociais ganham conformação a um certo *modus operandi* de luta constante, em que o poder se mostra como sistema de dominação. As relações e os aparelhos de poder passam a se constituir por essa lógica de guerra-dominação-sujeição, em que o *sujeito* deve se encaixar em certo padrão de normalidade (padrão, este, construído pelas verdades do saber-poder).

Inevitável citarmos Foucault nesse ponto – um dos mais perspicazes e inventivos leitores de Clausewitz no século XX – e citar uma das muitas perguntas que movem suas (nossas) inquietações: *"sob a paz, a ordem, a riqueza, a autoridade, sob a ordem calma das subordinações, sob o Estado, sob os aparelhos do Estado, sob as leis etc., devemos entender e redescobrir uma espécie de guerra primitiva e permanente?"* (1999, p. 53). Invertendo, assim, proposição de Clausewitz, Foucault vai dizer que *"a política é a guerra continuada por outros meios"*⁸ (1999, pp. 22 e 55). Consequentemente, a guerra é intrínseca às relações de poder e constantemente utilizada para destruir o inimigo político, seja por meio da cientificidade do biopoder (que justificou o racismo, por exemplo), seja pelas modalidades (igualmente técnicas) de assujeitamento dos tidos como loucos, diferentes, "meliantes".

Concordando, ainda portanto, com o autor de *Os Anormais*, a linha metódica de análise do poder deve incluir o sistema punitivo. Assim, a partir de um ponto de vista tríplice, necessário se faz investigar as técnicas, heterogeneidade das técnicas e seus efeitos de sujeição. Os instrumentos do Direito Penal, do Processo Penal, da Criminologia e da Política Criminal, integrados aos aparatos de controle punitivo, deslocam seu olhar, suas armas e seus canhões para as "desordens" causadas pelos "diferentes":

Não se trata tanto de fazer conquistas territoriais e, muitas vezes, nem mesmo de conquistas econômicas; mas se trata, mormente, de moldar as mentes, os espíritos, as almas, as subjetividades dos outros, dos inimigos. Se colocarmos as práticas religiosas, artísticas e sociais em geral sob o guarda-chuva da palavra cultura, estamos diante de guerras culturais. E se colocarmos sob a qualificação de racistas todas as práticas de xenofobia, machismo, etnocentrismo, intolerância à diferença etc., nos identificamos com Foucault, quando ele diz que a expressiva maioria das guerras do século XX — e eu me permito estendê-las para o século XXI — são guerras racistas. (Veiga-Neto, 2014, p. 3).

E se colocarmos sob a qualificação de "institucional" todas as práticas de atos próprios do exercício da segurança pública, apoiados (ou não) no texto legal, com suporte (ou não) na Constituição Federal, mas que, de qualquer modo, demonstrem a intolerância à diferença e às "desordens" provocadas por esses "diferentes", estaríamos diante de que modelagem da guerra? Interpretando-se como atos desempenhados no exercício *regular* do poder de polícia,

logo vistos como atos *normais* historicamente, assume-se que a normalidade é a exceção transformada em regra, como sintoma do trato do réu como inimigo. Apoiando-nos em Benjamin, "*a tradição dos oprimidos nos ensina que o 'estado de exceção' em que vivemos é na verdade a regra geral*" (1940, p. 3)⁹

Neste forte postulado que inicia a Tese VIII benjaminiana, é explícita a referência a Carl Schmitt, o jurista de Hitler que, em sua *Teologia Política*, definiu a exceção como "a suspensão de toda a ordem existente". Em Schmitt, esta suspensão não significa simplesmente suspender o direito, posto que ao mesmo tempo em que cancela a ordem jurídica existente, a exceção funda, produz uma nova normatização, mas agora isenta de controle jurídico – ainda que provisoriamente, posto que uma nova normatização excepcional irá suceder a anterior – já que é o Soberano aquele que possui a decisão.

Benjamim compreendeu esta disposição criticamente. Por um lado, não partilhava a identificação do mundo moderno com os ideários do progresso, da "evolução histórica", posto que estas se correlacionavam com a ideia de que a técnica, a democracia de então apresentava-se insuperável em sua normatização do mundo. Por outro lado, como enunciado na tese anterior, a História possuiria um movimento sempre narrado na perspectiva do vencedor, que produzia a norma desta exceção: uma história construída sobre os despojos e ossadas dos vencidos. E, por fim, estes vencedores não compreenderam que o nazismo não foi um acidente na história moderna: ele foi o resultado da própria ideologia do progresso.

Daí que, para Benjamin, produzir "um verdadeiro estado de exceção" é romper com este estado de coisas, invertendo a enunciação do jurista de Plettenberg. É produzir uma expressão mais potente, que salve os vencidos daquele "inimigo que não tem cessado de vencer" (Tese VI), salvando os derrotados de sua segunda morte. Seu desafio, final, continua como um desejo de uma crítica em que se postula a "organização do pessimismo", e não o otimismo dos vencedores: uma postura que visa sempre a nos recordar que "[o] assombro com o fato de que os episódios que vivemos no século XX 'ainda' sejam possíveis não é um assombro filosófico. Ele não gera nenhum conhecimento, a não ser que a concepção de história da qual emana semelhante assombro é insustentável." Uma lição que, como nos diz nosso admirável mundo novo, não tem cessado também de ser derrotada.

Caso tivéssemos muito mais páginas para dissertar, seguiríamos, aqui, a proposta de Agamben para uma reflexão profunda sobre as sugestões de Foucault e Benjamin quanto a imbricação *vida nua e política* nas ideologias da modernidade. Limitamo-nos, entretanto, a referenciar o autor de *Homo Sacer*, nas suas investigações sobre a interseção entre o modelo jurídico-

institucional e o modelo biopolítico de poder, bem como, especificamente, sobre as observações de Schmitt a respeito do soberano¹⁰.

O estado de exceção, então, confirmado na suspensão da validade das normas de Direitos Humanos cria o paradoxo aparente da própria possibilidade da validade da norma jurídica e ratifica, com isso, o próprio sentido de autoridade estatal. Num *continuum* de decisões/ações de excepcionalidade, fomenta-se a estrutura jurídico-política de inclusão daquilo que é expulso, ou seja, construção de atos excepcionais ao exercício da segurança pública como atos *regulares*:

A exceção é uma espécie da exclusão. Ela é um caso singular, que é excluído da norma geral. Mas, o que caracteriza propriamente a exceção é que aquilo que é excluído não está, por causa disso, absolutamente fora de relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação com aquela na forma da suspensão. A norma se aplica se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta. O estado de exceção não é, portanto, o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta de sua suspensão (Agamben, 2007, p. 25).

Conclusão

Revisitada, assim, a política de confronto de governos passados e a maximização do Direito Penal no PL 882/2019, nos dedicamos ao que trata do cabimento de diminuição ou de isenção de pena no excesso em legítima defesa. No âmbito criminológico e da política criminal, a justificativa elaborada não nos permitiria concluir por um respaldo “científico”, constitucional, ético e humanitário, que legitimasse a aprovação do documento em tramitação.

Como tentamos, ainda que sumariamente, indicar, a busca dos ideais civilizacionais não pode ser, pelo que foi demonstrado até aqui, refém do terror, alimentando, assim, uma política do medo, onde a instabilidade permaneça sendo não uma exceção, mas sim a regra. O arbítrio dos controladores estatais deveria garantir o monopólio legítimo da força – e não o uso indiscriminado da violência.

Nessa conjugação cruel, constata-se novamente a iniquidade de nossa atual constituição societária: a inexistência das garantias de direitos, sejam civis ou sociais, do *demos* que está à margem da *pólis*. A população vitimizada das “comunidades sem urbanização, com vias estreitas e residências contíguas” – como diz a justificativa do PL – está distante da visibilidade e das redes de proteção e garantias promulgadas aos que possuem estes direitos. Assim, aqui, a “política do medo” reforça o “autoritarismo socialmente implantado”, conforme expressou Guillermo O'Donnell (1995), presente em nossa sociedade, alimentado muitas vezes, sim, por parte de vários operadores políticos e midiáticos, que veem nestas comunidades o foco único de nosso descalabro da segurança pública, reforçando uma visão estigmatizadora e

estigmatizante de seus moradores – homogeneizados como “antros de marginais” –, bem como a operação de criminalização da pobreza, pressupondo uma agressão injusta sempre iminente.

Neste processo, aqueles que deveriam proteger a ordem social civilizadora transformaram-se em mais uma facção violenta dos confrontos. Atualizou-se, deste modo, a metáfora da guerra como um argumento circular que justifica a “política criminal *guerreira*” para pacificar a própria ordem social.¹¹

As palavras de Elias, em seu magnífico “Civilização e violência” (1997), poderiam servir de alerta: “O ponto crucial é o equilíbrio entra as duas funções do monopólio da violência: entre a função para seus controladores e a função para toda a população de um Estado, por exemplo, no que se refere à pacificação interna” (idem, ibidem, p. 163). E adiante conclui:

Conta-se que Luís XIV teria dito: 'L'état c'est moi'. Ele sentia-se, de fato, o dono do Estado. Desde então, em alguns países, o equilíbrio de poderes tem pendido algo mais em favor da outra função – a função em prol da sociedade-Estado em seu todo. No mais alto nível atingido até agora, os comandantes e os controladores do monopólio da violência estão eles próprios sob o controle de outros representantes da sociedade em questão. Estes últimos mantêm-se vigilantes para observar se os primeiros não usam os meios de violência sob seu comando apenas em defesa de seus próprios interesses pessoais, ou apenas no interesse de determinados estratos da população organizada como um Estado (idem, ibidem, p. 163).

Acreditamos que, daqui, devemos indagar a quem deixaremos a última palavra.

Notas

Segundo dados de Marcelo Beraba (2007).

² O “Massacre do Alemão”, aqui usado como mais um exemplo paradigmático do *modelo guerreiro* de segurança pública que o Brasil – o Rio de Janeiro em particular – utiliza no enfrentamento (sic) da criminalidade urbana violenta, ocorreu em 27 de junho de 2007, quando José Mariano Beltrame ocupava a Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro do então governador Sérgio Cabral. A operação foi considerada exitosa, com 19 mortos e vários feridos. De acordo com uma nota publicada pela OAB-RJ, ao menos 11 destes mortos não possuíam ligação alguma com o tráfico. Mesmo a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República à época assinalou que muitos daquelas mortes foram execuções sumárias e não oriundas de confrontos. Até hoje, ninguém foi responsabilizado por aqueles acontecimentos, situados sob a rubrica *autos de resistência*.



³ Por *modelo guerreiro* compreendemos um conjunto de fatores que atravessam, que atuam nas interseções, nos intervalos entre o tema da segurança pública e o que também se denominou de “sociabilidade urbana violenta” (Machado Silva, 2004). Daí não pensarmos somente na atuação das Polícias Militares pelo Brasil – um anacronismo reconhecido internacionalmente –, que possuem flagrante dificuldade de estabelecimento tanto de um modelo de investigação continuado com a Polícia Civil, quanto de estabelecimento de um regime civil de conduta em sua *formação e práticas*; nem mesmo somente na constante presença de corpos militares nestas operações pontuais na segurança pública, como também em intervenções prolongadas em vários Estados da União, na maior parte das vezes solicitadas pelos próprios governadores estaduais. Compreendemos por *modelo guerreiro* igualmente a “ideologia guerreira” que permeia estas ações, em vários níveis. (cf. Ribeiro, 2005). Desejamos acentuar o fascínio em relação aos resultados *espetaculares* propostos por este modelo militar, pela arrogante projeção de força em *campos de guerra urbanos* – na verdade, favelas e enclaves urbanos –, onde a população mais pobre e desprotegida dos próprios serviços de segurança do Estado encontra-se sitiada entre o poder tirânico do tráfico (e das milícias) e *poder despótico* do Estado naqueles espaços societários. Em seguida, chamar atenção para a própria estética que contamina cada vez mais estas operações, com blindados, helicópteros e agentes da lei usando livremente máscaras que buscam projetar heróis de filme de terror – e produzindo perversamente este próprio terror. Esta *ideologia guerreira*, por último, funciona também como um elemento *mobilizador* destas operações, já que tanto os governos estaduais como parte das próprias populações, apoiam estas megaoperações, por considerarem que podem trazer o retorno de uma paz e de uma ordem que foram existentes em algum mundo idílico, em um passado que nunca existiu. Como afirmou Benjamin ([1930] 1994), ao analisar o caso alemão que se segue ao final da Grande Guerra, esta *ideologia guerreira* é formulada como uma fruição da *l’art pour l’art*, ou seja, uma busca por encontrar significados internos aos procedimentos que sejam “eternos e originários”, defendidos majoritariamente com “prensa jornalística”, mas que se prestam notoriamente a um nostálgico e deslocado elemento de culto da violência e de extermínio do outro, transformando a própria violência em um processo redentor. Em resumo, este modelo guerreiro constitui parte da elaboração de um processo civilizacional construído a partir da própria violência que pretende erradicar, que estetiza a morte violenta deste *outro* que não merece qualquer luto ou lamento (Butler, 2015).

⁴ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>

⁵ Creio que esta aporia torna-se possível de ser percebida devido ao fato de que o tema da cidadania poder no Brasil ter sua leitura circunscrita por um determinado engajamento voluntarista, que pode ser observado como um chamado tipicamente sedutor às classes médias

culpadas. Tem-se assim a cidadania estando correlacionada à questão dos *pobres* (e não à pobreza), dos *menores* (e não crianças, adolescentes e jovens) *em situação de risco* (e não como um processo de formação para o futuro e para o trabalho), sendo este comprometimento entendido, em alguns setores da sociedade, como um mote de caridade e não como um assunto ligado aos problemas da justiça social e da ausência de equidade entre os indivíduos. Assim, a temática assistencialista, correlacionada a temas como o da caridade, poder ser remetida a uma perspectiva religiosa em que um certo prisma da *solidariedade cidadã* pode ser compreendido, já que é uma resposta às *pessoas*, e não aos *indivíduos*. Ou seja, reafirmando-se os critérios de hierarquização em detrimento dos condicionantes que implementariam a igualdade – fonte primordial dos direitos humanos –, conforme demonstrado nos seminais trabalhos de Roberto DaMatta (1990 e 1997), mesmo que não retire deste todas as consequências analíticas a este respeito, fundamentalmente quanto à questão da cidadania.

⁶ É significativa a bibliografia a respeito da questão da segurança pública no Brasil, fundamentalmente tendo o Rio de Janeiro como foco. Trabalhos que não devem desconsiderados a respeito do recenseamento desta discussão são, entre outros, Adorno (1993), Coelho (1988), Peralva (2002), Soares (2007) e Zaluar (1999).

⁷ Mote muito utilizado pelo governador Sérgio Cabral, como também pelo secretário de segurança pública, durante o período em que ocorriam estas incursões. Sobre a gestão da vida nas sociedades contemporâneas cf. Dean (2010) e Brown (2010).

⁸ Na verdade, Foucault afirma que tal princípio é bem anterior a Clausewitz e que foi este que o inverteu (1999, pp. 54-55).

⁹ O testamento intelectual de Benjamin, *Sobre o conceito de História* (1940), foi pensado durante os anos de exílio em Paris, onde o autor de clássicos ensaios sobre a perda da experiência no mundo moderno foi confrontado com uma série de derrotas: do movimento operário alemão que, em sua derrocada, não consegue frear o nazismo; do pacto Ribentrop-Molotov, onde os russos, a partir do acordo de não-agressão com Hitler, deixam a Europa – a França em particular – à sua própria sorte; e, finalmente, a ascensão do próprio Hitler ao poder na Alemanha, em 1933, com o acirramento do anti-semitismo que o forçou a emigrar, destruindo toda a cultura e a própria língua que ele adotara como sua pátria. Deste trágico enredo, a guerra tornou-se o caminho possível da devastação europeia, a catástrofe que funda seu pessimismo, posto que é em face da catástrofe, em meio à “meia noite da história” que a própria catástrofe pode ser melhor compreendida enquanto pensamento da catástrofe e como “princípio construtivo” pode ser elaborado.

¹⁰ “Soberano é quem decide sobre o estado de exceção”, já que somente ele, o soberano, “(...) decide tanto sobre a ocorrência do estado de necessidade extremo, como sobre o que se deve fazer para saná-lo.” (Schmitt, 2006, pp. 7-8).

¹¹ O que é justamente o oposto do que prega um dos maiores artífices do plano de segurança cidadã colombiano, o sociólogo Jairo Libreros, quando avisa que “[a] segurança pública é sustentada no princípio democrático e na obrigação política e jurídica que corresponde ao Estado, de criar e preservar as condições em que se garanta o exercício pleno dos direitos humanos e das liberdades individuais. Não existe, então, uma contradição entre segurança e direitos humanos, já que, a partir de uma concepção democrática, existe uma relação de dependência e dedicada ao propósito comum da proteção da pessoa humana”.

Bibliografia

Adorno, Sérgio. “A criminalidade urbana no Brasil: um recorte temático”. In: BIB. Rio de Janeiro, n. 35, 1993.

Agamben, Giorgio. *O Poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

Arendt, Hannah. *Sobre a Violência*, Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

Benjamin, Walter. Sobre o conceito de História [1940]. In: Obras escolhidas. Vol. 1. São Paulo: Brasiliense, 1994.

Teses sobre o fascismo alemão [1930]. In: Obras escolhidas. Vol. 1. São Paulo: Brasiliense, 1994.

Beraba, Marcelo. Política de confronto não é novidade. In: *Folha de São Paulo*, 23 de outubro de 2007, Caderno Cotidiano.

Brown, Wendy. *Walled states, waning sovereignty*. Cambridge: Zone Books, 2010.

Butler, Judith. *Quadros de guerra. Quando a vida é passível de luto*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2015.

Cano, Ignácio e Santos, Nilton. *Violência letal, renda e desigualdade no Brasil*. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2001.

Chamayou, Grégoire. *Teoria dos drones*. São Paulo: Cosac & Naify: 2015.

Clausewitz, Carl von. *On war*. Edited and translated by Michael Howard and Peter Paret. Princeton: Princeton University, 1984.

Coelho, Edmundo Campos. A criminalidade urbana violenta. In: *Dados – Revista de Ciências Sociais*, 1988.

Damatta, Roberto. Você sabe com quem está falando?. In: *Carnavais, malandros e heróis: uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1990.

“A questão da cidadania num universo relacional”. In: *A casa e a rua*. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

Dean, Mitchell. *Governmentality – Power and rule in modern society*. London: Sage, 2010.

Elias, Norbert. *O processo civilizador*. Vols. 1 e 2. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

Civilização e violência. In: *Os alemães*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

Foucault, Michel. La vie des hommes infâmes. In: *Dits et écrits – 1954-1988*. III – 1976-1979. Paris: Éditions Gallimard, 1994.

Em Defesa da Sociedade, Curso no Collège de France (1975-1976), São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Jakobs, Gunther e Meliá, Manuel C. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

Libreros, Jairo, *Seguridad y derechos humanos*. Paper apresentado no Seminário de Seguridad Ciudadana, Bogotá, abril de 2007.

Lima, Roberto Kant. *A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos*, Rio de Janeiro: UFF, 1994.

Marcuse, Herbert. “Prólogo”. In: Marx, Karl. *O Dezoito Brumário de Luís Bonaparte*. São Paulo: Boitempo, 2011.

Marx, Karl. *O Dezoito Brumário de Luís Bonaparte*. São Paulo: Boitempo, 2011.

Mbembe, Achille. *Necropolítica*. 2ª ed. São Paulo: n-1 edições, 2018.

Misse, Michel et. alli.. *Quando a polícia mata – homicídios e autos de resistência no Rio de Janeiro (2001-2011)*. Rio de Janeiro: CNPq/NECVU/Booklink, 2013.

Grillo, Carolina; Neri, Natasha. Letalidade policial e indiferença legal: A apuração judiciária dos ‘autos de resistência’ no Rio de Janeiro (2001-2011). In: *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social - Edição*

Especial nO 1, Rio de Janeiro: UFRJ, 2015, pp. 43-71.

O'Donnell, Guilherme. *Contrapontos – autoritarismo e democratização*. São Paulo: Vértice, 1995.

Passos, Rodrigo Duarte F dos. *Clausewitz e a Política. Uma leitura de Da Guerra*. São Paulo: USP (Teses). 2005. Disponível em file:///C:/Users/Dell/Downloads/TESE_RODRIGO_DUARTE_FERNANDES_DOS_PASSOS.pdf. Acesso em 20.03.2019.

Peralva, Angelina. *Democracia e violência: o paradoxo brasileiro*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

Ribeiro, Paulo Jorge. Políticas de prevenção da violência em Vitória. In: João Trajano Sento-Sé (org.) *Prevenção da violência – o papel das cidades*. Rio de Janeiro: Record, 1995.

Santos, Wanderley Guilherme dos. *Razões da desordem*, Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

Schmitt, Carl. *Teologia política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Silva, Luiz Antonio Machado da. Sociabilidade violenta: por uma interpretação da criminalidade contemporânea no Brasil urbano. In: *Sociedade e Estado*. vol.19 no.1 Brasília, Jan./June 2004.

Soares, Luiz Eduardo. A Política Nacional de Segurança Pública: histórico, dilemas e perspectivas. In: *Estudos Avançados*. v.21. n.61, São Paulo: USP, set./dez., 2007.

Veiga-Neto, Alfredo. *Guerras*, 2014. Disponível em <file:///C:/Users/Dell/Downloads/Guerras%20-%2030nov14.pdf>. Acesso em 21.03.2019.

Wacquant, Loïc. *Os condenados da cidade – estudos sobre marginalidade avançada*. Rio de Janeiro: Revan; Fase, 2001.

Waiselfisz, Julio Jacobo. Mapa das mortes por violência. In: *Estudos Avançados*. V.21 n.61, São Paulo set./dez. 2007.

Mapa da violência: os jovens do Brasil. Rio de Janeiro: Garamond/Unesco, 2014.

Zaffaroni, Eugenio R. *En torno de la cuestión penal*. Montevideu-Buenos Aires: IbdeF, 2005.

Zaluar, Alba. *O condomínio do diabo*. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 1994.

Violência e criminalidade. In: *O que ler na ciência social brasileira (1970-1995)*. São Paulo: Sumaré/ANPOCS, 1999. Vol. I: Antropologia.

Dos avanços dos direitos humanos às práticas estigmatizadoras e punitivas: a era do grande encarceramento feminino no Brasil

Maria Adriana da Silva Torres¹

Resumo

É sabido que há muito as prisões revelam-se opressoras, violentas e em uma prolongada crise de legitimidade, porque reproduzem estigmas, sofrimento, discriminação e barbárie. Ao longo das duas últimas décadas, o encarceramento de mulheres no Brasil apresenta-se como uma questão grave em decorrência da crise da instituição prisional, com crescente superlotação e condições desumanas no espaço da custódia. As mulheres infratoras e encarceradas são marcadas, em sua maioria, pela exclusão social anterior ao encarceramento e pela posição desigual enquanto mulher na sociedade. Este estudo versa sobre as mulheres no sistema de justiça criminal, mediante o aporte teórico-metodológico da sociologia do direito, que permite romper com a visão androcêntrica dos estudos sobre o encarceramento feminino, compreendendo-o em sua especificidade e totalidade. Aborda-se o sistema de justiça criminal que absorveu as mudanças do tempo histórico, de forma retraída, no acompanhamento das novas realidades dos crimes cometidos por homens e mulheres em relação às suas tipificações e espaços para o cumprimento das penas. Os direitos humanos, entendidos ora como mecanismo de dominação e reprodução social, ora como institutos importantes de proteção e legitimidade social, fazem parte dos tratados e regras da ONU protetivos aos custodiados e, mais recentemente, ampliaram sua defesa para as mulheres custodiadas. Observam-se avanços no âmbito desses direitos que foram incorporados pela legislação brasileira, todavia distantes da realidade concreta da qual fazem parte essas mulheres, em meio aos estigmas e violências.

Palavras-chave

Encarceramento Feminino. Direitos Humanos. Sociedade. Estigma.

Resumen

Es bien sabido que las cárceles han sido opresivas, violentas y en una prolongada crisis de legitimidad porque reproducen estigmas, sufrimiento, discriminación y barbarie. En las últimas dos décadas, el encarcelamiento de mujeres en Brasil ha sido un problema grave debido a la crisis de la institución penitenciaria, con el aumento del hacinamiento y las condiciones inhumanas en el espacio de custodia. La mayoría de los delincuentes y las mujeres encarceladas están marcadas por la exclusión social antes del encarcelamiento y la posición desigual como

mujer en la sociedad. Este estudio trata de las mujeres en el sistema de justicia penal, a través del apoyo teórico-metodológico de la sociología del derecho, que nos permite romper con la visión androcéntrica de los estudios sobre el encarcelamiento femenino, entendiéndolo en su especificidad y todo. Se acerca al sistema de justicia penal que ha absorbido los cambios del tiempo histórico, de manera retraída, en el seguimiento de las nuevas realidades de los crímenes cometidos por hombres y mujeres en relación con sus tipificaciones y espacios para la ejecución de las sentencias. Los derechos humanos, a veces entendidos como un mecanismo de dominación y reproducción social, a veces como institutos importantes de protección y legitimidad social, son parte de las normas y protecciones de los tratados de la ONU y, más recientemente, han ampliado su defensa a las mujeres bajo custodia. Se observan avances en el alcance de estos derechos que han sido incorporados por la ley brasileña, sin embargo, lejos de la realidad concreta de la que forman parte estas mujeres, en medio de estigmas y violencia.

Palabras clave

Encarcelamiento femenino. Derechos humanos. Sociedad Estigma

Introdução

As mulheres em conflito com a lei geralmente são marcadas pela exclusão social anterior ao encarceramento. Há dados que evidenciam o grande encarceramento como um fenômeno mundial em que a mulher passa a cometer delitos e a ocupar as penitenciárias, pensadas para homens. Essa exclusão tem como base estruturante a posição que a mulher ocupa na divisão social e sexual do trabalho no âmbito da sociedade patriarcal. Contemporaneamente, a sua inserção na criminalidade decorre, sobretudo, do tráfico de drogas.

O número de mulheres presas é inferior ao quantitativo de homens, mas isso não anula a relevância epistemológica e metodológica que o estudo das mulheres no sistema de justiça criminal pode trazer a reflexões de como essa realidade se acha distante do patamar de direitos humanos contidos nos tratados internacionais da Organização das Nações Unidas (ONU), destinados à proteção das pessoas presas, com especial atenção para as mulheres infratoras e encarceradas.

Este trabalho aborda o fenômeno do grande encarceramento, dirigindo o olhar para a questão da mulher e a violação de direitos humanos fundamentais. Uma realidade com particularidades mundiais, onde o Brasil aparece como um dos países que mais encarceram mulheres, com uma legislação influenciada pelos preceitos internacionais de direitos humanos extremamente avançada que, entretanto, não se materializa no cotidiano do cárcere. O avanço do Estado

penal mediante a programática neoliberal cessou as conquistas civilizatórias brasileiras contidas na Constituição de 1988 e em suas emendas concernentes aos tratados de direitos humanos, bem como a legislação penal, que não conseguiu se materializar em proveito da garantia dos direitos fundamentais dos custodiados.

O grande encarceramento e o Estado punitivo

O grande encarceramento faz parte das recentes e profundas reconfigurações no mundo social, que segundo Wacquant (2004, p. 4), pretende remediar com mais Estado policial e penitencial o mínimo Estado social e econômico, em virtude das mudanças na sociedade capitalista, sobretudo com o advento do neoliberalismo, em 1980, e da crise do emprego, que penalizou as parcelas mais refratárias do subproletariado. Realidade esta que repercutiu tanto nos países do centro do capitalismo, como nos Estados Unidos e na Europa, como nos países periféricos, como o Brasil, entre outros. Portanto, uma sociedade global caracterizada por fortes traços desiguais e uma pobreza concentrada que levou ao crescimento inexorável da violência criminal como um dos grandes flagelos das cidades, em especial, mas também verificado no campo, nos rincões mais afastados dos grandes centros.

Ainda segundo Wacquant (2004), a explicação desse fenômeno nos Estados Unidos, país que concentra os maiores indicadores de população encarcerada, é a derrocada do Estado providência e o predomínio do Estado penitência. Uma realidade aproximada da do Brasil, cuja violência encontra explicação no "capitalismo de pilhagem", porque a rua é o espaço onde se podem adquirir os meios de sobrevivência, principalmente da população mais desassistida, qual seja: os jovens negros, desempregados e com baixa escolaridade, que são as principais vítimas da violência policial. A condição de vulnerabilidade dessa população encontra fundamento na história da sociedade brasileira, marcada fortemente por violência estrutural desde a sua formação. A violência é uma mediação no contexto do seu desenvolvimento econômico, que sempre recorreu ao uso da força policial para conter os mais fracos: as pessoas destituídas de renda e poder.

Essa violência policial inscreve-se em uma tradição nacional multissecular de controle dos miseráveis pela força, tradição oriunda da escravidão e dos conflitos agrários, que se viu fortalecida por duas décadas de ditadura militar, quando a luta contra a "subversão interna" se disfarçou em repressão aos delinquentes. Ela apoia-se numa concepção hierárquica e paternalista da cidadania, fundada na oposição cultural entre feras e doutores, os "selvagens" e os "cultos", que tende a assimilar marginais, trabalhadores e criminosos, de modo que a manutenção da ordem de classe e a manutenção da ordem pública se confundem. (Wacquant, 2004, p. 5).

Sabe-se que essa população “inculta” é submetida a condições mais duras e sofre graves violências institucionais, sendo ainda punida com penas mais gravosas e à mercê da cultura do autoritarismo, que defende os direitos humanos concomitantemente à intolerância à “bandidagem” decorrente da falta de oportunidades cotidianas, reafirmando uma “verdadeira ditadura sobre os pobres”, que busca na segurança *made in USA*, a administração da justiça e o controle das massas despossuídas. É nesse contexto, de controle massivo da população pobre, especialmente de jovens desempregados, que se dá o fenômeno do superencarceramento ou grande encarceramento no Brasil.

Esse novo Estado penal ou essa nova penologia encontra-se em funcionamento no sistema de justiça criminal brasileiro, respaldado no

Aumento exponencial da população carcerária e das taxas de encarceramento – o que se convencionou designar de “encarceramento em massa” –, mais ou menos concomitante em diversos países, que constitui uma das evidências empíricas de maior relevo e aponta para a importância, a profundidade e a amplitude das mudanças que resultaram nas atuais formas de controle e punição. (Godoi, 2017, p. 29).

Esse aumento exponencial da população carcerária no Brasil caminha ao lado da função de ressocializar os que se encontram nas penitências e carcerárias de delegacias, o que leva ao questionamento sobre a função social do cárcere. Parece que essa função foi sendo desconsiderada em decorrência do novo cenário mundial, de uma sociedade altamente complexa e globalizada, que encontra no cárcere um espaço de contenção daqueles ineptos à concorrência no mercado livre, ou mesmo parte de um exército sobrando de trabalhadores.

Godoi (2017, p. 29) também comunga da reflexão de que o cárcere não cumpre a função ressocializadora, mas funciona como “um depósito de gente supérflua” (Idem). Nesse emblemático contexto de amplas e específicas análises sobre a função do cárcere, é possível questioná-la, pois parece ter sido desconsiderada em meio ao fenômeno do grande encarceramento, porquanto se verifica que:

Existe um relativo consenso quanto ao fato de a cadeia ter sido esvaziada de seus objetivos ressocializadores, passando a funcionar como mero dispositivo de contenção e incapacitação de amplas camadas populacionais marginalizadas. As celas passam a funcionar como depósito de um excedente populacional que não para de se multiplicar em tempos de globalização e de ajustes neoliberais. (Idem, 2017, p. 29).

É perceptível que os excluídos do mundo do trabalho são incluídos no “capitalismo de pilhagem”, tendo o Estado penal como instrumento de controle, e o castigo como estratégia

de contenção dos miseráveis. Realidade que tende a se agravar devido aos indicadores sociais brasileiros, que serão apresentados no próximo item.

O grande encarceramento feminino e os crimes praticados por mulheres no Brasil

O fenômeno do grande encarceramento é uma realidade mundial, concentrada especialmente nos Estados Unidos, na China e no Brasil. O superencarceramento populacional ganhou visibilidade internacional desde 2000, pelo ritmo em que cresce a população carcerária, em consonância com a sociedade global e o desenvolvimento tecnológico. Os dados internacionais sobre esse fenômeno são esclarecedores, como os disponibilizados pela décima segunda edição da Lista Mundial da População Prisional, que fornece detalhes dos números de presos mantidos em 223 sistemas prisionais em países independentes e territórios dependentes.

Os números incluem detidos em prisão preventiva/presos em prisão preventiva e aqueles que foram condenados e sentenciados. Os dados são de setembro de 2018. Mesmo sabendo que esses dados são aproximados, o número de presos mundialmente aumentou demasiado, como constatou o Instituto de Pesquisa de Política Criminal (ICPR) em Birkbeck, Universidade de Londres (www.icpr.org.uk), que hospeda e mantém o banco de dados do *World Prison Brief* e publica as listas da prisão, com dados atualizados em relação a quase todos os países do mundo.

Esses números indicam que 10,74 milhões de pessoas são mantidas em instituições penais em todo o mundo, seja como detentos/prisão preventiva prisioneiros ou condenados. Os números da Eritreia, Somália e da Coreia do Norte não estão disponíveis; os da China e da Guiné-Bissau estão incompletos. Também faltam os dados dos presos mantidos sob autoridades não reconhecidas internacionalmente e aqueles em prisão preventiva mantidos em instalações policiais e que não estão incluídos totalmente na população prisional nacional publicada.

Eis os dados mundiais sobre a população mundial:

O total da população encarcerada é superior a 10,74 milhões. Existem mais de 2,1 milhões de prisioneiros no Estados Unidos da América, 1,65 milhão na China (mais números desconhecidos na prisão preventiva e outras formas de detenção), 690.000 no Brasil, 583.000 na Federação Russa, 420.000 na Índia, 364.000 na Tailândia, 249.000 na Indonésia, 233.000 na Turquia, 230.000 no Irã, 204.000 no México e 188.000 nas Filipinas. (Walmsley, 2018, p. 2, tradução nossa).

Os dados não se revelam coerentes em sua totalidade com o real quantitativo da população presa mundialmente, por serem incompletos em alguns países. Fornecem um panorama em

que se visualiza o Brasil como o terceiro país do mundo em população geral encarcerada, e o quarto em população feminina encarcerada.

Para fins de compreender a problemática relacionada às mulheres encarceradas, a quarta edição da Lista Mundial de Prisioneiras Femininas expõe o número de mulheres e meninas mantidas em instituições penais em 221 sistemas prisionais em países independentes e territórios dependentes. Os números incluem detidas em prisão preventiva e aquelas que foram condenadas e sentenciadas. Essa lista também mostra a porcentagem de mulheres e meninas em cada população carcerária nacional e o número de mulheres presas e meninas por 100.000 da população nacional, relacionadas às informações obtidas no mês de setembro de 2017, mediante fontes diversas, incluída a fonte original da administração penitenciária nacional de cada país, ainda que haja países onde os números não estavam disponíveis, como Cuba, Eritreia, Coreia do Norte, Somália e Uzbequistão.

Verifica-se, de acordo com essa lista, que:

Mais de 200.000 mulheres presas estão nos Estados Unidos da América (cerca de 211.870). Os países com os próximos totais mais altos são a China (107.131 mais um número desconhecido de mulheres e meninas em detenção preventiva e detenção administrativa), Federação Russa (48.478), Brasil (cerca de 44.700), Tailândia (41.119), Índia (17.834), Filipinas (12.658), Vietnã (11.644), Indonésia (11.465), México (10.832), Mianmar (9.807) e Turquia (9.708). Os níveis de população carcerária feminina no Brasil, Indonésia, Filipinas e Turquia aumentaram acentuadamente nos dois anos desde a publicação da edição anterior desta Lista; em contraste, eles caíram substancialmente no México, na Federação Russa, na Tailândia e no Vietnã. (Walmsley, 2017, p. 2, tradução nossa).

Os dados desse documento também evidenciam o aumento da população carcerária feminina, especificamente em alguns países: “América Central – Guatemala (agora, mais de cinco vezes o nível de 2001) e El Salvador (agora, dez vezes o nível de 2000); na América do Sul, o Brasil (quatro vezes e meia o nível de 2000); e no sudeste Ásia, Camboja e Indonésia (ambos, mais de seis vezes o nível de 2000)” (Walmsley, 2017, p. 2, tradução nossa).

Esse número elevado de encarceramento feminino decorre dos crimes em razão do tráfico de drogas, que reserva diferenças nos tipos penais cometidos pelos homens. No Brasil, os crimes tentados/consumados, de acordo com o quadro dos tipos penais, e o quantitativo de crimes praticados por homens e mulheres, disponibilizado pelo Infopen (2017), evidenciam que há peculiaridades de gênero. Os crimes praticados totalizaram 586.722 cometidos pelos homens e

22.861 cometidos por mulheres. O quantitativo leva ao entendimento de que os tipos penais são mais praticados por homens, tornando-os "sujeitos" potencialmente predispostos a praticar delitos.

Quanto aos crimes praticados contra a pessoa (homicídio simples, homicídio culposo, homicídio qualificado, aborto, lesão corporal, violência doméstica, sequestro e cárcere privado, e outros (artigos 122 a 154A), verifica-se que 82.195 foram cometidos por homens e 2.491 por mulheres; crimes contra o patrimônio (furto simples, furto qualificado, roubo simples, roubo qualificado, latrocínio, extorsão, extorsão mediante sequestro, apropriação indébita, apropriação indébita previdenciária, estelionato, recepção, recepção qualificada – artigos 156 a 179), 270.818 foram praticados por homens e 7.991 por mulheres; crimes contra a dignidade sexual (estupro, atentado violento ao pudor, estupro de vulnerável, corrupção de menores, tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual, tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual, e outros – artigos 215, 216A, 218A, 218B, 227, 228, 229 e 230), 25.777 praticados por homens e 305 por mulheres; crimes contra a paz pública (quadrilha ou bando), 9.349 praticados por homens e 734 por mulheres; crimes contra a fé pública (moeda falsa, falsificação de papéis, selos, sinal e documentos públicos, falsidade ideológica, uso de documento falso, 4.053 praticados por homens e 184 por mulheres; crimes contra a administração pública (peculato, concussão e excesso de exação, corrupção passiva), 494 praticados por homens e 50 por mulheres; corrupção ativa, contrabando ou descaminho: 994 praticados por homens e 57 por mulheres (Infopen, 2017, p. 41-42).

Sobre crimes praticados com relação à legislação específica, verifica-se que há um maior índice de criminalidade masculina. Os dados gerais evidenciam 193.042 crimes cometidos por homens e 21.022 por mulheres. Especificamente sobre o tráfico de drogas, são 134.676 crimes cometidos por homens e 17.106 por mulheres; associação para o tráfico, são 16.724 crimes cometidos por homens e 3.404 por mulheres; tráfico internacional de drogas, 4.269 crimes cometidos por homens e 507 por mulheres; crimes contra o estatuto do desarmamento, 31.533 praticados por homens e 584 por mulheres; crimes de trânsito, 1.984 cometidos por homens e 44 por mulheres; crimes contra a criança e adolescente, 3.524 por homens e 341 por mulheres; e crimes de tortura, 174 cometidos por homens e 55 por mulheres (Idem).

Por esses dados nota-se a maior frequência de crimes ligados ao tráfico de drogas entre as mulheres – “entre os homens, os crimes ligados ao tráfico representam 26% dos registros enquanto entre as mulheres esse percentual atinge 62%” (Infopen, 2018, p. 43). Os dados apresentam certas peculiaridades nos tipos penais praticados por mulheres; geralmente são crimes sem uso da violência. Quanto aos crimes relacionados ao tráfico de drogas, os dados

revelam que muitas vezes a quantidade de drogas é ínfima e as mulheres são conduzidas de alguma forma para essa prática devido a seus companheiros (maridos, namorados). A maioria dessas mulheres são mães de filhos menores de idade.

De forma geral, todos os custodiados – homens e mulheres – são submetidos a um sistema de privação e de controle brutal no cárcere. Segundo o Ministério da Justiça (2018, p. 12-13):

Constatou-se, ainda, que a sanção infligida aos apenados ultrapassa os limites e o sentido da punição, de forma a tornar o Estado tão criminoso quanto aquele que confinou, na medida em que tolera esse quadro de violações sem intervir adequadamente para remediar essa realidade. O recolhimento de pessoas, via de regra, acontece em celas imundas, desprovidas de salubridade. Torturas, maus-tratos, proliferação de doenças infectocontagiosas, falta de água potável, violência sexual, a comida estragada, falta de componentes básicos de higiene pessoal, são alguns dos gravíssimos déficits apurados nas rotineiras inspeções realizadas por juízes de todo o Brasil nos presídios sob sua respectiva jurisdição. O ócio penitenciário, ademais, constitui a regra, sendo a assistência intramuros quase inexistente. Na grande maioria dos presídios a pessoa em situação de privação de liberdade é submetida a condição degradante: os detidos que ali se encontram estão relegados à própria sorte. Estão abaixo da dignidade que o Estado tem por princípio e imperativo categórico a obrigação de preservar.

Mesmo com o grande encarceramento em decorrência de uma política criminal repressora, verifica-se “[...] que o vertical incremento da taxa de encarceramento nas duas últimas décadas não conduziu à diminuição do índice da prática de crimes, como desejado por aqueles que fazem da restrição da liberdade a regra para o combate à criminalidade” (Conselho Nacional de Justiça, 2017, p. 12). Não é somente o controle das massas pelo Estado punitivo que faz cessar a criminalidade; outras variáveis devem ser levadas em conta para se compreender o fenômeno do grande encarceramento. Assim, a feminização da pobreza se explica por aspectos socioeconômicos imbricados com aspectos culturais que ajudam a legitimar o lugar da mulher na sociedade patriarcal. As mudanças societárias com as transformações no mundo do trabalho, a reestruturação produtiva e o Estado com feições neoliberais têm alterado drasticamente a condição de empobrecimento da mulher, levando-a ao sistema penal, em especial, conduzidas por uma política de segurança pública de repressão às drogas no Brasil. O mercado do tráfico de drogas vem crescendo demasiadamente e faz vítimas as mulheres e meninas, além de homens e meninos que, pela falta de condições de trabalho e de políticas sociais protetivas de seguridade social, acabam à mercê desse mercado em franca expansão em todo o mundo.

Há, portanto, traços de gênero, etnia e classe, justificadores da inserção forçada desses segmentos no mundo do tráfico de drogas, no qual as mulheres e as crianças são mais fragilizadas por fazerem parte dos grupos sociais de maior vulnerabilidade da sociedade contemporânea.

É, portanto, nesse contexto de elevada globalização da economia, desemprego estrutural e criminalização da pobreza que as mulheres são encarceradas, partícipes de um processo judicial que desde o começo é recortado pelo viés de gênero, etnia e classe social. Da abordagem policial à sentença e, posteriormente, à reclusão, as mulheres são vítimas de discriminação e constituem um quantitativo que vem crescendo, cujo perfil é de mulheres jovens em sua maioria de 19 a 33 anos, em idade produtiva para o trabalho, negras e mães solteiras, com baixa escolaridade, que respondem pelo tráfico de drogas (pequena quantidade de drogas) (INFOPEN, 2018). “Entre 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento de mulheres aumentou em 525% no Brasil, passando de 6,5 mulheres encarceradas para cada grupo de 100 mil mulheres em 2000 para 40,6 mulheres encarceradas em 100 mil” (Infopen, 2018, p. 17).

Há, portanto, causas estruturais que explicam o porquê de tantas mulheres estarem aprisionadas em razão da guerra ao tráfico de drogas. As mulheres são assistidas por um sistema de justiça que carrega as marcas do patriarcado de controle social dos corpos femininos, reiterando que o crime é um fato social porque agrega concepções de hierarquia entre homens e mulheres – estas, por serem uma construção de seres dóceis, menos violentos e que estão em um campo hierárquico de poder inferior aos homens, portanto submetidas muitas vezes aos mesmos tratamentos que eles, ainda que se tenha um conjunto de documentos de direitos humanos internacionais e também brasileiros que reconhece a diferença entre os gêneros. Muitas são presas em flagrante e são assistidas pela restrita capacidade de defesa técnica, como se pode verificar: “45% das mulheres presas no Brasil em junho de 2016 não haviam sido ainda julgadas e condenadas” (Infopen, 2018, p. 19).

O número crescente de mulheres encarceradas decorre das carências e deficiências estruturais que assolam o país desde o seu nascedouro e enfatiza a precariedade das condições físicas oferecidas nas cadeias e presídios, o déficit de vagas, a insalubridade nas unidades de aprisionamento, que são “depósitos de seres humanos”, ao lado de violências institucionais e simbólicas, relacionadas às práticas de torturas e estigmatizadoras. A assistência à saúde é restrita; “as equipes de saúde no sistema prisional ocupam pouco mais de 37% das unidades com módulos de saúde. Além desses módulos, encontram-se, por vezes, espaços precários

destinados a atendimento médico básico e/ou emergencial” (Conselho Nacional de Justiça, 2018, p. 33).

Essa violação de direitos humanos fundamentais é ressaltada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2017, que reconhece a fragilidade desses direitos no cotidiano de todos os apenados, como se evidencia abaixo:

De fato, a “cultura do encarceramento” que se espalha por todo o sistema de justiça criminal, conjugada à absoluta falta de estrutura que advém do sistema carcerário para absorver um contingente de pessoas cada vez crescente, agravou a capacidade de degradação humana já própria dos equipamentos prisionais, mercê da violação diuturna dos direitos fundamentais dos que neles se encontram recolhidos. (Conselho Nacional de Justiça, 2017, p. 13).

Sabe-se que há muito o sistema prisional passa por uma crise de legitimidade, em razão da formação e da atuação de facções criminosas que atuam dentro e fora dos presídios, intensificando a violência institucional. Isso tem reforçado as políticas de contenção e o aparelho coercitivo estatal, em especial nas prisões que são espaços contundentes de intensa violência institucional e infensas aos direitos fundamentais e às políticas públicas para mulheres com respeito a suas especificidades.

Essa desigualdade também é evidenciada na estrutura da custódia, pois

A maior parte dos estabelecimentos penais foi projetada para o público masculino; 74% das unidades prisionais destinam-se aos homens, 7% ao público feminino e outros 16% são caracterizados como mistos, o que significa que podem contar com alas/celas específicas para o aprisionamento de mulheres dentro de um estabelecimento originalmente masculino. (Infopen, 2017, p. 22).

O desrespeito às questões de gênero faz o Estado brasileiro violar de forma contundente os direitos humanos no tocante às características que distinguem os gêneros, a suas peculiaridades e necessidades cotidianas, a exemplo: 74% das mulheres privadas de liberdade têm filhos e somente 3% das unidades prisionais do País declararam contar com espaço de creche (Idem, 2018).

Ainda de acordo com os dados do Infopen (2018, p. 67) “apenas 25% da população prisional feminina está envolvida em algum tipo de atividade educacional, entre aquelas de ensino escolar e atividades complementares”. Nega-se o direito ao trabalho, à saúde da mulher, à educação profissional e à assistência e à maternidade a elas e a seus filhos, uma vez que muitas

são mães de crianças menores, que acabam também sendo penalizadas. As condições precárias na custódia, elevam as chances de suicídio, pois “entre a população total foram registrados 2,3 suicídios para cada grupo de 100 mil mulheres em 2015, enquanto entre a população prisional foram registradas 48,2 mortes autoprovocadas para cada 100 mil mulheres”. (Idem, ibidem, p. 66). Revela-se, dessa forma, a intensidade da segregação e da discriminação de gênero, ainda que se haja conquistado no plano da formalidade um conjunto de direitos humanos.

Os tratados internacionais de direitos humanos e a proteção à mulher encarcerada ou infratora: a especificidade brasileira

Os tratados internacionais são instrumentos do Direito Internacional. Consistem num acordo formal que produz efeitos jurídicos. No Brasil, a partir da Constituição de 1988, há uma intensificação do Direito internacional com o Direito brasileiro, mediante a competência da União para celebrar tratados internacionais. Por tratados compreendem-se outros documentos, conforme se exemplifica o sentido genérico do termo, como: convenção, declaração, protocolo, convênio, acordo, ajuste etc.

Diferentemente de todas as Constituições Federais anteriores, a Constituição de 1988 deu um passo à frente na proteção dos direitos fundamentais, mediante princípios que resguardam a dignidade da pessoa humana. Em seu § 2º do artigo 5º da Carta Magna consta que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte”. Desse modo, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo governo brasileiro têm *status* constitucional e por isso devem ser respeitados e cumpridos. Passam a fazer parte da Carta Magna em seu rol de constitucionalidade.

Os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil no âmbito global são: o Protocolo Facultativo relativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966); o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965); a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas cruéis, desumanas ou degradantes (1984); a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) – Pacto de San José da Costa Rica; o Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos (1979); o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (1988) – Protocolo de San Salvador; o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos referentes à abolição da pena de morte (1990); a Convenção Interamericana para prevenir e punir a Tortura (1985); a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional

de Menores (1994); a Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência (1999).

Tratados de direitos humanos específicos para o tratamento à mulher também foram ratificados, a exemplo: da Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), do Protocolo Facultativo à Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1999) e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994) – Convenção de Belém do Pará.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará (1994, OEA) já reconheceu expressamente a condição de vulnerabilidade das mulheres privadas de liberdade e determinou especial atenção pelos Estados, em que pese o Brasil não ter uma política de gênero no cárcere, o que alimenta a violação de direitos cotidianamente. Essa questão tem explicações na pouca representatividade desse segmento no crime, número que vem aumentando demasiadamente no Brasil. É reconhecido pela justiça brasileira que a mulher é um sujeito invisibilizado pela sua condição de gênero no cárcere, intensificando as desigualdades entre os gêneros e reforçando a sua condição de subalternidade, que se apresenta desde antes da prisão.

Entre os tratados internacionais de direitos humanos estão as Regras Mínimas para o Tratamento de Presos, elaboradas em 1955 e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas pelas Resoluções 663 C (XXIV), de 31 de julho de 1957, e 2076 (LXII), de 13 de maio de 1977. A questão da mulher encarcerada não foi evidenciada porque era ainda uma problemática tímida, sem números que evidenciassem a necessidade de se proteger as necessidades dessas mulheres no cárcere. A atualização desse documento deu-se em outubro de 2015, com as Regras de Mandela, um documento da ONU que possui esse nome em homenagem ao líder negro sul-africano Nelson Mandela.

A não discriminação foi consagrada nos tratados internacionais de direitos humanos, especificamente no parágrafo 6 das Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos (Regras de Mandela), devendo-se levar em conta as características e necessidades específicas das mulheres na aplicação das penas, para se alcançar uma igualdade substancial entre os sexos pela justiça criminal. As Regras de Bangkok complementam as Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos e as Regras Mínimas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio), considerando as necessidades específicas das mulheres e

reconhecendo ser necessário um tratamento igual entre os gêneros, porém diferenciado no atendimento às suas características e necessidades.

Em dezembro de 2010, a Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU) aprovou as regras mínimas para mulheres encarceradas, dando visibilidade às questões das mulheres no cárcere e reforçando a necessidade da aplicabilidade das medidas não privativas de liberdade para as mulheres em conflito com a lei. São as denominadas Regras de Bangkok, que possuem esse nome em reconhecimento ao protagonismo que o governo da Tailândia teve na elaboração e na aprovação dessas regras. O Estado brasileiro, por ser membro da ONU, tem a “obrigação” de respeitar essas regras, entretanto não pode sofrer sanção por não cumpri-las.

As regras de Bangkok inovam porque consideram as questões de gênero em matéria de justiça criminal com a finalidade de observar o respeito às necessidades das mulheres presas. As mulheres encarceradas devem ser alocadas em prisões próximas aos seus familiares, ter acesso à assistência jurídica, antes, durante e depois do encarceramento, e aos filhos, atentando sempre para o melhor interesse da criança, incluindo a possibilidade de suspender por certo período a prisão preventiva de liberdade. As acomodações deverão atender às necessidades das mulheres.

As normativas nacionais, como a Constituição Federal de 1988, reconheceram um extenso rol de direitos e garantias às pessoas privadas de liberdade no país. A Lei de Execução Penal (LEP), de 1984, traz os direitos dos custodiados, entre eles os que atentam para as particularidades de gênero, que devem ser respeitadas durante o cumprimento da pena. Possui conteúdo garantista e taxativo através de um rol de direitos consoante às recomendações dos tratados internacionais de direitos humanos. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (2018, p. 12), “há um desencontro entre a lei e sua aplicação. O que o sistema carcerário, hoje, institucionaliza e dissemina, e o faz da melhor maneira, é o estigma e a vulnerabilidade (seja ela individual ou pessoal, social e mesmo institucional) de substancial parcela da população *intramuros*”.

As violações de direitos não foram estancadas com essas normativas, porque se verifica uma contínua inaplicabilidade no cotidiano do cárcere, num cenário de democracia frágil. Há um nítido descompasso entre o sistema de justiça a partir de um rol de leis nacionais que incorporaram os tratados internacionais, e a realidade, no Brasil. Esse descompasso tem implicações na realidade concreta, uma vez que a democracia que foi implantada no Brasil tem lastro conservador, de um Estado com base elitista e oligopolista, que convive com os casos de brutal violência, injustiça e impunidade. Trata-se de uma democracia que ignora as leis e o bem-estar da coletividade.

Considerações finais

Constata-se que a condição da mulher infratora e encarcerada é controlada por um conjunto de normas do Direito Penal que respalda respaldar os delitos e as penas específicas de cada país, subsidiados pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Sabe-se que não há tratados nem ordenamentos jurídicos neutros, senão decorrentes de necessidades apresentadas no contexto sócio-histórico, em que se acham as mulheres. Por não serem neutros, respondem a determinados interesses, uma vez que os delitos mudam como a própria sociedade. Daí não serem isentos de ideologias, contradições e valores que, quando não atendidos, tornam-se objeto de controle social pela política de contenção, contemporaneamente espelhada pelas determinações dos EUA, o país que mais encarcera homens e mulheres.

O aumento exponencial da população carcerária, especialmente de mulheres, negras, jovens, desempregadas, com baixa escolaridade e com filhos menores, denota que o crime não cessou e que a reincidência evidencia o complexo modelo do sistema de justiça criminal. O encarceramento em massa da população brasileira, sobretudo de mulheres, intensificou-se nas últimas duas décadas e tem despertado reflexões sobre o aprisionamento como resposta aos conflitos sociais.

O Brasil é um dos países que mais encarceram e descumprem os tratados internacionais e as leis nacionais. O fenômeno do grande encarceramento é aguçado pela prisão provisória, elevando o número de presos sem julgamento, como é o caso das mulheres que em flagrante delito passam a ocupar o cárcere, tendo consigo, muitas vezes, o filho que carrega na barriga ou nos braços, e depois, o estranhamento de vê-lo distante de si. São muitas vezes coadjuvantes no mundo do crime, de origem humilde e protagonistas de uma história de alta vulnerabilidade social familiar. Integram a custódia antes mesmo de serem condenadas. Verifica-se o reforço da naturalização desse fenômeno, culpabilizando-as pelo delito e invisibilizando sua condição social mediante a punição dos seus corpos e das suas mentes.

São aspectos potencializados pelo Estado penitencial, como abordado por Wacquant. Há evidências de que o Estado neoliberal não erradica a pobreza, mas pune o pobre, pois se utiliza do controle através de uma política de contenção que descarta os destituídos que não servem ao capital, por não possuírem renda e poder.

A punição estende-se aos estratos sociais mais baixos e, portanto, mais vulneráveis ao mundo do crime. Os crimes mais punidos são justamente o furto, o roubo e o tráfico de drogas, que

revelam existir uma seletividade penal para punir de forma indelével os mais vulneráveis. Nesse grupo, encontram-se as mulheres.

O aumento exponencial da população carcerária e o elevado índice de reincidência atestam a ineficiência desse sistema quanto à sua função ressocializadora. As condições subumanas na custódia desconsideram um conjunto de direitos humanos conquistados ao longo da história da humanidade, dos quais o Brasil é signatário, como os de respeito às especificidades de gênero, que quando não observadas ampliam a punição nos moldes do Estado penal. Trata-se de lutar por um Estado verdadeiramente democrático, que respeite a dignidade da pessoa humana, nesse contexto em que reinam tantas barbáries.

Notas

Professora associada da Faculdade de Serviço Social da UFAL, vice-coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Serviço Social (PPGSS), líder do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito, Justiça e Sociedade (DJUSS) /CNPq e pós-doutora em Direitos Sociais pela Universidade de Salamanca (USAL) /Espanha.

Referências

Brasil. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Planalto, Governo Federal. Brasília, DF.

(1984). Lei de Execução Penal de 1984. Planalto, Governo Federal. Brasília, DF.

Conselho Nacional de Justiça – CNJ. (2018). Relatório de gestão: supervisão do departamento de monitoramento e fiscalização do sistema carcerário e do sistema de execução de medidas socioeducativas.

Regras de Bangkok: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. (2016). Conselho Nacional de Justiça: Coordenação: Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi - Brasília: CNJ,

Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos. (2016). Brasília, DF.

Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, “Convenção de Belém do Pará”. (1994). Organização dos Estados Americanos (OEA). Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>.

Godoi, R. (2017). Fluxos em cadeia: as prisões em São Paulo na virada dos tempos. 1 ed. São Paulo: Boitempo.



Infopen – Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Infopen Mulheres. (2018). Ministério da Justiça e Segurança Pública. Brasília, DF.

Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. (2017). Atualização junho de 2016. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Brasília, DF.

Wacquant, L. (2004). As prisões da Miséria 1999. Tradução: André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.

Walmsley, R. (2017). World Female Imprisonment List. Institute for Criminal Policy Research. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/news/world-female-imprisonment-list-fourth-edition>. Acesso em. 3 set. 2019.

(2018). World Prison Population List. Institute for Criminal Policy Research. Disponível em: http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl_12.pdf#page=2&zoom=auto,-107,613.

II. DECOLONIALIDAD Y EJERCICIO DE DERECHOS

Reflexiones desde la perspectiva decolonial para una refundación del constitucionalismo y Constitución

Nilda Garay Montañez

Resumen

El objetivo es reflexionar sobre la necesidad de pensar otro constitucionalismo acorde con la realidad latinoamericana, en concreto, la peruana. Reflexiones que parten de la problemática de la concepción de la teoría del poder, impuesta por la episteme occidental, y que no responde a las aspiraciones de una población históricamente racializada. El concepto poder –heredado de la modernidad- no refleja la filosofía de los pueblos originarios, tampoco el sentir de la población resultante del proceso de conquista y colonización. Siendo el poder un concepto sobre el cual gira la teoría constitucional, no parece razonable continuar apoyándonos en sus categorías tales como soberanía, poder constituyente, Estado, sujeto individual, igualdad, libertad, democracia y Constitución, puesto que resultan de experiencias europeas cuyo antropocentrismo construye un protagonista excluyente: el hombre europeo, varón, cristiano, adulto, blanco, heterosexual, instruido y propietario. Un protagonista cuya humanidad se fundamenta en la dominación, infravaloración y expulsión de los otros y otras del contrato social. Dicho protagonista se consolida en un contexto colonial. La teoría constitucional se elabora desde y con el sujeto colono autoasignado ser humano superior, propietario del poder político, económico y epistémico. Por ende, se erige en el autor/sujeto de la teoría constitucional. Desde el pensamiento decolonial se busca debatir cómo repensar un constitucionalismo propio sin que ello suponga el desconocimiento de aquellas contribuciones occidentales que, una vez analizadas críticamente, demuestren haber facilitado las vías para humanizar la sociedad moderna.

Palabras Clave

Constitución, constitucionalismo, decolonial, raza, poder.

Introducción

Sectores críticos desde diversas disciplinas sociales están de acuerdo en que la modernidad tiene fecha de inicio: 1492. Esta fecha nos indica que la modernidad "nació" cuando Europa pudo confrontarse con "el Otro" y controlarlo, vencerlo, violentarlo (...). De manera que 1492 será el momento del "nacimiento" de la Modernidad como concepto, el momento concreto del "origen" de un "mito" de violencia sacrificial muy particular y, al mismo tiempo, un proceso de "en-cubrimiento" de lo no-europeo" (Dussel, 1994:9). Los elementos a destacar de este

momento fundante de la modernidad son la desigualdad; la violencia; la fuerza; el supremacismo occidental¹; la racialización del otro; la dominación de las mujeres; el control de las sexualidades que no se sujetan a las normas patriarcales y el desequilibrio social, entre otros. Son elementos que marcaban las relaciones sociales jerarquizadas y de dominación en Europa y las que, posteriormente, serán implantadas en América. La justificación de dichas relaciones desiguales pasó a formar parte de la filosofía política, es decir, del pensamiento del poder. De manera que la justificación de las relaciones de poder (desiguales) se convertirá en la base del conocimiento racional, en cuyo seno se gestará el constitucionalismo, el individualismo y el liberalismo.

El constitucionalismo y, por ende, la constitución son el resultado de una construcción teórica fundada en la historia europea. Pero, no hay que olvidar que el contenido de dicha historia está vinculado al proceso de colonización y expolio de Abya Yala² y, especialmente, a la racialización de la vida precolombina. La narrativa elaborada por el mismo Occidente ha ocultado y muchas veces eliminado la historia y filosofía preamericana. No obstante esta ocultación, las relaciones desiguales del poder –que es su fundamento–, emergen constantemente mostrando la imposible realización de la igualdad. En el siglo XVIII la igualdad fue proclamada como el eje del constitucionalismo; sin embargo, la igualdad es, hasta ahora, una de las promesas incumplidas del constitucionalismo moderno.

El constitucionalismo oficial (europeo) tiene como punto de partida el concepto de *poder* que se vincula al concepto de Estado moderno y Estado constitucional. Ante el monopolio del poder por parte del Estado, el hombre (el varón europeo, cristiano, adulto, blanco, heterosexual, instruido y con capacidad económica-propietario) en tanto individuo, necesita pactar tanto para paliar los efectos de sus relaciones fundadas en la dominación y violencia, como para limitar el poder del Leviatán, del Estado. Este pacto es el contrato social o constitución. La constitución es concebida para limitar el poder estatal porque se entiende que se trata de un poder arbitrario y para pacificar la vida social porque a la vida se la concibe como esencialmente individualista y violenta. Al mismo tiempo, la constitución se consolida como una norma suprema y con ello deja en evidencia su concepción jerárquica. Brevemente, esta es la historia y la noción de la constitución.

Importa aclarar que el constitucionalismo que estamos refiriendo, y que está presente en todos los manuales al uso en las facultades de derecho en gran parte del mundo, es el constitucionalismo eurocéntrico, el que copiamos del Norte. Cuando hablamos de *eurocentrismo* nos referimos a la imposición de la cosmovisión particular occidental sobre las

demás. Es decir, nos referimos a los modos de ser y estar en el mundo europeos. Modos de ser y estar que, atribuyéndose autoridad y en base a la fuerza que les da su concepción de poder, fueron impuestos al resto del mundo como único modelo de vida. Cualquier pueblo no occidental que pretenda vivir de forma distinta, es juzgado sobre la base del modelo occidental. Tomando como referencia a Trouillot, podemos decir que hablar de eurocentrismo es hablar de los universales occidentales que, a pesar de ser particulares, “han adquirido un grado de universalidad”, esto es, a pesar de ser “pedazos de la historia de la humanidad” han sido “convertidos en estándares históricos” (Trouillot, 2011:81). El eurocentrismo es un orden político que tiene como objetivo la colonización física y/o mental para universalizar la historia europea. Afecta profundamente a los constitucionalismos oficiales de la periferia (occidentalizados). Ello se expresa en la exclusión de quienes son diferentes al modelo de lo humano: el hombre blanco, el sujeto de los derechos.

El constitucionalismo occidental y occidentalizado tiene un protagonista que se construye por el racismo y el patriarcado³ (hombre europeo, el individuo, el ciudadano). Este protagonista es el modelo de lo humano y es quien se organiza para constituir la constitución. El poder constituyente está conformado por ese modelo de lo humano excluyente. En Abya Yala las élites (oligarcas) se adscriben a dicho sujeto que racializa y que excluye, manteniendo así las relaciones de dominación en sus propios territorios. La racialización se dirige contra las poblaciones amerindias de ahí que los procesos constituyentes latinoamericanos después de sus independencias ignoren y excluyan a las grandes poblaciones amerindias. Históricamente, para que el sujeto constituyente de dichos constitucionalismos sea tal, esto es, para que sea el sujeto de los derechos y ciudadano, necesitará –imitando al sujeto originario occidental– racializar a los “otros”. La racialización (y patriarcalización) le dota de subjetividad y de una supuesta superioridad al sujeto originario de las constituciones. ¿Quién es este sujeto constitucional occidentalizado que imita el modelo de lo humano europeo en tierras latinoamericanas? Es el “criollo”. Al respecto, Segato dice que el “criollo” es “el sujeto fundador de las repúblicas de nuestro continente”. Añade que “el «criollo», no es tal paladín de la democracia y la soberanía como la historia publicita, sino el sujeto de cuatro características que refrendan su exterioridad con relación a la vida: es racista, misógino, homofóbico y especista” (Segato, 2016:25). Es quien teme reconocer que su blancura no es tal ante él mismo ni ante los ojos occidentales. Es quien constituye las constituciones blanqueadas siendo consciente de que sus actos van a mantener las desigualdades históricas en sus países. Y las van a mantener mediante las constituciones que los criollos y las élites copian del Norte.

En América Latina (la región de Abya Yala), se impuso el constitucionalismo que, si bien se le dio algunos retoques, conserva su estructura especialmente europea y colonizadora (y patriarcal). Desde el siglo XIX hasta finales del siglo XX, este constitucionalismo, impera por la fuerza de colonización epistémica. Ante una situación de permanente “desigualdad constitucional” surgen distintos constitucionalismos como los de Ecuador y Bolivia, caracterizados por la participación activa de hombres y mujeres indígenas. Dicha participación intenta corregir el eurocentrismo del constitucionalismo oficial. Si bien la participación indígena ha sido un punto de inflexión en la visibilización de las fisuras del constitucionalismo oficial, el concepto occidental *poder* que sostiene a la teoría y práctica constitucional parece mantenerse.

Fundamentación del problema

El concepto de *poder* del pensamiento occidental es sinónimo de desigualdad y de dominación. Dicho concepto de poder está en las estructuras de la teoría constitucional oficial, sigue primando en la academia y no se toma en cuenta que aquel concepto es en sí un problema.

Disciplinas como la antropología, la historia, la filosofía latinoamericana, entre otras, sostienen que existe otra forma de concebir el *poder*. El significado de este *poder otro* estaba y está presente en la filosofía de Abya Yala. Se vincula con los principios de reciprocidad y complementariedad que ordenan la vida política y jurídica preamericana. Algunos de estos principios han sido recuperados por las constituciones de Ecuador de 2008 y de Bolivia de 2009. A pesar de ello y dada la falta de interrelación de la ciencia constitucional oficial con las distintas disciplinas (como las ya mencionadas), el *poder otro* parece difuminarse frente a la fuerza que sigue gozando el concepto occidental de poder. Brevemente, referiremos esta otra forma de concebir el *poder*.

Metodología

La existencia de la pluralidad de pueblos; la persistencia de filosofías preamericanas distintas al pensamiento occidental y de otras formas de comprender el mundo ponen en entredicho el afán homogeneizador de la teoría constitucional occidental, sus promesas incumplidas y su ineficacia. No obstante, la denuncia de esta ineficacia que hace, por ejemplo, el pensamiento decolonial, el constitucionalismo occidental sigue siendo el referente en el conjunto de conocimientos llamados racionales y de obligado aprendizaje. Tomando en cuenta las contribuciones del pensamiento decolonial intentamos reflexionar aquí sobre la construcción teórica del constitucionalismo y su complicada adecuación en realidades como la latinoamericana donde la presencia del pensamiento de Abya Yala es innegable.

Desarrollo y debates

Sobre la base de la teoría política estudiamos categorías tales como estado moderno, soberanía, ciudadanía, sujeto de derechos, sistema político, participación política, etc., las que son englobadas en la idea de *poder* con su sentido eurocéntrico⁴. Definiremos dos conceptos tradicionales de la teoría política que son considerados básicos para la comprensión del constitucionalismo moderno: *poder* y *constitución*.

Poder

Para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española *poder* es: "Tener expedita la facultad o potencia de hacer algo". "Tener más fuerza que alguien, vencerlo luchando cuerpo a cuerpo". "Ser más fuerte que alguien, ser capaz de vencerlo" (D.R.A.E.).

El concepto *poder* hace referencia a la fuerza que se ejerce sobre las personas o las cosas para lograr algún objetivo, por ejemplo, obtener su consentimiento, vencer su resistencia. El *poder* ejercitado en lo público, que atañe a todos, es el *poder* político. La filosofía griega sobre la cual se sostiene la narrativa europea le llamaba el *gobierno de la ciudad* (Aristóteles). La ciudad y su gobierno delimitan el concepto de ciudadano. Es ciudadano aquel que tiene derecho y libertad de participar del gobierno (Aristóteles, 1910?: 111). Y no son ciudadanos el menor de edad, las mujeres, los esclavos, los extranjeros, entre otros. Ciudad y estado, son categorías excluyentes en el pensamiento griego, la denominada cuna del constitucionalismo moderno.

Veamos el concepto de *poder* que ofrece Weber, por ser este un concepto muy utilizado en la investigación y en la docencia universitaria oficiales. *Poder* significa "todas las cualidades imaginables de un hombre y toda suerte de constelaciones posibles pueden colocar a alguien en la posición de imponer su voluntad en una situación dada". El concepto de dominación "sólo puede significar la probabilidad de que un mandato sea obedecido." (Weber, 2002:43). Recogiendo el acervo europeo Weber, pues, nos habla del *poder* en el sentido de dominación, desequilibrio, en suma, de desigualdad.

Constitución

Para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la *constitución* es la "Ley fundamental de un Estado, con rango superior al resto de las leyes, que define el régimen de los derechos y libertades de los ciudadanos y delimita los poderes e instituciones de la organización política" (D.R.A.E.)

Además de las definiciones de *constitución* dadas en la Introducción, citamos el concepto de Schmitt quien al definirla refleja la sociedad europea jerarquizada. Dice que la *constitución* moderna consiste en la vinculación y mezcla de principios del Estado burgués y de Derecho con

principios políticos formales. Añade que el sistema constitucional moderno adopta el sistema parlamentario y que este se basa en una peculiar vinculación, contrapeso relativización de elementos formales y estructurales, monárquicos, aristocráticos (Schmitt, 2011:283). Para De Otto, el término constitución tiene un origen ostensiblemente cargado de significado político, evoca ideas tales como libertad y democracia, garantía de los derechos de los ciudadanos, limitación del poder (De Otto, 1987:11). Güastini al definir a la constitución nos dice que en una "primera acepción, "Constitución" denota todo ordenamiento político de tipo "liberal" (Güastini, 1999). La historia oficial de la constitución está relacionada con las revoluciones liberales inglesa, estadounidense y francesa. Para definirla siempre se acude a la categórica afirmación del artículo 16 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: "Toda comunidad en la que no esté estipulada la separación de poderes y la seguridad de derechos necesita una Constitución". En definitiva, Constitución evoca a la construcción social europea de poder que estamos explicando, significa la organización de los poderes, separándolos y limitándolos para garantizar la libertad del ciudadano. Porque se entiende que el *poder* público, el *poder* estatal es ilimitado, absolutista. Es un poder abusivo. Y este sentido abusivo del poder tiene que ver con el rol colonizador Europa en Abya Yala. Recuérdese que cuando se desarrolla y, en el siglo XVIII, se consolida el constitucionalismo, la colonización ya era una realidad.

Poder otro: mandar obedeciendo

La modernidad (1492) trae consigo el proceso de infravaloración de la vida amerindia y el establecimiento –mediante la violencia- de las relaciones de desigualdad basadas en la supremacía de la vida europea. Esta supremacía histórica abarcaba la dominación del ser y del saber, todo lo cual se resume en una forma de ejercicio del poder⁵. Conviene aclarar que esta supremacía se va desarrollando a través de la teorización y praxis de la idea de raza. Desde finales del siglo XV la raza es una de las categorías que servirá para mantener las jerarquías en todos los ámbitos de la vida. A partir del siglo XVIII la raza se convierte en una herramienta legitimada por la razón, la cual facilitará el desarrollo del constitucionalismo europeo. Por ello es que las revoluciones liberales y las constituciones conviven con la dominación y la racialización tanto de los pueblos amerindios como de las poblaciones traficadas del África.

En el siglo XXI cuando los pueblos indígenas, especialmente en América Latina, deciden participar activamente en los procesos constituyentes y plasmar muchas de sus cosmovisiones en los textos constitucionales generan, de alguna manera, "un rompimiento con los paradigmas constitucionales europeos" (Rosillo, 2013:82-84). Este rompimiento se produce con la

recuperación de conceptos de la filosofía amerindia entre las que se encuentran los relativos a la idea de poder.

Al respecto, hacemos una breve referencia a la idea de poder en la filosofía de la *comunalidad* de los pueblos maya⁶. La comunalidad tiene un contenido político que se expresa en contextos de conflictos que atañen a la vida de todos. Por ello, las soluciones de los problemas públicos se alcanzan “por consenso y por la intervención de todos, lo que supone que todos entendieron el problema” (Lenkersdorf, 2011:35). Estamos ante una distribución del poder ya que el “poder político se distribuye entre todos y rotativamente, en lugar de asignárselo (como Th. Hobbes) a la autoridad presidencial o a un partido” (Lenkersdorf, 2011:35). La distribución comunal del poder político significa que la responsabilidad “está en manos de todos y no de un solo individuo o grupo” (Lenkersdorf, 2011:35).

Hobbes sostiene que la vida en sociedad necesita de un poder que atemorice a todos. Y entiende a este tipo de poder como uno indivisible (Hobbes, 2010:156-157). Para la filosofía nosótrica o de la comunalidad, el poder no tiene que ver con la propuesta hobbesiana basada en la desconfianza mutua ni en la guerra de todos contra todos (Hobbes, 2010:124-125). Las relaciones nosótricas parecen no vincularse a las fundadas por el poder (dominación-subordinación) entre el Estado y los súbditos o ciudadanos.

Para el pensamiento maya el poder supone consenso, el cual se materializa mediante la práctica política del “andar preguntando”. Esta es una manera de hacer política muy distinta al “andar predicando” de la cosmología judeo-cristiana occidental (Grosfoguel, 2011:681). La política del “andar preguntando” está ligada al concepto tojolabal de democracia entendida como “mandar obedeciendo” donde “el que manda obedece y el que obedece manda” (Grosfoguel, 2011:681). Este concepto de poder fue recuperado por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN)⁷ en México y, posteriormente también, por el gobierno de Evo Morales⁸ en Bolivia. En el caso mexicano, el movimiento político de base indígena, EZLN, plantea otra forma de comprender el poder y, sobre esa base, busca la constitucionalización de su autonomía, por ejemplo, reivindicando las Juntas de Buen Gobierno creadas en el año 2003 con el fin de continuar con el autoaprendizaje y ejercicio del mandar obedeciendo⁹. En el caso boliviano el colectivo indígena, en tanto sujeto político, logró plasmar en la Constitución la democracia comunitaria. Mediante esta, se lleva a cabo “la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos¹⁰. Se busca ensayar el poder desde relaciones sociales comunales buscando el

equilibrio en la diversidad y desde esa posición se concibe al estado como un conjunto de pueblos diversos.

Dualidad y Complementariedad

En las poblaciones precolombinas existía la autoridad dual, muchas veces formada por un hombre y una mujer. El dualismo no significa la ausencia de jerarquía. Si bien, estaba presente el prestigio masculino frente al femenino, se trataba de una jerarquía distinta a la de las sociedades occidentales. Segato pone un ejemplo andino citando a la población de los mallkus en el cual, “aunque su ordenamiento interno sea jerárquico, es siempre dual, involucrando una cabeza masculina y una cabeza femenina” (Segato, s/f). En las relaciones de igualdad en el sistema dual andino, el género “constituye una dualidad jerárquica, en la que ambos términos que la componen, a pesar de su desigualdad, tienen plenitud ontológica y política” (Segato, s/f). Para aclarar este punto, conviene citar a Segato quien diferencia la dualidad del binarismo occidental. El binarismo, dice, es propia de las sociedades modernas. Por lo tanto, en el mundo de la modernidad no hay dualidad. Añade que, mientras que “en la dualidad la relación es de complementariedad, la relación binaria es suplementar, un término suplementa – y no complementa – al otro” (Segato, s/f). Entonces, podríamos afirmar que, en el mundo dual, el Uno, esto es, el que goza de privilegio, es complemento del segundo sujeto, ambos son “ontológicamente completos y dotados de politicidad, a pesar de ser desiguales en valor y prestigio” (Segato, s/f). El segundo sujeto (hombre o mujer) no es el marginado ni el subordinado ya que conserva su subjetividad siendo otro ser con todas sus características ontológicas.

Marcos sostiene que “coexisten múltiples dualidades que se desdoblan, empalman y retroalimentan sin cesar” (Marcos, 2014: 19-20). Apunta, esta autora, que no hay anulación del uno por el otro, ni tampoco pretensión de homogeneidad entre ambos y mucho menos una priorización de uno sobre la otro (Marcos, 2014:22). En cambio, el binarismo implica que el uno es opuesto al segundo. El Uno es el sujeto privilegiado con pretensión universal y el otro es oposición, el excluido(a) o marginado(a) o subordinado(a). Este binarismo representa imposibilidad de igualdad, de diálogo, de alianzas. El binarismo “determina la existencia de un universo cuyas verdades son dotadas de valor universal e interés general y cuya enunciación es imaginada como emanando de la figura masculina, y sus otros, concebidos como dotados de importancia particular, marginal, minoritaria” (Segato, 2016:23).

Dualidad y poder

Una forma de comprender las relaciones sociales preamericanas es analizando el sistema social y la organización del poder (mesoamericano y andino) los cuales se sustentaban en la dualidad. Dualidad que no significa contraposiciones de pares, sino que se refiere a la continuidad-identidad que hay entre ellos (Gargallo, 2014:204). En lo social, la sociedad andina se componía de grupos étnicos que conformaban las élites y los demás grupos divididos a la vez por distintas características tales como la edad, las habilidades en lo social y en el trabajo, entre otras. Respecto del poder, especialmente en la época del Tahuantinsuyu, cabe destacar “la presencia de los grandes señores que gobernaban amplias zonas” (Rostworowski, 2001:209). Debajo de estos señores, o Curacas, se encontraban numerosos jefes subalternos de distintas categorías de modo que la organización del poder presentaba un patrón complejo (Rostworowski, 2001:209). Incluso el poder del Inca, explica Rostworowski, era limitado y se fundamentaba en una constante renovación de los ritos de reciprocidad de ruegos. Efectivamente, formaban parte de la reciprocidad en el ejercicio del poder andino: los ruegos y las dádivas (2005: 13-20).

Los principios de complementariedad y reciprocidad en el poder otro

Entre los principios relacionados con el concepto de *poder otro* cabe destacar los principios de complementariedad y de reciprocidad. Estos valores o principios están previstos, por ejemplo, en la constitución boliviana donde se afirma que el Estado se sustenta en la “unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien”¹¹. También, la complementariedad y la reciprocidad están presentes en la parte orgánica del texto constitucional al regular la organización territorial del Estado¹². Brevemente referiremos a los dos principios mencionados¹³.

El principio de complementariedad implica que los seres humanos existen en función de la existencia de los demás. La complementariedad tiene una perspectiva multidimensional y se entiende como la búsqueda del equilibrio integrador en el ámbito comunal.

El principio de reciprocidad se relaciona con el dar para recibir lo cual se expresa, principalmente, en los diferentes trabajos comunitarios, entrelazados a través de las diversas actividades de intercambio. Mediante la reciprocidad se regulaban las prestaciones de servicios entre los miembros de una sociedad cuya economía desconocía el uso del dinero (Rostworowski, 2001:68). La reciprocidad estaba y está vinculada, además, a las concepciones

de justicia e igualdad. A su vez, contiene los tres principios ético-morales de la sociedad andina: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso, no seas ladrón)¹⁴.

Estos tres valores o principios están recogidos en las constituciones de Ecuador y Bolivia. La ecuatoriana considera a dichos valores como deberes de la ciudadanía. Establece un conjunto de deberes y responsabilidades que incluye el principio "Ama killa, ama llulla, ama shwa. No ser ocioso, no mentir, no robar"¹⁵. La boliviana, incluye a estos tres valores dentro de un conjunto de principios expresando que el Estado "asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón)"¹⁶.

La carta ecuatoriana relaciona dichos principios éticos con la participación y organización del poder y con la lucha contra la corrupción. Por ello, en su parte orgánica, ha previsto la participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público en la medida que considera al pueblo como el mandante y primer fiscalizador del poder público. En este sentido, conecta la prevención y la lucha contra la corrupción con el del derecho del pueblo a la participación¹⁷.

En Bolivia existe un desarrollo jurisprudencial constitucional de estos principios. El Tribunal Constitucional boliviano sostiene que para "la construcción y consolidación del Estado Plurinacional son fundamentales los principios de pluralismo jurídico, unidad, complementariedad, reciprocidad, equidad, solidaridad y el principio moral y ético de terminar con todo tipo de corrupción"¹⁸. La jurisprudencia constitucional al interpretar la Constitución recuerda la importancia de una comprensión integral de este conjunto de principios. De ahí que señale que en materia jurídica un principio "es el fundamento y base, imprescindible para la existencia de una garantía, por ello el Constituyente incorporó en la Constitución Política del Estado, ocho principios que son rectores imperativos de nuestra sociedad, entre ellos tenemos, el principio del: Ama qhilla, (no seas flojo); ama llulla, (no seas mentiroso); ama suwa (no seas ladrón), se debe entender estos tres axiomas, como una unidad inseparable; toda vez que, la misma constituye una filosofía ancestral fundada en el "tricálogo complementario", cuya comprensión sería inútil al disgregarse"¹⁹. El alto tribunal boliviano explica que "los principios establecidos por la norma constitucional, emerge de nuestras propias identidades plurinacionales; consecuentemente, responden a paradigmas no universales, que forman parte de nuestras prácticas y vivencias propias"²⁰. Lo referido por el citado tribunal nos da a entender una forma distinta de concebir el poder y la constitución al intentar darles contenidos acordes con los valores ancestrales de sus pueblos. Bolivia, también, incorpora en su carta

constitucional los tres principios éticos ya referidos para la defensa del Estado plurinacional relacionándolo con la erradicación de la corrupción.

Reflexiones finales

América latina es la región más desigual del mundo²¹ y donde la violencia está presente en todos los ámbitos de la vida. Esta violencia, como producto histórico moderno, encuentra su punto de arranque en el siglo XV. Desde entonces, se vendría construyendo el derecho moderno siendo una de sus piedras de toque el derecho internacional. Este derecho se funda en la racialización y dominación de lo *otro*²². Posteriormente, el derecho internacional se convertirá en una especie de “ética universal” que le dará sostén al derecho constitucional y a sus denominados derechos fundamentales.

Desde el siglo XIX el constitucionalismo en la región de Abya Yala, que imita el modelo europeo, convive sin problemas con las profundas desigualdades que afecta especialmente a la población racializada: la indígena. Esta realidad nos motiva a pensar en la necesidad de una construcción teórica de un constitucionalismo en el cual la idea de un *poder otro* sea central. Tal vez tendríamos que inventar categorías desde nuestra historia y recuperarlas de la filosofía preamericana (categorías que aún se socializan en muchas comunidades). No se trata de ideas “románticas”. Recordemos la presencia de las jerarquías basadas en el prestigio en la idea del poder dual. De lo que se trata es de conocer otros modos de concebir el poder y la convivencia, puesto que el constitucionalismo occidental parece no favorecer una vida digna a la gran parte de la población históricamente racializada.

¿Cómo construir otra idea de poder y constitución? Actualmente existen contribuciones producto de la reescritura de la historia precolombina que tendrían que recogerse en las facultades de filosofía y de derecho. Sin embargo, dichas contribuciones no están formando parte del sistema educativo oficial. La investigación y docencia en materia constitucional aún no se atreven a dialogar con la filosofía y la historia andina, ni mucho menos con la historia mesoamericana. Por ello, el alumnado de primer año aprende una historia del constitucionalismo que es, en realidad, la historia que narran Europa central, los Estados Unidos e Inglaterra. Convendría, pues, plantear un cambio en las estructuras de la investigación y enseñanza peruana y latinoamericana.

Las ideas de poder de la filosofía ancestral (amerindia) tendría que servir para pensar el constitucionalismo o la organización de la sociedad alejada de jerarquías a la usanza europea.

Desde la primera década del siglo XXI se intenta construir una doctrina y jurisprudencia constitucional con la recuperación del conocimiento precolombino.

Mediante la constitución un pueblo organiza y ordena su vida según sus valores, sus principios según su propia concepción del mundo que puede ser plural. El reto es organizar una vida comunal sobre la base de una sociedad no homogénea. No nos sirve la constitución europea puesto que está pensada para una sociedad uniforme. La concepción eurocéntrica de poder y constitución están pensadas desde y para la realidad europea.

El poder del mundo preamericano, caracterizado por su dualidad chocó con un poder del mundo donde prima el binarismo. El binarismo construye la sociedad donde el individuo blanco se considera un ser único y superior. Para alcanzar esa superioridad le niega al otro la humanidad, su ciudadanía, su subjetividad. Este es el fundamento del constitucionalismo y del poder que es el pilar de la constitución occidental.

Interesaría revisar principios como la dualidad amerindia para repensar en otro tipo de poder y otra idea de igualdad. Se podría profundizar en la construcción de relaciones horizontales desde abajo y analizar el pensamiento y praxis del mandar obedeciendo. Podríamos reflexionar sobre una relación social y política donde los seres no pierdan su completud ontológica. Y podríamos discutir la fortaleza que aún posee el concepto de poder occidental (más conocido por la obra de Weber) el cual se entiende como un poder que genera dominación, desigualdad y, por ende, corrupción.

Notas

¹ Con los términos occidental, Occidente, Norte hacemos referencia al pensamiento europeo gestado y desarrollado tanto por los colonos europeos en el continente americano como por los mismos europeos en sus territorios.

² En este trabajo, a la región americana antes de ser conquistada, invadida y expoliada por parte de los europeos, la vamos a denominar indistintamente: Abya Yala; amerindia; precolombina; utilizamos además la denominación de Reinaga: preamérica; la denominación: mundo pre-intrusión u orden pre-intrusión de Segato. Véase: Reinaga (2014) y Segato (2016: pp. 111-123).

³ El orden político patriarcal es el punto de partida para la racialización de los pueblos otros. Sobre el patriarcado y el mandato de masculinidad véase: Segato (2019).

⁴ Una crítica al eurocentrismo desde la perspectiva latinoamericana véase en Dussel (1993).

⁵ Sobre los estudios decoloniales del ser, saber y poder que son de utilidad para repensar en la historia del constitucionalismo, véase: Lander (2000); Castro-Gómez (2005) y Quijano (2014).

⁶ Lo comunal o la filosofía de la comunalidad estaba presente también en la región andina. Véase: Huamán, (2006).

⁷ EZLN (1994). Documentos y comunicados. 1º de enero/8 de agosto de 1994. Colección Problemas de México, México: Ediciones Era.

⁸ Discurso inaugural del Presidente Evo Morales Ayma (22 de enero de 2006: Palacio Legislativo). Texto bilingüe: Aymara-Castellano), La Paz, Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos, Publicaciones Cancillería.

⁹ Sexta Declaración de la Selva Lacandona (2005), Comité Clandestino Revolucionario Indígena Comandancia General del Ejército Zapatista de Liberación Nacional. México, junio.

¹⁰ Artículo 11 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia febrero 2009.

¹¹ Constitución Política del Estado Boliviano de 2009, Título I de las Bases Fundamentales del Estado, Capítulo Segundo Principios, Valores y Fines del Estado, artículo 8, apartado II.

¹² Constitución Política del Estado Boliviano de 2009, Tercera Parte. Estructura y Organización Territorial del Estado, Título I. Organización Territorial del Estado, artículo 270.

¹³ Un estudio relevante para la crítica al derecho constitucional oficial donde se analizan los principios amerindios en las constituciones de Ecuador y Bolivia es el de Médici (2010).

¹⁴ Para Reinaga, la triada "*Ama llulla, ama suwa, ama qhilla*" (no mientas, no robes, trabaja) es una Ley Cómica. (2014: 178).

¹⁵ Constitución de la República del Ecuador de 2008, Título II, Derechos, Capítulo noveno. Responsabilidades, apartado 2 del artículo 83.

¹⁶ Constitución Política del Estado Boliviano de 2009, Título I de las Bases Fundamentales del Estado. Capítulo Segundo denominado Principios, valores y fines del Estado, apartado Primero del artículo 8.

¹⁷ Título IV de la Participación y Organización del Poder. Capítulo quinto de la Función de Transparencia y Control Social, Sección primera, artículo 204 de la Constitución ecuatoriana.

¹⁸ Vicepresidencia del Estado al Tribunal Constitucional Plurinacional (2012). *Enciclopedia Histórica Documental del Proceso Constituyente Boliviano*. Tomo III volumen I. La Paz, Bolivia. Pág. 66, citado en la Sentencia Constitucional Plurinacional 0206/2014, Sucre, Bolivia 5 de febrero de 2014.

¹⁹ Sentencia Constitucional Plurinacional 0951/2012, Sucre, Bolivia, 22 de agosto de 2012.

²⁰ Sentencia Constitucional Plurinacional 0785/2014, Sucre, Bolivia, 21 de abril de 2014.

²¹ El Informe del PNUD muestra su preocupación ante la distribución inequitativa del progreso en desarrollo humano. Y que la pobreza y desigualdad afecta a las poblaciones indígenas. Muchos miembros de los más de 400 grupos indígenas de la región sufren carencias sistémicas que les hacen difícil alcanzar el nivel de los demás. PNUD. "A pesar del progreso alcanzado, la

pobreza extrema y la exclusión persisten en América Latina y el Caribe: informe del PNUD”, marzo, 2017.

²² Véase la crítica decolonial al derecho internacional y a su idea de derechos humanos por ejemplo en Barreto, (2018).

Referencias bibliográficas

Aristóteles (1910?). *La Política*. Traducción de Pedro Simón Abril, Madrid: Nuestra Raza.

Barreto, J.M. (2018). “Decolonial Thinking and the Quest for Decolonising Human Rights”, *Asian Journal of Social Science*, nº 46, September

Castro-Gómez, S. (2005). *La hybris del punto cero: ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1750-1816)*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

De Otto, I. (1987). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Madrid: Ariel.

Dussel, E. (1994). *1492: el encubrimiento del otro. Hacia el origen del “Mito de la modernidad”*. La Paz: UMSA. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Plural Editores

Dussel, E. (1993). “Europa, Modernidad y Eurocentrismo”, *Revista de Cultura Teológica*, nº 4, Programa de Estudios Pós Graduados em Teologia da PUC/SP.

Gargallo, F. (2014). *Feminismos desde Abya Yala. Ideas y proposiciones de las mujeres de 607 pueblos en nuestra América*. Ciudad de México: Editorial Corte y Confección

Grosfoguel, R. (2011), “De Aimé Césaire a los Zapatistas”, en Dussel, E.; Mendieta, E. y Bohórquez, C. *El pensamiento filosófico latinoamericano, del Caribe y “latino”*. México: Siglo XXI Editores

Güastini, R. (1999). “Sobre el concepto de Constitución”, *Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, nº1, julio-diciembre

Hobbes, Th. (2010). *Del ciudadano y Leviatán*. Madrid: Tecnos.

Huamán, C. (2006). *Literatura, memoria e imaginación en América Latina: algunos derroteros de su representación a través de la oralidad y la escritura*. Lima: Ediciones Altazor.

Lander, E. (Compilador) (2000). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO

Lenkersdorf, C. (2011). "La filosofía Tojolabal" en Dussel, E.; Mendieta, E. y Bohórquez, C. *El pensamiento filosófico latinoamericano, del Caribe y "latino"*, México: Siglo XXI Editores

Marcos, S. (2014). "Feminismos ayer y hoy", *Poiésis. Revista do Programa de Pós-Graduação em Educação*, V. 8, nº 13, Universidade do Sul de Santa Catarina, UNISUL, Jan/Jun

Médici, A. (2010). "Teoría constitucional y giro decolonial: narrativas y simbolismos de las constituciones. Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador", *Otros Logos, Revista de Estudios Críticos*, nº 1, Centro de Estudios y Actualización en Pensamiento Político, Decolonialidad e Interculturalidad. Universidad Nacional del Comahue, diciembre.

Quijano, A. (2014). "Colonialidad del poder y clasificación social", en Quijano, A. *Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*. Buenos Aires: CLACSO.

Reinaga, F. (2014). *Obras Completas*, Tomo II, Vol. VI, La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia.

Rosillo Martínez, A. (2013). "Los acuerdos de San Andrés: hacia una descolonización del derecho", *Otros Logos, Revista de Estudios Críticos*, nº 4, Argentina: Universidad Nacional del Comahue, Facultad de Humanidades.

Rostworowski, M. (2005), "Redes económicas del Estado inca: el "ruego" y la "dádiva""", en Vich, V. (Ed.), *El Estado está de vuelta: desigualdad, diversidad y democracia*. Lima: IEP.

Rostworowski de Diez Canseco, M. (2001). *Historia del Tahuantinsuyu*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

Schmitt, C. (2011). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza.

Segato, R. L. (2019). "Pedagogías de la crueldad. El mandato de la masculinidad (Fragmentos)", *Revista de la Universidad de México*, nº 9, Universidad Nacional Autónoma de México.

Segato, R. L. (2016). *La guerra contra las mujeres*. Madrid: Traficantes de Sueños.

Segato, R. L. (s/f). "Género y colonialidad: en busca de claves de lectura y de un vocabulario estratégico descolonial", GLEFAS. Disponible en: <https://glefas.org/autora-articulo/rita-segato/>

Trouillot, M. (2011). "Moderno de otro modo. Lecciones caribeñas desde el lugar del salvaje", *Tabula Rasa*, nº14, Bogotá, enero-junio

Weber, M. (2002). *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.

A defensoria pública como instrumento de transformação social e promoção dos direitos humanos no contexto Latino-Americano

Cesar Gomes de Oliveira

Resumo

O presente trabalho propõe uma reflexão a respeito do desenho institucional das Defensorias Públicas no novo constitucionalismo latino- americano, a partir dos aportes teóricos que compreendem os direitos humanos sob as lentes do pensamento descolonial. Pretende-se demonstrar que a concepção eurocêntrica de “modernidade” e a “colonialidade de poder” moldaram a vida cultural, social e política do continente latino-americano. O histórico de violação seletiva de direitos humanos revela a importância da criação e do fortalecimento de uma instituição de Estado com vocação constitucional específica para a defesa desses direitos perante o sistema de justiça. As Defensorias Públicas surgem nesse contexto, como instrumento legítimo de acesso à justiça, transformação social e promoção dos direitos humanos.

Palavras-chave

Pensamento descolonial; direitos humanos; acesso à justiça; defensoria pública.

Introdução

O presente trabalho propõe uma reflexão a respeito do desenho institucional das Defensorias Públicas no novo constitucionalismo latino- americano, a partir dos aportes teóricos que compreendem os direitos humanos sob as lentes do pensamento descolonial. A metodologia empregada nesta pesquisa é de natureza qualitativa, adotando-se como método a revisão bibliográfica das principais obras que desenvolvem o tema ora proposto. Na linha das contribuições de Quijano, Dussel e Mignolo, entre outros teóricos do pensamento descolonial, pretende-se demonstrar que a concepção eurocêntrica de “modernidade” e a “colonialidade de poder” moldaram a vida cultural, social e política do continente latino-americano.

A cosmovisão europeia de progresso estruturou discursos de inferiorização e relações assimétricas de poder na região que resultaram em violações seletivas de direitos humanos. O histórico de violência praticada pelo poder hegemônico contra alguns sujeitos subalternizados revela a importância da criação e do fortalecimento de uma instituição de Estado com vocação constitucional específica para a defesa dos direitos humanos perante o sistema de justiça. Por fim, se demonstrará que não apenas no horizonte do constitucionalismo latino-americano, mas também no âmbito dos sistemas internacionais de proteção já se reconhece o modelo de

assistência jurídica das Defensorias Públicas como instrumento legítimo de acesso à justiça, transformação social e promoção dos direitos humanos.

O pensamento descolonial como proposta de abertura e extensão do conceito de humano

A resignificação dos direitos humanos a partir das lentes do pensamento descolonial expõe a face oculta da modernidade.¹ O processo de desconstrução do discurso filosófico moderno demanda uma abordagem crítica acerca das brutalidades do colonialismo, dentre elas o genocídio indígena e a escravidão africana.² Apresenta-se a matriz teórica descolonial como uma contrapartida da modernidade/colonialidade³ que trabalhará uma proposta de abertura e extensão do conceito de humano.

A inserção dos povos historicamente marginalizados pelo eurocentrismo no horizonte dos direitos humanos tem na ideia de trans-modernidade de Dussel uma contribuição densa de significado. Explica o autor argentino que para a superação do mito da modernidade, é necessário que “a outra-face negada e vitimada da ‘Modernidade’” se descubra como vítima inocente da violência do conquistador.⁴ A trans-modernidade representa um “projeto mundial de libertação em que a Alteridade, que era co-essencial à Modernidade, igualmente se realize”.⁵ Trata-se da possibilidade de um diálogo com uma alteridade não- eurocêntrica, mediante um esforço para resgatar discursos não hegemônicos e silenciados pela teoria dominante dos direitos humanos.⁶ Para Escobar,

“trans-modernidad” no puede ser pensada desde adentro de la modernidade, sino que requiere de la acción – y la solidaridad integradora – de los grupos subalternizados, los objetos de la constitutiva violencia de la modernidad inscrita, entre otros rasgos, em la falácia desarrollista. Antes que un proyecto racional de una ética discursiva, “trans-modernidad” deviene em la expresión de una ética de liberación.⁷

No contexto da afirmação dos direitos humanos, a trans-modernidade está associada às possibilidades de se conferir protagonismo à outros modos de vida, a partir do cenário latino-americano.⁸

No mesmo sentido, busca-se, através das contribuições de Mignolo, uma dimensão dos direitos humanos a partir do pensamento de fronteira.⁹ Este propõe um método interpretativo consistente em negar a existência de apenas um padrão central de conhecimento, e dar voz aos saberes locais, fronteiriços e periféricos.¹⁰ O colonialismo deve ser enfrentado a partir de um pensamento que revitalize a diversidade dos processos históricos, sem conferir hegemonia à categorias impostas pelo padrão ocidental.¹¹ Em linhas gerais, trata-se de um fenômeno de

descentralização da produção de conhecimento. O sujeito se desloca do centro para a fronteira, para enxergar sua realidade e também a realidade do outro.

A opção descolonial não contém em si uma nova definição de humano, apta a incluir todos os grupos de pessoas.¹² Ela propõe uma reflexão no sentido de que a teoria dominante dos direitos humanos foi estruturada e utilizada para legitimar discursos de inferiorização de não-ocidentais, de forma a justificar violação de direitos em nome do projeto de expansão capitalista.¹³ Em uma segunda etapa, o giro descolonial representa a abertura e a liberdade de pensamento de outras formas de vida¹⁴, as quais não são hierarquicamente inferiores ao modelo eurocêntrico.

Ao negar a validade universal da concepção eurocêntrica de humano, Barreto apresenta a “descolonização epistêmica” como uma alternativa possível para estabelecer uma nova comunicação intercultural, apta a legitimar trocas de experiências entre conhecimentos locais.¹⁵ Ao mesmo tempo, a opção descolonial não se apresenta como único caminho viável para um novo olhar acerca dos direitos humanos. Trata-se de mais um projeto entre outros possíveis – e por esse motivo a proposta é referida como uma “opção”.¹⁶ A pluriversalidade é o grande objetivo do pensamento descolonial.¹⁷

Ao lado da descolonização epistêmica, avança paralelamente a noção de desprendimento ou *de-linking*, que aponta no sentido de desvincular a esfera econômica dos demais conhecimentos adquiridos por outras epistemologias.¹⁸ Trata-se de uma outra forma de abordar criticamente o conhecimento produzido pela matriz colonial de poder, que universaliza o saber hegemônico e promove a crença em um único padrão mundial, orientado pelos anseios do liberalismo.¹⁹ O pensamento crítico que movimenta a opção descolonial não deve servir à conexão de extremos ideológicos especificamente de direita, de esquerda ou de centro.²⁰ O pensamento fronteiriço compromete-se a buscar elementos teóricos que transmitam a necessidade de se pensar os direitos humanos a partir de uma ideia de justiça global e inclusiva.²¹

El pensamiento crítico fronterizo nos provee de un método para protagonizar el vuelco descolonial, como así también la conexión entre proyectos surgidos de la herida colonial que pueden ahora concebirse y explorarse en la esfera de las diferencias coloniales e imperiales. El pensamiento crítico fronterizo es entonces el método que conecta la pluri-versidad (diferentes historias coloniales atrapadas em la modernidad imperial) con el proyecto uni-versal de desprendimento del horizonte imperial, de la retórica de la modernidad junto a la lógica de la colonialidad, y de construcción otros mundos posibles donde ya no haya un líder mundial, de derecha, de izquierda o de centro.²²

As categorias do pensamento descolonial desnudam uma série de inconsistências e contradições da teoria dominante dos direitos humanos. Além disso, oferece contribuições relevantes para se pensar uma nova fundamentação desses direitos no contexto latino-americano.

O processo de desconstrução do paradigma eurocêntrico ao mesmo tempo cria condições para um diálogo estratégico acerca da descolonização dos direitos humanos. No que se refere ao sistema de justiça, a aproximação do direito com esse referencial teórico é uma opção para restabelecer o seu fundamento ético, qual seja a consolidação de um Estado Democrático.

Com razão Flores quando, ao reconhecer que a concepção eurocêntrica formou a base da ideologia jurídica e política hegemônica, refere que “conhecer é saber interpretar o mundo”.²³ Ao se posicionar criticamente em relação à Declaração Universal dos Direitos Humanos, destaca o valor da interpretação como forma de resistência e criatividade cultural. Defende a superação dos condicionamentos do leitor passivo, próprio do formalismo, em prol de um leitor interativo, que considere os contextos reais de onde surgem os textos e para quem são dirigidos.²⁴

A opção descolonial oferece ao sistema de justiça a possibilidade de estabelecer um diálogo crítico a respeito da insuficiência das formas de compreensão tradicionais dos direitos humanos, para debelar o racismo. A complexidade que cerca a historiografia dos direitos humanos é densa em contradições e em processos de negação do outro, como se demonstrou anteriormente.

O papel da defensoria pública no constitucionalismo Latinoamericano

A história do constitucionalismo na América Latina guarda profunda conexão com as lutas sociais e políticas que emolduraram a formação das sociedades latino-americanas no período pós-independência.²⁵ Os grupos hegemônicos se contrapunham a ideia de respeitar as peculiaridades locais dos povos originários e, também, dos africanos trazidos como escravos. Projetava-se um modelo de sociedade estruturado em ideais estrangeiros, marcadamente eurocêntricos, por entender o grupo dominante que estes representavam desenvolvimento e progresso.²⁶

Em razão de sua insuficiência em orientar-se no sentido da construção de modelos de sociedade mais inclusivos e atentos às desigualdades sociais, o constitucionalismo latino-americano, a partir de meados dos anos oitenta, caminha para um novo paradigma.²⁷ O texto constitucional torna-se o resultado de um processo político no qual se busca uma transformação social, com

expectativas que viabilizem uma ruptura com as estruturas coloniais.²⁸ Pastor e Damau anotam que

[...] el nuevo constitucionalismo latino-americano surge de movimientos cívicos combinados com propuestas políticas adoptadas por los pueblos, em escenarios de alta conflictividad social y política. La activación del poder constituyente, em este sentido, guarda relación directa com el carácter revolucionario de su origen. Em efecto, la reivindicación del poder constituyente que está planteando el nuevo constitucionalismo latino-americano vuelve a formas primeras de ejercicio de este poder, propias del constitucionalismo revolucionario. Frente a las transiciones pactadas, el poder constituyente – que entra plenamente em vigencia cuando ya no es necesaria sólo una transición política, sino también jurídica – plantea la fórmula original de democracia y da forma a la naturaleza radical del constitucionalismo.²⁹

A partir desse cenário, os direitos sociais e culturais ganharam fôlego no seio das constituições latino-americanas. Os direitos das minorias étnicas, direito à saúde, à educação e à moradia passaram a ser o centro dos debates em torno da esperança de se reduzir o histórico de violação de direitos humanos que caracteriza o continente. Expressões como “autodeterminação”, “diversidade cultural” e “territorialidade” tornaram-se comum nas constituições dos Estados da região.

A Defensoria Pública se insere nesse contexto como a Instituição de Estado com vocação constitucional para efetivar o acesso à justiça e promover e promover a defesa dos direitos e interesses de segmentos sociais historicamente marginalizados.³⁰ No Brasil, a evolução normativa da Instituição vem acompanhando as mudanças necessárias à garantia do acesso à justiça no direito do Século XXI.

Capelletti e Garth, ao pensarem soluções práticas para o problema do acesso à justiça, publicaram obra de fôlego sobre o tema, na qual destacaram três ondas renovatórias.³¹ A primeira estava relacionada à garantia de uma assistência judiciária para as pessoas economicamente vulneráveis. Caracterizava-se por uma perspectiva individual de acesso à justiça, restrita à obrigatoriedade do Estado em prover uma política pública que viabilizasse o direito dos pobres de recorrer ao Poder Judiciário. Entre os modelos previstos, boa parte dos Estados latino-americanos adotaram o sistema *salaried staff*, o qual consiste na remuneração de agentes públicos pelo Estado para efetivarem a assistência gratuita. Este é o vigente no Brasil, efetivado por meio da Defensoria Pública, em opção feita pelo constituinte originário.³²

A segunda onda renovatória trata da representação dos interesses difusos. O acesso à justiça evolui para uma dimensão coletiva da tutela dos direitos dos grupos em situação de

vulnerabilidade. Enfatiza-se debates na esfera judicial acerca das políticas públicas destinadas a uma determinada coletividade. A perspectiva individualista do processo civil cede espaço para a perspectiva social, coletiva, a fim de permitir a proteção judicial efetiva dos interesses difusos.³³

A terceira onda renovatória inclui a assistência jurídica extrajudicial nas dinâmicas de acesso à justiça. Forma-se, assim, uma concepção mais ampla do direito, que não se restringe mais à representação judicial em juízo.³⁴

A Constituição do Brasil, no artigo 134, após a redação da Emenda Constitucional nº 80/2014, definiu a Defensoria Pública como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados”³⁵.

A Defensoria Pública, a partir do viés transformador do novo constitucionalismo latino-americano, assume protagonismo na defesa dos direitos dos necessitados. Esses, por sua vez, não devem ser compreendidos apenas em sua dimensão econômica, mas também em razão de sua vulnerabilidade para acessar os recursos indispensáveis à defesa dos seus direitos.³⁶

A Constituição brasileira foi enfática ao definir a Defensoria Pública como “expressão e instrumento do regime democrático”. Trata-se de uma silhueta do viés transformador do direito e de sua missão de construir ferramentas de emancipação social e redução das desigualdades, a partir do sistema de justiça.³⁷ A Instituição assume o papel, a partir de uma compreensão coletiva de direitos, de levar aos tribunais questões essenciais à ruptura de dinâmicas de colonialidade que permanecem entranhadas nas relações sociais e políticas que se desenvolvem no continente. Inserem-se nesse contexto o racismo, as questões de gênero e as políticas públicas de moradia, saúde e educação.

A Defensoria Pública, no que corresponde ao regime democrático, assume duas feições: é figura representativa, pois o constituinte, atento ao protagonismo alcançado pelo Poder Judiciário, criou uma instituição capaz de garantir o acesso efetivo à justiça para aqueles desprovidos de recursos para levar a efeito os seus direitos.³⁸ A atuação sólida da Instituição, tanto na esfera judicial quanto extrajudicial, indica o estágio em que se encontra o processo de consolidação democrática de uma sociedade.³⁹

A outra feição da Defensoria Pública é o seu papel de instrumento do regime democrático, dada a sua relevância em ser uma “porta de entrada para a inclusão”⁴⁰. As dificuldades e obstáculos

enfrentados pelos grupos em situação de vulnerabilidade podem ser atenuadas mediante a atuação do Órgão, vez que em virtude de suas atribuições, torna-se instrumento de conexão entre o público destinatário dos seus serviços e o poder público.⁴¹

Os países-latino americanos, portanto, vêm dando forma à instituições específicas, pensadas sob o ideal de democratizar o acesso à justiça para as pessoas necessitadas. O acesso amplo e efetivo à justiça visa proporcionar que todos possam buscar a proteção jurídica dos seus direitos, independentemente de sua condição econômica. No entanto, a própria estrutura orgânica da Defensoria Pública em muitos Estados da região é uma demonstração de que a colonialidade do poder ainda possui um traço muito forte no horizonte do sistema de justiça.

O modelo de assistência jurídica das defensorias públicas: Superação de dificuldades e novos desafios à luz do sistema internacional dos Direitos Humanos

No dia 25 de outubro de 2019 a Associação de Defensores Penais Públicos do Chile divulgou nota dando conta dos trabalhos desenvolvidos por ocasião do momento de grave crise institucional vivido por aquele País. Ao final da nota, a Associação ressalta a importância de contar com uma “Defensoria Penal Pública Autônoma e Independente”, com um nível suficiente de recursos materiais e humanos, de forma a equilibrar forças com o Ministério Público e o Poder Judiciário.⁴²

O contexto da estrutura da Defensoria Pública Chilena é o retrato da situação vivenciada por muitas Defensorias Públicas nos demais Estados latino-americanos. Em que pese a guinada da Instituição para um protagonismo em relação à promoção dos direitos humanos, não há de se perder de vista que a gênese das Defensorias Públicas decorre do estabelecimentos de acordos e consensos havidos entre grupos políticos conflitantes.⁴³

No Brasil, a Defensoria Pública da União, por exemplo, encontra-se em apenas 30% das cidades em que a Justiça Federal está presente. Esse percentual indica o quanto a balança ainda pesa desfavoravelmente para as pessoas que não possuem recursos para prover os serviços jurídicos de que necessitam. As estruturas emergenciais e precárias que ainda compõem muitas Defensorias Públicas denunciam o déficit de democracia a ser superado no continente. As pessoas em situação de vulnerabilidade social, ao não terem os serviços da Defensoria Pública à sua disposição, ou tê-los em caráter deficiente, experimentam um nível de subordinação cultural e econômica perante o sistema⁴⁴ que as mantêm alijadas de qualquer protagonismo civilizatório.

Ao tempo em que as concepções colonialistas do poder hegemônico ainda impõem às

Defensorias Públicas uma condição de precariedade perante outras instituições do Sistema de Justiça, outros desafios vem batendo às portas daquelas. A assunção do direitos coletivos, associados às perspectivas da terceira onda renovatória do acesso à justiça, vêm exigindo da Defensoria Pública a ocupação de novos espaços. Deverá assumir protagonismo no papel de garantidora e promotora dos direitos humanos, como lembra Giudicelli: Quanto aos novos espaços, cabe à Defensoria Pública assumir cada vez mais o papel de agente garantidor e promovedor dos direitos e garantias fundamentais, o que implica tanto o fortalecimento das funções já assumidas quanto à implantação de novas. Deve-se destacar aqui, sobretudo, o papel da instituição a nível de proteção internacional dos direitos humanos, cujos primeiros passos já estão sendo dados na figura do Defensor Público Interamericano.⁴⁵

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no art. 37 de seu Regimento Interno, prevê a função do Defensor Interamericano para as hipóteses em que as supostas vítimas não tenham representação legal devidamente credenciada.⁴⁶ Atualmente, esses profissionais são designados pela Associação Interamericana de Defensorias Públicas – AIDEF -, a qual possui convênio celebrado com a Corte.⁴⁷

A iniciativa vai ao encontro das “Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade”, cujo objetivo é “garantir as condições de acesso efetivo à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade, sem discriminação alguma, englobando o conjunto de políticas, medidas, facilidades e apoios que permitam que as referidas pessoas usufruam do pleno gozo dos serviços do sistema judicial”⁴⁸. Permite-se que as Defensorias Públicas de vários países atuem conjuntamente mediante termos de cooperação, fortalecendo a assistência jurídica gratuita a nível internacional.

Por fim, anota-se que a expansão e fortalecimento do acesso à justiça através das Defensorias Públicas demanda que estes órgão sejam dotados de autonomia e independência na sua atuação. No ponto, a Organização dos Estados Americanos – OEA – vem aprovando Resoluções nesse sentido, à exemplo da Resolução AG/RES.2928 (XLVIII-O/18), de julho de 2018. O documento, intitulado “Promoção e Proteção dos Direitos Humanos”, teve como objetivo aprofundar o compromisso dos Estados-membros da OEA em dotar a Defensoria Pública de autonomia e independência funcional para os seus membros. A Resolução ressalta o papel da Instituição como instrumento eficaz na garantia do acesso à Justiça das pessoas em situações de vulnerabilidades.⁴⁹ A Resolução aponta também que é imprescindível o respeito à independência das defensoras e defensores públicos no exercício de suas funções.

Considerações finais

Os estudos que compõem a matriz teórica do pensamento descolonial revelam-se interessantes ferramentas de análise para apontar as inconsistências da teoria clássica dos direitos humanos. A perspectiva eurocêntrica do conceito de humano não atende às peculiaridades da América Latina, necessitando-se repensar as estruturas que moldaram as relações sociais ao longo do processo civilizatório da região.

O novo constitucionalismo latino-americano visa buscar um modelo de Estado mais inclusivo, atento aos valores sociais e culturais intrínsecos ao continente. Busca-se dar voz a grupos de pessoas historicamente marginalizados, que suportam os efeitos da desigualdade socioeconômica e dos discursos de invisibilização que acarretam uma sistemática violação de direitos humanos.

A Defensoria Pública, instituição própria de um constitucionalismo amparado na busca da justiça social, é aquela mais vocacionada à promoção dos direitos humanos perante os demais atores estatais e a sociedade. A partir de uma concepção mais ampla de acesso à justiça, deixa de ser apenas a instituição responsável pela tutela individual dos direitos dos necessitados, para assumir protagonismo na defesa dos direitos coletivos de pessoas em situação de vulnerabilidade.

O direito internacional começa a reconhecer o papel da Defensoria Pública, conferindo-lhe atribuições no âmbito do sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Os Estados latino-americanos, a fim de consolidar o processo democrático, deverão dotar as defensorias públicas de autonomia e independência, a fim de levar a efeito a justiça social e a efetividade dos direitos humanos, de forma a reduzir as desigualdades sociais e regionais que assolam o continente.

Notas

¹ Dussel, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: Lander, Edgardo. A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Colección Sur Sur, CLACSO: Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2005, p. 28.

² Bragato, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. In: Revista Novos Estudos Jurídicos, vol. 19, n. 1, jan-abr. 2014, p. 219.

³ Mignolo, Walter D. El Pensamiento Decolonial: desprendimiento y apertura. Um manifesto. In: Castro-Gómez, S.; Grosfoguel, R. (ed.). El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad

epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Iesco-Pensar-Siglo del Hombre Editores, 2007, p. 27. “Mi tesis es la siguiente; el pensamiento decolonial emergió en la fundación misma de la modernidad/colonialidad como su contrapartida. Y eso ocurrió en las Américas, en el pensamiento indígena y en el pensamiento afro-caribeño; continuó luego en Asia y África, no relacionados con el decolonial en las Américas, pero sí como contrapartida de la reorganización de la modernidad/colonialidad del imperio británico y el colonialismo francés. Un tercer momento ocurrió en la intersección de los movimientos de descolonización en Asia y África, concurrentes con la guerra fría y el liderazgo ascendente de Estados Unidos. Desde el fin de la guerra fría entre Estados Unidos y la Unión Soviética, el pensamiento decolonial comienza a trazar su propia genealogía. [...]”

⁴ Dussel, Europa, modernidad e eurocentrismo..., p. 29.

⁵ *Idem, ibidem*, p. 29.

⁶ Escobar, Arturo. Mundos y conocimientos de otro modo. Tabula Rasa, n. 1, 2003, Bogotá, p. 65.

⁷ *Idem, ibidem*, p. 65.

⁸ Castilho, Natalia Martinuzzi. Reinventando os direitos humanos a partir do sul: Herrera Flores e a crítica descolonial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 123.

⁹ Mignolo, Walter; WALSH, Catherine E. On Decoloniality: concepts, analytics and praxis. Durham: Duke University Press, 2018, p. 207. “Border thinking and border epistemology emerge among *colonial subjects* (like Mankanyezi) who realize that their knowledge has been disavowed and denied. That realization is the starting point of *becoming decolonial subjects* [...]”

¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 125-126.

¹¹ Escobar, *op. cit.*, p. 66.

¹² Mignolo, Walter D. Who speaks for the “Human” in Human Rights? In: Hispanic Issues Series, 2009, p. 22. Disponible em: < <https://conservancy.umn.edu/handle/11299/182855>>. Acceso em: 20.06.2009.

¹³ *Idem, ibidem*, p. 22.

¹⁴ Mignolo, El Pensamiento Decolonial: desprendimiento y apertura..., p. 29. “El giro decolonial es la apertura y la libertad del pensamiento y de formas de vidas-otras (economías-otras, teorías políticas-otras); la limpieza de la colonialidad del ser y del saber; el desprendimiento de la retórica de la modernidad y de su imaginario imperial articulado en la retórica de la democracia. El pensamiento decolonial tiene como razón de ser y objetivo la decolonialidad del poder (es decir, de la matriz colonial de poder).”

¹⁵ Barreto, José-Manuel. Decolonial Strategies and Dialogue in the Human Rights Field: A Manifesto. In: *Transnational Legal Theory*, mai/2015, p. 27. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5235/TLT.3.1.1>. Acesso em: 02.08.2019.

¹⁶ Mignolo, Walter D. Who speaks for the “Human” in Human Rights? In: *Hispanic Issues Series*, 2009, p. 21. Disponível em: < <https://conservancy.umn.edu/handle/11299/182855>>. Acesso em: 30.06.2019.

¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 21.

¹⁸ Mignolo, Walter D. *Desobediencia Epistémica: Retórica de la Modernidad, Lógica de la Colonialidad y Gramática de la Descolonialidad*. Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2010, p. 17.

¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 17.

²⁰ *Idem, ibidem*, p. 122.

²¹ *Idem, ibidem*, p. 122-123.

²² *Idem, ibidem*, p. 122.

²³ Flores, Joaquim Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 98.

²⁴ *Idem, ibidem*, p. 100. “Somente poderemos enfrentar esses perigos recuperando o valor da interpretação como forma de resistência e criatividade cultural. Como tem defendido a chamada “estética da recepção” – e também os aportes mais atuais da denominada ‘estética da interatividade’ -, os condicionamentos do leitor passivo, próprio do formalismo, devem ser superados em prol de um ‘leitor implícito e interativo’, muito mais apropriado para uma perspectiva que tenha em conta os contextos reais de onde surgem os textos e para quem são dirigidos. Esse leitor/intérprete/ator deverá partir de um *ponto de vista móvel*, capaz de engendrar sentidos paralelamente à atividade de compreender e conhecer. Desse modo, na medida em que vamos conhecendo – no nosso caso, os textos de direitos humanos -, vamos aprendendo ao mesmo tempo a compreender – e, assim, a transformar – o mundo em que vivemos.”

²⁵ Lima, Rogério Montai de. *Constitucionalismo de transição e transformação: uma interface com a judicialização e ativismo judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 51.

²⁶ Barreto, Vicente de Paulo; GOMES, César de Oliveira. *O Ativismo Judicial no Estado Democrático de Direito*. In.: Leal, Rogério Gesta; Bitencourt, Caroline Müller (org.). *Temas Polêmicos da Jurisdição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: Volume IV*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2018, p. 173-174.

²⁷ Lima, *op. cit.*, p. 52.

²⁸ Pastor, Roberto Viciano; Dalmau, Rúben Martínez. "Los procesos constituyentes latino-americanos y el nuevo paradigma constitucional". IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 25, 2010, p. 7, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. México. Disponible em: <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222977001.pdf>. Acesso em: 15.07.2018.

²⁹ *Idem, ibidem*, p. 12.

³⁰ Gomes, César de Oliveira. A Defensoria Pública da União na Proteção dos Direitos da População Negra. In: Adamatti, Bianka; Silva, Débora Bós e. Lições Críticas: Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Editora Visão, 2018, p 171.

³¹ Capelletti, Mauro; Garth, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

³² Lima, Frederico Rodrigues Viana de. Defensoria Pública. Salvador: Juspodivm, 2010.

³³ Capelletti; GARTH, *op. cit.*, p. 18-19.

³⁴ *Idem, ibidem*, p. 25-27.

³⁵ Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

³⁶ Alves, Cleber Francisco; González, Pedro. Defensoria Pública no Século XXI: Novos Horizontes e Desafios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 17. "[...] Nesse sentido, a situação de vulnerabilidade pode ter como causa razões de ordem econômica, mas também outras de origem social, cultural, étnica, de gênero, idade, deficiência, estado físico e mental, privação de liberdade etc. Ademais, comumente as causas de vulnerabilidade se somarão, ampliando ainda mais as barreiras de acesso à justiça e aos direitos."

³⁷ Lauris, Élica. Para uma concepção pós-colonial do direito de acesso à justiça. In.: Hindu: Revista Latino-Americana de Direitos Humanos, 6-1, 2015, p. 8.

³⁸ Alvez; González, *op. cit.*, p. 26.

³⁹ *Idem, ibidem*, p. 26.

⁴⁰ Sadek, Maria Tereza. Defensoria Pública: a conquista da cidadania. In: RÉ, Aluísio lunes Monti Ruggeri (Org.). Temas aprofundados da Defensoria Pública. V. 1. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 20.

⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 33.

42 ASOCIACION DE DEFENSORES PENALES PUBLICOS. Disponível em: <https://www.facebook.com/photo.php?fbid=3253899444626380&set=a.171301086219580&type=3&theater>, 25.10.2019. Acesso em 28.11.2019.

43 Maués, Antônio Gomes Moreira; SANTOS, Élide Lauris dos. Estabilidade Constitucional e Acordos Constitucionais: os processos constituintes de Brasil (1987-1988) e Espanha (1977-1978). In: Revista Direito GV, São Paulo, 4(2), p. 350-351, jul/dez 2008.

44 Santos, Élide de Oliveira Lauris. Acesso para quem precisa, Justiça para quem luta, direito para quem conhece: Dinâmicas de colonialidade e narra(alterna-)tivas do acesso à justiça no Brasil e em Portugal. Tese de Doutorado em "Pós-colonialismos e cidadania global", orientada pelo Professor Boaventura de Souza Santos e apresentada à Faculdade de Economia da Universidade Coimbra, 2013, p. 197.

45 Giudicelli, Gustavo Barbosa. A Defensoria Pública nos 30 anos da Constituição Federal: Consolidação, Desafios e Perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 197.

46 "Art. 37. Defensor Interamericano: Em caso de supostas vítimas sem representação legal devidamente credenciada, o Tribunal poderá designar um Defensor Interamericano de ofício que as represente durante a tramitação do processo".

47 Giudicelli, *op. cit.*, p. 200.

48 Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade. XIV Conferência Judicial Ibero-americana. Brasília, 2008. Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>>. Acesso em: 30.11.2019.

49 Organização dos Estados Americanos. AG/RES. 2928 (XLVIII-O/18).

OEA/Ser.P/AG/ RES. 2928 (XLVIII-O/18).

Referências

Alves, Cleber Francisco; González, Pedro. Defensoria Pública no Século XXI: Novos Horizontes e Desafios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ASOCIACION DE DEFENSORES PENALES PUBLICOS. Disponível em:

<https://www.facebook.com/photo.php?fbid=3253899444626380&set=a.171301086219580&type=3&theater>, 25.10.2019. Acesso em 28.11.2019.

25.10.2019. Acesso em 28.11.2019.

Barreto, José-Manuel. Decolonial Strategies and Dialogue in the Human Rights Field: A Manifesto. In: *Transnational Legal Theory*, mai/2015, p. 1-29. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5235/TLT.3.1.1>. Acesso em: 02.08.2019.

Barretto, Vicente de Paulo; Gomes, César de Oliveira. O Ativismo Judicial no Estado Democrático de Direito. In.: Leal, Rogério Gesta; Bitencourt, Caroline Müller (org.). *Temas Polêmicos da Jurisdição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: Volume IV*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2018, p. 159-185.

Bragato, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. In: *Revista Novos Estudos Jurídicos*, vol. 19, n. 1, jan-abr. 2014, p. 201-230.

Brasil. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

Capelletti, Mauro; Garth, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

Castilho, Natalia Martinuzzi. *Reinventando os direitos humanos a partir do sul: Herrera Flores e a crítica descolonial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

Dussel, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: Lander, Edgardo. *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Colección Sur Sur, CLACSO: Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2005, p. 8-23.

Escobar, Arturo. *Mundos y conocimientos de otro modo*. *Tabula Rasa*, n. 1, 2003, Bogotá, p. 51-86.

Flores, Joaquim Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*.

Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

Giudicelli, Gustavo Barbosa. *A Defensoria Pública nos 30 anos da Constituição Federal: Consolidação, Desafios e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018

Gomes, César de Oliveira. A Defensoria Pública da União na Proteção dos Direitos da População Negra. In: Adamatti, Bianka; SILVA, Débora Bós e. *Lições Críticas: Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Editora Visão, 2018.

Lauris, Élide. Para uma concepção pós-colonial do direito de acesso à justiça. In.: *Hendu: Revista Latino-Americana de Direitos Humanos*, 6-1, 2015, p. 5- 25.

Lima, Frederico Rodrigues Viana de. Defensoria Pública. Salvador: Juspodivm, 2010.

Lima, Rogério Montai de. Constitucionalismo de transição e transformação: uma interface com a judicialização e ativismo judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

Maués, Antônio Gomes Moreira; Santos, Élide Lauris dos. Estabilidade Constitucional e Acordos Constitucionais: os processos constituintes de Brasil (1987-1988) e Espanha (1977-1978). In: Revista Direito GV, São Paulo, 4(2), p. 349-388, jul/dez 2008.

Mignolo, Walter D. Desobediencia Epistémica: Retórica de la Modernidad, Lógica de la Colonialidad y Gramática de la Descolonialidad. Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2010.

Mignolo, Walter D. El Pensamiento Decolonial: desprendimiento y apertura. Um manifesto. In: Castro-Gómez, S.; Grosfoguel, R. (ed.). El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Iesco-Pensar-Siglo del Hombre Editores, 2007, p. 25-46.

Mignolo, Walter D. Who speaks for the "Human" in Human Rights? In: Hispanic Issues Series, 2009, p. 7-24. Disponível em: < <https://conservancy.umn.edu/handle/11299/182855>>. Acesso em: 30.06.2019.

Mignolo, Walter; Walsh, Catherine E. On Decoloniality: concepts, analytics and praxis. Durham: Duke University Press, 2018.

Organização dos Estados Americanos. AG/RES. 2928 (XLVIII-O/18).

OEA/Ser.P/AG/ RES. 2928 (XLVIII-O/18). 05.06.2018.

Pastor, Roberto Viciano; Dalmau, Rúben Martínez. "Los procesos constituyentes latino-americanos y el nuevo paradigma constitucional". IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 25, 2010, pp. 7-29, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. México. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222977001.pdf>. Acesso em: 15.07.2018.

Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em

Condição de vulnerabilidade. XIV Conferência Judicial Ibero- americana. Brasília, 2008. Disponível em: < <https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>>. Acesso em: 30.11.2019.

Sadek, Maria Tereza. Defensoria Pública: a conquista da cidadania. In: RÉ, Alúísio Iunes Monti Ruggeri (Org.). Temas aprofundados da Defensoria Pública. V. 1. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 19-31.

Santos, Élide de Oliveira Lauris. Acesso para quem precisa, Justiça para quem luta, direito para quem conhece: Dinâmicas de colonialidade e narra(alterna-)tivas do acesso à justiça no Brasil e em Portugal. Tese de Doutorado em "Pós-colonialismos e cidadania global", orientada pelo Professor Boaventura de Souza Santos e apresentada à Faculdade de Economia da Universidade Coimbra, 2013

O direito da consulta prévia como mecanismo de democracia participativa à pessoa humana indígena: (In) sucessos, desafios e possibilidades

Bruna Machado Simões

Resumo

O Direito à Consulta Prévia está assegurado no Artigo 6º da Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais, em Países Independentes da OIT, sendo algo fundamental e característico para o reconhecimento dos povos indígenas, pois é responsável por criar um espaço de diálogo e participação de tais povos, diante de decisões do Estado, possibilitando o comum acordo, que também é a base do procedimento da democracia participativa. O direito à consulta prévia é um direito que visa à proteção cultural, patrimonial, territorial dos Povos Indígenas, que foram por muitos anos, inviabilizados, excluídos e desrespeitados. A partir destas premissas é que surgiu a necessidade de identificar como a efetivação do direito à consulta prévia, assegurado pelo Artigo 6º da Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, pode assumir a função de um mecanismo de democracia participativa? O objetivo dessa pesquisa foi analisar a efetivação do Artigo 6º da Convenção nº 169, referente à Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, e, em que medida tal função poderia ser assumida, como mecanismo da democracia participativa, através de uma pesquisa bibliográfica e descritiva. Para refletir sobre esse ponto, destaco a interpretação de Boaventura de Souza Santos, apontando que o caráter hegemônico está intimamente arraigado aos ideais do colonialismo, esquivando-se de qualquer possibilidade para ter em consideração a representação de múltiplas identidades, não possibilitando que "identidades minoritárias" tenham expressões significativas e adequada em qualquer esfera política.

Palavras chave

Consulta prévia; povos originários; convenção 169 da OIT.

Resumen

El derecho a la consulta previa está consagrado en el artículo 6 del Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la OIT, y es fundamental y característico para el reconocimiento de los pueblos indígenas, ya que es responsable de crear un espacio para el diálogo y la participación de dichos pueblos, enfrentados con decisiones estatales, permiten el acuerdo común, que también es la base del procedimiento de democracia participativa. El derecho a la consulta previa es un derecho dirigido a la protección

cultural, patrimonial y territorial de los pueblos indígenas, que durante muchos años se han hecho inviables, excluidos y faltados al respeto. A partir de estos supuestos, ¿surgió la necesidad de identificar cómo la realización del derecho a la consulta previa garantizada por el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes surgió como un mecanismo para la democracia participativa? El propósito de esta investigación fue analizar la efectividad del artículo 6 del Convenio núm. 169, relativo a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, y en qué medida esta función podría asumirse como un mecanismo para la democracia participativa. , a través de una investigación bibliográfica y descriptiva. Para reflexionar sobre este punto, destaco la interpretación de Boaventura de Souza Santos, señalando que el carácter hegemónico está muy arraigado en los ideales del colonialismo, evitando cualquier posibilidad de tener en cuenta la representación de múltiples identidades, sin permitir "identidades minoritarias". "Tener expresiones significativas y apropiadas en cualquier esfera política.

Palabras clave

Consulta previa; Pueblos originarios; Convenio 169 de la OIT.

Introdução

O Bem Viver indígena tem seu conceito acoplado pela América Latina, todavia, considera-se e reporta-se sua origem aos Povos originários Andinos. A abordagem do presente estudo é sobre o Direito da Consulta Prévia como uma ferramenta a ser desenvolvida e efetivamente aplicada visando uma maior participação da pessoa humana indígena, seja num âmbito interno seja num âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Contudo, para se ter acesso a uma interpretação além daquilo que já está posto nos dispositivos da Convenção 169 da OIT, é que se fez inicialmente uma correlação entre o Bem Viver indígena e esta consulta prévia como direito assegurado na respectiva Convenção.

O Bem Viver indígena não é detalhado nem expressado na referida Convenção 169 da OIT, contudo, aos termos acesso do que consiste o Bem Viver, visualizamos no texto legal bem como na jurisprudência internacional de proteção aos povos originários como a da Corte Interamericana de Justiça – CIDH; que a consulta prévia tem seus preceitos fundados naquilo que é preconizado pelo Bem Viver desde o início.

Em linhas gerais, esses preceitos seriam de caráter humano e social, ao conferir respeito e autonomia, reconhecendo as estruturas particulares de cada comunidade e povo indígena no

viés econômico, político e antropológico. E é mais precisamente, neste último ponto, o antropológico, que se debruça a necessidade e obrigatoriedade dos Estados (segundo a Convenção 169 da OIT) em respeitar e reconhecer o modo de vida particular e humano dos povos originários.

Neste diapasão se segue a análise de um outro ponto importante e histórico ao tema do estudo, ou seja, o colonialismo do poder e as violências cometidas aos povos indígenas no Brasil e na América Latina, não somente em um passado distante, mas ainda no presente e quiçá no futuro, se não forem respeitados os diplomas normativos de proteção ambiental e de proteção ao indígena.

Os processos de colonização aparentam ser antigos, mas, ao se vislumbrar que outrora e hoje o que se colonizava era o poder e não simplesmente terra vê-se assim que outros processos de colonização foram instalados, e que as relações de poderes são reais e institucionalizadas; justamente por necessitarem de uma camuflagem.

Por fim, chega-se ao Direito da Consulta Prévia Livre e determinada como um mecanismo de democracia participativa. Na Convenção 169 da OIT, o direito é uma forma de blindar a pessoa humana indígena e seu território frente a alguma medida legislativa ou administrativa que venha a interferir no modo de vida destes, contudo, muitos detalhes desse direito não são efetivados, devido a abusividade assumida pelos Estados ao seguir todas as fases da consulta, ou não respeitar quando a resposta dos povos indígenas é contrário as pretensões do Estado.

O que ocorre na prática, é a supressão do direito da consulta prévia ao ser suprimida a voz dos povos indígenas, deixando de ser assim um direito a participação de qualquer projeto de Lei ou ato administrativo do Estado que venha a interferir no cotidiano destes.

Então, com o fito de se compreender de que maneira esse direito já concebido por uma Convenção poderia assumir um caráter mais robustecido é que se buscou analisá-lo com um mecanismo de democracia participativa, refletindo sobre o que já foi feito bem como os desafios adiante.

Os preceitos que a consulta prévia guarda com o bem viver indígena.

Na chegada a América, os colonizadores se colocaram frente aos povos indígenas que já habitavam as terras como dotados de superioridade por meio de uma ideia biológica, impondo essa relação de dominação através da criação de uma divisão por raças, que conseqüentemente segregavam os povos por meio das estruturas sociais " e na medida em que as relações sociais que estavam configurando-se eram relações de dominação, tais identidades foram associadas

as hierarquias, lugares e papéis sociais [...] e, em consequência, o padrão de dominação colonial foi imposto”¹. Assim, essa ideia de raça foi um forma de legitimação da dominação, inviabilizando qualquer ideia que viesse por parte dos colonizados, desqualificando seus conhecimentos e formas de desenvolvimento.

O conhecimento desenvolvido no cenário latino-americano manteve-se arraigado ao modelo eurocêntrico, que ao naturalizar a ideia raça superior/inferior, cria novas identidades: índios, negros e mestiços², o que antes era definido a partir da localização geográfica passa a ter um enfoque racial. Para Quijano (2014) a ideia de raça nunca existiu, não tendo nada a ver com a estrutura biológica humana como era posta pelos colonizadores, foi uma mera invenção com o intuito de propagar e legitimar sua dominação, ou seja, a ideia de raça e racismo se tornou o critério fundamental para estruturar a sociedade, a partir da distribuição de poder de modo desigual.

A ideia de desenvolvimento está voltada para um crescimento econômico que pode ser medido pelo Produto Interno Bruto (PIB)³, com uma progressão linear que deveria garantir uma redistribuição e desconcentração das rendas, ocasionando benefícios a todos da sociedade. Entretanto, a concepção de desenvolvimento “se baseia na ideia de crescimento infinito obtido a partir da sujeição progressiva das práticas e saberes à lógica mercantil”⁴, ou seja, não leva em consideração o bem estar humano e, tampouco a ideia da preservação da natureza.

Essa estrutura de dominação também criou e apoiou-se na ideia do desenvolvimento como uma exigência da globalização, que deve ser alcançada por todos os países, tendo como modelo para difusão, a hegemonia mundial da sociedade americana e europeia, essa dicotomia desenvolvido/subdesenvolvido, ocasiona a omissão diversas realidades, por exemplo, essa imposição serve para que haja interferências nas esfera política, econômica, cultural, bem como, a interdependência dos países, o aproveitamento das riquezas e seus territórios, com o slogan de proteção.⁵ Ou seja,

[...] percebeu-se que a questão não é simplesmente aceitar uma ou outra trilha para o desenvolvimento. Os caminhos ao desenvolvimento não são o problema maior. A dificuldade radica no conceito. O desenvolvimento, enquanto proposta global e unificadora, desconhece violentamente os sonhos e as lutas dos povos subdesenvolvidos.⁶

Com isso, o bem viver surge como uma nova forma de desenvolvimento, em seu aspecto teórico e prática, que possibilite a inclusão de todos, que o desenvolvimento permeado seja equilibrado e harmonioso, sem desvalidar os conhecimentos dos povos originários, dentre suas várias características, têm-se: “priorizar a vida; obter acordos consensuais; respeitar as

diferenças; viver em complementariedade; equilíbrio com a natureza; defender a identidade; retomar a unidade de todos os povos indígenas; priorizar direitos cósmicos; saber comer; saber beber...etc”⁷, ou seja, respeitando suas práticas e sabedorias ancestrais.

O bem viver, *bienvivir* ou *buenvivir* são terminologias que seguem na mesma direção ao referenciar esse modo de vida alternativo, ou como alguns consideram, um novo paradigma de desenvolvimento. O bem viver também poder ser significado através de terminologias como *SumakKawsay* (Bolívia); *AllinKghaway* e *AllinKghawana* (Equador).⁸

É um conceito em construção que visa ir além do desenvolvimento convencional, e é baseado em uma sociedade onde os seres humanos coexistem entre si e com a natureza. Se nutre de campos muito diversos, da reflexão intelectual as práticas cidadãs, desde as tradições indígenas à academia alternativa.⁹

O desenvolvimento que está posto se mostra violento com os povos indígenas, configurando-se por interesses econômicos, pautados em diversos investimentos no agronegócio e na exploração dos recursos naturais, violando as terras e os territórios ancestrais.¹⁰ Desconsiderando o significado do que pode ser entendida como desenvolvimento para os povos indígenas, essa imposição retira a sua vontade, consciência e cidadania. A própria ideia de desenvolvimento posta pela hegemonia mundial é falha, com isso:

[...] a diferença de “desenvolvimento” e o “mau desenvolvimento” tenta não se referir a um bem viver que as pessoas deveriam buscar, mas à descoberta, primeiro, do fracasso do programa de desenvolvimento e, segundo, a constatação do mau viver que pode ser observada no funcionamento do sistema mundial e seus componentes, desde Estados nacionais até as comunidades locais¹¹.

Por isso, a necessidade de se construir o bem viver, como alternativa ao fracasso do desenvolvimento, que permita e fortaleça o coletivo e a harmonia entre todos os seres. Dentre os vários pilares do bem viver que lhe dão forma e conteúdo na vida prática existencial, foram destacados três deles: a ruptura, a sustentabilidade e a harmonia. A ruptura está no desligamento ou ao menos na busca inalcançável pela não dependência do sistema capitalista de consumo; já a sustentabilidade está na concepção do meio ambiente natural e seus recursos como algo sagrado onde a retirada e uso dos recursos naturais são feitos de forma respeitosa, ecológica, racional e consagrada. A harmonia é justamente o espírito comunal que os indígenas compartilham em suas estruturas de organização enquanto povo, ou seja, é o que de fato os tornam uma comunidade.

Observa-se que a sustentabilidade vai ao encontro da ruptura, na medida em que o modo de

vida indígena não visa a exploração dos recursos naturais com a finalidade comercial de infinidade, tampouco suas produções de bens e serviços visam a concentração de riqueza, muito menos seu modo de subsistência interfere ou agride o ciclo vital natural. Diversos hábitos nas comunidades indígenas demonstram a realidade dessa harmonia entre os seres, tal como as feiras de troca de sementes tradicionais. Nestas feiras, várias pessoas de distintas comunidades intercambiam entre si saberes a respeito da agricultura indígena, bem como sementes, tudo sem custo; as quais por exemplo, poderão servir de base para a diversificação do plantio nas comunidades e aproveitamento em relação aos efeitos negativos trazidos com as variações climáticas.

Dentre os elementos constitutivo da concepção hegemônica têm-se a imposição do conhecimento, que caracteriza a colonialidade do poder e saber¹², estipulando padrões a serem seguidos, mantendo o controle e sobrepondo qualquer produção do conhecimento que não seja advindo do europeu, quebrando com uma possível construção heterogênea nos diversos âmbitos da sociedade. Com isso,

Não se pode mais sustentar o discurso do desenvolvimento, que, com suas raízes coloniais, justifica visões excludentes. Requeremos um discurso contra-hegemônico que subverta o discurso dominante e suas correspondentes práticas de dominação. E, igualmente, novas regras e lógicas de ação, cujo êxito dependerá da capacidade de pensar, propor, elaborar e, inclusive, indignar-se – globalmente, se for o caso.¹³

O caráter hegemônico está intimamente arraigado aos ideais do colonialismo, esquivando-se de qualquer possibilidade para ter em consideração a representação de múltiplas identidades, não possibilitando que identidades minoritárias¹⁴ tenham expressões significativas e adequadas em qualquer esfera política, assim, o bem viver são práticas em resistência ao colonialismo.

Conforme fora discutido, o bem viver indígena além de ser uma forma de resistência ao caráter hegemônico do colonialismo do poder, é, a base de preceito primeiramente, antropológico. Nele, a pessoa humana indígena tem o direito de associação aos seus semelhantes de forma digna, onde, lhes são reconhecidos direitos territoriais, políticos e econômicos, de acordo com a cosmovisão de vida própria deles.

Uma vez consideradas e fundamentadas no bem viver, as disposições legais contidas em tratados como é a consulta prévia, terminam por alcançar a finalidade protetiva aos indígenas (embora, desrespeitada por muitos), justamente por ter em suas origens estes parâmetros de salvaguarda dos direitos humanos indígenas nas estruturas: territoriais, política e econômica;

que por sua vez desembocam em outras tantas vertentes essenciais à manutenção da existência indígena.

O colonialismo do poder e o indígena

O Brasil como uma antiga colônia de exploração das potências, ainda guarda resquícios de suas respectivas experiências negativas, sucedidas durante o período colonial. Dentre tais experiências tem-se práticas do passado histórico que ainda concentram força no presente, na sociedade brasileira. Com o advento do processo de colonialismo Europeu desencadeado após a “descoberta das índias” com as grandes navegações por volta do século XV, foi-se configurando um novo modelo ou padrão do poder de controlar, este padrão consiste na ideia de sobrepor aos povos originários as mais variadas violências: cultural, física, educacional, histórica, religiosa e social.

Foi, através do processo de racialização das relações sociais existentes entre o sujeito colonizado e o colonizador, que se buscou submeter os grupos de indivíduos a uma dominação luso-hispânica. Hoje em dia, o uso de terminologias com conotação eurocentrada reafirma a tentativa de ocultar a existência ainda influente da ideologia europeia de dominação e submissão dos povos de raça inferior, dentre estes os povos indígenas.

O indígena na América oligárquica sofreu o processo de expulsão de suas terras nativas para estas darem lugar a grandes propriedades rurais dos senhores, concomitantemente desejada por parte da classe oligárquica ocorria também a inserção do trabalho indígena na cidade e no campo, todavia claro pela servidão agrária e doméstica. Entre o século XIX e XX, o colonialismo do poder utiliza-se de um novo artifício para o controle, com a preocupação de não perder a autoridade coletiva em relação aos povos indígenas, tal artifício foi a institucionalização da educação.

A topologia dos Estados que surgiam a partir de então, ou seja, meados do século XVII e XIX; foram denominados de Estados-Nação onde se utilizaram de uma unidade básica

genuína da ideologia Eurocêntrica estratégica de nacionalização chamada de homogeneização. Sendo assim, com o processo de homogeneização social os grupos elitistas que protagonizavam as relações de poder existentes no campo político, jurídico e econômico, trataram de programá-lo na prática através de distintos meios assim como a abertura abrupta e exacerbada das fronteiras destes Estados para imigrantes vindos da Europa (homogeneização racial), outro meio utilizado em países como Peru, México e demais foi o genocídio cultural (homogeneização cultural).

Dessa forma, o processo de homogeneização racial contribuiu para que os Estados- Nação Latino Americanos tivessem em suas mãos uma sociedade de maioria branca ou quase totalmente branca a exemplo de Argentina, Chile, e Uruguai donde a representatividade da pessoa indígena, negra e mestiça era baixa em número e organização dos sujeitos de cada uma destas etnias; diferentemente da realidade mexicana e boliviana onde pelo menos a etnia indígena e mestiça era a época e ainda são, maioria social.

A exclusão histórica, bem como a implementação de políticas assimilacionistas de caráter homogêneo corroboraram para a reprodução de uma construção do direito pautada na verticalidade das leis, conferindo poder aos que estavam no topo da hierarquia e conseqüentemente promovendo uma subordinação dos povos indígenas. No que se refere a exclusão dos povos indígenas,

A exclusão histórica dos povos indígenas da vida política nacional tem sido um dos motivos pelos quais não apenas os seus interesses e pontos de vista vêm sendo negligenciados, mas também pelos quais as decisões (legislativas, administrativas, judiciais e governamentais) se inclinam em favor dos grupos dominantes. Assim, sua exclusão não apenas tem sido um grave impedimento para a igualdade política, mas tem também funcionado como um mecanismo para impor aos povos indígenas leis, programas e medidas que, em geral, são lhes prejudiciais.¹⁵

Diante dessa construção assimilacionista imposta aos povos indígenas, não possibilitaram o reconhecimento de seus territórios; a preservação das suas culturas, tampouco como sujeitos de direito no Brasil,

*[...]cada povo sofreu de modo diferente esta política, porém dois eixos podem ser facilmente observados: de um lado, uma política de total omissão, como se os povos não existissem ou fossem apenas um depósito de pessoas que seriam integradas cedo ou tarde; de outro, uma política de proteção consistente em criar refúgios afastados para os povos, desconsiderando seus territórios tradicionais[...]*¹⁶

Resta importante ressaltar a diferenciação e característica dos termos: o colonialismo, a colonialidade e a descolonialidade. O colonialismo possui uma perspectiva social dominadora, patrimonialista e baseada em relações de poderes no Estado, que integram as relações interpessoais e, no imaginário humano, instituindo conceitos ocidentais sobre diversas esferas, fazendo com que os conhecimentos existentes dos povos indígenas fossem inviabilizados, aniquilando suas culturas, tradições, o modo de pensar e viver, bem como a reprodução do seu conhecimento, caracterizando-se em uma subjugação do modo existencial dos povos originários pelo eurocêntrico¹⁷, sendo fundamental uma reconceitualização de seus saberes e lutas. O colonialismo serio um modo de viver, que estabelece dois lados, os que se beneficiam

por esse controle e imposição e, os que sofrem¹⁸, assim:

É a minha vez de enunciar uma equação: colonização = coisificação.

Ouçó a tempestade. Falam-me de progresso, de realizações de doenças curadas, de níveis de vida elevados acima de si próprios.

Eu, eu falo de sociedade esvaziadas de si próprias, de culturas espezinhadadas, de instituições minadas, de terras confiscadas, de religiões assassinadas, de magnificências artísticas aniquiladas, de extraordinárias possibilidades suprimidas¹⁹

Assim, torna-se imprescindível repensar e concretizar um campo do conhecimento que perpasse essa limitação imposta pelo colonialismo, e que também é reafirmada através da colonialidade, com isso a descolonialidade advém para “desvelar a lógica da colonialidade e da reprodução da matriz colonial do poder [...] e desconectar-se dos efeitos totalitários das subjetividades e categorias de pensamento ocidentais”²⁰, dessa forma, o reconhecimento das diversas identidades e a heterogenia da sociedade, possibilita uma estruturação que respeite as construção de saberes e as diferenças, com isso, o bem viver surge como elemento de contraposição e resistência às mais variadas ameaças, apesar das democracias espalhadas no mundo.

O direito a consulta prévia como mecanismo de democracia participativa

O Estatuto do Índio e a Convenção nº 169, além de “reconhecer o direito de controlar as suas próprias instituições e definir suas prioridades de desenvolvimento”²¹, adotaram como identificação do indígena, o critério “auto identificação” (critério subjetivo). Definindo os povos indígenas, Farjado (2009) afirma:

O direito internacional, hoje, identifica como povos indígenas aqueles povos que descendem de povos que preexistem aos Estados atuais (feito histórico), conservam totalmente ou parcialmente as suas instituições sociais, políticas, culturais, ou modos de vida (vigência atual), e que têm autoconsciência da sua própria identidade (critério subjetivo).²²

O direito à consulta, dado aos povos indígenas, está presente no ordenamento interno brasileiro, na Lei de nº 6.001/1993, que dispõe sobre o Estatuto do Indígena (art. 44, 45 e §§ subsequentes) e visualizam formas de participação e consulta das comunidades indígenas e órgãos de assistência. Fora isso, há o Decreto de nº 6004/2007 que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (mais especificamente no art. 1º, inc. IX e X, como também no art. 3º, inc. IV). Além disso, o Decreto Legislativo de nº 143/2002 e o Decreto Presidencial de nº 5.051/2004 que regulou as disposições do Convênio 169

da OIT ratificadas em 2002 pelo Congresso Nacional.

O Direito a Consulta Prévia está assegurado pela Convenção nº169 da Organização Internacional do Trabalho(OIT) sobre Povos Indígenas e tribais em Países Independentes (1989) em seu Artigo 6º, promovendo a participação dos povos indígenas através de suas instituições representativas, diante de qualquer criação e/ou reforma legislativa ou administrativa que por sua vez afete direta ou indiretamente alguma de suas comunidades indígenas, dessa forma, enquanto para a pessoa indígena tal consulta se trata de um direito, para o Estado mostra-se uma obrigação.

A respeito do Direito da Consulta Prévia está assegurado na Convenção 169 da OIT, se faz necessário salientar de que isso se originou a partir da internacionalização dos direitos indígenas, que por sua vez guarda uma leitura histórica.

A democracia participativa pressupõe uma participação social, dando voz e vez à multiplicidade étnica, às minorias e à sociedade, de forma ampla. A CRFB/88 incorporou diversos elementos que propiciam a prática da democracia participativa, por exemplo, ao legitimar a iniciativa popular para propor projeto de lei, dentre outros que abrem espaço para uma construção real de participação política. Com isso, é importante analisar se o direito à consulta prévia pode ser entendido como um instrumento da democracia participativa, uma vez que deve propiciar o espaço do diálogo dos povos indígenas junto ao Estado, respeitando seus posicionamentos e reconhecendo sua autonomia jurídica e política.

A consulta prévia como um instrumento da democracia participativa, determina que para ser realizada, é primordial ter a aplicação de procedimentos adequados que consultem os povos indígenas, permitindo o diálogo e argumentação, sobre qualquer decisão que os afete, seja na esfera administrativa ou legislativa. Procedimentos contrários ao que estipula a Convenção nº 169 acarretam prejuízo ao exercício da cidadania, da democracia, da diversidade cultural, bem como ao modo de vida indígena. Para Santos (2010) "o Estado deve começar a refletir porque está mais equipado para reprimir as ilegalidades das classes historicamente oprimidas, que para reprimir as ilegalidades das classes historicamente opressora."²³

A consulta deve ser prévia, livre e informada. Será prévia, pois a partir da consulta inicial as exigências, condições e detalhes específicos de cada situação terão de ser anuídos de comum acordo por autoridades governamentais e representantes indígenas. Será livre porque as comunidades indígenas não poderão sofrer qualquer pressão ou interferência que vicie suas decisões, pois dessa forma se estará maculando o princípio da liberdade, apesar de tal princípio poder ser maculado de outras maneiras, ou seja, com a morte ou desaparecimento de líderes

dessas comunidades, gerando uma intimidação com direta interferência.

Será informada, pois implica na necessidade de existir comunicação constante entre as partes envolvidas em cada procedimento como: ter transparência, ter publicidade e ser programática; ou seja, os indígenas devem ser informados antecedentemente para que participem dos procedimentos e se adaptem às decisões que por ventura sejam tomadas, pautando-se em sua cultura e organização humana.

A consulta deverá ser concretizada mediante procedimentos respaldados no modo de vida cotidiano das comunidades indígenas, adequados e flexíveis. É importante observar que outras características também são cobradas ao se realizar os procedimentos de consulta, a exemplo da efetividade e da boa-fé.

Desse modo, fica evidente a necessidade da externalização pelos próprios povos indígenas de seus valores e intenções, de terem seu local de fala garantido, de serem consultados antes de qualquer tomada de decisão governamental, e não apenas emitirem seu consenso com projetos já determinados, mas sim, serem reconhecidos como sujeitos políticos e jurídicos autônomos, de modo que, tal participação garantiria a efetivação do direito à consulta prévia. Como bem assegura a Constituição Federal (Brasil, 1988) em seu Art. 231: "são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições"²⁴. Santos (2002)²⁵ reconhece a necessidade de ter uma "promoção do processo de democracia participativa em paralelo com a democracia representativa".

Considerações finais

Neste contexto, é necessário compreender que as decisões na esfera legislativa ou administrativa que não coadunem com os povos indígenas, não estão impedidas de se concretizarem, haja vista, que os povos indígenas não possuem o poder de veto. Entretanto ao serem consultados, seus posicionamentos e subjetividades devem ser levado em conta e para que isso ocorra de forma contundente acredita-se que o Estado deve ajustar suas decisões, analisando de maneira ponderada a partir dos preceitos norteadores da Convenção nº169 da OIT, que por sua vez compõe o nosso ordenamento jurídico pátrio e a jurisprudência internacional sobre a pessoa humana indígena.

Com isso, para que seja possível essa (des)construção torna-se imprescindível repensar e concretizar um campo do conhecimento que consiga ir além da limitação imposta pelo colonialismo, e reafirmada através da colonialidade. Essa mudança pode ser possível por meio de uma descolonialidade do pensamento, e o bem viver possibilita essa nova construção, que

ao questionar os valores já consolidados como universais, permite uma reconstrução histórica, cultural e política. Realocando os povos indígenas como protagonistas de suas próprias trajetórias.

Notas

¹ Quijano, Aníbal. Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2014.p.779. Tradução livre realizada pela autora.

²Ibid, 2014.

³ Tortosa, José María. Maldesarrollo y mal vivir: pobreza y violencia a escala mundial. (Orgs) ACOSTA, Alberto; Martínez, Esperanza. 1ªed. Ediciones Abya-Yala. Quito, 2011.p.41.

⁴ Quijano, Aníbal. Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2014.p.47. Tradução livre realizada pela autora.

⁵ Acosta, Alberto. O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos. Tradução de Tadeu Breda. São Paulo: Autonomia Literária/Elefante, 2016.

⁶Ibid, 2016, p.49-50.

⁷ Choquehuanca, David. Bolívia: 25 postulados para entender o 'Viver Bem' Entrevista publicada no jornal boliviano La Razón de 31/01/2010. Trad. CEPAT. Disponível em: <https://www.alainet.org/fr/node/139397>. Acesso em agosto de 2019.

⁸Acosta, Alberto. O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos. Tradução de Tadeu Breda. São Paulo: Autonomia Literária/Elefante, 2016.p. 16.

⁹ Gudynas, Eduardo; Acosta, Alberto. El buen vivir más allá del desarrollo. QuéHacer, Desco, Lima, 2011. p.71.

¹⁰ Santos, Boaventura de Sousa; Chauí, Marilena. Direitos humanos e desenvolvimento. São Paulo: Cortez, 2013.

¹¹ Tortosa, José María. Maldesarrollo y mal vivir: pobreza y violencia a escala mundial. (Orgs) Acosta, Alberto; Martínez, Esperanza. 1ªed. Ediciones Abya-Yala. Quito, 2011.p.41. Tradução livre da autora.

¹²Quijano, Anibal. Colonialidade do poder e classificação social. In: Santos, Boaventura de Sousa; Meneses, Maria Paula. (Orgs.). Epistemologias do Sul. São. Paulo; Editora Cortez. 2010

¹³ Acosta, Alberto. O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos. Tradução de Tadeu Breda.

São Paulo: Autonomia Literária/Elefante, 2016.p.34.

- ¹⁴Quijano, Anibal. Colonialidade do poder e classificação social. In: Santos, Boaventura de Sousa; Meneses, Maria Paula. (Orgs.). Epistemologias do Sul. São. Paulo; Editora Cortez. 2010, p.49.
- ¹⁵ Sánchez, Consuelo. Autonomia, Estados Pluriétnicos e Plurinacionais. In: Ricardo Verdun (Org.) Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009. p. 75
- ¹⁶ Marés de Souza Filho, Carlos Frederico. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: Santos, Boaventura de Sousa. (Orgs.) Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.p.79.
- ¹⁷ Nesse sentido, seguindo o entendimento e fundamentação de Wagner Mignolo quando define o Eurocentrismo “Eurocentrismo não dá nome a um local geográfico, mas à hegemonia de uma forma de pensar fundamentada no grego e no latim e nas seis línguas européias e imperiais da modernidade; ou seja, modernidade/ colonialidade.”
- ¹⁸ Santos, Boaventura de Sousa. Refundación del Estado en América Latina Perspectivas desde una epistemología del Sur. Lima, 2010.
- ¹⁹ Césaire, Aimé. Discurso sobre o colonialismo. Tradução: Noémia de Sousa. Livraria Sá da Costa Editora. 1ª ed. Lisboa, 1978.p.4.
- ²⁰Mignolo, Walter D. Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade em política. Traduzido por Ângela Lopes Norte. Revista Gragoatá, n.22, p.11-41, Rio de Janeiro, 2007.p.37.
- ²¹Farjado, Raquel Z. Yrigoyen. Aos 20 anos do Convênio 169 da OIT: Balanço e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina In: Ricardo Verdun (Org.) Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009. p. 11- 62.
- ²²Ibid. 2009.
- ²³Santos, Boaventura de Sousa. Refundación del Estado en América Latina Perspectivas desde una epistemología del Sur. Lima, 2010. p. 132. Tradução livre do espanhol.
- ²⁴Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, Brasília, 5 de outubro de 1988.
- ²⁵Santos, Boaventura Sousa. Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.p. 46. Tradução livre do espanhol.

Referências

Acosta, Alberto. *O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos*. Tradução de Tadeu Breda. São Paulo: Autonomia Literária/Elefante, 2016.

Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, Brasília, 5 de outubro de 1988.

Choquehuanca, David. Bolívia: *25 postulados para entender o 'Viver Bem'* Entrevista publicada no jornal boliviano La Razón de 31/01/2010. Trad. CEPAT. Disponível em: <https://www.alainet.org/fr/node/139397>. Acesso em agosto de 2019.

Césaire, Aimé. *Discurso sobre o colonialismo*. Tradução: Noémia de Sousa. Livraria Sá da Costa Editora. 1ª ed. Lisboa, 1978.

Farjado, Raquel Z. Yrigoyen. *Aos 20 anos do Convênio 169 da OIT: Balanço e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina* In: Ricardo Verdun (Org.) Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.

Gudynas, Eduardo; Acosta, Alberto. *El buen vivir más allá del desarrollo*. Qué Hacer, desco, Lima, 2011.

Marés DE Souza Filho, Carlos Frederico. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: Santos, Boaventura de Sousa. (Orgs.) *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003

Mignolo, Walter D. *Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade em política*. Traduzido por Ângela Lopes Norte. Revista Gragoatá, n.22, p.11-41, Rio de Janeiro, 2007.

Colonialidade: o lado mais escuro da modernidade. Traduzido por Marco de Oliveira. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 32, n. 94, 2017.

Sánchez, Consuelo. *Autonomia, Estados Pluriétnicos e Plurinacionais*. In: Ricardo verdun (Org.) Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.

Santos, Boaventura de Sousa; Chauí, Marilena. *Direitos humanos e desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2013.

Santos, Boaventura de Sousa; Meneses, Maria Paula. (Orgs.). *Epistemologias do Sul*. São. Paulo; Editora Cortez. 2010

Santos, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima, 2010.

Santos, Boaventura de Sousa. (Org.). *Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

Santos, Boaventura de Sousa. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. Tradução Mouzar Benedito. São Paulo: Boitempo, 2007.

Quijano, Aníbal. *Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2014.

Quijano, Anibal. *Colonialidade do poder e classificação social*. In: Santos, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. (Orgs.). *Epistemologias do Sul*. São. Paulo; Editora Cortez. 2010

Tortosa, José María. *Maldesarrollo y mal vivir: pobreza y violencia a escala mundial*.

(Orgs) ACOSTA, Alberto; Martínez, Esperanza. 1ªed. Ediciones Abya-Yala. Quito, 2011.

III. PODER JUDICIAL, REFORMA PROCESAL E INSTITUCIONALIDAD PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Direitos Humanos e alternativas penais: Relatos de experiências sobre a idealização e implementação do Grupo de Estudos (GEDHAP/VEP/DPMA/TJRJ¹) no Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Ana Gutierrez Carvalho

Resumo

O presente artigo apresenta a metodologia abordada no Grupo de Estudos em Direitos Humanos e Alternativas Penais (GEDHAP) da Vara de Execuções Penais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e tem por objetivo contribuir para o aprimoramento intelectual e profissional permanente.

Palavras-chave

Grupo de estudos, Serviço Social, Direitos Humanos.

Abstract

This article presents the methodology discussed in the Group of Studies on Human Rights and Criminal Alternatives (GEDHAP) of the Court of Criminal Offenses of the Court of Justice of the State of Rio de Janeiro and aims to contribute to the permanent intellectual and professional improvement.

Keywords

Study Group, Social Work, Human Rights.

Introdução

Este artigo tem por objetivo apresentar o Grupo de Estudos em Direitos Humanos e Alternativas Penais (GEDHAP) da Vara de Execuções Penais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que se originada necessidade de melhor apreender as questões que permeiam a prática de Penas Restritivas de Direitos na Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro e as demandas profissionais que delas se originam.

O grupo propõe-se a servir como espaço para estudo, reflexão e produção de conhecimentos, objetivando compreender sobre a questão do crime/criminalidade, o processo de aprisionamento, os Direitos Humanos e o trabalho profissional.

O assistente social deve ser um profissional comprometido com sua capacitação continuada como aponta o Código de Ética Profissional que ratifica o compromisso com a qualidade dos serviços prestados à população e com o aprimoramento intelectual, na perspectiva da competência profissional. (inciso X - Lei 8.662/93).

As atividades contemplam encontros mensais através de Seminários e Rodas de Conversa com a participação de profissionais, estagiários, pesquisadores e docentes tendo por objetivo contribuir para o aprimoramento profissional permanente.

Na organização do GEDHAP contamos também com a colaboração das estagiárias de Serviço Social, entendendo que este espaço consiste em mais uma probabilidade em direção ao aprimoramento e à defesa da qualidade da formação profissional, tendo em vista que é um momento de enriquecimento teórico e de reflexões críticas acerca das temáticas apresentadas nos encontros mensais. É salutar prefaciar Lewgoy (2013), quando esta expõe que “um dos desafios na formação profissional é o estímulo permanente do espírito científico, não dogmático, numa perspectiva crítica”.

Desta forma, refletimos que:

o trabalho em um grupo de estudos propicia oportunidade de crescimento profissional dos envolvidos, já que os participantes têm a oportunidade de buscar e discutir novas estratégias de ensino e aprendizagem. (...) (Silva, 2011).

Uma das metas do GEDHAP consiste na produção de artigos científicos que contribuam com novos conhecimentos sobre alternativas ao encarceramento, além da publicação de um livro contendo artigos produzidos durante o ano de 2018 nos encontros do Grupo de Estudos.

O GEDHAP é idealizado e coordenado pelas autoras deste artigo lotadas na Equipe Técnica da Vara de Execuções Penais/ Divisão de Penas e Medidas Alternativas do PJERJ. A proposta para implementação do GEDHAP ocorreu em setembro do ano de 2017 e somente teve a aprovação do Juiz Titular em fevereiro do presente ano. Entendemos que ainda é difícil para outros profissionais acatarem a importância da capacitação continuada e de abrir espaço para os estudos teóricos, visando uma melhor qualificação no trabalho cotidiano. É notória a correlação de forças devido à hierarquia do judiciário, mas estamos sempre na luta, resistindo e argumentando sobre nossos direitos através do arcabouço teórico construído ao longo de nossa formação.

Os objetivos do GEDHA além da formação continuada é também o de articular as dimensões ético-política, teórico-metodológica e técnico-operacional da profissão, assim como construir o trabalho coletivo e incentivo a práticas interdisciplinares.

Segundo Guerra (2007) na medida em que os profissionais utilizam, criam, adequam às condições existentes, transformando-as em meios/instrumentos para a objetivação das intencionalidades, suas ações são portadoras de instrumentalidade.

O conhecimento é um dos instrumentos de ação do Assistente Social, sendo este um recurso essencial acionado para exercer o trabalho, nesta perspectiva o conhecimento sobre a realidade é condição *sine quanon* para a realização do exercício profissional.

Portanto, o GEDHAP é um espaço que permite o aprimoramento profissional no sentido de contribuir para a diluição do caráter punitivo da pena, contribuindo e construindo bases para uma intervenção profissional qualificada que busca intervir na perspectiva da emancipação e autonomia dos sujeitos atendidos na Divisão de penas e medidas alternativas.

A relevância deste trabalho está centrada na importância de uma reflexão sobre a necessidade de espaços de estudos para a qualificação profissional. Este artigo destaca que o trabalho em um grupo de estudos propicia oportunidade de crescimento intelectual e profissional de todos os envolvidos, já que os participantes têm a possibilidade de buscar conhecimento, trocar e refletir novas estratégias de atuação através da capacitação continuada.

Relato de experiência: O Serviço Social no Judiciário

O Serviço Social no Poder Judiciário tem enquanto intervenção profissional a elaboração de informações, relatórios, laudos, pareceres, estudos sociais, enfim, documentos técnicos que visam assessorar a decisão do magistrado, tão quanto o registro do acompanhamento dos usuários do serviço acerca dos atendimentos realizados. Contudo, nos cabe explicar os múltiplos instrumentos utilizados pelo assistente social em sua atuação profissional. Isso reforça o compromisso em realizar um trabalho propositivo, crítico e criativo utilizando-se de sua competência teórico-metodológica e técnico-operativa na direção do projeto ético-político da profissão, destruindo os engessamentos que o cotidiano pode apresentar na prática profissional.

Entendemos que o Serviço Social da Vara de Execuções Penais está inserido em um espaço onde está demarcado o fortalecimento da luta de classes, da criminalização da pobreza e da judicialização dos conflitos, quando nos deflagramos com a grande parcela dos sujeitos em

cumprimento de Penas Restritivas de Direito como exemplares da juventude pobre, negra e com baixa escolaridade.

A Lei de Execução Penal que tem como objetivo “efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984) e prevê as Penas Restritivas de Direitos (PRDs) como medidas substitutivas à Pena Privativa de Liberdade, sendo estas: Prestação de Serviço à Comunidade, Prestação Pecuniária e Limitação de Final de Semana. Estas modalidades de PRDs são cumpridas pelos sujeitos que permanecem em acompanhamento pela equipe técnica da VEP- Serviço Social e Psicologia, quanto ao cumprimento da pena imposta judicialmente e das demandas explícitas e/ou implícitas apresentadas nos atendimentos acerca das múltiplas expressões da questão social inerentes às suas dinâmicas de vida.

Um contraponto relevante a ser ressaltado é o ideário de “ressocialização” dos sujeitos em cumprimento de alguma reprimenda que traz consigo uma reflexão quanto ao lugar que ocupam na sociedade, uma vez que este pensamento traduz uma desumanização destes sujeitos e a desqualificação de sua posição enquanto cidadãos. Travamos assim um questionamento acerca da inserção/extração destes sujeitos na sociedade, a partir do momento em que descrevemos uma ação: ressocializar, trazendo intrinsecamente uma hipótese de que estariam alheios, fora da sociedade, quando na realidade o que presenciamos é o esgarce completo dos direitos de todos os cidadãos que deveriam ter acesso à saúde, educação, moradia, enfim, direitos previstos constitucionalmente e que não alcançam toda a população brasileira.

É importante ratificar que a “ressocialização” dos sujeitos dar-se-á em uma realidade de aprisionamento, de exclusão de direitos e de tortura diária, o que se mostra desconexa à essa lógica, entendendo que:

A chamada “ressocialização” possui suas bases estabelecidas pela Lei de Execução Penal (LEP) e em forte ideologia lastreada, ao longo dos tempos, pela ciência da criminologia e o direito positivo, que implica relação direta com a aplicação da pena. A evolução da aplicação da pena estabelece determinações dos preceitos estabelecidos na LEP e na política de ressocialização, que perpassam desde os fundamentos da vingança pelo Viscorpolis (sofrimento do corpo-atributo da pena fundamentalmente utilizada na idade média) ao Jus puniendi (direito de punir do Estado), em um cenário de humanismo e retribuição penal que se apresenta nos termos da sociabilidade humana. Conceito amplamente questionado pela criminologia crítica, que há tempos aponta para a “falácia da ressocialização” penal, quando se acredita que haverá êxito “educar para a liberdade em

condições de não liberdade". (Torres apud Conde, 1994, p.154. In: Atuação de assistentes sociais no Sociojurídico- subsídios para reflexão, 2014).

Na atual conjuntura em que vivemos os pobres vivem enclausurados na ausência de seus direitos, que ficam talhados apenas nas páginas das legislações, mas que não tem fôlego suficiente para abastarem delas, pois estão suprimidos pela pesada mão do capital e dos detentores do poder.

Este cenário demarca a concepção do direito de punir do Estado que já o faz, mesmo quando os sujeitos não estão na condição de "marginais", uma vez que a punição já se inicia na não efetivação e privação desses direitos. Wacquant (2001) acrescenta que se nos anos 60 as políticas sociais objetivavam a "guerra à pobreza", com o despontar do ideário neoliberal elas foram substituídas pela "guerra aos pobres". Portanto, o autor aponta que o objetivo dos governos de diversos países do mundo e, visualiza-se semelhante realidade no Brasil, passou a ser "vigiar e punir" o subproletariado que "suja e ameaça" como estratégia de controle da pobreza, especialmente no que se refere à juventude negra e periférica.

Por isso, que atitudes como esta do Grupo de Estudos em Direitos Humanos e Alternativas Penais são tão importantes na conjuntura contemporânea, porque rompe com o engessamento intelectual, nos incomoda, nos provoca a refletir e nos tira da zona de conforto, sendo a existência deste espaço uma alternativa de enfrentamento à essa realidade perversa e excludente.

Metodologia desenvolvida no GEDHAP

Os encontros do GEDHAP são mensais e iniciaram em abril do presente ano no horário de 09h30minh às 13h com a participação de mestres e doutores para abordarem um tema específico relacionado aos Direitos Humanos.

Quanto aos temas abordados no GEDHAP, nos cabe corroborar que quando dialogamos sobre direitos humanos muitos questionamentos são abordados e um deles é a fala do senso comum de que se trata de "direitos de bandidos". Devemos entender que a punição quanto ao cometimento de um delito/crime é a privação de liberdade dos sujeitos, contudo isto não deve ser sinônimo de tortura, o que é extremamente evidenciado na realidade das prisões brasileiras como o total descaso com estes sujeitos que permanecem em celas superlotadas, em condições desumanas e com a ausência muitas vezes de profissionais da saúde e no cuidado de doenças que são presentes neste espaço. Desta forma, devemos compreender que os direitos humanos

são para todos os indivíduos, povos e nações como explicita a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo II, inciso1:

Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer condição.

É importante ressaltar que a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) representa um marco no processo civilizatório da humanidade, onde um dos aspectos mais relevantes diz respeito à condenação da prática da tortura. O artigo V da Declaração estabeleceu que "ninguém será submetido à tortura, nem tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante".

No curso de sua existência, a Declaração Universal dos Direitos Humanos cumpriu um papel fundamental na história da humanidade. Reacendeu as esperanças dos oprimidos, pois proporcionou bases legislativas às lutas políticas pela liberdade e, inspirou a maioria das Constituições na positivação dos direitos de cidadania. Nesta linha de compreensão, observa Trindade (2002, 2002, p. 194-195):

A noção de direitos humanos universais conduziu igualmente a ponderação de que o próprio indivíduo, como sujeito de direitos, deve ter os seus direitos humanos protegidos também na esfera internacional, e não apenas por tribunais e aparelhos nacionais. (...) mais do que o direito posto, decisiva é a dinâmica das relações sociais que o engendra e lhe imprime eficácia ou o conserva inerte.

Os Direitos Humanos existem para proteger por lei indivíduos e grupos contra ações adversas ou descaso dos governos que interfiram no gozo dos seus direitos, entendendo que estes são garantidos a todos pelo simples fato de todos sermos humanos. Quanto a isto é importante explicitar alguns pontos importantes dos direitos humanos que são:

Os direitos humanos são fundados sobre o respeito pela dignidade e o valor de cada pessoa;
Os direitos humanos são universais, o que quer dizer que são aplicados de forma igual e sem discriminação a todas as pessoas;
Os direitos humanos são inalienáveis, e ninguém pode ser privado de seus direitos humanos; eles podem ser limitados em situações específicas. Por exemplo, o direito à liberdade pode ser restringido se uma pessoa é considerada culpada de um crime diante de um tribunal e com o devido processo legal;
Os direitos humanos são indivisíveis, inter-relacionados e interdependentes, já que é insuficiente respeitar alguns direitos humanos e outros não. Na prática, a violação de um direito vai afetar o respeito por muitos outros;

Todos os direitos humanos devem, portanto, ser vistos como de igual importância, sendo igualmente essencial respeitar a dignidade e o valor de cada pessoa.²

Na atualidade o desafio maior que permeia os direitos não é mais de garanti-los juridicamente, pois já estão garantidos na Constituição Federal de 1988 e nas Declarações Universais e Internacionais dos Direitos Humanos. Conforme adverte Trindade (2002), o mais complexo é efetivar os direitos diante de uma sociedade capitalista regida por uma política neoliberal que mercantiliza os direitos ao invés de efetiva-los.

De acordo com FREIRE (2012) a base da construção da agenda dos direitos humanos no Brasil é tardia:

Remete diretamente ao terrorismo de Estado do final do século XX relacionado à questão da ditadura Militar que dizimou e encarcerou centenas de vidas (dos sujeitos de distintos projetos societários que lutavam por um país democrático) nos duros e longos 21 anos em que vigorou. Vale lembrar que o tema da violação dos Direitos Humanos foi um dos pontos mais importantes da agenda política no período de transição para democracia em diferentes países da América Latina. Entretanto, esta importância foi diferenciada de país para país. No Brasil, por exemplo, a questão das violações e a descoberta de uma nova postura na valorização dos direitos humanos não encontrou a mesma força que em outros países (Freire, 2012, p. 3).

A autora sinaliza que a partir da transição brasileira os movimentos de defesa de Direitos Humanos buscam ampliar sua atuação, aos presos comuns.

O discurso é articulado em torno do preso como cidadão. Este discurso encontra dificuldades de ser aceito. Para os opositores, o preso político é geralmente um inocente preso por suas ideias, já o preso comum é um criminoso que teria motivos para estar lá. Criou-se uma imagem que defender os Direitos Humanos é defender bandidos. Essa imagem foi construída com a ajuda incondicional da mídia que, no Brasil, é uma das maiores responsáveis pela criminalização dos direitos humanos (Caldeira apud Freire, 2012, p. 7).

A construção de “imagens” distorcidas da realidade compromete a visão do tema, que deveria estar isenta de pré-conceitos trazendo luz à análise das variáveis do problema e não reduzi-lo ou isolá-lo. Esta vem sendo a forma como atualmente a questão carcerária tem sido tratada, de forma parcial e equivocada, produzindo efeitos nocivos para a sociedade, pois antes de representar uma instituição a serviço da sociedade tem se convertido em um reflexo distorcido da violência e criminalidade que afetam nosso cotidiano.

A criação do Grupo de Estudos em Direitos Humanos e Alternativas Penais no PJERJ apresenta o objetivo da formação continuada, mas também em contribuir na desconstrução da ideia de que “Direitos Humanos é para bandido” ou que “bandido bom é bandido morto”, já que a matéria do trabalho do assistente social na Divisão de Penas e Medidas Alternativas é com sujeitos em cumprimento de penas restritivas de direitos.

Inicialmente tivemos dificuldades para a execução do GEDHAP, justamente, pois teríamos que estar ausentes uma vez ao mês pelo turno da manhã para as reuniões do Grupo de Estudos no Auditório Desembargador José Navega no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e na visão dos Magistrados poderia alterar e prejudicar os atendimentos aos sujeitos sentenciados ao cumprimento de uma Pena Restritiva de Direitos³, pois ainda pensam que estar estudando não faz parte do trabalho. Resistimos e mensalmente estamos com um grupo em torno de cinquenta participantes estudando sobre os o Encarceramento, Direitos Humanos e o trabalho Multiprofissional.

Serão realizados oito encontros durante o presente ano, sendo cinco seminários e três Rodas de Conversas com debate dos textos sugeridos previamente. Apresentamos o cronograma de temas propostos para o GEDHAP de abril a novembro do ano de 2018, segue em tabela para melhor visualização:

Data: 04 de abril de 2018	Tema: Justiça para quem? Desafios para os direitos humanos e alternativas penais;
Data: 03 de maio de 2018	Tema: Do ato infracional ao encarceramento no Brasil: Desafios aos direitos humanos;
Data: 07 de junho de 2018	Tema: Estado penal X Direitos humanos: Limites e possibilidades;
Data: 05 de julho de 2018	Tema: Trajetória histórica dos direitos humanos: Debater é preciso;
Data: 02 de agosto de 2018	Tema: Guerra contra quem? Política de enfrentamento ao tráfico de drogas e a intervenção militar no Rio de Janeiro;
Data: 06 de setembro de 2018	Tema: Trabalho e processo de trabalho na perspectiva da intersectorialidade;
Data: 04 de outubro de 2018	Tema: Saúde mental e a judicialização dos conflitos;

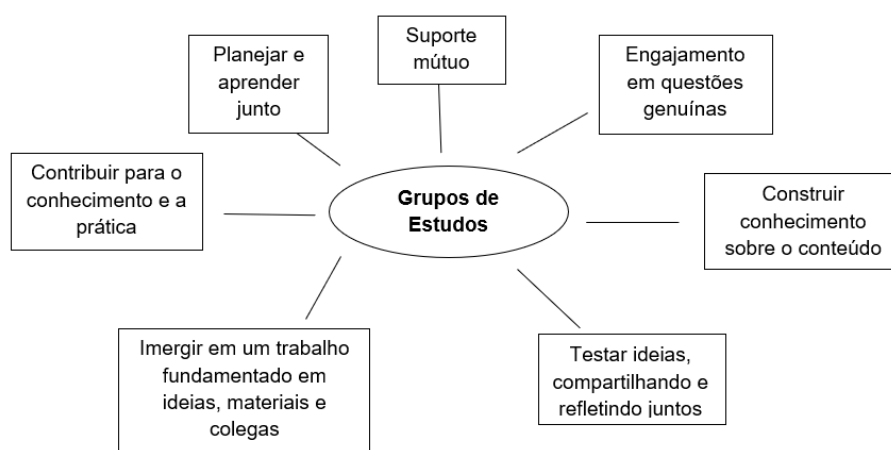
Data: 01 de novembro de 2018	Tema: Os desafios no trabalho multidisciplinar frente ao cenário de criminalização da pobreza e retrocessos de direitos.
------------------------------	--

Tabela 1: Cronograma mensal dos Seminários e Rodas de Conversas e Debate

Para Gimenes e Penteadó⁴ (2008, p.30), trabalhar com um grupo de estudos é uma ideia poderosa e ao mesmo tempo simples, que pode propiciar uma alternativa no apoio ao desenvolvimento profissional e a mudanças dos profissionais envolvidos.

Os autores Murphy e Lick (1998) abordam alguns aspectos da abordagem sobre grupo de estudos:

Segue a ilustração abaixo para melhor visualização sobre aspectos e etapas do Grupo de Estudos o qual o GEDHAP busca contemplar:



Fonte: (Murphy & Lick, 1998)

De acordo com Oliveira (1999, p.34), o grupo pode propiciar interações, trocas de experiências e reflexões capazes de ampliar o desenvolvimento e a capacidade de todos os participantes.

Considerações finais

Neste artigo buscou-se refletir sobre os desafios da implementação de um Grupo de Estudos em Direitos Humanos e Alternativas Penais, grupo esse, pioneiro na Vara de Execuções Penais do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, visto a hierarquia e correlação de forças predominante nesse espaço do Poder Judiciário.

É mister apreender quando Sousa (2008) expõe que:

O processo de qualificação continuada é fundamental para a sobrevivência no mercado de trabalho. Estudar, pesquisar, debater temas, reler livros e textos não podem ser atividades desenvolvidas apenas no período da graduação ou nos "muros" da universidade e suas salas de aula. Se no cotidiano da prática profissional o Assistente Social não se atualiza, não questiona as demandas institucionais, não acompanha o movimento e as mudanças da realidade social, estará certamente fadado ao fracasso e a uma reprodução mecânica de atividades, tornando-se um burocrata, e, sem dúvidas, não promovendo mudanças significativas seja no cotidiano da população usuária ou na própria inserção do Serviço Social no mercado de trabalho (Souza, 2008, p.122).

Nesse sentido, o assistente social deve estar atento para não ter uma atuação na perspectiva de disciplinarização e de controle. De acordo com Santos (2013) "O profissional deve estar em sintonia com a realidade, considerando as particularidades dos diferentes espaços que intervém." O trabalho do assistente social deve ser pautado para a transformação social, na direção de uma busca constante de instrumentos de trabalho que possibilitem uma prática visando a emancipação e autonomia dos sujeitos e a disseminação de informações, na compreensão de grupos

"como um "conjunto de pessoas interdependentes, uma totalização em processo, jamais acabada" (Sartre, 1977:285). Os grupos não são estáticos, eles se constroem permanentemente. A própria participação nos grupos dá aos indivíduos a dimensão do grupo como uma "força viva", dando o sentido da força viva, dando o sentido da força da organização." (Vasconcelos, 1985, p.26)

Assim, finalizamos, socializando algumas destas reflexões, nascidas de um lado em meio a intensificação do trabalho, mas por outro lado, buscando meios para um aprimoramento intelectual e profissional refletindo na atuação do assistente social na Divisão de Penas e Medidas Alternativas do PJERJ. Através do Grupo de Estudos em Direitos Humanos e Alternativas Penais foi possível "suspender o cotidiano" para nos reunir mensalmente e estudar temas tão complexos e desafiadores diante dessa conjuntura atual de contrarreformas e intensificação do estado penal, sobretudo no Estado do Rio de Janeiro.

Notas

Grupo de Estudos em Direitos Humanos e Alternativas Penais da Vara de Execuções Penais/ Divisão de Penas e Medidas Alternativas do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. GEDHAP/VEP/DPMA/TJRJ.

² A fonte de consulta desta citação é o site <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/> com acesso em 06/07/2018.



³ O Código Penal, no artigo 44, explicita que as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; o réu não for reincidente em crime doloso; a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

A Lei de Execução Penal, nos artigos 147 e 148, explica que transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

Em qualquer fase da execução, poderá o Juiz, motivadamente, alterar, a forma de cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade e de limitação de fim de semana, ajustando-as às condições pessoais do condenado e às características do estabelecimento, da entidade ou do programa comunitário ou estatal.

⁴ Embora os autores abordem o tema Grupo e estudos para disciplina de Matemática, utilizamos os autores, pois o conteúdo se assemelha com nossa ideia e conceito sobre Grupo de Estudos.

Referências bibliográficas

Batista, Vera. Malaguti. O medo na cidade do Rio de Janeiro – dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Bauman, Z. Globalização: As consequências humanas. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

Bobbio, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

Buriolla, Marta A Feiten. Supervisão em serviço social: o supervisor, suas relações e seus papéis. São Paulo: Cortez, 1994.

Brasil. Lei de execução Penal. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984.

Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

Brasil, Lei n 11788 de 25/09/2008. Dispõe sobre o estágio de estudantes. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11788.htm>. Acesso em 2 de junho 2018.

Castro, Mirian. M. P. Preso um dia, preso toda a vida: a condição estigmatizada do egresso penitenciário. Temas/ IMESC: São Paulo, 1984.

Coimbra, Cecília Maria B. Tortura no Brasil como herança cultural dos períodos autoritários. In R. CEJ, Brasília, n 14, mai/ago., 2001.

Chuiri, Silvia Helena. Assistência Jurídica e Serviço Social: Reflexões Interdisciplinares. In Serviço Social & Sociedade. Nº 67. Ano XXI. Cortez: 2001.

Código de Ética Profissional do Serviço Social. In: Assistente Social, Ética e Direitos. Coletânea de leis e resoluções. CRESS/RJ, 2002.

CRESS – Conselho Regional de Serviço Social -7ª Região. O Serviço Social e o sistema sócio jurídico. Revista em Foco. Rio de Janeiro, maio de 2004.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assembleia Geral das Nações Unidas. Paris. 10 de dezembro 1948. In: UNIC/Rio/005. Rio de Janeiro, 2009.

Direitos Humanos no Brasil: 2003: Relatório anual do Centro de Justiça Global. Organização e edição: Sandra Carvalho; Trad. Carlos Eduardo Gaio. Rio de Janeiro: Justiça Global, 2004.

Fávero, Eunice Teresinha. Serviço Social e o Campo Sociojurídico-Reflexões sobre o rebatimento da Questão Social no trabalho cotidiano. In Serviço Social: Temas, Textos e Contextos. Coletânea Nova de Serviço Social, 2 Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

Foucault, Michael. Vigiar e Punir: História da violência nas prisões. Trad. Lígia M. Ponde Vassalo. 3ª Ed: Petrópolis: Vozes, 1978.

Guerra, Y.A.D. A Instrumentalidade do Serviço Social. Editora Cortez, 10 ed. 2000

Iamamoto, Marilda, V. Questão Social, família e juventude: desafios do trabalho do assistente social na área sócio jurídica. IN: Sales, M. A.; Matos, M. de C.;

_____. A questão social no capitalismo. Temporalis, Brasília, ABEPSS, Graflin, n.3, p.9-32, 2011.

Lewgoy, Alzira Maria Baptista. Supervisão de estágio em serviço social: desafios para a formação e exercício profissional. São Paulo: Cortez, 2009.

_____. O estágio supervisionado em Serviço Social: desafios e estratégias para a articulação entre formação e exercício profissional. Temporalis, Brasília, 2013.

Mendes, Jussara Maria Rosa (orgs). Serviço Social e a Formação Profissional. Temporalis, Brasília, 2017.

Oliveira, Graziela de. Dignidade e direitos humanos. Ed: UFPR, 2003.

Oliveira, H., Ponte, J. P., Santos, L., e Brunheira, L. (1999). "Os professores e as atividades de investigação". In: Abrantes, P.; Ponte, J. H.; Fonseca H e Brunheira, L. (Eds), Investigações matemáticas na aula e no currículo (pp.97-110). Lisboa: Projecto MPT e APM.

Santos, C. M. A dimensão técnico-operativa e os instrumentos e técnicas no Serviço Social. In: Revista Conexão Gerais, nº 3, 2º Semestre de 2013.

Silva, Guilherme Henrique Gomes da. Considerações sobre a dinâmica de grupos de estudo na formação inicial de professores de matemática. Revista Eletrônica Teccen, Vassouras, 2011.

Sousa, Alcinéia Moreira de. (orgs). Atuação de assistentes sociais no sociojurídico-subsídios para reflexão. CFESS, Brasília, 2014.

Sousa, Charles Toniolo de. A prática do assistente social: conhecimento, instrumentalidade e intervenção profissional. Rio de Janeiro: UNIGRANRIO, 2008.

Vasconcelos, Ana Maria de. Intenção-ação no trabalho social. São Paulo: Ed. Cortez, 1985.

Wacquant, Loic. As prisões da miséria. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. Os condenados da cidade. Rio de Janeiro: ED. Revan/ observatório IPPUR/UFRJ/FASE, 2001.

Zaffaroni, Eugenio Raul. A criminologia como instrumento de intervenção na realidade. In Revista da Escola de Serviço Penitenciário do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Ano I, nº4, 1990.

Zaluar, Alba. Condomínio do Diabo. Ed: UFRJ, Rio de Janeiro, 1994. Sites:

<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/> Acesso em 06/07/2018.

O trabalho escravo e o direito ao trabalho decente sob a perspectiva do desenvolvimento humano: como decide o judiciário brasileiro?

Baruana Calado dos Santos

Resumen

Objetiva-se comunicar o resultado de pesquisa interdisciplinar entre a Sociologia das Relações Internacionais e do Direito Internacional, realizada a partir da sociologia histórica processual proposta por Norbert Elias e da combinação entre a hermenêutica de profundidade e a hermenêutica histórica. Investigou-se se as decisões judiciais brasileiras referentes ao trabalho escravo estariam recepcionando as recomendações do Relatório de Desenvolvimento Humano (RDH) do PNUD de 2015 quanto ao trabalho decente. Tais recomendações foram concebidas como comandos de otimização, conforme teoria de Robert Alexy. Contextualizadas a realidade brasileira quanto ao trabalho escravo e a produção global dos RDHs, analisaram-se oito decisões judiciais do Tribunal Superior do Trabalho como estudos de caso. Verificou-se que suas fundamentações *não* acolhem as recomendações do PNUD - nem tampouco da OIT, mentora da *Agenda do Trabalho Decente*. Nos casos em análise, as recomendações atreladas ao trabalho decente nem otimizam nem são otimizadas no processo decisório quanto ao trabalho escravo. As decisões judiciais ainda se ocupam, essencialmente, em definir o conceito de trabalho escravo, o qual já foi muito debatido em âmbito internacional e doméstico, e demonstram pouca eficácia na coibição do crime ao estipularem baixo valor indenizatório para os que se utilizam de mão de obra escravizada. Ao destacar a importância para o combate ao trabalho escravo das estratégias sugeridas pelo PNUD pela garantia da expansão do trabalho decente sob enfoque da perspectiva do desenvolvimento humano (não só no Brasil, mas globalmente), buscou-se, por fim, indicar caminhos para sua aplicabilidade como comandos de otimização na prática judicial brasileira.

Palavras-chave

Relatório de Desenvolvimento Humano/RDH, Trabalho Decente, Trabalho Escravo, Decisões Judiciais Brasileiras, Comandos de otimização.

Introdução

Atento à preocupante escalada da precarização mundial das condições de trabalho, o Relatório de Desenvolvimento Humano (RDH) do PNUD, de 2015, traz à baila o tema do trabalho sob o enfoque da perspectiva do desenvolvimento humano, a fim de que o trabalho, tomado no

sentido multidimensional do trabalho decente, seja um meio de ampliação das capacidades das pessoas.

Com base no conceito de trabalho decente produzido no interior da Organização Internacional do Trabalho (OIT), o RDH estipula o trabalho forçado, o trabalho infantil e o realizado por vítimas de tráfico humano como tipos de trabalho que restringem as opções de vida da pessoa, impedindo qualquer possibilidade de desenvolvimento humano, porquanto violam direitos humanos, remuneram de forma injusta, destroem a dignidade humana, subtraem a liberdade, a autonomia e a segurança (Pnud, 2015). O sintagma “trabalho forçado” é utilizado pelo relatório para apontar uma das formas que prejudicam o desenvolvimento humano, cuja forma mais cruel seria a escravidão e a servidão por dívida a relação laboral mais comum.

Com isso, toma-se por parâmetro o fato de que o contraponto do trabalho escravo é o trabalho decente, fundamentado nos princípios relacionados a uma vida mais justa e digna do trabalhador, na qual haja oportunidades para mulheres e homens terem acesso ao trabalho digno, produtivo e realizado em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas, de acordo com os objetivos estratégicos da OIT (a promoção dos direitos fundamentais no trabalho, o emprego, a proteção social e o diálogo social).

Para fins do estudo, ampliou-se ao máximo o conceito de trabalho escravo, compreendendo-o, consoante o exposto por Rezende e Rezende (2013), “trabalho escravo” é aqui uma expressão usada em sentido lato para fazer referência a toda relação de trabalho que implique em uma ou mais das seguintes situações:

a) trabalho para o qual o trabalhador não se tenha oferecido voluntariamente; b) trabalhador vítima de sequestro e cárcere privado; c) trabalhador induzido a deslocar-se até o local da realização do trabalho por falsas promessas; d) trabalhador submetido à coação moral, psicológica e/ou física, como quando é forçado a permanecer trabalhando por ameaças de morte ou punição física, ou por suposta dívida com o empregador, o que configura servidão por dívida; e) trabalhador submetido a condições degradantes, ou seja, que coloquem o trabalhador em risco da sua saúde física e mental, retirando-lhe a dignidade de pessoa; e f) trabalhador submetido ao trabalho exaustivo, seja pelo aumento da jornada além do permitido por lei, seja pela estipulação de metas de difícil alcance e exercício de trabalho extenuante quando o pagamento é feito pelo resultado.

Fundamentação do problema

No Brasil, o trabalho escravo contemporâneo encontra solo fértil na realidade brutalmente desigual, concentradora de terra, renda e poder. A leitura que a ONU realiza das ações do Estado brasileiro quanto ao combate ao trabalho escravo, sobre o qual há tanto avanços quanto retrocessos (Onu, 2016), é um exemplo importante para que se perceba a existência da simultaneidade de processos civilizacionais e descivilizacionais, de acordo com o pensamento de Norbert Elias (1993, 2011).

Os processos civilizacionais devem ser compreendidos como aqueles que são norteados por ações e procedimentos que objetivam dotar o Estado de direito, afirmar a democratização das relações sociais, promover a geração de canais de participação e de comunicação entre todos os grupos sociais. Em contrapartida, os processos descivilizacionais assentam-se em comportamentos e atitudes que avalizam a manutenção do desequilíbrio de poder no Brasil, “das exclusões, das desigualdades sociais extremas, da inobservância das leis e do não reconhecimento dos direitos de uma parte da população brasileira” (Rezende e Rezende, 2013, p.7).

Ao mesmo tempo que se percebe o esforço para viabilizar formas eficazes de combate ao trabalho escravo por meio da mobilização de diversos setores do Estado e de diversas entidades da sociedade civil (movimento civilizacional), também existem ações que desvirtuam tal tentativa (movimentos descivilizacionais). Um dos parâmetros que podem servir de auxílio na mobilização em prol do movimento civilizacional são os RDHs, compreendidos como “uma forma de pressionar os Estados nacionais a cumprir o que foi acordado nos tratados, convenções e pactos internacionais” (Rezende e Rezende, 2013a, s/p).

A abordagem que se apresentou como mais adequada para pensar a relação normativa entre as recomendações do PNUD e as decisões judiciais foi a de situar tais recomendações na esfera dos comandos de otimização, a partir da teoria de Alexy. Os RDHs veiculariam princípios jurídicos já resguardados no ordenamento interno brasileiro. Assim, o trabalho decente estaria apto a se firmar como um norteador de maximização do princípio da dignidade humana no caso concreto de trabalho escravo.

Assim, com o intuito mais amplo de avaliar os reais alcances da influência de normativas internacionais no campo doméstico, questiona-se a postura do Judiciário brasileiro frente ao combate ao trabalho escravo no que toca à aplicação do conceito de trabalho decente nos termos presentes no RDH de 2015 e outros documentos de circulação global.

Metodologia

As fontes documentais (relatórios e decisões judiciais) aqui utilizadas são produzidas e analisadas no âmbito do mesmo momento histórico, o que interfere no modo como são analisados, pois é necessário que o pesquisador consiga um distanciamento suficientemente adequado para olhar o documento na processualidade histórica que o constitui.

Por essa razão, recorre-se à hermenêutica-histórica, como sugere Rezende (2015; 2017) para análise dos RDHs, pois combina a hermenêutica de profundidade de John B. Thompson com a análise dos jogos configuracionais de Norbert Elias, que pressupõe a atenção ao processo histórico no qual se estabelecem. A análise dos relatórios na perspectiva hermenêutica é possível porque “ela está voltada para a compreensão do significado construído, por seus elaboradores, acerca das ações e procedimentos que possam, embora supostamente, levar ao desenvolvimento humano” (Rezende, 2015, p. 36).

Primeiramente, destaca-se o pressuposto de que não é possível apreender o objeto de modo definitivo. Diferentemente, o conhecimento gerado, que possibilita aproximações à realidade, é provisório e sujeito à revisão, mas, ainda assim, é “um conhecimento que pode e deve ser continuamente produzido a fim de contribuir para a busca por uma sociedade política, econômica e socialmente menos desigual” (Veronese e Guareschi, 2006, p. 86).

O levantamento das decisões analisadas ocorreu no endereço eletrônico do Tribunal Superior do Trabalho (TST), órgão de última instância da Justiça do Trabalho. A partir do TST, buscou-se chegar, no caso da ausência de acórdãos referentes ao mérito do litígio, às decisões das instâncias inferiores, que abordaram o mérito, pelos relatórios presentes nos acórdãos.

Restringiu-se o período de busca de decisões realizadas a partir de 2016, ano posterior ao da publicação do RDH de 2015. Dentre as opções de busca, optou-se pela dos acórdãos na “consulta unificada”, a partir, após vários testes, do conjunto de termos <“ação civil pública” E (“escravo” OU “trabalho forçado”)>.

Os acórdãos encontrados no sistema de busca disponível no *site* do tribunal foram 125. No entanto, na clivagem para verificar em um mesmo acórdão, apurou-se a existência das expressões “escravo” ou “trabalho forçado” e “ação civil pública”. Constatou-se nas ementas que a quantidade caiu para 48 acórdãos, considerando-se os casos em que também apareceram

sintagmas como “trabalho degradante” e os referentes à “ação coletiva”.

Ainda numa busca de caráter quantitativo, por meio do auxílio do *software* ATLAS ti, verificou-se que das 48 decisões judiciais, ao menos uma vez, 3 citaram o “trabalho digno” e nenhuma o “trabalho decente”; 19 utilizaram a expressão “trabalho escravo”; 18, “condições análogas às de escravo”; 10, “condição análoga à de escravo”; 8, “trabalho análogo ao de escravo”; 3, “condições de trabalho análogas às de escravo”; 1, “condição análoga ao trabalho escravo”; 1, “função análoga ao trabalho escravo”; 1, “condição similar ao trabalho escravo”; e 1, “situação análoga à de escravo”. Embora a maioria dos acórdãos empregue declaradamente a expressão “trabalho escravo”, a ampla variedade de designações, para se referir ao mesmo fenômeno em um universo de apenas 48 acórdãos, demonstra que, também no âmbito judiciário, há ausência de consenso sobre esse assunto.

Em decorrência desse levantamento, observou-se que das 48 decisões judiciais, 5 se destacaram pela quantidade de vezes que abordaram o tema. Examinando-se a classificação oferecida pelo próprio ATLAS ti, constatou-se que as 48 decisões judiciais foram designadas como P1, P2, ..., P48 para facilitar sua menção. Dessa forma, como estudo de casos, foram analisadas as cinco decisões que se apresentaram mais expressivas para o objeto de estudo, quais sejam: P5, P8, P32, P36 e P43.

O P5 refere-se ao Processo nº TST-AIRR-101800-82.2008.5.09.0562; o P8, ao Processo nº TST-E-RR-125985-97.2009.5.12.0003; o P32, ao Processo nº TST-AgR-CorPar-27202-05.2015.5.00.0000; o P36, ao Processo nº TST-AIRR-133-64.2014.5.23.0041; e o P43 referência ao Processo nº TST-ED-ARR-53100-49.2011.5.16.0021. O P32 é parte do processo em andamento referente à Ação Civil Pública nº 10842-83.2014.5.03.0149 e requereu análise de dois outros acórdãos: o P32.1, da 2ª Vara do Trabalho de Poços de Caldas, Autos nº 10842-83.2014.5.03.0149, e o P32.2, Processo do TRT 3ª Região nº 0010842-83.2014.5.03.0149 (RO). Do mesmo modo, o P43, tornou necessário analisar o P43.1, Processo nº TST-ARR-53100-49.2011.5.16.0021.

Resultado e Discussão

Aqui, serão apresentados os resultados da análise do P5 e do P43.

O P5 diz respeito à avaliação que o TST faz com relação à tipificação de “trabalho degradante”. O MPT havia ajuizado ação civil pública perante a Justiça do Trabalho caracterizando, como “trabalho análogo ao de escravo”, o trabalho nas condições às quais os trabalhadores da Usina

Central do Paraná S.A. estavam submetidos. A finalidade dessa ação era libertar a totalidade dos empregados por meio da declaração de rescisão indireta dos contratos de trabalho.

Em primeira instância, reconheceu-se a violação de direitos trabalhistas quanto à a) ausência de condições básicas de higiene, o que incluía a ausência de sabão para lavar as mãos antes das refeições, a ausência de lugar apropriado para as refeições e a falta de banheiros adequados; b) fornecimento de transporte precário aos trabalhadores rurais; c) ausência de correto fornecimento e substituição dos equipamentos de proteção individual; d) desrespeito às normas de manejo dos agroquímicos, com risco da saúde dos trabalhadores; e e) atraso reiterado de salários dos empregados e o não-depósito das contribuições previdenciárias e FGTS. Esta última situação, porém, já teria sido sanada em ação judicial própria.

No entanto, a Justiça do Trabalho decidiu que era controvertido enquadrar as situações comprovadas pelo MPT como condições análogas à de escravo, pois, em seu entendimento, elas não configurariam “condição de trabalho degradante”.

De acordo com a Corte, para a caracterização de condição análoga à de escravo deveria haver a apuração de trabalhos forçados; jornadas exaustivas; condições degradantes de trabalho; ou restrição à locomoção do trabalhador. No caso sob análise, estavam ausentes as hipóteses de trabalho forçado, jornada exaustiva e restrição a locomoção. Faltaria averiguar se a situação na qual se encontravam os empregados poderia ser considerada como “condição degradante de trabalho”. A Corte entendeu que não, porque deveria ser considerado, como de escravo, “*somente o trabalho extremamente degradante* realizado quando não há qualquer condição de moradia, alimentação e higiene e ainda, quando ocorram atos de coercitividade ou alguma forma de dependência econômica, ainda que haja liberdade de ir e vir” (Brasil/TST, 2017, p. 1 - 2, grifo nosso).

Ou seja, na visão da Corte, as violações cometidas pelo empregador não reuniriam todos os requisitos necessários para tipificá-las como condições de trabalho degradante. Não teria sido trazido pelo MPT a hipótese de dependência econômica dos trabalhadores, uma vez que “os empregados recebiam salários efetivamente, ainda que houvesse algum atraso” (Brasil/TST, 2017, p. 2). Da mesma forma, não teria sido constatada “situação *absolutamente precária* de moradia, tanto que, com relação aos empregados que moram na sede da Usina, o Ministério Público do Trabalho se absteve de pleitear a rescisão do contrato de trabalho, eis que era essencial à sua sobrevivência” e “que os casos em que se constatou situação degradante, os

trabalhadores dormiam em barracas” (Brasil/TST, 2017, p. 2).

Esse entendimento foi confirmado pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST). Na decisão do P5 consta que a conduta da reclamada que deixa de zelar pela saúde e dignidade de seus empregados configura *ato ilícito por omissão*, e não trabalho em condições análogas à de escravo, por submeter os empregados a trabalho degradante quando os privou de locais adequados para a satisfação das necessidades fisiológicas durante a jornada de trabalho (banheiros e refeitórios) e de transporte adequado, entre outros.

Com isso, o TST endossou o entendimento dado pelo TRT, para quem “por mais que se constate irregularidades e desrespeito à dignidade dos trabalhadores no que se refere a condições de higiene, transporte e alimentação, são condições que não se enquadram como *extremamente degradantes*, a ponto de se equiparar à moderna escravidão” (Brasil/TST, 2017, p. 8, grifo nosso). Para sustentar seu entendimento, o TRT se utilizou das delimitações próprias do trabalho forçado do *Relatório Global* da OIT, do qual Suguimatsu (2009) extrai o seguinte:

Não obstante a proximidade dos conceitos e as comuns imprecisões terminológicas, o Relatório Global permite algumas conclusões: a) 'trabalho forçado' é uma expressão genérica, que abrange algumas práticas abusivas de apropriação do trabalho alheio; b) seus elementos definidores são a imposição, sob ameaça de punição (que vai além da punição penal) e a natureza involuntária do trabalho; c) São formas de 'trabalho forçado', a 'escravidão' (estado ou condição de uma pessoa sobre a qual se exerce poder decorrente do direito de propriedade, em caráter permanente) e a 'condição análoga a de escravo' (que abrange servidão por dívida e da gleba, tráfico de pessoas, entre outras); d) 'condições extremamente precárias de trabalho' podem ou não caracterizar 'trabalho forçado', dependendo da natureza e gravidade dos mecanismos coercitivos empregados. (Suguimatsu, 2009, p. 36, grifo nosso)

Por essa citação se nota que o TRT adverte para a suposta distinção entre o conceito penal para o trabalho análogo à condição de escravo e o conceito de trabalho degradante. Neste não haveria “o atendimento às condições mínimas de proteção, [para evidenciar], na menor das hipóteses, desprezo pela vida humana” (Brasil/TST, 2017, p. 9 - 10). O trabalho degradante

[...] pode ser compreendido como aquele em que não há o respeito mínimo às obrigações decorrentes do contrato, não se confundindo com o trabalho análogo à condição de escravo, que o pressupõe. Todo trabalho em que o ser humano é desprezado nos valores mínimos de sua dignidade deve ser como tal considerado. (Brasil/TST, 2017, p. 3)

Fazendo essa distinção, o TST afirma não ser possível caracterizar o caso citado como de trabalho análogo à condição de escravo, nos termos do direito penal, mesmo que evidenciado “o inadimplemento das obrigações mínimas do contrato, que atinge de igual modo, o patrimônio imaterial do empregado” (Brasil/TST, 2017, p. 3).

No caso do P5, desde a primeira instância, ficou decidido que a denúncia oferecida pelo MPT não se adequava ao trabalho análogo ao de escravo. Esta decisão foi confirmada tanto pelo TRT da 9ª Região (perante o qual o MPT interpôs Recurso de Revista e obteve negativa) quanto pelo TST (que analisou o Agravo de Instrumento interposto pelo MPT e negou-lhe provimento, conforme o P5).

Pelo exposto no acórdão, para haver condição análoga à de escravo, não basta o trabalhador estar submetido a trabalho degradante, ou seja, em condições que minimizem a sua segurança e degradam a sua saúde física e mental (Rezende e Rezende, 2013), ele precisa estar submetido a trabalho *extremamente degradante*, isto é, “quando não há qualquer condição de moradia, alimentação e higiene e, ainda, quando ocorram atos de coercitividade ou alguma forma de dependência econômica” (Brasil/TST, 2017, p. 8). Assim, não basta que o trabalhador tenha sua dignidade aviltada, ele precisa ter sua dignidade violada em várias esferas conjuntamente. Reproduz o acórdão do TST, afirmado pelo TRT:

não há, na situação em foco, condição análoga à de escravidão por trabalho degradante, eis que este requer a presença de situações extremas de ausência do mínimo à prestação laboral, tanto que a maioria dos trabalhadores escolhem, livremente, continuar trabalhando para a ré, ainda que em mesmas condições. (Brasil/TST, 2017, p. 8, grifo nosso)

Ao tomar por base o fato de a maioria dos trabalhadores “escolherem, livremente, continuar trabalhando para a ré, ainda que em mesmas condições” para afirmar a inexistência de condição análoga à de escravidão, os julgadores parecem não tomar nota da realidade social que leva muitas pessoas a se submeter “voluntariamente” à condição de trabalho precário por, simplesmente, não terem outra alternativa, conforme afirmou, em entrevista, Lelio Bentes Corrêa, Ministro do TST desde 2003:

Não há margem numa situação como essa para se considerar qualquer manifestação espontânea desses trabalhadores; eles são vítimas de uma situação de exclusão econômica e social que infelizmente ainda não foi corrigida por meio dos necessários investimentos públicos e de programas de emprego e geração renda. (Brasil/TST, 2013, p. 2)

Ainda que demonstrem preocupação com a condição precária à qual os trabalhadores estão submetidos, os julgadores não a tipificam como análoga à de escravo, tipificam-na simplesmente como ato ilícito por omissão, deixando de garantir a proteção dos trabalhadores requerida na petição do MPT e, assim, toleram diversas violações ao trabalho decente.

Em sendo assim, a tendência é restringir, ao invés de ampliar, a tipificação de trabalho análogo ao de escravo, por si só, bastando apenas isso para impossibilitar que se atendam as recomendações atinentes ao trabalho decente como substrato material para ampliar a caracterização do trabalho escravo. Quando se baseiam na análise de Marlene T. F. Suguiyama sobre o Relatório Global da OIT referente ao trabalho forçado, os julgadores o fazem de modo a fundamentar a interpretação restritiva (ao invés da ampla) do artigo 149 do Código Penal Brasileiro.

Esse acórdão parece ser um exemplo do problema da interpretação e da aplicação da lei, quando deixa de tomar o princípio da dignidade humana como critério interpretativo para todas as normas do sistema jurídico:

Um tipo aberto, como o do artigo 149 do Código Penal, passível de abarcar uma infinidade de situações concretas para proteger e amparar o trabalhador reduzido à condição análoga à de escravo e para punir o criminoso, ao invés de ter sua aplicação ampliada e disseminada – no intuito de reconhecer como cidadãos todos os trabalhadores deste Estado democrático de direito e de coibir as práticas criminosas contra as pessoas e contra o próprio Estado –, vem sendo interpretado e aplicado de forma restrita e mitigada. (Rezende e Rezende, 2013, p. 28)

No P43, o TST analisa e rejeita o Embargo de Declaração oposto pelos réus da ação civil pública, que questionava o provimento dado ao Recurso de Revista interposto pelo MPT quanto à configuração do trabalho em condição análoga à de escravo. Ou seja, o TST, em face do Embargo, decidiu manter a decisão que reconheceu, como violação do artigo 149 do Código Penal, a redução dos trabalhadores à condição análoga à de escravo, determinando que o Ministério Público fosse comunicado para tomar as providências cabíveis.

Recorrendo-se apenas a esse acórdão não é possível saber em que se fundamenta o mérito do caso para verificar de que modo a Corte construiu sua argumentação favorável à tipificação do fato apresentado pelo MPT às normas legais, sendo, por isso, necessária a análise do julgado de 10 de maio de 2017, aqui chamado de P43.1, sobre o qual houve o Embargo de Declaração, rejeitado pelo TST no P43. Trata-se de acórdão que confirmou a condenação ao pagamento de R\$100 mil de indenização por dano moral coletivo da Fazenda São Pedro e de seu proprietário,

Raimundo Nonato Oliveira Lima, no processo de ação civil pública movida pelo MPT do Maranhão por exploração de trabalho análogo ao de escravo.

O histórico do caso resume-se da seguinte forma: em primeira instância houve a condenação ao pagamento da indenização por dano moral coletivo devido à exploração de trabalho análogo ao de escravo. Esta decisão foi reformada em segunda instância, pelo TRT, que considerou que não havia a configuração de trabalho escravo. Acionado pela via recursal, o TST, por sua vez, confirmou a decisão de primeira instância.

O argumento utilizado pelo TRT para não configurar como trabalho escravo o caso em questão foi o de que *os trabalhadores não estavam enclausurados*, razão pela qual o TRT afirmou: “embora reconhecida a realização de trabalho em condições degradantes, não restou demonstrado nos autos a redução dos representados à condição análoga à de escravo” (Brasil/TST, 2017a, p. 2), já que “em nenhum momento, houve alusão a qualquer impedimento à ampla liberdade de locomoção dos trabalhadores” (Brasil/TST, 2017a, p. 2), que atestasse que “a liberdade de ir e vir é incompatível com a condição de trabalhador escravo” (Brasil/TST, 2017a, p. 2). Afirma o TRT:

[...] o descumprimento de leis trabalhistas por parte do empregador não deve ser confundido com a prática de conduta tipificada, na lei, como crime de redução à condição análoga à de escravo, nos termos pretendidos pelo autor, ainda mais quando levamos em consideração que, em nenhum momento, houve alusão a qualquer impedimento à ampla liberdade de locomoção dos trabalhadores, seja por meio de coação física, psicológica, moral ou por dívida. Afinal, a liberdade de ir e vir é incompatível com a condição de trabalhador escravo. (Brasil/TST, 2017a, p. 6)

Chamando a atenção para a necessidade de adequação do entendimento jurisprudencial aos conceitos de “escravidão moderna” e “trabalho escravo contemporâneo”, o TST, por unanimidade, entendeu que o TRT havia interpretado o dispositivo legal de modo restritivo, já que ignorou o trabalho em condições degradantes, presente no caso, como elemento que por si só caracteriza o trabalho escravo. O TST acrescenta:

A caracterização do trabalho escravo não mais está atrelada condicionalmente à restrição da liberdade de locomoção do empregado – conceito revisto em face da chamada “escravidão moderna”. É preciso aperfeiçoar a interpretação do fato concreto, de modo a adequá-lo ao conceito contemporâneo de trabalho escravo contemporâneo. Nesse sentido têm caminhado a jurisprudência e a doutrina. Uma vez configuradas as condições degradantes a que eram submetidos os empregados, evidenciado o trabalho em condição análoga à de escravo, o que se declara, nos exatos termos do art. 149 do Código Penal. (Brasil/TST, 2017a, p. 2 - 3)

O TST deixa claro que desde que fiquem comprovadas as condições de trabalho degradante há que se aplicar o previsto no artigo 149 do Código Penal. As condições degradantes são confirmadas, desde a primeira instância, pelo desrespeito a condições mínimas de trabalho relativas à higiene (ausência de instalações sanitárias adequadas, esgoto a céu aberto e falta de água potável), à saúde (ausência de quaisquer medicamentos ou outros meios necessários para prestação de primeiros socorros em caso de acidente), à moradia (casa precária, cujas paredes de taipa eram sustentadas por madeira podre com frestas que impediam o isolamento do vento e da chuva, sem água encanada e sem banheiro) e à alimentação.

Para embasar seu posicionamento, o TST recorre à Constituição (artigo 1º, incisos III e IV; artigo 5º, incisos III, X e XLVII; artigo 6º e 7º), ao Código Penal (artigo 149), a Convenções nº 29 e nº 105 da OIT, a decisões anteriores do TST, à doutrina jurídica e até à entrevista de Fernando Henrique Cardoso em 1995, na qual o então presidente afirma que a diferença da escravidão antiga para a contemporânea é que enquanto naquela o escravo conhecia seu senhor, nesta não sabe quem ele é.

O Tribunal reconhece que ainda há dificuldades na própria jurisprudência em romper com o entendimento restritivo de trabalho escravo, como faz o TRT no caso recorrido, posto que, anteriormente, a restrição de liberdade era ponderação única para caracterização do trabalho escravo. A restrição de liberdade é compreendida tanto como coação econômica, segundo a Convenção nº 95 da OIT, quanto como coação moral e coação física, de acordo com as Convenções nº 29 e nº 105 da OIT. No entanto, por meio da doutrina, o Tribunal endossa o conceito atual de trabalho escravo, mais amplo do que o previsto no artigo 2º da Convenção nº 29 da OIT, entendendo que a definição nele apresentada já não exaure o conceito hodierno de trabalho escravo.

Não se limitando à interpretação literal do artigo 149 do Código Penal em vigor, o TST atrela-o ao entendimento de que, atualmente, o conceito de trabalho escravo pauta-se não mais apenas na restrição de liberdade, mas amplia-o para abarcar o trabalho forçado, o trabalho em condições degradantes e o trabalho com jornada exaustiva, visto serem estas formas de trabalho que coisificam o trabalhador, ferindo sua dignidade.

Destarte, a *dignidade da pessoa humana* aparece como fundamento basilar, conforme o artigo 1º da Constituição Federal, para impedir a coisificação do ser humano nas relações de trabalho. Assim, enquanto anteriormente a caracterização do trabalho escravo dava-se a partir do valor “liberdade”, hoje ela expande-se para o valor “dignidade”, embasando-se na ideia de que: “[...]”

o 'paradigma' para a aferição mudou; deixou de ser apenas o trabalho livre, passando a ser o 'trabalho digno'" (Brito Filho, 2005 *apud* Brasil, 2017a, p. 13).

Cabe ressaltar a diferença entre os casos P5 e P43.1.

No P5, as violações aos direitos do trabalhador não foram tidas como graves o suficiente para serem consideradas como condição degradante para configurar-se como "condição extremamente degradante" para ser tipificado como trabalho análogo ao de escravo. Lembre-se que as violações incluíam ausência de condições básicas de higiene (falta de sabão para lavar as mãos antes das refeições, de lugar apropriado para as refeições e de banheiros adequados); transporte precário; ausência ou inadequação de equipamentos de proteção individual; desatenção às normas de manejo dos agroquímicos, colocando-se em risco da saúde dos trabalhadores; e atraso reiterado de salários dos empregados e o não-depósito das contribuições previdenciárias e FGTS. Já, no P43.1, não se nega, em nenhuma instância, a existência de trabalho em condições degradantes.

No entanto, ainda que, no acórdão do P43.1, entendendo tratar-se o caso de trabalho em condições análogas à de escravo, o TST não alterou o valor atribuído aos danos morais coletivos, que se manteve no mesmo arbitrado pelo TRT, de R\$100.000,00, enquanto o MPT havia pleiteado o dobro. O TST justifica-se alegando ausência de refutação ao argumento do TRT pelo MPT em relação ao valor da indenização.

Abaixa-se o valor da indenização sob o argumento dos princípios de *razoabilidade* e de *proporcionalidade*, de acordo com os artigos 927 e 944 do Código Civil e o artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal, de modo que, aos olhos tanto do TRT quanto do TST o "curto" tempo de duração da submissão dos trabalhadores à escravidão contemporânea antes da fiscalização (um mês) não ensejaria pagamento do valor demandado. Na ausência da refutação do MPT quanto a esse fundamento da decisão recorrida, o TST manteve a redução da indenização.

Os tribunais ignoram o fato de que, não fosse a fiscalização ter ocorrido naquele momento, os trabalhadores continuariam sendo escravizados, e não teria cessado a prática criminosa. Além disso, o artigo 944 do Código Civil, de 2002, no *caput*, prevê que a indenização é medida pela extensão do dano. No caso de trabalho escravo, o dano (material, psicológico, moral) causado às pessoas a ele submetidas é incomensurável, tenha sido "curto" ou não o tempo de permanência nessa condição.

A hipótese de redução da indenização - prevista no parágrafo único do mesmo artigo: "se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização" (Brasil, 2002, art. 944, parágrafo único) - não comporta os casos de submissão de pessoas a condições análogas à de escravo, pois quem escraviza o faz dolosamente e a situação de quem é escravizado é sempre de extrema gravidade. Assim, ao invés de diminuí-la, os tribunais deveriam, de ofício, aumentá-la, de modo a demonstrar severidade na punição daquele que se utiliza de trabalho escravo.

Esse caso de diminuição do valor demandado, que já não era tão expressivo, explicita a dificuldade de arbitrar um valor indenizatório mais vultuoso, o que enfraquece, significativamente, o combate ao trabalho escravo no Brasil. Ainda que se reconheça o crime cometido, dá-se mais atenção ao ônus reparatório que o escravizador teria do que à gravidade de submeter alguém ao regime de escravidão contemporânea.

Além da interpretação restrita da lei, esbarra-se também em questões formais-processuais, que ainda possuem mais força argumentativa para frear a punição pecuniária do que possui o reconhecimento da existência da condição análoga à da escravidão para ampliá-la, como expresso no fundamento exposto pelo TST: "Ao deixar de refutar todos os fundamentos da decisão recorrida, o recorrente não procede ao necessário cotejo analítico entre a tese posta e os dispositivos indicados, de modo que desatende o disposto no art. 896, §1º-A, III, da CLT" (Brasil/TST, 2017a, p. 19).

Considerações Finais

Na linha das decisões acima descritas, nenhuma das outras analisadas indica influência direta ou indireta das recomendações do PNUD, o que desvaloriza a hipótese de poderem ser consideradas tipos normativos de comando de otimização. Defende-se que a ausência desses princípios faz parte das barreiras enfrentadas no combate ao trabalho escravo no Brasil e demonstram o desequilíbrio de forças entre os interesses divergentes. Tomando o lado dos que buscam promover a abolição do trabalho escravo, o estudo buscou propor um modo de argumentação jurídica que venha a fomentar decisões judiciais que realmente coíbam o crime, primeiro, ao reconhecer a prática criminosa e, segundo, ao arbitrar punição pecuniária significativa aos escravizadores.

Destaca-se que a punição judicial se figura como um dos mecanismos de combate ao trabalho escravo - e que poderiam constituir-se auxílio argumentativo as recomendações do PNUD

como comandos de otimização, que não têm ainda funcionado enquanto tal nos processos de decisão condenatórios do trabalho escravo atual. A punição judicial é apenas um dos mecanismos; ela não toca na raiz do problema, e é insuficiente para erradicar o trabalho escravo no Brasil, mas é, certamente, um instrumento de fortalecimento nesse combate.

Com isso, espera-se que este estudo venha a: contribuir para pensar as novas relações de interdependência entre o global e o local, não se limitando em generalizações; colaborar com as reflexões que visam enfrentar as dificuldades de superação do trabalho escravo no Brasil, com enfoque nas práticas do judiciário; e, sobretudo, agregar ao espírito ainda maior de *resistência* no enfrentamento dos novos desafios antepostos à classe trabalhadora no final desta década.

Referências Bibliográficas

Brasil. Tribunal Superior do Trabalho (TST). (08 de março de 2017). Acórdão da 7ª Turma CMB/rfs. Processo nºTST-AIRR-101800-82.2008.5.09.0562. Agravados: Usina Central Do Paraná S.A.- Agricultura, Indústria e Comércio e Outros E União (PGF). Agravante: Ministério Público do Trabalho da 9ª Região. Relator: Min. Cláudio Brandão. Brasília.

Brasil. Tribunal Superior do Trabalho (TST). (10 de maio de 2017a). Acórdão da 6ª Turma ACV/fpr. Processo nºTST-ARR-53100-49.2011.5.16.0021. Agravantes e Recorridos: Raimundo Nonato Oliveira Lima e Outra. Agravado e Recorrente: Ministério Público Do Trabalho da 16ª Região. Relator: Aloysio Corrêa da Veiga. Brasília.

Brasil. Tribunal Superior do Trabalho (TST). (18 jun. 2013). Notícias do TST. Trabalho escravo, reincidência e perspectivas. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/trabalho-escravo-reincidencia-e-perspectivas>.

Brasil. Código Civil, Lei 10.406/2002 (10 de janeiro de 2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>.

Elias, Norbert. (2011). O Processo Civilizador: Uma história dos Costumes. Tradução: Ruy Jungmann. ed. 1. Rio de Janeiro: Zahar. Vol. 2.

Elias, Norbert. (1993). O Processo Civilizador: Formação do Estado e Civilização. Tradução da versão inglesa: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar. Vol. 1.

Nações Unidas no Brasil – ONU Brasil. (abril 2016). Trabalho Escravo. Nações Unidas no Brasil, Brasília. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/04/position-paper-trabalho-escravo.pdf>>. Acesso em: jun. 2016.

Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD. (2015). Relatório de Desenvolvimento Humano de 2015. Lisboa: Camões – Instituto da Cooperação e da Língua.

Rezende, Maria José de. (jul./dez., 2017) A análise dos Relatórios do Desenvolvimento Humano (RDHs/PNUD/ONU) e as aproximações com a perspectiva histórico-hermenêutica. Revista de Ciências Sociais, Fortaleza, 48 (2), 220-255.

Rezende, Maria José de. (abr./jun., 2015). Uma abordagem histórica-hermenêutica dos Relatórios do Desenvolvimento Humano (PNUD/ONU). e-I@tina – Revista Electrónica de Estudios latinoamericanos, Buenos Aires, 13 (51).

Rezende, Maria José de; Rezende, Rita de Cássia. (abr. 2013). A erradicação do trabalho escravo no Brasil atual. Revista Brasileira de Ciência Política, Brasília, (10), 7-39.

Rezende, Maria José de; Rezende, Rita de Cássia. (2013^a) As dificuldades de erradicação do trabalho escravo no Brasil hoje e a exposição dos muitos desafios postos ao desenvolvimento humano. Nómadas - Critical Journal of Social and Juridical Sciences. Volume Especial: América Latina. Madrid.

Sugimatsu, Marlene T. F. (2009). Condições de existência digna, direitos mínimos do trabalhador e o paradoxo do trabalho escravo ou em situação análoga à de escravo. Escola Judicial – Revista Eletrônica, Revista 62, (1).

Veronese, Marília Veríssimo; Guareschi, Pedrinho Arcides. (maio/ago. 2006). Hermenêutica de profundidade na pesquisa social. Ciências Sociais Unisinos, 4 (2), 85-93.

“Ortodoxia processual” como categoria de análise sócio-jurídica: Refletindo Códigos Modelo e reformas processuais na América Latina na segunda metade do século XX

Francis Noblat¹

Delton Ricardo Soares Meirelles²

Resumo

Prenhe de particularidades, a América Latina é, contudo, unida por um liame de coincidências, as quais poderíamos mesmo designar por regularidades. No campo específico das legislações processuais cíveis, grandes reformas ou, ainda, recodificações ocorreram em grande parte dos países latino-americanos nas últimas duas décadas do século XX, alterando significativamente a dinâmica da administração de conflitos até então vigente nestes países. Desta perspectiva, a elaboração do Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica, de 1988, seria a melhor representação deste movimento dos quais os Código General del Proceso del Uruguay, de 1988; Código Procesal Civil de Costa Rica, de 1989; Código de Procedimiento Civil de Venezuela, de 1990; e Código Procesal Civil del Perú, de 1993, seriam alguns exemplos. Ora determinadas por contingências específicas às suas realidades nacionais, é de se pôr em questão, contudo, a sincronia de períodos, de argumentos mobilizados, e, principalmente de soluções propostas para aqueles problemas que, talvez não coincidentemente, passavam a ser “unanimesmente reconhecidos”. Remetendo às reconfigurações nas estruturas de poder que se seguiram aos momentos pós-redemocratizações, e pós-aberturas comerciais nos países latino-americanos; e às regularidades que ultrapassam as fronteiras nacionais, usamos da categoria “ortodoxia processual” ao buscar compreender este movimento de reformas processuais e de administração de justiça cíveis na América Latina que ocorre a partir de meados dos anos 1980, refletindo os conflitos e crises emergidos em sua contemporaneidade.

Palavras-chave

Reformas jurídicas; Códigos de Processo Civil; Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica.

Introdução

Na maior parte do século XX, nos países latinoamericanos, o judiciário não figurou como tema importante em matéria de reforma [...]. A construção do Estado latinoamericano ocupou-se mais com o crescimento do executivo e da sua burocracia, procurando converter o judiciário em uma parte dos aparatos burocráticos do Estado — um órgão para o poder político controlar — de facto, uma instituição sem poderes para deter a expansão do Estado e seus mecanismos controladores. Nos anos de 1950 e 1960, a política de substituição de importações e o Estado desenvolvimentista não viam os tribunais como parte das estratégias de superação do subdesenvolvimento. Na verdade, para as elites governantes, qualquer interferência na legislação deveria ser inibida para não prejudicar os novos modos de organização da produção. No pólo

oposto, e por razões muito diferentes, a esquerda revolucionária tão pouco se ocupava do judiciário como mecanismo importante para a promoção da justiça social. Nos anos 1970 e 1980, os regimes autoritários, por sua vez, não estavam interessados em fortalecer a instituição judicial ao ponto de ela poder interferir com as suas práticas repressivas. Contudo, desde o final dos anos de 1980, o sistema judicial adquiriu uma forte proeminência em muitos países não só latinoamericanos, como europeus, africanos e asiáticos. Concomitantemente, as agências de ajuda internacional passaram a dar prioridade aos programas de reforma judicial e de construção do Estado de direito em muitos países em desenvolvimento. Nunca, como hoje, tanto dinheiro foi investido no sistema judicial, tradicionalmente, umas das áreas de cooperação internacional que não tinha expressão financeira. Calcula-se que se tenham gasto 300 bilhões de dólares em projectos de reforma, e o mais dispendioso terá sido o do sistema jurídico e judicial da Rússia depois do colapso do sistema soviético. (Santos, 2007: 11-12).

O tema das reformas das instituições jurídicas, e de seu papel na consolidação do Estado Democrático de Direito, tanto quanto nos esforços de integração regional, ganhara proeminência desde meados dos anos 1980.

Emergindo, naquele momento, em resposta aos primeiros esforços reformistas, voltados à consolidação democrática e à estabilização monetária na América Latina pós-moratória mexicana, em 1982, as discussões sobre o papel das instituições jurídicas, e do Poder Judiciário tornar-se-iam um dos pilares daquelas que se viriam denominar as “reformas de segunda geração” promovidas pelas instituições multilaterais de crédito — à exemplo do Banco Mundial — e de instituições não governamentais de alcance internacional — à exemplo da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe/CEPAL.

Comporiam, logo, o Poder Judiciário e o sistema de administração de justiça, o núcleo da reestruturação do Estado latino-americano, tal qual lhes prescreveriam as condicionalidades baseadas no modelo de *rule of law* — ora traduzido como Estado Democrático de Direito — devendo aproximar-se, neste sentido, a um “tipo ideal” de governo democrático.

Desta perspectiva, quando nos debruçamos sobre como ocorreram as reformas nas legislações processuais cíveis³, percebemos que, não se restringindo ao Brasil, grandes reformas ou, ainda, recodificações ocorreriam em grande parte dos países latino-americanos a partir da primeira metade da década de 1980, alterando significativamente a dinâmica da administração de conflitos até então vigente nestes países. Os *Código General del Proceso del Uruguay*, de 1988; *Código Procesal Civil de Costa Rica*, de 1989; *Código de Procedimiento Civil de Venezuela*, de 1990; e *Código Procesal Civil del Perú*, de 1993, seriam alguns exemplos.

Estas regularidades — ora, co-incidências, se pensarmos como se sucederam no tempo — no desenvolver das alterações legislativas tornam-se evidentes, especialmente quando consideramos

tratar-se de uma legislação presumivelmente técnica. Determinadas por contingências específicas às suas realidades nacionais, seria de se pôr em questão, portanto, a sincronia de períodos, e, principalmente, de argumentos mobilizados e de soluções propostas para aqueles problemas em administração de justiça que, talvez não coincidentemente, passavam a ser “unanimemente reconhecidos”⁴.

Posta em perspectiva, a reforma do Código de Processo Civil brasileiro, apesar de se ter concluído apenas em 2015, tendo sido proposta em 2009, seria o acúmen de uma série de reformas pontuais que ocorreriam a partir de nosso marco constituinte⁵, em 1988, para “adequar” a legislação processual vigente aos imperativos das “democracias e administração pública modernas” — argumentos estes que, não por acaso, acompanhariam as reformas por toda América Latina.

Simbolizando aquele que seria um momento de transições à democracia na região — e, igualmente de tentativa de aproximação e integração dos países latino-americanos —, a elaboração do *Anteproyecto de Codigo Procesal Civil Modelo para Iberoamerica*, de 1988, autorado pelo *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*, seria a melhor representação de um movimento que, apesar de iniciar-se em 1967 (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 1988: 2), ganharia força para materializar-se apenas 20 anos depois; e, em termos de influência, o contexto em que se desenvolvem os debates é fundamental para sua compreensão. A queda dos regimes autoritários da América Latina, antecedendo os momentos de transição à democracia, trazia consigo um outro aspecto que seria determinante para sua compreensão: a mudança de matriz econômica, com abertura aos mercados internacionais, e, — não menos importante, — de reaproximação às instituições multilaterais de crédito. Deste modo, não coincidentemente, as reformas legislativas que alcançariam os códigos processuais civis ocorreriam no mesmo período em que seriam renegociadas as dívidas externas de Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, México, Peru, Uruguai, Venezuela, Costa Rica e Jamaica⁶.

Assim sendo, a presente comunicação volta-se a propor um estudo simultaneamente jurídico e sociológico das recodificações latino-americanas nas últimas duas décadas do século XX, e início do século XXI, uma vez que nos possibilitaria analisar as reconfigurações nas estruturas de poder que se seguiram aos momentos pós-redemocratizações, e pós-estabilizações monetárias nos países latino-americanos, ao tempo em que nos remete à regularidades que ultrapassam as fronteiras nacionais — e, neste sentido, nos referimos à emergência de uma *nova ortodoxia em processo civil*. Ao mesmo tempo, busca-se discutir a construção e relevância destas mesmas categorias de análise, nesta tentativa de compreender deste movimento de reformas processuais e de administração de justiça cíveis na América Latina, — o que, em última instância, poderia nos auxiliar a refletir parte dos conflitos e crises emergidos na contemporaneidade.

No que se segue, apresentamos os principais pressupostos de uma tal análise, primeiro nos voltando aos conceitos possíveis de ser mobilizados, para em seguida apresentar mais detalhadamente as vias de uma tal análise. Por fim, retomamos a exposição, em um balanço das propostas apresentadas, em uma tentativa de traçar futuros estudos sobre o tema.

Análise das reformas processuais como análise das transformações na estrutura do estado

Influente na regulamentação — e, portanto, definição — da administração das relações não-penais — dentre quais as econômicas se apresentam como das mais determinantes —, o estudo do processo civil se mostra como perspectiva privilegiada na tentativa de analisar as transformações pelo qual passaram as instituições, a estrutura do Estado na contemporaneidade.

Uma proposta, portanto, de partir de uma análise contextual do desenvolver das recodificações processuais civis latino-americanas, e em que sejam mobilizados simultaneamente aportes jurídicos e sociológicos, na tentativa de compreender como estas modificações — nas formas de governo, nos sistemas econômicos, nas relações interestatais e intragovernamentais, e nos sistemas de administração de justiça — se refletiriam em alterações legislativas específicas, deve, por sua vez, passar pela construção de categorias de análise que nos permitam dar conta das distintas vias em disputa: jurídicas, mas, igualmente políticas, econômicas e sociais.

Construindo as categorias de análise

Preliminarmente, em nossa proposta de realizar um exame comparativo das reformas processuais cíveis latino-americanas, encaradas como decorrentes de um processo que transcende as fronteiras nacionais — e, mesmo, disciplinares, se pensarmos, por exemplo, na interconexão dos campos políticos sociais e econômicos — nos propomos a mobilizar, primordialmente, um instrumental analítico de sociologia jurídica e de sociologia econômica, enquanto nos utilizamos de categorias e instrumentos jurídicos.

Desta perspectiva, como Dezalay & Garth, “Aspiramos a desarrollar un análisis social sólido acerca de cómo el derecho se relaciona con el ámbito del poder estatal y sus transformaciones y reproducciones a lo largo del tiempo.” ([2002]: 24).

No que diz respeito às premissas de nossa análise, seguindo aos autores, adotamos suas duas hipóteses — apesar de não nos restringirmos a elas —: “El primero asume como punto de partida el hecho de que el derecho se encuentra integrado de tal manera a las ‘luchas por el poder’ locales que el mismo puede ser empleado como puerta de entrada para obtener acceso a preguntas más generales.” (Dezalay & Garth, [2002]: 30). Segundo, “El concepto de estrategias internacionales⁸ [...] proporciona los medios para estudiar las relaciones entre las corrientes globales y las

transformaciones estatales.” (Dezalay & Garth, [2002]: 30). Assim, o direito se apresenta tanto como ‘instrumento de poder’, a ser usado em conflitos intra- e interestatais.

Em outros termos, é possível utilizarmos do aporte dos autores para refletir, através do direito — e, mais especificamente, do processo civil — processos que extravasam as fronteiras do nacional, e que, ao manifestar-se de modos distintos modos nas esferas nacionais, nos remetendo às distintas facetas de um movimento, de um desenvolvimento que não se poderia ser observado — dado sua complexidade — de apenas uma perspectiva.

Assim, compreender o “modo en que adquieran sentido estas dos grandes transformaciones, así como las relaciones y factores complejos que conectan y a su vez están conectados al derecho y al Estado.” (Dezalay & Garth, [2002]: 30). A feitura de um código, sob este enfoque, representaria não apenas o resultado de um processo de construção de um consenso sobre as bases da reforma, mas inserir-se-ia em um contexto mais amplo de atribuição de sentido — e, portanto, cremos relevante o uso da categoria “ortodoxia”.

Ortodoxia

Ainda nos utilizando do aporte de Dezalay & Garth (2005), pensamos aquilo que os autores se refeririam como ortodoxia em direito — para ambos, nos termos da institucionalidade do *rule of law*⁹ enquanto parâmetro de construção de consenso na América Latina, mas não apenas nela:

O rule of law tornou-se o novo slogan para os missionários globais. Profissionais com “doutorado em fazer dinheiro” vendendo conflitantes expertises econômicas continuam bastante atraentes no plano global. Os anos 1990, no entanto, viram também o imenso crescimento do número de profissionais com “doutorado em fazer leis”, armados com suas próprias expertises conflitantes e receitas para reformas legislativas e novas instituições jurídicas, nos níveis nacionais e transnacionais. As atividades de escritórios operando internacionalmente na promoção de um direito societário de bases norte-americanas; de constitucionalistas redigindo constituições para os Estados recém-democratizados; de empresas não governamentais preocupadas em proteger o meio ambiente, em combater a violência contra a mulher, e em garantir direitos humanos básicos; de reformadores engajados no ensino jurídico e no Poder Judiciário; e, agora, de novos grupos de combate à corrupção, começaram a ganhar atenção de acadêmicos dentro e fora do campo do direito. O Banco Mundial e outras grandes instituições na esfera do auxílio ao desenvolvimento, como o Banco Interamericano de Desenvolvimento, o Banco Asiático de Desenvolvimento e o Banco Europeu para a Reconstrução e Desenvolvimento começaram a contratar mais advogados e cientistas sociais para desenvolver seus próprios programas voltados a fortalecer o rule of law. [...] Há um grande consenso em favor desta estratégia [do uso do direito] para o desenvolvimento entre fazedores de política e dentro das disciplinas acadêmicas que estudam o desenvolvimento Este consenso é avançado pelas atividades de fazedores de políticas no sul global que estudaram direito nos Estados Unidos [...], e por diversos indivíduos deste mesmo sul que creem um diploma norte-americano ser indispensável

para uma carreira na política, no direito, seja no setor privado, seja na academia. Existem, assim, fortes indícios de um consenso que faz paralelo seja entre críticos, seja entre defensores da globalização. E, enquanto os desacordos são profundos entre os diferentes lados, é instrutivo como críticos [...] tendem a basear suas críticas em termos de reformas procedimentais e na expansão de oportunidades de acesso à justiça para grupos sub-representados. [...] (Dezalay & Garth, 2002: 1-2, tradução nossa).

Esta ortodoxia da reforma em Direito, neste sentido, nos remete a um papel semelhante àquele ao da ideologia, tal qual tivemos a oportunidade de discutir em trabalhos anteriores¹⁰ — ora um “terreno do desacordo”, do qual não seria capaz de se escapar, caso se quisesse fazer parte do debate.

No entanto, acreditamos que é possível avançarmos o uso do conceito, ao aproximando-nos de conceitos da sociologia econômica.

Neste sentido, *ortodoxia* tal qual sentido aqui utilizamos, seria permutável a conceitos como *estruturas de governança*¹¹, e de *concepções de controle*¹², definidos por Fligstein, (2000), ora assemelhando-se a um conjunto de concepções dotadas de sentido e capazes de ordenar hierarquicamente a realidade social, ora competitiva, definindo tomadas de posição em razão das posições ocupadas, e meios previamente disponíveis.

Acreditamos na relevância do conceito, dado que, quando observamos como as reformas foram apresentadas, justificadas, e implementadas, a posição usualmente defendida — com algumas nuances, é certo, mas sempre em focos de teor econômico — poderia ser resumida do seguinte modo:

Os problemas que afetam o judiciário na maior parte dos países em desenvolvimento, traduzindo-se em justiça morosa e por vezes parcial ou imprevisível, prejudicam o desempenho econômico desses países de diferentes maneiras. A proteção insuficiente dos contratos e dos direitos de propriedade estreita a abrangência da atividade econômica, desestimulando a especialização e dificultando a exploração de economias de escala, desencoraja investimentos e a utilização do capital disponível e, por fim, mas não menos importante, distorce o sistema de preços, ao introduzir fontes de risco adicionais nos negócios.¹³ (Pinheiro, 2009: 3).

Portanto, ainda que, em nos referindo a este conjunto de valores — “[...] a independência dos juizes, a eficiência dos tribunais, a celeridade dos processos, a alteração das leis processuais, o acesso à justiça, entre outros temas sensíveis na condução desses Judiciários” (Santos, A.; 2008: 68) —, podemos afirmar que aquela que seria uma “ortodoxia das reformas” em processo civil — ou, mesmo, em direito: inobstante, as reformas permanecem.

Códigos modelo e recodificações na América Latina nas duas últimas décadas do século XX:

A proposta de uma via de análise

Entre co-incidências e coincidências: redemocratizações e reformas processuais civis na América Latina em fins do século XX

Preche de particularidades, a América Latina é, contudo, unida por um liame de coincidências, as quais poderíamos mesmo designar por regularidades. No campo específico das legislações processuais cíveis, grandes reformas ou, ainda, recodificações ocorreram em grande parte dos países latino-americanos nas últimas duas décadas do século XX, alterando significativamente a dinâmica da administração de conflitos até então vigente nestes países. À título de exemplo, podemos citar os Código General del Proceso del Uruguay, de 1988; Código Procesal Civil de Costa Rica, de 1989; Código de Procedimiento Civil de Venezuela, de 1990; e Código Procesal Civil del Perú, de 1993.

Do ponto de vista brasileiro, apesar de a reforma de seu Código de Processo Civil ter se concluído apenas em 2015, tendo sido proposta em 2009, as bases que definiriam seus parâmetros e limites institucionais de confecção já se haviam dado em 1992, com as primeiras propostas de Emendas Constitucionais voltadas à democratização do Poder Judiciário brasileiro.

Se a recodificação da legislação processual brasileira, contudo, não progrediria naquele momento — como mesmo ocorreria às propostas de Emenda Constitucional —, a legislação de administração da justiça civil no país, por sua vez, não permaneceria incólume: reformas iriam ocorrer, de então, “adequando” a legislação processual vigente aos imperativos das “democracias e administração pública modernas” — argumentos estes que, não por acaso, acompanhariam as reformas por toda América Latina.

Ora determinadas por contingências específicas às suas realidades nacionais, é de se pôr em questão, contudo, a sincronia de períodos, de argumentos mobilizados, e — principalmente quando observamos as convergências — de soluções propostas para aqueles problemas que, talvez não coincidentemente, de então seriam reconhecidos como endêmicos das democracias — ou, das formas de governo em vias de consolidação — latino-americanas¹⁴.

Sob esta perspectiva, a elaboração do *Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica*, de 1988, autorado pelo Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, é a melhor representação deste movimento que, apesar de iniciar-se em 1967, ganharia força para materializar-se apenas 20 anos depois — coincidentemente, ou não, no mesmo período em que ocorriam as renegociações das dívidas externas de Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, México, Peru, Uruguai, Venezuela, Costa Rica e Jamaica.

Em trabalhos anteriores nos voltamos a tentar compreender, em um primeiro momento, os determinantes extrajurídicos — ora, determinantes sociais, políticos e econômicos — que antecederam, e influenciariam, aquela que fora a mais expressiva alteração na legislação processual civil brasileira desde a promulgação do seu anterior código, em 1973; e, em um momento posterior, de delimitar a extensão daquela influência cabida a tanto a uma escola de pensamento jurídico específico — o *Direito e Desenvolvimento* —, e a uma instituição multilateral de crédito específica — o *Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento* (Noblat, 2015).

Apesar de sermos capazes de estabelecer paralelismos, as limitações do trabalho se mostravam evidentes — mesmo em razão de seu formato —, de modo que a capacidade de extrair conclusões mais abrangentes sobre o processo de reforma — notadamente, no que diz respeito às relações de causalidade entre a ação de ambos os profissionais do *Law and Development*, e do Banco Mundial, e a adoção de determinados entendimentos, institutos e práticas, em termos, de uma determinada *ideologia* no corpo do novo código — apresentava-se como uma de suas mais evidentes deficiências.

Partindo da consciência destas deficiências, propomos a ampliação do horizonte de análise, de modo a um, escapar das limitações que a investigação de um recorte temporal e geográfico específico nos impõe; e, dois, reavaliar as nossas hipóteses de causalidade. A escolha de ampliar nossa análise à América Latina, ao partirmos destas premissas, se mostrava como o seguimento lógico de nossa prática de pesquisa.

Seguimento lógico, primeiro, pois o contexto histórico no qual estava inserido nosso recorte original — qual seja, o Brasil pós-redemocratização, mais especificamente após a promulgação da constituição de 1988 — compunha parte de conjunturas específicas: a dos países latino-americanos, recém-saídos de regimes autoritários; a dos países latino-americanos superendividados, em processo de rediscussão da sua dívida externa com instituições multilaterais de crédito; e, — talvez não menos importante — dos países que, historicamente, haviam sido receptores de projetos de auxílio internacional, seja em termos financeiros, seja em termos de “projetos de desenvolvimento”.

Segundo, extravasando as fronteiras do nacional, a atuação dos agentes que nos propusemos originalmente a estudar, alcançava a América Latina como um todo, lhe tratando enquanto unidade — dotada, devemos admitir, de nuances distintas, a variar de acordo com as especificidades das relações estabelecidas entre os agentes e as elites de cada um daqueles países (Dezalay & Garth, 2005 [2002]).

Uma vez feitos estes apontamentos, pensamos algumas questões se imporem ao prosseguimento da análise — ora, objetivo de nossa comunicação —, e, portanto, determinantes das possíveis conclusões que poderemos extrair do quadro que desenhamos.

Seria a "Ortodoxia" uma categoria viável para se compreender os processos que nos propomos estudar? : Reflexões sobre a pesquisa dos fenômenos sócio-jurídicos

Nos cabe, uma vez disposto todo o panorama que acompanha as reformas processuais latino-americanas, e sendo certo que nos propomos a estudar e compreender fenômenos sociais complexos, por fim, pôr em questão a viabilidade do conceito de "ortodoxia" na tentativa de analisar aqueles mesmos processos que nos propomos estudar¹⁵.

Deste ponto, se pondo em suspensão referências ao esforço para não se dar mais importância, "levar demais à sério" o Direito na regulação das relações sociais — especialmente se considerarmos que os usos dados ao direito, e o papel do direito variam de sociedade para sociedade¹⁶, ainda que os juristas tendam a pensar que se trata de um fenômeno universal —, uma vez que demais ampla, nesta tentativa de compreender desenvolvimentos específicos e analisar regularidades, o conceito de "ortodoxia" se aparenta como um referencial possível — ainda que possíveis reservas possam ser colocadas à extensão de um "consenso" em processo civil.

No entanto, uma vez realizado este exercício de reflexão, questões — teóricas e metodológicas — outras nos surgem que, tanto quanto nossas indagações sobre a possibilidade de (re)conhecimento de uma "ortodoxia" nas regularidades das reformas nos países latino-americanos, nos parecem poder colocar modos de análise que, ainda que não necessariamente trabalhados de modo direito, podem dialogar diretamente com suas hipóteses.

Pensando categorias outras, e refletindo sobre a investigação social: entre a singularidade dos fenômenos a proposição de categorias de análise

Uma vez posta em questão a categoria "ortodoxia" como cerne da reflexão acerca dos processos políticos e sociais que circundam grande parte das reformas em processo civil na América Latina a partir de meados dos anos 1980, outras indagações emergem que, se apresentando tão relevantes quanto a análise da construção daquela que seria a "ortodoxia", se colocam como distintas vias para pensar os mesmos fenômenos. Dado o nosso atual interesse de pesquisa, e nosso recorte específico, poderíamos pôr, por exemplo, em questão:

- (a) O *foco nas macro- e mesoesferas de análise*¹⁷, apesar de nos possibilitar observar fenômenos que, caso nos dedicássemos ao nacional nos permaneceriam incidentais, pode distorcer as nuances que apenas o estudo daquelas mesmas microesferas — à exemplo do desenvolver das reformas a partir dos embates

legislativos, das perspectivas de distintos grupos de interesse específicos — nos possibilitaria;

- a. Ponderar, portanto, a relevância da “macroesfera” América Latina enquanto unidade de análise, dado que os processos os quais nos propomos a analisar desenvolvem-se em um contexto global de trocas e intersecções, dentro do qual posições e estratégias são mutuamente definidas¹⁸.
 - b. Ainda na esfera das influências, acreditamos que seria interessante manter em aberto as questões sobre a extensão da influência daqueles atores de caráter internacional — notadamente, como havíamos anteriormente estudado, os *Law and Development*, e Banco Mundial, mas também, o próprio Instituto Iberoamericano de Direito Processual — que atuam através das fronteiras nacionais;
- (b) Por fim, ainda que se apresente relevante enquanto categoria analítica, permanece a pergunta de se poderíamos estender o impacto dos discursos jurídicos e dos códigos — ora, a *ortodoxia* — à esfera concreta das ações — e, com isso, nos remetemos à nossa primeira indagação —, mormente daquelas que efetivamente indicam aproximação entre os ordenamentos jurídicos.
- a. Ainda no âmbito da análise técnica, e em termos mais específicos, seria igualmente interessante atestar a temporalidade dos Códigos enquanto um critério válido de comparação: a coincidência temporal — ora, uma das hipóteses que deu razão à esta análise —, antes de atuar como fundamento de causalidade, deveria — como tentamos fazê-lo — servir de base para uma reflexão sobre a conjuntura político-econômica na América Latina.
 - b. Fundamental, igualmente, para aprofundar nossa capacidade de afirmar efetivas recorrências, e validar suas relações de causalidade, são pesquisas futuras que extravasem a leitura das exposições de motivos dos respectivos códigos de processo, e insiram-nas no contexto mais amplo das reformas que lhes precederam, com seus conflitos, tentando dar razão à adequação entre os problemas por eles levantados, e as soluções adotadas no corpo dos códigos¹⁹; e dediquem-se a analisar como aqueles distintos posicionamentos, iriam converter-se em opiniões de especialistas da esfera jurídica — ou, vice-e-versa, como opiniões de especialistas da esfera jurídica iriam converter-se nos fundamentos dos distintos posicionamentos na esfera legislativa.

Em compêndio, nossa capacidade de extrair conclusões sobre as reconfigurações nas estruturas de poder que se seguiram às redemocratizações e estabilizações monetárias, apesar de não estar diretamente ligadas à nossa capacidade de afirmar estrita causalidade no desenvolver dos processos de reforma — da *ortodoxia*, tal qual propomos nesta comunicação —, poderiam aproveitar das contribuições de futuros estudos nas esferas dos estudos legislativos, da análise do discurso, da sociologia das elites, da economia política internacional, dentre outros. Lidar com estas limitações de nossa proposta — dado que talvez não nos seja possível eliminá-las — permanece em nosso horizonte de pesquisa; não obstante, seguiremos em nossas análises²⁰

Considerações finais

Ao longo desta comunicação — e, neste exercício de reflexão — tentamos deixar clara a nossa tentativa de estabelecer parâmetros para, não apenas refletir os processos sociais, que se manifestam como fenômenos político-jurídicos, ocorridos na América Latina nas últimas décadas do século XX, e início do século XXI; tanto como para tornar inteligível sua comparação.

Em igual medida, tentamos deixar claro nosso posicionamento em favor de uma construção legislativa democrática — nem sempre possível, é certo, mas sempre defensável, considerando as particularidades latino-americanas, e seus histórico e posição dentro de um sistema de dominação —; assim, a tarefa de desvelar os processos sociais e políticos de elaboração dos códigos processuais civis na América Latina, na tentativa de desmistificar discursos e categorias, portanto, faz parte deste esforço de refletir nossa realidade a partir de suas próprias idiossincrasias.

Sendo cultural- e historicamente determinados, estes processos sociais — de crise orgânica das estruturas econômicas e políticas dos modelos desenvolvimentistas, e as reformas na legislação processual civil que lhe seguiriam, tal qual analisamos — apesar de manifestarem-se de distintas formas nas unidades que compõem a América Latina, apresentavam regularidades as quais não nos seria possível desconsiderar.

As recorrências nos discursos jurídicos, desta perspectiva, em particular devido à sua especificidade técnica, sua linguagem especializada, e semelhanças na confecção de Códigos, nos levaram àquela que seria uma *ortodoxia* na área do direito, e, em decorrência, em processo civil, tal qual manifestou-se no movimento de reformas processuais e de administração de justiça cíveis na América Latina desde meados da década de 1980.

Estando presente tanto no discurso político — de reformas institucionais — quanto econômico — de integração regional — a mobilização de um aparato teórico na construção de sentido daquelas reformas, e manifestando-se de semelhante forma em distintos países latino-americanos, é de se pôr em questão, tanto sua autoria, quanto sua originalidade.

Nessa tentativa de dar sentido a estas recorrências, sem, contudo, acabar incorrendo em falsas inferências ou relações de causalidade, buscamos questionar estas atribuições de significado, sejam aqueles propostos com os novos Códigos, sejam aqueles esposados pelos atores envolvidos nos esforços de reforma. Permanece, enfim, todo o trabalho de avançar na arqueologia destes processos, sendo certo que esta comunicação é um passo nesta direção.

Notas

¹ Doutorando e Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito — PPGSD, e Bacharel em Direito, todos pela Universidade Federal Fluminense — UFF. Bacharelado em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro — IFCS/UFRJ. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior — CAPES. Membro do Observatório Fluminense de Estudos Interdisciplinares e Pesquisas Empíricas em Processo e Sistemas de Justiça — ObservaProcessos/UFF.

² Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro — PPGD/UERJ; Professor Adjunto do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense — SPP/FD-UFF, e Professor do corpo permanente do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito — PPGSD/UFF. Coordenador do Observatório Fluminense de Estudos Interdisciplinares e Pesquisas Empíricas em Processo e Sistemas de Justiça — ObservaProcessos/UFF.

³ Um Código de Processo Civil é a principal lei regulamentadora dos procedimentos que tratam dos conflitos não-penais em uma específica delimitação territorial; é o diploma legal que irá disciplinar o exercício da função jurisdicional civil pelo Estado, a ser desempenhada por seu Poder Judiciário, ou órgão de competência semelhante, na administração da justiça (Noblat, 2015: 9).

⁴ “All parties call for a faster judiciary, one that is closer to the people and whose processes are simpler and more efficient and effective”, comentaria o juiz de direito José Roberto Nalini (1995: 172), quando de sua fala em conferência pelo Bando Mundial realizada em 1994 — ocorrida meio à irrupção da crise do peso mexicano —, dedicada exclusivamente ao debate de um dos pontos essenciais da chamada “virada institucional” das instituições multilaterais, que passaria a incluir, de então, igualmente a reforma dos sistemas de justiça civil (Noblat, 2015: 156). Neste sentido, é bastante significativo é comparar os posicionamentos do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal quando da elaboração do *Anteproyecto de Códigos Procesales Modelo para Iberoamérica*, em 1988 — “El enfoque [para actualizar y mejorar el proceso] no debe conducir a

la mera sistematización de principios generalmente admitidos por las legislaciones de América Latina, una suerte de síntesis global de lo ya aceptado por nuestro Derecho positivo, ni siquiera, quizá, por la mayoría de nuestra doctrina. Se trataría, más bien, de proponer opciones fundamentales en torno a algunos puntos que pueden considerarse claves para arrancar al proceso de su estancamiento y del tradicionalismo exagerado, procurando encaminarlo hacia una 'puesta al día' con las necesidades actuales y las inmediatas que se avizoran. Dándole, por tanto, mayor flexibilidad y adecuación, a esta época que no aprecia las formas, ni por su antigüedad, ni por su majestad, sino exclusivamente por su eficacia; que sigue apreciando como valor fundamental, el de la justicia, especialmente si se refiere a los más débiles (procesos de familia; de menores; del trabajo; ciertas formas del contencioso administrativo; etc.); que no puede soportar la exasperante lentitud en el obrar; que se sabe alejada de la comunicación y quiere buscar los modos de lograrla, en cualquiera de los planos de la relación humana y, por ende, también en el proceso." (Bidart & Vescovi, 1974 *apud* Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 1988: 13) —, com a exposiçãõ de motivos daquele que fora o Anteprojeto do Código de Processo Civil brasileiro, em 2010 — "O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo. A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa. Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil,

poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão." (Brasil, 2010: 14).

⁵ Roberto Omar Berizonce, processualista internacionalmente renomado, referir-se-ia de tal modo à este aspecto específico das reformas: "Profundas reformas constitucionales han traído consigo, entre otras, las nuevas Cartas de Brasil (Constitución Federal de 1988 y las sucesivas Enmiendas, especialmente la nº 45/2004), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), Venezuela (1999), México (1994 y posteriores), entre otras. En todas ellas, los

tradicionales 'bloques de constitucionalidad' se han visto notoriamente amplificados, con la consagración de nuevos derechos y garantías, propios de la tercera y cuarta 'generación', incluyendo la tutela de los derechos difusos y colectivos, de consumidores y usuarios en general y de protección del medio ambiente. Ha operado igualmente el fenómeno de la constitucionalización de las garantías — amparo, habeas corpus, habeas data — y, más específicamente, de aquella que asegura el acceso irrestricto a la jurisdicción y la tutela judicial efectiva, una de las garantías más trascendentes, por constituir el derecho a hacer valer los propios derechos. [...] En ese contexto, de generalización creciente, se gestan nuevos desafíos para el legislador de nuestros países, y no menos acuciantemente para los jueces, llamados todos a imaginar nuevos y más complejos instrumentos y técnicas procesales de todo tipo, para asegurar en concreto la virtualidad y operatividad de todo el catálogo de los nuevos derechos y garantías." (2011: 108-9).

⁶ "Chegava desta maneira à periferia capitalista endividada, e em particular à América Latina, uma versão adaptada das idéias liberais-conservadoras que já se difundiam pelo mundo desde o início da 'grande restauração'. Chegavam primeiro na forma de 'condicionalidades' indispensáveis à renegociação de suas dívidas externas e do seu retorno ao sistema financeiro internacional. Mas, logo à frente, estas renegociações foram secundadas por uma verdadeira revolução intelectual responsável por mudanças políticas e ideologias internas, extremamente rápidas e radicais. De tal maneira que, no seu devido momento, quase todas as velhas forças políticas liberais ou desenvolvimentistas e os novos grupos que surgiram com a luta pela redemocratização dos regimes militares, se alinharam e elegeram, democraticamente, coalizões de poder afinadas com as novas idéias liberaisconservadoras. No final dos anos oitenta sobravam muito poucos na América Latina que não estivessem completamente convencidos de que a crise dos anos oitenta tinha sido produzida pelos excessos estatais, ainda quando, à diferença dos países industrializados, estes excessos não pudessem ser atribuídos à extensão dos direitos e dos sistemas de proteção social que quase não existiam, nem tampouco ao excesso de demandas democráticas, uma vez que quase todos estes países vinham sendo governados há muito tempo por regimes autoritários muito pouco sensíveis aos apelos populistas." (Fiori, 1997: 121-22).

⁷ "En otras palabras, nosotros utilizamos el derecho, los actores e instituciones jurídicas como puntos de acceso a las luchas locales. Una vez que esta investigación preliminar ha sido emprendida, podemos entonces utilizar los hechos así hallados como decodificadores para ir más allá de la versión obtenida a partir del derecho. Recalamos, entonces, que si bien el

derecho facilita un punto de partida, es solamente eso, una entrada. En lugar de colocar al derecho en el centro de nuestra explicación, tal como lo hacen los estudios sobre las reformas judiciales o instituciones u organizaciones jurídicas particulares, nuestro método busca utilizar al derecho para producir un trabajo semejante al de los estudios de política comparada. Para entender al derecho de un modo más adecuado, es necesario observar lo que ocurre afuera del derecho.” (Dezalay & Garth, [2002]: 30).

⁸ “Las estrategias internacionales aluden a cómo los actores nacionales buscan utilizar el capital extranjero, que puede tomar forma de recursos, grados académicos, contactos, legitimidad, técnicas y conocimientos especializados — los cuales son enunciados aquí en plural para enfatizar la variedad de formas y tecnologías rivales — para así erigir su poder local. (Dezalay & Garth, [2002]: 30).

⁹ “[...], esta noción no denota una condición que pueda ser asida o mensurada, sino que se refiere a un lema o frase empleado para promover procesos de inversión en el derecho, así como en instituciones jurídicas.” (Dezalay & Garth, [2002]: 22)

¹⁰ “Ao Direito, e a seus intérpretes, e aplicadores, a ideologia assume um papel de consensualização — estabelecendo o universo de sentidos possíveis, sob o qual interagem os agentes —, e de dissuasão — ao excluir do âmbito dos sentidos possíveis de serem compartilhados, e, portanto, da tomada de posições possíveis, aqueles que não lhe reafirmem: “Para estar em desacordo sobre [um enunciado jurídico], é preciso estar de acordo sobre o terreno de desacordo’.” (Noblat, 2015: 19, citando também Bourdieu, 1999: 197).

¹¹ “Governance structures refer to the general rules in a society that define relations of competition, cooperation, and market-specific definitions of how firms should be organized. These rules define the legal and illegal forms of how firms can control competition. They take two forms: (1) laws and (2) informal institutional practices.” (Fligstein, 2000: 658).

¹² “Conceptions of control refer to understandings that structure perceptions of how a market works and that allow actors to interpret their world and act to control situations. A conception of control is simultaneously a worldview that allows actors to interpret the actions of others and a reflection of how the market is structured. Conceptions of control reflect market specific agreements between actors in firms on principles of internal organization (*i.e.*, forms of hierarchy), tactics for competition or cooperation, and the hierarchy or status ordering of firms in a given market. [...]. The state must ratify, help create, or at the very least, not oppose a conception of control.” (Fligstein, 2000: 658).

¹³ Mantemos como nossa posição, não obstante, a crítica de Esquirol: “Law’s failure in Latin America is the standard background for projects of law reform over the past half century of international development assistance to the region. This ‘failed law’ is quite peculiar though. Reformers often restate general limitations of law as particular deficiencies of Latin American legal systems. They measure shortcomings based on legal constructs often incommensurate with local arrangements. And, they generalize problems in one sector or country on Latin America as a whole. As a result, no amount of simple law reform can undo such a constant and irrepressible image of failure. Viewed this way, Latin America’s failed law is principally a discourse facilitating legal change. It also denies much of any value to existing law anywhere in the region. The latter may consist of different legal policies, local interests expressed in law, accumulated investments in specific legal institutions, or other considerations of the sort. Consequently, this failed law formula for reform is a harmful device. It undermines state law and institutions while simultaneously purporting to support them. It keeps a range of questions off the table, depriving all of the Americas of any real engagement with the pre-reform options embodied in the law of Latin American states. And, it weakens the position of many Latin Americans within international legal politics.” (2009: 75).

¹⁴ Esquirol (2008) reconhece — e, neste sentido, endossamos suas visões — duas categorias que englobariam os problemas mais comumente atribuídos aos sistemas jurídicos e de justiça latino-americanos, que seriam os ‘problemas funcionais’ — “This characterization encompasses common descriptions of system breakdown, lack of enforcement, inefficiency of legal procedures and transactions, insufficient capacity and training of legal professionals, and other aspects of negative performance.” (:80) — e ‘problemas jurídicos’ — “These include charges of antiquated law; legal formalism; law disconnected from society; the gap between law on the books and law in action; ill-fitting legal transplants; elite control of law; inefficient laws and institutions; subjectivity in the law; and rent-seeking.” (:82). De todo modo — e, ainda com o autor — estes mesmos problemas, atribuídos quase que exclusivamente aos sistemas jurídicos dos países latino-americanos, seriam identificáveis, em maior ou menor grau, em todos os sistemas jurídicos; assim, a mobilização de tais categorias, no contexto específico do continente latino-americano, atuaria como uma ferramenta de deslegitimação.

¹⁵ Neste sentido, assumimos a mesma posição de Manuel Hespánha, quando comentando o papel da análise do direito para compreender o mundo antigo, “Esta insistência no papel conformador do direito já o salientara Abraão Gurevic, quando se referiu à sociedade medieval como uma ‘sociedade construída sobre o direito’. Ao passo que esta natureza não legislativa,

mas prudencial do direito, foi depois magistralmente descrita por Z. Baumann no seu belo livro *Legislators and interpreters*. Mas nunca é demais esclarecer o que é que se quer dizer com isto de centralidade do direito, de tal modo o tema aparece obscuro para muitos leitores. De novo, uma questão de anacronismo. Hoje, quando falamos de centralidade do direito, entendemos que se fala no 'primado da lei', na ideia — que é muito comum entre os juristas — de que o mundo é um grande código e que, para conhecer o mundo, basta conhecer os códigos. Os antigos também diziam '*quod non est in libris (in actis), non est in mundo*' [o que não está nos livros (nos processos) não está no mundo]. Só que os livros de que eles falavam não eram os códigos de leis; eram os livros de doutrina jurídica, aquilo a que então se chamava o '*direito comum*' (*ius commune*). Por um lado, estes livros, que já tinham muito pouco a ver com os textos de direito romano ou canónico, a bem dizer não tinham nada a ver com as leis do reino. Daí que, ainda que algum historiador (do direito) ande obcecado com o direito, não liga quase nada às leis dos reis, embora possa ligar muito à doutrina dos juristas e Esquirol (2008) reconhece — e, neste sentido, endossamos suas visões — duas categorias que englobariam os problemas mais comumente atribuídos aos sistemas jurídicos e de justiça latino-americanos, que seriam os 'problemas funcionais' — "This characterization encompasses common descriptions of system breakdown, lack of enforcement, inefficiency of legal procedures and transactions, insufficient capacity and training of legal professionals, and other aspects of negative performance." (:80) — e 'problemas jurídicos' — "These include charges of antiquated law; legal formalism; law disconnected from society; the gap between law on the books and law in action; ill-fitting legal transplants; elite control of law; inefficient laws and institutions; subjectivity in the law; and rent-seeking." (:82). De todo modo — e, ainda com o autor — estes mesmos problemas, atribuídos quase que exclusivamente aos sistemas jurídicos dos países latino-americanos, seriam identificáveis, em maior ou menor grau, em todos os sistemas jurídicos; assim, a mobilização de tais categorias, no contexto específico do continente latino-americano, atuaria como uma ferramenta de deslegitimação.

¹⁶ Neste sentido, assumimos a mesma posição de Manuel Hespanha, quando comentando o papel da análise do direito para compreender o mundo antigo, "Esta insistência no papel conformador do direito já o salientara Abraão Gurevic, quando se referiu à sociedade medieval como uma 'sociedade construída sobre o direito'. Ao passo que esta natureza não legislativa, mas prudencial do direito, foi depois magistralmente descrita por Z. Baumann no seu belo livro *Legislators and interpreters*. Mas nunca é demais esclarecer o que é que se quer dizer com isto de centralidade do direito, de tal modo o tema aparece obscuro para muitos leitores. De novo, uma questão de anacronismo. Hoje, quando falamos de centralidade do direito, entendemos

que se fala no 'primado da lei', na ideia — que é muito comum entre os juristas — de que o mundo é um grande código e que, para conhecer o mundo, basta conhecer os códigos. Os antigos também diziam '*quod non est in libris (in actis), non est in mundo*' [o que não está nos livros (nos processos) não está no mundo]. Só que os livros de que eles falavam não eram os códigos de leis; eram os livros de doutrina jurídica, aquilo a que então se chamava o '*direito comum*' (*ius commune*). Por um lado, estes livros, que já tinham muito pouco a ver com os textos de direito romano ou canónico, a bem dizer não tinham nada a ver com as leis do reino. Daí que, ainda que algum historiador (do direito) ande obcecado com o direito, não liga quase nada às leis dos reis, embora possa ligar muito à doutrina dos juristas e à jurisprudência dos tribunais. Por outro lado, ligando muito a esta doutrina e a esta jurisprudência, ele tem que estar a ligar também muito ao direito praticado, ao direito vivido, aos arranjos da vida. É que uma das características do direito comum era a sua enorme flexibilidade, traduzida no facto de o direito local se impor ao direito geral e de, na prática, as particularidades de cada caso — e não as regras abstractas — decidirem da solução jurídica. Isso quer dizer que a centralidade do direito se traduzia, de facto, na centralidade dos poderes normativos locais, formais ou informais, dos usos das terras, das situações 'enraizadas' (*iura radicata*), na atenção às particularidades de caso; e, em resumo, na decisão das questões segundo as sensibilidades jurídicas locais, por muito longe que andassem daquilo que estava estabelecido nas leis formais do reino. Por fim, esta mesma flexibilidade do direito, engendrava uma possibilidade infinita de recursos, bem como a possibilidade de paralisar um comando, uma ordem, uma norma oficial, durante anos a fio, somando apelações a agravos, recursos eclesiásticos a recursos civis, súplicas ao rei (ao vice-rei, ao Conselho Ultramarino) aos mais variados embargos e medidas cautelares. Esta função 'desreguladora' e 'paralizante' do direito é imediatamente evidente a quem tiver trabalhado um pouquinho que seja com o direito desta época. Mas, para quem não passou por aí, direito significa antes imposição, cogência, execução, inflexibilidade, formalismo. Com isto, fecho o parênteses sobre o direito, esperando ter explicado porque é que, nas minhas análises, não me deixo 'magnetizar pelo mundo dos juristas e dos teólogos (...) esquecendo que a lei muitas vezes permanecia letra morta'. É que, neste mundo do direito prático doutrinal, a lei também permanecia, quase sempre, letra morta, em face das situações criadas pelas práticas locais. De facto, como escreveu Alexis Tocqueville, também citado pela prestigiada historiadora, 'Quem quisesse julgar o governo daquele [do Antigo Regime] tempo pelo conjunto das leis incorreria nos erros mais ridículos'. Mas o mesmo acontece a quem, para esse mundo, confunda direito com lei...' (Hespanha, 2007: 56-7, acréscimos entre parênteses e conchetes no original, omissões entre parênteses no original).

¹⁷ Neste sentido, “Por ejemplo, el frágil equilibrio del Estado brasileño ha sido repetidamente desafiado a lo largo del siglo XX, tanto afuera como adentro del ámbito del derecho. El derecho fue puesto a prueba, en parte, por cuanto un grupo relativamente conservador de abogados, cobijados bajo el manto de la legitimidad jurídica, afirmaron representar a las fuerzas sociales y a la sociedad brasileña en general. Personas ajenas al establecimiento y recién llegadas al mismo constantemente desafiaron dicha pretensión, ayudando a promover un ambiente de variables grados de confusión en la gobernabilidad y el ejercicio de la política. Como parte de ese desafío y las sucesivas respuestas al mismo, los brasileños volvieron su mirada a los artículos provenientes del exterior, pero sólo llegarían a importar aquellos insumos que encajaban adecuadamente con sus estrategias locales. De esta manera, el éxito del proceso de importación se encontraba inevitablemente atado a las luchas domésticas por el poder y a la competencia internacional para exportar técnicas y conocimientos estatales.” (Dezalay & Garth, [200]: 28-9).

¹⁸ “Ya que sabemos que existe un sesgo fundamental en nuestro enfoque a favor del escenario internacional, tratamos que ese sesgo fuera el núcleo de nuestra exposición. La pregunta es si lo que observamos a través de nuestro enfoque es primordialmente un producto de las versiones nacionales o si ello se encuentra determinado por factores internacionales, queriendo aludir con esto al poder de los Estados Unidos y de las instituciones que lo respaldan, como el Banco Mundial o el [Fondo Monetario Internacional].” (Dezalay & Garth, [2002]: 38).

¹⁹ “Es imposible analizar a los exportadores e importadores si no se tiene en cuenta cómo sus estrategias son precisadas y moldeadas por sus posiciones en los escenarios nacionales tanto del Norte como del Sur. Las estrategias internacionales no son fines en sí mismas. Ellas reconfiguran y redefinen los escenarios nacionales del poder estatal de acuerdo con agendas provenientes del Norte y del Sur. Por lo tanto, el enfoque propio de las estrategias internacionales permite la comprensión de la construcción y la redefinición del Estado — así como de los procesos hegemónicos y los nuevos universales que son tan importantes en dicha transformación.” (Dezalay & Garth, [2002]: 30).

²⁰ A escolha dos Códigos de Processo Civil a ser estudados, neste sentido, — apesar de aqui ser apresentada enquanto tal — não deveria apenas basear-se no critério temporal, de modo a evitar enviesamentos nas possíveis conclusões; se os Códigos aqui mencionados se apresentam quase como em sequência, os contextos — nacionais — em que foram discutidas suas premissas não se podem deixar de lado, sob pena de tornar inócua qualquer comparação.

Referências bibliográficas

Brasil, Poder Legislativo. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. (2010) *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Brasília/DF, Senado Federal, Presidência. [Originalmente Disponível Online].

Carothers, Thomas. (1998) The Rule of Law Revival. *Foreign Affairs*, 77 (2), Mar.-Apr., 1998, 95-106.

Dezalay, Yves; Garth, Bryant G. (Eds.) (2002) *Global Prescriptions: The Production, and Importation of a New Legal Orthodoxy*. Michigan, USA: Michigan University Press.

_____; _____. (2005 [2002]) *La internacionalización de las luchas por el poder: la competencia entre abogados y economistas por transformar los Estados latinoamericanos* [Edición Digital]; prólogo de César A. Rodríguez Garavito; Traducción de Antonio Barreto. Ciudad de México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México; Bogotá, D.F.: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.

Esquirol, Jorge L. (2008) The failed Law in America Latina. *The American Journal of Comparative Law*, American Society of Comparative Law, 56 (1), Winter, 75-124. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/20454604>>. Acesso em Set. 2019.

Fiori, José Luiz. (1997) Globalização, hegemonia e império. In: Tavares, Maria da C.; Fiori, José L. (orgs.). *Poder e dinheiro: uma economia política da globalização* (87-147). Petrópolis/RJ: Vozes.

Fligstein, Neil. (2015) The Political and Economic Sociology of International Economic Arrangements. In: Smelser, Neil J.; Swedberg, Richard (Eds.) *The Handbook of Economic Sociology* (183-212). New York, U.S.A. Oxford University Press.

Hespanha, António Manuel (2007) Depois do Leviatã. *Almanack Braziliense*, 5, Mar., 56-7. DOI: <<https://doi.org/10.11606/issn.1808-8139.voi5p55-66>>. Acesso em Set. 2019.

Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. (1988) *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica: Texto del Anteproyecto*. Montevideo, Uruguay: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Noblat, Francis. (2015) *Direito, desenvolvimento e reformas processuais: uma análise da influência dos Law and Development Movement e Banco Mundial nas reformas do sistema processual civil brasileiro pós-1988*. Dissertação (Mestrado acadêmico em Sociologia e Direito). Niterói: Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito, Universidade Federal Fluminense.

Pinheiro, Armando Castellar. (2009) Impacto sobre o crescimento: uma análise conceitual. In: Pinheiro, Armando Castellar. (Org.) *Judiciário e economia no Brasil* (1-40). Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais. Disponível em: <<http://static.scielo.org/scielobooks/zz9q9/pdf/castellar-9788579820199.pdf>>. Acesso em Set. 2019.



Santos, André Luis Nascimento dos. (2008) *A influência das Organizações Internacionais na reforma dos Judiciários de Argentina, Brasil e México: o Banco Mundial e a agenda do Acesso à Justiça*. Dissertação (Mestrado em Administração). Núcleo de Pós-Graduação em Administração, Escola de Administração, Universidade Federal da Bahia, Salvador/BA. Disponível em: <<http://www.adm.ufba.br/pt-br/publicacao/influencia-organizacoes-internacionais-reforma-judiciarios-argentina-brasil-mexico-banco>>. Acesso em Set. 2019.

Santos, Boaventura de S. (2007) *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. São Paulo, Brasil: Cortez.

Nueva Institucionalidad ambiental estatal en Chile: Estudio de caso

Alfredo García-Carmona

Resumen

El objetivo de esta ponencia es analizar las prácticas discursivas desplegadas por la nueva institucionalidad ambiental estatal a través de un caso emblemático. Se intenta dar cuenta de los efectos de diversas prácticas discursivas en la configuración de los campos de poder en territorios locales, donde las nuevas instituciones, protocolos, procesos, entre otros dispositivos, favorecen la conducción de la población en función de la instalación de proyectos con un alto impacto ambiental.

El problema de investigación se posiciona desde la ecología política y busca investigar un aspecto poco estudiado en el campo de los conflictos socioambientales: el rol de las instituciones públicas con "competencia ambiental". Para dar cuenta de este fenómeno se utilizará, desde lo teórico, el *enfoque de gubernamentalidad*, el cual analiza las prácticas de poder ejercidas por los sujetos que interactúan en torno a la institucionalidad ambiental. Metodológicamente se realiza un análisis genealógico documental de documentos oficiales de los distintos organismos de la institucionalidad ambiental sobre un proyecto (caso) emblemático de mega minería en el norte de Chile.

Los principales resultados observados dan cuenta de una serie de estrategias que posicionan regímenes de verdad respecto al Estado, Desarrollo, Ambiente, Ciudadanía y Democracia que se sustentan sobre un tratamiento neoliberal de la cuestión ambiental, en este sentido se plantean como conclusión que la institucionalidad ambiental opera como un dispositivo de gubernamentalidad territorial que adquiere modalidades específicas de ejercicio de poder, según sea el caso en que se desplieguen y el territorio en que se emplaza.

Palabras claves

Gubernamentalidad - Institucionalidad Ambiental - Estado Chile.

Introducción

Pascua Lama es el primero proyecto minero binacional (Chile-Argentina) en el mundo, en Chile está emplazado en el límite sur del desierto de Atacama, en la Región de Atacama. Chile es un país que históricamente ha basado su economía en la explotación mineral, lo cual representa el mayor aporte al PIB nacional.

Desde la década de los 1980 se vive en el país una transformación económica en torno a la instauración de un modelo económico neoliberal (Dictadura cívico-militar 1973-1989). Para sostener este modelo, se instaura a la vez, un modelo político a través de una serie de disposiciones jurídico-normativas partiendo por la Constitución 1980, e incluyendo distintas leyes, códigos y decretos. (En áreas de la minería, agua, agricultura, regionalización, orgánica estatal, entre otros).

Con la finalización de la dictadura, a partir del año 1990 con el “retorno a la democracia” se consolidan las bases estructurales del modelo neoliberal, y se promulgan nuevas leyes en función de nuevos campos que emergen en la opinión pública y la gestión del Estado. En este sentido, la cuestión ambiental se aborda debido a varios factores; primero a la proliferación de mega proyectos mineros que intensifican la extracción mineral, segundo debido al aumento de la inversión transnacional y tercero al aumento de efectos no deseados como la potencial contaminación, la escases de recursos y las afectaciones a la salud de la población.

En el año 1994, se promulga la ley de Bases del Medio Ambiente, que dentro de sus postulados anuncia la instalación de la Institucionalidad Ambiental. Es la primera vez que el Estado construye organismos específicamente enfocados en estas materias ambientales. Dicha institucionalidad instaura una serie de procedimientos, normativas reglamentos con el fin de proteger el medio ambiente, con lo cual se va implementando desde esos años paulatinamente una serie de prácticas que involucran multiplicidad de agentes.

En estos procesos que involucran a empresarios (nacionales y transnacionales) y ciudadanía en general, el Estado a través de esta institucionalidad ambiental ha jugado un rol clave para la implementación de los proyectos y la protección medioambiental. Este rol es un complejo set de acciones que guían las conductas de quienes se quieren instalar y las poblaciones locales, lo cual es posible observar a partir de casos concretos de proyectos.

De ahí el interés de analizar las prácticas discursivas en el ejercicio de poder que despliega dicha institucionalidad en un caso específico: Pascua Lama.

Fundamentación del problema

En esta investigación, se pretende estudiar como la institucionalidad ambiental, que se empieza implementar paulatinamente desde el 1994 en Chile, se presenta como una nueva etapa en cuanto a la estructura sociopolítica que sostiene el gobierno de los bienes comunes naturales. Se busca analizar la institucionalidad ambiental a partir de un territorio específico que es el Valle del Huasco en la región de Atacama, principalmente por la irrupción de un

megaproyecto minero en un valle sin intervención de esta naturaleza, lo cual resulta significativo para la construcción de conocimiento situado.

El operar de la institucionalidad ambiental supone un diálogo entre los diversos actores involucrados (locales nacionales e internacionales), y es esta institucionalidad quien tiene el rol de hacer, desde sus posicionamientos, una nueva forma de gestión para la "sostenibilidad" de la región en términos ambientales, económicos, políticos y sociales.

Para ello, y recogiendo los planteamientos de Héctor Alimonda (2011) respecto del necesario rescate de la dimensión histórica de los problemas socioambientales, se pretende indagar el devenir de las formas de gobierno público en torno al medio ambiente, a partir de su institucionalidad pública específica y su rol en un caso emblemático como el de Pascua Lama desde el 2000 al 2018.

Es poca la bibliografía específicamente orientada a la institucionalidad pública ambiental, lo más próximo se produce desde la ciencia política y la administración pública en general, de donde surgen los enfoques institucionales y neo institucionales, y se concentran desde un enfoque jurídico y formal para evaluar el diseño, implementación, ejecución y resultados de gestión. Pero ambos enfoques poseen una mirada más estructural-funcional vinculada a la evaluación de gestión, no abordando la importancia de las relaciones de poder ni las racionalidades de gobierno ejercidas en torno al gobierno de los bienes comunes naturales, ni tampoco considerando la diversidad de los sujetos en torno a su operar dentro de dicha estructurar. Por otra parte, excepcionalmente se focaliza en áreas específicas como lo ambiental.

De este modo, el observar el ejercicio de poder en el espacio de coordinación institucional ambiental, nos otorga la posibilidad de esclarecer cuáles son sus dinámicas; las prácticas discursivas y extra discursivas que dan cuenta de las formas de gobierno de los bienes comunes naturales. Para ello se hace necesario realizar un análisis micro de dichas interacciones para develar el rol de cada actor, sus formas de actuar, sus lenguajes, sus discursos, estrategias, conocimientos y valores, al momento de operar bajo esta institución ambiental estatal.

Por tanto, es necesario analizar la "institución ambiental estatal", entendida como el conjunto formalmente establecido por los organismos políticos administrativos del Estado a partir del Año 1994 con la promulgación de la ley de Bases de medio Ambiente, pero en la dinámica de sus acciones en un caso específico, es decir en la práctica concreta en donde entendemos se realizan una serie de prácticas que van cambiando en función de su aplicación en el tiempo.

Para ello, hemos seleccionado un caso emblemático que es cercano a la cronología de la institución ambiental: Pascua Lama.

Para ello nos orientaremos teóricamente a través del enfoque de gubernamentalidad. La gubernamentalidad es un concepto popularizado por Michel Foucault en su curso College de Francia en los años 1977-1978. Con dicho concepto el autor plantea un ajuste a su definición anterior del poder basado sobre la metáfora de guerra (hipótesis Nietzsche), y afirma que el poder deber ser ahora entendido como un gobierno (no más soberanía ni disciplina exclusivamente) sino como una "acción sobre acción", que "conduce la conducta", a través de toda una serie de complejos mecanismos en los que participan los sujetos. Este cambio en su foco analítico de tipo de poder, concentrándose ahora en el estudio del gobierno, se refleja en el neologismo gubernamentalidad, que reúnen el concepto de gobierno y mentalidad, (Murillo, 2011, de Marinis, 1999) haciendo alusión a un tercer componente de su anterior formulación poder/saber, ahora la subjetividad complementará el marco teórico de sus análisis. (Castro-Gómez 2010, Castro, 2004).

Entenderemos para este trabajo lo siguiente:

Se entiende la gubernamentalidad como el "conjunto constituido por las instituciones, los procedimientos, análisis y reflexiones, los cálculos y las tácticas que permiten ejercer esta forma tan específica y tan compleja, de poder, que tienen como meta principal la población, como forma primordial de saber, la economía política, y como instrumento técnico esencial, los dispositivos de seguridad" Foucault, (2006: 213)

Metodología

Siguiendo a Escolar se entiende que en el planteamiento de Foucault "no exista en sentido restringido una teoría del poder, sino más bien una analítica de éste". (Escolar, 2004:93). Por tanto, "el poder es el ejercicio del poder. Es decir, multiplicidad de dispositivos, organismos, artificios, funciones, tácticas, mecanismos" (Escolar, 2004:94). En atención a este planteo, la institucionalidad ambiental se analizará en su dinámica de ejercicio de poder, específicamente en su despliegue en el caso en cuestión. Para ello es necesario concentrarse en lo que Sevilla (2014) denomina como la "«historia del presente» —como arqueología de los elementos que componen las estructuras sociales contemporáneas — que nos permite comprender la génesis sociopolítica de los discursos, técnicas y prácticas" (Sevilla, 2014:51).

La unidad de análisis principal es la institucionalidad estatal ambiental durante el proceso de instalación del proyecto Pascua Lama 2000-2018. Por su parte, la unidad de información son

los enunciados realizados por dicha institucionalidad. Esta aproximación metodológica se condice con el marco teórico del enfoque de gubernamentalidad, y con sus procedimientos arqueológicos y genealógicos aplicados a un caso micro político y de mediana duración. Este enfoque teórico/metodológico propone avanzar sobre la complejidad del fenómeno en una forma retrospectiva, pero a partir del presente (historia del presente).

En una primera etapa, se parte de una serie de documentos del proceso mediante el cual la institución formal da curso a los procedimientos administrativos para la instalación del proyecto minero (2000-2018). Paulatinamente se dan una serie de distintos enunciados respecto al caso Pascua Lama, la institucionalidad ambiental, la población, la economía local, los actores validados a participar, los análisis de impacto, y una serie de tematizaciones que van dando cuenta de los ejercicios de poder y determinan el rol de la institucionalidad en estos ejercicios.

Para hablar de los enunciados de la institucionalidad estatal ambiental y definir a partir del análisis del discurso los ejercicios de poder desplegados es necesario hacer algunas precisiones. Respecto a la técnica recolección, esta investigación se realiza con la conformación de corpus y un análisis documental de material de archivo. Entendemos por material de archivo, "los textos escritos que no han sido obtenidos a partir de experiencias diseñadas por el investigador o propuestos al analista por otro profesional o por un particular con objetivos ya determinados, sino que se seleccionan entre aquellos que han sido susceptibles de ser conservados gracias a variados mecanismos sociales e institucionales que los constituyen en documentos" (Arnoux, 2006, 3).

Posteriormente, la técnica de análisis es la de análisis de discurso, entendiéndolo como "el análisis del uso real del lenguaje por locutores reales en situaciones reales" (Van Dijk, 1985). Este análisis busca vincular el análisis del "texto" con su "contexto", articula la "enunciación" con un "determinado lugar", entendiendo el lugar como espacio social (institución, protesta, tribunales) y campo discursivo (político, científico, ético), por ende, necesariamente interdisciplinario (Mainguineau, 1996).

En este sentido existen diferentes tipos de análisis: a) Análisis contrastativo, que permite delimitar formaciones discursivas y reconocer y confrontar posicionamientos ideológicos, b) Análisis de conformación de objetos discursivos a lo largo de un texto, análisis del intradiscurso y la matriz generadora de una serie que se transmite c) Reconocimiento de operaciones de reformulación interdiscursiva, analiza las transformaciones y permanencias desde los textos primeros a los posteriores. (Arnoux, 2006).

Proponemos para esta investigación los tipos b) y c) simultáneamente, para el análisis de los ejercicios de poder y las estrategias discursivas esgrimidas en el periodo de instalación del proyecto en la institucionalidad ambiental entre los años 2000-2018, analizando los objetos discursivos a lo largo de los textos y su devenir a partir de los diálogos entre actores en el contexto micro político y micro territorial.

Por otra parte, y en un segundo nivel, se considera también la necesidad de contextualizar el caso específico en las épocas precedentes (1980 y 1990); por lo que se analizarán las reformulaciones interdiscursivas, sus transformaciones y/o permanencias desde la Constitución 1980 hasta la instalación de la institucionalidad ambiental en la región de Atacama.

Resultados y discusión

El Valle del Huasco es un valle de tradición agrícola y campesina, cuestión que cambia con la llegada del Proyecto Pascua Lama, el cual comienza su aparición en el territorio, años antes, pero se formaliza su presencia cuando a través del ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental perteneciente a la Comisión Nacional de Medio Ambiente (CONAMA), da inicio a la obtención de permisos para operar.

La CONAMA (Institución reemplazada por el actual Ministerio de Medio Ambiente) tenía una estructura creada por la Ley General de Bases del Medio Ambiente N° 19.300, que distribuía su gestión a lo largo del país en oficinas regionales. En Atacama entonces, la COREMA (la comisión regional) es la encargada de gestionar la evaluación del proyecto Pascua Lama.

El año 2000 se presenta el Estudio de Impacto Ambiental por parte de la empresa, y a través de revisión del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental de la región se da comienzo a un proceso de revisión muy particular. Este proceso, también estipulado en la ley 19.300 del año 1994 y reglamentado el año 1997, contempla un estudio de alta complejidad que describe una "línea base" de la situación actual del lugar donde se emplazará el proyecto y evalúa los potenciales impactos que el proyecto tendrá para este lugar.

El documento que será analizado en este trabajo es la Resolución de Calificación Ambiental N° 39 del año 2001 (en adelante RCA), la que es considerada un documento fundamental en el marco de una investigación mayor, como el de las prácticas discursivas y extradiscursivas de la institucionalidad ambiental estatal en el caso Pascua Lama.

Me interesan algunos objetos discursivos que permiten evidenciar los ejercicios de poder de la institucionalidad; específicamente a través de sus prácticas discursivas y extradiscursivas. Entendemos que mediante diversos enunciados realizados en documentos oficiales como la

RCA se reformulan ciertos objetos discursivos que posibilitan la instalación de proyectos en territorios específicos y a partir de actores específicos, que proclaman el derecho a un medio ambiente libre de contaminación en un margen de acción limitado a las bases del modelo chileno.

La Autoridad ambiental, es como se autodefine el enunciador de este documento eso es un apelativo. También es autodefinida como Comisión regional de medio ambiente, o Comisión, que tiene dentro de sus principales funciones: “tomar el máximo de precauciones posibles, hasta donde el desarrollo científico tecnológico actual lo permita, para prevenir la ocurrencia de impactos ambientales no deseados o mitigar al máximo posible los impactos ambientales negativos que pueda tener el Proyecto”. (RCA, 2001: 333:334). Respecto a dichos impactos no deseados los posibles impactos negativos, esta definición es siempre discutible y se fundamenta en estudios científicos en algunos casos y en opiniones sin argumento en otros; principalmente en lo que respecta al medio humano.

El uso de autoridad ambiental y comisión regional de medio ambiente es interesante pues se genera un efecto de sentido respecto a la autoridad en un tema específico como lo ambiental, y dicha autoridad es quien decide. Esta autoridad recae en la comisión, que tiene una composición particular compuesta por varios actores de diversos sectores de la administración del Estado, pero que, reunidos exclusivamente para objeto de la evaluación ambiental, se define como autoridad en esta materia.

Esta autoridad ambiental opera en base a las funciones y “facultades [que] se encuentran establecidas en la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, la cual rige su accionar” (RCA, 2001:407,407). En atención a estas normativas la autoridad plantea “que los efectos, características y circunstancias del artículo 11 de la Ley 19.300, han sido adecuadamente considerados, definiéndose las medidas de mitigación y reparación apropiadas, y que se cumple con la normativa de carácter ambiental, de conformidad a lo señalado en el artículo 16 de la Ley 19.300” (RCA, 2001, 461:461)

La autoridad es un garante de que las condiciones de operación de un proyecto productivo no impactarán negativamente en el medio ambiente. Ante lo cual la autoridad garantiza y asegura que nada pase: “En consecuencia, esta Autoridad, considera que se han tomado todas las medidas posibles para un transporte seguro tanto hacia y desde el área del proyecto” (RCA, 2001:397,397).

Esta garantía es imperativa, se posiciona en respuesta y por sobre las observaciones de otros actores de manera explícita: “Esta observación de la ciudadanía asume que el desarrollo del

proyecto generará contaminación atmosférica por partículas y contaminación de las aguas, opinión que no es compartida por esta Comisión" (RCA, 2001:395:395), usando dicha autoridad para prevalecer con sus argumentos.

Por otra parte, la autoridad como objeto discursivo es quien califica el proyecto: "CALIFICAR FAVORABLEMENTE el Proyecto "Pascua Lama" de la Compañía Minera Nevada S.A., bajo las condiciones o exigencias establecidas en el numerando 4 de los Considerando de la presente Resolución." (RCA 2001, 925:925)

Por último, deja en claro que no podrán otros organismos superponerse a las competencias que como autoridad ambiental ejerce: "Una vez emitida esta Resolución, ningún Organismo competente en materia de permisos ambientales podrá negar las autorizaciones de su competencia aduciendo razones ambientales, como tampoco incluir exigencias adicionales de carácter ambiental a lo ya resuelto por esta Comisión como requisito de aprobación." (RCA 2001, 931:931)

Lo ambiental es enunciado de manera fragmentada a partir de los distintos aspectos que la comisión considera debe proteger en el marco de este proyecto. A grandes rasgos, los temas de mayor consideración ambiental son los que trata de resguardar en términos de "condiciones" impuestas por la comisión, estos aspectos están referidos al transporte de sustancias peligrosas (RCA, 2001: 24) y el sistema de control de drenaje ácido. (RCA, 201:24). Gran parte de la RCA tratará los potenciales impactos y las medidas que se deben tomar en torno al flujo de camiones que transporten los materiales de la mina y los potenciales impactos y medidas del drenaje ácido que se pueda dar por el relave (desechos) de la operación de la mina.

En segundo lugar, lo ambiental es abordado en torno al agua y los glaciares. El agua es una de las mayores referencias de la RCA en cuanto su calidad y cantidad estén aseguradas en el marco normativo vigente, y los glaciares se comienzan a visibilizar en cuanto son una fuente de aporte del agua importante en estas condiciones geográficas. Debido a esto es que las condiciones que impone la RCA es que se exige un plan de manejo de glaciares a la empresa (16). Luego, todo el resto de las condiciones serán relacionadas a temas de suelo, aire, flora y fauna.

En tercer lugar, cuanto a los aspectos del medio humano como componente de lo ambiental, las condiciones que la RCA exige a la empresa aborden temas socioeconómicos, patrimonial arqueológico y fiestas comunitarias tradicionales. Respecto a lo socioeconómico es interesante al observar en detalle las connotaciones que se dan a cada uno de los subtemas que lo conforman. En lo principal, la RCA vincula lo socioeconómico a evitar el contacto de los futuros

trabajadores del proyecto minero con la población local: "Para evitar que la afluencia de trabajadores genere alteraciones sociales significativas en las localidades rurales y pueblos cercanos (como Alto del Carmen y San Félix), el Proyecto dispondrá buses para el transporte terrestre del personal, tanto en la etapa de construcción como de operación del Proyecto" (RCA 2001, 631:631)

Así mismo, en cuanto a lo socioeconómico, se plantea que "El Titular del Proyecto deberá realizar programas de entrenamiento para los trabajadores contratados para la operación. Estos programas proporcionarán educación y habilidades complementarias a aquellos que no hayan culminado estudios secundarios, mejorando su nivel educacional." (RCA, 2001, 635:635). En lo socioeconómico, por tanto, se definen y configuran aspectos de resguardo de la tranquilidad de la población local por trabajadores externos, y a la vez la promesa de contratación de mano de obra local, con su respectiva preparación.

Otro aspecto interesante en lo socioeconómico es cuando la autoridad ambiental plantea que "el acceso al área del Proyecto no resulta fácil, por lo que, no existe ni se espera que exista una afluencia turística importante a la zona del proyecto, una vez concluida la vida útil de éste" (RCA, 2001, 505:505), cuestión que responde frente a los impactos en la actividad turística hecha por algunas organizaciones sociales.

Otro objeto discursivo vinculado estrechamente con lo ambiental es lo que no es ambiental, lo cual queda evidenciado en la RCA cuando la COREMA afirma que algunos temas no están bajo su competencia como autoridad ambiental.

Al respecto, en la RCA se afirma frente a las observaciones de las organizaciones sociales cuando preguntan respecto a qué beneficios directos pueden obtener de la empresa que: "Sin perjuicio de lo anterior, esta Autoridad Ambiental es del parecer que este tipo de solicitudes o acuerdos, entre la Empresa propietaria del Proyecto y la comunidad, deben hacerse desde otras instancias". (RCA 201, 328:328), por tanto no es competencia de la autoridad ambiental pero si es posible realizarse en otros espacios.

Por otra parte, queda claro que en la RCA la autoridad ambiental plantea que no es un órgano de resolución de problemas sociales, o de otro tipo, que pueda presentar la población, afirmando que "El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos y actividades, es un instrumento de gestión ambiental; no es una herramienta que resuelva problemas de infraestructura, sociales, económicos u otros" (RCA, 2001: 328:328).

Otro objeto discursivo interesante que surge en la RCA es el de **la población**, con frecuencia es enunciado a lo largo del documento en diversos contextos lo cual le va dando ciertas características particulares. Cuando se hacen referencias a la población la mayoría están vinculadas a las afectaciones que pudieran sufrir producto del flujo de transporte que tendría la empresa, y en ese sentido la población con mayor o menor cercanía a los caminos son enfatizados respecto a las medidas a tomar:

En este sentido, un énfasis relevante es el que se realiza sobre la población que asiste a establecimientos escolares cercano a los caminos, donde se plantea que las medidas se tomarán para el resguardo del aprendizaje de los niños: “Las emisiones de ruido generadas por el tráfico de los vehículos del Proyecto no debieran afectar ni la calidad de vida, ni los procesos de enseñanza aprendizaje de los niños”. (RCA, 2011:265:265)

Otro objeto discursivo que se va construyendo en la RCA es el de **educar a la población**, muy vinculado a la definición de la población anterior, se establece la necesidad de educar a la población frente a la instalación del proyecto y los potenciales impactos ocasionados. Se plantea que existan “programas de prevención y educación para la población en relación a accidentes ambientales con sustancias peligrosas. (RCA, 2001; 80:80), disponiendo que la empresa genere estas instancias educativas hacia la población, sobre todo cuando se trate de sustancias peligrosas.

La forma de establecer estas instancias educativas, están enunciadas de manera superficiales enfocadas a la información. La RCA plantea que son “necesarias la implementación de varias medidas tendientes a entregar información y educar a la población en estas materias”. (RCA, 2001: 82:82). Se conforma así un elemento fundamental para que la población pueda convivir con la empresa y su proyecto minero, donde la autoridad ambiental establece que deberán efectuarse “programas de educación para que la población conviva con una carretera de alto tráfico” (RCA, 2011:105:105)

Otro objeto es el de **la salud de la población**, cuando la autoridad ambiental establece que los impactos medio ambientales deben considerar en el medio humano la salud de la población, hace alusión a los riesgos en este sentido.

Al respecto se plantea en la RCA que “las operaciones que se desarrollarán en el área de la mina y en los botaderos de estéril no revisten riesgo para la salud de la población en lo que se refiere a calidad del aire y niveles de ruido. (RCA, 2001: 469:469). Por otra parte, cuando las organizaciones sociales observan que se “hace riesgosa la circulación de personas por el

camino, más aún cuando adultos mayores y niños deberán saltar las barreras de contención que se han instalado, limitando incluso la salida y entrada a predios". (RCA, 2011: 528:528)

La RCA establece como medida para cuidar la salud de la población la que "se instalarán señalizaciones de tránsito adecuadas, a través de todo el trayecto, sobre reducción de velocidad y clara indicación sobre los desvíos que deben seguir los vehículos que transiten por el camino de acceso hacia el área del Proyecto." (RCA, 2011: 475:475).

Por último, **el empleo** es un objeto discursivo central, pues aparece reiteradas veces (obstinadamente) en la RCA cuando se habla de la cantidad de trabajadores que empleó el proyecto minero en su fase de construcción y en su fase de operación. Esta referencia al número de trabajadores está dada por la preocupación del impacto que tendría en las localidades trabajadores exógenos al lugar. Sin embargo, la autoridad ambiental enfatiza que, por otra parte, gran parte de estos trabajos serán priorizados para los habitantes locales. Esta enunciación con el fin de explicitar que contribuirá al aumento de los índices de empleo en la región y a nivel de las localidades. Sin embargo, para ello, las personas deberán contar con una preparación que se visualiza no posee por lo cual se requerirá capacitar a las personas.

De esta forma la autoridad ambiental emplaza a la empresa a comprometerse con esta contratación de mano de obra local, la cual debe ser extendida por la empresa minera titular a las empresas contratistas con la cual establezca compromisos, y en caso de no llenar los cupos con trabajadores locales puede la empresa recurrir a otros trabajadores de distintas proveniencias.

Finalmente, además de lo recurrente de este objeto obstinado, llama la atención la posición en la que se dispone respecto a uno de los objetivos principales de la autoridad ambiental que es velar por el medio ambiente. En este sentido la autoridad ambiental plantea que los recursos naturales aun cuando no reporten beneficios directos a la región deben por lo menos beneficiar en la contratación de mano de obra local.

Reflexiones finales

Cuando afirmamos que la gubernamentalidad es una forma de gobierno de la población en donde las prácticas discursivas y extradiscursivas, pertenecen una compleja forma de ejercicio de poder, que se configuran a través de distintas instituciones, dispositivos de seguridad, procedimientos, cálculos, reflexiones, y que tienen como meta la población y como saber fundamental la economía política, estamos diciendo que el rol de la institucionalidad ambiental es fundamental como una institución que a través de un dispositivo específico, como es el

Sistema de evaluación ambiental, actualiza y reformula el entendimiento de lo ambiental como recursos naturales al servicio de la economía del modelo neoliberal chileno.

En este sentido, la institucionalidad ambiental y su dispositivo, genera todo un procedimiento para permitir la instalación de proyectos productivos velando por el medio ambiente a través de una serie de prácticas discursivas y extradiscursivas.

Respecto a las *prácticas discursivas*, se evidencia toda una serie de posicionamientos y circulación de objetos discursivos respecto a las materias ambientales que definen los impactos tanto negativos como positivos. En esta definición; lo social, parece ser abordado de manera menos fundamentada sobre estudios científicos que otras temáticas. En este mismo sentido, hay una difusa definición de que son los impactos sobre el medio humano (lo social) en la evaluación de lo ambiental, dando cabida de manera particular a temas como el empleo en la RCA.

A su vez, la autoridad ambiental, se presenta como un mediador y moderador de un diálogo entre diversos actores, pero que valdría la pena analizar con mayor detalle para ver como se reformulan las observaciones hechas por los distintos órganos del Estado en la RCA ya que en el enunciado no se especifican dichas observaciones, cuestión que si sucede con las observaciones de la sociedad civil. Aun así, podemos afirmar que el documento tiene un efecto de sentido de gran participación ciudadana y democrático en su expresión.

Así es posible dar cuenta de los efectos de sentido que se construyen en esta RCA dan cuenta de una autoridad ambiental, que posee facultad de ejercer un poder de gobierno sobre la población y sobre el territorio, en donde se reformulan una serie de objetos discursivos que son propios un tratamiento de la cuestión ambiental instaurada a nivel nacional por el Estado, pero que, en un territorio específico, son reformuladas en función de las peculiaridades del Valle del Huasco. En este sentido, esto posibilitó que en el periodo estudiado este proyecto haya sido aprobado en función de los argumentos aquí analizados, y que en el año 2018 sea clausurado cuando se evidenció que hubo una serie de afectaciones vinculadas a las particularidades del territorio: glaciares (superficialmente abordado) y etnias (completamente invisibilizado).

Estas prácticas discursivas que la gubernamentalidad neoliberal sostiene para el gobierno de la población, es dinámica y adaptativa al entorno en que sus ejercicios de poder se enfocan, para este caso los bienes comunes naturales de un Valle en el Desierto más árido del mundo. Uno de los dispositivos que esta gubernamentalidad neoliberal aplican, es la institucionalidad ambiental del Estado, que un contexto como en que analizamos, adquiere configuraciones únicas y estratégicas acordes al entorno natural, social, político y económico, por lo cual articula

una serie de categorías sobre el territorio para definir y actualizar, en el marco del modelo neoliberal instaurado, las nociones de a) institucionalidad, de b) ambiente, c) desarrollo, d) democracia. y e) participación

- a) Respecto a la *institucionalidad*, da cuenta de una autoridad aceptada y legitimidad, pero cuyas bases son indiscutibles e incuestionables en su génesis; aun cuando se funda en Dictadura y se perpetua sobre los cimientos jurídicos ahí sentados. La institucionalidad en sí, remite al Estado, pero es más que el Estado y en todo caso, no se vislumbra una claridad respecto a que es el Estado ahora en un modelo Neoliberal. Parece que es garante, juez, promotor, fiscalizados, mediador, subsidiario, entre otros. Sin embargo, continúa siendo una autoridad y un referente que dictamina y resuelve las formas de conducir a la población en casos de inserción de mega proyectos de gran impacto territorial. Nos parece que el papel del Estado y su institucionalidad reactualizada; es poco estudiado en su ejercicio de poder sobre todo en los diversos contextos micro geopolíticos en la diversidad de Chile.
- b) En cuanto a la definición de medio ambiente, sostenemos que en los enunciados del caso en cuestión se reactualiza el “paradigma de capitalización de la naturaleza” (Leff, 2004) y los núcleos del tratamiento neoliberal de la cuestión ambiental (Seoane, 2017). Todos los bienes comunes son mercantilizados, incluso los territorios como este, donde el agua es un bien de incalculable valor para la vida en el desierto, sin embargo se insiste en abordar dichas complejidades ecosistémicas bajo el “mercado del agua chileno”, cuestión que esta enunciada según la “conformación de la escasez como consideración subjetiva vinculada al deterioro del medio ambiente” (Seoane, 2017:328), lo cual pone en riesgo la capacidad de recarga del acuífero y se esté pensando en otras opciones como la desalinización del agua de mar como negocio de empresas privadas para la minería.
- c) En cuanto al Desarrollo, este es recurrentemente enunciado, y ya se ha convertido en un significativo vacío o mejor dicho “significante flotante”. En el caso en cuestión se configura con otra serie de conceptos como la “región minera”, “la empleabilidad”, “el crecimiento”, “el aprovechamiento de los recursos”, entre otros, lo cual va perfilando un sujeto que debe contribuir a este desarrollo como un incuestionable. Suscita como argumento la vocación minera de la región y del país, y posición en el discurso la relación minería/empleo que la institucionalidad reformula en la RCA.
- d) En lo que concierne a la noción de Democracia, se actualiza la idea “que los jugadores conocer las reglas”, en donde la libertad individual es la que permite a los ciudadanos

y empresarios establecer sus acuerdos entre privados. Esta constitución forma al Estado que se configura bajo la función de permitir y velar por el libre negocio de dejar actuar y dar las "condiciones de posibilidad para" el "acuerdo entre privados" (comúnmente utilizado entre los discursos de la institucionalidad ambiental estatal").

- e) Muy vinculado al anterior concepto, y la verdad todos muy estratégicamente posicionados, el concepto de **Participación** también es una piedra angular en todo el campo discursivo que reformula la institucionalidad ambiental. En este sentido, el orden de los actores los sitúa en igualdad formal entre empresas transnacionales, organizaciones comunitarias, estamentos comunales, etc., la aparente "igualdad ante la ley" naturaliza una enorme desigualdad de poder, que se manifiesta en prácticas extradiscursivas acá no presentadas. Pero la posibilidad de participar en estos espacios dispuestos por la institucionalidad dará legitimidad a las decisiones que se tomen, aun cuando esta participación está muy pauteada; y en donde frente a las prácticas discursivas de las empresas y la propia institucionalidad ambiental, la participación ciudadana queda "tácticamente controlada" en el proceso de Evaluación Ambiental.

Todos estos elementos, son reformulados a través de las prácticas discursivas y extradiscursivas que promueve el Estado y sus instituciones en Chile, donde la Institucionalidad Ambiental, relativamente nueva, parece un actor estratégico en estos ejercicios de poder. Cuando vemos que la ley define el medio ambiente como una "sistema global" y que involucra "la vida y todas sus manifestaciones", estamos explícitamente ante leyes que materializan la noción de biopolítica, y que deben me parece deben analizarse en sus devenires históricos de mediano y largo tramo cronológico.

Finamente, todas estas nociones (institucionalidad, desarrollo, participación, ambiente y democracia) me parecen que generan una disposición sobre las conductas de la población en contextos microterritoriales; que han contribuido a desplazar el ámbito de relaciones sociales y políticas a una esfera controlada y en donde las bases del modelo neoliberal se profundizan. Esta forma de conducir las propias conductas, requiere de una revisión constante de reconstrucción histórica y de memoria respecto a las formas políticas antes bloqueadas por los trágicos hechos de la dictadura, pero también en las reformulaciones hechas en supuesta "democracia" (democracia de baja intensidad), sobre todo en atención a que las nuevas disposiciones jurídicas, más el avance del capital, configuran en territorios específicos nuevos "dispositivos burocráticos neoliberales de gubernamentalidad territorial" como la institucionalidad ambiental.

Referencias bibliográficas

Maingueneau, Dominique (1976) *Introducciones al análisis del discurso.* , 1976.

Castro, Edgardo. (2004) *El vocabulario de Michel Foucault. Un recorrido alfabético por sus temas, conceptos y autores* Buenos Aires, Prometeo / Universidad Nacional de Quilmes, 2004

Castro-Gómez, Santiago, 2010 *Historia de la gubernamentalidad. Razón de Estado, liberalismo y neoliberalismo en Michel Foucault* / Santiago Castro-Gómez. - Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar; Universidad Santo Tomás de Aquino, 2010.

Foucault, Michel 2006 *Seguridad, territorio y población. Curso en el colege de France: 1977-1978.* (Buenos Aires: FCE)

Leff, Enrique 2004 *Racionalidad Ambiental. La reapropiación social de la naturaleza* (México: Siglo XXI)

Seoane, José (2017) *Las (re)configuracionesneoliberales de la cuestiónambiental: una arqueología de los documentos de NacionesUnidassobre el ambiente 1972-2012* / José Seoane; prólogo de Susana Murillo. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Luxemburg; Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Alimonda, Héctor (2011) *La colonialidad de la naturaleza. Una aproximación a la Ecología Política latinoamericana.* En: Alimonda H (comp.), *La colonización de la naturaleza*, Buenos Aires, Colección Grupos de Trabajo – CLACSO (pp. 19-54)

Escobar, A. (2011); "Ecología Política de la globalidad y la diferencia". En: Alimonda H (comp.), *La colonización de la naturaleza* (pp. 59-90), Buenos Aires, Colección Grupos de Trabajo – CLACSO.

Arnoux, E. (2006): *Análisis del discurso. Modos de abordar materiales de archivo*, "Presentación" y Cap. 1, Buenos Aires, Santiago Arcos.

De Marinis, Pablo 1999 *Gobierno, Gubernamentalidad, Foucault y los anglofoucaultianos* (o un ensayo sobre la racionalidad política del neoliberalismo), publicado en Fernando García Selgas y Ramon Ramos Torre (comp), *Globalización, riesgo, reflexividad. Tres temas de la teoría social contemporánea*, Madrid, Centro de investigaciones sociológicas.

Sevilla Buitrago, Álvaro 2013 *Hegemonía, gubernamentalidad, territorio. Apuntes metodológicos para una historia social de la planificación* EMPIRIA. Revista de Metodología de Ciencias Sociales.- Latindex.

Documentos estatales

RESOLUCION EXENTA N° 39 MAT.: Califica Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto "Pascua Lama". Copiapó, 25 de abril de 2001. Republica de Chile Comisión regional del medio ambiente Región de Atacama.

Tipo Norma: Ley 19300

Fecha Publicación :09-03-1994

Fecha Promulgación :01-03-1994

Organismo: MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA

Título: APRUEBA LEY SOBRE BASES GENERALES DEL MEDIO AMBIENTE

Tipo Versión: Última Versión De: 01-06-2016

Inicio Vigencia :01-06-2016

Id Norma :30667

Ultima Modificación :29-DIC-2017 447 EXENTA

URL: <https://www.leychile.cl/N?i=30667&f=2016-06-01&p=>

IV. PLURALISMO JURÍDICO Y AUTONOMÍA INDÍGENA

O acesso à justiça para as mulheres indígenas no estado plurinacional boliviano

Larissa Cristina de Sousa Ferro

Resumo

O presente trabalho trata do tema do acesso à justiça para as mulheres indígenas em território boliviano, em especial no contexto do governo de Evo Morales. O intuito é observar os avanços e também os desafios em garantir os direitos normatizados a partir da Constituição de 2009, em especial os direitos que tratam de um melhor acesso à justiça no âmbito do projeto de refundação estatal. A partir de uma visão que se atente não somente ao que acontece nos tribunais ordinários, mas também nas justiças indígenas e também nos processos sociais e políticos dessas mulheres. Para isso, se mostrou necessário um apanhado histórico do contexto boliviano de luta dos povos indígenas e da participação das mulheres e também da nova Constituição. O trabalho foi feito por meio de análise de documentos produzidos por órgãos internacionais, organizações de mulheres indígenas e encontros desses movimentos, além de algumas entrevistas feitas durante os estudos de mestrado. A partir desse levantamento foi possível refletir sobre os avanços e os problemas do acesso à justiça para as mulheres indígenas no novo Estado Plurinacional, ao mesmo tempo em que também se buscou reforçar o papel dessas mulheres como detentoras de vozes e ações que vêm lutando e criando estratégias para avançar em uma justiça intercultural de gênero.

Palavras-chave

Bolívia; mulheres indígenas; acesso à justiça; Novo Constitucionalismo;

Introdução

As sociedades latino-americanas desde o início dos processos de redemocratização, pós-ditaduras dos anos 80, passam por mudanças nas quais se vislumbram as demandas pela elaboração de novas cartas constitucionais. Tais cartas veem com o anseio da população por países mais democráticos e plurais, principalmente devido ao aumento da força dos movimentos sociais e da consolidação de temas como direitos humanos e meio ambiente no cenário internacional. O direito de acesso à justiça de forma igualitária e universal aparece neste novo cenário como um direito social fundamental e uma das premissas na busca de melhoria de vida das populações que foram secularmente marginalizadas, como as mulheres, as populações indígenas e negras. Os movimentos sociais e os próprios indivíduos começam a perceber essa esfera como de grande oportunidade para a concretização de seus direitos que

agora, em alguns casos estão garantidos constitucionalmente, mas que na prática continuam a ser constantemente violados (Ferro, 2019).

Em se tratando especificamente das mulheres indígenas, o contexto se torna ainda mais complexo por ser um grupo que precisa lidar com múltiplas exclusões, sendo elas (pelo menos) as de gênero, de etnia e de classe. O acesso à justiça para elas possui assim barreiras geográficas, econômicas, culturais e até mesmo linguísticas quando olhamos para o acesso à justiça estatal, e outras barreiras como as geracionais e de desigualdades de gênero quando se trata das justiças comunitárias indígenas, reconhecidas de maneira explícita constitucionalmente em alguns países, como no caso boliviano (Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH, 2017).

Em se tratando de Bolívia, a nova Carta Constitucional possui reconhecimento por suas diversas inovações na busca de representar a realidade plurinacional do país, considerando, por exemplo, as decisões dos distintos processos de justiças indígenas como legítimos e soberanos, além de artigos que versam sobre os direitos das mulheres como: a não discriminação, o direito da não violência (art.15), direitos sexuais e reprodutivos, equidade de gênero na participação política (art. 26) e o acesso à terra para as mulheres (art. 395 e 402).

O texto apresenta ainda uma linguagem inclusiva, não sexista, com a utilização de termos de ambos os sexos, demonstrando em certa medida as diferentes identidades e demandas de homens e mulheres na busca de um projeto de nação pluricultural, com respeito à diversidade. (Agreda, 2012) Por isso, o caso boliviano se tornou emblemático ao tratar dos direitos indígenas na região, em especial o direito a uma justiça intercultural e plurinacional. Portanto, esse caso se mostra também relevante para se estudar a situação das mulheres indígenas e seu acesso à justiça.

Partindo dessa reflexão inicial, o presente trabalho busca analisar de que forma o acesso à justiça para as mulheres indígenas bolivianas tem ocorrido, principalmente a partir do início do governo de Evo Morales e a nova Constituição Plurinacional com os avanços da constitucionalização das justiças originárias indígenas e campesinas, e as novas leis de combate às desigualdades de gênero dentro de um projeto que pretende descolonizar e despatriarcalizar as estruturas de poder, dentre elas também as estruturas jurídicas. Apresentando também seus desafios em transplantar para o âmbito prático seus princípios constitucionais e normativos em especial aqueles que inovam na busca de um acesso à justiça pluricultural as mulheres indígenas do país.

A análise realizada foi para além do caráter descritivo e possuiu o intuito exploratório e reflexivo, uma vez que através da revisão bibliográfica densa do tema em questão procurou-se entender os motivos, desafios e dificuldades que permeiam o acesso à justiça para as mulheres indígenas bolivianas mesmo depois de uma refundação estatal, que, ao menos no texto constitucional e no discurso oficial, deveriam favorecer os povos tradicionais e seus direitos sociais, políticos e econômicos.

Para tanto, o artigo foi feito a partir da minha pesquisa de mestrado durante os anos de 2017 a 2019. Essa pesquisa se fundamentou em reflexões a partir dos estudos subalternos latino-americanos para entender os conflitos entre a sociedade nacional e os povos indígenas desde o processo de colonização. Esses aportes ajudam a entender e desmitificar modelos que consideramos primordiais, como capitalismo, modernidade, e os próprios conceitos de Estado e cidadão latino-americano (como homem branco, católico, proprietário e letrado) sendo essenciais para se entender a própria busca por consolidação dos direitos e acesso à justiça das minorias étnicas da região. Ademais, os estudos subalternos nos mostram a extrema importância de se olhar para os indivíduos não como objetos e sim como sujeitos capazes de agência e donos dos seus próprios destinos. Isso é essencial para a pesquisa em questão, uma vez que a busca por estudar os desafios de acesso à justiça para as mulheres indígenas não se pauta a partir de uma ideia de revitimizá-las e sim de apresentar seu potencial de agentes e produtoras de alternativas para os problemas da colonização que elas e todos nós sofremos.

A técnica de coleta de dados escolhida foi, sobretudo, a de análise de documentos. Os principais documentos analisados foram artigos acadêmicos, análises históricas, além de reportagens e entrevistas jornalísticas, estudos etnográficos, dados e declarações de variados movimentos de mulheres indígenas bolivianas e de intelectuais feministas indígenas, sobre os percalços do acesso à justiça das mesmas no cenário atual do país e da América Latina em geral. A análise da Constituição boliviana e o processo de refundação estatal foram feitas principalmente a partir da reflexão do próprio texto constitucional e artigos acadêmicos que explicitam os silenciamentos de gênero em alguns momentos, principalmente nos que tratam do acesso à justiça. Os relatórios e diagnósticos feitos por atores internacionais como o Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher (UNIFEM – Países Andinos) junto com organizações nacionais e relatório da CIDH sobre as mulheres indígenas e seus direitos humanos nas Américas (2017), serão usados para entender os contextos mais abrangentes de violações de direitos e suas articulações com desigualdades de classe, de raça e de gênero.

Para compreender as dificuldades e desafios enfrentados pelas mulheres indígenas, o presente trabalho teve a preocupação na busca de fontes que pudessem ir além do discurso oficial de Estado, analisando fontes de organizações não estatais formadas por diversos setores da sociedade civil dentre elas organizações de mulheres indígenas. A partir da *Coordinadora de la Mujer*, uma rede que reúne 21 organizações não governamentais de mulheres indígenas e não indígenas na Bolívia, é possível ter acesso a documentos produzidos pelas organizações associadas sobre o contexto boliviano, assim como às transcrições de encontros promovidos por essa rede em diversas cidades como La Paz, Cochabamba, Santa Cruz, Beni, Chuquisaca e Tarija. Os dados de ONGs como a *Alianza Libres Sin Violencia* com a produção de diagnósticos e acompanhamento através de estudos em campo e entrevistas nos órgãos judiciais estatais, também tornaram possível a análise a partir de uma visão não governamental dos serviços oferecidos pelo Estado boliviano e seus órgãos responsáveis pelos casos de violações de direitos das mulheres no país.

A partir do grupo de mulheres denominadas feministas comunitárias antipatriarcal, é possível acessar ao programa televisivo boliviano *¡Despatriarcalización ya!*, onde estão disponíveis diversas entrevistas com representantes de grupos de movimentos sociais de mulheres, mulheres a frente de alguns trabalhos no governo boliviano e pensadoras feministas comunitárias que discutem os problemas das estruturas patriarcais, machistas e racistas e maneiras de superá-las.

Ademais, as diversas plataformas digitais das próprias organizações como a *Casa de la Mujer*, *O Centro de Capacitación de la Mujer Campesina de Tarija (CCIMCAT)*, *Agencia Plurinacional de Comunicación* e *Centro de Promoción de la Mujer Gregoria Apaza* contam com grande quantidade de informação sobre as organizações e também das estratégias de ações que estão sendo utilizadas por elas para superar as discriminações que vivem cotidianamente.

Por isso, apesar de durante os estudos de mestrado não ter sido possível conseguir financiamento para um eventual trabalho de campo em território boliviano, mostrou-se interessante e bastante enriquecedor buscar mesmo assim um contato direto, por meios eletrônicos com organizações ligadas aos movimentos sociais formadas majoritariamente por mulheres indígenas, ou que trabalham em consonância com elas, na luta diária contra as dificuldades de efetivação de seus direitos. Dessa forma, além dos materiais encontrados por meio dos canais eletrônicos mencionados este trabalho também contou com reflexões a partir de entrevistas feitas com o grupo de mulheres *Feministas Comunitárias Antipatriarcal* de La Paz e com representantes do *Centro de Capacitación e Investigación de la Mujer Campesina de Tarija*

(CCIMCAT), onde os nomes verdadeiros dos entrevistados foram mantidos, a pedido dos mesmos, com intuito de proliferar o conhecimento sobre suas organizações e trabalhos realizados.

O acesso à justiça estatal boliviana:

A história da resistência indígena boliviana, assim como da maioria dos países na América Latina, vem desde os tempos da colonização, quando os povos originários passaram por grandes violações tanto físicas como simbólicas. No caso boliviano, se mostra mais latente uma vez que quase 60% da população é composta por povos indígenas que foram historicamente marginalizados dos direitos sociais e políticos (Domingues, 2009).

Entretanto, é importante ressaltar que essa história não foi apenas de perdas e violações, mas também de muita luta e resistência como das figuras históricas de Tupac Katari e Bartolina Sisa². Apesar da persistência do colonialismo interno no novo Estado nacional a resistência indígena à colonização e à marginalização dessas populações foram contínuas. Elas tiveram seu ápice nos anos 90 contra o governo neoliberal com os movimentos dos *cocaleiros*, os cultivadores da folha de coca, de onde surgiu o futuro presidente Evo Morales, e ganharam grande destaque nas chamadas Guerra da Água (2000) e do Gás (2002)³.

Nesses processos, as mulheres indígenas foram sempre presentes, geralmente nos processos participativos internos de suas comunidades, mas também ultrapassando esses limites como o caso da líder Bartolina Sisa citado. Ademais, suas resistências cotidianas aos processos de colonização e colonialismo interno, mantendo tradições e rituais originários foram de extrema importância. Nos protestos do ano 2000 e na ascensão de Evo Morales, as mulheres indígenas também se colocaram muitas vezes a frente dos movimentos, sendo um marco para até mesmo reconhecimentos delas como grupos diferenciados.

O massacre do Gás, estar de frente do sistema de morte, frente às balas, por que havia militares disparando. Isso nos faz pensar o que é bom? Se o gringo não é bom, nós não somos bons para construir um mundo diferente, para viver com dignidade, o que é bom? Esse é um ponto em Bolívia que recobram a força dos povos indígenas. Não é que não existiam, que as mulheres indígenas não existiam antes disso. Mas que depois desse evento nos reconhecemos como aymaras, como quéchuas, publicamente (...) lá vimos que não somos iguais aos homens, não saíamos de casa, não estudávamos, não sabíamos do patriarcado nem do machismo não sabíamos o que significava isso. (Adriana Gúzman, comunicação pessoal em 26/04/2018 por meios eletrônicos, tradução nossa).

A ascensão de Evo Morales ao poder nas eleições de 2006, como primeiro representante indígena do país, foi reflexo dessas constantes lutas e mobilizações dos povos indígenas,

movimentos sociais de esquerda, e considerável apoio da classe média, contra os governos neoliberais e suas ações nos anos 90. Seu governo aparece como defensor das pautas formulada pelos movimentos sociais, na busca pela nacionalização de recursos naturais, contra o imperialismo colonial e patriarcal, e as realizações de reivindicações históricas de movimentos indígenas, como de autodeterminação e autonomia além da promessa de uma nova Assembleia Constituinte (Stefanoni, 2006).

A nova Constituição boliviana aparece concretizando esse movimento, já nos seus primeiros artigos, consolidando o projeto de Estado Plurinacional que aponta como parte essencial da nação boliviana as populações originárias indígenas e camponesas, mas não a partir de noções assimilacionistas como das normativas passadas e sim de maneira a respeitar sua autodeterminação e autonomia. Apontando ainda o objetivo da busca da descolonização de suas estruturas estatais, como a descentralização política através dos conceitos de plurinacionalidade e interculturalidade, já visíveis inclusive no próprio texto constitucional em se tratando da questão linguística, com a simplificação do texto e a incorporação de termos em *ayamara* e *quéchua*.

Artículo 2º

Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley (Bolivia, 2009).

Em se tratando de acesso à justiça, a nova carta inova principalmente ao reconhecer as justiças indígenas originárias camponesas (JIOCs) enquanto modos legítimos de resolução de conflitos, amparados em garantias constitucionais, com o peso simétrico diante de outras jurisdições ordinárias, podendo suas decisões serem revisadas apenas pelo Tribunal Constitucional Superior. A carta inaugurou um inovador pluralismo jurídico, ao mesmo tempo em que, o sistema judiciário estatal também se compromete a promover os valores da interculturalidade e igualdade de gênero nos art. 178 e 179.

Outras normativas que vieram após a constituição, como a nº 348 *Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia* (2013) e a lei nº 243 *Ley Contra el Acoso y Violencia Política hacia las Mujeres* (2012) apontam de maneira clara mecanismos de prevenção, disseminação de informação e punição de casos de violências contra as mulheres, inclusive se atentando para as necessidades multiculturais das mulheres indígenas, enfatizando a

necessidade de capacitação de mulheres urbanas e rurais (campesinas e indígenas) sobre o conhecimento de seus direitos, impulsionando a formação de promotoras comunitárias, demonstrando a importância da participação das mulheres dentro das comunidades rurais. Entretanto ao olharmos para a efetivação desses mecanismos diversos problemas nos saltam os olhos.

A falta de informação é o primeiro desafio a ser observado, uma vez que só é possível a busca por seus direitos a partir do momento de que se tem conhecimento deles. Outro desafio é a persistência da discriminação em espaços públicos, principalmente, para as mulheres indígenas devido a sua vestimenta, idioma e cor da pele. Os dados do Observatório de Gênero da *Coordinadora de la Mujer* mostram que entre as mulheres indígenas entrevistadas, 31,8% (trinta e um vírgula oito por cento) disseram que já foram discriminadas em espaços públicos por causa econômica e 27,2% (vinte e sete vírgula dois por cento) por sua vestimenta, 26,8% (vinte e seis vírgula oito por cento) por sua condição de ser mulher e 21,1% (vinte e um vírgula um por cento) por seu idioma. Enquanto que para as mulheres não indígenas os números diminuem para 17,2% (dezessete vírgula dois por cento) e 11,1% (onze vírgula um por cento), 13,5% (treze vírgula cinco por cento) e 7,8% (sete vírgula oito por cento) respectivamente.

A interiorização dessas discriminações se transforma em receios em serem ignoradas, maltratadas ou incompreendidas pelos oficiais de justiça. O despreparo dos policiais encarregados de recepcionar as denúncias de violência resulta na recusa daquelas enquadradas como violências psicológicas em razão dos funcionários não considerarem existirem elementos que provem a agressão. Esse cenário repercute em uma visão de pouca confiança no sistema de justiça estatal por essas mulheres.

Ademais, há o obstáculo geográfico, uma vez que grande parte dessas mulheres se encontram em áreas rurais longe dos grandes centros, onde ficam geralmente os locais de acesso à justiça. Além, quando conseguem chegar a esses locais, há o despreparo do pessoal em lidar com mulheres indígenas que muitas vezes não falam a língua espanhola. Por fim, ainda existe a ineficiência do próprio ordenamento jurídico estatal, onde por exemplo, segundo a ONG boliviana *Alianza Libres Sin Violencia* durante o primeiro ano da aplicação da lei 348 o Ministério Público teria recebido 11.000 denúncias, das quais apenas 30 tiveram sentença. Tais dados corroboram com a percepção de muitas mulheres que veem a justiça como ineficiente e dessa forma muitas vezes nem chegam a buscar as autoridades (ALSV, 2017). Ainda, segundo dados da *Coordinadora de la Mujer* 64% dos casos de violência contra a mulher estavam sem sentença, entre os anos de 2013 até 2016, e 60% das mulheres indígenas dizem ter pouca confiança no

sistema de justiça, fazendo com que na maioria dos casos de violações de direitos nem cheguem a procurar os órgãos estatais.

Os obstáculos enfrentados pelas mulheres indígenas no acesso às justiças estatais do continente são estruturais e devem ser enfrentados a partir de pilares que apontem uma perspectiva multidisciplinar que requer prevenção, investigação, punição e reparação, a partir de uma visão intercultural e de gênero que leve em conta aspectos culturais, visão de mundo e concepção de justiça. A participação de maneira central da mulher indígena demandante do processo é um fator essencial para a ideia de reparação e justiça, auxiliando a vítima a reaver o sentido de controle da sua própria vida, assim como a identificação de desafios e prioridades (CIDH, 2017).

O acesso às JIOCs para mulheres indígenas:

As justiças indígenas originárias campesinas, como sistemas de resolução de conflitos, já existem durante séculos desde antes mesmo do processo de colonização, e persistem até os dias atuais como forma de resolução de conflitos, seja por estarem em lugares afastados dos grandes centros, onde o Estado não se fez tão presente, seja como forma de resistências anticoloniais de saberes jurídicos e culturais das próprias comunidades, apontando melhor adequamento e legitimação para as populações a partir de seus diferentes valores culturais. Entretanto, elas não são entendidas como regidas por valores imutáveis, e assim como suas comunidades em si, também passaram, e ainda passam, por modificações significativas com o contato entre culturas, sendo ele forçado ou não, e advento dos meios de comunicação e difusão de informação. Entretanto, ainda mantiveram estruturas singulares que às diferenciam do sistema de resolução de conflito ordinário.

Com a nova Constituição o significado das JIOCs se expandiu para além da perspectiva culturalista ao constituir-se como resposta para limitações estruturais no acesso à justiça ordinária como a acessibilidade demarcada pelas distâncias geográfica e cultural, empecilhos linguísticos e custos econômicos. Constituídas de saberes, valores, práticas e procedimentos comunitários criam resoluções de conflitos prescindindo do marco positivo e fixo das normativas positivistas da justiça ordinária. A flexibilidade e dinamismo das JIOC possibilitam reformulações e mudanças a partir da reflexão comunitária e das particularidades dos casos em julgamento.

[...] um fiscal que vem e dá uma sentença de algo que não conhece, não sabe como vivia a moça com o assassino, se ele sempre foi violento, se nunca contribuiu na comunidade, se não era respeitoso, não sabe nada. Então vem e diz que é inocente. Em contraposição, a justiça em

comunidade serve porque não buscamos apenas o fato se não também se busca o caminho, a história da pessoa. Não buscam apenas ao moço, mas também a sua mãe, seu pai, seus próximos a comunidade, (Adriana Guzmán, comunicação pessoal, 26/04/2018 por meios eletrônicos, tradução nossa).

Entretanto as JIOC também são compelidas por casos de violências domésticas e abusos, situações em que as desigualdades de gênero e geracionais reverberam, principalmente, quando homens da comunidade ou familiares dos envolvidos são os responsáveis por realizar os julgamentos. Ainda existem também barreiras à representação política já que muitas vezes não se permite a participação feminina nas decisões comunitárias. Dessa forma, as mulheres indígenas veem mediante arranjos coletivos, buscando questionar tais estruturas desiguais.

(...) a justiça comunitária (também pode ser) machista [...] não funciona tão bem para casos de violência contra a mulher, feminicídios, etc. Não são considerados delito ou falta, não querem falar (idem).

Tendo os aportes das revisões bibliográficas da pesquisa de mestrado (Ferro, 2019) em mente é possível apontar algumas das principais áreas sensíveis para as mulheres na busca de uma efetivação de seus direitos nas justiças originárias, sendo elas: as difamações (*chismes*), heranças de terras, participação nas decisões políticas das comunidades, brigas entre casais, adultério e violência intrafamiliar. Esses pontos não têm a pretensão de esgotar os casos em que podem ocorrer de violações de direitos das mulheres indígenas, mas sim mostrar de certa forma um panorama geral da situação.

Dessa forma, é possível perceber que as questões relacionadas aos direitos das mulheres indígenas podem perpassar todos os conflitos tanto na justiça ordinária como nas justiças indígenas. As desigualdades de gênero existem nos dois sistemas, pois são frutos de um projeto colonial patriarcal que afetou tanto as sociedades nacionais como as sociedades indígenas, a partir do contato com o colonizador. Por isso, é importante ressaltar que a luta das mulheres indígenas pelo acesso à justiça, tanto nos âmbitos estatais quanto dentro das comunidades, não significa que elas são contra as justiças originárias, muito pelo contrário, os movimentos de mulheres indígenas estão constantemente reforçando os movimentos indígenas na busca pela consolidação de seus direitos coletivos de autonomia, inclusive de seus sistemas jurídicos. O que buscam é que esses direitos coletivos respeitem também seus direitos específicos, e inclusive que entendam os direitos das mulheres nas comunidades como um direito coletivo da comunidade para viver em harmonia e complementariedade, conceitos que suas culturas tanto prezam.

Estratégias e articulações de ação dos movimentos de mulheres indígenas

Durante a produção da pesquisa, no intuito de se observar articulações para além dos dados oficiais, foi possível observar mesmo de que maneira primária como as mulheres indígenas tem buscado se organizar para a luta a um acesso à justiça de gênero e ao mesmo tempo intercultural, deixando o lugar de meramente vítimas de uma situação de suspensão de direitos e se tornando atoras das próprias mudanças. Os seus incessantes trabalhos contam com o apoio de outras organizações de mulheres, ONGs, em certas situações também com organizações estatais e as próprias autoridades originárias homens dos movimentos indígenas. Um passo importante é a normatização de direitos que ainda não estão regulamentados, mas as realidades que elas vêm enfrentando, mostram que também é necessário ir além para que haja mudanças estruturais nos seus cotidianos de exploração e discriminação.

A partir da pesquisa realizada foi possível perceber que as estratégias dessas organizações tem sido principalmente investir em um trabalho de base com oficinas de capacitação, sensibilização e cura. Tal trabalho tem como ponto principal refletir junto aos companheiros das comunidades sobre casos de violações de direitos das mulheres, ao mesmo tempo em que também vem se focando em promover espaços de apoio para as mulheres, tanto em uma perspectiva de capacitação sobre seus direitos já existentes quanto na perspectiva de ouvi-las e refletirem juntas sobre situações vividas na busca de modificar suas realidades. É também a partir desses trabalhos de base que elas conseguem construir categorias e conceitos para compreender as diversas dimensões de violações de direitos que vêm sofrendo dentro e fora de suas comunidades a partir de uma perspectiva que leve em consideração seus valores e preceitos culturais. Como aponta Maria Eugênia Choque Quispe (citado em Montano, 2016):

La violencia es estructural, no solo está referida a la violencia física, psicológica, sexual, sino también las mujeres sufren una violencia espiritual, porque son violentados de manera integral. Violencia es también racismo, discriminación, marginación, patriarcalismo; la violencia pasa por todos esos escenarios. La mujer en estado de violencia se convierte en un objeto y todo el mundo te trata así; si vas a denunciar, pasas por todo el calvario para denunciar.

Considerações Finais

A pergunta de pesquisa desse trabalho suscitou diversas reflexões, não só sobre o tema inicialmente colocado como objetivo, como também questões que abarcam o aparato estrutural de exclusão dos Estados, não só do caso boliviano, como dos diversos países da América Latina. Ademais, permitiu um olhar que era de início predominantemente institucional

governamental se abrir, mesmo que em seus passos iniciais, às relações de poder e solidariedade entre os diversos âmbitos das sociedades nacionais.

Conclui-se que é necessário também, em um contexto de quase 10 anos após a última Constituição promulgada na região, que seja feita uma leitura mais crítica e realista desse momento único no Direito Latino-Americano com os novos ordenamentos jurídicos da região consolidados nas últimas décadas, onde são declaradas explicitamente a multiculturalidade e plurinacionalidade das sociedades nacionais, e a intenção de projetos de despatriarcalização e das estruturas de poder, incluindo do próprio aparato jurídico ordinário. É preciso olhar para as problemáticas reais que conceitos essencialistas podem gerar na criação ou consolidação de outras estruturas de desigualdades.

Ademais, foi possível mostrar que apesar do silenciamento histórico, as mulheres indígenas fizeram, e ainda fazem, parte importante na resistência ao colonialismo e ao neoliberalismo, estando juntas aos seus povos e na construção com os movimentos sociais do projeto de Bolívia Plurinacional. Inclusive, estiveram também presentes, na base do trabalho de criação e consolidação do próprio MAS e da eleição de Evo Morales, como o primeiro presidente indígena na Bolívia, e um novo governo com grande papel na democratização dos meios de decisão e produção de normativas. Entretanto, essas mudanças não se deram simplesmente de cima para baixo, como algo “dado” por um “governo bondoso”, elas foram construídas a partir da luta dos movimentos da sociedade civil e organizações sociais, inclusive de mulheres indígenas. Dessa forma, conseguiram, através da articulação e resistências durante anos, e em especial nos protestos e movimentações que antecederam o novo governo, a consolidação do projeto indígena-popular democrático.

A sistematização feita das normativas, leis e políticas de governo inovadoras mostraram os grandes avanços conseguidos com o novo governo indígena-popular, em especial a aprovação da Carta Constitucional, que deu prerrogativa para que as lutas continuem acontecendo. Entretanto, o que foi possível concluir com a pesquisa desenvolvida é que tais mudanças normativas, apesar de extremamente louváveis, com o passar de quase 10 anos depois da refundação do Estado Plurinacional, não foram ainda suficientes para a consolidação de mudanças estruturais a partir de um projeto de descolonização e de despatriarcalização. Até mesmo, em um caso como o boliviano que é apresentado muitas vezes como avançado em relação aos direitos coletivos interculturais, os percalços ao tratar de garantir que os direitos das mulheres indígenas sejam efetivados ainda estão presentes. A luta para que seja respeitada

uma vida sem violência e com dignidade, a partir de uma perspectiva intercultural como das mulheres indígenas ainda persiste nos dias de hoje, inclusive no caso boliviano.

Notas

¹ Disponíveis em : <http://www.feminismocomunitario.com/despatriarcalizacion°html>

² O líder indígena e sua companheira orquestraram uma das maiores rebeliões na época da colônia, com especulação de participação de 40 mil homens e mulheres, durante uma resistência que durou 2 anos para ser sufocada em 1781 na região do Alto Peru, grande parte do atual território boliviano e sul do território peruano.

³ Protestos contra a privatização das empresas de distribuição de água; Levante popular contra a exportação do gás sem visar o abastecimento interno em primeiro plano.

Referencias bibliográficas:

Agreda, Evelyn Rodríguez. 2012. *Del proceso constituyente al vivir bien desde la mirada de las mujeres*. In: *Mujeres en diálogo: Avanzando hacia la despatriarcalización en Bolivia*. Coordinadora de la Mujer, La Paz, Octubre de 2012.

Alianza Libres Sin Violencia. 2017. *Calidad y Efectividad de los servicios de las instituciones públicas responsables de la atención, persecución y sanción de la violencia contra las mujeres en Bolivia*. La Paz, 2017.

Bolivia, Constituição (2009). *Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia*. Sucre, Chuquisaca. 7 de fev. 2009, 107 p.

_____. Lei no. 243 de 28 de mai. de 2012. *Ley contra el acoso y violencia política hacia las mujeres*. Disponível em: <<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/g0299/104007/F226460565/BOLg0299.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

_____. Lei no. 348 de 9 de mar. de 2013. *Ley integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia*. Disponível em: <<https://www.migracion°gob.bo/upload/l348.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

CIDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Relatório mulheres indígenas e seus direitos humanos nas Américas*. OAS Official records, 2017. Disponível em: <https://www.oas.org/en/iachr/reports/pdfs/IndigenousWomen.pdf>. Acesso em: 26 de set de 2019.



Ferro, Larissa C. de Sousa. O Acesso à justiça para as mulheres indígenas no Estado Plurinacional Boliviano. (Dissertação de Mestrado, Universidade de Brasília), Brasília, 2019.

Gúzman, Adriana. Entrevista concedida em 26/04/2018 por meios eletrônicos, Brasília, 2018.

Montano, Sonia. *Violencia contra la mujer em Bolivia: leyes que no se cumplen*° Diálogo Académico e Investigaciones. Revista T'inkazos, nº39, 2016, pp.9-26.

Stefanoni, Pablo. *El nacionalismo indígena en el poder*. In: OSAL-Revista Observatorio Social de América Latina, Año VII, nº 19, enero-abril, 2006.

Formas de impartir justicia en comunidades aymaras y quechuas de Bolivia.

Una perspectiva desde el pluralismo jurídico

Héctor Luna Acevedo

Resumen

La ponencia se refiere a las formas de impartir justicia en las comunidades quechuas y aymaras en Bolivia en el marco del pluralismo jurídico. El trabajo es resultado de constantes visitas a comunidades aymaras y quechuas de la región altiplánica y valles del país. En ello se identifica una hibridación cultural en los ayllus y sindicatos por la influencia del Estado. Sin embargo, desde la Constitución 2009, que funda un Estado Plurinacional reconoce a la justicia indígena en igual jerarquía con la ordinaria (art. 179.II CPE). Esta figura despierta en las comunidades un empoderamiento de su territorio, recursos, de los mecanismos propios de resolución de conflictos; por ejemplo, la oralidad es una característica de cómo se aborda un conflicto en las comunidades. A ello se complementa con actas, documentos escritos que permite la disolución de un problema. Los casos recogidos en los trabajos de campo corresponden a comunidades de los departamentos de La Paz, Oruro y Potosí. En estos lugares en los últimos años emergieron distintos conflictos que reproducen normas y procedimientos ancestrales para resolver problemas entre miembros de una misma comunidad. Sin embargo, esta voluntad no es suficiente cuando la justicia ordinaria amparada en la Constitución desconoce la potestad de las comunidades que históricamente resolvían sus problemas. En ese contexto el pluralismo jurídico proclama la coexistencia de varios sistemas de justicia. Sin embargo, en la práctica operan criterios neocoloniales que subordinan a las autoridades indígenas ante la jurisdicción ordinaria.

Palabras claves

Justicia indígena, aymara, quechua, Bolivia.

Introducción

La transición de un modelo monocultural del Estado republicano a lo Plurinacional es un hecho inédito en Bolivia (De Sousa Santos, 2010; Fernández, et., al., 2000). Lo cual determina nuevas formas de impartir justicia y comprender desde una tradición oral las políticas que promueve el Estado. La Constitución Política del Estado reconoce los sistemas de justicia indígena de los aymaras, quechuas, guaraníes, y otros como una jurisdicción independiente y en igualdad de jerarquía con la ordinaria, agroambiental y especial¹. En este escenario, en las comunidades aymara-quechuas se identifican prácticas orales de resolución de problemas internos; para ello,



entran en juego varios elementos que condiciona la solución de un conflicto de tierras, familia, etc (Chuquimia, et., al., 2009). A diferencia en otras comunidades de la misma matriz cultural quechua o aymara, predomina la estructura sindical y se identifica prácticas que están estructuradas, ordenadas en reglamentos y estatutos orgánicos; en ese sentido, las comunidades rurales se asemejan a una organización moderna (Sánchez, 2005; 2007; Quisbert., et., al., 2006). Estas diferencias influyen en la dinámica de construcción del pluralismo jurídico, que el Estado asume parte de sus fundamentos constitucionales.

Para comprender el tema, cabe considerar desde dos posiciones; primero, desde las comunidades rurales que mantienen formas de organización desde el cual ejercen autoridad y resuelven conflictos jurídicos; aunque, están inmersos a un procedimiento burocrático, retribución monetaria siendo componentes que modifican la tradición ancestral de la justicia indígena (PROJURIDE, GIZ, 2012; Luna, 2011; Colque, et., al., 2016). Segundo, desde el Estado, donde, el pluralismo jurídico es un discurso, es una teoría, que pretende legitimarse a partir de una relación interjurisdiccional, lo cual, entra en contradicción por una parte por la ley 073 de Deslinde Jurisdiccional desde el 2010. Asimismo, por la vulneración de determinados derechos que niegan un ejercicio real del derecho de los pueblos indígenas. Por tanto, las formas orales y escritas de las comunidades rurales se convierten en referentes para el pluralismo jurídico, cuando estas formas pueden ser interpretadas en relación con las normas y procedimientos de la jurisdicción ordinaria. Estos temas se desarrollarán en la ponencia.

Metodología

La metodología de investigación para el presente trabajo es cualitativa. Esto significa que se ha utilizado como herramienta de recopilación de información de los ayllus y sindicatos campesinos de los departamentos de La Paz, Oruro y Cochabamba. Cada uno ha sido con base a reuniones realizadas en las comunidades de origen. El material de campo es producto de la Secretaría Técnica y Descolonización del Tribunal Constitucional Plurinacional, en el cual ejercí el cargo de sociólogo. Entonces, los testimonios o el análisis que se expone en el documento es producto de la labor realizada en dicha institucional de justicia constitucional. La misma fue entre los años 2012 a 2017. Y el análisis de datos se ha realizado conforma al análisis temático.

Fundamentos del problema

El pluralismo y la justicia de los pueblos indígenas en Bolivia

En Bolivia, el reconocimiento constitucional de la justicia indígena originaria campesina es la fuente para interpretar el pluralismo jurídico a partir de la realidad social donde existen formas

de resolución de conflictos con base a procedimientos orales; lo cual, se traduce en una hermenéutica de vida social, donde las personas interactúan de acuerdo a valores y principios propios de su tradición cultural; por ejemplo, en los ayllus Yura del departamento de Potosí (Rasnake, 1989), el diálogo es el recurso de deliberación de conflictos que predomina a nivel del núcleo familiar y luego en las asambleas de la comunidad. Asimismo, el trabajo, las fiestas son ámbitos de socialización, encuentros que fortalecen la cohesión social, se trata de una forma de vida donde la familia y la asamblea representan instancias de resolución de conflictos familiares.

Los avances de los derechos humanos permiten reconocer las normas y procedimientos de los pueblos indígenas en la estructura normativa del Estado, una muestra es la igualdad jerárquica que se reconoce desde la Constitución Política del Estado, en adelante CPE. Entonces, se advierte un concepto de pluralismo que nace del seno mismo del derecho moderno. Esto se enmarca en un relativismo cultural que no implica transformar el sistema de justicia que impera en los países “colonizados”. Por otra parte, la vertiente crítica del derecho también aborda el pluralismo jurídico que proviene de las corrientes marxistas, que cuestionan el carácter burgués del derecho positivo, “la justicia como parte de la superestructura”, según Althusser, entonces para él es un instrumento de la clase dominante. Con relación a la crítica del derecho, Antonio Wolkmer dice lo siguiente:

(...) En cuanto a la evolución de las posiciones epistemológicas de la Critique du Droit es preciso distinguir dos periodos. En un primer momento, de manera bastante atrevida y en contraposición a la ciencia jurídica tradicional, se busca la reconstrucción de una teoría general del derecho, apoyándose en el materialismo histórico-dialéctico. Posteriormente, de forma más cautelosa y abandonando el proyecto inicial, se intenta sistematizar una investigación concreta sobre los mecanismos de organización y reglamentación de la práctica jurídica (la tecnología de los modos de acción normativa) en el ámbito de la sociedad burguesa (Wolkmer, 2003: 49).

La denominación indígena originario campesino se interpreta desde tres conceptos: primero: campesino; segundo: originario, y tercero: indígena; pero desde la nueva Constitución Política del Estado lo “indígena originario campesino” representa a un solo sujeto histórico, excluido por la república. El ayllu es una organización aymara y quechua, en términos políticos es indígena originaria que imparte justicia y ejerce control en su territorio, conforme a sus códigos culturales, y cuenta con el Jilaqata (autoridad), mientras en las comunidades quechuas, la máxima autoridad se denomina Jilanku, Kurak Mallku. Cada autoridad ejerce su cargo con su esposa, quien cumple la misma función, expresando la lógica del chacha-warmi.

La Constitución Política del Estado (CPE) reconoce treinta y seis lenguas ancestrales en la misma condición. Lo cual es parte de la política de descolonización que enuncia la CPE en el art. 9.1.; sin embargo, es ambivalente cuando las políticas educativas mantienen el monopolio del castellano como idioma de enseñanza oficial en los niveles de formación escolar; más bien, la educación estatal promueve la enseñanza del inglés como un instrumento de la lengua para acceder a instituciones académicas del exterior.

En el ámbito de la justicia, los pueblos y naciones indígenas de Latinoamérica solucionan sus problemas con base a sus valores, principios que regulan la convivencia en la comunidad. Frente a este panorama el Estado reconoce sus derechos, aunque se les subordina a la Justicia Estatal². Reconocer el pluralismo jurídico es un ejercicio de abstracción de contextos sociales, donde, la auto-regulación de las relaciones sociales se da con el respeto a los principios y valores compartidos; mientras, a nivel de la teoría se presume de que el pluralismo jurídico es una realidad³.

Los pueblos ancestrales andinos, la convivencia en base a normas orales es común en comunidades aymaras o quechuas (Sánchez, 2009; Fernández, 2000; PROJURIDE-GTZ, 2012); por ejemplo, para resolver un problema, primero, la persona afectada acude a la autoridad indígena originaria campesina para hacer conocer su situación en forma verbal; segundo, la autoridad después de tener conocimiento del problema, convoca a una reunión a la víctima y a la parte acusada del daño; tercero, después de escuchar las versiones de ambas partes, la autoridad originaria con base a una reflexión y exhortación resuelve el problema.

El diálogo colectivo en las comunidades rurales es un medio de resolución de conflictos, ya sea entre particulares o en comunidades y ayllus, que emergen cuando alguien comete una falta o transgreden los valores morales de la comunidad. Se consideran como infracción o faltas a los actos de robo, abigeato, agresiones físicas, ofensas, calumnias, desobediencia a una disposición comunal, etc. Si una persona incurre en alguna falta el afectado acude al Jilaqata, Jilanku, kuraka que ejercen cargos con sus mama t'allas. En los sindicatos campesinos intervienen los secretarios de justicia y secretario general, quienes con base al estatuto y reglamento interno resuelven los problemas que se suscitan entre afiliados de la comunidad. Mientras en los ayllus los problemas se abordan previo con un acto ritual que permite iniciar la solución de conflicto que afecta al conjunto de la comunidad originaria; por ejemplo, el "pijchu" masticado de hoja de coca, representa un momento donde los participantes toman conciencia de su situación, para luego deliberar y resolver el problema llegando a un consenso entre partes.

De esa forma se disipan actitudes de confrontación entre las personas, familias o grupos de conflicto.

Por tanto, los procedimientos para resolver conflictos en comunidades rurales es en base un marco moral vigente y de principios compartidos, sobre todo en el ayllu, no significa acudir a una norma escrita como una ley, decreto, reglamento; sino más bien, los valores y principios determinan la sanción que impone la comunidad a quién infrinja con una falta. Mientras en los sindicatos los problemas se resuelven con base al estatuto y reglamento de la comunidad.

Los valores y principios de los pueblos indígenas es fuente desde donde se regula la convivencia en la familia, trabajo, organización; no se advierte una separación de funciones a nivel del ayllu, donde el Jilaqata tiene el deber de atender los problemas de la comunidad. Se evidencia de que no existe una división de funciones y competencias, la autoridad originaria atiende conflictos familiares, económicos, por la tenencia de tierra, conductas de desobediencia, etc., más bien predominan acciones comunes cuando encaran un problema hasta llegar a una solución entre las partes en conflicto y en forma comunitaria. Se trata de la expresión de una ética de vida. Pierre Clastres, antropólogo se refiere acerca de un caso de los pueblos Guayaki del Paraguay.

El intercambio mediante el cual un hombre da a otro su hija o su hermana no detiene allí la circulación, si así puede decirse, de esta mujer: el receptor de este mensaje deberá, a más corto o más largo plazo, compartir la lectura con otro hombre. El intercambio de mujeres es en sí mismo creador de alianzas entre familias; pero la poliandria, bajo la forma Guayaki, se sobrepone al intercambio de mujeres para cumplir una función bien determinada: permite preservar como cultura de vida social que el grupo construye mediante el intercambio de mujeres (Clastres, 2008:102)

Desde el derecho positivo se identifican dos niveles, primero: valores, moral, principios son fuentes de una norma. Segundo, las normas suponen la racionalización de los propios valores y principios, donde los enunciados de una norma es la expresión de la razón que se objetiva en un conjunto de normas como único modelo jurídico. La interpretación jurídica de una norma volviendo al plano social confronta con sus propios límites, cuando se identifican pueblos, culturas que conviven y se autorregulan desde sus valores y principios (Clastres, 2008). Significa que el derecho en su carácter dogmático, coercitivo, se vuelve incoherente cuando la realidad es cada vez más compleja. En el caso de Bolivia, con base a las normas positivas se ha impuesto un modelo unidimensional de resolver conflictos, siendo incoherente cuando las características sociales y culturales se adecuan a una sociedad plural, manifestándose en relaciones interculturales, donde existe una interacción entre de identidades culturales diferentes. Esta visión del contexto social rompe con la noción de sociedad mono cultural, frente a las

identidades lingüísticas, políticas, económicas y jurídicas. Con relación Boaventura De Sousa Santos, analiza la pluralidad como consecuencia del colonialismo interno en países de Bolivia y Ecuador, al respecto dice.

La pluralidad de la nación es el camino para construir la nación de la plurinacionalidad. Por eso la plurinacionalidad no es la negación de la nación sino el reconocimiento de que la nación está inconclusa. La polarización entre nación cívica y nación étnico-cultural es un punto de partida, pero no necesariamente un punto de llegada. El propio proceso histórico puede conducir a conceptos de nación que superen esa polarización (De Sousa Santos, 2010:92).

Las formas de regulación social se determinan desde los valores que tienen una tradición ancestral, mientras las positivas son ajenas a su forma de vida.

Resultados

La práctica oral y escrita en la justicia indígena originaria campesina

En una comunidad originaria como la aymara o quechua poseen normas orales, que resuelven sus problemas con base al diálogo comunitario, espacio de deliberación para resolver el conflicto (Fernández M., & Nicolás V., et., al., 2006), si se incumple las obligaciones comunitarias de posesión de tierra, para resolver esto la instancia de deliberación es la asamblea, reunión comunitaria donde las partes enfrentadas exponen sus puntos de vista, argumentan frente a las autoridades y miembros de la comunidad; luego las autoridades resuelven el problema en consulta con la misma comunidad, etc., los mismos puede consistir en multas económicas, en otros, en la expulsión de la comunidad, etc., ante esto si el infractor cumple la sanción que le fue impuesta se restablece la armonía en la comunidad. En un trabajo de campo realizado por una comisión técnica del Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia, se recoge la siguiente entrevista sobre un conflicto de terreno en una subcentral campesina del municipio de Mecapaca, La Paz.

Yo me acuerdo de un problema una hermana (comunaria) venía a la federación llorando con su mamá, que mi terreno me han quitado me han cortado riego, lloraba hartito, hartito, después el secretario general de la comunidad venía diciendo que no es así, que la señora es mal educada, estas cosas tiene, pero porque le han cortado el riego (le pregunta el dirigente de la federación) pero no trabaja, como nosotros nomás vamos a trabajárselo para ella, y ella va regarse sus chacras. Y un día hemos determinado bajar ya a la comunidad, el comité ejecutivo provincial, subcentral, asamblea general de la comunidad, y otra cosa ha sido, ya habían notificado, habían suspendido, habían tenido multa, ya estaba para expulsar, había varios motivos, esta semana otro marido hacía llegar, el subsiguiente mes, otro marido nomás también, otro marido (...) hemos bajado a la comunidad otro se ha visto, hemos empezado debatir desde las nueve de la mañana, le hemos dicho

a la señora pedite disculpas de la comunidad, no ha querido caprichosa, hemos aplicado la multa, que hemos hecho al final, ya hemos encontrado su debilidad, pero tampoco podíamos permitir que expulsen sin que se defiendan la señora, hemos dicho si vas a cumplir o no vamos cumplir, hemos preparado una acta tipo resolución, la acta hemos llenado, tres meses para que se reflexione la señora, (...) ese lugar tiene riego, es cálidos nomas, hemos considerado, si quieres cumples y si no quieres la multa..., tres meses como examen, te portas bien, sigue en la comunidad y si te portas mal es expulsión...ha cambiado totalmente su conducta. Secretario de Relaciones de la Federación Departamental Única de Trabajadores Campesinos de La Paz Tupac Katari, (comunicación personal, 3 de octubre del 2015).

La cita anterior refleja la solución de un problema en un sindicato aymara, que, en base al diálogo, reflexión, y bajo el principio del bienestar colectivo la comunidad está por encima del interés particular. Estos criterios conducen a las autoridades a resolver el caso de la señora que no obedecía los deberes del sindicato agrario. En las comunidades aymaras del departamento de La Paz existe una hibridación entre la tradición del ayllu con el sindicato agrario campesino; a diferencia, en los ayllus mantienen la tradición oral para resolver conflictos; es decir, el ayllu es un modelo social que, a pesar de los cambios exógenos, la oralidad sigue siendo el modo más legítimo de resolver problemas.

La estructura del ayllu y del sindicato agrario campesino

La reconstitución de las comunidades aymaras en ayllus, markas y suyus, crea nuevos escenario de conflictos a nivel de las comunidades campesinas, donde las familias o integrantes de la comunidad se fragmentan en dos posiciones, unos que tratan de seguir organizados bajo la estructura sindical, mientras otros, se convierten en organización originaria ayllu. Bajo esta lógica, retoman el uso del poncho y de símbolos ancestrales de la vestimenta y la organización comunitaria, donde el secretario general de la comunidad pasa a ser Sullka Mallku, Kamachi y Jilaqata del ayllu; es decir, los cargos de autoridad se vuelven dual, chacha – warmi, ejerciéndose desde el espacio geopolítico comunal hasta el espacio macro.

Estructura sindical		Estructura originaria	
Cargo de estructura sindical	Nivel de espacio territorial	Cargo Indígena Originario	Nivel de espacio territorial
Familia nuclear	Parcela	Jaqi	Sayaña
Secretario General	Comunidad	Sullka Jilaqata Tata Mallku	Comunidad

Secretario Ejecutivo	Sub – central campesina	Jilaqata	Ayllu
Secretario Ejecutivo	Central Campesina	Mallku	Marka
Secretario Ejecutivo	Federación Regional/Provincial	Apu Mallku	Suyu
Secretario Ejecutivo	Federación departamental	Jillir Apu Mallku Jillir Apu Mama	Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu
Secretario Ejecutivo	Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia	T'alla	

*Tabla No. 1. Característica de la relación estructura sindical y la estructura indígena originaria
Fuente: Fuente elaboración propia en base a entrevistas a autoridades de sindicatos agrarios campesinos y organizaciones originarias.*

Sin embargo, esta conversión de sindicato a originario desemboca en conflictos de carácter social, identitario, político y territorial, entre miembros de una misma comunidad. Primero en los territorios aymaras del departamento de La Paz, desde la década del cincuenta hasta la primera década del presente siglo. La estructura sindical como modelo de organización campesina está vigente a pesar del cambio nominal de sindicato a ayllu, marka; pero en su lógica organizativa sigue siendo sindical.

Directorio del Sindicato Agrario Campesino	Cuerpo de autoridades del ayllu
Secretario General del Sindicato	Jilaqata
Secretario de Relaciones	Lanti Jilaqata
Secretario de Justicia	Jaljiri Kamani
Secretario de hacienda	Qullqi Kamani
Secretario de actas	Qullquiri Kamani
Secretario de organización	Tantachayiri Kamani
Secretario de agricultura	Yapu Kamani
Secretario de Prensa y Propaganda	Chasqui Kamani
Secretario de Deportes	Anatayiri Kamani
Secretario de Porta estandarte	Wiphala Kamani

*Tabla No. 2. Transición de la estructura orgánica sindical, a la estructura indígena originaria
Fuente: Fuente elaboración propia en base a entrevistas a autoridades de sindicatos agrarios campesinos y organizaciones originarias.*

La tabla No. 2 expone la lógica en que las comunidades campesinas aymaras se organizan en Bolivia, de aquellas que se regían o se rigen bajo el modelo del sindicato, al convertirse en organización originaria, el ejercicio de autoridad se basa en los criterios propios de la tradición aymara. Esto desde los sindicatos agrarios, subcentrales, y centrales campesinas. Los parámetros de elección de autoridades siguen siendo las del ayllu, como ser: el sistema de rotación de cargos, muyuña, la trayectoria de cargos de autoridad, *Thaki*. Actualmente estos parámetros son más exigentes en los ayllus, o comunidades aymaras que asumen cargos de autoridad bajo el modelo de organización ancestral. En todo caso, esta realidad es visible en comunidades aymaras del departamento de La Paz, y Oruro, donde el ayllu se mantiene vigente como la organización que representa a las comunidades aymaras; mientras, el sindicato campesino es el modelo de organización del departamento de La Paz.

Esto significa, que no todos los integrantes de una comunidad campesinas están conformes cuando pretenden convertirse en una comunidad originaria; primero, porque las generaciones actuales desconocen los usos y costumbres de las comunidades, como también el idioma de origen. En ese sentido, la conversión a lo indígena originario aparece más como una acción política que proviene del Estado, a través de la Ley 027 de Deslinde Jurisdiccional, Ley de Territorios Indígena Originario Campesino (TIOC). Segundo, los factores sociales y económicos indican que la población del área rural (aymaras quechuas) emigran con mayor intensidad a las ciudades metrópolis, porque están próximas como El Alto y La Paz. El factor principal son las fuentes de trabajo que se trasladan del área rural al área urbana.

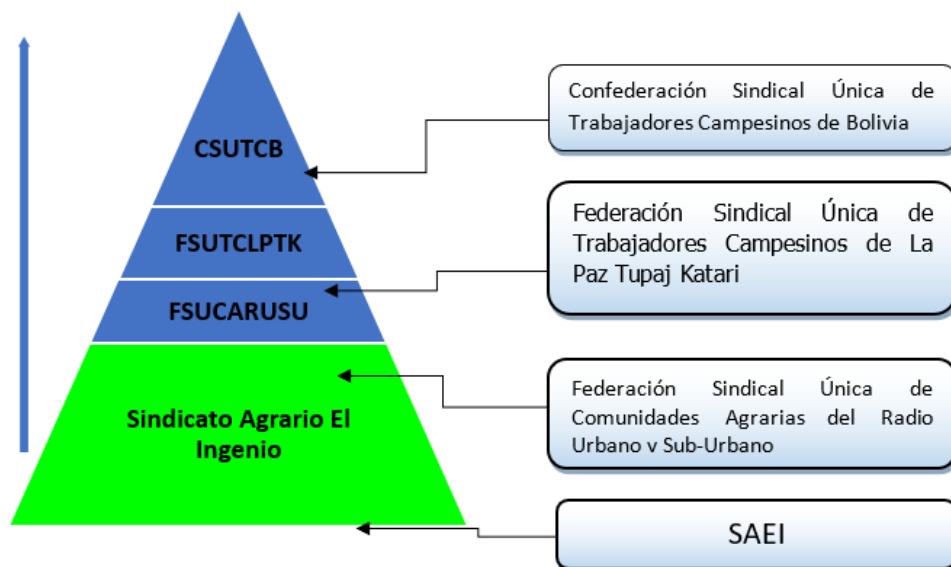
A nivel de la educación muchos jóvenes estudian en colegios de la ciudad, porque en las comunidades las escuelas son hasta primaria, la secundaria se encuentra en las capitales de municipios/provincias del departamento o del El Alto y La Paz. Esta realidad social de migración de la población joven campesina al área urbana cambia la matriz lingüística. Las generaciones jóvenes en su mayoría son monolingües, castellano hablantes, con excepción de los padres o abuelos cuya mayoría es bilingüe.

Es importante destacar la presencia de las instituciones del Estado en los municipios desde la participación popular de 1994 con la Ley 1551. Desde entonces la población rural organizada en sindicatos o ayllus asume la responsabilidad junto a las autoridades del municipio, de promover programas y proyectos de desarrollo (Blanes, 2000; Sánchez, 2004). La incidencia de las políticas de Estado provoca cambios en las comunidades campesinas a través de los proyectos de desarrollo que genera intereses entre grupos, comunidades, capta recursos estatales a favor del municipio. En ese orden la conversión de sindicatos a "comunidades originarias" se da por

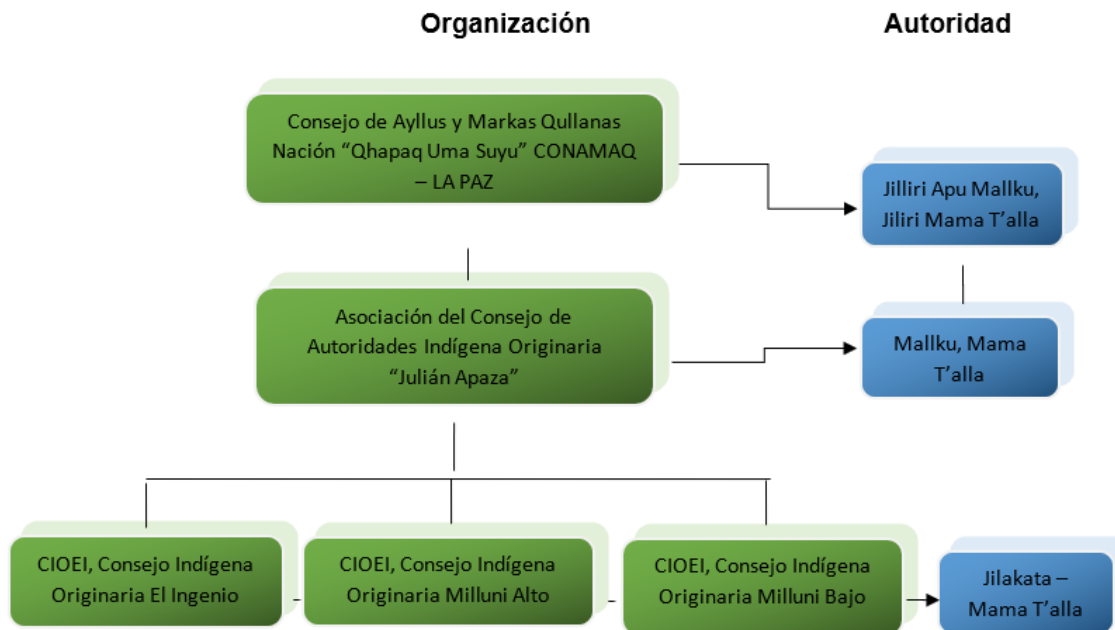
acceder a recursos fiscales; por ejemplo, en la comunidad originaria El Ingenio del departamento de La Paz, este se constituye como originaria. Esta organización se reconoce legalmente, con ello acceden a recursos del municipio. Más antes, la única representación era el sindicato agrario campesino. Lo que en los hechos crea una división entre las personas afiliadas a la comunidad originaria y al sindicato, los primeros tienen derecho a recibir recursos públicos, mientras los segundos se sienten excluidos del derecho de acceder a un presupuesto del municipio.

Las comunidades campesinas que conforman una estructura originaria, sus autoridades asumen las mismas tareas del sindicato agrario; por ejemplo, las atribuciones y obligaciones son los mismos, sólo es un cambio de nombre, en la práctica los originarios ejercen las mismas funciones de los cargos del sindicato con excepción del uso de símbolos tradicionales como el pocho, chicote, sombrero, invocación a los dioses tutelares practicados en actos públicos.

Retomando la justicia indígena los sindicatos a través del secretario de justicia, atienden un conflicto que surge de la comunidad. Cuando no se resuelve el caso pasa a la asamblea. Esta es la instancia de deliberación de conflictos que engloba a las familias de la comunidad. En ese orden abordan los problemas menores como ser los propases de ganado, robos, violaciones y conflictos entre comunidades. Este tipo de casos abordan en la asamblea del ayllu. A diferencia, en la estructura sindical los problemas graves los resuelven en la asamblea de la subcentral y central campesina. La asamblea, es la instancia de deliberación que en lengua aymara se conoce como *tantachawis*.



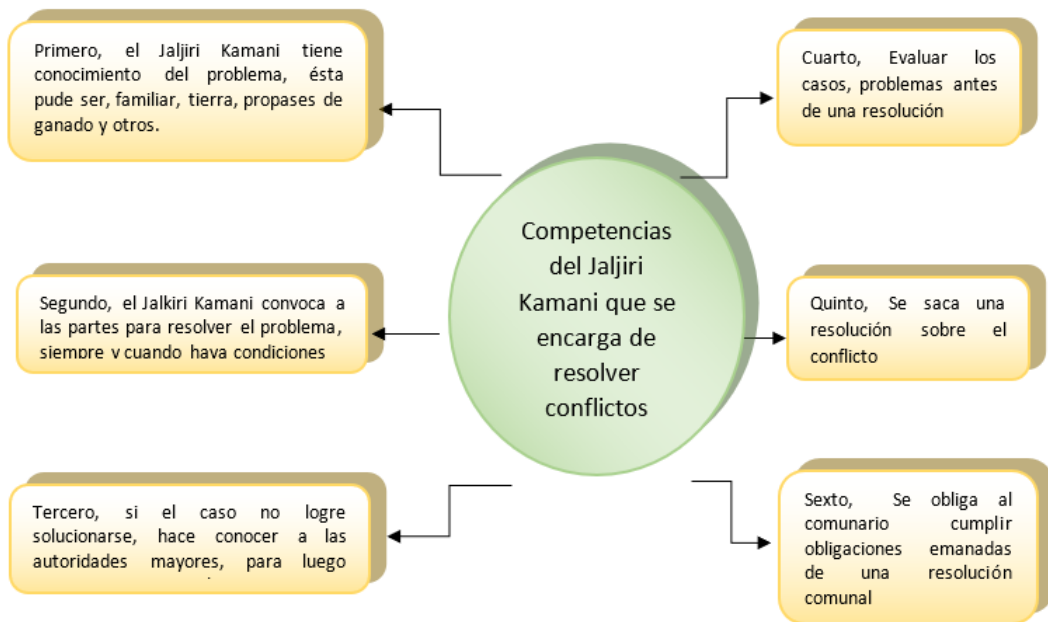
Estructura orgánica de dependencias sindicales a nivel Nacional
Fuente: Estudio Técnico producido por la Secretaría Técnica del TCP-Bolivia



*Estructura de dependencia de la comunidad originaria El Ingenio
Fuente: Estudio Técnico producido por la Secretaría Técnica del TCP-Bolivia*

Con relación a los procedimientos de resolución de conflictos no hay diferencia entre una organización sindical con la originaria. Con excepción de la representación simbólica. En el modelo de organización sindical cuando ocurre un problema entre dos comunarios, el Secretario de Justicia se encarga de resolver a través de una conciliación, si esto no sucede, el caso se aborda en una asamblea de la comunidad, donde las bases junto con sus autoridades deliberan las razones del suceso, analizan para después emitir una resolución sancionando el caso, lo cual se documenta en un libro de actas. Si se trata de delitos graves, las autoridades traspasan a la justicia ordinaria. Esta forma de acción es recurrente en las comunidades campesinas sindicalizadas y originarias de ayllus/marka/suyus. Las propias autoridades mencionan que cómo originario, o sindicato no están en condiciones de resolver delitos graves, porque no cuentan con recursos, personal, para investigar, solucionar delitos mayores; por ejemplo, crímenes, violaciones, contrabando, narcotráfico, y otros. En esa dirección, la misma Ley 027 del Deslinde Jurisdiccional diferencia la competencia de las autoridades de la Justicia Indígena Originaria Campesina (respecto a la justicia ordinaria) otorgando sólo competencias para resolver casos leves.

Por ejemplo, en la comunidad El Ingenio del departamento de La Paz, las autoridades del sindicato y los originarios, señalan que sólo resuelven conflictos de tierra, o problemas de menor grado en la comunidad. Cuando se trata de faltas mayores derivan a la policía, o a la justicia ordinaria.



Procedimiento de resolución de conflictos en la organización originaria y sindical
 Fuente: Memoria del I Congreso de Autoridades Indígena Originario Campesinos y el Tribunal Constitucional Plurinacional, Cochabamba, Bolivia 2013

En la actualidad en los ayllus y marcas cuentan con estatuto y reglamento interno. Esto rompe con la tradición oral de los aymaras, quechuas que sucede por la incorporación de valores de una sociedad de consumo, mercado, los cuales cambian la naturaleza de las comunidades originarias. Sánchez Serrano 2005, señalan que, en los municipios con la participación de las organizaciones campesinas y originarias en los programas de desarrollo, cambia la percepción de las comunidades originarias. En parte es historia, de que los aymaras practicaban sus normas de convivencia con base a una tradición oral. Actualmente el comportamiento de los miembros de un sindicato agrario o ayllu tiende a regularse por el estatuto y reglamento interno. Lo cual es motivada por las autoridades en las comunidades, donde, los dirigentes poseen una trayectoria escolar intermedia. En comunidades campesinas donde la población habita en la ciudad, las autoridades van a la comunidad solo por cumplir compromisos comunales, o determinadas obligaciones con sus ayllus o en sindicatos campesinos.

Discusión

En el plano teórico el pluralismo jurídico es un nuevo paradigma de reconocimiento de la diversidad de sistemas jurídicos existentes en un territorio nacional. Si bien hay un consenso sobre el pluralismo como una teoría social y jurídica, el problema es a nivel de lo fáctico. Es decir, desde el punto de vista teórico es comprensible de la interrelación entre sistemas jurídicos, pero desde el punto de vista de las comunidades campesinas, originarias, el problema no es jurídico sino tiene que ver con relaciones de poder entre la jurisdicción ordinaria e indígena

originaria campesina, el derecho positivo es más estatal, legitimado por las leyes, y la misma sociedad los valora en ese sentido. En cambio, en la jurisdicción indígena originaria campesina se ve una institucionalidad débil, sin un estándar de principios y normas que permita edificar una base común y se construya prácticas interjurisdiccionales, o la forma de operar en un determinado conflicto comunal. Por otro, centrándose en Bolivia, la misma Ley de Deslinde Jurisdiccional ha sido poco condescendiente con los derechos de los pueblos indígenas al limitarles en administrar su justicia. Esta situación ha dificultado aún más las formas ancestrales de ejercer justicia conforme a la cultural de origen. Si bien, el reconocimiento de la justicia ha sido un paso fundamental en el avance de los derechos humano. Sin embargo, el problema reside en materializar en las mismas comunidades. El Pluralismo ha generado un debate en las comunidades, porque las autoridades originarias han intentado imponer sus normas a casos concretos, frente a ello, los afectados reaccionan rechazando porque sus autoridades no estarían siendo parciales en las decisiones jurídicas.

Conclusión y reflexiones finales

La estructura de justicia originaria y sindical son dos formas vigentes en Bolivia.

En ambas la forma de impartir justicia es similar, con excepción de que los ayllus hacen prevalecer más la tradición oral, mientras los sindicatos se basan en sus estatutos y reglamentos internos que son las normas de la comunidad, desde de esto imparten justicia.

En ese contexto el pluralismo jurídico en el marco del Estado Plurinacional es un paradigma que permite a los pueblos indígenas fundamentar mejor sus prácticas jurídicas. Si bien se reconoce al pluralismo por su construcción teórica, en la práctica está el problema del poder interjurisdiccional, porque las normas lo limitan a las autoridades indígenas de ejercer su propia justicia para distintos casos de delitos. En cambio, desde la ordinaria los abogados siguen pensando que la jurisdicción indígena es un complemento, ayuda a resolver los problemas. Entonces, el problema de la jurisdicción indígena es con el Estado.

Notas

La Constitución Política del Estado reconoce cuatro jurisdicciones en el marco del pluralismo jurídico. Ordinaria, Indígena originaria campesino, agroambiental, y especial. Cada una de las jurisdicciones tiene una estructura, están organizados bajo la sujeción constitucional.

² La Constitución Política del Estado de Bolivia (CPE) en su art. 190.II. dice “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 Constitución”. Primero, los sistemas de justicia

de los pueblos indígena originario campesinos, imparten su justicia propia respetando los derechos fundamentales. Esto se interpreta como un principio de subordinación. Desde el modelo jurídico positivo, se sigue considerándose racional, universal, porque justamente se concibe como garante de la vida, de la protección de los derechos individuales, siendo una clara expresión del racionalismo positivista que parte del individuo como fundamento de la sociedad. A diferencia cuando se trata de los sistemas de justicia de los pueblos indígenas, según la Ley del Deslinde Jurisdiccional 073 se los limita su competencia solo a resolver problemas de tierra al interior de la comunidad indígena originaria campesina, aspecto que expresa la subordinación del sistema jurídico indígena al ordenamiento legal del estado, jurisdicción ordinaria y agroambiental.

³ En su generalidad el pluralismo jurídico se define como la coexistencia de varios sistemas jurídicos. Sin embargo, el concepto en el contexto de Bolivia se interpreta como una estrategia teórica para revertir la colonialidad del derecho positivo sobre la justicia indígena. La jurisprudencia constitucional 2012 a 2015 en materia de pueblos indígenas es mínima con relación a acciones que tiene que ver más con acciones tutelares.

Referencias bibliográficas

Chuquimia, R. Gery, y otros (2009). *La reconstitución del Jach'a Suyu y la Nación Pakajaqi, entre el poder local y la colonialidad del derecho indígena*, La Paz, Programa de Investigación Estratégica para Bolivia –PIEB

Clastres, Pierre. (2008). *La Sociedad contra el Estado*. La Plata, Terramar ediciones.

De Sousa Santos, Boaventura (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. La Paz, Plural Editores.

Fernandez, M. (2000). *La ley del ayllu: práctica de jach'a justicia y jisk'a justicia (justicia mayor y justicia menor) en la comunidades aymaras*. La Paz, Programa de Investigación Estratégica para Bolivia PIEB.

Gonzalo, Colque et., al., (2016). *Segunda Reforma Agraria, Una historia que incomoda*, La Paz, Fundación Tierra.

Luna, A. Héctor (2011). *Transformación de la legitimidad política en las autoridades indígenas del municipio de Turco, (departamento, Oruro - Bolivia) entre 2007 – 2010*. Tesis de Maestría, Programa de Maestría en Estudios de la Cultura, Mención Políticas Culturales, Área Letras. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador.

Quisbert, Máximo, y otros (2006). *Líderes Indígenas, Jóvenes aymaras en cargos de responsabilidad comunitaria*, La Paz, Programa de Investigación Estratégica para Bolivia, PIEB.

PROJURIDE, Jiz (2012). *Sistema jurídico indígena originario campesinos en Bolivia, tres aproximaciones: Curahuara de Carangas (Oruro), Sacaca (Potosí) y Charagua Norte (Santa Cruz)*, La Paz, GIZ.

Raznake, Roger. (1989). *Autoridad y poder en los Andes*. La Paz, HISBOL.

Sanchez, S. Rolando (1994). *Comunidades rurales ante el cambio y la modernización, Desarrollo interno y participación comunitaria frente a la evolución actual*, La Paz, CEBEM.

Sánchez, S. Rolando (2007) *Capital social y posibilidades de desarrollo en los municipios*, La Paz, Plural.

Wolkmer, A. (2003). *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.

Tierra, Territorio y Autonomía. El proceso de búsqueda de Autonomía y Autodeterminación en las comunidades Mapuches en Chile

Javier Lastra Bravo

Resumen

La exposición tiene como fin, plantear la problemática de Autonomía y Autodeterminación Mapuche en Chile. El problema de autonomía indígena tiene su origen en siglos pasados, en la llegada de la conquista española, donde el conflicto mapuche ha ido tomando distintos matices a lo largo de la historia, hasta transformarse en un tema totalmente contingente en Chile, en donde los derechos de autonomía y autodeterminación aun no son considerados formalmente. El objetivo de esta exposición es presentar la situación actual en Chile respecto al derecho indígena, en particular de sus derechos políticos -como la autonomía, autodeterminación, derecho consuetudinario y territorial, - los cuales han ido siendo aceptados paulatinamente en el derecho Internacional y en menor medida en el contexto nacional chileno. Para esto, se centra en primera instancia en realizar un recorrido y análisis histórico enfatizando momentos claves que han ido dando forma a la situación actual. Posteriormente, se realiza un análisis sobre los postulados y perspectiva de los diversos actores, y discursos presentes en este fenómeno. Siguiendo esto, se distinguen algunos de los actuales espacios de "protoautonomía indígena" presente en Chile, en particular las referentes a territorios y autonomía. Se presenta también un análisis sobre el proceso de construcción de pluralismo jurídico en Chile, indagando el sistema de Derecho y sus consideraciones político-sociales en cuanto a las comunidades indígenas. Para finalizar, se realiza un análisis sobre los obstáculos políticos y jurídicos presentes en Chile y las proyecciones futuras sobre el proceso de autonomía Mapuche.

Palabras claves

Derecho Indígena, Territorio, Autonomía y Autodeterminación. Pluralismo Jurídico.

Introducción y fundamentación del problema.

El derecho a la libre determinación es un derecho fundamental que se encuentra en la declaración de Naciones Unidas. Este derecho ha sido tomado en las últimas décadas como bandera de lucha de los pueblos indígenas en Latinoamérica, derecho por el cual se busca la preservación de la propia cultura de estos pueblos, lo cual se ha ido materializando en demandas de autonomía y territorio.

De igual manera, la demanda por establecer autonomías territoriales indígenas ha cobrado un interés notable en las distintas realidades nacionales de América Latina, formando hoy en día una parte sustantiva en las relaciones entre los pueblos indígenas y los estados (Gonzalez, Burguere, & Ortiz, 2010). Es así como en la actualidad existen en América Latina al menos seis países que han incluido en sus respectivas constituciones políticas alguna forma de autonomía territorial indígena o multiétnica: Panamá (1972), Nicaragua (1987), Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009), sin embargo, Chile se ha mantenido al margen de esta situación.

Uno de los problemas más importantes es como enfrentar esta situación de nuevos reconocimientos de derechos en la era de la globalización en donde el Estado nacional se encuentra en crisis. En Chile las autoridades gubernamentales han adoptado a lo largo de los años una óptica errada frente a la demanda indígena por autonomía, considerándola una amenaza separatista –tratado como un problema de seguridad pública-, en lugar de afrontarlo como el reclamo por una ciudadanía diferente que tiene su base en lo comunitario. Cabe señalar que durante los últimos veinte años la movilización mapuche y su demanda han evolucionado a un ritmo rápido y complejo.

Por otro lado, el Estado debiera asumir el compromiso de avanzar seriamente junto a los pueblos indígenas en definir límites territoriales donde prevalezcan tanto derechos individuales como especialmente colectivos, esto es, autonomía política. Si bien existen planes de ordenamiento territorial destinado a los pueblos indígenas, estos planes resultan inadecuado pues, en la mayoría de los casos, solo se limita a la focalización de recursos, lo que los hace insuficiente, concediendo escasa participación en las decisiones a las comunidades involucradas. Por lo tanto no cumplen con los requisitos de la actual demanda indígena por la reconstrucción territorial, autogobierno y autogestión de sus planes de desarrollo, ni menos con los estándares internacionales sobre Derechos Humanos y Derechos Indígenas.

Por otra parte, los regímenes autonómicos en América Latina no son la norma, sino la excepción. Europa tiene una mayor experiencia en el reconocimiento de esta modalidad de acomodación y reconocimiento de la diversidad lingüística, cultural y religiosa. En América Latina por lo general, y a pesar de los desarrollos legales en el derecho internacional respecto a los derechos de los pueblos indígenas, establecer autonomías territoriales y regímenes autonómicos en beneficio de dichos pueblos sigue siendo concebido por las élites gobernantes como una amenaza a los principios de integridad territorial y soberanía estatal. La insuficiencia de este marco legislativo adquiere particular gravedad en el caso chileno, donde durante los

últimos años se ha verificado un proceso de expansión de la economía global hacia los territorios indígenas, resultando en la proliferación de proyectos de inversión extractivos que afectan los derechos sobre sus tierras, recursos naturales y culturas. Así, los pueblos indígenas carecen de herramientas jurídicas para oponerse a estos proyectos, así como de asegurar su beneficio cuando consientan en su materialización

La problemática mapuche se ha desarrollado a lo largo de la historia, adquiriendo con el paso de los años nuevas dinámicas y discursos, como también aumentando su nivel de complejidad. Se debe destacar que la demanda mapuche de autonomía, tiene raíces en la historia de este pueblo, y se fue desarrollando con fuerza desde la década de 1970, presentándose de manera central en las agendas actuales de los movimientos sociales indígenas chilenos.

Al mismo tiempo, los indígenas exigen el reconocimiento de su carácter de pueblos, y por tanto, su derecho a autodeterminarse, orientando y decidiendo por sí mismos el sentido de su desarrollo y forma de vida, significando autónomamente su actividad. Esta apelación al derecho a la libre determinación, fundada en el derecho fundamental a vivir en su propia cultura, se concreta en la demanda por autonomía y territorio, la que tiene su correlato constitucional en el reconocimiento. Si bien estas exigencias no implican necesariamente la secesión del estado, sí suponen la autogestión de los recursos naturales, económicos y culturales, la autodeterminación política y, eventualmente, una ciudadanía diferenciado.

Quisiera señalar como ya lo he explicado en alguno de mis textos, si bien la nación mapuche gozo de autonomía y de reconocimiento por parte de la corona española y el estado chileno, hasta el año 1881 cuando fue anexado por la fuerza al estado Chileno, esta idea de autonomía a perdurado en el tiempo, y más bien, se ha ido manifestando de diversas maneras a lo largo de la historia y se ha mantenido en constante desarrollo hasta el día de hoy, en donde se levantan diversos discurso sobre el tema, los cuales varían desde el apoyo a la demanda como la contraposición a esta misma.

Es por esta razón que la presente ponencia tiene relevancia en cuanto al actual escenario chileno, puesto que se trata de dilucidar cuales son las bases legales sobre las cuales las demandas de autodeterminación se constituyen y cuáles son las reales posibilidades de implementación en el escenario actual chileno. Así como también la identificación de los principales discursos sobre autonomía política presente en las comunidades indígenas mapuches.

Con esta presentación pretendo contribuir a la discusión en torno a las demandas de los pueblos indígenas, en particular las de territorio y autonomía, y las implicancias que tienen en nuestro

ordenamiento constitucional y de paso vislumbrar el cuestionamiento que suponen a la idea del monopolio estatal de lo público.

Contexto Histórico de la problemática y la relación entre el Estado Chileno y el Pueblo Mapuche

Para entender lo que es el proceso de construcción o búsqueda de la autodeterminación y autonomía en el caso pueblo mapuche en Chile, se hace relevante comprender la singularidad que este pueblo posee. Un aspecto central es la idea o el concepto de *tierra* que los mapuches poseen, concepto central en el proceso de autonomía, el cual formó parte esencial de su identidad tras siglos de convivencias fronteriza con el Reino de Chile. La pérdida del territorio mapuche, podríamos señalarla como un proceso relativamente reciente que va de la mano con el proceso de configuración de la naciente República de Chile y su propia configuración de territorialidad e identidad.

A partir del siglo XVI comienza el proceso expansionista europeo en la América Indígena. En poco tiempo la Corona de Castilla logra dominar un vasto territorio y población. Grandes imperios como el Inca y Azteca cayeron sorprendentemente rápido frente al ataque de los europeos. Sin embargo, el avance militar de las huestes españolas hacia el sur del continente se encontraría con un pueblo que defendería tenazmente su territorio al sur del río *Bíobío*, obligando a las autoridades españolas a negociar y reconocer los límites del territorio del pueblo mapuche. Es así como en 1641 se firma *El Parlamento de Quilín*, tratado celebrado entre los representantes de la Corona española y las autoridades mapuche que reconoció la frontera del territorio mapuche en el río *Biobío*, más allá de él el pueblo mapuche gozaba de total autonomía hasta el río *Toltén*. En este tratado se reconocía de hecho y en derecho, la soberanía mapuche que posteriormente fue refrendada en diversos parlamentos, el fundamento de estos era que España reconocía al pueblo mapuche como nación (Lastra, 2018).

Es así como la resistencia de casi tres siglos del pueblo mapuche, hace fracasar el proyecto español de conquistarlos junto a sus territorios al sur del Bío-Bío, dando paso a una segunda etapa entre la relación mapuche-español, a lo que la historia de Chile llama la *Colonia* (Foerster, 2002). En este periodo de Colonia surge la modalidad de los parlamentos en donde se busca evitar la guerra y en donde tantos mapuches como españoles buscan un pacto de co-gobernabilidad mediante la celebración de diversos tratados, que les permita convivir de manera semi pacífica.

Una vez lograda la Independencia de Chile, el Director Supremo, *Bernardo O'Higgins*, dictó un *Bando* que resume y vaticina la política indígena que adoptaría el Estado chileno con el pueblo mapuche. En el documento se reconoce la pobreza, la discriminación y la explotación indígena durante siglos de dominio español, planteando como solución la asimilación integral a la cultura chilena, por medio de la igualdad de derechos con el criollo, desconociendo las particularidades culturales de los pueblos indígenas y negando su participación en la conformación de una identidad nacional. La elite dominante, bajo los preceptos de Estado-Nación, creía en la construcción de un nuevo estado unitario, con un solo ente político y jurídico, que se constituía en un territorio determinado, por lo cual no existía espacio para la diversidad cultural (Pinto, 2000).

Es así como la naciente república chilena, se enfocó en consolidar su territorio, por lo cual era necesario apropiarse de los recursos económicos presentes en el territorio de los mapuches. Este proceso ocurre en 1867 y fue llamado por la historia chilena como la Pacificación de la Araucanía, proceso que de pacífico poca tenía, sino que era más bien una guerra de exterminio desde el gobierno de Chile hacia los mapuches (Bengoa, 1985). Es así que promediando el siglo XIX, el Estado chileno premunido de leyes y armas comenzó la ocupación y el despojo del territorio mapuche. Durante la segunda mitad del siglo XIX, se dictan una serie de normativas que fueron limitando aún más su autonomía y territorio. El 2 de julio de 1852, se dicta la Ley que crea la Provincia de Arauco y se incorpora "jurídicamente" el territorio mapuche a la República con un importante actuar del Ejército chileno, el cual ocupó el territorio mapuche con un considerable saldo de muerte y destrucción.

Proceso de Radicación

Después de lo vivido en el siglo XIX, el territorio tradicionalmente mapuche y de carácter ancestral vivió un proceso de desarticulación y fragmentación, ya que se implementaron procesos como los títulos de merced y las reducciones. Herramientas que no hacían caso a la idea de territorio presente en la cultura mapuche. Todo esto fue llevado por intereses estatales de ámbito tanto económicos como asimilacionistas, en donde el ideal del progreso pensado por el Estado de Chile, legitimó el proceso bajo la idea de una "gran tarea civilizatoria" en donde era menester erradicar el salvajismo y la barbarie de los indígenas.

Es así como el 4 de diciembre de 1866, el estado de Chile dicta una ley en la cual se establecía el sistema de radicación. Por medio de esta ley, se validaría las usurpaciones de tierras indígenas, efectuadas por los particulares por medio del reconocimiento de los derechos de todos aquellos fundos cuyos títulos estuvieran inscritos en forma legal. En el aspecto práctico

esta ley permitía la enajenación de los territorios ya fuese por subasta pública o por cuenta del Estado (Aylwin, y otros, 2008, pág. 388).

Es así que en este proceso, las familias mapuches que fueron radicadas, dejaron de ser dueños de las grandes extensiones de territorio que ancestralmente les pertenecía para ser confinados a una parte ínfima de este. Por lo general, se les entregaron las tierras más apartadas y de más baja calidad agrícola.

Paralelamente se da un proceso de colonización del territorio mapuche, proceso en el cual participan ciudadanos europeos como alemanes, italianos, suizos. Estos colonos se transformarían posteriormente en la burguesía agraria de Chile (Bengoa, 2014).

En definitiva, la ocupación del territorio mapuche por el estado chileno, no solo significó la pérdida de las tierras, sino que también una profunda alteración de las formas de organización de la sociedad mapuche, afectando sus dinámicas de articulación y convivencia; la toma de decisiones ya no era colectiva, sino que, de cada individuo, desquebrajando la identidad comunitaria mapuche.

Tierra y Territorio

Para comprender la presente investigación, se hace necesario, explicar y aclarar algunos conceptos sobre los cuales se da sustento a este estudio. Uno de esos conceptos es el de Territorio. Se debe precisar primeramente que al hablar de territorio, se está hablando de algo mucho mayor que solo tierras, es el reconocimiento de territorios ancestrales, como fundamento para el ejercicio del derecho a la autodeterminación expresado en la autonomía. Se debe destacar que es por medio del territorio, la autonomía y la autodeterminación en donde se justifican y surgen demás derechos por reivindicar, como los son el derecho a la tierra, medio ambiente, acceso a los recursos, cultura, desarrollo o a la buena vida.

Hay que señalar que la demanda por la tierra, ha sido central en el conflicto entre el Estado de Chile y los pueblos originarios, desde que comenzó el proceso de expansión territorial hacia el norte y sur del país hacia el Pacífico en la segunda mitad del siglo XIX. Especial ha sido el caso del pueblo Mapuche, ya que al ser el pueblo originario con más presencia en el territorio chileno y como lo vimos anteriormente, sobre el cual se han aplicado más políticas, y acciones restrictivas y reduccionistas.

Sin duda el territorio es de suma importancia, ya que es en el, dónde se da desenvolvimiento y desarrollo de cualquier pueblo, así lo explica Nahamand (2004) "*los pueblos, las sociedades con una cultura propia, requieren un territorio propio, un territorio sobre el cual puedan tomar*

decisiones, en el cual encuentren recursos suficientes para su sobrevivencia y desarrollo". En este sentido el territorio, entendido en tanto como espacio geográfico históricamente producido, donde converge el pasado común, la cosmovisión y las relaciones sociales primordiales de los grupos humanos. Por tanto, desde esa óptica de pasado común es desde donde se sitúa el sentido de la reivindicación territorial indígena.

Ahora bien, el territorio, es entendido desde la lógica indígena y desde su propia cosmovisión como una totalidad, desde donde surge una estrecha vinculación con el entorno y la tierra. Se debe señalar que el nombre Mapuche, significa en lengua Mapudungun gente de la tierra, por tanto, la identidad étnica entre los mapuches tiene sus raíces explicativas en la "ñuke mapu" (madre tierra en "mapudungún"). La tierra por lo tanto no sólo constituye un objeto y un medio de trabajo, sino que también constituye la expresión simbólica de la etnicidad propia mapuche.

Es así como la concepción liberal del territorio y de la tierra, entendida como propiedad individual y privada, se contraponen con la concepción Mapuche, ya que esta la entiende como una relación milenaria, *"Nuestra vida transcurre en un espacio físico colectivo. La tierra concebida como madre y creadora de vida- es elemento esencial (junto al agua, aire y fuego) para la pervivencia de nuestras comunidades. Por eso la compartimos y la tenemos en común"* (Regino, 2005, pág. 146).

Ahora bien, el territorio como producto del espacio en interacción con la cultura, permite proyectar y afirmar la identidad propia en el ejercicio de los derechos de autodeterminación política, cultural y económica. Por tanto, la fragmentación del hábitat, su regulación bajo estatutos diferenciados (derecho de aguas, derecho minero, derecho del medio ambiente, etc.) y la asignación de la titularidad de su dominio en forma separada e individual resulta incomprensible y solo se explica por el creciente interés en su explotación.

Centrándonos ahora en lo que refiere a la Sociología Jurídica, se debe hablar del territorio como más bien de una propiedad colectiva, que no es copropiedad ni ningún otro instituto jurídico reconocible, la cual contiene formas de tenencias que transitan entre lo colectivo, lo individual y lo supra colectivo (religioso ,político) y que implica derechos de antiguas y futuras generaciones. Así es que la tierra se vincula con el pueblo y no con un individuo determinado. Siguiendo esta línea se puede decir que el valor cultural del territorio, es diferente del valor comercial que le atribuye la sociedad occidental a la tierra en torno al cual se construye la figura de la propiedad privada. *"En definitiva, y como los mismo pueblos indígenas señalan constantemente la negación del derecho al territorio supone prácticamente la condena a la extinción cultural y a la asimilación en las culturas mayoritarias, puesto que sin la posibilidad de*

ejercer los derechos territoriales, resulta muy difícil poder desarrollar derechos de autogobierno y derechos culturales arraigados en la relación con la tierra” (Berraondo, 2006, pág. 472). En resumen, el territorio debe ser entendido como ámbito de autodeterminación, espacio de identidad y garantía de continuidad histórico-cultural de su pueblo.

Autonomía y Autodeterminación

Después de haber entendido la cosmovisión mapuche y el significado propio que se le da a la tierra y el territorio, surge entonces la inquietud de revisar el concepto de autonomía y por tanto el de autodeterminación.

Ahora bien, es ante la legítima aspiración del querer ejercer el derecho político al territorio, entendida esta como la idea de un patrimonio colectivo absoluto, que cruza generaciones, que es indivisible, inapropiable, indisponible y autónomo en cuanto a su calidad de administración. Surge así la demanda por autonomía de los territorios, la cual se fundamenta en el derecho de la autodeterminación de los pueblos.

La importancia de la autodeterminación radica esencialmente en que es un derecho matriz, es decir, en él se concentran otros tipos de derechos, y sobre los cuales las comunidades indígenas pueden ejercer realmente un control político y administrativo de sus territorios y recursos. Y es en donde se permite el control de las instituciones, recursos, territorios y cultura sin interferencia externa y el derecho a establecer relaciones con el Estado sobre la base del consenso (Berraondo, Mikel, 2006).

Según Mikel Berraondo (2006), la autonomía de los territorios se puede dar de dos formas y en dos categorías;

- Como espacio en el cual se ejerce el control sobre los recursos
- Como jurisdicción desde donde se controlan los procesos políticos económicos, sociales y culturales del colectivo

En síntesis, en Chile, se le reconoce a los pueblos indígenas algunos derechos culturales y económicos, pero no se le reconocen derechos políticos, tales como la participación y autodeterminación en el contexto de un estado unitario, en donde *“lo pluricultural se sitúa más en el ámbito de lo discursivo que en los hechos, imponiéndose como siempre, la postura etnocéntrica”* (Tricot, 2007, pág. 47).

En resumen, el territorio autónomo se configura como parte del Estado, pues por definición se da al interior de éste como forma de alcanzar la integración política del mismo a partir de

relaciones horizontales (no subordinadas) entre éste y aquel, funcionando el segundo como gestor de intereses comunes y plurales. Se genera así un espacio político para ejercer los derechos históricos, sociales, económicos y culturales de un pueblo que aspira a concretar políticamente su diferencia dentro del estado-nación, permitiendo su continuidad histórico-cultural en un marco que supere el actual estado de conflictividad y opresión.

Situación política y jurídica de los mapuches en Chile.

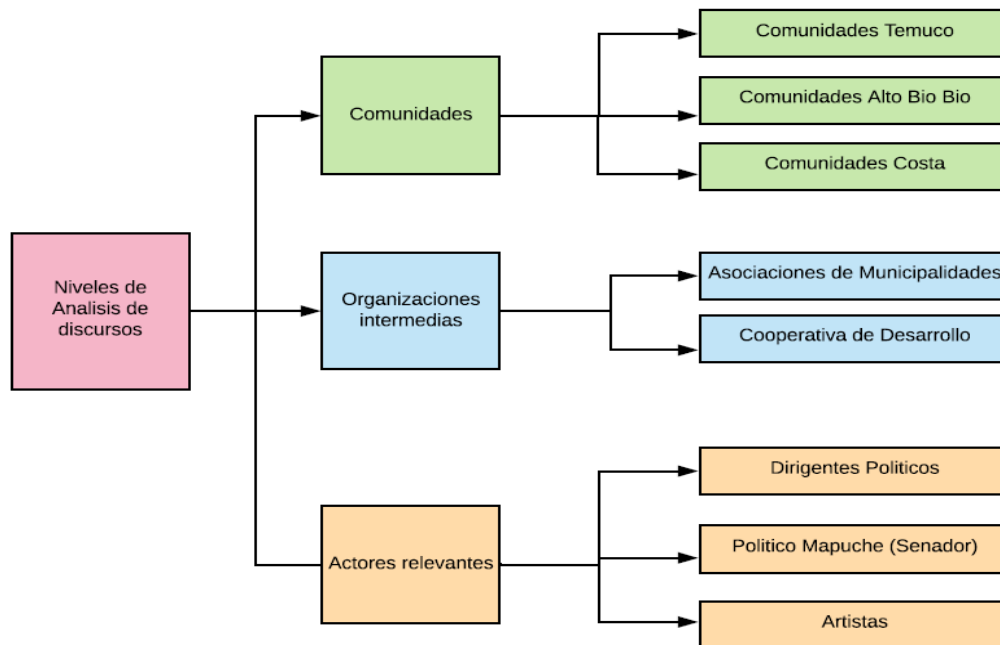
En la actualidad, pueblos originarios han elevado la demanda de la necesaria creación de un nuevo contrato social en Chile que abogue por mayor representatividad, democracia y justicia. Este reconocimiento constitucional tiene dos perspectivas fundamentales, por un lado 1) se aboga por un reconocimiento simbólico a los pueblos indígenas como pueblos anteriores a la construcción del estado nacional y por otro lado 2) este reconocimiento constitucional debería ir acompañado del reconocimiento de los pueblos originarios como sujetos de derecho, reconociendo de esta manera sus derechos colectivos, específicamente para el caso de esta investigación, el derecho a la autodeterminación y ala autonomía política. Cabe menciona que en la actual constitución chilena, no existe un reconocimiento de los pueblos originarios presentes en Chile, esta falta de reconocimiento va incluso más allá en el sentido de no encontrarse ninguna palabra que tenga relación con los pueblos indígenas. Esta situación es preocupante puesto que la sociedad chilena, esta constituida por diversos pueblos originarios, por lo que se configura como un país plurietnico en la práctica con una gran riqueza de diversidad cultural.

Metodología

El estudio corresponde a los de tipo descriptivo/interpretativo los que *“buscan especificar las propiedades importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis”* (Dankhe, 1986). Es decir, que nos permite conocer en profundidad la realidad de la comunidad Mapuche, y así describir, contextualizar, caracterizar e intentar comprender sus distintas situaciones. Con este tipo de estudio, se pretende conocer los distintos discursos que se construyen alrededor de la temática de autonomía y territorio mapuche.

Para el levantamiento de la información, se realizaron entrevistas semi-estructuradas y etnografías, esta técnica nos permitió obtener de manera más cercana los datos que queremos alcanzar y con mayor profundidad.

Los datos recogidos en los trabajos de campo, posteriormente fueron analizados desde el *análisis etnográfico del discurso* (Macgilchrist & Van Hout, 2019). Para el análisis de los discursos de autonomía, recogido en el trabajo empírico se procedió a dividirlos en distintas categorías o niveles de análisis como se muestra a continuación. Estas categorías fueron construidas para lograr un mejor y ordenado análisis de los datos encontrados en el trabajo de campo.

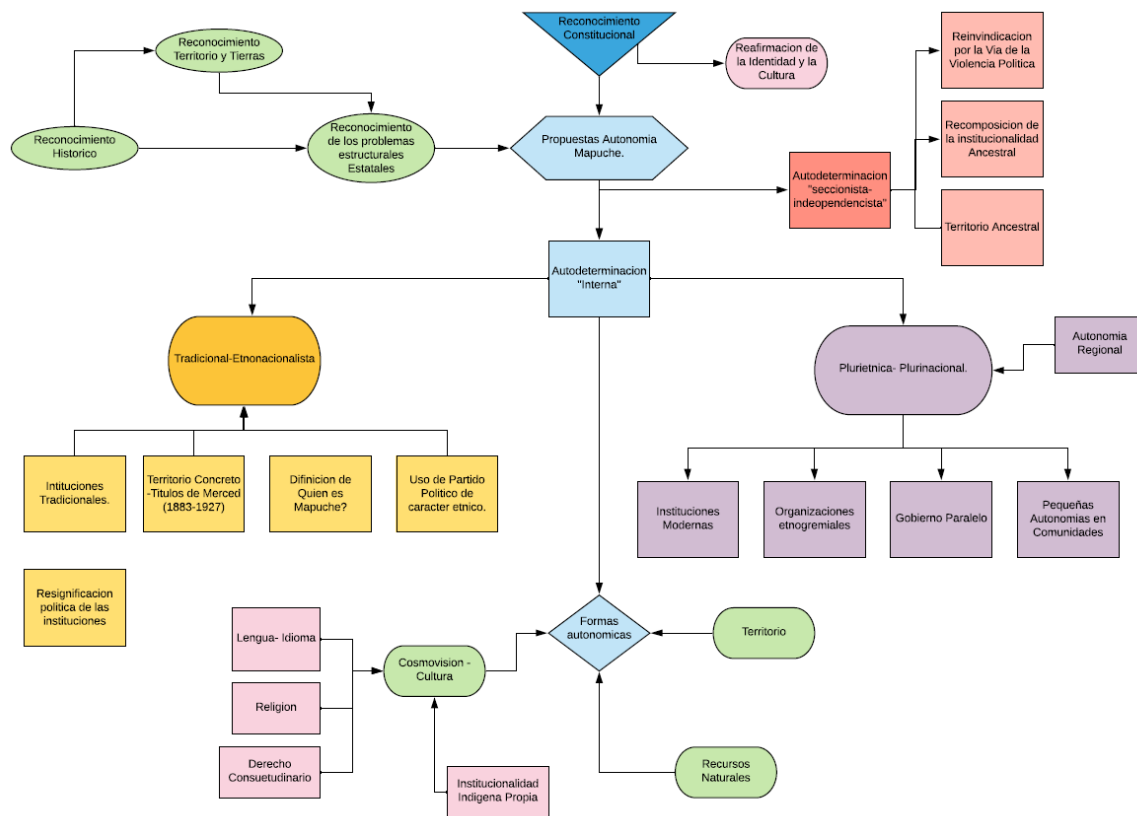


Resultados de la investigación

El proceso de búsqueda de autonomía de las comunidades mapuche en Chile, corresponde a un proceso de carácter histórico, político y social sumamente complejo. Lo que además se suma a la gran diversidad de discursos y propuestas de autonomía presentes en ellos, no existiendo un discurso uniforme, sino que adquiere diversos matices dependiendo de la zona geográfica en la cual se encuentra y de la configuración histórica de esos territorios. Esto puede corresponder en parte a que existe una gran diversidad dentro los mapuches, se debe entender que se trata de una gran variedad de ideas, en donde convergen también múltiples identidades territoriales que poseen su base en características histórico-ancestrales particulares.

En este sentido, es que en el proceso político de búsqueda de autonomía surge un gran número de diversos discursos políticos, que muchas veces se diferencian y otros convergen significativamente. Esto se puede explicar en primera instancia a que en el proceso político de búsqueda de la autonomía, los mapuches han construido de acuerdo a sus diversas particularidades diversas líneas de problematización y por ende de construcción de discurso autonómico.

Como resultado del proceso de análisis de los discursos recogidos en los trabajos de campo, se ha podido agrupar y construir las siguientes categorías que sintetizan los discursos de autonomía mapuche.



Reconocimiento Constitucional y reafirmación cultural.

Podemos señalar que para que se puedan lograr un proceso de autonomía indígena en Chile y en específico desde las comunidades mapuche es importante en primer lugar, el reconocimiento constitucional como punto de partida del proceso, lo que permitirá la reafirmación identitaria y cultural de los grupos indígenas y de Chile en general, reconociendo su composición pluricultural.

Reconocimiento Histórico

Los discursos mapuches, convergen en establecer como hitos constitutivos previos al proceso de construcción autonómica, el reconocimiento histórico, es decir, el reconocimiento histórico de la pérdida de territorio y de los problemas estructurales generados por el Estado a las comunidades mapuches. En este sentido es importante el reconocimiento de los procesos de radicación, la constitución de la propiedad privada y los cambios culturales generados en la región.

Propuestas de Autonomía

Como se puede apreciar en la matriz presenta anteriormente, existen dos ideas generales de autonomía:

- a) Autonomía y Autodeterminación “seccionista independentista”. La cual tiene por idea reconstruir el territorio ancestral mapuche, separándose del estado chileno. De igual manera busca la reconstitución de la institucionalidad ancestral mapuche.
- b) La segunda idea es la Autodeterminación Interna, o autodeterminación dentro del estado. Esta idea se puede dividir en dos propuestas centrales, las que aglutinina distintos aspectos del variado discurso autonómico mapuche. Estas propuestas son:

- 1) Tradicional- “Etnonacionalista”. Esta propuesta autonómica interna, es caracterizada por los mapuches, como un proyecto autonómico que busca la reconstitución del territorio mapuche, tomando en consideración los títulos de merced de los años 1883-1927, se trata por lo tanto de la reconstrucción de un territorio concreto. Por otra parte, se aboga por la reconstrucción de las instituciones tradicionales para lograr la autonomía, resignificando políticamente. En esta propuesta existe también la idea de la construcción de un partido político de carácter étnico. Acá nos surge la pregunta central, en cuanto a que este tipo de autonomía esta solamente orientada a una perspectiva etnicista-etnonacionalista, dejando de lado la característica central del territorio, esto es, la pluriculturalidad. Por lo tanto, choca con la pregunta de construcción de identidad y definir quién es mapuche.

- 2) Por otra parte, esta la propuesta *Pluriétnica-Plurinacional*. Su enfoque central es la construcción de una autonomía regional, en el territorio histórico mapuche. Se trata entonces, de la construcción de un gobierno paralelo que colabore con el estado y viceversa. Los mapuches han señalado que este gobierno autónomo paralelo hace uso de instituciones modernas estatales para generar coordinación, es decir, hacer uso del parlamento, municipalidades etc.

Como sujetos políticos se reconocen a las organizaciones etnográficas y comunidades.

En cuanto al territorio autonómico, se presenta como alternativa la construcción de autonomía en las propias comunidades.

Por último, los distintos discursos de autonomía han señalado como “formas de autonomía” la construcción o reconstrucción de un territorio particular, la decisión sobre los recursos naturales presentes en el territorio y por último la reconstrucción de su cosmovisión cultural, manifestada en el idioma, la religión, el uso de su derecho consuetudinario e institucionalidad indígena propia.

Conclusión y palabras finales

Como hemos visto el proceso de autonomía mapuche, se configura como un complejo proceso histórico, que ha tenido un gran desarrollo en los últimos años, sin embargo, Chile se ha mantenido como uno de los países con la legislación más retrasada y estrecha en cuanto a reconocimiento de los pueblos originarios. Es así como en la actualidad se hace imperante la necesidad de democratizar cada vez más los espacios políticos de nuestros países, situación que debe ser enfrentada con una visión pluricultural, en donde sea incorporada las demandas de las minorías como los pueblos indígenas. Cabe mencionar que en Chile, habitan a lo menos 10 identidades y pueblos indígenas en la actualidad, por lo que es de suma importancia, también incorporar al resto de estos pueblos en la discusión y la articulación de sus propuestas en cuanto a la autonomía indígena y la construcción de un estado plurinacional

Desde mi perspectiva, la realidad histórica, social y políticas del territorio mapuche, que fue conquistado y no incorporado por un proceso democrático a la sociedad chilena hace la solución del conflicto aún más difícil. La respuesta está en lo que hoy sucede en Chile, en la discusión de una nueva constitución política que reconozca la multiculturalidad de sus habitantes y que respete los derechos humanos, por medio de un nuevo pacto social. Por último, se puede señalar, que en el contexto actual en Chile, se ha presentado una extremadamente valiosa posibilidad en que el Estado y la sociedad en su conjunto generen un proceso social de la creación de un nuevo ordenamiento jurídico central, que abogue por una sociedad más justa, solidaria y democrática, centrado en el respeto de los Derechos humanos y la características pluriétnicas de la nación.

Referencias bibliográficas

Aylwin, P., Alcañaz, A., Bengoa, J., Berna, S., Claro, J., & Contreras, S. (2008). *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas*. Santiago: Comisión Presidencial para Asuntos Indígenas.

Bengoa, J. (1985). *Historia del Pueblo Mapuche*. Ediciones Sur: Santiago de Chile.

- Bengoa, J. (2014). *Mapuche, colonos y el Estado Nacional*. Santiago de Chile : Catalonia.
- Berraondo, M. (2006). *Pueblos indigenas ante la aplicacion de los derechos humanos*. Universidad de Deusto Bilbao.
- Dankhe. (1986). *Diferentes diseños. Tipos de Investigacion*. Colombia: McGraw-hill.
- Foerster, R. (2002). *Esquema para el tema Mapuche*. Santiago: Comision de Verdad Historica y Nuevo Trato.
- Gonzalez, M., Burguere, A., & Ortiz , P. (2010). *Autonomia al debate. Autogobierno indigena y Estado plurinacional en America Latina*. . Ecuador: FLACSO.
- Lastra, J. (2018). Koyang, Tratados y Parlamentos en la tradición Mapuche. (37).
- Macgilchrist, F., & Van Hout, T. (2019). Analisis etnografico del discurso. In B. Herzog, & J. Ruiz, *Analisis sociologico del discurso. Enfoques, metodos y procedimientos* (S. 199-221). Valencia: PUV Universitat de Valencia.
- Nahamand, S. (2004). *Violencia, violacion de los Derechos Humanos, democracia y crisis economica en Mexico*.
- Pinto, J. (2000). *De la Inclusión a la Exclusión. La formación del estado, la nación y el pueblo mapuche*. Santiago: Coleccion idea.
- Regino, A. (2005). La reconstitucion de los pueblos indigenas. In M. Bartolome, *Autonomias etnicas y Estados nacionales*. Mexico: Consejo Nacional para la Cultura y las Arte.
- Tricot, T. (2007). Democracia formal y derechos indigenas. Una aproximacion a la relacion actual entre el estado chileno y el pueblo mapuche. *Revista historia actial online*.

Ordenanzas de Pueblos Indígenas, apreciaciones de los actores locales en El Salvador

Miguel Alexander Quintanilla Villegas

Resumen

La investigación compara las apreciaciones de actores claves de la sociedad civil e instituciones gubernamentales en torno a las ordenanzas de Pueblos Indígenas para describir características de estructura, elaboración, aplicabilidad y seguimiento en las diversas experiencias concretadas. Además, se describieron las dinámicas de elaboración, aplicación y seguimiento de las ordenanzas municipales a fin de verificar las formas participativas de los Pueblos indígenas e instituciones estatales y se identificaron los niveles de vulnerabilidad que tienden a manifestar las diversas localidades que no cuentan con un cuerpo legal de proyección y defensa de Derechos de para relatar los contextos de permite la negación, ocultamiento, entre otros factores que imposibilitan el reconocimiento Pueblos indígenas.

Palabras clave

Ordenanzas Municipales, Pueblos Indígenas, Leyes secundarias

Introducción

En el año 2007, las estadísticas estatales demostraron a través de un censo nacional que solo el 0.23% del total de población se identifica como indígena (Dirección General de Estadísticas y Censos [DYGESTIC], 2008), existiendo 3 grupos definidos siendo estos, Lenca un 15.12%, Kakawira un 31.29% y Nahua-Pipil 26.59%, el resto de informantes solo hizo mención de ser indígena, pero sin distinción cultural con la categoría de "Otros".

Tanto por delimitación geográfica (aspecto diacrónico) como por la estructura demográfica (aspecto sincrónico), se vuelve complicado para el caso salvadoreño determinar un autoconcepto del ser indígena y definir un perfil de "rasgos específicos" de dicha la población. A pesar de ello, existen algunos intentos por generar criterios u aspectos en diferentes aristas de la realidad que esas poblaciones comparten como la pobreza y movilidad social, autoestima, lengua, vestimenta, religiosidad, autodefinition, artesanías, tradición oral entre otros (Lemus, 2010).

En El Salvador, las complicaciones en la definición y la autodefinition de los PPII, a pesar de compartir características como hace mención Lemus, es necesario determinar tres momentos en su desarrollo histórico en los componentes económicos, políticos y sociales post-

independencia. En primer lugar, por contexto social, dentro de la pirámide de clases durante la colonia, Marroquín establece que era la clase más baja, que el resto incluyendo a los esclavos mulatos y negros, desde 1531 hasta 1821, como parte de la finalización del proceso de dominación, conquista y colonia (Marroquín, 2000), pero que se mantuvieron hasta la fecha, con diversas formas de expresión.

En segundo lugar, por la productividad en la agricultura (como medio de subsistencia), se estructura en una condición de campesinado o colono según las dinámicas y roles en torno a la tenencia o no de la tierra, como contexto económico la extinción de ejidos y tierras comunales hacia 1881; las cuales establecieron las dinámicas de monocultivo expansivo del café hasta 1929 por un grupo pequeño de familias Oligárquicas, y a posterior su diversificación desde 1945 manteniendo estructura feudal, sin ocupar un proceso de reparto de tierras, o en mejor medida una Reforma Agraria, a pesar de los intentos de Arturo Romero en 1927, y las diversas promesas realizadas por los Gobiernos Militares entre 1945 a 1979.

Y en tercer lugar, por contexto políticos y reivindicativos de Derechos de Pueblos Indígenas (DPPII) en dos momentos fundamentales de la historia de los PPII, en 1833, la rebelión de los nonualcos encabezada por Anastasio Aquino (Dalton, 2010; Domínguez, 1962; López, 1978) y en 1932, la insurrección indígena campesina al occidente del país donde Feliciano Ama y Francisco Sánchez, siendo ambos líderes indígenas de la zona que fueron asesinados (Dalton, 2007), por lo que se desenfrenaron en el país procesos represivos inhumanos llevados a cabo por el Estado, de esta manera, la negación de identidad para salvaguardar la vida fue ejercido por los PPII.

Así en base a estos tres contextos, permiten fundamentar por qué existe una negación transformando con ello aspectos culturales que conformaban bloques contra hegemónicos de la cultura europea; primero, del sujeto, en su expresión particular para garantizar su vida y la de su descendencia, en segundo, una proyección sistémica del Estado en negar las expresiones culturales, económicas, sociales y políticas de los Pueblos Indígenas, teniendo secuelas hasta en la organización del conflicto político-militar de 1980 a 1992, y tercero de la sociedad en su conjunto, al negar sus orígenes de mestizaje, sin importar los porcentajes de consanguinidad compartida entre los habitantes.

Lo antes expuesto permite definir y sostener la tesis de Montes, que para 1985 menciona que "todavía existen indígenas en El Salvador, aunque no conformen unidades culturales, sociales o políticas" (Montes, 1985), este planteamiento puede proporcionar una leve explicación de los resultados censales de 2007 y de las dificultades con las que sobreponen para alcanzar una

autodefinición del ser indígena, pero el aspecto fundamental que puede ser vinculante a las condiciones generalizadas por las que pasan económicamente y por los contextos históricos que han conllevado a la negación propia y estatal.

En el año 2014, el Estado asume pleno compromiso, con la realización de la reforma constitucional del art. 63. Esta modificación se enmarcó en que “El Salvador reconoce a los Pueblos Indígenas y adoptará políticas a fin de mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores y espiritualidad” (El Salvador, 2014), demostrando con ello lo fundamental de la preservación cultural, identitaria y ancestral de los Pueblos Indígenas. Así, el Estado salvadoreño paso a ser parte de los países que profundizaron su compromiso por el reconocimiento de los Pueblos Indígenas, demarcando un nuevo reto para los gobiernos nacionales y locales en la promoción y defensa de los derechos

Así desde el año 2011, las ordenanzas de estos municipios han sido elaboradas por el Concejo Municipal de los gobiernos de turno, además han utilizado el marco internacional de la CERD como considerando de base para su estructuración, además de la Constitución de la Republica en los artículos 1, 3, 63 y 203 de la Carta Magna. Como finalidad las ordenanzas promueven el desarrollo integral en los aspectos “económicos, sociales, culturales y participación efectiva en el ejercicio de Derechos Civiles y Políticos” (Diario oficial, 2011).

De esta manera, cada uno de los documentos jurídicos elaborados y aprobados por los Concejos Municipales de las localidades antes expuesta permite generar espacios de apoyo directo y focalizado a los PPII, posibilitando con ello un reconocimiento a la existencia de los mismos y potencializando con ello, las condiciones necesarias para su preservación.

Objetivos y metodología

Objetivo general: Comparar las apreciaciones de actores claves de la sociedad civil e instituciones gubernamentales en torno a las ordenanzas de pueblos indígenas para describir características de estructura, elaboración, aplicabilidad y seguimiento en las diversas experiencias concretadas.

Metodología: El proceso metodológico a desarrollar fue de carácter cualitativo, teniendo como base la colección de información a través de entrevistas semiestructurada, dirigida a diversos actores que son claves en la promoción y defensa de Derechos de PPII, de manera que, se logró la participación de actores de los Pueblos Indígenas, sociedad civil y líderes comunales, instituciones gubernamentales vinculantes y municipalidades.

Se identificaron actores claves según el rol que desarrollan en las localidades, así se obtuvieron entrevistas de sociedad civil, con la autodeterminación de PPII de las 3 poblaciones presentes en El Salvador, miembros de organizaciones que promueven los DPPII, funcionarios públicos entre Alcaldía Municipal (como actor local) y de SECULTURA (a nivel nacional).

Resultados a nivel nacional

La generación de las ordenanzas ha sido presidida por SECULTURA debido a que es la institución con la visión de ser "...comprometida con la conservación fomento, salvaguarda y difusión de la cultura y el arte..." (SECULTURA, 2017) y tanto para su elaboración como para su alcance en las localidades ha realizado acercamiento con distintas municipalidades a nivel nacional, así de estos acercamiento SECULTURA ha contado con el apoyo y voluntad en 5 localidades, las cuales hasta la fecha, cuentan con ordenanza, y de algunos sectores de PPII organizados o sin organización, logrando establecer algunas particularidades generales sobre el contexto en la elaboración, ejecución y seguimiento de las mismas, de manera que el primer municipio en suscribirse a este mandamiento de SECULTURA es la Municipalidad de Nahuizalco, logran su concreción en 2011 (Diario Oficial, 2011), a través de un diagnóstico sobre la viabilidad de aprobación del esfuerzo desarrollado que iniciaron según Castaneda entre 2008 a 2010.

Para los casos donde se ha elaborado dichos documentos, los gobiernos municipales han estado a cargo del partido oficial en el gobierno, esto debido a que se ha considerado en diversos momentos que la reivindicación de Derechos Humanos y sobre todo de DPPII es una situación politizada, por el contexto histórico salvadoreño (Guerra civil, procesos insurreccionales, dictaduras militares, fraudes electorales, represión, secuestro y tortura entre otros), la siguiente tabla (Tabla 1), permite establecer una línea de aprobación:

Municipio	Partido Gobernante	Periodo de Gobierno	Año de aprobación
Nahuizalco	FMLN	2009-2012	2011
Izalco	FMLN	2009-2012	2012
Panchimalco	FMLN	2012-2015	2015
Cuisnahuat	FMLN	2012-2015	2015
Conchagua	FMLN	2015-2018	2017

Tabla 1. Periodos Municipales en donde se aprobaron Ordenanzas
 Elaboración propia con datos proporcionados por los diarios oficiales (Diario Oficial, 2011;
 Diario Oficial 2012; Diario Oficial 2015a, Diario Oficial 2015b, Diario Oficial 2017)

La particularidad que ha reunido este escenario se debe a que, en los casos de Izalco y Cuisnahuat (2 de los 5 municipios), la elaboración de las ordenanzas se llevó a cabo meses o días antes de la salida del gobierno municipal, lo cual ha sido un punto de inflexión y debilitamiento de la responsabilidad de aplicabilidad del documento elaborado; su ejecución dependerá del interés que el nuevo Concejo Municipal aplique por el reconocimiento de DPPII como eje fundamental, a pesar que esto no se limita a PPII, es una característica que se extiende a diversos procesos o beneficios que los gobiernos municipales entrantes aplican a los modelos de ejecución de sus antecesores, generando con ello un aumento del desinterés que existe por la problemática de PPII en las localidades donde su formulación ha sido de manera apresurada y la poca continuidad que los nuevos gobiernos ejercen sobre dichas problemáticas.

Garantizar la amplitud de la consulta a cerca de la necesidad de un documento que alcance la representación de los PPII, la participación e involucramiento de diversos actores en la elaboración de las ordenanzas ha sido de manera de validación de una estructura previa o un documento base que permita una transcripción precisa y potencializa alguna orientación hacia los participantes, en la mayoría de casos, con poca estructura organizativa que pudieran tener al momento de consulta, así en su conformación, como la participación de los mismos, potencializa el ejercicio democrático de una ciudadanía activa y empoderada de los diversos componentes que estructuran las ordenanzas, a pesar de ello, tanto los procesos de consulta han sido reducidos a personas que en muchos casos cuentan con débil liderazgo de las organizaciones indígenas de las zonas. A pesar de ello, existen variaciones en las apreciaciones de los diversos sujetos participantes, cada una responde según los niveles de involucramiento creado o el grado organizativo con el cual cuenta la institución representante.

Las ordenanzas mantienen una estructura de identificación con la CERD como único tratado internacional, al cual, el Estado salvadoreño ha sido firmante y ha ratificado hasta 2012, antes de la suscripción a la Declaración Universal de Pueblos Indígenas. Constitucionalmente, cada una de las ordenanzas se facultan en los art. 1, 3, 63 o 203, pero mantienen una estructura constante que permita fundamentar de mejor manera la composición de organicidad que dichos documentos deben de mantener a pesar de ser estructuradas por un cuerpo legal de base.

Existe una debilidad notable en el reconcomiendo de los PPII que componen a la actualidad la sociedad salvadoreña, así a pesar de los datos proporcionados por la DIGESTYC, los cuales expresan claramente la presencia de 3 sociedades indígenas, cada una de las ordenanzas

expresan por separado la presencia de otros pueblos agregados y en otros casos a la inexistencia de los mismos.

Cada una de las ordenanzas elaboradas han tenido diversos mecanismos de difusión al interior de las localidades, hasta el momento la única ordenanza que ha realizado acciones concretas y sostenidas ha sido en Nahuizalco, con ello, la popularización del documento ha permitido mejorar los espacios de divulgación, tenido como objetivo fundamental los PPII, en otros casos, el acceso a las mismas ha sido a través de su publicación en sitios web de las municipalidades, SECULTURA o Diario Oficial según las consideraciones, y no con estrategias claras de difusión y acercamiento o popularización de los documentos.

Para la ampliación de los mecanismos y espacios de difusión, aplicabilidad entre otros aspectos fundamentales en el funcionamiento es la asignación presupuestaria, con ello, existen limitantes en los escenarios de cada una de las ordenanzas que en la mayoría de casos es limitada o nula.

Cada uno de los municipios realizan diversas acciones de apoyo a las diversas actividades o demandas de los espacios culturales de los PPII, pero son en algunos casos aspectos coyunturales según el calendario de festividades, y en otros casos se desarrollan acciones de fortalecimiento cultural pero no apegados a las ordenanzas, sino como aspectos ajenos y no vinculantes a pesar que en su interior lo son.

Además, se identifica que para la asignación de fondos que permitan operativizar las ordenanzas es recurrente la cosificación tradicionalista de los PPII, que tanto el Estado como la sociedad bajo la asignación del rol turístico, a pesar de ello, estas dinámicas se han convertido en medios de vida para los PPII en diferentes zonas del país, siendo determinante la existencia o creación de unidades de este tipo para ejercer algún tipo de acción a favor de los PPII.

Así, el debilitamiento en la asignación presupuestaria a cada uno de los cuerpos jurídicos elaborados hasta el momento, ejerce una presión al tener escasos aspectos claros en su aplicación, en lo vinculante a acciones que respondan a la ordenanza, generación y aumentos de espacios de divulgación, limitándose así a los aspectos coyunturales, y no a formas de financiamiento de manera estructural o dentro del presupuesto de funcionamiento de las ordenanzas.

Esta situación presupuestaria, es vinculante a la generación de políticas o planes de acción, estructurados en base a la ordenanza, los cuales permitan un desarrollo parcial o total de acciones con alto énfasis en las ordenanzas, aumentando con ello, los impactos de ejecución

en sus localidades y por ende potencialicen espacios comunales de empoderamiento, así como de fomento de cultura viva comunitaria.

De esta manera, el desarrollo de acciones enfocadas hacia los PPII o con especificidad hacia este grupo poblacional tiende a desaparecer y por ende se potencializa la generalización en las mismas que cada una de las municipalidades desarrolla a pesar que sean vinculantes a las ordenanzas no se especifica dentro del articulado que cada una de ellas contiene

Esto se debe tanto por el desconocimiento a cerca de la cantidad de PPII que habitan en su interior, debido a que desde 2007, no se ha realizado esfuerzos por establecer una mayor cuantificación y claridad de los PPII a nivel local para el caso de las municipalidades donde se han realizado las ordenanzas como por la necesidad de generalizar las acciones ante la igualdad constitucional que se establecen en las leyes primarias.

En El Salvador, los diferentes PPII identificados cuentan con su idioma particular, el cual responde tanto a ubicación geográfica como al proceso socio histórico desarrollado en cada uno de los territorios. Así para los pueblos Nahua-Pipiles es el idioma Náhuat, en los pueblos Lencas ha sido el idioma Potón y en la zona Kakawira es el idioma Pisbi.

En las ordenanzas que corresponde a los PPII Nahua-Pipiles se identifica articulado que promueven la defensa, resguardo y cuidado del idioma a través de diversas acciones, tanto SECULTURA como las Municipalidades de las zonas Nahua-Pipiles han desarrollado diversas acciones que potencializan de manera individual a este articulado.

En buena medida la focalización de acciones y recursos presupuestarios para el idioma va de la mano con la urgencia con la cual sus hablantes están desapareciendo y por ende su estructura fonética y gramatical, a pesar de tener sus símiles con las estructuras hablantes en la zona sur de México y Guatemala.

Pero para el caso de los otros dos idiomas se consideran que solo existen algunas palabras o estructuras gramaticales entre la vox populi o dentro de algunas grabaciones como las elaboradas por Miguel Amaya en el caso del Pisbi y para el caso del Potón, el desarrollo de una extinción paulatina.

Tanto por cuestiones históricas como por focalización de acciones, hasta la fecha el único idioma al que se le está apostando su sobrevivencia es al náhuat, esto es a nivel de todas las instituciones involucradas en su salvaguarda incluyendo SECULTURA y las municipalidades. También esta focalización y la forma de ejecución de los proyectos contribuido a los hablantes a negarse a la colaboración si no hay fuentes de financiamiento de por medio.

Con el desarrollo de acciones alejadas a un sistema o programa integral hacia el idioma náhuatl ha contribuido a más dificultades que logros para su recuperación, debido a que son acciones espontáneas que no se han regido por las ordenanzas ya elaboradas sino más bien por procesos coyunturales sin los análisis pertinentes.

La espiritualidad al interior de los PPII es fundamental como un espacio para el fortalecimiento de la cosmovisión, así como la construcción y mantenimiento de la identidad cultural que permita constante entre los diversos sujetos que interactúan en las localidades, así las ordenanzas establecen aspectos generales a cerca de la promoción y defensa de los aspectos generales, pero a nivel institucionalizado solo se reconoce a la Alcaldía del Común de Izalco y la existencia de un apoyo muy concreto en la realización de las cofradías barriales o según festividades pero no apegado en el mandamiento legal. Tanto la Alcaldía del Común para el caso de Izalco, como las Cofradías en su generalidad juegan un papel fundamental dentro del arraigo cultural idiosincrático que desde la época colonial se ha venido ejerciendo a los PPII, a pesar de ello, esto logra la generación de una institucionalidad que no le proporciona ni la ordenanza ni las instituciones que giran alrededor de ellas, ya que la población realiza diversas acciones de manera independiente (aunque tengan que recurrir en la mayoría de los casos a las Municipalidades) se mantiene una estructura autónoma.

Ello da evidencia que la orientación al apoyo que las municipales a partir de las ordenanzas deben de dirigir más a un aspecto de facilitación de proceso que de un aspecto abstracto que proporciona el articulado orientado a la cultura, potencializando articulando tanto la particularidad de cada cofradía dentro de los presupuestos municipales.

Parte fundamental de la estructura de las Cofradías a nivel nacional y de la Alcaldía del Común en su particularidad, es el rol que ejercer a partir de las actividades religiosas, tanto en su planificación como en la ejecución de las mismas, siendo un componente que limita su accionar pero que garantiza en buena medida el manteniendo del acervo cultural de las zonas y de la nación.

Por su parte, los aspectos concernientes a las dinámicas educativas, productivas, proteccionistas entre otras deben de contar con mayor incidencia como estructuras orgánicas de las ordenanzas, determinando líneas inmediatas de acción en conjunto con las estructuras o lineamientos estratégicos con los que cuenta las ordenanzas.

Existen limitantes en la sensibilización de los funcionarios públicos a cerca de las problemáticas que aquejan a los PPII, así tanto en su elaboración como en su ejecución entre otros se generan vacíos que imposibilitan un mayor compromiso en la búsqueda de aplicabilidad de los

documentos ya elaborados o de la ubicación geográfica de los mismos, esto no solo se limita a los funcionarios de las municipalidades, sino también las instancias gubernamentales que tienen territorialidad y acercamiento hacia los PPII en sus localidades como los ministerios de Salud, Educación y Seguridad entre otros.

Las ordenanzas elaboradas hasta el momento tampoco dan garantías de mejora del contexto en los municipios donde no existen, pero tiende a manifestar diversos intereses por el mejoramiento de la calidad de los ciudadanos, generación de espacios de incidencia y la existencia de un compromiso por cumplir con los compromisos asumidos por administraciones municipales anteriores o actuales.

Con el mapeo de territorios indígenas, se logra determinar que existen a la par de las zonas geográficas con amplia presencia de PPII, zonas donde su existencia es limitada o con altos niveles de negación, a pesar de ello, los remantes tienden a manifestarse a través de expresiones culturales, sociales, políticas y económicas, que no son desconocidas por las autoridades, pero si invisibilidades para potencializar los modos de vida y cosmovisión que todavía esos poblados cuentan.

Discusión

Las observaciones finales de la CERD en 2014, en el párrafo 4 establecen que “El Comité observa con interés la adopción de la Ordenanza Municipal sobre Derechos de la Comunidad Indígena Izalco, desarrollada en la línea de la Ordenanza Municipal de las Comunidades Indígenas Asentadas en el Municipio de Nahuizalco” (CERD, 2014), lo cual puede considerarse en la amplitud de la elaboración y aprobación de las ordenanzas con visto bueno de parte de organismos internacionales.

Hasta la fecha, las acciones desempeñadas en para el desarrollo integral son de carácter limitadas o nulas, generando con ello un incumplimiento paulatino y agudo de las obligaciones establecidas, de manera que, la seguridad jurídica en su aplicabilidad genera espacios de vulneración de su cumplimiento y por ende del establecimiento de derecho en las localidades donde existe su aprobación. A pesar de ello, los niveles de vulnerabilidad con el cuentan el resto de localidades investigadas promueven mayores márgenes de vulneración de derecho ante la inexistencia de aspectos regulatorios y de carácter obligatorio en su cumplimiento.

La prevalencia de cumplimiento de Derechos, en la mayoría de los casos hace referencia a los Culturales, por sobre otros. En los municipios de amplia presencia Nahua-Pipiles, se direccionan acciones en preservación y rescate del idioma, lo cual está estipulado en las ordenanzas, esto lo

están logrando a través de Instituciones de Educación Superior y el Ministerio de Educación, los cuales han desarrollado programas dirigidos a este fin, dando cumplimiento a los componentes establecidos de acuerdo a al idioma; esto también ha originado un desbalance en acciones hacia el resto de PPII, según lo muestran los informantes. Según la CERD “observa con preocupación que, si bien el Estado Parte presentó datos con relación a un programa de revitalización de la lengua náhuatl, no se presentó información acerca de otros idiomas de los Pueblos Indígenas” (CERD, 2014)

A nivel organizativo, las ordenanzas establecen que las municipalidades deben de promover asociaciones o coordinaciones con otros municipios u organizaciones en los niveles nacionales, regionales e internacionales, esta facilitación de espacios ha sido lograda solo por las organizaciones de sociedad civil y con un alto énfasis en PPII. Además, para los casos de Nahuizalco, art. 35 en adelante (Diario Oficial, 2011) y en Izalco, art. 31 en adelante (Diario Oficial, 2011), se establecen la conformación de organizaciones institucionalizadas denominada Consejo de Comunidades Indígenas, para los primeros y Alcaldía del Común para los segundos, siendo espacios para la representación, formulación de políticas, coordinación de actividades entre otros de vinculación a la aplicabilidad de la ordenanza.

Otros derechos que hacen énfasis es en Mujeres, así las ordenanzas cuentan con un argumento jurídico aprobado que también cuentan con reivindicaciones de otros PPII. Para el caso de Niñez y Adolescencia, las mismas ordenanzas establecen su regulación a marcos especializados en base a los firmados por Estado salvadoreño de manera generalizada, además existen apartados destinados a adultos mayores o tercera edad y con discapacidades, además se posiciona a la municipalidad con la obligatoriedad de ejercer políticas destinadas a estos grupos.

Así las ordenanzas, se han limitado al establecimiento de un cuerpo jurídico que es más de ejecución discrecional que un elemento fundamental para la reivindicación de Derechos, debilitando con ello las capacidades organizativas de los PPII, así como la toma de decisiones para posicionarse ante autoridades como sujetos activos.

Esto concuerda con las apreciaciones que la comisión de la CERD realizó en 2014, estableciendo que “El Comité ... observa que aún son iniciativas aisladas” (CERD, 2014), aunado a esto se incluye la no ratificación del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y tribales en países independientes, de manera que el comité de la CERD “alienta también al Estado parte a desarrollar, en consulta con los Pueblos Indígenas, un marco legal para el reconocimiento y la protección de los derechos de los Pueblos Indígenas” (CERD, 2014).

Se identifica que los grupos consultantes son próximos a los Gobiernos Municipales en ejercicio o a SECULTURA (ahora Ministerio de Cultura) en los distintos sectores de la población organizados y no organizados, excluyendo en muchos de los casos a sectores organizados, así lo identifica la el informe de la CERD en 2014 “estas plataformas no cuentan con todos los mecanismos necesarios para asegurar un participación plena, a través de estructuras representativas, de los Pueblos Indígenas en la elaboración de planes o toma de decisiones sobre asuntos que les afecten”, para otras instancias que atañan a dinámicas participativas en otros esfuerzos de consulta.

Conclusiones

Para la integración de normativa internacional de los DDHH al ordenamiento jurídico interno de los Estados, debe considerarse la construcción de Políticas Públicas (fundamentadas estadísticamente) que partan de un estudio interdisciplinario del contexto de la población a quien está dirigida, creación de funciones de la Entidad gubernamental rectora, asignación presupuestaria, sinergias interinstitucionales, consultas, etc.

Las ordenanzas establecen lineamientos genéricos o ejes estratégicos en los cuales se deberían de desarrollar la promoción y defensa de DPPII desde las municipalidades, las cuales por ser autónomas y con intervención en territorios permiten generar las condiciones que se han establecido en cada una de ellas. Hasta la fecha se posicionan 7 ordenanzas, las mismas han sido realizadas por SECULTURA en su totalidad, contando con la participación de ciertos sectores de los PPII, y en muchos casos con poca participación de las municipalidades a pesar de ser quienes ejercerán el rol de administración del instrumento legal.

Desde su iniciación, los cuerpos jurídicos han tenido como base la CERD, y han tenido una débil capacidad de ampliar su abordaje legal hacia otros instrumentos jurídicos a los cuales el Estado salvadoreño a suscrito en los últimos años, siendo necesario realizar su vinculación a diversos informes nacionales e internaciones sobre los DPPII hasta la fecha, así como la actualización de las ya elaboradas para garantizar su aplicabilidad en base al marco constitucionalmente establecido.

Los métodos aplicados para la elaboración de las ordenanzas hasta la fecha, posiciona de manera muy débil a los PPII como sujetos de derechos, esto se debe a que su rol es más de consulta-validador y no garantes del proceso, lo cual al modificar sus dinámicas de elaboración y consulta de manera acción-participación-acción potencializarían el liderazgo y la supervisión de su aplicabilidad.

La particularidad con la que cuentan las ordenanzas, es que cada una cuenta con componentes internacionales, que sirven de línea base, pero no recopila situaciones locales (a excepción de las expresiones institucionalizadas como la Alcaldía del Común), lo cual, tiene que ser un fundamento para su aplicabilidad de manera significativa la identificación de Fortalezas, Oportunidades, Debilidades y Amenazas que los territorios donde se agrupan los PPII.

Parte esencial para el funcionamiento de las ordenanzas es la creación de planes de intervención en las localidades, la asignación presupuestaria y una unidad al interior de las municipalidades especializada de DPPII, el cual no ha sido aplicado hasta el momento en la mayoría de municipalidades, siendo necesario el establecimiento de alianzas con instituciones financieras o con capacidad técnica que permitan la implementación de los aspectos considerados al interior de los mismos y permitan una ejecución parcial o total de los instrumentos.

La presión de organismos internacionales y los compromisos asumidos durante los diversos gobiernos en los últimos años, ha conllevado a desarrollar acciones de formación, así como de divulgación del conocimiento que los PPII tienen en diversas zonas del país; dando prioridad a los pueblos Nahua-pipiles, que en su mayoría históricamente se han agrupado al occidente del país, de esta forma uno de los componentes con los cuales se ha dado realce es el educativo a través de la formación docente y enseñanza del Náhuat en instituciones educativas, dejando de lado el resto de PPII que se ubican en la zona centro, norte y oriente del país y que cuentan con idioma propio. Siendo necesario desarrollar acciones de rescate y reconstrucción de los idiomas Potón y Pisbi, por el fundamento cultural con el cuentan en el devenir de la historia salvadoreña, así el solo posicionar acciones en el occidente del país genera amplios espacios de vulneración y negación de la identidad cultural en las demás culturas.

De esta manera, los grupos poblacionales que están en zonas con poco o nulo reconocimiento de los PPII generan condiciones de mayor vulnerabilidad en comparación de las zonas donde el Estado, organismos financieros y no gubernamentales han desarrollado acciones con mayor énfasis en dichas poblaciones.

En los municipios donde hay presencia de PPII y cuentan con un reconocimiento legal a través de ordenanzas o no, existen unidades de turismo, las cuales dentro de sus funciones o desarrollo de actividades son generalizadas en la mayoría de los casos y no implementan componentes que permitan un reconocimiento de PPII, de manera que, es necesario ejercer procesos de sensibilización destinado a autoridades locales, personal administrativo y de campo para posicionar la problemática indígena.

Indiscutiblemente por las necesidades económicas que los PPII sufren, es necesario focalizar programas que permitan la potencialización de acciones en pro de la mejora de la calidad de vida de estos grupos altamente vulnerables, los cuales permitirían la generación de ingresos económicos a las familias de las zonas, pero se debe de realizar procesos más orgánicos y desde los PPII para garantizar la defensa de sus derechos.

La capacidad de divulgación y popularización de las ordenanzas ha sido débil, y la única experiencia que resalta es la aplicada en Nahuizalco, siendo hasta el momento la única ordenanza que su divulgación ha tenido componentes pedagógicos en su comprensión, pero que, aun así, es necesario la socialización al interior de las comunidades.

Para que SECULTURA (ahora Ministerio de Cultura) continúe la elaboración de las ordenanzas, es necesario que se vincule a más estructuras organizativas de la sociedad civil, reconozca el aporte que éstas realizan en intervención en las localidades, y facilite procesos de sensibilización a funcionarios públicos en su calidad de pares; además en las ordenanzas ya elaboradas, es preciso ejercer procesos de revisión, actualización y creación de políticas y planes de ejecución, esto logrará una puesta en marcha en mecanismos de seguimiento y aplicación de las ordenanzas, las cuales hasta la fecha su aplicación ha sido débil o casi nula.

Referencias

- CERD (2014). Observaciones finales sobre los informes periódicos 16º y 17º de El Salvador. Recuperado de <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsi6uJ%2bgfeT4llrCKd1SAHEL3qqEkwynjQcsbVmezNszMre6A9mY%2fdut1eg7nYSYdFhqYGPdFiV3F6iM1UygEOc%2bsVMCSIAJ28XCKBVzwSMkdCr55leqnVYoSE3GMSqFeWQ%3d%3d>
- CCNIS (2017). Quienes somos. Recuperado de <http://www.ccniselsalvador.org/?q=quienes>
- CCNIS (2017). Plan Nacional de Pueblos Indígenas (Borrador). Recuperado de https://issuu.com/alfredorivera2/docs/resumen_plan_nacional_de_pueblos_in
- Dalton, Roque (2007). Miguel Mármol: los sucesos de 1932 en El Salvador. ISBN: 978-1-921235-57-3
- Dalton, Roque (2010). El Salvador Monografía. ISBN: 978-1-921438-82-0
- Diario Oficial (2011). Decreto N°1. Ordenanza Municipal sobre Derechos de las Comunidades Indígenas Asentadas en el Municipio de Nahuizalco. Tomo N° 392, N° 126 (6 de julio de 2011).

Diario Oficial (2012). Decreto N°2. Ordenanza Municipal sobre Derechos de la Comunidad Indígena de Izalco. Tomo N° 395, N° 75 (25 de abril de 2012)

Diario Oficial (2015a). Decreto N° 2. Ordenanza Municipal sobre Derechos de la Comunidad Indígena de la ciudad de Panchimalco. Tomo N° 407, N° 61 (8 abril de 2015)

Diario Oficial (2015b). Decreto N°5. Ordenanza Municipal sobre Derechos de la Comunidad Indígena de Cuisnahuat, departamento de Sonsonate. Tomo N° 407, N° 80 (6 de mayo de 2015)

Diario Oficial (2017). Decreto N° 5. Ordenanza sobre Derechos de la Comunidad Indígena de Conchagua, departamento de La Unión. Tomo N° 414, N° 44 (3 de marzo de 2017)

Diario Oficial, 2014. Constitución de la Republica de El Salvador. Decreto N° 38, Tomo 281. (19 de junio de 2014). Recuperado de https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/171117_072857074_archivo_documento_legislativo.pdf

Domínguez Sosa, Julio Alberto (1962). Ensayo histórico sobre las tribus nonualcas y su caudillo Anastasio Aquino. San Salvador: Dirección General de Publicaciones.

DYGESTIC (2008). IV Censo de Población y V de Vivienda 2007. Recuperado de <http://www.digestyc.gob.sv/servers/redatam/htdocs/CPV2007S/index.html>

El Salvador (2014). Constitución de la Republica de El Salvador. Decreto N° 38. Diario Oficial de la Republica de El Salvador, 16 de diciembre de 1983. Recuperado de http://www.csj.gob.sv/constitu/images/pdf/con_vige.pdf.

Lemus, Jorge (2010). Una aproximación a la definición del indígena salvadoreño. publicado en *Identità delle comunità Indigene del Centro Amèrica, Messico Caraibi*. Universidad de Trieste, Italia. Recuperado de <http://www.redicces.org.sv/jspui/bitstream/10972/2194/2/1.%20Una%20aproximacion%20a%20la%20definicion%20del%20indigena%20salvadoreno.pdf>

López, Matilde Elena (1978). La balada de Anastasio Guevara. San Salvador: Dirección de Publicaciones.

Marroquín, Alejandro (1965). Panchimalco, Investigación Sociológica. Tercera Edición, Dirección de Publicaciones del Ministerio de Educación, San Salvador, 1987.

Marroquín, Alejandro (2000). *Apreciación sociológica de la independencia salvadoreña*. (2ª. Ed.). San Salvador: Dirección de Publicaciones e Impresos

Montes, Segundo (1985). Los indígenas en El Salvador. Recuperado de https://www.academia.edu/13361587/Los_indigenas_en_El_Salvador._Segundo_Montes

OIT (1958). Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales (Convenio N° 107). Recuperado de http://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes_instrumentos_internacionales_convenio_107.pdf

OIT (1989). Convenio número 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Recuperado de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf

ONU (2007). Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

ONU (2011). Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (CERD). Recuperado de https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CERD/ICERDManual_sp.pdf

OPS (1999). Pueblos Indígenas, Salud y Calidad de Vida en El Salvador. Recuperado de http://www.bvsde.paho.org/tutorialin/pdf/pueblos_indigenas.pdf

SECULTURA (2015). Política Pública para los Pueblos Indígenas de El Salvador, Equipo Multisectorial de Pueblos Indígenas. ISBN 978-99923-0-266-8. Recuperado de <http://www.transparencia.gob.sv/institutions/9/documents/108037/download>

SECULTURA (s.f.) Misión y Visión. Recuperado de <http://www.cultura.gob.sv/mision-y-vision/>

V. ESTADO, CAMPOS DE PODER Y ELITES

Elites agrárias e estrangeirização de terras: discussões a partir dos sentidos jurídicos e políticos da soberania nacional

Geraldo Miranda Pinto Neto

Resumo

O presente texto analisa os sentidos da categoria soberania nacional abordado pelas elites agrárias no contexto da estrangeirização de terras. Inicia-se o texto com a apresentação sobre a estrangeirização de terras e o papel das elites agrárias nessa disputa. Questiona-se qual a abordagem utilizada por tais grupos sobre o fundamento da soberania nacional, comparando-o com a abordagem feita pelos constitucionalistas. Após a revisão bibliográfica do posicionamento dos constitucionalistas sobre a categoria da soberania nacional, percebe-se que as representações do agronegócio menosprezam a importância de tal fundamento ou o utilizam somente sob o aspecto de fazer cumprir as leis dentro do território, demonstrando uma soberania dos mercados em contrapartida a soberania popular e reforçando um capitalismo dependente em contrapartida ao autônomo.

Palavras-Chave

Agronegócio; Aquisição de Terras por Estrangeiros; Elites Agrárias; Estrangeirização de Terras; Soberania Nacional.

Introdução

O presente artigo tem o objetivo de discutir sobre a categoria 'soberania nacional', refletindo sobre os sentidos interpretativos aplicados ao termo pelas elites agrárias a partir da discussão sobre o fenômeno da estrangeirização de terras, contestando com o sentido conceitual da Assembleia Nacional Constituinte/1987-88 e com os teóricos do direito constitucional brasileiro.

A estrangeirização de terras, também chamada de land grabbing, corresponde à um fenômeno acirrado no início do século XXI que implica na apropriação global de terras, globalizando a disputa territorial por inúmeros sujeitos/entidades do campo. Tal fenômeno reverberou no espaço político, social, jurídico e acadêmico brasileiro, envolvendo pareceres da AGU, projetos de lei e ações judiciais.

Um dos principais argumentos jurídicos utilizados para limitar a aquisição e o arrendamento de terras por estrangeiros é a soberania nacional, afinal, trata-se de um fundamento do país e princípio da ordem econômica, conforme disposição constitucional. Apesar da preocupação

teórica ao afirmar que a estrangeirização de terras é uma ameaça à soberania nacional, a elite agrária brasileira [representada pela Frente Parlamentar da Agropecuária e pela Sociedade Rural Brasileira] pressionam o Legislativo e o Judiciário para flexibilizar as normativas em torno da aquisição e arrendamento de terras estrangeiras.

Desta maneira, ficam as seguintes problemáticas: Por que a soberania nacional é uma categoria tão central na discussão sobre a estrangeirização de terras? Qual o conceito de soberania nacional das entidades que representam a elite agrária no Brasil? A elite agrária nacional – que visa flexibilizar a aquisição e o arrendamento de terras para estrangeiros – utiliza o mesmo sentido de soberania nacional que os teóricos constitucionalistas e que a proposta vencedora na ANC?

Para responder tais inquietações, adotou-se enquanto metodológica a revisão bibliográfica sobre os temas: estrangeirização de terras e soberania nacional, conjugada com a análise documental, envolvendo documentos da Assembleia Nacional Constituinte (1987-88), do PL nº 4.059, das ações judiciais em trâmite no STF: ADO nº 2463 e ADPF nº 342.

O trabalho inicia-se com uma discussão sobre o diálogo entre a soberania nacional e o fenômeno da estrangeirização de terras. Posteriormente, há uma reflexão sobre o conceito de soberania nacional adotado pelas elites agrárias no âmbito das discussões sobre a estrangeirização de terras. E, para finalizar, há uma análise sobre o conceito de soberania nacional dos principais teóricos constitucionalistas brasileiros.

Conclui-se que o sentido de 'soberania nacional' adotado pelas elites agrárias nacionais é um sentido limitado e restrito, que compreende apenas enquanto capacidade de um país fazer cumprir as suas leis, portanto, é diferente do debate constituinte que visava construir um capitalismo autônomo (em contraposição ao capitalismo dependente) e que representa um poder decisório do país decidir o seu futuro.

Fundamentação do Problema

O presente trabalho decorre da dissertação de mestrado defendida pelo autor no ano de 2017 no Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília (UnB), intitulada: 'A solução é alugar o Brasil? Um estudo da atuação dos representantes do agronegócio na disputa normativa sobre a estrangeirização de terras no Brasil' (Pinto Neto, 2017). É a partir desse estudo que parte a discussão aqui proposta, aprofundando na temática da soberania nacional.

Na dissertação de mestrado foi apresentado que o campo brasileiro sempre propicia inúmeros debates em torno da questão agrária. O Brasil é um dos países com a maior concentração fundiária do mundo e com uma ampla pluralidade de formas de compreender a terra, gerando uma intensa disputa entre a defesa da manutenção com a luta pela democratização da estrutura fundiária. Há uma disputa em torno da manutenção da estrutura com os proprietários de latifúndios e/ou empresários do agronegócio frente à movimentos sociais, sindicatos de trabalhadores rurais, comunidades indígenas, remanescentes quilombolas, dentre outros povos e comunidades tradicionais.

Neste contexto de disputa efervescente, a partir de 2008 uma temática ganhou destaque: o fenômeno da estrangeirização de terras – uma tradução em português para os termos land grabbing e acaparamento de tierras. Sauer (2010) afirma que a temática foi inserida a partir da crise financeira e de alimentos no ano de 2008 conjuntamente com o aumento na produção dos agrocombustíveis, transformando a disputa territorial num fenômeno global.

Sauer e Borras (2016) pontuam que o fenômeno consiste no controle da terra e dos recursos naturais por países e instituições estrangeiras. Pereira (2015:44) afirma que a estrangeirização é: “um processo de apropriação de terras e de seus benefícios (recursos naturais, água, qualidade do solo, biodiversidade, recursos minerais, entre outros” e se dá por inúmeras formas, como aquisição, arrendamento, contrato de parceria, etc.

Neste fenômeno, o Brasil atua nas transações por terra tanto enquanto alvo quanto como promotor da apropriação, em países como Paraguai (Fernandes, 2011) e Moçambique (Pereira, 2014).

A discussão traz preocupações aos sujeitos coletivos que reivindicam a democratização da terra. Por isso, no estudo da dissertação foi possível realizar uma síntese sobre os principais problemas levantados pelos teóricos. Vejamos.

Fernandes (2011) afirma que a estrangeirização aumenta a dependência da economia brasileira em relação à economia internacional, reforçando o neocolonialismo. O fenômeno afeta a soberania alimentar, tendo em vista que as transações giram na produção de poucas commodities (Sauer, 2010). O interesse global aumenta a demanda de terras e, conseqüentemente, o seu preço, o que ocasiona o encarecimento da política de reforma agrária (Sauer, 2010), aumenta a concentração fundiária (Vinha, Pereira, 2016) e acelera a expansão das fronteiras agrícolas (Sauer, 2010). Por isso, a estrangeirização contribui para expropriar populações do campo.

Para além do campo teórico, o fenômeno atingiu os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, principalmente na sua forma mais visível – a aquisição e o arrendamento de terras por estrangeiros. A dissertação que origina o presente trabalho, ao estudar o Projeto de Lei nº 4.059/2012 e as seguintes ações judiciais que tramitam no Supremo Tribunal Federal (STF): a Ação Civil Originária (ACO) nº 2.463 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 342, percebeu que as representações do agronegócio (principalmente a Frente Parlamentar de Agropecuária (FPA) e a Sociedade Rural Brasileira (SRB) se mobilizam para flexibilizar as exigências sobre os investimentos agrícolas feitos pelo capital financeiro (Pinto Neto, 2017).

O principal argumento para prever limitações e restrições na aquisição e no arrendamento de terras por estrangeiros envolve a questão da soberania nacional. A soberania é um fundamento da organização do país e um princípio da ordem econômica (Brasil, 1988). Entende-se que a frenética compra de terras por estrangeiros, diminuiria a governança do território brasileiro, deixando o Estado vulnerável (Carvalho, Fideles, Maciel, 2015:166). Por isso, na disputa jurídica e legislativa relatada por Pinto Neto (2017) há o apontamento da necessidade de discussão sobre a soberania nacional.

Ao analisar a disputa, percebeu-se que:

As representações do agronegócio não demonstram preocupação e interesse com dispositivos constitucionais elementares do Estado Brasileiro, como a soberania nacional. Ou a consideram enquanto elemento utópico diante da globalização e de difícil realização, ou possuem uma visão restritiva de soberania nacional enquanto capacidade de edição e cumprimento de leis. Desta maneira, rejeitam a visão de soberania enquanto capacidade de poder decisório sobre as atividades realizadas em território nacional (como por exemplo, definir os alimentos a serem produzidos e o modelo agrícola) e que está relacionada com a soberania dos povos (Pinto Neto, 2017:135).

Chegou-se nessa conclusão diante das seguintes manifestações. A Indústria Brasileira de Árvores (IBÁ), no bojo da ACO, afirmou que a flexibilização da legislação sobre a aquisição de terras por estrangeiros não afeta a soberania nacional. Pontuou que a soberania não tem um caráter absoluto diante da flexibilização, tratando-se de um mero ideal não concretizado na contemporaneidade (IBÁ, 2014). A Sociedade Rural Brasileira (SRB) afirmou que a soberania nacional não é ofendida porque as pessoas jurídicas brasileiras constituídas de capital estrangeiro estariam submetidas às leis brasileiras e segue o mesmo argumento da IBÁ (SRB, 2014).

O Parlamentar Marcos Montes (PSD), relator do PL nº 4.059 e atuante na FPA, afirmou que não há risco à soberania nacional. Apontou que os dados divulgados pelo INCRA apontam que somente 0,51% do território nacional estão nas mãos dos estrangeiros e, por isso, é difícil ameaçar a soberania nacional. À título comparativo, apresenta que os indígenas ocupam mais de 12% do território nacional. Para complementar, afirma que o pertencimento da terra por estrangeiro não implica na retirada da soberania, pois o Estado poderia realizar a desapropriação quando não cumprir com a função social da propriedade (Montes, 2012). Francisco de Godoy, representante da BRACELPA – entidade que representa os produtores de celulose, afirmou que a soberania nacional depende mais da efetividade das instituições reguladoras do que a limitação da liberdade de investimentos (Faro, 2011).

Percebe-se uma série de problemas e de limitações em torno das questões abordadas, por isso, o trabalho visa responder: Qual o conceito de soberania nacional das entidades que representam a elite agrária no Brasil? A elite agrária nacional – que visa flexibilizar a aquisição e o arrendamento de terras para estrangeiros – utiliza o mesmo sentido de soberania nacional que os teóricos constitucionalistas?

Metodologia

O presente trabalho foi feito da seguinte forma: partiu de uma inquietação e continuidade de uma dissertação de mestrado. Para isso, utilizou-se o acúmulo do levantamento documental nas ações judiciais e na proposição de projeto de lei e bibliográfico sobre a temática da estrangeirização de terras. Tal esforço foi importante para compreender o uso dado pelas representações do agronegócio sobre a soberania nacional. Diante da constatação foi elaborada uma revisão bibliográfica sobre o conceito de soberania nacional a partir da formulação de constitucionalistas brasileiros. Diante do conflito entre as percepções de soberania nacional das representações do agronegócio e das percepções dos constitucionalistas atinge-se a resposta para a problematização da presente pesquisa.

Resultados e discussões

Neste momento, haverá a apresentação sobre a concepção de soberania adotada pelo Brasil diante da escrita de constitucionalistas.

Pedro Lenza (2018:1557) afirma que a soberania é apresentada na Constituição para: “evitar a influência descontrolada de outros países em nossa economia”. Segundo o autor, a soberania está associada à ideia de independência nacional, ou seja, as situações devem ser analisadas conforme a vontade do próprio país, tornando-se inconstitucional a submissão obrigatória de

decisões econômicas impostas por determinada instituição, país ou organismo internacional. O autor ressalta que a soberania nacional não é uma supra proteção ao capital nacional e que são possíveis investimentos estrangeiros, desde que, tenham como base o interesse nacional – art. 172 da CFRB/1988.

Alexandre de Moraes (2017) define que soberania: “é a capacidade de editar suas próprias normas, sua própria ordem jurídica (a começar pela Lei Magna), de tal modo que qualquer regra heterônoma só possa valer nos casos e nos termos admitidos pela própria Constituição”. O autor, complementa, que o poder soberano é aquele que não é limitado por nenhum outro poder no campo interno (dentro do país) e que tem igualdade com os demais poderes soberanos no plano internacional.

José Afonso da Silva (2015) pontua que, historicamente, a economia brasileira tem natureza periférica, ou seja, há uma relação de dependência com os principais centros capitalistas. Por isso, a Assembleia Nacional Constituinte (1987-88) [mecanismo que originou a Constituição Federal de 1988] ao evocar a soberania nacional econômica visou consolidar um capitalismo autônomo, pautado no desenvolvimento autocentrado, nacional e popular. Aponta que a soberania aparece no ordenamento constitucional para garantir que o Estado e a burguesia nacional tenham capacidade de dominar o mercado, competir com o mercado mundial, reproduzir a força de trabalho, as fontes tecnológicas e os recursos naturais.

Sylvio Motta (2018) afirma que: “soberania é um poder político que se depreende, inicialmente, por uma relação de reciprocidade”. A reciprocidade aparece porque o Estado soberano respeita o poder decisório dos demais Estados e em contrapartida deverá ser respeitado dentro do seu território. Isso gera a seguinte questão: dentro do território nacional, o Estado tem a vontade superior e no plano internacional, o Estado estará (ou deveria estar) em condições de igualdade com os demais países.

O doutrinador Sylvio Motta (2018) apresenta a existência de um conceito de soberania tradicional – pautado em ser ilimitado por outro poder dentro do seu território e por ser independente, ou seja, não é obrigado a acatar regras de outros poderes supremos. O autor afirma que tal conceito está imbricado com o próprio conceito de Estado, por isso, prefere a compreensão da soberania enquanto um reforço da soberania popular – o reconhecimento de que o poder emana do povo.

Sobre a soberania enquanto princípio da economia, o autor reconhece que: “se exige que esta soberania englobe também a esfera econômica não no sentido de excluir a atividade econômica estrangeira no território nacional [...], mas no sentido de fortalecer a economia

interna” (Motta, 2018). Pontua que é inviável a proibição de atividade econômica de estrangeiros no país, mas visa preponderar os interesses nacionais sobre os investimentos estrangeiros.

Ana Paula Barcellos (2018) afirma: “soberania corresponde ao poder de autodeterminação dos povos, próprio das organizações estatais independentes”. A doutrinadora também apresenta os sentidos dados pela soberania: no plano interno e no plano externo. No plano dentro do território a soberania aparece como a capacidade de editar ordem jurídica (as leis) e impor, inclusive coercitivamente, o seu cumprimento. Já no plano internacional, trata-se da igualdade formal entre os Estados com o objetivo de não existir relações desprovidas de sujeição e de dependência. Vejamos: “a soberania é um conceito de direito internacional pelo qual se confere aos Estados a capacidade, em tese, ilimitada, de praticar todo e qualquer ato de seu interesse”.

No plano do princípio econômico das relações econômicas, a autora apresenta que: “para os agentes econômicos que, independentemente de sua origem, ao atuarem no Brasil estarão necessariamente submetidos às normas e exigências definidas como aplicáveis pelo País” (Barcellos, 2018). A autora apresenta ainda que, com a eliminação do art. 171, que previa distinção entre capital nacional e estrangeiro, via emenda constitucional, de modo geral, a origem do capital não é um aspecto relevante, exceto quando a própria Constituição apresenta determinadas vedações – como a participação do capital em empresas jornalísticas e de rádio difusão, na assistência à saúde, na atuação de instituições financeiras, dentre outros (Barcellos, 2018) – que é o exemplo da limitação na aquisição e no arrendamento de terras por estrangeiros – art. 190 CFRB/1988.

Uadi Lammêgo Bulos (2018:511) afirma que a soberania: “revela a qualidade máxima do poder. Trata-se de um conceito que inadmite gradações”. O autor pontua as mesmas implicações do princípio na ordem interna e na ordem externa, pontuando que na ordem interna, o Estado brasileiro é a autoridade máxima dentro do seu território e engloba a capacidade de auto-organização (organização do Estado e edição de normas), autogerenciamento financeiro e autogoverno. No plano da soberania nacional atrelada a noção econômica, o autor pontua que se refere: “à formação de um capitalismo nacional autônomo, sem ingerências externas” (Bulos, 2018:1547).

Bulos traz a noção de soberania operacional ou funcional identificada por Ricardo Lewandowski. O autor cita que tal conceito advém da ideia que a soberania para ter sentido precisa ser operacional ou ter uma função. Diante da percepção da impotência do Estado diante das decisões econômicas do mundo capitalista e da percepção de que existem entes políticos

soberanos somente na forma determinados autores passaram a afirmar que a soberania precisa ter uma noção de funcionalidade. Ou seja, o Estado só será soberano se agir de forma eficaz (Lewandowski apud Bulos, 2018:512).

Afonso Arinos de Melo Franco (2019) faz um resgate histórico sobre a formação da soberania no plano mundial. Conta que a soberania contemporânea, a forma como a conhecemos na atualidade, surgiu como forma de centralizar o poder para superar o modelo feudal: originando o Estado Moderno. Por isso, para o doutrinador, os termos Estado e Soberania estão imbricados. Sobre o conceito, apresenta:

A soberania do Estado é, assim, a justificação da centralização do poder político nas mãos das autoridades públicas, e do caráter imperativo e supremo (no plano jurídico) deste mesmo poder. O caráter soberano do poder do Estado não pode ser concebido, com efeito, senão como um postulado jurídico, e nunca como um fato histórico, visto que, historicamente, o grau de poder dos Estados depende da sua força material. Mas o conteúdo jurídico da soberania é que protege e garante precisamente o direito à liberdade e à independência, de qualquer nação organizada em Estado, por mais fraca que seja (Franco, 2019).

Para finalizar a discussão sobre a categoria da soberania nacional, haverá a discussão a partir do jurista Dalmo de Abreu Dallari (1998). Dallari (1998:74) apresenta que há:

[...] uma multiplicidade de teorias que acabou sendo prejudicado, tornando-se cada vez menos preciso e dando margem a todas as distorções ditadas pela conveniência. Essas distorções têm sido uma consequência, sobretudo, da significação política do conceito, que se encontra na base de seu nascimento e que é inseparável dele [...]. Atualmente, porém, não obstante a imprecisão e as controvérsias, a expressão soberania vem sendo largamente empregada na teoria e na prática, às vezes até mesmo para justificar as posições de duas partes opostas num conflito, cada uma alegando defender sua soberania.

Após apresentar o uso frequente da soberania na atualidade, o autor traça os marcos conceituais utilizados para definição do termo. Apresenta que há uma primeira corrente que enquadra a soberania puramente em termos da eficácia do poder, conceituando soberania: “como o poder incontestável de querer coercitivamente e de fixar as competências” (Dallari, 1998:80) – há uma externalização da supremacia do poder. A segunda corrente apresenta a soberania enquanto um fator jurídico, afinal, considera soberania: “o poder de decidir em última instância sobre a atributividade das normas” (Dallari, 1998:80). E a terceira corrente, com fundamento culturalista, que afirma que a soberania é o conjunto indissociável das questões sociais, jurídicas e políticas.

A soberania possui as seguintes características: é una, indivisível, inalienável e imprescritível. Tais características decorrem pelo seguinte motivo: só é admitido a existência de uma soberania no âmbito de um território e ela será exercida de forma conjunta em todas as localidades. Para além disso, a titularidade desaparece quando não possuir mais a soberania e não há uma previsão temporal para o exercício da supremacia (Dallari, 1998).

Dalmo Dallari (1998) conclui o texto afirmando que a soberania é concebida de duas formas. Encarada como sinônimo de independência, na ausência de dominação e sujeição a potências estrangeiras. E, também apresentada como a capacidade suprema de poder jurídico, ou seja, referindo-se à jurisdição do Estado no poder de efetivar as suas regras.

Feita a revisão bibliográfica sobre a temática da soberania, o próximo desafio é responder: Sobre qual soberania as representações do agronegócio se referem na disputa no fenômeno da estrangeirização de terras?

Considerações finais

Entende-se que as elites agrárias diante da análise da sua atuação no fenômeno da estrangeirização de terras se manifesta da seguinte forma: compreende que a soberania nacional é um princípio que fica no plano do ideal, pois não é possível atingi-lo no contexto globalizado ou pauta o sentido de soberania nacional identificado como jurídico, ou seja, somente enquanto capacidade de elaborar e de fazer cumprir as leis. Para além da concepção de soberania nacional no aspecto econômico, a mobilização das elites agrárias demonstra a existência de um capitalismo dependente no bojo da economia nacional.

Diante da percepção do sentido adotado pelas elites agrárias e do acúmulo sobre os conceitos levantados pelos constitucionalistas é possível trazer considerações.

O conceito de soberania nacional é moldado em conformidade com o tempo. No entanto, ele não deve ser visto somente pelo prisma jurídico, compreendido a partir da definição de Dallari (1998). É necessário compreender a soberania também no seu sentido político, ou seja, de fazer cumprir com as determinações do próprio Estado. Neste aspecto, as elites agrárias não se manifestam ou ignoram o argumento – o que é muito perigoso, demonstrando a possibilidade de um Estado vulnerável.

As afirmações pelo relatório feito pelo parlamentar Montes (2012) são muito sérias. Inicialmente, ao afirmar que só 0,51% das terras estão sob domínio estrangeiro ele cai em dois erros. O primeiro erro é ignorar a ausência de formulação de dados seguros sobre a temática no banco de dados do INCRA. O segundo erro envolve reduzir a problemática em uma questão

quantitativa, afinal, 0,51% do território brasileiro é uma área maior que muitos países ao redor do mundo, como por exemplo, a Holanda (Sauer, Borrás, 2016). Então é importante frisar que já existe uma ameaça a soberania nacional – pela ausência de controle nas aquisições e pelo volume ‘estrangeirizado’.

Outra afirmação que merece destaque envolve a comparação feita com a área ocupada pelos povos indígenas. Ora, dá-se a ideia de que os indígenas não fazem parte do Estado Brasileiro – questão inverídica, preconceituosa, racista e colonial. Afinal, o Estado é formado pelos povos indígenas e que, devem inclusive ser beneficiados com a ideia da soberania nacional.

Conforme levantado por Dallari (1998), na atualidade, muitos grupos utilizam o debate da soberania nacional, principalmente grupos com ideias nacionalistas. Deve-se ter cuidado com a análise desses discursos, por exemplo, o agronegócio se propagandeia enquanto salvador da economia nacional, mas, em contrapartida visa flexibilizar a aquisição de terras para estrangeiros. Demonstra ainda que, a soberania nacional estaria atrelada ao mercado e as possibilidades de investimentos – utilizando uma soberania do mercado, em contrapartida as noções constitucionais da soberania popular, pautada pela autodeterminação dos povos. Para além disso, nota-se a existência de um capitalismo dependente aos centros do capitalismo, contrariando o anseio constituinte, relatado por Silva (2005), de construção de um capitalismo autônomo.

Referências

Barcellos, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Brasil, República Federativa do. Constituição Federal de 1998.

Bulos, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Carvalho, Josué Tomazi de Fideles, Junior Divino, Maciel, Marcela Albuquerque. Direito agrário. Salvador: JusPodivm, 2015.

Dallari, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

Faro, Beto. Relatório Inicial da Subestra, 2011.

Fernandes, Bernardo Mançano. Estrangeirização de terras na nova conjuntura da questão agrária. In Canuto, Luz, Wichiniesky, Conflitos do Campo Brasil 2010. Goiânia: CPT, 2011. pp. 76-81.

Franco, Afonso Arinos de Melo. Curso de Direito Constitucional brasileiro. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

IBÁ. Pedido de admissibilidade enquanto assistente do réu. In Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Civil Originária nº 2.463, 2014. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4598070>

Lenza, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 22ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Montes, Marcos. Relatório Final da Subestra, 2012.

Moraes, Alexandre de. Direito constitucional. 33ª ed. ver. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

Motta, Sylvio. Direito constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões. 27. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

Pereira, Lorena Izá. Estrangeirização de terras no Brasil: uma visão através da geopolítica da questão agrária. In Boletim DataLuta, 2014.

Pereira, Lorena Izá. Governança da posse e estrangeirização de terras: apontamentos e perspectivas. In Revista Nera (UNESP), v. 29, 2015. pp. 48-69.

Pinto Neto, Geraldo Miranda. Judiciário e Questão agrária: uma análise a partir da judicialização dos conflitos agrários envolvendo o movimento geraizeiro. Monografia. Regional Goiás, Universidade Federal de Goiás: Goiás/GO, 2014.

Sauer, Sérgio. Demanda mundial por terras: 'land grabbing' ou oportunidade de negócios no Brasil? In Revista de Estudos e Pesquisas Sobre as Américas, v. 4, 2010. pp. 50-71.

Sauer, Sérgio; Borrás, Jun. 'Land grabbing' e 'green grabbing': uma leitura da corrida na produção acadêmica. In Campo – Território, v. 11, 2016. pp. 6 – 42.

Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

Sociedade Rural Brasileira (SRB). Pedido de Ingresso enquanto Amicus Curiae. In Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Civil Originária nº 2.463, 2014. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4598070>

Vinha, Janaina Francisca de Souza Campos; Pereira, Lorena Izá. Estrangeirização de Terras e Geopolítica da Questão Agrária: a usina Umoe Bionergy em Sandavalina – SP. In Campo – Território: revista de geografia agrária. Edição Especial, 2016. pp. 257-284.

Tradición Familia y Propiedad: O dinastías, nepotismo y delfinazgo como reproducción social en Colombia

José Ernesto Ramírez¹

La «dominación» se refiere a la capacidad de controlar las actividades de otros; la «explotación», a la adquisición de beneficios económicos del trabajo de aquéllos que son dominados. Toda explotación, por consiguiente, implica algún tipo de dominación, pero no toda dominación implica explotación. EOW

Resumen

El encastamiento del liderazgo partidista del sistema político, la propiedad y manipulación de los medios masivos en sus distintas etapas de modernización, la concentración económica de recursos y todas las diversas bonanzas del desarrollo (incluyendo distintas modalidades mafiosas), han sido procesos asociados de forma constante al familismo elitista², por lo que cabe preguntarse cómo y en qué condiciones de posibilidad se han reorganizado parcialmente las estrategias reproductoras de esta forma de clasismo. Desde la perspectiva socio analítica los conceptos de elitore, estrategias de inversión biológica, económica, social y simbólica, con resultados en el poder económico y dominación política, liderazgo, circulación público-privado, nepotismo y delfinismo requieren articularse mediante una rigurosa revisión de las biografías de un conjunto de familias representativas de la configuración del segmento hegemónico del espacio social. La herramienta categorial de Bourdieu basa el análisis de trayectorias y cambios adaptativos desplegados al interior de las fracciones de elite reconocidas como “cacaos-caciques políticos y/o estadistas” que integran destacados ejemplos de las principales redes familiares de alcance nacional (Ospina, Lleras, Santos), regional (Lloreda, Araujo, Lara) y/o local (Turbay, Gerlein, Aguilar) y, que, dada su influencia constituyen la materia prima para desarrollar una primera sistematización, apoyada en trabajos que en las últimas décadas han sido acometidos por investigadores colombianos y del exterior³

Se apunta a corroborar como la reproducción de la estructura oligárquica-nepotista y maquiavélica que caracteriza la configuración del bloque hegemónico que ha controlado históricamente el régimen de acumulación establecido en Colombia, se basa en la elaborada complementación -e innovación- entre diversas formas de estrategias, que evidencian cambios adaptativos a partir de las condiciones propias de cada transición en los marcos de referencia cultural y de la economía mundial y la misma mutación de las formas de organización de redes de familia. Si bien la centralidad de la familia en la estructuración del Estado, los procesos de concentración de la riqueza y del ingreso han invisibilizado

-además por razones propias de las representaciones elitistas de la idea de seguridad- la

asociación de los apellidos tradicionales a algunas formas de actividad (los negocios cuestionados).

Esta ponencia surge de un proceso de recopilación de información periodística, notarial, judicial y catastral relacionada con grandes clanes familiares que han ocupado privilegiadas posiciones en el control de medios de información, actividades económicas en procesos de modernización empresarial, las direcciones de movimientos políticos y partidos, además de diversas expresiones de creación artística, cultural (literatura, cine). En la estrategia metodológica se ha trabajado con apoyo en la propuesta bourdiana de Estrategias de reproducción y modos de dominación, en la que se categorizan las formas mediante las cuales se estabiliza la continuidad de las tradiciones familiares de control de recursos. Se analizarán las formas emergentes de estrategia, principalmente las que deslegitiman el poder manifiesto de las redes familiares, bien por la participación en actividades económicas consideradas ilegales, dando origen a procesos de contingencia como los de extinción de dominio

Palabras clave

Reproducción, elites, estrategias, dominación, familismo, dinástico

Introducción

Se intenta en esta perspectiva caracterizar, documentar y organizar las diversas modalidades estratégicas de construcción, y reproducción de un sistema de dominación política, que se fundamenta en el poder de disposición sobre los recursos del trabajo y la explotación de la libertad de empresa. Se comparan desde el esquema teórico de variantes de reproducción social y los modos de dominación de Bourdieu, las transiciones ocurridas en aspectos como cambio en el esquema de posesión de los medios, profesionalización de la práctica política, reacomodación de las redes, cooptación de nuevos miembros, aceptación de nuevos aliados, vinculación con las dinámicas de la cultura de ilegalidad, transnacionalización entre otras.

Entre las estrategias de perpetuación de la creencia en la superioridad social de los grupos de élite dominante aparecen las formas de trasmisión intergeneracional del "rol" con la auto representación y alternidad de esta. Por ejemplo, se cita que existe una reiterativa alusión en los colegios de elite a:

*"Un muchacho que había ido a uno de los mejores colegios de Bogotá me dijo que, a su entender, uno de los problemas de esa institución es que a los alumnos les hacían creer que realmente eran mejor que los demás, que estaban por encima de ellos"*⁴

Llama la atención comparar en diversos períodos de las relaciones entre familias de élite y

recursos de monopolio de las oportunidades de concentración de la riqueza y el ingreso, como se han movido en el plano de los tipos de legitimidad sobre la cual fundamentan los modos de dominación. Esta ponencia recopila y sistematiza información de fuentes secundarias, como investigaciones realizadas y algunas pesquisas en bases de datos y centros de documentación en diversas ciudades de Colombia

Fundamentación teórica

Podría comenzarse recordando como los conceptos clave están articulados: dinastías, nepotismo, delfinismo hacen parte de la discusión sobre las formas en que se han establecido las relaciones sociales y vínculos entre la conformación de las familias tanto en sí como las estructuras estatales. Olin Wright explica la complementariedad de los paradigmas sobre la estructura de clases sociales en la siguiente forma:

"el análisis de las clases, [está] asociado con una tradición diferente de la teoría sociológica. El primero identifica las clases con los atributos y las condiciones de vida materiales de los individuos. El segundo se centra en los modos en que las posiciones sociales permiten a determinadas personas controlar los recursos económicos mientras excluyen a otras, definiendo las clases respecto a los procesos de «apropiación de oportunidades». El tercer planteamiento entiende que las clases se hallan estructuradas por mecanismos de dominación y explotación en los cuales las posiciones económicas conceden a algunas personas poder sobre las vidas y las actividades de otras. El primero es el planteamiento adoptado por la investigación sobre la estratificación, el segundo responde a la perspectiva weberiana y el tercero se halla asociado con la tradición marxista"

El delfinazgo usualmente es conceptualizado como "un fenómeno de la política en el que grandes dirigentes políticos heredan sus apellidos de renombre a su futura descendencia para que ellos logren acceder también al escenario de la dirección y manejo del poder. La sucesión del poder político dentro de un círculo familiar era recurrente en las monarquías europeas en donde el linaje y los lazos sanguíneos con el monarca garantizaban en poder. El precedente más reluciente del delfinazgo se dio con claridad en la Francia monárquica, cuyos reyes cedían a sus hijos las riendas del poder, por ello eran llamados delfines, y en torno a su figura y simbología se articulaba la institución gobernante"⁵ El delfinazgo deriva por lógica en la conformación de un tipo de redes familiares de descendencia que, por mecanismos de legitimidad fundada en la pretensión de poseer atributos para gobernar, se estructuran como dinastías -tropicales por supuesto- así entonces los primeros presidentes de la República obtuvieron reconocimiento y merecimiento dada su condición de descendencia directa de los próceres de la independencia. Luego de conformada esta peculiar tradición fue posible que "estirpes" que lograron combinar recursos de distintos tipos de capital como control de campos militar, religioso, jurídico,

económico y cultural – como fundar y utilizar medios escritos de información- originaran las líneas dinásticas bipartidistas que lograron atenazar la fachada democrática hasta la desaparición ideológica -mas no formal- de los viejos partidos tradicionales. Como lo señala Revéiz (2010) *"El delfín hereda del padre la clientela (política), la cuota del manejo del presupuesto y los 'derechos de propiedad' sobre las instituciones. Estos derechos confieren poder efectivo a sus poseedores, los delfines"*⁶ Este derecho de propiedad abrogado a individuos Inter generacionalmente posible que esté asociado con la forma en que se da la captura del Estado.

Finalmente, el nepotismo se ha reconocido como una costumbre propia de la idiosincrasia de la función pública. En 1991 una Ley 53 inspirada en la CPC de ese año intento sin éxito modificar la práctica introduciendo formalmente reformas del régimen municipal, que no podrían ser nombrados en las respectivas esferas de influencia los cónyuges, compañeros o compañeras permanentes, los parientes del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o del primer grado civil, de los alcaldes, concejales principales o suplentes, personeros, secretarios del cabildo y auditores y revisores. Luego el Consejo de Estado, en muy claro concepto, manifestó que los nombrados en tales condiciones debían renunciar a sus cargos, y si no lo hicieren deberían ser declarados en insubsistencia. Ya los parientes inmediatos no podrán ser incrustados en la Administración.

Un notable ejemplo de esta práctica es citado por Martin (2018)

"En su estudio, Pardo (2013) rastrea las interconexiones de cuatro familias: los Santos, los Holguín, los Pumarejo y los Lleras. Se demuestra que entre éstas existen vínculos de parentesco que se remontan a mediados del pasado siglo XX y, lo más relevante [...] una relación de intereses de modo que cuando uno de estos miembros llegaba al poder servía de trampolín para alzar a otro miembro de la familia de la red hacia un puesto importante en el Gobierno"

Aludir a costumbre plantea el rastreo de los orígenes de lo que, siguiendo a Foucault, González (2007) llama tarea de describir los dispositivos de poder que emergen en la sociedad colonial en Colombia a partir del siglo XVII.

Nuestro objetivo es describir cómo ciertas prácticas sociales, económicas y jurídicas constituyen un dispositivo de poder que hace posible unas formas de sujeción en la Nueva Granada El dispositivo de poder en Antioquia se compone de un sistema de relaciones entre 1) la economía de la minería, 2) las estructuras sociales establecidas por las redes parentales y 3) las leyes que ponen en juego la figura del "blaqueado". La configuración de ese dispositivo de poder tiene unos efectos de sujeción directos sobre la vida de los nativos, los mestizos y los colonos de Antioquia en la medida en que determina su distribución en la estructura social. Siendo esta una perspectiva metodológica que permite describir la organización histórica de la sociedad en términos de dispositivos disciplinarios

y formas de producción de subjetividad. A grandes rasgos, la microfísica del poder es un análisis descriptivo de las formas en las que históricamente se ejerce el poder en la sociedad. Esas formas, dirá Foucault, son prácticas sociales que emergen como mecanismos de regulación, exclusión y dominación, pero también de producción e inclusión".

No menos aportante para entender los determinantes del objeto "hegemonismo social" es la perspectiva Bourdiana de los modos de dominación resultantes de cambiantes estrategias de reproducción. Los "modos de dominación" están implicados en la reproducción de la vida social y varían de acuerdo con las formaciones sociales consideradas. Esquemáticamente, difieren entre aquellos universos sociales desprovistos de mercados "autorregulados", como el sistema de enseñanza, el aparato jurídico, el Estado, "donde las relaciones de dominación se hacen, se deshacen y se rehacen en y por la interacción entre las personas", y aquellos en los que, al estar mediatizadas por esos mecanismos objetivos e institucionalizados, las relaciones de dominación "tienen la opacidad y la permanencia de las cosas y escapan a las tomas de conciencia y del poder individuales".¹ Bourdieu propuso a comienzos de los años 90 una categorización de las estrategias de reproducción social. Incluyo al menos las siguientes variedades:

Tipo de estrategia	Resultados buscados	Modalidades
Inversión Biológica Fecundidad	<ul style="list-style-type: none"> Aumentar o a reducir el número de hijos y, por ello, la fuerza del grupo familiar limitar la cantidad de potenciales pretendientes del patrimonio material y simbólico 	<ul style="list-style-type: none"> Directas, con las técnicas de limitación de los nacimientos indirectas, por ejemplo, con el matrimonio tardío o el celibato
Profilácticas	<ul style="list-style-type: none"> Preservar el patrimonio biológico asegurando los cuidados continuos o discontinuos destinados a mantener la salud o a mantener alejada la enfermedad 	<ul style="list-style-type: none"> Aseguramiento de la administración razonable del capital corporal deporte/dieta/vida saludable etc. Economía del cuidado...

<p>Inversión Social; Sucesorias viii</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Apuntan a garantizar la transmisión del patrimonio material entre las generaciones con el mínimo de desperdicio posible dentro de los límites de las posibilidades ofrecidas por la costumbre y el derecho 	<p>Dentro de la legalidad artificios y todos los subterfugios disponibles dentro de los límites del derecho ilegales recurriendo a todos los manejos ilegales (como la transmisión directa e invisible de activos líquidos o de objetos)</p>
<p>Educativas</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Producir agentes sociales dignos y capaces de recibir la herencia del grupo. Eso sucede, en especial, con el caso de las estrategias "éticas" que apuntan a inculcar la sumisión del individuo y de sus intereses al grupo y a sus intereses superiores; así, cumplen una función fundamental, asegurando la reproducción de la familia que de por sí es el "sujeto" de las estrategias de reproducción 	<ul style="list-style-type: none"> • De inversión a muy largo plazo, no necesariamente percibidas como tales, y no se reducen, como cree la economía del "capital humano", sólo a su dimensión económica, o incluso monetaria
<p>Inversión económica</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Tienden a la perpetuación o el aumento del capital (monetizable) bajo sus diferentes formas 	

Orientadas hacia la instauración o el sostenimiento de relaciones sociales directamente utilizables o movilizables, a corto o a largo plazo, es decir, hacia su y, por lo tanto, en capital social y en capital simbólico,

<ul style="list-style-type: none"> Transformación en obligaciones duraderas, subjetivamente percibidas (sentimientos de reconocimiento, de respeto, etc.) o institucionalmente garantizadas (derechos), 		
(complejas) matrimoniales	<ul style="list-style-type: none"> Debe asegurarse la reproducción biológica del grupo sin amenazar su reproducción social mediante casamientos desiguales, y ocuparse del mantenimiento del capital social, mediante la alianza con un grupo al menos equivalente bajo todos los aspectos socialmente pertinentes 	<p>Las principales vinculaciones dentro de la élite política están resumidas en el videoclip de Racero:</p> <p>http://youtube.com/watch?v=Pe58LUg2u_w Explicadas como pactos políticos – matrimoniales o pactos familiares – contractuales (no explícitos)</p>
(complejas) de inversión simbólica	<ul style="list-style-type: none"> son todas las acciones que apuntan a conservar y a aumentar el capital de reconocimiento (en los diferentes sentidos), propiciando la reproducción de los esquemas de percepción y de apreciación más 	

	<p>favorables a sus propiedades y produciendo las acciones susceptibles de apreciación positiva según esas categorías (por ejemplo, mostrar la fuerza para no tener que valerse de ella)</p>	
<p>(complejas) de sociodicea</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Apuntan a legitimar la dominación y su fundamento (es decir, la especie de capital sobre la cual reposa), 	<p>Son un caso especial de la inversión simbólica.</p>

Estrategias de la reproducción social? Fuente: Elaboración propia

Condiciones de combinación de todas las formas de estrategia de reproducción:

1ª. Esas diversas alternativas en tanto se aplican en diferentes puntos del ciclo de vida -siendo este un proceso irreversible- deben estar también cronológicamente articuladas, y cada una de ellas debe en cada momento tener en cuenta los resultados alcanzados por aquella que la ha precedido o que tiene un alcance temporal más breve

2ª. Todas ellas constituyen un sistema y, por ello, se ubican en el origen de los reemplazos funcionales y efectos compensatorios ligados a la unidad de función: por ejemplo, las estrategias matrimoniales pueden suplir las fallas de las estrategias de fecundidad.

3ª. Todas apuntan a legitimar la dominación y su fundamento (es decir, la especie de capital sobre la cual reposa), naturalizándolos

4ª. Dependen de las condiciones sociales cuyo producto es el habitus -es decir, en las sociedades diferenciadas, del volumen y de la estructura del capital poseído por la familia (y de su evolución en el tiempo)

5ª. Las estrategias de reproducción tienen por principio, no una intención consciente y racional, sino las disposiciones del habitus que espontáneamente tiende a reproducir las condiciones de su propia producción.



6ª, así, contribuyen en la práctica a la reproducción del sistema completo de diferencias constitutivas del orden social.

Bourdieu creía que tal mapeo era una suerte de panorama de las grandes clases de estrategias de reproducción (engendradas por esas disposiciones) que se encuentran en todas las sociedades, si bien con diferente incidencia (especialmente según el grado de objetivación del capital) y bajo formas que varían según la índole del capital que se trata de transmitir y el estado de los mecanismos de reproducción disponibles (por ejemplo, las tradiciones sucesorias)

Para analizar la dinámica de las clases y los mecanismos de perpetuación del orden social, incluso en relación con lo que las familias ponen en marcha para reproducirse socialmente, [...] este concepto muestra con claridad una dimensión central de la teoría de Bourdieu: la concepción relacional de lo social, perceptible en la manera como se construyen sus conceptos claves y en el modo en que se articulan. Así, las diferentes estrategias de reproducción social se explican sólo relacionalmente, en un doble sentido: dentro del contexto del sistema que. en un grupo de familias pertenecientes a una clase o fracción de clase y dentro del espacio social global, donde las prácticas que forman parte de ese sistema se relacionan con las prácticas constitutivas de los demás, articulando modos de reproducción sociales diferenciales.

Fundamentación referencial

En ese sentido se puede afirmar que la lucha de clases propia de sociedades donde estas se consolidaron como clases modernas, se transformó en la experiencia colombiana, como consecuencia de la dinámica de violencia y estancamiento en el desarrollo de un estado social, dando como resultado una estructura en la cual la élite conformada por un porcentaje ínfimo de la población total ha logrado sumar las condiciones materiales, el control de los recursos económicos y excluir a todas las demás grupos poblacionales estén o no configurados como clases o fracciones del acceso a las oportunidades, a la vez que solo para sus intereses han logrado estructurar los mecanismos de explotación y dominación.

Para llegar finalmente a detallar la polarización de inequidad en la compleja estructura de la sociedad colombiana, puede verse el trabajo del maestro Raúl Alameda quien hacia 2007 señalando las abismales distancias en la pirámide social en Colombia recalcó el siguiente perfil:

"11. Estrato de potentados: es el 0.001 de la población nacional, es decir aproximadamente medio centenar de personas o unas 105 familias, con una composición numérica variada, pertenecientes a redes o alianzas de diverso tipo. Integran este estrato los dueños de los grandes grupos y conglomerados constituidos por las principales empresas mineras, agroindustriales, manufactureras, comerciales, financieras, petroleras, editoriales y de medios de comunicación, de

transporte y abiertos a cuantiosas inversiones industriales y financieras en el exterior. Tienen mansiones en varios sitios exclusivos del mundo, poseen aviones privados, y posan pertenecer al "Jet Set" internacional. La mayor parte de ellos reside la mayor parte del tiempo en el exterior y sus herederos acceden a los mejores colegios y universidades de EE. UU y Europa. El ápice de este estrato lo encabezan los "cacaos" cabezas visibles de los grupos Santo domingo, Ardila Lülle, Sarmiento Angulo y el sindicato antioqueños. Al concentrar un porcentaje muy elevado de la riqueza y el ingreso sus decisiones determinan las tendencias de la economía nacional. Sin hacer parte de las estructuras políticas formales, sus intereses fijan las principales orientaciones del Estado, así como sus relaciones internacionales".

Algunas características diferenciadoras de la conformación de la fracción "estrato de potentados" en la formación social colombiana se pueden reconocer complementando la caracterización recurriendo a algunos importantes estudios realizados en las últimas décadas.⁹ Desde una perspectiva Gramsciana, Ángelo Neglia (1999) identificaba el sector hegemónico para el conjunto de países de la región como un conglomerado heterogéneo al cual se adscribían la élite terrateniente, empresarial, financiera, la alta oficialidad de las FFAA, los cuadros de la burocracia estatal y privada e incluso la dirigencia gremial -incluyendo la sindical-

1. A diferencia de los países con fuerte migración europea, la auto referencia del estatus estamental de la élite colombiana en el siglo XIX y con perduración en el siglo XX debió apelar a reconocer sus lazos ancestrales con la nobleza hispánica. Lo cual posiblemente fue una mitificación. Culturalmente las elites que construyeron las redes familiares del sector hegemónico imitaron las costumbres de sus homólogos anglosajones, conservando características del modelo patriarcal, y de la forma como este marca improntas en la familia.
2. La estructura de clases sociales en Colombia nunca llegó a ser moderna conforme el criterio de oposición entre tenencia-privación de la propiedad de los medios de producción, dados factores como la escasa asalarización de la fuerza de trabajo, el abandono del proyecto de sociedad industrial y la inacabada construcción de conciencia de clases (había trabajadores en la industria, pero nunca hubo -mentes- trabajadores industriales).
3. Desde finales del siglo XIX hasta mediados del siglo XX el grupo de presión que ejerció el liderazgo en el direccionamiento clasista del régimen de acumulación fue la SAC (sociedad de agricultores de Colombia) y tras una pugna que dio aprendizajes importantes de instrumentalización, cedieron paso a la primacía de los intereses de los empresarios "capitanes de industria" asociados en la ANDI (Asociación Nacional de Industriales). El liderazgo del interés de la ANDI en las políticas económicas, de desarrollo e internacional solo duró hasta inicios de los

setentas, cuando emerge la ANIF y se concreta la preeminencia del sector bancario y especulativo en la conducción de las políticas en materia económica. Esos cambios motivan la dificultad de entender propiamente el carácter de la llamada "oligarquía" como con frecuencia se sustituye la tipificación de las formas burguesas de enclasmiento.

¿Resolviendo la pregunta sobre Cómo influyen estas élites en los destinos y la historia del país? Un conocido columnista de opinión (Caballero citado por Cosoy, 2017) argumentaba que "[...] *no hay renovación, pero a la vez sí hay renovación, diluida y despaciosa, por ese lado de la cooptación. Eso tiene su origen en buena parte en que Colombia es un país tremendamente conservador, enemigo de lo nuevo, aferrado a lo ya conocido*". [...] "*Como ese grupo que decide los destinos del país siempre ha estado partido en dos (al menos hasta hace pocas décadas entre partido Conservador y partido Liberal), las distintas posibilidades siempre vienen desde arriba, de ese grupo*". Y si la pregunta fuera definir qué tipo de élite es la colombiana, la respuesta sería: "*No es una oligarquía, porque no controla todos los poderes; sería más bien una especie de nobleza*".

Metodología

Una vez contextualizada la estructuración de la fracción "potentados" inscrita en el sector hegemónico de la polarizada y conflictuada sociedad colombiana contemporánea, este análisis pretende establecer las trayectorias capitalistas -en el sentido bourdiano- de las redes familiares que constituyen ese sujeto clasista, desde sus inicios en el despertar republicano del siglo XIX hasta el presente, resaltando los principales ajustes en la forma de acceder al control del espacio social, y haciendo un planteo de hipótesis acerca de las determinaciones culturales, en las formas de combinación de las estrategias originales que les han caracterizado. El recurso de la comparación no es otro que la categorización bourdiana de los tipos de estrategia de reproducción social, a la manera de herramienta de tipificación del comportamiento para ejemplos representativos del conjunto de las redes familiares que han gobernado y concentrado el recurso de dominación política en Colombia. Las fuentes utilizadas para ese análisis de aplicación son un conjunto de trabajos de investigación (tesis de postgrado, literatura especializada) y narrativas literarias, que dan centralidad a los fenómenos descritos como delfinismo, formas dinásticas de obtención de posiciones dominantes, nepotismo, y las consolidadas discusiones sobre el carácter burgués, oligárquico o hegemónico de la élite situada en la cima de la pirámide social colombiana.

Resultados y discusión

i. Estrategias de reproducción de las fracciones de elite hasta finales del siglo XX

En el siglo XIX la configuración de la fracción monopolista y cerrada de la élite estuvo asociada a atributos de poder económico como la terratenencia de tierra, la construcción del empresariado industrial a partir de un acceso a la técnica y la ciencia en sectores como la minería, el aprovechamiento industrial de actividades requeridas para consolidar un mercado interno de manufacturas, de consolidación de capitales culturales generadores de distinción como la dirección de ofertas educativas. Siendo las viejas estrategias de reproducción y modos de dominación, como los propone Bourdieu, los centrados en opciones matrimoniales, sucesorales, profilácticas de acrecentar el patrimonio, tal como fueron regularmente usadas en el siglo XIX. Frank Safford describe en "el ideal de lo práctico" (1989) las decisiones que marcaron la intensión de las elites colombianas de superar la marcada orientación "ilustrada" de profesionalizar a sus integrantes dentro de las opciones más

tradicionalistas como el convertirse en galenos, clérigos, juristas, literatos. Fue un cambio estratégico (de 1821 a 1903) apoyado en la orientación a enviar a sus herederos -varones- a cursar estudios de ingeniería en las principales universidades técnicas en un principio europeas y ya bien avanzado el siglo XX en Norteamérica. Para luego dar comienzo en el medio a la educación orientada hacia los estudios científicos y técnicos en Colombia, los cuales se vieron enfrentados al desprecio del trabajo manual por la idealización de carreras como el derecho, la medicina y la teología. Durante la primera mitad del siglo XX en el ambiente que Villar describe como la "vieja burguesía" seguramente predominaron las estrategias de inversión educativa, inversión biológica, sucesorales dentro del margen de la legalidad y simbólicas con el recurso de utilizar los medios escritos como recurso de reconocimiento. Las formas de participar en la dominación política tuvieron un fuerte respaldo desde la teodicea católica, como lo evidencian todas las narraciones sobre la acción cultural con los trabajadores, los conglomerados urbanos y la configuración de la que luego se dio en llamar clase política. A juicio de Revéiz: *"Los delfines se han propagado como fractales en el orden nacional, departamental y municipal (hijos y nietos de los expresidentes Holguín, López, Lleras, Gómez, Turbay, Pastrana, Santos, Rojas, Ospina, Barco, Valencia, Gaviria...) y de los caciques locales (Name, Vives, Iragorri, Díaz Granados, Guerra Tulena, Trujillo, Cotes, Pinedo, Yepes Álzate, Araújo, Aguilar...) heredan una maquinaria política (los votos) y un capital simbólico o sea un crédito o derecho degiro"*.

Pero al lado de las dinastías fueron admitidos nuevos integrantes de las fracciones con capacidad de imponer sus competencias en la definición del "interés nacional" alineando el los "intereses privados. Sáenz (1990, p.18) pone un claro ejemplo situado hacia 1949 de la cooptación que

realizó el gremio industrial de sus mejores tinterillos en

“Gonzalo Restrepo G-, Alfonso Araújo y Carlos Lleras Restrepo tenían todos experiencia en la rama ejecutiva cuando la ANDI los contrato. Sin embargo, ellos no eran miembros de ninguna élite económica, ni tampoco podían ser considerados como ‘oligarcas’.... Los tres en cambio, eran miembros respetables de la clase media que trabajaban para la élite. Lleras Restrepo cuyo padre era dueño de un laboratorio, y Araujo, hijo de un educador. Pero, trabajar para los industriales o para los cafeteros, ayudó a estos ‘asesores’ a avanzar en sus carreras políticas y profesionales”

El período frente nacional fue un momento de apogeo del faccionalismo de la clase política bipartidista, Duque estableció (2006) que “cada jefe nacional le daba el nombre (apellido) a la respectiva subetiqueta. Así en el partido liberal se diferenciaban las facciones llerista, turbayista, ambas del oficialismo, mientras que el en partido conservador hacían presencia el laureanismo que se continuaba en el alvarismo (en apelación al expresidente Laureano y su hijo) y el ospinismo que siempre dentro de un patrón delfinista dio lazos de continuidad en la década de los 60 con el Pastranismo

Villar Gaviria (1988) describe la irrupción de “cambios de clase” como una transición imposible para la totalidad de la población por medio del trabajo honrado, pero asequible a los “nuevos ricos” que llegan a serlo no solamente por el respaldo económico obtenido rápidamente, sino por los fines que también buscan y adquieren en cuanto a poder, y a poder político, principalmente. Mas adelante nos aclara:

“pequeños terratenientes, comerciantes o industriales que en forma muy rápida, aun cuando no siempre honesta, encontraron una veta explotable dentro de la economía nacional (posiblemente cada vez más contaminada de ilegalidad) que permitieron condiciones extremadamente favorables para el enriquecimiento fácil i directo, sino una serie infinita de negocios colaterales incrustados a menudo en la clase política gobernante que, por serlo (y desde entonces cada día hasta el presente) contribuye a la persistencia de estas condiciones porque se aprovecha de ellas.”

Leal Buitrago (2007) ha argumentado que “Por el contrario, desde los años ochenta se produjo un punto de quiebre en la transformación de estos grupos” [...], defendiendo que, “desde la década de los ochenta del siglo pasado, se está desarrollando en Colombia un proceso de renovación de las élites políticas, donde la característica principal ha sido —en su opinión— la sustitución de las élites tradicionales de ámbito nacional por las élites regionales”. Para el autor, esta renovación en la estructura social responde al menos a cuatro factores [...] “la apertura económica del país debido al emergente proceso de globalización, la aparición de grupos guerrilleros insurgentes, el

auge del narcotráfico y los nuevos cambios en las reglas del juego político (concretamente, la fragmentación del sistema de partidos y la modificación de las normas legales)".

Así entonces hubo un tránsito entre la apuesta de fusión entre los intereses privados de grupo y decisiones públicas en los gremios y entidades que reflejó el predominio de un tipo de relación familia- estado como nación implícitamente orientada por el parentesco. (Ramirez, 1996) La evolución familiar integrada de lleno al industrialismo no cesó de avanzar como reflejo del nexo entre elitismo y el proceso de modernismo sin modernidad. Se hizo menos visible la presencia simbólica del apellido "nobiliario" en la marca, a tiempo que perdía predominancia la adopción de los principios de moralidad clerical que habían sido decisivos en las decisiones de inversión biológica (tamaño de núcleo familiar, por ejemplo). La necesidad de circulación con el oxigenamiento por nuevos integrantes de la élite que combinaba el poder económico y la dominación política abriría de lleno la válvula de cooptación. A tiempo que dejaron de ser obligantes las credenciales de eticidad para ingresar y permanecer legítimamente en el sector hegemónico y en sus principales fracciones.

Estrategias de reproducción de las fracciones de élite desde finales del siglo XX

El segundo momento de la transición ética en la dominación se puede describir como en tránsito desde la corrupción individual a la corrupción de clase. Se trata de un proceso lento - indoloro para la sociedad- con la principal manifestación de generalización de la corrupción que se ha dado bajo las prácticas de aprovechamiento de factores emergentes y engañosas salidas hacia hipotecar el erario en su favor, y de financiación de las campañas electorales por parte de empresas privadas, grupos paramilitares, magistrados, funcionarios públicos y de personas naturales o jurídicas extranjeras.

Un elemento clave en la extensión de la corrupción a la matriz de dominio de la democracia colombiana lo han sido las campañas electorales que al presente pueden llegar a costar más de 6 billones de pesos que sumisamente son pagados por los colombianos en los tres puntos del IVA que se cobra en cada compra realizada. El ajuste del sistema político-electoral tuvo lugar a partir de la Asamblea Constituyente de 1991. En un trabajo comparativo para el período posterior (Restrepo, 2017) se evidenció el ajuste de las estrategias de dominación política realizadas por las redes familiares que en todos los niveles territoriales se acomodaron para colocar la fachada de competencia electoral democrática en favor de su interés. Llama la atención que en las 7 contiendas de doble vueltas presidenciales que iniciaron en 1994 y hasta 2018 se han enfrentado salvo dos ocasiones coaliciones

-usualmente más empresas electoreras que partidos políticos propiamente (ideologías)

configurados- procedentes de la regularmente descrita como clase política tradicional, es decir surgida desde los partidos decimonónicos -liberal y conservador- Samper vs Pastrana en 1994, Pastrana vs Serpa en 1998, Uribe Vélez vs Serpa en 2002, Santos vs Zuluaga en 2010, mientras que en forma destacable los competidores desde nuevos espacios de oposición han venido ganando terreno, hasta alcanzar una votación comparable: Gaviria Díaz vs Uribe en 2006, Mockus vs Santos en 2014 y Petro vs Duque en 2018.

Un mapeo de ejemplos de cómo han venido reacomodándose las relaciones entre las dinámicas familiares y de movilidad entre facciones de elite y la absolutización del control de los modos de la dominación requería mencionar -solo parcialmente- combinaciones como las siguientes:

Modalidad	Estrategia de aseguramiento	Características de la red
Parasitismo empresarial de fraude al programa Estatal de infraestructura vial 2003-2007	Control de la dirección del consorcio y regencia de la entidad encargada de adjudicar (MOPT)	Sociedad Futura Autopista Bogotá- Girardot S.A. (grupo Char). Adjudicada a grupo Nule. Miembros del gabinete y presidencia.
Con plata de contribuyentes respalda deuda de particulares con el Estado	Empresas "fachada" reciben recursos de Agro ingreso seguro y luego se declaran en quiebra para finalmente no devolver	Grupo Nanneti (floricultura). Banco Agrario (admite crédito sin respaldo de la deuda) Min Agricultura apoyado por el presidente
Nuevos sistemas criminales	Liderazgo carismático	Movimiento "político" fachada de bandas organizadas como cleptocracia
Monopolizar legalización	Prohibicionismo estratégico	Aliados transnacionales

Nuevas estrategias de aseguramiento particular de la concentración de la riqueza colectiva empleadas por redes familiares del segmento hegemónico en Colombia.

Dentro de esta reconfiguración es paradigmática la familia Uribe que tiene una diferencia fundamental con el resto de las familias aquí tratadas, ya que se considera que no forma parte de las élites tradicionales asentadas en las grandes ciudades capitales del país (en especial,

Bogotá), sino que se trata de una élite familiar de ámbito regional que, a pesar de ostentar el poder en un área concreta a lo largo de las décadas, ha dado el salto al ámbito nacional con la llegada de Álvaro Uribe Vélez, quien ha supuesto un punto de quiebre en la lógica presidencial anterior¹⁰. Álvaro Uribe Vélez creó empresas cuando era funcionario público desde la gobernación de Antioquia, hasta lograr llegar a la Presidencia y luego Senador de la república colombiana. Con su familia (Sus hijos y esposa) se vieron enredados en múltiples escándalos para explicar sus millonarias sumas de dinero en los bancos, además que se comprobó que eran dueños de grandes extensiones de tierras en Córdoba y Guaviare (Aun no se calcula cuantas extensiones de tierra tienen y que tiene tantos millones de pesos en los bancos). Desde que el gobierno Santos aprobó la ley 100 que inauguraron ejecutivos de la EPS como el senador Álvaro Uribe Vélez en asociación con su amigo médico Juan Luis Londoño con la superintendencia de salud, los colombianos están viviendo una fuerte crisis en la asistencia a la salud. Se creó una EPS llamada Salud Coop con la que se celebraron contratos con prestadores de servicios como los hospitales, laboratorios y clínicas de todo el país, las deudas comenzaron a acumularse y quienes cotizaban al sistema de salud se quedaron sin atención médica, lamentablemente la soberanía popular se convirtió en una carrera de competencia por conseguir nuevas formas de sistemas criminales. Uribe cambió la ley de cubrimiento de las EPS como el caso de la EPS Salud Coop, robó el que, sin miramientos, sacó plata que ya estaba destinada para escuelas en la Costa Caribe y la desvió a su cuenta personal. Habló de la lucha contra la corrupción a partir de convocar a la manifestación por parte del Centro Democrático, cuestión que es un ejemplo de farsa y engaño al cual por ignorancia o desinformación los colombianos han caído en esa vergonzosa manipulación ideológica y discursiva por parte de varios sectores como los medios y sector público sin cuestionar. La EPS SaludCoop COOP desvió 1,4 billones de pesos en salud que fueron a parar a manos privadas. Como senador Uribe emprendió una batalla contra la corrupción luego de las acusaciones de la Corte Suprema de Justicia en contra de él, de sus hijos, de su esposa socia de la EPS y funcionarios de su gobierno que se gastaron o desviaron a Bancos extranjeros parte del presupuesto nacional, donde el país entero se dio cuenta de sus negocios fraudulentos. Restrepo (2017) sugiere que Uribe V. representa el perfil de nuevos discursos políticos en los que el individuo es quien enfatiza la temática.¹¹

Reflexión conceptual

Podrían identificarse tres elementos relevantes en la reconfiguración:

1. Algunos clanes y representantes de facciones no tradicionales del poder económico, pero con ascenso en la concentración de este lograron ser integrados directa o

aisladamente a las redes familiares¹²

2. Como resultado de la erosión ética y la transparencia de la transgresión moral de las viejas redes familiares elitistas se consolidó el sistema democrático y de ordenamiento fiscal y territorial del erario que se ha considerado como un diseño para robar.
3. Sin embargo, la "bambalina" que enmascara toda la visibilidad de esta serie de prácticas está construida circunstancialmente, por los temas que contrastaron mayormente las pautas de la agenda mediática como lo fueron los diálogos de paz en la Habana con el grupo guerrillero de las FARC y en los últimos tiempos la relación con las fallas del proceso venezolano.

El estudio de la fracción de elite que ha construido su poder económico y paralelamente se ha colocado homológamente en campos como la industria, la banca, los medios masivos, desplazándose de posiciones tradicionales del período posterior a la independencia (clero, fuerzas armadas, literatura, jurisprudencia) sugiere una discusión sobre si *"Tal vez dentro de la élite política, de la política profesional, sí hay una cosa bastante curiosa que es la persistencia de las mismas familias en el poder político, lo cual no es cierto en el poder económico"* Quien propone este argumento (Caballero) señala igualmente que en algunas redes familiares integradas aparece la característica que: *"Han sido todos de familias de clase media de provincia: Álvaro Uribe; Andrés Pastrana, que es hijo de presidente pero su padre era de clase media de provincia; el general Rojas Pinilla; Julio César Turbay; César Gaviria"*.

¿Para concluir que [...] no son entonces sujetos externos a las élites? Sino que más bien *"Han sido cooptados por ellas"*.

Siguiendo la trazabilidad anterior, la emergencia de agentes sociales externos a la élite que controla el poder político puede tener varias trayectorias, una que no requiere la participación directa en la arena política, como sería el ejemplo del considerado dueño tras bambalinas de las decisiones sobre política económica en Colombia, propietario del conglomerado financiero Grupo Aval. Luis Carlos Sarmiento, y otra que sería la elasticidad de los criterios de admisión al club de los poderosos, como se evidenció en la relativa intolerancia -luego recortada- a la subordinación abierta a la narco mafia.

Sarmiento Angulo, se ubica en 2019 próximo a ser nonagenario, en el puesto 189 de la lista FORBES, con una fortuna de US\$10.800 millones, unos \$32,4 billones. En 2018 se encontraba en la posición 123. Su lugar proviene de la participación de Sarmiento en el sector bancario y de

construcción. Su Grupo Aval controla un tercio de todos los bancos en Colombia. A Aval pertenecen instituciones como Banco de Bogotá y Corficolombiana. [...] Tras haber comprado el periódico El Tiempo en 2012, así como haber inaugurado el Hotel Hyatt en Bogotá en agosto de 2018¹³. Soporta una aún no judicialmente aceptada vinculación con el escándalo Odebrecht. Sin embargo, nunca ha sido visible su presencia en la arena política, aun cuando su aporte a las campañas presidenciales en las tres décadas de visibilización de recursos ha sido notoria.

Hay cierta coincidencia en el conjunto de estudios revisados en afirmar que de un tiempo acá lo que mejor define la condición del Estado colombiano como una forma peculiar de relaciones sociales en su conversión en un espacio para el saqueo del erario. Así Revéz lo entiende

“al señalar tres momentos históricos diferenciados en la evolución de los valores éticos del Estado colombiano: El Estado como mercado (1950- 1991), el mercado como Estado (1991-2001) y la autorregulación y el capitalismo mafioso (2001 hasta hoy), notando que las regulaciones son la “caja negra” del sistema y el objeto principal de la Co, Ca, Coop E por parte de las tres subsociedades [...] sociedad cooptada, la sociedad no cooptada y la sociedad ilegal criminal”¹⁴

Entendiendo conforme la contrastación del planteo analítico de Bourdieu, con las nuevas lecturas que se agregan en la literatura sobre dominación en Colombia, las dinámicas de reconfiguración de las combinaciones estratégicas el resultado se podría situar en las transiciones descritas a continuación.

Anexo 1

Los principales factores determinantes en cada transición se pueden agrupar en dos categorías principales Fuerzas Sociales y Factores asociados con los regímenes de acumulación. En detalle estos factores - re combinados-determinantes serían:

Fuerzas sociales: Secularización (debilitamiento del fundamentalismo), aparición de las élites emergentes, cultura traqueta como forma de movilidad social resistencias contra(alter)hegemonismo

Factores asociados con el régimen de acumulación: Formas de manejar el Estado botín y las sucesivas bonanzas, concentración económica, reformitis al régimen del sistema político, profesionalización de la política, globalización de mercados de ilegalidad, reacción parapolítica al conflicto armado, dinámica del posacuerdo, efectos rapiña del cambio climático.

En la última década se han discutido desde diversas perspectivas teóricas, metodológicas y narrativas los problemas de conocimiento sobre el carácter de la dominación que existe en Colombia. Estas discusiones pueden sintetizarse para mejorar la explicación de esta crucial

dinámica de luchas sociales.

La refinada habilidad de adaptación existente en las élites empresariales del país ha quedado bastante bien caracterizada en la producción sociológica sobre la estructuración de las clases, a tal grado que incluso se ha intentado describir su consolidación utilizando o nuevos constructos como sistema burgués, neocastas, nobleza tropical, o, matizando o renovando la explicación convencional de oligarquías, sector hegemónico, clase dominante, Estado orientado por parentesco (familismo) etc. Las diversas fracciones de esta elite que ha detentado el poder económico y ejercido la dominación política a lo largo de los dos siglos de vida republicana, han sabido aprovechar y mutar en acomodo a su ejercicio las estrategias de reproducción de los modos de dominación; las dinámicas de estas relaciones familiares todo el tiempo han afectado la estructura social y la forma democrática del orden establecido (statu quo) Como quiera que estos vínculos fueron y son fuente de conflictos por la desfiguración de las democracias (económicas y políticas), se hace necesario desarrollar nuevos instrumentos de análisis para posibilitar la contingencia si se aspira a hacer viable la vida social que comparten 105 familias con las restantes 10 o 15 millones. El planteo conceptual aplicado de la relación entre estrategias de reproducción [del orden] social y modos de dominación se revela como una herramienta práctica para mejorar el conocimiento de la dinámica de cambios orientados a perpetuar el monopolio de las oportunidades y los recursos que deberían compartirse en el caso colombiano. Este monopolio ocurre regularmente por que hay una combinación maquiavélica de: i) de estrategias de simulación de democracia para legitimar el ejercicio del poder, ii) maximización de la captura del Estado, y desde el punto de vista de las ideologías políticas

iii) se ha pasado de una fuerte adhesión más simbólica que argumentativa a concepciones sobre el manejo del Estado, a la sofisticación de recursos para el ilusionismo comunicacional (cultural – externalización del enemigo, etc.) iv) mimetización e impunidad de la responsabilidad social. La misma posibilidad de construir una verdad histórica y desde la memoria generar espacios de cambio intenta ser adecuada de forma deliberada, como cuando se relativiza la narración del conflicto colombiano. Todo lo anterior confirma el objeto conflictivo de una ciencia social entendido como la intervención en el conjunto de luchas materiales y simbólicas que ponen en juego estrategias de no repetición y disipación del orden y la libertad.

Conclusiones

En la última década se han discutido desde diversas perspectivas teóricas, metodológicas y narrativas los problemas de conocimiento sobre el carácter de la dominación que existe en Colombia. Estas discusiones pueden sintetizarse para mejorar la explicación de esta crucial

dinámica de luchas sociales.

La refinada habilidad de adaptación existente en las élites empresariales del país ha quedado bastante bien caracterizada en la producción sociológica sobre la estructuración de las clases, a tal grado que incluso se ha intentado describir su consolidación utilizando o nuevos constructos como sistema burgués, neocastas, nobleza tropical, o, matizando o renovando la explicación convencional de oligarquías, sector hegemónico, clase dominante, Estado orientado por parentesco (familismo) etc. Las diversas fracciones de esta elite que ha detentado el poder económico y ejercido la dominación política a lo largo de los dos siglos de vida republicana, han sabido aprovechar y mutar en acomodo a su ejercicio las estrategias de reproducción de los modos de dominación; las dinámicas de estas relaciones familiares todo el tiempo han afectado la estructura social y la forma democrática del orden establecido (statu quo) Como quiera que estos vínculos fueron y son fuente de conflictos por la desfiguración de las democracias (económicas y políticas), se hace necesario desarrollar nuevos instrumentos de análisis para posibilitar la contingencia si se aspira a hacer viable la vida social que comparten 105 familias con las restantes 10 o 15 millones.

El planteo conceptual aplicado de la relación entre estrategias de reproducción [del orden] social y modos de dominación se revela como una herramienta práctica para mejorar el conocimiento de la dinámica de cambios orientados a perpetuar el monopolio de las oportunidades y los recursos que deberían compartirse en el caso colombiano. Este monopolio ocurre regularmente por que hay una combinación maquiavélica de: i) de estrategias de simulación de democracia para legitimar el ejercicio del poder, ii) maximización de la captura del Estado, y desde el punto de vista de las ideologías políticas

iii) se ha pasado de una fuerte adhesión más simbólica que argumentativa a concepciones sobre el manejo del Estado, a la sofisticación de recursos para el ilusionismo comunicacional (cultural – externalización del enemigo, etc.) iv) mimetización e impunidad de la responsabilidad social. La misma posibilidad de construir una verdad histórica y desde la memoria generar espacios de cambio intenta ser adecuada de forma deliberada, como cuando se relativiza la narración del conflicto colombiano. Todo lo anterior confirma el objeto conflictivo de una ciencia social entendido como la intervención en el conjunto de luchas materiales y simbólicas que ponen en juego estrategias de no repetición y disipación del orden y la libertad.

Clan Char

Un imperio poderoso que ha construido una hegemonía del poder en la región Caribe¹⁴

Los Char son un poderoso clan que manda en Barranquilla. En los últimos años han logrado una hegemonía del poder en esta ciudad, el cual surge de los grandes cambios realizados en infraestructura, salud, educación y espacio público. Posicionándose como una de las “opciones” políticas más relevantes de la actualidad. La familia Char es dueña del Junior, de almacenes olímpica y uno de ellos (Alex Char) es alcalde de la ciudad de Barranquilla, es decir, tres grandes poderes que dan mucho dinero en nuestro país: el fútbol, el comercio y la política. Los Char y la política En Barranquilla y el Atlántico parece que se fueran quedando sin alternativas, por el arrollador triunfo de los Char. Lograron cuatro de los sietes escaños del departamento en la Cámara de representantes, tres senadores, por lo tanto, se han convertido en una gran fuerza política, permitiendo acumular más de 12 años en el poder. Esta casta política cuenta con una favorable opinión pública, que surge principalmente de visibles proyectos en infraestructura y seguridad, a pesar de que aún no han resuelto algunas problemáticas importantes, incluso, algunos sectores han insinuado que sus gestiones no han sido del todo transparente. No se puede desconocer que con la gestión de los Char ha surgido un clima favorable para los negocios y se han mejorado las condiciones para generar empresa. La familia está conformada por tres hermanos, el mayor, Antonio Char se encuentra frente al Junior y los negocios. El segundo, Alex Char es el alcalde de Barranquilla y Antonio Char, el menor, es Senador. Es importante resaltar que Alex Char ha estado en la alcaldía en los años 2008, 2011 y ahora en 2015-2019, por ende, esto lo ha llevado hacer uno de los alcaldes más populares del país. Los Char comenzaron siendo liberales, después apoyaron incondicionalmente al expresidente Álvaro Uribe Vélez (2002-2010), a Juan Manuel Santos (2010-2018) y actualmente al presidente Iván Duque. También son amigos de Germán Vargas Lleras. Su relación con Vargas Lleras reside en el hecho de que, en los últimos años han sido sus aliados, agenciando candidatos a cargos de elección popular a nombre del Partido Radical, lo cual le permitió obtener un gran poder en la región Caribe. De la bancada de 16 senadores de Cambio Radical, los Char controlan 7. Es importante resaltar que, en una columna en El Tiempo, Vargas Lleras arremetió contra los Char acusándolos de venderse al gobierno de Iván Duque con tal que financien sus proyectos. Dicha afirmación pone en cuestionamiento su relación política. Serfinanza S.A la nueva joya de los Char El banco Serfinanza se convirtió en banco oficial, apostándole a los créditos de consumo y créditos para pequeñas y medianas empresas. Accionistas del Banco Serfinanza: Supertiendas y Droguerías Olímpicas S.A tienen el 84.6 %, Compañía de Inversiones Olímpica S.A.S tiene el 6,12% Simba S.A.S tiene el 2,29% El resto de las acciones se reparten entre acciones de la familia Char y algunos amigos. La inversión total fue de \$ 106.950.914.650,00 millones de pesos, lo que posiciona a Serfinanza como un banco a futuro que puede ir comenzando a quitar tronos en el área financiera. A pesar del supuesto control en la región, los Char se vieron perjudicados con

el triunfo de Gustavo Petro en las elecciones presidenciales en la ciudad de Barranquilla. ¿Será qué las personas se están dando cuenta de la imposición de candidatos por el clan Char? especialmente por el famoso Festival de la Leyenda Vallenata, impulsado por la asesinada ex ministra de Cultura Consuelo Araújo Noguera a través de sus columnas en El Espectador durante 22 años. Para los años 70 las cosas se tornaron distintas. Las Farc primero, y el ELN después, comenzaron a apoderarse de la región. Pero la llegada, a finales de los años 80, de los paramilitares del sur del Cesar con ayuda de las autodefensas del Magdalena Medio, convirtió el departamento en botín de guerra. Ya para entonces, Santander Araújo, había sido recaudador de impuestos y cuatro veces alcalde de Valledupar. Sus hijos Jaime --padre de un magistrado de la Corte Constitucional Jaime Araújo Rentería-- y Álvaro --padre del exsenador Araújo y de la excanciller-- se inclinaron por la política. A mediados de los años 70, durante el gobierno de López Michelsen, Álvaro Araújo Noguera --hermano de 'La Cacica'-- fue designado ministro de Agricultura, después de haber sido director de la Caja Agraria y congresista. "Don Álvaro se hizo a pulso, heredó la vena política de su papá", cuentan en Valledupar. De esta manera, el 'Clan Araújo' comenzaba a consolidarse en el Cesar. Sin embargo, no le fue fácil por las disputas con sus principales contradictores políticos: el 'Clan Gnecco' y el deterioro del orden público. Los protagonistas de esa historia fueron dos hijos reconocidos de todo Valledupar, una ciudad que por entonces tenía menos de 150.000 habitantes: Ovidio Ricardo Palmera, alias 'Simón Trinidad', por el lado de las Farc, y Rodrigo Tovar Pupo, alias 'Jorge 40', por las autodefensas. Asesinatos selectivos, masacres y desplazamientos forzados terminaron por convertir la región, a mediados de los 90, en fortín paramilitar. Durante varios años, la familia Gnecco dominó políticamente la región. Pero en los 90, los Araújo entraron a disputarle esa hegemonía. De ahí que la relación entre unos y otros nunca haya sido la mejor. "Aquí hay muchos intereses en juego" se decía. En 1995, Pepe Gnecco, el menor del 'Clan Gnecco', perdió la gobernación con el candidato de los Araújo: Mauricio Pimiento. Pero dos años después vino la revancha. Lucas Gnecco Cerchar le ganó las elecciones a 'La Cacica' --la segunda esposa del entonces procurador Edgardo Maya Villazón--, aunque posteriormente la Corte Suprema de Justicia lo condenó por delitos contra el sufragio. Para afianzar su liderazgo, el partido de los Araújo --Alas (Alternativa Liberal de Avanzada Social) -- decidió fusionarse en virtud de la reforma política del 2003 con Equipo Colombia, el movimiento de Luis Alfredo Ramos. Así nació Alas Equipo Colombia, del que el senador Araújo Castro era director. Las siguientes dos elecciones se convirtieron en verdaderos 'rounds'. El entonces gobernador del Cesar, Hernando Molina Araújo, primo de la excanciller, ganó los comicios siendo candidato único, pues sus otros dos contrincantes, Christian Moreno y Abraham Romero, declinaron por presunta presión de los paramilitares. En esa ocasión fue histórica la votación en blanco. En una posterior entrevista, Jaime Alberto Pérez

Charry, señalado de formar parte del grupo de 'Jorge 40', declaró ante la Fiscalía que el jefe paramilitar decidió "posicionar" a los Araújo en el Cesar. Según versiones periodísticas, el 'Clan Gnecco' comenzó a derrumbarse desde el asesinato, en el 2001, del hermano mayor, Jorge Gnecco Cerchar, que llevó a sus hermanos Lucas a la Gobernación y Pepe, al Senado.

Clan Araujo¹⁴

del departamento del Cesar, región que al igual que los territorios en la Costa Atlántica, ha estado signada por la corrupción, la violencia y las disputas políticas.

Como desde 1994, la familia Araújo venía en ascenso a dominar el espectro político cesareño. Álvaro Araújo 2006. Mientras su padre se consolidaba como comerciante y su hermano Sergio como ganadero, su hermana María Consuelo incursionaba en la política bogotana, en las administraciones de Enrique Peñalosa y Antanas Mockus, y de ahí pasó al Ministerio de Cultura en la administración Uribe Vélez. Allí llegó a Cancillera. Está casada con Ricardo Mazalán, un reconocido fotógrafo. En la segunda administración del alcalde Peñalosa tuvo el encargo de "amabilizar" la gerencia del insostenible Transmilenio.

En Valledupar se habló que la prensa "satanizó" a la familia Araújo, pues "no se ha reconocido la labor social" que han desarrollado sus integrantes. Se rumoró además de que "lo que se quería era (2006-2010) tumbar a la Canciller para desprestigiar el gobierno Uribe". Lo cierto fue que desde que estalló el escándalo de la 'parapolítica', en poder de las autoridades reposan testimonios y evidencias que vincularían a algunos miembros de la familia de 'La Conchi' [alias de Consuelo], con grupos paramilitares. Del gobernador Hernando Molina Araújo, llamado a indagatoria por la Fiscalía, se acusaron nexos con estas organizaciones y participación en una masacre. Ana María Araújo Castro, hermana de Consuelo fue señalada por el ex director de Informática del DAS Rafael García de ser intermediaria en un contrato con la Registraduría para beneficiar a 'Jorge 40'. Sergio, hermano mayor del senador Araújo, confirmó que "con autorización del Gobierno" sirvió de intermediario para el sometimiento de 'Jorge 40'. Y el luego congresista fue investigado por supuestos nexos con paramilitares. Apareció en el computador de 'Jorge 40', en 2007 que sería 'el candidato de los Paramilitares' a la Presidencia, en caso de no haber pasado la reelección que llevó a Uribe a su segundo mandato, y fue también investigado por secuestro extorsivo agravado. Delito en el que también habría estado implicado su padre. Ese caso se refería al secuestro de Víctor Ochoa Daza, quien narró ante los magistrados de la Corte Suprema de Justicia que el senador Araújo instigó a 'Jorge 40' para que lo plagiera. De acuerdo con su versión, el propósito de la confabulación de Araújo con los paramilitares era arrebatarse todo su caudal electoral para llegar al Congreso de la República en el 2002. Incluso,

en el expediente del exsenador Araujo Noguera figuraba un aumento desmesurado de su votación en unas elecciones, su participación en una fiesta con '40' y su firma en el llamado 'Pacto de Ralito', en el 2001. Eso, a pesar de que el propio Araújo y su familia han sentido el rigor paramilitar: su tía Leonor de Castro fue secuestrada por las autodefensas; el administrador de una finca familiar fue asesinado por paramilitares; el congresista sufrió un atentado de las autodefensas y en 2002 fue declarado objetivo militar por 'Jorge 40'.

Tres de los protagonistas de la historia del Cesar tienen destinos diferentes: 'Simón Trinidad' fue extraditado a Estados Unidos; 'Jorge 40' fue recluido en La Ceja y el exsenador Álvaro Araújo Castro fue recluido en La Picota.

2. El entonces investigado senador Álvaro Araújo llegó a sostener que: "Si caigo yo, cae la Canciller, cae el Procurador y cae hasta el presidente Uribe".

3. El padre de la antes Canciller, y hoy gerente de Transmilenio, exministro Álvaro Araújo Noguera, fue llamado por la Corte Suprema de Justicia como testigo en el escándalo de la 'parapolítica', junto con otros 59 dirigentes

La estructura del clan resalta lo siguiente: Santander Araújo era el padre de Álvaro Araújo Noguera, Jaime Araújo Noguera y María Consuelo Araújo Noguera, por lo tanto, abuelo del senador Álvaro Araújo Castro y de la canciller María Consuelo Araújo Castro. Se casó con Blanca de Mosquera. Consuelo Araújo conocida como 'La Cacica'. Era hermana de Álvaro Araújo Noguera, padre del exsenador Álvaro Araújo y la excanciller María Consuelo Araújo. Las Farc la asesinaron en cautiverio en un intento de rescate militar. Jaime Araújo

R. Magistrado de la Corte Constitucional. Es hijo de Jaime Araújo Noguera, hermano de Álvaro Araújo Noguera, quien a su vez es el padre de los Araújo Castro. O sea, Jaime Araújo Rentería es primo de estos dos últimos. Los hermanos fueron cinco los hijos de Álvaro Araújo Noguera y María Lourdes Castro: Sergio (el mayor, señalado de mediar en la desmovilización de 'Jorge 40'), Ana María (supuesta intermediaria en un contrato con la Registraduría para beneficiar a 'Jorge 40'), Álvaro (destituido senador luego condenado), María Consuelo y Sara. Álvaro Araújo Noguera fue padre de los Araújo Castro. Se casó con María Lourdes Castro, con quien tuvo otros tres hijos, además de los mencionados. Fue ministro de Agricultura y congresista. Perdió la investidura en 1993 por estar vinculado a una contratación que hizo su emisora Radio Guatapurí con el Estado. Edgardo Maya Villazón fue procurador general. Se casó con Consuelo Araújo, 'La Cacica', asesinada por las Farc en cautiverio en un intento de rescate. Fue el segundo esposo de la ex Ministra de Cultura, tía de los Araújo Castro. Edgardo Maya fue, por lo tanto, tío de los dos políticos y sus tres hermanos. Hernando Molina Araújo fue hijo de 'La Cacica' y su primer

esposo, Hernando Molina Céspedes. y primo de los Araújo Castro. Se desempeñó como gobernador del Cesar y fue investigado por supuestos nexos con los paramilitares.

Anexo 1

Periodización y factores	Estrategias predominantes	Estrategias innovadoras
Siglo XIX poscolonialismo época confesional acumulación originaria escasa circulación	Control del Derecho hereditario Control de los medios masivos Biológicas/ Sucesorales Matrimoniales (endogámicas) Seculares (catolicismo)	Inversión profesionalización
Siglo XX (hasta los 70's) Bipartidismo/ industrialismo Superposición conflictos	Control del Derecho hereditario Control de los medios masivos Matrimoniales-contractuales	Cooptativas aliados ingresantes
Siglo XX (último cuarto) Aperturismo neoliberal Guerra contra las drogas profesionalización poder transgresión moral Renovación de las elites Democracia autoritaria	Control del Derecho hereditario Control de los medios masivos Matrimoniales-contractuales (no endogámicas)	Captura del Estado Jetsetismo transnacional (inicio) Alianzas con emergentes Narrativas Filantrópicas (RSE/ Culturales) Dispositivos emocionales
Siglo XXI Capitalismo mafioso Reacomodación fracciones	Control de los medios masivos	Mimetización inversiones K Captura del Estado Cleptocráticas (sistemáticas) Postprohibicionismo Jetsetismo transnacional (consolidación) Control de la "memoria nacional"

Viejas y nuevas estrategias de aseguramiento de la dominación en Colombia. Fuente: elaboración propia tomando en cuenta que los períodos solo cubren dos siglos de la era república

Notas

¹ Ponencia presentada al grupo de trabajo 10. Sociología Política y Estudios Socio-Jurídicos mesa: 03. Campo político, económico y social: recomposición de elites dirigentes, actores y grupos de poder. del XXXII Congreso Internacional ALAS Perú 2019: Hacia un nuevo horizonte

de sentido histórico de una civilización de vida, comunicada su aprobación en 11.05.2019 y leída en la sesión del miércoles 4.12.2019 en la UNMSM

² Entendido como una orientación implícita de parentesco con alto efecto en el grado de control social. Las tipologías de relación familia-Estado son explicadas por D. Levi en la introducción del estudio "A Familia Prado" (1977)

³ Son estos: Revéiz (2016) Racero (2017) Caballero (2017), Restrepo (2017), Martin (2018) detallados en la bibliografía final.

⁴ <https://www.dinero.com/pais/articulo/elitismo-en-colombia-y-sus-implicaciones/250766>

⁵ Peña S., A. Álvaro Salóm Becerra: el delfín. (reseña) En: <http://la-pasion-inutil.blogspot.com/2009/08/alvaro-salom-becerra-el-delfin.html>

⁶ <https://www.dinero.com/pais/articulo/elitismo-en-colombia-y-sus-implicaciones/250766>

⁷ Este aspecto fundamental de la dominación Bourdieu lo introdujo en detalle en el artículo titulado "Los modos de dominación", publicado por primera vez en 1976, luego más elaborado en "Stratégies de reproduction et modes de domination", Actes de la Recherche en Sciences Sociales, n° 105, 1994

⁸ se especifican según la forma de capital que se ha de transmitir y, por tanto, según la composición del patrimonio

⁹ Según el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE conforme el más reciente Censo general la definida según la metodología de este ente -muy cuestionada- la clase (no estrato) alto en Colombia agrupa al 3% y la clase media al 31% de la población.

¹⁰ Martin, coincide en este punto con los demás autores consultados al destacar a los Uribe como ejemplo de redes familiares que aprovecharon las condiciones de origen regional, sujeciones, circulación y transgresión moral para competir con las tradicionales

¹¹ Para los restantes ejemplos de clanes y redes familiares aliados y reacomodados ver anexos.

¹² En el anexo se recopilan las principales características de dos representativas estructuras regionales con proyección nacional de clanes familiares ilustrativos de las familias representativas de una adecuación de control del sistema (para)político vigente

¹³ <https://www.elspectador.com/economia/los-colombianos-mas-ricos-segun-forbes-articulo-843293>

¹⁴ Esta es la forma como reseña A. Gómez (2016) el trabajo de Revéiz, quedando en el aire la explicación de que ocurría antes de 1950

Referencias bibliográficas

- Alameda O. R. (2007) La pirámide social en Colombia. (Inédito), Bogotá, ACCE
- Caballero A. (2016) Historia de Colombia y sus oligarquías 1498-2017 (digital), Bogotá, Biblional.
- Cosoy, N. (2017) ¿Una "nobleza" criolla? Cuán profundo es el elitismo en Colombia y qué implica para el país. En: BBC news. Colombia, 05.10, descargable en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-41329392>
- Bourdieu, P. (2005) Contra la ciencia de la desposesión política. En: Intervenciones: ciencia social y acción política, Córdoba, Ferreira, 2005
- (2011) Pierre Bourdieu: Las estrategias de la reproducción social. Buenos Aires, siglo XXI
- Duque D. J. (2006) La circulación de la clase política en Colombia: el congreso de la república durante el frente nacional. En Sociedad y Economía, Cali, Cidse, No. 8, pp. 29-86
- Ferrer i A. J. (1992) Estrategias familiares y formas jurídicas de transmisión de la propiedad y el estatus social. En: Boletín de la Asociación de demografía histórica. Barcelona, X, 3, pp. 9-14
- Gómez J. A. (2016) Reseña: "La transgresión moral de las élites y el sometimiento de los Estados. Cooptación o democracia" En: Ensayos de Economía. 49, Medellín, Universidad Nacional
- González M. S. A. (2007) Poder, estratos y sujeciones: micropolítica en la Colonia. (working paper) Bogotá, UR,
- Leal Buitrago, F. (2007). Siete tesis sobre el relevo de las élites políticas. En *Colombia Internacional*, (66), pp.196-199. Levi, D. E. (1977) A Família Prado. Sao Paulo, Cultura 70
- Martín de la F. D. (2018) Radiografía del poder en Colombia: élites y vínculos de parentesco. Cambios y continuidades desde la teoría de redes. Salamanca (tesis de máster en estudios latinoamericanos)
- Neglia G., A. (1999) Diagnóstico macrosociológico de América Latina. Bogotá, UR (serie documentos)
- Peña S., A. Álvaro Salóm Becerra: el delfín. (reseña) En: <http://la-pasion-inutil.blogspot.com/2009/08/alvaro-salom-becerra-el-delfin.html>

Piñeros C. A. F. (2012) Análisis de la concentración del poder político en Colombia a través de los linajes presidenciales del siglo XX, Estudio de caso: familia Ospina, López, Lleras, y Pastrana. Bogotá, UR (tesis de pregrado)

Ramírez, J. (1996) La construcción del poder económico: La familia Ospina, 1850-1960. En. Innovar Revista de Ciencias administrativas y sociales, 8, Bogotá, UN, pp.133-152

Restrepo E., N. J. (2017) La Profesionalización de las campañas electorales en Colombia: Elecciones Presidenciales 1994

– 2014 (tesis doctoral), Madrid, Complutense

Revéiz, E. (2016) La transgresión moral de las élites y el sometimiento de los estados: cooptación o democracia. Cali Sáenz R. E. (1990) De ciertos Caballeros: La Andi y los políticos en Colombia. Bogotá Uniandes, No. 18 F. Admón.,

(1995) La ofensiva empresarial: industriales, políticos y violencia en los años 40 en Colombia. Bogotá 3 Mundo

Safford, F. (1989) El ideal de lo práctico. La lucha de Colombia para formar una élite técnica. Press}

Villar G. A. (1988) La nueva burguesía. En Psicología y clases sociales en Colombia,

Tomo I, Bogotá, Editorial Wright, E. O. (2010). Comprender la clase. Hacia un

planteamiento analítico integrado. *New Left Review* (60), 98-112 Zuleta, E. ((2001)

Tres culturas familiares en Colombia. En. Revista Número, 30, pp. 72-80

https://es.wikipedia.org/wiki/Tradicici%C3%B3n,_Familia_y_Propiedad

https://www.youtube.com/watch?v=Pe58LU92u_w David Racero (2017) explica Mapa élites políticas nacionales Colombia. Versión explicación.

<https://www.youtube.com/watch?v=C2TGuvV3UPU> (video podcast 50min) Lanzamiento

Historia de Colombia y sus oligarquías (1498-2017) Antonio Caballero

El principio de subsidiariedad y la globalización económica en América

Latina: el caso peruano

Telma Lucia Basurto Basurto

Resumen

El tránsito del Estado Bienestar al Estado Neoliberal fue un proceso acaecido a finales de la década de los 80" e inicios de la década de los 90" que propugna la reducción del Estado en materia económica, de ahí su denominación como Estado Mínimo; coadyuva este proceso, el advenimiento de la globalización económica y la liberalización de mercados. Al tratarse de la instauración de un nuevo orden económico, resulta fundamental la dación de normas jurídicas que aseguren, fortalezcan y consoliden los objetivos del Estado Neoliberal, a través de un ordenamiento jurídico acorde a las necesidades del mercado al que denominaremos "modelo jurídico del neoliberalismo". Como parte, del referido modelo jurídico se encuentra el principio de subsidiariedad económica, que muestra cómo la Constitución Política Peruana 1993 positiviza el repliegue del Estado en materia económica, específicamente respecto a su participación empresarial. Así, a partir de estos elementos, concluimos que la incorporación, vigencia y afianzamiento, de este instituto jurídico ha generado un impacto vigoroso en la realidad social peruana.

Palabras clave

Globalización, Estado Neoliberal, Perú, Estado mínimo

Tránsito del Estado de Bienestar al Estado Neoliberal: globalización económica y liberalización de mercado

El Estado Prestacional y Estado Regulador son dos tipos de Estado contrariados a lo largo de toda la historia de la humanidad, debido a que su denominación obedece a cómo se demarca el límite/alcance del Estado y Mercado, y su consiguiente impacto en la sociedad, de ahí que cuando nos refiramos a un determinado tipo de Estado, como el Estado Prestacional se hace referencia a una mayor intervención estatal en el mercado, mientras un Estado Regulador refiere la limitación estatal en el mercado.

En ese contexto, resulta inevitable invocar la noción de servicio público, que se ve afectada como consecuencia del tránsito de Estado Prestacional que califica como servicio público a "aquel prestado única y directamente por el Estado, como parte de su función o actividad prestacional" (Diez, 1979) al Estado Regulador, donde "el servicio público aparecerá como una suerte de compromiso-de "reconciliación"- del Estado con los intereses particulares, que en la sociedad

burguesa se identifica con la actividad económica" (Baldo, 1999).

Aunado a ello, "la globalización como proceso por el que los mercados y la producción de diversos países se hallan cada vez más interrelacionados debido al dinamismo del comercio de bienes y servicios y al movimiento de capitales y tecnologías" (Küng, 2000) constata la necesidad de promover la liberalización económica mediante la desregularización de mercados para afianzar su presencia en la sociedad, tal como expresa (Mària, 2000). "mediante un conjunto de diez reglas, el consenso de Washington establece, un ambiente de transparencia económica, que dicta como novena política económica la desregulación"

Coadyuva al proceso de globalización y liberalización de mercados los acuerdos económicos derivados del, invocado "Consenso de Washington, que salió a la luz por primera vez en el artículo "Lo que Washington quiere decir cuando se refiere a las reformas de políticas económicas", publicado en 1990 por el propio Williamson. [A los que llamaron], los principales "dogmas de fe" sobre los que reposa el decálogo son los siguientes:

Sobre el papel del Estado: dado que el sector privado gestiona más eficientemente los recursos que el sector público, los gobiernos deben disminuir al Estado a su mínima expresión y dejar en manos del sector privado la mayor parte de su gestión aun cuando se trate de "servicios universales" (como el acceso al agua potable o a la electricidad). El Estado debe ser un mero facilitador de los negocios del sector privado (estabilidad), un regulador ocasional de los excesos del mercado (programas de alivio de la pobreza y protección del medio ambiente) y un garante de la paz social (gobernanza).

Sobre las ventajas de la globalización: las economías de los países deben internacionalizarse a toda costa. Hay que abrir fronteras al capital, atraer el máximo de inversión extranjera, tratar que la producción doméstica salga al exterior y las empresas extranjeras se instalen en territorio nacional. En una palabra, hay que transnacionalizarse. La extranjerización de las economías, lejos de ser un problema para los países empobrecidos, los capitaliza al tiempo que se les suministrará la tecnología de la que carecen.

Sobre la distribución: la presencia de los polos de desarrollo y de las élites prósperas desencadenará un proceso de "cascada de riquezas" desde estos polos hasta las clases menos favorecidas"" (Martínez y Reyes, 2012).

No obstante, pese a que el decálogo de Washington constituye el paradigma neoliberal de la época, este es atenuado con el advenimiento del Estado Regulador "que interviene en las actividades económicas, pero sin ser propietario de las mismas, presentándose como alternativa al Estado Intervencionista clásico europeo que se sirve de la titularidad o propiedad de los bienes

y servicios para controlar el uso o las actividades que hacen uso de los mismos. Así se contraponen el Estado Social [Prestacional] con el Estado Regulador” (Betancor, 2010).

Tal como apunta (Casilda, 2004) “el agotamiento del modelo vigente durante el periodo 1933 - 1980, conocido como “industrialización mediante la sustitución de importaciones” (ISI), promulgó las bases para emprender las reformas estructurales necesarias que permitiesen cambiar el rumbo económico de América Latina. Al tiempo [que] se delineaba este giro económico, algo histórico sucedió en la región entre 1982-1990”; esto es -como sucedió en Perú- el tránsito del Estado Prestacional al Estado Regulador durante la década de los 80” a 90”. De esa forma, se deja atrás el periodo de auge del Estado Prestacional de los 70” que concebía a “las burocracias estatales con incentivos suficientes para encontrar las soluciones que les convenían a la sociedad, manejando adecuadamente la incertidumbre” (Millán, 2006); para dar paso a partir de los 90” al predominio de las empresas privadas en el proceso de creación y distribución de riqueza, Así, en tanto, “la globalización simbolice un cambio o transformación en la escala de la organización humana que enlaza comunidades distantes y expande el alcance de las relaciones de poder a través de regiones y continentes de todo el mundo” (David Held y Anthony McGrew, 2003) será necesario la actualización de normas jurídicas que sintonicen con la orientación económica de la época.

Modelo jurídico del Neoliberalismo: el principio de subsidiariedad en la Constitución Política Peruana 1993

Como, a partir de la década de los 90” la propalación de ideas neoliberales en materia económica -reducción del rol estatal en aras al fortalecimiento del mercado- se intensificó a nivel global, era predecible que estas ideas se conviertan en paradigma. Este paradigma “incide en conceptos de validez jurídica, norma jurídica, ordenamiento, coercibilidad del derecho, jerarquía jurídica, sistema político dinámico, pluralismo jurídico, y desde luego, en las relaciones entre el derecho de origen interno con el derecho de origen externo” (Cárdenas, 2016). Así el “Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, “su” derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones” (Kelsen, 1984). En ese sentido, el régimen constitucional a edificarse “es el resultado de una colaboración del poder político y de la libertad de los ciudadanos, de tal suerte que la Constitución se establezca jurídicamente por el poder y por la libertad, al mismo tiempo que el poder y la libertad son regulados jurídicamente por la Constitución” (Hauriou, 2003).

La interrelación Estado y Mercado, se legitima a través de una “Constitución, en materia económica, lo que en todos los campos del derecho público [simboliza] la expresión de una

revolución en libertad, la consagración de la revolución social en América” (Alberdi, 1954), de ahí que sea de singular trascendencia el marco constitucional que contribuya a la construcción de una sociedad democrática con igualdad de oportunidades. En el Perú el viraje al nuevo modelo económico - acorde a las urgentes necesidades del mundo globalizado- se vio representado por la consagración constitucional del principio de subsidiariedad que liberaliza sectores económicos que históricamente le pertenecieron al Estado; entre los argumentos esgrimidos por sus defensores encontramos justificaciones cómo:

“La vigencia del Estado subsidiario no significa una desaparición de la actividad estatal en los servicios públicos, sino que esta se transforma, pasa a enfocarse en tres aspectos: en la regulación y ordenación de la prestación del servicio (Estado Regulador), en la garantía de los intereses públicos en la prestación privada de tales servicios (Estado Garante) y en la obtención de objetivos de bienestar general, cohesión social y calidad en la prestación de tales servicios (Estado Social)”.
(Huapaya, 2015)

Arguyendo, que la existencia del Estado Subsidiario, es consecuencia de la evolución histórica de roles que asume el Estado en materia económica y social, sin que ello implique un abandono de sus funciones; no obstante, estos presupuestos no se ajustan a la realidad.

El principio de subsidiariedad

En ese contexto, la aparición del principio de subsidiariedad adquiere significación esencial, dado que “este principio sostiene la idea de que una sociedad, una organización o una institución de orden superior a otra no deba interferir en la actividad de esta última, inferior a ella, limitándola en sus competencias, sino que debe más bien sostenerla en caso de necesidad, coordinando su acción con la de otros en aras a la consecución del bien común” (Frosini, 2002).

Extrapolando esas ideas a la relación Estado-Sociedad, estimamos que el principio de subsidiariedad constituye un precepto que indica cómo el Estado como orden superior interviene limitando y/o fomentando la libertad de los individuos en sociedad como orden inferior, sosteniendo el orden social en aras a la consecución del bien común. En esta oración, advertimos los siguientes elementos: (i) la necesidad de sostener el orden social, (ii) materialización del bien común, y (iii) la intervención/abstención del Estado para sostener el orden social y materializar el bien común.

El primer elemento, “necesidad de sostener el orden social” parte del presupuesto de que ya existe un orden social, y que este debe mantenerse. En cuanto al segundo elemento, “materialización del bien común” se advierte la cualidad que debiera ostentar el orden social vigente; no obstante, al ser las realidades imperfectas, interviene como tercer elemento

ambivalente: a.- "Estado como auxilio" ya que al tratarse de un orden superior que ejerce control de vigilancia sobre el orden inferior, esto es la sociedad, se hace necesaria su intervención para corregir los defectos que presenta el orden inferior encomendado a su cuidado, ahí radica la legitimidad de la acción estatal; y, b.- "Estado como abstención" ya que, también el principio de subsidiariedad implica un grado de abstención estatal a favor de la autonomía de los particulares, debido a que parte del presupuesto, de que los ciudadanos poseen libertad amplia para la consecución de sus fines u objetivos, en tanto, "no se puede quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dárselo a una sociedad mayor y más elevada, ya que toda la acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero sin destruirlos y absorberlos" (Pío X, 1931, pág. 93).

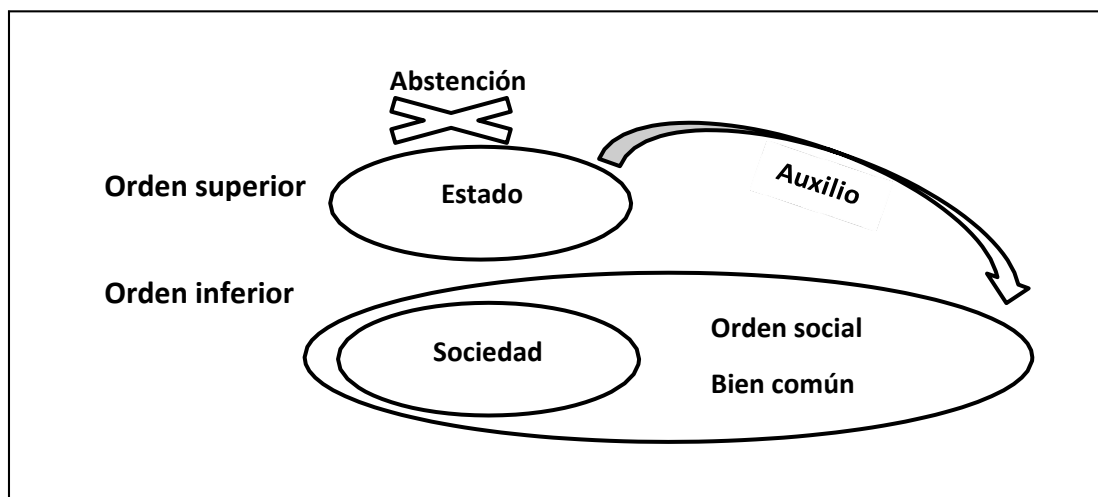


Gráfico N° 1. Aplicación del principio de subsidiariedad en la relación Estado-Sociedad. Fuente y elaboración: Propia

Así tenemos que el principio de subsidiariedad -en sentido amplio- legitima la intervención o abstención del Estado (orden superior) en la esfera de libertad individual/social para auxiliar o fortalecer en autonomía a los individuos/sociedad (orden inferior) en la corrección del orden social en aras a la consecución del bien común (teleológico).

El principio de subsidiariedad económica en la Constitución Política Peruana 1993

Por otra parte, la aplicación del principio de subsidiariedad en materia económica no es pacífica. Dado que su contemplación presupone que el Estado tiene una participación limitada en materia económica, esto es, que el Estado (orden superior) se encuentra legitimado para intervenir siempre que su intervención corrija las fallas del Mercado (orden inferior) tales como el abuso de posición de dominio, competencia desleal, colusión de precios, entre otras prácticas anticompetitivas; por tanto, al tratarse de un orden inferior autosuficiente el intervencionismo

estatal es de última ratio.

En el Caso Peruano, el principio de subsidiariedad se encuentra consagrado en el artículo 60° de la Constitución Política Peruana 1993 (CPP 1993) como garantía al proceso de liberalización del mercado, expresado de la siguiente forma:

"Artículo 60°. - El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal". (subrayado nuestro)

El principio de subsidiariedad económica regula la actividad empresarial estatal, y los supuestos en los que podrá desarrollarse: (i) una ley expresa la habilite, (ii) se trate de una actividad subsidiaria, y que exista (iii) alto interés público o manifiesta conveniencia nacional. De ahí que, "la participación subsidiaria del Estado en la economía se consagró como un principio medular del nuevo régimen económico de Economía Social de Mercado, constituyéndose en un límite a la acción estatal, respecto de la libertad de las personas para hacer empresa" (Cairampoma, 2012, pág. 315).

En tal sentido, como el desarrollo de la "Constitución Económica se formaliza usualmente a través de cláusulas generales intencionalmente indeterminadas y, por tanto, necesita de concreción por normas de inferior jerarquía" (Kresalja, 2010, pág. 68). Se emite el 26.06.2008 la Ley de Represión de Competencia Desleal aprobado mediante el Decreto Legislativo N° 1044 (LRCD) en el marco de la Ley N° 29157 que delega al poder ejecutivo la facultad de legislar sobre materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos de América publicado el 20.12.2007, lo que nos lleva a inferir que probablemente sin la existencia de este acuerdo comercial no se habría emitido el citado Decreto Legislativo.

La promulgación de la LRCD marcó un antes y un después en la interpretación del artículo 60 de la CPP 1993; pues como bien señala (Vignolo, 2019) "el gran propulsor de la tesis de localización exclusiva de la subsidiariedad horizontal exclusiva solo para asuntos empresariales ha sido el TADC del INDECOPI, órgano administrativo que desde un supuesto "precedente administrativo" relevante y en los intentos por extirpar posibles "actos de violación de normas de competencia" previstos en el numeral 14.3" (pág. 106), que a la letra señala que:

"Artículo 14°. - Actos de violación de normas

14.3.- La actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60° de la Constitución Política del Perú configura un acto de violación de normas que será

determinado por las autoridades que aplican la presente Ley. En este caso, no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolle dicha actividad empresarial.” (subrayado nuestro)

Calificar como “infracción” el desenvolvimiento de la actividad empresarial estatal no subsidiarias limita profundamente la existencia de Empresas Estatales en beneficio de otro tipo de formas societarias. Lo curioso es que esta norma parte del presupuesto de que si no se trata de una actividad subsidiaria es perjudicial para el mercado *per se*, sin mayor análisis ni necesidad de acreditar una ventaja significativa en el mercado lo que mella la consagración constitucional del tercer párrafo del artículo 60° de la CPP 1993 referido al “tratamiento legal igualitario entre empresas públicas y privadas”.

Sumado a la discriminación de la actividad empresarial estatal en el mercado, se evidencia que el “Estado no ha definido, en el artículo 60° de la CPP 1993, las condiciones en las cuales la actividad empresarial se debe desarrollar, no se ha precisado, con claridad, en ninguna norma o documento de carácter nacional cuales son las prioridades y finalidades inmediatas, ni cuáles son los objetivos macro hacia los que se dirige el Estado empresario peruano” (Céspedes, 2010, pág. 149), demostrando sistemáticamente el desdén por la actividad pública, priorizando el desenvolvimiento de la privada. “El problema se agrava a nivel constitucional cuando apreciamos sentencias del Tribunal Constitucional que interpretan el principio de subsidiariedad restrictivamente o más desde la vertiente negativa, el principio de subsidiariedad se plantea en términos más bien de orden negativo. Se menciona que opera en situaciones en las que ocurre una falla del mercado” (Landa, 2016); apreciándose -una vez más- la mirada sesgada a la citada cláusula constitucional.

Lograr un consenso entre los alcances y límites de la interrelación Estado- Mercado es un debate que de por sí demanda repasar los fundamentos ideológicos de una u otra postura política, más todavía si, “los defensores de este principio consideran que facilita la aparición de un contexto favorable a la libertad, a la creatividad y a la participación, y que constituye una condición indispensable para la plena realización cívica, tanto en su dimensión individual como colectiva, equivalente al principio de inspiración liberal de “tanta libertad como sea posible, tanto Estado como sea necesario” (Kresalja, 2010, pág. 25). A partir de estas premisas se infiere que el principio de subsidiariedad económica se enmarca dentro del modelo de Estado Neoliberal, ya que como se ha señalado es la libertad humana la fuente de limitación jurídica de la sociedad y el Estado.

El Principio de Subsidiariedad Económica a nivel comparado

La consagración constitucional del principio de subsidiariedad como límite de la intervención del

Estado en materia económica no es un fenómeno propio de nuestro país. Forma parte de “la fase contemporánea del cambio global que está transformando los fundamentos mismos del orden mundial a base de reconstituir las formas tradicionales de la estatalidad soberana, la comunidad política y la gobernanza internacional. La globalización supone un cambio desde una política puramente centrada en el Estado a una nueva y más compleja política global de múltiples niveles” (David Held y Anthony McGrew, 2003, pág. 43).

En ese entender, en el marco del proceso de globalización económica y en línea con los objetivos del Consenso de Washington es que se aspira a la privatización de Empresas Públicas, estableciendo la preeminencia del mercado como ente rector de la economía y reduciendo el rol estatal a una labor meramente veedora. Por consiguiente, la homogenización de preceptos jurídicos originó la constitucionalización del principio de subsidiariedad económica, en diversos países de América Latina, los mismos a los que se les aplicó -también- el bloque de medidas y/o políticas económicas dispuestas desde Washington. A continuación, la Tabla N° 01, muestra la recepción del principio de subsidiariedad económica a nivel latinoamericano:

Anexo 1: Tabla 1

Al respecto, se evidencia que en Perú y en Chile, la actividad empresarial estatal es necesariamente autorizada por ley expresa, recibiendo el mismo trato legal que la actividad empresarial privada. Aunque, en Chile, excepcionalmente, se permite que las empresas del Estado puedan intervenir bajo condiciones distintas a las establecidas para los privados, requiriéndose de una ley especial con quórum calificado para tal efecto; a diferencia de Perú que no contempla esa posibilidad. Por su parte, la Constitución Colombiana si bien permite que el Estado pueda llegar a reservarse determinadas actividades, consideradas estratégicas o de servicios públicos, ello está sujeto a que dichas actividades se sustenten en razones de soberanía o de interés social.

Conclusiones

El principio de subsidiariedad en sentido amplio es el auxilio que despliega el Estado a favor del orden inferior en aras a la obtención de la media estándar considerada “óptima” para subsistir. Por otro lado, este principio también representa la abstención por parte del Estado en aras al perfeccionamiento de la libertad humana. Por tanto, nos encontramos frente a un principio cuya interpretación ambivalente auxilio/abstención se nutre de: a) fundamentos liberales en la medida que parte del supuesto de que el ser humano está investido naturalmente de libre albedrío para la consecución de sus fines, por lo que no es necesaria ninguna presencia externa que opaque su creatividad; y b) doctrina social cristiana, en tanto el principio de solidaridad habilita la posibilidad

de intervención de un tercero que auxilie situaciones en donde el ser humano no pueda obtener la media estándar óptima para subsistir pese a haber desplegado toda su capacidad creativa para transformar su situación. De ese modo, el principio de subsidiariedad constituye un modelo híbrido cuya base ideológica es el liberalismo (fe en la creatividad humana en base al libre albedrío), y el cristianismo (auxilio al individuo que pese a haber desplegado su libre albedrío tiene limitaciones para alcanzar la media estándar de subsistencia).

Así, pese a que nos encontramos ante un principio cuya existencia dogmática es de larga data. No es hasta la CPP 1993 que se incorpora el principio de subsidiariedad económica mediante el artículo 60 de la Carta Política, para limitar la actividad empresarial estatal frente a la "crisis caracterizada por una economía peruana quebrada, deterioro de infraestructura pública, carente cobertura de servicios públicos, avance del terrorismo, alta tasa corrupción, entre otros factores que terminaron por aislar a nuestro país del de la economía mundial" (Boloña, 1993).

De esa manera, se inserta en nuestro país el nuevo paradigma neoliberal "luego de los esquemas políticos-económicos del gobierno peruano a principio de los noventa, y el acogimiento del Perú, en esa época, a las tendencias privatizadoras de las empresas públicas a nivel mundial, [fue necesaria] una nueva orientación de la actividad empresarial del Estado en el Perú" (Céspedes, 2010, pág. 151). Orientación económica materializada en la CPP 1993 en el marco del proceso de globalización económica que apunta a la construcción de un mercado liberalizado a nivel global, caracterizada por la reducción del rol del Estado en materia económica, en sintonía con los preceptos que dicta el Consenso de Washington.

En ese sentido, teniendo como marco constitucional el principio de subsidiariedad económica, se erige un nuevo Estado, el Estado Regulador. El Estado Regulador forma parte del Estado Neoliberal, por tanto, se trata de un nuevo tipo de Estado que prioriza la actuación de la empresa privada sobre la empresa pública, como por ejemplo en la prestación de servicios públicos. Por consiguiente, el Estado Prestacional responsable de la prestación de servicios públicos deja de existir para dar paso al Estado Regulador a través de la creación de Organismos Reguladores - creados a partir del cambio de régimen económico- encomendándoles la función de regular, supervisar y fiscalizar la libre competencia de las empresas prestadoras de servicios públicos, en tanto ahora el rol del Estado -se reduce- a ser árbitro del mercado. Es en el entorno del Estado Regulador que se desarrolla legislativamente la cláusula constitucional del principio de subsidiariedad, a través de la LRCD, el Decreto Supremo N° 034-2001-PCM, y demás instrumentos jurídicos de menor jerarquía normativa; de esa forma, se va consolidando el nuevo régimen económico que trajo consigo la CPP1993.

Una mirada crítica al principio de subsidiariedad económica es que se trata de un principio eminentemente liberal basado en la autosuficiencia del mercado para satisfacer la demanda poblacional de servicios básicos y/o prioritarios para el desarrollo social. Asimismo, del análisis de las normas jurídicas que regulan el despliegue de la actividad empresarial estatal, se aprecia que el argumento que se invoca para defender la libertad de empresa privada sobre la pública es que las empresas estatales son ineficientes por naturaleza, por tanto, siempre la solución más gravosa será crearlas o mantenerlas, de ahí que el Estado solo pueda actuar “subsidiariamente” ante el imperativo de “auxiliar” al mercado

desabastecido de oferentes. “En efecto, el mito de la subsidiariedad pretende que las empresas públicas solo puedan abordar aquellos rubros de la economía que por su escasa rentabilidad no interesan a los particulares, obligando al Estado a comprar solamente los malos negocios” (Vallejo, Rodrigo y Pardow, Diego, 2008).

Lo pernicioso de esta lógica, es que al dejar que la cobertura de servicios públicos u otros servicios esenciales se distribuyan conforme a las reglas del mercado, esto es, el juego de la oferta y la demanda, conlleva a que los sectores de la población peruana más vulnerables no puedan acceder a una adecuada cobertura de servicios, pues en el mercado siempre tendrán mejores condiciones quien pueda pagar más, viva en una zona residencial o en general posea mejores condiciones de vida.

Desde la vigencia del principio de subsidiariedad económica se ha exaltado la interpretación “negativa” o “abstencionista”, que mira con recelo la participación y/o intervención estatal en el mercado, como miembro activo; y se ha erigido un sequito de academicistas que exaltan su viabilidad, al tomar como referencia las opiniones inapelables de economistas. Obviando convenientemente que el principio de subsidiariedad en su interpretación “positiva” o “intervencionista” implica también un “concepto social y humanista antes que económico” (Ugarte, 2017).

Es importante, subrayar el contexto histórico en que se incorpora el principio de subsidiariedad económica en el Perú, tal es, la crisis hiperinflacionaria heredada del primer gobierno de García, que justificó y legitimó su aparición; teniendo como respuesta por parte de Fujimori la liberalización de mercados como política pública. De la misma manera, es importante recordar que como consecuencia de la Gran Depresión 1929 que azotó no solo EEUU sino igualmente a Perú, debido a la fuerte dependencia económica que mantenemos con el comercio y financiamiento exterior, es que el mercado peruano se declaró en bancarrota financiera, por tanto, “fue fundamental que el Estado intervenga creando empresas públicas como el Banco Agrícola,

Banco Minero y el Banco Industrial, e inyectando liquidez a la economía, como política pública” (Contreras, Carlos y Drinot, Paulo, 2014).

Esto evidencia que la adopción de medidas por parte del Estado como liberalizar el mercado o crear empresas públicas, son políticas públicas que ameritan ser empleadas en determinados momentos históricos para enfrentar las crisis económicas. Por ende, tales medidas no poseen carga valorativa negativa *per se*, como frecuentemente se pretende polemizar, el problema radica cuando estas medidas logran sortear las crisis y pretenden ser empleadas recalcitrantemente en tiempos de estabilidad, como lamentablemente ocurre en el caso peruano. Ello suscita el antagonismo entre diversos sectores de la población, el mercado y el propio Estado; alejándonos del objetivo principal que es armonizarlos en aras a la construcción de una sociedad peruana verdaderamente democrática y justa en el acceso universal de servicios básicos que debiera ser lo sustancial en nuestro país *Anexo 1*

NORMA	PERÚ	CHILE	COLOMBIA
<p>Constitución Política</p>	<p>Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.</p> <p>Artículo 60.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La</p>	<p>Artículo 19.- la constitución asegura a todas las personas [...] 21º el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. El estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. en tal caso, esas actividades estarán sometidas a la</p>	<p>Artículo 333.- La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. [...] El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional [...].</p>

	<p>economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente</p> <p>actividad empresarial, directa o indirecta por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.</p>	<p>legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado.</p>	<p>Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado [...] Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. [...] Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas</p> <p>actividades</p>
<p>Legislación infra constitucional</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Decreto Supremo 034-2001- PCM, Artículo 3.-Queda prohibido el desarrollo de actividades empresariales por parte del Estado bajo cualquier forma empresarial en aquellos mercados en los que la oferta de las 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ley 18.971 Artículo único. - Cualquier persona podrá denunciar las infracciones al artículo 19, número 21, de la Constitución Política de la República de Chile. El actor no necesitará tener interés actual en los hechos denunciados. [...] 	<p>estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que, en virtud de dicha ley, queden privadas de su ejercicio legítimo.</p>

	<p>empresas privadas se considera suficiente para satisfacer la demanda existente, en todo el territorio nacional o en la parte en donde atienden. Se presume, salvo demostración en contrario, tal condición se verifica en aquellos mercados en los que operan al menos dos empresas privadas no vinculadas entre sí.</p>		
--	---	--	--

Tabla N° 01 Principio de subsidiariedad en el Derecho Comparado Latinoamericano. Fuente: (Himilce Estrada; Patricia Durand, 2011). Elaboración: Propia

Referencias bibliográficas

Libros

- Alberdi, J. (1954). *Sistema económico y rentista de la Confederación Argentina según la Constitución de 1853*. Buenos Aires: Luz del día.
- Betancor, A. (2010). *Regulación: Mito y Derecho*. Navarra: Civitas.
- Boloña, C. (1993). *Cambio de rumbo. El programa económico para los 90*. Lima: Instituto de Economía de Libre Mercado.
- Cárdenas, J. (2016). *El modelo jurídico del neoliberalismo*. México: Flores.
- Céspedes, A. (2010). *El Estado Empresario: verdades, conjeturas y mitos jurídicos*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante.
- Congreso Constituyente Democrático (1998). *Debate Constitucional Pleno 1993*. Lima: Fondo Editorial del Congreso de la República del Perú.
- Contreras, Carlos y Drinot, Paulo. (2014). *The Great Depression in Peru*. Durham: Duke University Press.
- David Held y Anthony McGrew. (2003). *Globalización/Antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial*. Barcelona: Paidós.

Diez, M. (1979). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Plus Ultra.

Hauriou, M. (2003). *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Granada: Comares.

Himilce Estrada; Patricia Durán (2011). *Informe Temático N° 1/2011-2012. El principio de subsidiariedad en la actividad empresarial en el Perú y en la legislación comparada*. Lima: Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria del Congreso de la República del Perú.

Kelsen, H. (1984). *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Universitaria de Buenos Aires.

Kresalja, B. (2010). *El Principio de Subsidiariedad en materia económica. Análisis de las Constituciones Peruanas de 1979 y 1993*. Lima: Palestra.

Küng, H. (2000). *Una ética mundial para la economía y la política*. México: Fondo de Cultura Económica.

Millán, J. (2006). *Entre el mercado y el Estado. Tres décadas de reformas en el sector eléctrico de América Latina*. Washington D.C.: BID.

Pío X. (1931). *Cuadragésimo Anno*.

Vignolo, O. (2019). *La Dogmática del Principio de Subsidiariedad Horizontal*. Lima: Palestra.

Artículos y Tesis

Baldo, R. (1999). El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos. *Themis*, 39-98.

Cairampoma, A. (2012). ¿Existe Servicio Universal en el sector eléctrico peruano?: Análisis a partir de la experiencia de la Unión Europea. *Revista del Círculo de Derecho Administrativo*, 175-188.

Casilda, R. (2004). América Latina y el Consenso de Washington. *Boletín Económico ICE*, 19-38.

Frosini, T. (2002). Subsidiariedad y Constitución. *Dialnet*, 297-315.

Huapaya, R. (2015). Concepto y régimen jurídico del servicio público en el ordenamiento público peruano. *Ius Et Veritas*, 368-397.

Landa, C. (2016). El Principio de Subsidiariedad en el marco de la Constitución Económica del Perú. *FORSETI, Revista de Derecho*, 146-158.

Mària, J. (2000). El Consenso de Washington ¿paradigma económico del capitalismo triunfante? *Dialnet*, 29-45.

Martínez, R., y Reyes, E. (2012). El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Látina. *Scielo. Política y Cultura*, 35- 64.

Vallejos, R. y Pardow, Diego. (2008). Derribando mitos del Estado Empresario. *Revista Chilena de Derecho*, 135-156.

Ugarte, A. (2017). *¿Subsidiariedad o solidaridad? Analizando los límites impuestos a la actividad empresarial del Estado*. (Trabajo académico para obtener el grado de segunda especialidad en Derecho Administrativo). PUCP, Lima.

Legislación

Perú: Constitución Política 1993, Decreto Legislativo N° 1044 y Decreto Supremo N° 034-2001-PCM.



Chile: Constitución Política 1980 y Ley 18.971.

Colombia: Constitución Política 1991.



Élites económicas y Estado en Argentina y Brasil: los gabinetes de Mauricio Macri (2015-) y Michel Temer (2016-2018)

Roberto Cassaglia

Resumen

El modo en que las élites económicas ejercen la dominación política en América Latina es hoy objeto de interrogación en numerosas investigaciones con enfoques y conceptos muy variados. El estudio de las élites económicas en Argentina ha sido objeto de múltiples trabajos, algunos ya clásicos, otros más recientes, con particular énfasis en las principales corporaciones y su relación con el poder político, así como también en la circulación de la élite empresarial en el sector público. En Brasil, existen producciones que han hecho foco en la acción política, las pugnas de interés y alineamientos entre las distintas fracciones de las clases dominantes y su relación con el Estado mientras que otro conjunto de trabajos estudió las élites gubernamentales y sus vínculos con los grupos de poder dentro de la sociedad civil. Sin embargo, son pocos los análisis en clave comparativa latinoamericana y son también escasos los estudios que aborden una coyuntura reciente como la que aquí se propone. El presente trabajo busca analizar comparativamente el vínculo existente entre élites económicas y Estado en Argentina y Brasil durante el período 2015-2019 a partir de reconstruir la conformación de los gabinetes de ministros de Estado de los gobiernos de Mauricio Macri (2015-) y Michel Temer (2016-2018) e identificar y sistematizar la presencia de funcionarios pertenecientes a las élites económicas según su trayectoria profesional, inscribiéndolos en una mirada sociohistórica que toma en cuenta variables de más larga duración, tales como las características del Estado, el sistema político y la estructura económica.

Palabras clave

Élites, política, Estado, Argentina, Brasil.

Desarrollo

En el campo de la sociología histórica de América Latina, Ansaldo y Giordano (2012), plantearon un enfoque donde los poderes económico y político se encuentran, en el capitalismo, interrelacionados de forma funcional y genética. En sintonía con esta propuesta, Göran Therborn (1982 [1979]), sostiene que un correcto análisis sobre el vínculo entre los poderes económicos y el Estado debe centrarse en la naturaleza del poder y sus mecanismos de reproducción, en tanto éste comporta la cristalización material de las relaciones de clase y la división del trabajo dominantes en la sociedad. Y agrega que el carácter de clase de un Estado

se observa a través de las decisiones estatales que afectan al conjunto de la sociedad, en dirección a potenciar, mantener, actuar en contra o destruir las relaciones de clase existentes. De esta manera, ante la pregunta de cómo domina la clase dominante, el autor propone como respuesta la reproducción de las relaciones económicas, políticas e ideológicas de su dominación a través del poder del Estado, cuyas intervenciones producen, a su vez, efectos en las posiciones de la clase dominante dentro del campo de las relaciones de producción, en el propio aparato de Estado y en el sistema ideológico. Este trabajo recupera una de las preguntas acerca del Estado, en los términos de planteados por Milliband (1997 [1969]), donde el estudio de los recursos mediante los cuales el poder económico se transforma en poder político tiene un lugar central. Asimismo, retoma la noción de Estado desde la perspectiva sociohistórica en clave latinoamericana (Cardoso & Faletto, 1969; Faletto, 1989; Graciarena, 1984; Lechner, 1977) como también incorpora aquellos enfoques que pensaron la dimensión estatal como expresión de una determinada correlación de fuerzas (O'Donnell, 1978; Oszlak & O'Donnell, 1995).

No obstante, siguiendo a Viguera (1996), en este paradigma los empresarios, representados en fracciones de clase, se constituían por definición en actores políticos, obturando una distinción relevante entre las prácticas y lógicas que pueden ser complementarias, pero analíticamente distinguibles, de la política en sentido amplio y la acción orientada hacia las políticas estatales específicas. También para Ansaldi (2017) los sujetos, en términos puramente analíticos, pueden ser sujetos sociales (y, como tales, pertenecen a una determinada clase en función de la posición que ocupan en la estructura) o sujetos políticos (que resultan de su asociación en partidos, sindicatos, asociaciones de interés, movimientos y otras formas) sin que exista entre ambos una correspondencia mecánica.

En este sentido, hacemos propia la propuesta de Durand (2006, 2010) quien, constatando la llegada al poder estatal de los empresarios durante la era neoliberal, la cual produjo una profunda concentración y transformó la estructura del poder económico y, de manera concomitante, el peso político de la clase empresarial; define y caracteriza, sin pretender exhaustividad, diferentes modalidades de acción empresarial de entre las cuales nos interesa, en particular, el mecanismo de captura del Estado. Ésta está ligada a la concentración de los dos poderes, el económico y el político (en especial, en el Ejecutivo y la Presidencia), y se evidencia en la presencia empresarial o de técnicos ligados a esa clase en puestos claves, desde donde orientan las políticas públicas estatales hacia sus intereses y demandas, generando y reproduciendo lo que Castellani (2006) denomina ámbitos privilegiados de acumulación. Una vez más, entre los diversos mecanismos de articulación público-privada destinados a sostener esos ámbitos, la autora considera el de la colonización de algunos reductos de la administración

pública por parte de los empresarios o sus representantes. Se trata de la vinculación entre la élite empresarial o corporativa y la élite política, en los términos definidos por el trabajo clásico y fundante del campo de C. W. Mills (1963 [1956]).

En esa misma clave, Ansaldi (2017) recupera el esquema explicativo del ejercicio del poder del Estado formulado por Therborn a través de formatos de representación, esto es, los mecanismos por los cuales las clases dominantes consiguen la reproducción de las posiciones económicas, políticas e ideológicas existentes de parte de los dirigentes del Estado. Entre aquellos, el autor propone el resurgimiento del formato originario de institucionalización capitalista, es decir, el ejercicio del poder del Estado por las propias burguesías, ante la crisis de representación experimentada por los partidos tradicionales (el formato del partido burgués) a partir de la propia crisis del régimen de acumulación neoliberal y las contestaciones, de variada índole e intensidad, que se produjeron en América Latina a partir del siglo XXI en virtud de la evidencia de sus efectos.

El modo en que las élites económicas ejercen la dominación política en América Latina es hoy objeto de interrogación en numerosas investigaciones con enfoques y conceptos muy variados. En Argentina ha sido objeto de múltiples trabajos, algunos ya clásicos, otros más recientes (Abeles, 1999; Castellani, 2016; Castellani & Schorr, 2004; De Imaz, 1965 [1962]; Gaggero & Wainer, 2006; Schorr & Wainer, 2018), con particular énfasis en las principales corporaciones y su relación con el poder político (Castellani et. al., 2016; Dossi, 2010a, 2010b, 2011, 2012a, 2012b; Dossi & Lissin, 2011; Heredia, 2003), así como también en la circulación de la élite empresarial en el sector público (Canelo, 2014; Castellani, 2009, 2018; Heredia, 2004). En Brasil existen producciones que han hecho foco en la acción política, las pugnas de interés y alineamientos entre las distintas fracciones de las clases dominantes y su relación con el Estado (Boschi & Diniz, 2004; Bresser Pereira, 2006, 2012, 2017; Bresser Pereira & Diniz, 2009; Diniz, 1978, 2000 [1997]; Furtado 1962 [1959], 1965, 1992, 1998; Martuscelli, 2013, 2018a, 2018b; Singer, 2009, 2012, 2015) mientras que otro conjunto de trabajos estudió las élites gubernamentales y sus vínculos con los grupos de poder dentro de la sociedad civil (Cardoso, 1972 [1962]; Codato & Franz, 2017, 2018; Codato et. al., 2016, 2017; D'Araujo, 2009, 2011, 2014; Perissinotto, et. al., 2015; Trindade, 1986). Sin embargo, son pocos los análisis en clave comparativa latinoamericana y son también escasos los estudios que aborden una coyuntura reciente como la que aquí se propone.

Si la constatación del arribo de fuerzas políticas con perfil pro mercado y orientación derechista en varios países de América Latina durante la segunda década del siglo XXI, y en

particular, luego de la victoria de Mauricio Macri en Argentina durante las elecciones del año 2015, parecería sugerir un proceso de institucionalización capitalista en el Estado (Therborn en Ansaldo, 2017), la experiencia del gobierno de Michel Temer (2016-2018), un hombre que proviene de la política tradicional como parte del histórico *Movimento Democrático Brasileiro* (MDB)¹ podría ser, *a priori*, considerada como un caso negativo o divergente respecto de este devenir. No obstante, sus vínculos con los grupos de poder fueron notables así como también su ruptura respecto de las políticas de gobierno implementadas por el PT. Ésta quedó plasmada incluso antes de su salida formal de la coalición de gobierno, concretada en marzo de 2016, cuando el 29 de octubre de 2015 el partido publicó el documento de oposición *Uma ponte para o futuro*, donde retomó las demandas de las corporaciones empresarias y planteó cuál era el rumbo que debía seguir la economía y las incumbencias del Estado en esa dirección (Cassaglia & Mercado, 2016).² Con el posterior pedido de *impeachment* y, finalmente, la destitución de Dilma Rousseff (2011-2016), Temer accedió a la presidencia con un programa de gobierno que asumió las reivindicaciones empresariales emanadas de las corporaciones durante, al menos, los dos años previos (Cassaglia, 2017a)³. Éstas se sustanciaron, en particular, en dos medidas: la regulación del gasto fiscal (PEC No. 241/16) (Cassaglia, 2017b)⁴ y la reforma sobre las leyes de trabajo, la *Consolidação das Leis do Trabalho* (CLT).⁵ Tras asumir, además, conformó un gabinete con mayoría de hombres blancos y fue el primero en excluir la participación de mujeres y de minorías étnicas desde la transición democrática en 1985.

Como parte de una investigación en curso,⁶ el presente trabajo se enfoca en la descripción de las trayectorias de funcionarios que se desempeñaron en los cargos ministeriales durante los gobiernos de Macri y Temer, tomando la base de datos de elaboración propia realizada en el marco del Observatorio Electoral de América Latina de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, donde fueron sistematizados los perfiles de los ministros de los distintos gabinetes.⁷

El gabinete brasileño estuvo compuesto un total de 66 funcionarios ocupando el más alto cargo de los Ministerios y Secretarías con rango ministerial. En cuanto al perfil sociodemográfico, la edad promedio de los mismos es de 55 años y resalta la preponderancia de hombres, pues solamente hubo 2 (3,0%) mujeres en todo el gabinete. Otro atributo clave para comprender la experiencia de Temer es la elevada inestabilidad que han tenido los ministros en sus funciones, con algunas excepciones. Ello se refleja en una permanencia en el cargo, en promedio, de solamente 14 meses. En Argentina, por su parte, el número de ministros y secretarios con igual

rango fue de 37 funcionarios. La edad promedio fue de 53 años y también la presencia femenina fue minoritaria, con un 10,8% del total (4 casos).

En lo que respecta al origen de los funcionarios, la mayoría corresponde a la región sudeste del país, (Espírito Santo, Minas Gerais, Rio de Janeiro y São Paulo) con 37,9%, seguida por la región nordeste (Alagoas, Bahia, Ceará, Maranhão, Pernambuco y Piauí) con el 28,7% y sur (Paraná, Santa Catarina y Rio Grande do Sul) con 19,7%. Esta distribución geográfica se relaciona con el grado de diversificación del sistema productivo y el regionalismo que conserva el país. En este sentido, la lógica federativa se suma a la de los acuerdos partidarios como criterio de elección de los ocupantes de las carteras. En este guarismo, no sorprende la continuidad histórica de la tradicional sobrerrepresentación del Sudeste del país, región más poblada y con el PBI más alto. Argentina, en cambio, presenta una lógica menos federal, con una presencia mayoritaria de funcionarios originarios de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (54,1%), Provincia de Buenos Aires (18,9%), Córdoba (8,1%) y Santa Fe (5,4%).

Con respecto al nivel educativo, el conjunto de ministros poseyó una carrera universitaria, exceptuando un único caso en el Brasil. Más importante aún resulta el ámbito en que tuvo lugar la formación universitaria de los funcionarios, la cual se repartió del siguiente modo: en primer lugar las universidades públicas, luego las privadas y, mucho más atrás, la formación en el exterior. La superioridad del ámbito nacional por sobre el exterior en la realización de carreras universitarias denota la relevancia de la formación de cuadros para la administración pública como un rasgo persistente en ambos países (ver *Anexos*, Cuadro N.º 1).

El perfil de las carreras de grado donde se formaron los funcionarios tiene relación con el perfil del gobierno. Por este motivo resulta relevante que la carrera predominante en Brasil es la de abogacía: un 45,5% se formó en el campo de las ciencias jurídicas, seguido por ingeniería (12,1%), economía (10,6%) y administración de empresas (10,6%), entre otras. A diferencia de aquel, en Argentina se observan idénticos porcentajes para las carreras de derecho y economía (27,0%) (ver *Anexos*, Cuadro N.º 2).

La formación en el nivel de posgrado es relevante porque constituye un rasgo que termina de delinear con mayor precisión el perfil de gobierno. Los datos muestran que el número de funcionarios con título de posgrado en Brasil es de 68,2%, mientras que en Argentina es menor: 56,8% (ver *Anexos*, Cuadro N.º 3).

En relación al lugar donde fue realizado el posgrado, la evidencia permite reforzar los elementos señalados más arriba: en el primero el 43,9% realizó sus posgrados en el país, 16,7% en Estados Unidos, 6,1% en Europa y 1,5% en otros lugares. En el segundo, en cambio, dichas cifras se

presentan como sigue: 24,3%, 16,2%, 8,1% y 2,7% (un 5,4% lo realizó en otros países de América Latina). Se destaca así, nuevamente, la formación en universidades públicas y nacionales como un rasgo distintivo en la producción de cuadros para la vida pública. Por supuesto, la distribución de los tipos de formación no se presenta equitativamente repartida por los distintos ministerios, lo cual la torna un dato interesante de relevar. Así, los formados a nivel de grado en Economía, que explican típicamente las carteras asociadas a esa disciplina, se concentraron en Brasil en las áreas de Planificación, presupuesto y gestión (42,9%), Hacienda y finanzas (28,6%), Turismo (14,3%), pero también otras no tradicionalmente asociadas a esa formación, como Relaciones exteriores (14,3%). En Argentina, ello es aún más notorio, distribuyéndose entre Hacienda y finanzas (30%), Producción, desarrollo e industria (20%), Educación, Interior, Trabajo y previsión social, Transporte y comunicaciones (todas ellas con 10%), entre otras.

Otra de las dimensiones analizadas es la participación en partidos políticos de los funcionarios. En congruencia con el perfil ministerial que hemos ilustrado, en Brasil el número de quienes se reconocen como miembros de un partido asciende a 65,2%, siendo en Argentina algo menor pero igualmente alto (62,2%) (ver *Anexos*, Cuadro N.º 4).

Por otra parte, la participación en organismos de la sociedad civil muestra la siguiente evidencia: en Brasil un 13,9% formó parte de organismos corporativos por sobre los religiosos (9,1%) y gremiales, sindicales y estudiantiles (7,6%). La participación en ONG's también resulta minoritaria, con un 19,7%. En Argentina, por su parte, la participación en organismos de la sociedad civil se presenta de manera similar: un 13,5 % formó parte de organismos corporativos, destacándose además la inexistencia de casos correspondientes a entidades gremiales y sindicales. La participación en ONG's, no obstante, se presenta bastante superior, con un 35,1% (ver *Anexos*, Cuadro N.º 5).

La trayectoria ocupacional constituye otro indicador relevante para caracterizar el perfil de los gabinetes ministeriales. Para ello se tomaron dos dimensiones: la trayectoria tomada como conjunto, es decir el desempeño profesional a lo largo de toda la carrera, así como también, el último cargo antes de asumir la función. Así, se pudo identificar distintos tipos de semblanzas. Entre quienes tienen una trayectoria realizada íntegramente en la órbita pública es común que se trate de cuadros políticos que fueron desempeñando cargos electivos o ejecutivos, o bien aquellos que han cultivado una trayectoria ligada a la gestión pública en virtud de su calificación técnica o su ejercicio profesional, en muchos casos en combinación de un desarrollo académico en universidades públicas (Bustamante, 2013; Joignant, 2011a, 2011b). Entre quienes tienen

una trayectoria público-privada, existen dos perfiles. Quienes luego de una trayectoria en el mundo privado dan el salto hacia la vida política en cargos electivos o en puestos ejecutivos (secretarios, subsecretarios), muchas veces en un nivel subnacional, o bien, quienes recurrentemente transitan entre ambos ámbitos, es decir, un funcionario cuya trayectoria tiene base en el sector privado y se incorpora intermitentemente a la gestión pública, a partir de ser convocado o convocada por la presidencia de acuerdo a cierta afinidad política. En estas última situación es común el fenómeno de la "puerta giratoria" (Castellani, 2018; Durand, 2006). La tercera trayectoria corresponde a quienes han transitado exclusivamente el mundo privado, en general se trata de empresarios (CEOs, directores o gerentes), dirigentes de entidades corporativas o quienes poseen consultoras o desempeñan otro tipo de actividades de asesoría profesional vinculadas al mundo de los negocios.

El análisis de la trayectoria ocupacional, en primer lugar, muestra datos ilustrativos. El 60,6% del funcionariado brasileño se ha desempeñado solamente en la órbita pública, el 37,9% posee una trayectoria público-privada y sólo el 1,5% tuvo una trayectoria en el ámbito privado exclusivamente. El contraste con Argentina en este punto es evidente, donde el 75,7% ha tenido una trayectoria mixta, el 16,2% una pública pura y el 8,1% una privada pura. Resulta interesante destacar, también, que los funcionarios con trayectoria privada pura se concentraron, en Brasil, en el área de Producción, desarrollo e industria, mientras que en Argentina se distribuyeron equitativamente entre las de Agricultura, Hacienda y finanzas y Energía y minas.

Dentro del gabinete de Temer, el número de funcionarios que tuvieron cargos directivos o fueron propietarios de empresas en algún momento en su trayectoria es de 30,3%. Prácticamente todos aquellos (98,5%) actuaron dentro del ámbito nacional. En el de Macri, dicho número es de 67,6% y un 18,9% del gabinete se ha desempeñado mayoritariamente en empresas extranjeras. Además se registra participación en organismos multilaterales de crédito, que en Brasil corresponde solamente a un caso con experiencia laboral en el Fondo Monetario Internacional (FMI), mientras que son 6 los casos en Argentina, 3 de ellos en el Banco Mundial (BM) e igual número en el Banco Interamericano de desarrollo (BID) (ver *Anexos*, Cuadros N.º 6 y 7).

Por otro lado, en cuanto al último cargo desempeñado inmediatamente antes de asumir como ministro, solamente el 12,1% de los funcionarios de Brasil se encontraba desempeñando funciones en el mundo privado al momento de ser convocado a formar parte del ministerio y un 87,9% lo hacía en la órbita pública. En Argentina, estos porcentajes son similares: 16,2% y 83,8% (ver *Anexos*, Cuadro N.º 8). Entre quienes trabajaban en el sector público, en ambos países la

mayoría lo hacía en algún cargo jerárquico no electivo dentro del Poder Ejecutivo, en los distintos niveles administrativos de gobierno (ver *Anexos*, Cuadro N.º 9). Finalmente, al vincular los datos del último cargo desempeñado antes de asumir funciones en los casos de recorridos mixtos, es decir público-privados, con los de la propia trayectoria podemos inferir las situaciones que presentan un riesgo de “puerta giratoria” o de tránsito episódico por ambos espacios y aquellas que corresponden a un “salto” hacia la vida política en cargos electivos o puestos ejecutivos a nivel subnacional o de jerarquía inferior. En conjunto, los casos de “puerta giratoria” representan un 18,9% de las trayectorias público-privadas. Este valor es de 28% para el caso de Brasil y de 10,7% para el de Argentina. Ello implica que las situaciones de “salto” caracterizan mayoritariamente ambos gabinetes (72% y 89,3%, respectivamente), hecho que no sorprende considerando el peso histórico del Congreso y los niveles estatales en el reclutamiento funcional, para el caso de Brasil, y la preponderante procedencia de la gestión de la Ciudad de Buenos Aires, muchas veces ocupando idéntico cargo a ese nivel gubernamental, para el de Argentina.

Reflexiones finales

Una visión del conjunto, enmarcada en variables de largo aliento, nos permite volver inteligible, en el caso del gobierno Temer (2016-2018), un gabinete de ministros que combina un perfil eminentemente político, característica sobresaliente del funcionariado público brasileño en el largo plazo, con un perfil técnico, sobre todo en determinadas áreas, el cual posee, no obstante, una impronta nacional en cuanto a la escolaridad y la formación de sus integrantes. Ello denota un Estado donde persiste con un elevado grado de institucionalidad la formación de cuadros para la vida pública, plasmado en centros educativos de diferente nivel dentro del país. Asimismo, y pese a la presencia de largas trayectorias vinculadas al ámbito privado y al mundo empresarial, con evidentes relaciones en los distintos sectores de la economía, plasmados o no en la adscripción a entidades corporativas patronales, es de destacar la mediación que el sistema político brasileño, no obstante su fragmentación en los múltiples niveles administrativos de gobierno y la volatilidad de las filaciones partidarias, sigue ejerciendo respecto de la representación de intereses privados en la esfera pública. El perfil trazado es válido también para el gabinete de Macri (2015-) en lo atinente a la formación profesional y el grado de involucramiento en la política partidaria. En este último punto es de destacar la sobrerrepresentación de la fuerza política del Presidente en ambos cuerpos ministeriales, aún pese a la lógica de coalición propia del sistema político brasileño. Un elemento notable, referido a la participación política en la sociedad civil, es, para el caso de Argentina, la ausencia de trayectorias vinculadas a entidades sindicales y gremiales. Así como también, el mayor peso

relativo que muestra el tránsito por organizaciones no gubernamentales y *think tanks* vinculados a la política y la elaboración de políticas públicas de los Ministros. Asimismo, en la Argentina tanto como en el Brasil se destaca el paso previo de los funcionarios por funciones estatales inmediatamente antes de asumir el cargo de Ministro, en particular en instancias subnacionales del Poder Ejecutivo (la ciudad de Buenos Aires sobre todo en el caso argentino y los gobiernos estatales, aunque también, en órganos de menor jerarquía a nivel federal en el brasileño) y, en menor medida, en el Congreso. En el campo en que surgen divergencias notables es en el de la trayectoria ocupacional. Si en Brasil es predominante la trayectoria pública “pura” y aún entre quienes registran experiencias en el ámbito privado la ocupación de puestos directivos y la propiedad de empresas comporta una proporción, aunque no desdeñable, minoritaria; en Argentina, el tránsito “mixto”, por espacios públicos y privados, representa la trayectoria típica y la titularidad de capital, bajo sus distintas formas, está presente en la mayoría de los casos. Además, el peso de los actores externos, que en Brasil parecería presentarse de manera acotada, se muestra de manera más directamente observable en Argentina en el curso de las trayectorias de los funcionarios, en experiencias tanto en empresas de origen extranjero como en organismos internacionales de crédito.

Notas

Según Salas Oroño (2016), la fisonomía actual del partido formado durante la dictadura militar se configuró en los años de F. H. Cardoso (1995-2002). Con el llamado “escándalo del *mensalão*” (2005), el PT decidió establecer contactos orgánicos con el PMDB para asegurar que no prosperaran los pedidos de *impeachment* contra Lula. Formalmente el PMDB ingresó a la coalición de gobierno en 2010.

² *Uma ponte para o futuro* (29 de octubre de 2015). Brasilia: Fundação Ulysses Guimarães.

³ Evidencia de ello es el apoyo de las corporaciones de los distintos sectores de la economía al tratamiento en el Congreso de la mencionada PEC a través de un manifiesto hecho público el 7 de octubre de 2016, con el título de: “En defensa de un límite para los gastos públicos”.

⁴ Promulgada como la Enmienda Constitucional No. 95 el 15 de diciembre de 2016, mediante la cual se impuso un “techo” al gasto fiscal por los siguientes 20 años.

⁵ La CLT es la legislación laboral promulgada por Getúlio Vargas el 1º de mayo de 1943, durante el período del *Estado Novo* (1938-1945). El 13 de julio de 2017 fue modificada mediante la ley No. 13.467 y se hizo efectiva a partir de noviembre del mismo año.

⁶ Este artículo presenta resultados parciales del proyecto de investigación UBACYT “Estado, élites y grupos económicos en América Latina (2008-2017)”, dirigido por Inés Nercesian, en el Instituto de Estudios de América Latina y el Caribe, Facultad de Ciencias Sociales.

⁷La base se elaboró a partir de datos públicos: páginas oficiales estatales, ministerios, currículos personales, redes sociales personales y medios periodísticos.

Anexos

Anexo 1

	Brasil		Argentina	
Pública	31	47,0%	27	73,0%
Privada laica	23	34,9%	4	10,8%
Privada confesional	8	12,1%	6	16,2%
Extranjero	3	4,5%	-	-
No realizó	1	1,5%	-	-
Total general	66	100%	37	100%

Cuadro 1. Formación universitaria

Fuente: elaboración propia en base a datos del Observatorio Electoral de América Latina, OBLAT.

Anexo 2

	Brasil		Argentina	
Abogacía	30	45,5%	10	27,0%
Administración de empresas	7	10,6%	1	2,7%
Comunicación y medios	1	1,5%	1	2,7%
Economía	7	10,6%	10	27,0%
Educación	1	1,5%	-	-
Ingeniería	8	12,1%	5	13,5%
Medicina	2	3,0%	2	5,4%
Psicología	3	4,5%	-	-
Sociología y ciencias humanas	3	4,5%	3	8,1%
Otros	3	4,5%	5	13,5%
No realizó	1	1,5%	-	-

Total general	66	100%	37	100%
----------------------	-----------	-------------	-----------	-------------

Cuadro 2. Carreras de grado

Fuente: elaboración propia en base a datos del Observatorio Electoral de América Latina, OBLAT.

Anexo 3

	Brasil		Argentina	
Administración y gestión pública	10	15,2%	2	5,4%
Ciencias exactas	-	-	1	2,7%
Ciencias políticas	1	1,5%	1	2,7%
Ciencias sociales y humanas	2	3,0%	2	5,4%
Derecho	13	19,7%	2	5,4%
Economía y finanzas	12	18,2%	8	21,6%
Salud	2	3,0%	3	8,1%
Otros	5	7,6%	2	5,4%
No realizó	21	31,8%	16	43,2%
Total general	66	100%	37	100%

Cuadro 3. Formación de posgrado

Fuente: elaboración propia en base a datos del Observatorio Electoral de América Latina, OBLAT.

Anexo 4

	Brasil		Argentina	
<i>Movimento Democrático Brasileiro (MDB)</i>	18	41,9%		
<i>Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB)</i>	6	14,0%		
<i>Partido Popular Socialista (PPS)</i>	4	9,3%		
<i>Partido Republicano Brasileiro (PRB)</i>	2	4,7%		
<i>Partido Trabalhista Brasileiro (PTB)</i>	2	4,7%		
<i>Partido Verde (PV)</i>	2	4,7%		
<i>Progressistas (PP)</i>	4	9,3%		
Otros	5	11,6%		

Coalición Cívica (CC ARI)			1	4,3%
Partido Justicialista (PJ)			1	4,3%
Pro			14	60,9%
Unión Cívica Radical (UCR)			7	30,4%
Si	43	65,2% (100%)	23	62,2% (100%)
No	23	34,8%	14	37,8%
Total general	66	100%	37	100%

Cuadro 4. Participación política partidaria

Fuente: elaboración propia en base a datos del Observatorio Electoral de América Latina, OBLAT.

Anexo 5

	Brasil		Argentina	
Corporativos (empresariales)	9	13,6%	5	13,5%
Deportivos	-	-	2	5,4%
Gremiales y sindicales	5	7,6%	-	-
Religiosos	6	9,1%	1	2,7%
Otros	1	1,5%	1	2,7%
No registra	45	68,2%	28	75,7%
Total general	66	100%	37	100%

Cuadro 5. Participación en organismos de la sociedad civil

Fuente: elaboración propia en base a datos del Observatorio Electoral de América Latina, OBLAT.

Anexo 6

	Brasil		Argentina	
Agricultura	2	8,0%	1	5,0%
Turismo			2	10,0%
Cultura	1	4,0%	1	5,0%
Defensa y seguridad	1	4,0%		
Desarrollo e inclusión social	2	8,0%		
Hacienda y finanzas	3	12,0%	3	15,0%

Educación	2	8,0%	1	5,0%
Energía y minas	2	8,0%		
Interior	1	4,0%		
Justicia, transparencia y DDHH	1	4,0%	4	20,0%
Planificación, presupuesto y gestión			1	5,0%
Producción, desarrollo e industria	3	12,0%	1	5,0%
Relaciones exteriores	1	4,0%		
Salud	1	4,0%	1	5,0%
Trabajo y previsión social	1	4,0%	1	5,0%
Transporte y comunicaciones	1	4,0%		
Vivienda, ciudad y territorio			1	5,0%
Deporte			1	5,0%
Otros	3	12,0%	2	10,0%

Cuadro 6. Directivos de empresa por área ministerial

Fuente: elaboración propia en base a datos del Observatorio Electoral de América Latina, OBLAT.

Anexo 7

	Brasil		Argentina	
Actividades de Organizaciones y Organismos Extraterritoriales	-	-	1	2,7%
Actividades Financieras	4	6,1%	4	10,8%
Actividades Inmobiliarias	-	-	1	2,7%
Actividades Profesionales (incluye Jurídicas y de Contabilidad, de Consultoría en Gestión Empresarial y Publicidad e Investigación de Mercados)	11	16,7%	7	18,9%
Administración Pública y Defensa	40	60,6%	7	18,9%
Agricultura, Ganadería, Caza, Silvicultura y Pesca	2	3,0%	4	10,8%
Artes, Entretenimiento y Recreación	1	1,5%	-	-
Construcción	1	1,5%	1	2,7%
Enseñanza, investigación académica	1	1,5%	3	8,1%
Industria Manufacturera	1	1,5%	-	-

Información y Comunicación	4	6,1%	2	5,4%
Otras actividades de servicios (incluye Actividades de Asociaciones empresariales, profesionales y de empleadores)	-	-	3	8,1%
Salud	-	-	1	2,7%
Sector Automotriz	1	1,5%	1	2,7%
Sector Energético	-	-	2	5,4%
Total general	66	100,0%	37	100%

Cuadro 7. Trayectoria ocupacional (Actividad de desempeño)

Fuente: elaboración propia en base a datos del Observatorio Electoral de América Latina, OBLAT.

Anexo 8

Actividad de desempeño	N	%	Brasil	N	%	Argentina
1. Administración Pública	58	87,9	Poder Ejecutivo (31), Legislativo (20), Judicial (1), Entes autárquicos estatales (6)	31	83,8	Poder Ejecutivo (22), Legislativo (6), Judicial (1), Entes autárquicos estatales (2)
2. Sector Privado	8	12,1		4	10,8	
2.1. Actividades Financieras	2		Banco Itaú (1), J&F Holding (1)	1		Banco Patagonia
2.2. Actividades Profesionales y consultorías (Jurídicas y de Contabilidad, de Consultoría en Gestión Empresarial y Publicidad e Investigación de Mercados)	6		A2B Consultoria Empresarial Ltda. (1), Pereira, Moraes e Oliveira Sociedade de Advogados (1), Escritório de Advocacia Sergio Bermudes (1), Torquato Jardim Advogados Associados (1), Medina Osório Advogados (1), Independiente (1)	1		Consultora APL Economía S.A.
2.4 Sector energético	-	-	-	1		Shell Argentina
2.5 Sector automotriz	-	-	-	1		PSA Peugeot Citroën
3. Tercer sector	-	-		2	5,4	

3.1 Otras Actividades de Servicios (incluye Actividades de Asociaciones y organizaciones empresariales, profesionales y de empleadores)	-	-	-	1		Sociedad Rural Argentina
3.2 Actividades de Organizaciones y Organismos Extraterritoriales	-	-		1		Organización de las Naciones Unidas (ONU)

Cuadro 8. Ocupación anterior al cargo (Actividad de desempeño)

Fuente: elaboración propia en base a datos del Observatorio Electoral de América Latina, OBLAT.

Anexo 9

	Brasil		Argentina	
Cargo no electivo en Poder Ejecutivo	31	53,4%	22	71,0%
Jerárquico	30	51,7%	22	71,0%
No jerárquico	1	1,7%	-	-
Cargo electivo en Poder Legislativo	20	34,5%	6	19,4%
Cargo no electivo en Poder Judicial	1	1,7%	1	3,2%
Cargo en ente autárquico o empresa dentro del ámbito estatal	6	10,3%	2	6,5%
Total general	58	100%	31	100%

Cuadro 9. Ocupación anterior al cargo (Sector público)

Fuente: elaboración propia en base a datos del Observatorio Electoral de América Latina, OBLAT.

Bibliografía

- Abeles, M. (1999). El proceso de privatizaciones en la Argentina de los noventa: ¿Reforma estructural o consolidación hegemónica? En *Época*, Año 1, N° 1, Diciembre.
- Ansaldi, W. (2017). Arregladitas como para ir de boda. Nuevo ropaje para las viejas derechas. En *Theomai*, N° 35, primer semestre (pp. 22-51).
- Ansaldi, W. & Giordano, V. (2012). *América Latina. La construcción del orden*, Tomo I. Buenos Aires: Ariel.

Boschi, R.; Diniz, E. (2004). *Empresários, interesse e mercado: dilemas do desenvolvimento no Brasil*. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: Editora de la UFMG/IUPERJ.

Bresser Pereira, L. C. (2006). O novo desenvolvimentismo e a ortodoxia convencional. En *São Paulo em Perspectiva*, Año 20, Nº 3, Julio-Septiembre (pp. 5-24).

(2012). Brasil, sociedade nacional-dependente. En *Novos Estudos*, Nº 93, Julio (pp. 101-121).

(2017). La nueva teoría desarrollista: una síntesis. En *Economía UNAM*, Año 40, Nº 14, Enero-Abril (pp. 48-66).

Bresser-Pereira, L. C.; Diniz, E. (2009). Empresariado Industrial, Democracia e Poder Político. En *Novos Estudos*, Nº 84, Julio (pp. 83-99).

Canelo, P. (2014). *Un estudio sociohistórico de los gabinetes de ministros de la última dictadura militar*. Buenos Aires, Mimeo.

Cardoso, F. H. (1993 [1972]). *O Modelo Político Brasileiro e outros ensaios*. São Paulo: DIFEL.

Cardoso, F. H.; Faletto, E. (1969). *Dependencia y Desarrollo en América Latina*. México: Siglo XXI.

Cassaglia, R. (2017a). Vehiculización de demandas y sentidos comunes sobre el Estado: el Foro de Convergencia Empresarial (Argentina) y la Confederação Nacional da Indústria (Brasil) (2013-2015). *E-I@tina*, Año 16, Nº 62, Enero-Marzo, pp. 33-45.

(2017b). Demandas sectoriales ante los giros políticos en la región: la Confederação Nacional da Indústria y la Unión Industrial Argentina (2015 - 2016). *Question*, Año 1, Nº 55, Julio-Septiembre, pp. 157-174.

Cassaglia, R.; Mercado, A. B. (2016). Neoliberalismo y posneoliberalismo en América Latina. Algunas consideraciones teóricas sobre el Estado y la política. *Puente y Puerta, Revista de la Carrera de Sociología*, Edición digital. Disponible en: <http://puenteypuerta.sociales.uba.ar/2016/12/02/neoliberalismo-y-posneoliberalismo-en-america-latina-algunas-consideraciones-teoricas-sobre-el-estado-y-la-politica>. Acceso en: 8/5/2019.

Castellani, A. (2006). *La relación entre intervención estatal y comportamiento empresario. Herramientas conceptuales para pensar las restricciones al desarrollo en el caso argentino*. Ponencia presentada durante las I Jornadas de Estudios Sociales de la Economía co-organizadas por el CESE del IDAES y el NUCeC del Museu Nacional de la UFRJ, Julio.

(2009). *Estado, empresa y empresarios: la construcción de ámbitos privilegiados de acumulación entre 1966 y 1989*. Buenos Aires: Prometeo.

(2016). La evolución de la élite económica en la Argentina de los años noventa. En Castellani, A. (Coord.), *Radiografía de la elite económica argentina*. Buenos Aires: UNSAM edita.

(2018). Lobbies y puertas giratorias Los riesgos de la captura de la decisión pública. En *Nueva Sociedad*, N° 276, Julio-Agosto (pp. 48-61).

Castellani A. (Coord.) (2016). *Radiografía de la elite económica argentina*. Buenos Aires: UNSAM edita.

Castellani, A.; Schorr, M. (2004). Argentina: convertibilidad, crisis de acumulación y disputas en el interior del bloque de poder económico. En *CENDES* N° 57, septiembre-diciembre.

Codato, A.; Franz, P. (2016). Technical-ministers and politician-ministers during PSDB and PT presidencies. En *Brazilian journal of public administration*. Año 52, N° 5, Septiembre-October (pp. 776-796).

(2017). Recrutamento ministerial no Brasil: comparando as presidências de FHC e Lula. En *E-Legis*, Año 22, N° 10, Enero-Abril (pp. 44-62).

Codato, A.; Cavalieri, M.; Perissinotto, R.; Dantas, E. G. (2016). Economic mainstream and power: a profile analysis of Central Bank directors during PSDB and PT governments in Brazil. En *Nova Economia*, Año 26, N° 3 (pp. 687-720).

Codato, A.; Massimo, L.; Costa, L. D. (2017). Social positions and political recruitment: A study of Brazilian senators. En *Tempo Social, revista de sociologia da USP*, Año 29, N° 3, Diciembre (pp. 111-135).

D'Araujo, M. C. (2009). *A elite dirigente do governo Lula*. Rio de Janeiro: Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil da Fundação Getúlio Vargas (CPDOC/FGV).

(2011). PSDB e PT e o Poder Executivo. En *Desigualdade & Diversidade, Revista de Ciências Sociais da PUC-Rio*, Dossiê Especial, segundo semestre (pp. 65-100).

(2014). Elites burocráticas, dirigentes públicos e política no Poder Executivo. En D'Araujo (Org.), *Redemocratização e mudança social no Brasil* (pp. 205-229). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas (FGV).

De Imaz, J. L. (1965 [1962]). *Los que mandan*. Buenos Aires, Eudeba.

Diniz, E. (1978). *Empresário, estado e capitalismo no Brasil: 1930-1945*. Paz e Terra. Rio de Janeiro.

(2000 [1997]). *Crise, reforma do Estado e governabilidade: Brasil, 1985-1995*. Fundación Getúlio Vargas. Rio de Janeiro.

Dossi, M. V. (2010a). *La construcción de la representación y de la acción corporativa empresaria en las asociaciones empresariales. Un estudio de la Unión Industrial Argentina a partir de la articulación de la dimensión organizacional, estructural y política en el período 1989-2003* (Tesis de doctorado). Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), Argentina.

(2010b). La acción colectiva de la Unión Industrial Argentina en el período 1989-2002. Un análisis desde su dinámica organizativa-institucional. En *Documentos de Investigación Social*, N° 10.

(2011). La construcción de la representación y de la acción corporativa empresaria. Un abordaje a partir de sus asociaciones representativas. En *Temas y Debates*, Año 15, N° 21, Agosto (pp. 71-102).

(2012a). Debates sobre la acción empresarial organizada: aportes para la elaboración de la acción corporativa empresaria. En *Papeles de Trabajo*, Año 6, N° 9, Junio (pp. 58-83).

(2012b). La Unión Industrial Argentina: su organización y vinculaciones con el mundo de las corporaciones empresarias. En *Documentos de Investigación Social*, N° 12.

Dossi, M. V.; Lissin, L. (2011). La acción empresarial organizada: propuesta de abordaje para el estudio del empresariado. En *Revista Mexicana de Sociología*, N° 3, Julio-Septiembre (pp. 415-443).

Durand, F. (2006). *Cuando el poder extractivo captura el Estado. Lobbies, puertas giratorias y paquetazo ambiental en Perú*. Lima: OXFAM.

(2010). Empresarios a la presidencia. En *Nueva Sociedad*, N° 225, Enero-Febrero (pp. 68-85).

Faletto, E. (1989). La especificidad del Estado en América Latina. En *Revista de la CEPAL*, N° 38 (pp. 69-87).

Furtado, Celso (1962 [1959]). *Formación económica de Brasil*. México: Fondo de Cultura Económica (FCE).

(1965). *Dialéctica del desarrollo*. México: Fondo de Cultura Económica (FCE).

(1992). *Brasil: La construcción interrumpida*. México: Fondo de Cultura Económica (FCE).

(1998). *El capitalismo global*. México: Fondo de Cultura Económica (FCE).

Heredia, M. (2003). Reformas estructurales y renovación de las elites económicas: estudio de los portavoces de la tierra y el capital. *Revista Mexicana de Sociología*, Año 65, N° 1, Enero-Marzo.

(2004). El Proceso como bisagra. Emergencia y consolidación del liberalismo tecnocrático: FIEL, FM y CEMA. En Pucciarelli, A. (Coord.), *Empresarios, tecnócratas y militares*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Gaggero, A.; Wainer, A. (2006). Burguesía nacional - Crisis de la convertibilidad: el rol de la UIA y su estrategia para el (tipo de) cambio. En *Realidad Económica*, N° 204.

Graciarena, J. (1984). El Estado latinoamericano en perspectiva. Figuras, crisis y prospectiva. En *Pensamiento Iberoamericano. Revista de Economía Política*, N° 5 (pp. 39-74).

Lechner, N. (1977). La crisis del Estado en América Latina. *Revista Mexicana de Sociología*, N° 2, Abril-Junio (pp. 389-426).

Martuscelli, D. (2013). *Crisis políticas e capitalismo neoliberal no Brasil*. Tesis Doctoral. Instituto de Filosofía y Ciencias Humanas, Universidad Estadual de Campinas.

(2018a). Burguesía interna e capitalismo dependiente: uma reflexão a partir dos casos argentino e brasileiro. En *Crítica Marxista*, N° 47 (pp. 55-74).

(2018b). *Classes dominantes, política e capitalismo contemporâneo*. Florianópolis: Editora Em Debate/UFSC.

Miliband, R. (1997 [1969]). *El Estado en la sociedad capitalista*. México: Siglo XXI Editores.

O'Donnell, G. (1978). Apuntes para una Teoría del Estado. En *Revista Mexicana de Sociología*, Año 40, N° 4, Estado y Clases Sociales en América Latina (2), Octubre-Diciembre, pp. 1157-1199.

O'Donnell, G.; Oszlak, O. (1995). Estado y Políticas Estatales en América Latina: Hacia una estratégica de investigación. En *Redes*, Año 2, N° 4, pp. 99-128.

Perissinotto, R.; Dantas, E. G.; Codato, A.; Filipi, T. M. (2015). Ministros de Economía, burocracia y política económica en el desarrollismo brasileño (1930-1964). En *Anuario Centro de Estudios Económicos de la Empresa y el Desarrollo (CEEED)*, Año 7, N° 7 (pp. 57-102).

Portantiero, J. C. (1973). Clases dominantes y crisis política en la Argentina actual. En *Pasado y Presente*, N° 1.

Schorr, M.; Wainer, A. (Eds.) (2018). *La financiarización del capital: Estrategias de acumulación de las grandes empresas en Argentina, Brasil, Francia y Estados Unidos* (pp. 79-118). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Futuro Anterior Ediciones.

Singer, A. (2009). Raízes sociais e ideológicas do lulismo. En *Novos Estudos*, N° 85, Noviembre (pp. 83-102).

(2012) *Os sentidos do lulismo. Reforma gradual e pacto conservador*. San Pablo: Companhia das letras.

(2015). Cutucando onças com varas curtas - O ensaio desenvolvimentista no primeiro mandato de Dilma Rousseff (2011-2014). En *Novos Estudos*, N° 102, Julio (pp. 43-71).

Trindade, H. (1986). La construcción del Estado nacional en Argentina y Brasil (1810-1900). En *Revista Mexicana de Sociología*, Año XLVIII, N° 1, Enero-Marzo (pp. 137-166).

Therborn, G. (1982 [1979]). *¿Cómo domina la clase dominante?: aparatos de Estado y poder estatal en el feudalismo, el capitalismo y el socialismo*. México: Siglo XXI.

Viguera, A. (1996). Empresarios y acción política en América Latina. Una perspectiva comparada. En *Nueva Sociedad*, N° 143, Mayo-Junio (pp. 174-189).

Wright Mills, C. (1963 [1956]). *La élite de poder*. México: Fondo de Cultura Económica (FCE).