

ANA MARIA D'ÁVILA LOPES  
ANTONIO MOREIRA MAUÉS

Organizadores

# A EFICÁCIA NACIONAL E INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Alejandra Pascual  
Ana Maria D'Ávila Lopes  
Andreza Rodrigues Nogueira  
Antonio Moreira Maués  
Eduardo Rabenhorst  
Elisabete Maniglia  
Felipe Paredes  
Fernanda Frizzo Bragato  
Gina Vidal Marcílio Pompeu  
Helena Esser dos Reis  
Manuel Yasser Páez Ramírez  
Marcus Paulo Rycembel Boeira  
Maria Luiza Alencar Mayer Feitosa  
Martin Almada  
Miguel Rábago Dorbecker  
Pablo Perel  
Renata Bregaglio Lazarte  
Rogério Gesta Leal  
Rubens Beçak  
Samantha Ribeiro Meyer-Pflug  
Waldimeiry Corrêa da Silva

 *LumenJuris* | Direito

# A EFICÁCIA NACIONAL E INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

# *Lumen Juris* | Editora

[www.lumenjuris.com.br](http://www.lumenjuris.com.br)

## **Editores**

João de Almeida  
João Luiz da Silva Almeida

## **Conselho Editorial**

Adriano Pilatti	Helena Elias Pinto	Marcelo Ribeiro Uchôa
Alexandre Moraes da Rosa	Jean Carlos Fernandes	Marco Aurélio Bezerra de Melo
Cezar Roberto Bitencourt	João Carlos Souto	Marcos Chut
Diego Araujo Campos	João Marcelo de Lima Assafim	Nilo Batista
Emerson Garcia	Lúcio Antônio Chamon Junior	Ricardo Lodi Ribeiro
Firly Nascimento Filho	Luigi Bonizzato	Rodrigo Klippel
Frederico Price Grechi	Luis Carlos Alcoforado	Salo de Carvalho
Geraldo L. M. Prado	Manoel Messias Peixinho	Sérgio André Rocha
Gina Vidal Marcilio Pompeu.	João Theotônio M. de Almeida Jr.	Sidney Guerra
Gustavo Noronha De Ávila	José Emilio Medauar	Victor Gameiro Drummond
Gustavo Sénéchal de Goffredo	Marcellus Polastri Lima	

Conselheiro benemérito: Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*)

## **Conselho Consultivo**

Andreyra Mendes de Almeida Scherer Navarro	Caio de Oliveira Lima
Antonio Carlos Martins Soares	Francisco de Assis M. Tavares
Artur de Brito Gueiros Souza	Gisele Cittadino
	Ricardo Máximo Gomes Ferraz

## **Filiais**

Sede: Rio de Janeiro  
Centro – Rua da Assembléia, 36,  
salas 201 a 204.  
CEP: 20011-000 – Centro - RJ  
Tel. (21) 2224-0305

Minas Gerais (Divulgação)  
Sergio Ricardo de Souza  
[sergio@lumenjuris.com.br](mailto:sergio@lumenjuris.com.br)  
Belo Horizonte - MG  
Tel. (31) 9296-1764

São Paulo (Distribuidor)  
Rua Correia Vasques, 48 –  
CEP: 04038-010  
Vila Clementino - São Paulo - SP  
Telefax (11) 5908-0240

Santa Catarina (Divulgação)  
Cristiano Alfama Mabilia  
[cristiano@lumenjuris.com.br](mailto:cristiano@lumenjuris.com.br)  
Florianópolis - SC  
Tel. (48) 9981-9353

ANA MARIA D'ÁVILA LOPES  
ANTONIO MOREIRA MAUÉS  
(ORGANIZADORES)

# A EFICÁCIA NACIONAL E INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

EDITORA LUMEN JURIS  
RIO DE JANEIRO  
2013

Copyright © 2013 by Ana Maria D'Ávila Lopes e  
Antonio Moreira Maués

Categoria: Direitos Humanos

Produção Editorial  
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Camila Cortez  
Capa: Cristiana Fernandes

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.  
não se responsabiliza pela originalidade desta obra.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio  
ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.

A violação de direitos autorais constitui crime  
(Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 10.695, de 1º/07/2003),  
sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações  
diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à  
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil  
*Printed in Brazil*

Dados internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

---

E278

A eficácia nacional e internacional dos direitos humanos / Ana Maria  
D'Ávila Lopes, Antonio Moreira Maués ,  
(organizadores). – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2013.

396 p. ; 23 cm.

Trabalhos apresentados no IV Seminário Latino-Americano  
de Direitos Humano, realizado na Universidade de Fortaleza, em 2013.

Inclui bibliografia.  
ISBN 978-85-375-2516-6

1. Direitos humanos – América Latina. 2. Eficácia e validade  
do direito. I. Lopes, Ana Maria D'Ávila II. Maués, Antonio  
Gomes Moreira

CDD- 341.48

# Sumário

<b>Apresentação</b> .....	VII
<b>Dominação masculina e desigualdade de gênero nas relações de trabalho: problemas, desafios atuais e políticas de cotas para mulheres</b> .....	1
<i>Alejandra Pascual</i>	
<b>Discriminação de gênero contra as mulheres e a violência sexual</b> .....	15
<i>Ana Maria D'Ávila Lopes</i>	
<b>Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional*</b> .....	27
<i>Antonio Moreira Maués</i>	
<b>Alguns aportes das teorias feministas à noção da representação</b> .....	51
<i>Eduardo Rabenhorst</i>	
<b>Direitos humanos: entre o relativismo e o universalismo. Ponderações e justificações das correntes em tempos hodiernos</b> .....	73
<i>Elisabete Maniglia</i>	
<b>Acceso a la justicia y reforma al Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</b> .....	89
<i>Felipe Paredes</i>	
<b>Uma crítica descolonial ao discurso eurocêntrico dos direitos humanos</b> .....	105
<i>Fernanda Frizzo Bragato</i>	
<b>Análise do crescimento econômico e do desenvolvimento humano no Brasil, sob o viés do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais</b> .....	119
<i>Gina Vidal Marcílio Pompeu</i> <i>Samantha Ribeiro Meyer-Pflug</i>	
<b>Dos princípios à ação: dificuldades do ajuste</b> .....	141
<i>Helena Esser dos Reis</i>	

<b>Reflexiones sobre la justicia transicional en Colombia .....</b>	<b>153</b>
<i>Manuel Yasser Páez Ramírez</i>	
<b>Razão Prática e Direitos Fundamentais: uma perspectiva jurídica dos bens humanos.....</b>	<b>177</b>
<i>Marcus Paulo Rycembel Boeira</i>	
<b>Gênero e desenvolvimento: trajetórias da luta pela equidade de gênero nas relações econômicas do trabalho .....</b>	<b>207</b>
<i>Maria Luiza Alencar Mayer Feitosa</i>	
<i>Andrezza Rodrigues Nogueira</i>	
<b>Operación Condor. Conspiración contra la sociedad del conocimiento en america latina. ....</b>	<b>225</b>
<i>Martin Almada</i>	
<b>Apuntes sobre la universidad. Reflexiones en perspectiva comparada* .....</b>	<b>249</b>
<i>Pablo Perel</i>	
<b>¿Verdadera indivisibilidad? Las consencias de las judicialización indirecta de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema interamericano de derechos humanos .....</b>	<b>257</b>
<i>Renata Bregaglio Lazarte</i>	
<b>A memória como direito fundamental civil e político: abordagem preliminar .....</b>	<b>291</b>
<i>Rogério Gesta Leal</i>	
<b>A evolução democrática, o seu aperfeiçoamento e a garantia da expressão plural. O papel da participação e da deliberação .....</b>	<b>327</b>
<i>Rubens Beçak</i>	
<b>Discriminação e violência de gênero no tráfico de mulheres para fins de exploração sexual.....</b>	<b>339</b>
<i>Waldimeiry Corrêa da Silva</i>	
<b>Formación histórica del Derecho a la consulta previa libre e informada y su horizonte de posibilidades en América Latina.....</b>	<b>365</b>
<i>Miguel Rábago Dorbecker</i>	
<b>Sobre os autores.....</b>	<b>385</b>

# Apresentação

Em pleno século XXI, a eficácia dos Direitos Humanos continua sendo um dos problemas mais complexos do Direito. O abismo entre a teoria e a prática, a defasagem entre a lei e sua efetiva aplicação, continuam caracterizando os ordenamentos jurídicos de muitos países no mundo.

Trata-se de um problema que, na América Latina, apresenta níveis ainda muito mais críticos, haja vista a desigualdade social, cultural e econômica vivida na região.

Eis uma situação que precisa ser urgentemente enfrentada, pois só mediante a efetiva concretização dos Direitos Humanos que a dignidade humana será respeitada na sua plenitude.

Conscientes dessa realidade, é que os membros do Consórcio Latino-Americano de Pós-Graduação em Direitos Humanos escolheram a eficácia nacional e internacional dos Direitos Humanos como a temática do IV Seminário Latino-Americano de Direitos Humanos, realizado na Universidade de Fortaleza (UNIFOR), de 28 a 31 de agosto de 2013.

O Consórcio Latino-Americano de Pós-Graduação em Direitos Humanos foi criado em 2008, por iniciativa do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA), em parceria com outras instituições brasileiras e latino-americanas e apoio da Fundação Ford, com o objetivo de articular experiências de ensino e pesquisa em Direitos Humanos na América Latina.

Desde sua criação, o Consórcio organizou três reuniões de trabalho: Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, 2009), Universidade do Vale do Rio dos Sinos (São Leopoldo, 2010) e Universidad Austral de Chile (Valdivia, 2011) e quatro seminários internacionais: Universidade Federal do Pará (Belém, 2008), Universidade Federal da Paraíba (João Pessoa, 2010), Universidade de Brasília (Brasília, 2012) e Universidade de Fortaleza (Fortaleza, 2013). As informações completas sobre as atividades do Consórcio podem ser acessadas em: [www.consorciodh.ufpa.br](http://www.consorciodh.ufpa.br).

No presente livro, encontram-se reunidos os textos apresentados pelos palestrantes no seminário realizado na UNIFOR em 2013, envolvendo as temáticas estudadas nos grupos de trabalho do Consórcio: Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Diversidade Étnica e Direitos Humanos, Filosofia e Direitos Humanos, Gênero e Direitos Humanos, e Proteção Interna e Internacional dos Direitos Humanos.

**Ana Maria D'Ávila Lopes**  
**Antonio Moreira Maués**





# Dominação masculina e desigualdade de gênero nas relações de trabalho: problemas, desafios atuais e políticas de cotas para mulheres.

*Alejandra Pascual*

## Introdução

No Brasil, de todos os progressos conquistados pelas mulheres nas últimas décadas, pode-se dizer que o seu avanço maciço no mercado de trabalho foi o mais significativo e transformador no cotidiano da sociedade; contudo, apenas uma pequena parcela das mulheres ocupa atualmente cargos de chefia.

Atualmente, as relações de trabalho, além de reproduzir o modelo patriarcal concebido durante anos, também são capazes de criar, delimitar e atribuir identidades e responsabilidades femininas e masculinas. De acordo com o senso comum e com as verdades tidas como naturais e eternas, a mulher teria “vocação” para trabalhos mais domésticos, de submissão e abnegação, em espaços privados enquanto que o homem teria “vocação” para trabalhos de chefia, de gerência e de grande poder decisório em espaços públicos.

No mercado de trabalho, a identidade feminina socialmente imposta é a da mulher que tem um trabalho médio, sem grande poder de decisão e sem grande prestígio social, de maneira que possa dedicar-se aos serviços domésticos e à educação dos filhos. Surgem, então, consequências como salários mais baixos para mulheres ocupantes dos mesmos cargos que os homens e desprezo da capacidade feminina para ocupar posições de prestígio nos postos de trabalho (VARÃO; PASCUAL, 2007).

Espaços como o campo jurídico é o mais difícil de ser conquistado pelas mulheres, exatamente por causa da herança patriarcalista e da ideologia da dominação masculina que ainda está presente na sociedade. No Poder Legislativo, a presença das mulheres é menor que no Poder Executivo, não ultrapassando os 11% dos cargos de senadores e deputados federais, distritais e estaduais.

O Poder Judiciário, por outro lado, apresenta as maiores desigualdades entre homens e mulheres. A principal causa da discrepância entre a quantidade de mulheres que ocupam cargos de base e as que exercem cargos de cúpula, no Poder Judiciário, dá-se pela forma de seleção existente, em que a admissão para cargos de base ocorre por meio de concurso público, com provas escritas, orais e análise de títulos, no entanto o acesso às instâncias mais altas se dá por meio de nomeações e escolhas políticas, critérios subjetivos que travam o acesso de mulheres aos cargos mais altos (VARÃO; PASCUAL, 2007).

Na Magistratura, percebe-se que o número de mulheres diminui de forma proporcional ao aumento de grau da instância, ou seja, o grau de jurisdição é fator determinante da desigualdade entre homens e mulheres no Poder Judiciário. Também considerado como cargo de difícil acesso às mulheres, o Ministério Público apresenta a mesma situação, ou seja, há menor quantidade de mulheres à medida que aumentam as instâncias (VARÃO; PASCUAL, 2007).

Nos espaços de poder em cargos relativos à Educação, quando se fala em Educação Infantil ou de Ensino Fundamental, o número de profissionais do sexo masculino nessa área não ultrapassa 10% do total, no Brasil, confirmando a atribuição social de determinadas profissões às mulheres. Entretanto, a situação se inverte no Ensino Superior, tanto em nível de graduação quanto de pós-graduação, uma vez que a quantidade de professores do sexo masculino é significativamente maior que a do sexo feminino. Os Cursos de Direito, Medicina, Economia, Engenharia e Contabilidade são os que, tradicionalmente, têm incorporado mais homens que mulheres nas suas carreiras, mas essa desigualdade está diminuindo cada vez mais (VARÃO; PASCUAL, 2007).

Observa-se que a seleção para ingresso ou promoção em cargos públicos, por meio de critérios objetivos, apresenta condições igualitárias para todos os candidatos, independentemente do sexo, mas, quando a seleção é realizada por intermédio de critérios subjetivos, são os homens que, em geral, recebem maiores vantagens, devido à crença da superioridade masculina, tão profundamente enraizada na sociedade.

Existe, pois, uma barreira invisível que dificulta ou impossibilita o acesso das mulheres aos postos de trabalho de maior hierarquia; é o chamado “teto de vidro”, caracterizado pelos obstáculos invisíveis que as mulheres encontram na progressão de suas carreiras (VARÃO; PASCUAL, 2007).

O presente artigo trata sobre a atuação do sistema de dominação masculino nas relações de trabalho, especialmente, o que opera mediante

violência simbólica<sup>1</sup>, e as consequências que produzem na manutenção da desigualdade de gênero nos espaços de poder político e social. São apontadas propostas apresentadas pelos Estados, a partir de posturas mais ativas na defesa e na promoção dos direitos humanos, para possibilitar relações de trabalho mais equitativas entre os gêneros. As políticas de cotas para mulheres, no Legislativo, são abordadas como políticas de ação afirmativa, propostas pelos Estados, com resultados bastante exitosos. Nas conclusões, é realizada uma avaliação dos resultados obtidos por meio da instauração do sistema de cotas para mulheres, no combate à desigualdade de gênero nas relações de trabalho. A pesquisa foi realizada mediante consulta bibliográfica de obras de diversos autores, nacionais e estrangeiros, e apresenta resultados de pesquisas anteriores que foram realizadas graças a bolsas de pesquisa recebidas do CNPq (2008-2009) e da CAPES (2009-2010).

## **1. Reprodução do sistema patriarcal e opressão da mulher nas relações sociais.**

O sistema patriarcal, que dominou o pensamento e a cultura da sociedade ocidental durante tantos anos, deixou marcas tão profundas que os movimentos e as conquistas feministas ainda não conseguiram apagar. Pierre Bourdieu encontra em instituições como a Família, a Igreja e a Escola, combinadas com outras instituições como o Esporte e o Jornalismo, fatores que continuam a reproduzir a dominação masculina.

Conforme afirma Bourdieu (1999, p. 5),

Lembrar que aquilo que, na história, aparece como eterno não é mais que o produto de um trabalho de eternização que compete a instituições interligadas tais como a família, a igreja, a escola, e também, em outra ordem, o esporte e o jornalismo (estas noções abstratas sendo simples designações estenográficas de mecanismos complexos, que devem ser analisados em cada caso em sua particularidade histórica) é reinserir na história e, portanto, devolver à ação histórica, a relação entre os sexos que a visão naturalista e essencialista dela arranca (e não, como quiseram me fazer dizer, tentar parar a história e retirar às mulheres seu papel de agentes históricos).

1 Na concepção elaborada por Pierre Bourdieu.

Nos dias atuais, permanece a reprodução da divisão arbitrária dos gêneros por meio da violência simbólica, que, conforme Bourdieu, é uma violência invisível e quase imperceptível para as vítimas, que reproduz os modelos de submissão do feminino e de dominação do masculino e que se dá por meio do conhecimento e da comunicação de alguns e pelo desconhecimento e pela ignorância de outros (BOURDIEU, 1999, p. 7).

Para Bourdieu, a violência simbólica pode ser tão cruel quanto a violência física; é uma maneira de pensar e de agir que reproduz e legitima alguns valores sem que os autores percebam. O poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão do mundo, é um poder quase mágico e permite obter o equivalente àquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito específico de mobilização, e só é eficaz se for reconhecido, quer dizer, ignorado como arbitrário (BOURDIEU, 2010, p. 14).

A dominação torna-se efetiva quando toda a sociedade reproduz os padrões impostos pelos dominadores e é legitimada pela aceitação ou pela cumplicidade das diferentes frações e dos segmentos que compõem a sociedade, inclusive a das próprias mulheres. O termo cumplicidade, utilizado por Bourdieu, explica exatamente a facilidade que a sociedade tem de incorporar a dominação masculina. Como afirma Bourdieu (2000)

A força simbólica é uma forma de poder que se exerce sobre os corpos diretamente e como que por magia, sem qualquer coação física, mas essa magia só atua com o apoio de predisposições colocadas, como molas propulsoras, na zona mais profunda dos corpos.

A família, por ser o seio da educação, é a que primeiro reproduz a lógica da superioridade masculina. Para Stuart Hall (2005), as identidades são construídas por meio de recursos da história, da língua e da cultura, por meio de um processo caracterizado pelo verbo “*tornar-se*” e não pela forma verbal “*ser*”.

Desde muito cedo, é inculcada às crianças a ideologia da submissão das mulheres perante os homens, de maneira a desqualificar, desprezar e desfigurar o papel feminino dentro da sociedade. Uma vez incorporada a ideologia da dominação masculina, a mulher passa a desempenhar um papel social de menor prestígio e poder.

Enrique Dussel, na obra “*Para una erótica latinoamericana*”, trata sobre as origens e o desenvolvimento da reprodução dos padrões de dominação

*Dominação masculina e desigualdade de gênero nas relações de trabalho:  
problemas, desafios atuais e políticas de cotas para mulheres*

masculina na América Latina, desde a chegada dos europeus. Ele considera que a alienação ontológica da mulher europeia se multiplicou na América Latina e acabou produzindo uma dupla dominação na mulher latino-americana: “a de dominada por ser latino-americana e por ser dominada pelo homem” (DUSSEL, 2007, p. 24).

Conforme Dussel, a opressão erótica da mulher tem milhares de anos de vigência; desde o neolítico existia uma divisão econômica do trabalho que colocava a mulher em inferioridade de condições em relação ao homem devido à sua menor força física e à dificuldade de trabalhar durante a gravidez e a amamentação dos filhos (DUSSEL, 2007, p. 120).

Ele assegura que a práxis da dominação erótica não é meramente individual, mas sociocultural; ela reprime não só fática e externamente, mas também muito mais sutilmente a estrutura do próprio *eu* dos oprimidos (DUSSEL, 2007, p. 122-123). Nesse sentido, o homem seria educado para ser o dominador erótico, ao passar por uma espécie de esterilização afetiva que o levará ao exercício de uma injustiça moral, socialmente aceita. O temor de que os meninos possam se tornar “femininos”, em caso de brincar com bonecas, provoca a inibição de suas tendências sentimentais e paternas latentes; reprimido, reduzido em sua afetividade, o homem cresce “[...] educado para uma auto-destruição agressiva, competitiva com os outros meninos”, afirma Dussel (2007, p. 121).

A mulher, para Dussel, se tornaria *algo-a-disposição-de*, a fim de cumprir com o que é socialmente considerado como seu dever conjugal. Assim, o *ser* da mulher passa a ser construído por meio da mediação do homem, como acontece, por exemplo, em relação ao aspecto jurídico do nome da mulher casada, que indica a sujeição dela ao marido: Juana Pérez de González ou no aspecto social do casamento quando a mulher passa a ser *a esposa de*, e sente que atingiu a glória se consegue *ser esposa do governador*, conforme exemplifica Dussel (2007, p. 122-123).

Os homens, preparados para o papel de opressores, incorporam as normas sociais que lhes dão a autoridade suficiente para continuar reproduzindo a dominação sobre as mulheres. Estas, por sua vez, profundamente influenciadas pelos papéis e pelas funções a que são socialmente condicionadas, continuam a reproduzir a tendência de submissão aos homens, ocupando cargos e espaços laborais de pouco destaque, conformadas com salários menores que o dos parceiros homens e renunciando a qualquer ambição de ascensão pessoal em suas carreiras profissionais.

## 2. A promoção da ideia de igualdade entre homens e mulheres no combate à desigualdade de gênero.

A ideia de igualdade formal teve sua origem no Estado liberal e se desenvolveu no Pós-guerra com a criação de diversos instrumentos normativos nacionais e internacionais, com o objetivo de combater a discriminação. No âmbito internacional, as maiores conquistas formais, na promoção da ideia de igualdade entre homens e mulheres, foram, pois, deste período.

A igualdade formal seria a vedação do Estado de todo e qualquer tratamento discriminatório negativo. Assim, qualquer norma jurídica ou administrativa que prejudique o exercício das liberdades individuais e coletivas, com base em motivos raciais, religiosos, políticos, étnicos, de gênero, entre outros, será considerada discriminatória e, portanto, contrária aos princípios da igualdade formal. Já a igualdade material vai além da concepção de igualdade formal e estabelece a obrigação para o Estado de promover políticas públicas para compensar eventuais situações de desigualdade e preconceito padecidas por grupos excluídos e segregados da sociedade ao longo da história.

Após a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), uma série de Convenções internacionais foi aprovada com o objetivo de diminuir a discriminação contra as mulheres. Entre essas Convenções, destacam-se a Convenção para suprimir o tráfico de mulheres e crianças (assinada em 1921, a primeira relacionada às mulheres), a Convenção relativa ao amparo à maternidade (1952), a Convenção sobre os direitos políticos da mulher (1953), a Convenção sobre a nacionalidade da mulher casada (1957), a Declaração sobre a eliminação discriminatória contra a mulher (1967), a Declaração sobre a proteção da mulher e da criança em estados de emergência e de conflito armado (1974) e a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (1979). Entre as convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), cabe destacar, por sua vez, a Convenção sobre a igualdade de remuneração (1951), a Convenção sobre a discriminação no emprego e na profissão (1958) e a Convenção relativa à igualdade de oportunidades e de tratamento para os trabalhadores dos dois sexos (1983) (VARÃO; PASCUAL, 2007).

No Sistema Interamericano, foi aprovada uma série de Convenções sob os auspícios da Organização dos Estados Americanos (OEA); entre as quais, cabe destacar a Convenção interamericana sobre a concessão dos direitos políticos à mulher (1948), a Convenção interamericana sobre a concessão de direitos civis à mulher (1952) e Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (1994) (VARÃO; PASCUAL, 2007).

*Dominação masculina e desigualdade de gênero nas relações de trabalho:  
problemas, desafios atuais e políticas de cotas para mulheres*

A implementação de Convenções para tratamento igualitário entre os gêneros obteve resultados limitados, conforme análise de Incháustegui e Ugalde (apud GUZMÁN GALLANGOS, 2007, p. 136), os quais avaliam que dois motivos preponderantes teriam levado a essa situação: o primeiro deles estaria dado pela configuração das propostas para as mulheres com base em modelos masculinos, sem dar relevância necessária à consideração das peculiares características e condições da identidade feminina; o segundo, consequência do anterior, seria a falta de tratamento sério das causas da situação de desigualdade entre os gêneros que levam à manutenção do domínio masculino. As propostas, por outro lado, ficam restritas à consideração da problemática dentro dos âmbitos públicos de atuação dos gêneros, deixando de abordar os problemas enfrentados pelas mulheres nos âmbitos privados, os quais deixam inalterada a divisão desigual e discriminatória do papel desempenhado pelos gêneros nesses dois espaços sociais (Incháustegui e Ugalde apud GUZMÁN GALLANGOS, 2007, p. 136).

A partir da década de setenta do século passado, as políticas de equidade de gênero começaram a tomar maior força e relevância, especialmente devido ao início de uma nova efervescência do movimento feminista e à aprovação de Convenções internacionais que começaram com a primeira Década da Mulher (1975-1985). Durante essa década e a seguinte, começou o período de políticas pela igualdade de gênero, baseadas em políticas de ação positiva e em programas diferenciados para mulheres (GUZMÁN GALLANGOS, 2007, p. 136).

Desde a década de oitenta, a questão da igualdade de oportunidades para as mulheres e sua incorporação na legislação interna dos Estados começou a tomar proporções e tratamentos diferentes. O ponto de partida institucional para a consecução dessas iniciativas teve origem nas Recomendações elaboradas pelas Nações Unidas e inseridas em vários documentos que abriram o debate na agenda pública internacional.

Nesse sentido, tanto a Convenção sobre Eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres (1979) quanto as posteriores Recomendações e Plataformas de Ação das Conferências Mundiais de Nairóbi (1985) e Beijem (1995) estabeleceram as pautas que objetivavam quebrar a desigualdade de gênero existente (ARCHENTI; TULA, 2008, p. 9).

A Declaração e a Plataforma de Ação de Beijem (1995) destacaram a existência de profundas desigualdades de gênero, no exercício do poder, em todos os níveis, e a falta de mecanismos suficientes para a promoção efetiva da erradicação dessa tendência generalizada (DEL CAMPO, 2008, p. 137-138). A anuência da Declaração de Beijem (1995) significou a adoção do novo enfoque transversal nas políticas que objetivavam a promoção da igualdade de gênero (GUZMÁN GALLANGOS, 2007, p. 140).



O enfoque transversal de gênero pretende que cada intervenção política seja analisada em termos dos efeitos diferentes em homens e mulheres. Trata-se de um modelo de mudança nas relações de gênero estabelecidas, que põe o acento nas mudanças institucionais necessárias para transformar a condição social das mulheres a desigualdade de gênero. Além disso, procura estabelecer uma forma positiva e diferente de integrar e atingir resultados, em que o marginalizado, aquele que estava fora de consideração nas políticas públicas, passe a ser parte da corrente principal pela qual transitam as políticas de desenvolvimento (INCHAUSTEGUI; UGALDE apud GUZMÁN GALLANGOS, 2007, p. 141).

### **3. Responsabilidade ativa do estado na promoção da igualdade entre homens e mulheres: políticas de ação afirmativa.**

A jurisprudência inovadora da Corte Interamericana de Direitos Humanos, relativa ao conceito de “projeto de vida”, tem dado uma importante contribuição ao considerar que o Estado deve assumir um papel ativo na proteção e na garantia dos direitos humanos para a construção das condições necessárias para que todos os seres humanos possam desenvolver seus projetos de vida e, conseqüentemente, garantir o exercício do direito à vida digna.

Nesse sentido, a Corte Interamericana tem afirmado que a compreensão da noção de direito à vida não pode ser reduzida ao entendimento da obrigação negativa de não privar alguém da vida, de forma arbitrária, mas deve incluir, necessariamente, o direito de viver com dignidade. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1999). No entendimento da Corte, o direito à vida inclui, pois, o direito a desenvolver um projeto de vida, o qual, conforme a Corte, atende à realização integral da pessoa, “considerando sua vocação, aptitudes, circunstâncias, potencialidades e aspirações, que lhe permitem estabelecer razoavelmente determinadas expectativas e aceder a elas.” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1998).

Para a Corte,

[...] o projeto de vida é consubstancial do direito à existência e precisa para seu desenvolvimento, condições de vida digna, de segurança e integridade da pessoa humana. [...] o projeto de vida está intrinsecamente vinculado à liberdade, como direito de cada pessoa a escolher seu próprio destino. [...]. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1999). (Tradução nossa).

*Dominação masculina e desigualdade de gênero nas relações de trabalho:  
problemas, desafios atuais e políticas de cotas para mulheres*

Nesse sentido, a Corte entende que o dano ao projeto de vida significaria “a perda e grave prejuízo para as oportunidades de desenvolvimento pessoal, de forma irreparável ou dificilmente reparável.” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1998).

Em caso de dano ao projeto de vida, a Corte considera

[que] [...] a existência de uma pessoa fica alterada por fatores alheios a ela, impostos de forma injusta e arbitrária, violando as normas vigentes e a confiança depositada em órgãos do poder público responsável em dar proteção e dar segurança para o exercício de seus direitos e a satisfação de seus legítimos interesses. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1998). (Tradução nossa).

A Corte depreende, ainda, que os Estados devem estabelecer condições efetivas a todos os seres humanos para o desenvolvimento dos próprios projetos de vida desde a infância. E também acrescenta que a interpretação do direito à vida deve contemplar medidas positivas de proteção por parte do Estado, o qual “[...] se acentua precisamente em relação com a proteção da vida de pessoas vulneráveis e indefesas, em situação de risco [...]” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1999).

Além disso, afirma que “as necessidades de proteção dos mais fracos [...] exigem em definitiva uma interpretação do direito à vida de modo que compreenda as condições mínimas de uma vida digna. [...]” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1999).

A adoção de políticas de ação afirmativa por parte dos Estados significa a adoção de uma postura ativa por parte deles para tornar material a ideia de igualdade formal entre homens e mulheres. As ações afirmativas são maneiras de instaurar e melhorar as políticas de discriminação positiva. O objetivo central das ações afirmativas é proporcionar a igualdade real entre os diversos atores existentes na sociedade, após análise da realidade, sob um enfoque sociológico, histórico e jurídico,

Como mecanismos de ação afirmativa, as cotas para mulheres têm o objetivo de equilibrar as desigualdades que enfrentam para o acesso a determinados cargos e geralmente estipulam uma determinada quantidade ou porcentagem de vagas que deve ser ocupada por elas (IDEA apud DEL CAMPO, 2008, p. 142).

Del Campo (2008) considera que a existência de mecanismos de ação afirmativa estaria relacionada não só com a subrepresentação das mulheres

na maioria das democracias do mundo, mas também com o fato de pertencer a um grupo excluído da sociedade. Por outro lado, seria uma forma de dar corpo à “representação descritiva”, conforme Del Campo (2008), rebatizada como “política de presença”, conforme Phillips (apud Del Campo, 2008), de “política da diferença”, conforme Young (apud Del Campo, 2008), ou de “política de autorrepresentação”, assim chamada por Williams (apud Del Campo, 2008), onde em que o mais importante não estaria dado tanto pelas ideias dos representantes, mas, principalmente, pelas pessoas que fariam as vezes desses representantes e a posição que eles ocupariam na sociedade.

A adoção de ações afirmativas torna-se restrita aos destinatários de determinadas políticas públicas, fazendo que os setores ou os grupos sociais, vítimas de maior desigualdade, sejam beneficiados com uma postura estatal ativa. Entre os objetivos principais da adoção de ações afirmativas, estão o alcance da igualdade material, a transformação no íntimo de cada ator da sociedade no sentido de acabar com a ideia de submissão de um ser humano a outro, o fim da discriminação estrutural e a eliminação do “teto de vidro” que destrói projetos de vida e impede a ascensão social de diversos atores sociais (BARBOSA GOMES, 2003. p. 30-32).

As ações afirmativas se definem como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralidade dos efeitos da discriminação de raça, de gênero, de idade, de origem nacional, de compleição física, entre outros. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade (BARBOSA GOMES, 2003. p. 21).

Na década dos noventa do século passado, houve uma redefinição das agências feministas e dos movimentos sociais de mulheres na América Latina. O desenvolvimento das organizações de mulheres dos setores populares e a consolidação de uma maior atuação institucional das feministas propiciaram o crescimento de um canal de ação que possibilitou o desenvolvimento de um trabalho mais efetivo e estratégico para a instauração de políticas de ação afirmativa para as mulheres.

No âmbito político, a partir de 1996 e 1997, a maioria dos Estados adotaram mecanismos de ação afirmativa para mulheres no Legislativo e, nesse sentido, a aplicação das ações afirmativas por meio de leis para incrementar a participação política das mulheres resultou uma medida exitosa. Conforme Archenti e Tula (2008, p. 13), a instauração do sistema de cotas para mulheres no Legislativo aumentou o peso quantitativo delas nos Parlaentos e teve o importante efeito de dotar de visibilidade social quem passou a ocupar espaços de poder que estavam tradicionalmente destinados aos homens.

## **4. Políticas de cotas para mulheres nos parlamentos.**

As leis que estabelecem cotas para mulheres no Legislativo orientam suas ações à defesa do direito de cada cidadão de exercer poderes de representação política em igualdade de condições. As cotas abrem oportunidades institucionalizadas e concretas para que as mulheres possam efetivamente exercer o direito de representação parlamentar, mediante imposição, aos partidos políticos, de inserir obrigatoriamente mulheres nas suas listas partidárias, estabelecendo uma porcentagem mínima de candidaturas femininas (ARCHENTI; TULA, 2008, p. 12).

Atualmente, os sistemas de cotas para mulheres pretendem garantir que elas consigam atingir pelo menos uma “minoridade decisiva”, que estaria entre 30% e 40%. Em geral, as cotas são aplicadas como uma medida paliativa, com limites de tempo, ou seja, até a eliminação das barreiras que impedem o acesso das mulheres a determinados cargos (DEL CAMPO, 2008, p. 142).

As leis de cotas para mulheres, no Parlamento, são as que atingiram os níveis mais altos de impacto positivo, conforme afirmam Archenti e Tula (2008, p. 28), o que pode ser evidenciado pelo aumento de mulheres no Legislativo, em prazos relativamente curtos de tempo e pela promoção de mudanças culturais por meio de uma maior visibilidade da presença de mulheres em cargos de governo (ARCHENTI; TULA, 2008, p. 8).

A instauração de políticas de ação afirmativa para acesso de mulheres ao Parlamento teve efeitos diferentes nos Estados que as adotaram; essas diferenças foram consequência da heterogeneidade dos contextos culturais, institucionais e normativos, assim como das posturas que prevaleceram durante sua vigência, conforme alertam Archenti e Tula (2008, p. 13).

Os Estados que tiveram um aumento significativo de mulheres no Legislativo também tiveram incorporadas novas temáticas nas agendas parlamentares e nas agendas públicas, relativas à defesa de direitos das mulheres, consequência do ativismo político das mulheres no Parlamento (ARCHENTI; TULA, 2008, p. 13).

Contudo, as leis de cotas têm apresentado uma série de violações na sua aplicação que desvirtua o sentido de sua aplicação. Entre as mais importantes e frequentes violações, estas merecem destaque:

Muitas vezes, acontece que as lideranças políticas masculinas de partidos políticos exercem pressão sobre mulheres eleitas para que aceitem situações atentatórias contra os próprios direitos (ARCHENTI; TULA, 2008, p. 15). Uma prática muito comum para burlar as leis de cotas é a realizada por dirigentes de partidos políticos os quais tiveram mulheres eleitas exigem a

renúncia delas aos cargos representativos para que os suplentes ou substitutos, homens, possam ter acesso ao cargo (ARCHENTI; TULA, 2008, p. 15).

Outra prática comum é colocar as mulheres em posição desprovida de relevância, se possível, nos últimos lugares, como suplentes ou com poucas expectativas de resultar eleitas quando a lei de cotas não exigir a colocação das mulheres em mandados de posição (ARCHENTI; TULA, 2008, p. 16).

Para evitar a burla da lei de cotas nesses dois casos apresentados, deveria ser obrigatório que as mulheres eleitas efetivamente exercessem seu mandato, sob pena de severa punição para os partidos. No segundo caso, o elemento-chave para a efetividade da lei de cotas seria a exigência de que as mulheres fossem colocadas em mandados de posição, ou seja, que o nome das candidatas constasse em lugares com grandes expectativas de eleição ou com destaque nas listas de candidatos (o que pode ser realizado por meio de um sistema de alternância ou com a indicação de lugares pré-estabelecidos) (ARCHENTI; TULA, 2008, p. 18).

As chamadas listas fechadas e bloqueadas têm a vantagem de impedir a alteração posterior da ordem dos candidatos, dando garantias para o efetivo cumprimento dos objetivos da legislação de cotas e evitando, por outro lado, que, uma vez eleitas, as mulheres tenham seus mandados anulados pelo próprio partido. Em sentido inverso, quando o sistema eleitoral é de listas abertas ou desbloqueadas, os partidos, em geral, continuam com a prática de alterar a ordem originária dos mandatos nas listas apresentadas durante a eleição, tornando ineficazes os objetivos previstos na legislação (ARCHENTI; TULA, 2008, p. 17).

O caráter obrigatório e a imposição de medidas punitivas graves aos partidos que descumprirem ou burlarem a legislação sobre cotas, como a ameaça de impugnação de suas candidaturas, são medidas necessárias para que a norma realmente tenha força de lei e dê lugar a reclamações judiciais e a impugnações de listas de candidatos que não cumpriram com as exigências legais (ARCHENTI; TULA, 2008, p. 20). As decisões judiciais atuam como instrumentos sinalizadores para determinar o modo e as condições em que devem ser aplicadas as leis de cotas (ARCHENTI; TULA, 2008, p. 20).

Esse aperfeiçoamento do sistema de cotas tem produzido um incremento quantitativo no número de mulheres em órgãos legislativos, em prazos relativamente curtos de tempo, e contribuiu para a promoção de mudanças culturais favoráveis à imagem da mulher, graças à expressiva visibilidade da presença feminina em cargos públicos (ARCHENTI; TULA, 2008, p. 28). As mulheres também foram ocupando espaços em outros âmbitos fora da área política, como no Judiciário e inclusive nos sindicatos, espaços tradicionalmente vinculados aos homens (ARCHENTI; TULA, 2008, p. 28-29).

## Conclusões

As cotas podem ser consideradas como a possibilidade de concretização do efetivo exercício do direito a uma vida digna para as mulheres, pois possibilita a realização de seus projetos de vida, elevando o “teto de vidro” em suas carreiras profissionais e dando condições para acabar com a desigualdade de gênero.

Mesmo com todos os avanços legais que foram acontecendo, tanto em nível internacional quanto em nível interno dos Estados, a partir do início do século XXI, a discriminação contra as mulheres continua nos espaços de decisão e nas estruturas formais de representação, apesar das mudanças favoráveis ao reconhecimento do valor e do papel social delas.

Há pouca presença de mulheres em cargos de decisão nos Poderes Executivo, Legislativo e Judicial, nos governos federais, estaduais e municipais, assim como em organizações sociais e civis (TARRÉS, 2008, p. 115). A participação das mulheres na vida pública, em condições de igualdades com os homens, permanece como um verdadeiro desafio; as cotas para mulheres seriam como a ponta de um *iceberg*, de uma luta mais ampla pelo reconhecimento dos direitos políticos, sociais e econômicos para as mulheres (DEL CAMPO, 2008, p. 141-142).

Dado que, definitivamente, a qualidade da democracia depende, também, das possibilidades que os grupos excluídos têm para fazer valer suas vozes, o efetivo exercício do direito à igualdade de gênero e o reconhecimento da identidade feminina diferenciada são condições efetivas e necessárias para a existência de uma sociedade verdadeiramente democrática.

## Referências

ARCHENTI, Nélica; TULA, María Inés. Algunas cuestiones iniciales sobre las leyes de cuotas. In: ARCHENTI, Nélica; TULA, María Inés (editoras). **Mujeres y Política en América Latina. Sistemas electorales y cuotas de género**. Buenos Aires: Heliasta, 2008. p. 9-29.

BARBOSA GOMES, Joaquim. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: dos Santos, Renato e LOBATO, Fátima (org.) **Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução de Maria Helena Kuhner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

\_\_\_\_\_. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

(CIDH) - CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (1999). Sentencia de 19 de noviembre. **Caso L. Caso Villagrán Morales e otros vs. Guatemala**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/> Acesso em 30 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. (1998). **Sentencia de 27 de noviembre. Caso Loayza Tamayo vs. Perú**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/> Acesso em 30 ago. 2013.

DEL CAMPO, Esther e LUENGO, Óscar. El impacto de los sistemas electorales y las leyes de cuotas en los países andinos. Las elecciones legislativas en Bolivia, Ecuador y Perú. In: ARCHENTI, Nélica; TULA, María Inés (editoras). **Mujeres y Política en América Latina. Sistemas electorales y cuotas de género**. Buenos Aires: Heliasta, 2008. p. 137-164.

DUSSEL, Enrique. **Para una erótica latinoamericana**. Caracas: Fundación Imprenta. Ministerio para la Cultura Popular para la Cultura, 2007.

GUZMÁN GALLANGOS, Flérida. Institucionalización de la perspectiva de género: políticas y presupuesto en México. In: ZAREMBERG, Gisela (Coord.). **Políticas sociales y género**. Tomo I. La Institucionalización. México: FLACSO, 2007, p. 131-163.

HALL, Stuart. **A Identidade Cultural na Pós-Modernidade**. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 10ª. Edição. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

TARRÉS, María Luisa. Una ecuación injusta o un mal cálculo político? La movilización de las mexicanas por la democracia a fines del siglo XX y su magra representación en el sistema político. In: CEJAS, Mónica (Coord.) **Igualdad de género y participación política**. Chile, China, Egipto, Liberia, México y Sudáfrica. México: El Colegio de México. 2008. p. 95-120.

VARÃO, Camila; PASCUAL, Alejandra. **Mulheres nas Carreiras Jurídicas. Trabalho de iniciação científica na UnB**. Brasília: UnB, 2007.

# Discriminação de gênero contra as mulheres e a violência sexual

Ana Maria D'Ávila Lopes

## Introdução

Marco importante na luta pelo reconhecimento dos direitos das mulheres foi a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena em 1993, na qual, pela primeira vez, esses direitos foram reconhecidos como direitos humanos.

Poderia, à primeira vista, parecer uma conquista retórica, afinal, as mulheres não estão já incluídas no termo *humanos*? Acontece que, apesar de a teoria dos direitos humanos ter sua origem no Iluminismo, naquela época, nem todos os seres humanos eram considerados sujeitos desses direitos, mas apenas os homens brancos, adultos, heterossexuais, cristãos, endinheirados e saudáveis. Qualquer ser humano que não reunisse essas qualidades era considerado cidadão de segunda classe (a exemplo das mulheres) ou nem sequer cidadão (como o caso dos negros), estando, portanto, excluído da titularidade dos direitos humanos.

Somente após as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, a humanidade conscientizou-se da necessidade de *realmente* incluir todos os seres humanos no termo *humanos*. Esse processo, denominado *universalização*, foi sendo paulatinamente implementado na legislação internacional e nacional, entretanto, a mudança restringiu-se aos textos legais, relegando a efetividade desses direitos a um segundo plano.

Foi apenas no final do século XX que a luta pela efetividade dos direitos humanos dos historicamente excluídos começou a alcançar resultados concretos. Exemplo paradigmático desse giro copernicano são as conquistas no campo dos direitos das mulheres. Contudo, há ainda um longo caminho a ser percorrido. São muitos os direitos ainda precariamente legislados, respeitados e promovidos. É o caso dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, cuja efetividade continua sendo inviabilizada pelos valores machistas que dominam nossa sociedade.



Nesse contexto, o presente trabalho, a partir de uma pesquisa bibliográfica e documental, buscará evidenciar a influência da discriminação de gênero na persistência dos casos de violência sexual contra as mulheres. Para isso, inicialmente, a discriminação de gênero será conceituada. Seguidamente, os direitos sexuais e reprodutivos serão definidos e contextualizados. Finalmente, discutir-se-á a influência da discriminação de gênero na violência sexual contra a mulher.

## 1. A discriminação de gênero contra a mulher<sup>1</sup>

Na Antiguidade, a sobrevivência da humanidade dependia da distribuição das tarefas que cada membro da família devia cumprir segundo suas qualidades ou habilidades físicas. Dessa forma, as mulheres foram incumbidas de serem mães a tempo completo, enquanto os homens deveriam aventurar-se fora das paredes das cavernas para buscar o sustento das suas famílias.

Nessa estrutura social, o homem, além de obter o sustento para sua família, pôde acumular riqueza e, em contato com outros homens, organizar a sociedade.

Esses dois poderes, o político e o econômico, foram impossíveis de serem alcançados pelas mulheres, cuja área de atuação limitava-se às quatro paredes da sua caverna, do seu lar.

A separação entre o espaço público e o privado, entre o homem, como ser público, e a mulher, como ser privado, teve, assim, uma origem circunstanciada pela necessidade, pela luta da sobrevivência.

O homem, entretanto, não só dominou o espaço público, mas também o espaço privado, na medida em que, ao sustentar a família, tornou-se seu chefe.

Essa estrutura hierárquica da sociedade, tanto no âmbito público quanto no privado, fixou-se historicamente, trazendo, em seu bojo, a distinção de papéis entre homens e mulheres.

Foi dessa forma que a discriminação de gênero contra a mulher<sup>2</sup> foi construída.

1 Tópico originariamente publicado em: LOPES, Ana Maria D'Ávila. Direitos fundamentais à saúde sexual e à reprodução: superando a discriminação de gênero. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. (org.) *Dimensões jurídicas da personalidade na ordem constitucional brasileira*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 27-52.

2 Deve-se apontar que, apesar de se rejeitar a identificação de gênero com mulher/feminino que reduz a discussão da discriminação de gênero tão somente às mulheres, neste trabalho será desenvolvida apenas essa forma de discriminação.

Gênero é o conjunto modificável de características culturais, sociais e educacionais atribuídas pela sociedade a um comportamento humano, qualificando-o de masculino ou feminino.

Sexo, diferentemente, é o conjunto de características físicas, biológicas e psicológicas naturais e imodificáveis<sup>3</sup> que qualificam um ser humano como homem ou como mulher.

Historicamente, as sociedades impregnadas de valores machistas identificaram os dois conceitos como sinônimos. Assim, o gênero masculino foi entendido como correspondente ao homem, e o gênero feminino, à mulher. Nessa percepção, o homem não deve ter um comportamento feminino nem a mulher um comportamento masculino, uma vez que essa conduta implica ir contra os padrões comportamentais impostos pela sociedade como corretos, bons, decentes.

Assim, é exemplo de gênero, de construção social, afirmar que as meninas devem brincar com bonecas e panelas para que, quando adultas, se tornem boas esposas e mães; enquanto os meninos devem brincar com espadas, carrinhos e bolas para que possam desenvolver a força física, as habilidades técnicas e intelectuais, que lhes permitirão ter êxito no espaço público.

Nessa separação da sociedade entre feminino/mulher e masculino/homem, é que a discriminação de gênero contra as mulheres tem suas raízes.

A discriminação de gênero contra a mulher começou a ser denunciada apenas no final do século XX. Exemplo paradigmático desse momento é a Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres, de 1999, que, no artigo 1, define esse tipo de discriminação como:

[...] toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo (ONU 1999, on-line).

Passados mais de dez anos desde a adoção da Convenção, a discriminação de gênero contra a mulher ainda persiste na sociedade, evidencian-

<sup>3</sup> Embora a cirurgia de mudança de sexo permita a alteração da aparência física dos órgãos e rasgos sexuais que identificam alguém como sendo mulher ou homem, geneticamente ainda não é possível alterar a condição biológica de alguém ter nascido mulher ou homem.

do como os valores machistas encontram-se fortemente arraigados no imaginário social. Essa é uma situação que pode ser claramente vislumbrada no âmbito dos direitos sexuais e reprodutivos com será exposto a seguir.

## 2. Os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres

Os direitos sexuais e reprodutivos são os direitos que todo ser humano tem de viver livremente sua sexualidade e capacidade reprodutiva.

Devido aos valores machistas imperantes na sociedade, a discussão sobre a existência desses direitos é muito recente (LOPES, 2013). Com efeito, a primeira vez que a reprodução foi tratada, ainda que timidamente, como um direito humano foi na Conferência Internacional de Direitos Humanos, celebrada em Teerã, em 1968, na qual se estabeleceu que “a comunidade internacional deve continuar velando pela família e pelas crianças. Os pais têm o direito humano fundamental de determinar livremente o número de filhos e seus intervalos de nascimento” (ONU 1968, on-line). Contudo, foi só na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, de 1994, (ONU 1994, on-line) que os direitos reprodutivos receberam uma significativa atenção.

Esse tratamento preconceituoso foi também aplicado aos direitos sexuais, os quais foram, durante séculos, ignorados, ganhando visibilidade somente nos últimos quarenta anos, embora concebidos apenas como um subconjunto dependente dos direitos reprodutivos. Essa percepção derivou da preocupação de que o reconhecimento da existência de direitos sexuais pudesse implicar a aceitação de práticas sexuais não reprodutivas e homossexuais que as sociedades machistas acostumam condenar. Foi essa visão preconceituosa que historicamente motivou retirá-los da proteção direta das normas de direitos humanos, deixando-os no campo da moral, da religião ou do direito penal (MILLER, 2001, p. 87). Os primeiros sinais de mudança apareceram na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena, em 1993, na qual, pela primeira vez, se introduziu o termo *sexual* em um documento internacional, embora limitado ao problema da violência de gênero (SCHIOCCHET, 2007, p. 74).

Impende observar que a atual luta pelo reconhecimento da sexualidade como um direito humano insere-se em um marco que vai além da aceitação da importância de proteger apenas uma dimensão da vida humana, na medida em que seus alcances repercutem na crítica da estruturação hierárquica da sociedade impregnada de valores machistas.

Com efeito, o reconhecimento dos direitos sexuais como direitos humanos acende, ainda mais, a discussão sobre a histórica subjugação da mulher, eis a razão de ser um tema que incomode tanto. Os tradicionais padrões comportamentais que oprimem as mulheres são colocados em xeque, pois não mais são elas reduzidas a seres cuja existência gira em torno da satisfação dos desejos e dos interesses do homem.

A coisificação da mulher pelo homem é superada a partir do momento em que ela se emancipa, não apenas econômica, mas também física e emocionalmente, sendo, justamente, nesses dois últimos âmbitos que os direitos sexuais e reprodutivos agem.

Diversas declarações têm sido elaboradas com fim de proclamar a existência e importância desses direitos. Entre elas, salienta-se a de Valência (Espanha), de 1997, que preconiza a sexualidade como parte integral da personalidade de todo ser humano, afirmando que

Los derechos sexuales son derechos humanos universales basados en la libertad, dignidad e igualdad inherentes a todos los seres humanos. Dado que la salud es un derecho humano fundamental, la salud sexual debe ser un derecho humano básico. Para asegurar el desarrollo de una sexualidad saludable en los seres humanos y las sociedades, los derechos sexuales siguientes deben ser reconocidos, promovidos, respetados y defendidos por todas las sociedades con todos sus medios (WAS 1999, on-line)

Com base no pensamento de Torres (TORRES, on-line), propõe-se uma lista de direitos humanos relativos à reprodução e à sexualidade humana:

a) direito à vida: no âmbito dos direitos sexuais e reprodutivos implica o direito que toda mulher tem de aceder a um centro de saúde com atendimento adequado para, por exemplo, evitar a morte decorrente de gravidez, de parto ou de aborto;

b) direito à liberdade: toda mulher tem o direito de decidir se tem ou não relações sexuais com quem e com que frequência. Isso significa que nenhuma mulher pode ser proibida ou obrigada a manter relações com outra pessoa, nem sequer com o próprio cônjuge;

c) direito à igualdade: nenhuma mulher pode ser discriminada por suas escolhas ou opções no âmbito da reprodução ou da sexualidade. Assim, deve-se proibir que uma mulher seja demitida do trabalho ou expulsa da escola por estar grávida ou por sua orientação sexual;

d) direito à intimidade: toda mulher tem o direito de preservar a sua vida, a sua privacidade, devendo os profissionais da saúde manter sigilo profissional sobre o prontuário médico;

e) direito à liberdade de pensamento: toda mulher tem o direito de pensar e agir livremente no que se refere à sua vida reprodutiva e sexual, sem que religião, partido político ou prática cultural a limite;

f) direito à informação e à educação: toda mulher deve ter acesso, de forma oportuna e adequada à sua faixa etária, à informação sobre sua sexualidade e à regulação da sua fecundidade, assim como sobre as doenças sexualmente transmissíveis e tudo o se relaciona à sua vida sexual e reprodutiva;

g) direito a casar-se ou não: nenhuma mulher pode ser obrigada a unir-se a outra pessoa contra sua vontade nem permanecer junto a ela. A mulher tem também o direito de escolher casar-se ou não, quando e com quem;

h) direito a decidir se vai ter filhos ou não, quando e o intervalo de tê-los: toda mulher deve ter acesso a uma informação mais ampla, aos serviços e aos métodos contraceptivos seguros. Nenhuma mulher pode ser obrigada a ter, ou não ter filhos, ou a esterilizar-se;

i) direito a associar-se para promover o reconhecimento e o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos: toda mulher tem o direito de organizar-se em grupos que compartilhem os mesmos interesses para discutir temas relativos a esses direitos, sem que seu funcionamento seja limitado ou proibido;

j) direito à integridade física: nenhuma mulher pode ser submetida à tortura física ou mental, proibindo-se qualquer forma de agressão física ou verbal. Inclui-se também a proibição de ser submetida a tratamento médico contra sua vontade ou sem o pleno conhecimento do tratamento e suas consequências.

O reconhecimento desses direitos como humanos exige da comunidade internacional e dos Estados a adoção de medidas legislativas e políticas públicas capazes de garantir o seu exercício e a sua proteção, igual ao que acontece com os outros direitos humanos.

### 3. Gênero e violência sexual

A violência de gênero contra a mulher pode ser definida como a violência praticada contra a mulher pelo fato de ser mulher. Trata-se da forma mais clara do domínio de valores machistas na sociedade, constituindo “peça de suma importância na preservação do *status quo* falocrático.” (SAFFIOTI, 1999, p. 118).

Entre as formas de violência de gênero contra a mulher, a sexual pode ser considerada a mais cruel, devido a atingir o que de mais íntimo tem um ser humano: a sua sexualidade. Trata-se de uma violência que provoca diversos tipos de danos:

**a) Danos emocionais:** a violência sexual gera, na vítima, sentimentos de vergonha, culpa e baixa autoestima. Esses sentimentos provocam pesadelos, insônia, desesperança e depressão, acarretando, muitas vezes, o uso de drogas e até o suicídio;

**b) Danos físicos:** a violência sexual aumenta o risco de contrair doenças sexualmente transmissíveis, incluindo HIV, e de engravidar sem desejá-lo;

**c) Danos psicossociais:** mulheres vítimas de violência sexual afastam-se do mundo que as rodeia, com graves e até permanentes sequelas para seu futuro.

Há ainda poucos estudos sobre a temática o que já é um forte indicativo dos preconceitos que giram em torno do assunto. De qualquer forma, deve-se esclarecer que a violência a que aqui se faz referência não é a do ato isolado, mas a decorrente da relação de poder do homem que nega às mulheres sua qualidade de sujeitos de direito.

A violência sexual contra a mulher é produto do exercício de um poder violento, ilegítimo, que destrói a identidade da vítima e que conta com o silêncio cúmplice da sociedade machista.

Não há, portanto, dúvida de que a violência sexual é um ato complexo e altamente lesivo à dignidade das mulheres, características que ficam ainda mais evidenciadas ao se analisar as formas que apresenta:

**a) Abuso sexual**

O abuso sexual é o tipo de violência que se pratica para satisfazer o desejo sexual do próprio agressor, podendo ser realizado em um ambiente intrafamiliar ou extrafamiliar, envolvendo contato físico ou não.

Quando praticado no âmbito intrafamiliar, seu combate torna-se muito mais difícil devido ao fato de que, na maioria das vezes, não é denunciada, seja por medo, vergonha, seja para manter a “união familiar”.

**b) Exploração sexual**

A exploração sexual diferencia-se do abuso sexual pelo seu caráter lucrativo, transformando as mulheres em meros objetos comerciais.

São quatro as modalidades de exploração sexual: pornografia, turismo com fins sexuais, prostituição e tráfico para fins sexuais.

- Pornografia é definida como a produção de material fílmico, gráfico ou fotográfico, envolvendo atividade sexual ou partes genitais de uma pes-

soa. A pornografia não é crime no Brasil, mas propicia prática de crimes como o tráfico de mulheres, a exploração sexual de crianças, entre outras.

- Turismo com fins sexuais: define-se como a viagem dentro ou fora de um país, utilizando as estruturas e as redes do turismo comum, com o propósito primordial de manter relações sexuais comerciais com o residente do lugar de destino (UNWTO, on-line).

O turismo sexual é uma atividade altamente lucrativa que envolve diversos setores comerciais legais, dificultando seu combate:

É uma modalidade de exploração que envolve a cumplicidade, por ação direta ou omissão, de agências de viagem, guias turísticos, hotéis, bares, restaurantes, boates, lanchonetes, barracas de praia, garçons, porteiros, postos de gasolina, taxistas, prostíbulo, casas noturnas e de massagem, além da tradicional cafetagem. (GOMES, 2004, p. 19).

Ele também não se encontra tipificado como crime no Brasil, mas, assim como a pornografia, é uma atividade que fomenta a prática de outros crimes.

- Prostituição é definida como “toda atividade na qual uma pessoa troca serviços sexuais por dinheiro ou qualquer outro bem” (REVERÓN, 2008, p. 25). No Brasil, a prostituição é uma atividade lícita, não constituindo crime ou contravenção penal. No entanto, a lei pune quem a favorece, quem contribui para a sua manutenção ou dela se aproveita materialmente;

- Tráfico para fins sexuais: o tráfico de pessoas para fins sexuais não é um crime recente, mas vem agravando-se com a globalização, que tem derrubado as fronteiras geográficas e facilitado o uso de meios de comunicação e transporte. O tráfico de pessoas encontra-se definido no art. 3 do Protocolo Adicional Relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial, Mulheres e Crianças, ou Protocolo de Palermo (ONU 2000, on-line).

[...] o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, de rapto, de fraude, de engano, de abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade ou entrega ou de aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra para fins de exploração, A exploração inclui-

rá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravidão ou práticas similares a escravidão, a servidão ou a remoção de órgãos [...].

Em todas essas modalidades, pode-se constatar como a mulher é coisificada, passando a ser utilizada para satisfazer os desejos e os interesses dos homens.

A violência sexual, entretanto, assume ainda outra função mais cruel quando é utilizada para agredir com maior poder ofensivo à mulher.

Sobre esse ponto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem se pronunciado em repetidas ocasiões, podendo-se citar como exemplo paradigmático o caso “Campo Algodonero”, no qual o Estado do México foi condenado, em 2009, pelo desaparecimento e morte das jovens Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez. Os homicídios contavam com características de mutilação de seios e genitálias, o que caracterizou sobremaneira a violência de gênero (Corte IDH, on-line). A Corte concluiu que os referidos homicídios não se resumiram a fatos relacionados à mera violência contra três pessoas, mas à violência contra três mulheres em razão do fator gênero, que reflete padrões sociais de subordinação feminina.

Nesse caso, pela primeira vez no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos, fez-se referência ao termo “feminicídio” como o homicídio de uma mulher por motivos de discriminação de gênero.

Constata-se, assim, que importantes avanços vêm sendo alcançados, embora o caminho ainda por percorrer seja árduo e longo.

## **Conclusão**

Em pleno século XXI, há muito ainda por fazer para garantir a efetividade dos direitos das mulheres em sua plenitude. A discriminação de gênero contra a mulher continua fortemente presente na sociedade contemporânea, desconhecendo sua qualidade de titular de direitos humanos.

Esse panorama pode ser claramente visualizado na persistência dos casos de violência sexual, cuja causa apresenta relação direta com os valores machistas que permeiam a nossa sociedade e que subjagam e coisificam a mulher.

Observe-se que, das quatro modalidades de exploração sexual contra a mulher que foram apontadas, apenas uma é tipificada como crime no Brasil.



Frente a essa realidade, urge a adoção de leis e políticas públicas destinadas a garantir a superação discriminatória de gênero sofrida pelas mulheres, de forma a resgatar a dignidade de todos os seres humanos, princípio fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro.

## Referências

(CORTE IDH) CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **González e outras (“Campo Algodonero”) vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de Noviembre de 2009. Serie C No.205. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf) Acesso em: 18 ago. 2013.

GOMES, Patrícia Saboya. **Esperança para as crianças do Brasil**: a CPMI da Exploração Sexual apresenta seus resultados. Brasília: Senado Federal, 2004.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Os direitos sexuais e reprodutivos em documentos internacionais. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; JUCÁ, Roberta Laena Costa. COSTA, Andréia da Silva. **Gênero e tráfico de mulheres**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais à saúde sexual e à reprodução: superando a discriminação de gênero. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. (org.) **Dimensões jurídicas da personalidade na ordem constitucional brasileira**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

MILLER, Alice. M. Sexual no reproductivo: explorando la conjunción y disyunción de los derechos sexuales y reproductivos. In: GRUSKIN, Sofía (ed.). **Derechos sexuales y reproductivos, aportes y diálogos contemporáneos**. Lima: Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, 2001.

ONU (2000). **Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm). Acesso em: 12 ago. 2013

\_\_\_\_\_. (1999). **Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx> Acesso em: 20 ago. 2013.

\_\_\_\_\_ (1994). **Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo**. Disponível em: [http://www.unfpa.org/spanish/icpd/icpd\\_poa.htm](http://www.unfpa.org/spanish/icpd/icpd_poa.htm). Acesso em: 18 ago. 2013.

\_\_\_\_\_ (1968). **Proclamação de Teerã**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/teera.htm> . Acesso em: 15 ago. 2013.

REVERÓN, Nayine. **Prostituição: exploração sexual e dignidade humana**. São Paulo: Paulinas, 2008.

RIOS, Roger Raupp. Notas para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade. In: RIOS, Roger Raupp (org.). **Em defesa dos Direitos Sexuais**. Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2007.

SAFFIOTI, Heleieth. Filhas de pais sexualmente abusivos. In: HOLANDA, Heloísa Buarque de; CAPELATO, Maria Helena Rolim (org.) **Relações de gênero e diversidade culturais nas Américas**. São Paulo: EDUSP, 1999.

SCHIOCCHET, Taysa. Marco normativo dos direitos sexuais: uma perspectiva emancipatória. In: BRAUNER, Maria Claudia Crespo (org.). **Biodireito e gênero**. Ijuí: Unijuí, 2007.

TORRES, Carmen. **28 de mayo: derechos sexuales y reproductivos**. Disponível em: <http://www.mujereshoy.com/secciones/2032.shtml> Acesso em: 08 ago. 2013.

UNWTO - World Tourism Organization. **Global code on ethics for tourism**. Disponível em: <http://ethics.unwto.org/en/content/full-text-global-code-ethics-tourism> >. Acesso em: 16 ago. 2013.

WAS. **Declaración del 13avo**. Congreso Mundial de Sexología, 1997, Valencia, España. Disponível em: <http://www.indetectable.org/pages/der-sex.htm> Acesso em 05.a 18 ago. 2013.



# Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional<sup>1\*</sup>

*Antonio Moreira Maués*

## Introdução

Em dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu o julgamento de uma série de casos<sup>2</sup> que modificaram, significativamente, sua compreensão do nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no Direito brasileiro. Embora o Artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988<sup>3</sup> tivesse inovado ao prever a incorporação dos direitos reconhecidos em tratados internacionais, o STF mantivera a jurisprudência firmada sob o regime da Constituição de 1969, segundo a qual os tratados possuiriam o mesmo nível hierárquico das leis ordinárias. A adoção desse entendimento pelo STF não esteve imune a críticas, uma vez que vários autores, interpretando o referido dispositivo constitucional, defendiam a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos (CANÇADO TRINDADE, 1996; PIOVESAN, 1997) ou mesmo seu caráter supraconstitucional (MELLO, 1999).

Os casos que levaram à nova orientação do STF diziam respeito à prisão civil do depositário infiel, prevista no Artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988,<sup>4</sup> que contrastava com o Artigo 7.7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), segundo o qual a prisão por dívidas

1 \*Artigo publicado originalmente em SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos, nº 18, 2013.

2 Cf., por todos, Recurso Extraordinário (RE) nº 466.343 (J. 03/12/2008). Todos os acórdãos citados neste trabalho foram consultados na página do STF na internet: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

3 “Artigo 5º, § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

4 “Artigo 5º, LXVII. Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.”

somente pode ser decretada em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.<sup>5</sup> Durante vários anos, o STF considerou que a norma constitucional não havia sido afetada pela ratificação da CADH, em 1992, pelo Brasil, o que mantinha a validade das normas infraconstitucionais que regulavam essa modalidade de prisão. Atualmente, o STF considera que a prisão civil do depositário infiel é “ilícita”, tendo editado uma súmula vinculante sobre o tema.<sup>6</sup>

A ementa da decisão paradigmática do STF no Recurso Extraordinário (RE) nº 466.343, tomada por unanimidade, nos ajuda a compreender as razões da mudança: “PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentação da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, Inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica*). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

Como se nota, para que o STF decidisse afastar a possibilidade de prisão do depositário infiel, foi necessário modificar o entendimento sobre o nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, a fim de que as disposições constitucionais e infraconstitucionais pudessem ser interpretadas “à luz” da CADH. No exame dos votos dos Ministros, podemos identificar duas teorias que fundamentam essa nova interpretação: para a maioria, os tratados de direitos humanos passam a ter status normativo supralegal, permanecendo em nível hierárquico inferior à Constituição, porém, superior às demais leis; para a minoria, deve ser reconhecida hierarquia constitucional a esses tratados, passando-os a compor, juntamente ao texto constitucional, o bloco de constitucionalidade.<sup>7</sup>

O fato de que a decisão sobre a prisão do depositário infiel tenha sido tomada por unanimidade não diminui o interesse em analisar seus fundamentos, uma vez que ela constitui um precedente que deve reger decisões

5 “Artigo 7.7. Ninguém será detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

6 Súmula Vinculante nº 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

7 Ao final dos debates realizados no decorrer do julgamento, o Min. Gilmar Mendes apresentou um “aditamento ao voto” consagrando, em nome da maioria, a tese da supralegalidade.

futuras sobre a aplicação dos tratados de direitos humanos.<sup>8</sup> Por essa razão, o novo entendimento tem chamado a atenção da doutrina, que aponta a necessidade de que o STF desenvolva um “diálogo” com outros tribunais, especialmente a Corte Interamericana (RAMOS, 2009; SILVA, 2010), ou exerça o controle de convencionalidade das leis (CAMPOS; BASTOS JR, 2011; MAZZUOLI, 2011). Neste trabalho, pretendemos analisar as mudanças que a supralegalidade pode trazer no campo da interpretação da própria Constituição, buscando explorar como essa tese pode ser aplicada de modo mais coerente, com a proteção dos direitos humanos no Brasil. Com esse objetivo, o trabalho divide-se em três partes. Na primeira seção, apresentaremos uma análise da decisão do STF no caso da prisão do depositário infiel, a fim de compreender o significado da categoria da supralegalidade, seguida de uma pesquisa exploratória que visa identificar de que modo a adoção dessa tese vem influenciando a jurisprudência do Tribunal. Na seção seguinte, examinaremos, com base no estudo de outros ordenamentos, a maneira como o nível hierárquico dos tratados de direitos humanos condiciona seu uso na interpretação da Constituição. Na última seção, apresentaremos argumentos em favor da utilização dos tratados de direitos humanos como parâmetros de interpretação constitucional no Direito brasileiro.

## **1. O significado da supralegalidade**

Antes de 1988, o STF havia firmado o entendimento, no julgamento do RE nº 80.004 (J. 01/06/77), de que os tratados internacionais se incorporam ao direito interno no mesmo nível das leis, podendo ser revogados por lei posterior ou deixar de ser aplicados em favor de lei específica. A necessidade de uma construção pretoriana sobre a questão também se deve ao silêncio da Constituição sobre a recepção dos tratados internacionais e seus efeitos no direito interno, uma vez que as normas constitucionais sobre o assunto se limitam a tratar do processo de celebração e de aprovação dos tratados (DALLARI, 2003, p. 46).

O fato de que os julgados do STF sobre a matéria não diziam respeito aos direitos humanos e a inédita menção aos tratados feita pelo art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988 criou a expectativa de que a ratificação desses instrumentos internacionais pelo Brasil provocasse uma mudança no entendimento do STF. Isso, porém, não ocorreu: no julgamento da Ação

8 A importância crescente dos precedentes judiciais no direito brasileiro tem sido destacada, ainda que de formas muito diversas, pela doutrina. Cf. Marinoni (2010) e Streck (2011).

Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 1.347 (J. 05/10/95), o STF recusou a utilização dos tratados internacionais como parâmetro de controle de constitucionalidade, negando que as Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) pudessem fundamentar a declaração de inconstitucionalidade de Portaria do Ministério do Trabalho, e, na ADIn nº 1.480 (J. 04/09/97), o Tribunal reafirmou que não apenas os tratados internacionais estão subordinados à Constituição mas também se situam no mesmo plano de validade, eficácia e autoridade das leis ordinárias (GALINDO, 2002, p. 215-217; MAUÉS, 2008, p. 297-298).

O caso do depositário infiel colocava, contudo, um problema diferente. Ratificada pelo Brasil em 1992, a CADH era *lex posterior* em relação aos dispositivos legais que regulavam essa modalidade de prisão civil. Apesar disso, o STF consolidou o entendimento de que, além de não poder contrapor-se ao permissivo constitucional, a CADH, por ser norma infraconstitucional geral, deveria ser afastada em favor das normas constitucionais especiais sobre prisão civil.<sup>9</sup>

Essa jurisprudência explica, em parte, o pequeno impacto no direito interno da ratificação pelo Brasil dos tratados de direitos humanos, muito pouco utilizados pelo Poder Judiciário nacional. Colocados no mesmo nível das leis ordinárias e sujeitos à cláusula da especialidade, os tratados internacionais de direitos humanos não pareciam oferecer uma boa base para argumentar em juízo.<sup>10</sup>

O tempo que permeia essas decisões daquelas tomadas em dezembro de 2008 foi marcado por algumas mudanças que levaram o STF a reavaliar sua jurisprudência.<sup>11</sup> Destaca-se a promulgação da Emenda Constitucio-

9 Cf., por todos, o Habeas Corpus (HC) nº 72.131 (J. 23/11/95).

10 Também contribuiu para esse quadro o fato de que, somente em 1998, o Brasil reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual julgou, até o presente, apenas cinco casos contra o Estado brasileiro: Ximenes Lopes, em julho de 2006; Nogueira de Carvalho, em novembro de 2006; Escher, em julho de 2009; Garibaldi, em setembro de 2009; e Guerrilha do Araguaia, em novembro de 2010.

11 Anteriormente, em um caso julgado em 2000, a tese da supralegalidade fazia sua primeira aparição no STF. No Recurso em Habeas Corpus nº 79.785 (J. 29/03/00), o Relator, Min. Sepúlveda Pertence admitiu que os tratados internacionais de direitos humanos, ainda que posicionados abaixo da Constituição, deveriam ser dotados de “força supra-legal”, de modo a dar aplicação direta às suas normas, até mesmo contra leis ordinárias, “sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes.” Apesar disso, o julgamento concluiu negando ao duplo grau de jurisdição o caráter de uma garantia constitucional absoluta, limitando, portanto, a aplicabilidade do Artigo. 8.2.h da CADH, segundo o qual, “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”.

nal nº 45, que acrescentou três importantes disposições sobre direitos humanos: a previsão de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos com status de emendas constitucionais, desde que aprovados pelo mesmo quórum exigido para essas emendas;<sup>12</sup> a constitucionalização da adesão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional,<sup>13</sup> e a criação do incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal nos casos de grave violação dos direitos humanos.<sup>14</sup> Embora tratem de temas distintos, as inovações da EC nº 45 tinham em comum a valorização constitucional do direito internacional dos direitos humanos, por meio da expressa possibilidade de atribuição de nível constitucional aos tratados sobre a matéria, da sujeição do país à jurisdição penal internacional, e da criação de novos instrumentos para cumprir com as obrigações do Estado brasileiro no que se refere à proteção dos Direitos Humanos.

O sentido dessas mudanças também foi reconhecido pelo STF. Assim, o Ministro Gilmar Mendes afirma, em seu voto no RE nº 466.343, que a inclusão do § 3º do art. 5º “acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008b, p. 1.144), o que indicava a insuficiência da tese da legalidade ordinária desses tratados e a defasagem da jurisprudência do STF. Em sentido concorrente, o Ministro Celso de Mello destacava que a EC nº 45 “introduziu um dado juridicamente relevante, apto a viabilizar a reelaboração, por esta Suprema Corte, de sua visão em torno da posição jurídica que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos assumem no plano do ordenamento positivo doméstico do Brasil.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008b, p. 1.262).

O ponto comum, compartilhado sem exceção por todos os Ministros, de que o STF deveria reconhecer uma posição privilegiada às normas internacionais de proteção dos direitos humanos não elidia uma polêmica sobre seu nível hierárquico. Superada a tese da legalidade ordinária dos tratados de

12 “Artigo 5º, 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição.”

13 “Artigo 5º, § 4º. O Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

14 “Artigo 109, § 5º: Nas hipóteses de grave violação a direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal”.



direitos humanos, sem que nenhum membro do STF defendesse a tese da supraconstitucionalidade, duas orientações disputaram o entendimento do STF.

Para a minoria, representada pelo voto do Ministro Celso de Mello, os tratados de direitos humanos teriam caráter “materialmente constitucional”, mesmo que eles houvessem sido aprovados antes da EC nº 45, compondo o “bloco de constitucionalidade”. Assim, o novel § 3º do art. 5º, ao atribuir formalmente hierarquia constitucional aos tratados aprovados com base nele, não teria vindo retirar a hierarquia constitucional material dos tratados ratificados anteriormente, reconhecida com base no dever do Estado de “respeitar e promover a efetivação dos direitos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008b, p. 1.217-1.218). Dessa forma, o § 3º teria vindo reforçar a constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, uma vez que não seria razoável colocar, em níveis hierárquicos distintos, tratados que dispõem sobre a mesma matéria.

A posição adotada pela maioria do STF, no entanto, foi a tese da supralegalidade. Entre as razões apresentadas em favor dessa decisão, podemos destacar:

a) a supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, consubstanciado na possibilidade de controle de constitucionalidade, inclusive dos diplomas internacionais;<sup>15</sup>

b) o risco de uma ampliação inadequada da expressão “direitos humanos”, que permitiria uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna;

c) o entendimento de que a inclusão do § 3º do art. 5º implicou reconhecer que os tratados ratificados pelo Brasil, antes da EC nº 45, não podem ser comparados às normas constitucionais.

Apesar disso, a tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção dos direitos humanos, a evolução do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, os princípios do direito internacional sobre o cumprimento de obrigações internacionais não permitiam mais a manutenção

15 Vale observar que a posição defendida pelo Min. Celso de Mello não exclui o princípio da supremacia constitucional, reconhecendo que haveria uma hierarquia interna no bloco de constitucionalidade, o que preservaria os direitos consagrados na Constituição de eventuais restrições a eles imposta por tratados internacionais.

da tese da legalidade, servindo a supralegalidade como uma solução que compatibilizaria a jurisprudência do STF com essas mudanças, sem os problemas que seriam decorrentes da tese da constitucionalidade. Assim, os tratados de direito humanos passam a paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com eles conflitante.

O fato de que, apesar dos fundamentos distintos, todos os Ministros do STF convergiram sobre a ilicitude da prisão do depositário infiel demonstra que, em muitos casos, a opção pela tese da constitucionalidade ou da supralegalidade não levará a decisões diferentes. Contudo, uma consequência da tese da supralegalidade é negar que os tratados de direitos humanos possam servir de parâmetro de controle de constitucionalidade, ou seja, eles não integram o conjunto de disposições com base nas quais se analisa a constitucionalidade das leis e outros atos normativos (CRUZ VILLALÓN, 1987, p. 39-41). Ao contrário, a adoção da tese da constitucionalidade permitiria acionar os mecanismos de controle de constitucionalidade para fiscalizar a validade das leis não apenas perante a Constituição, mas também em relação aos tratados de direitos humanos.

Apesar dessa diferença, um exame mais cuidadoso dos fundamentos da decisão do STF demonstra que existe muita proximidade entre as duas teses. Ao decidir os casos que envolviam a prisão do depositário infiel, o STF não apenas interpretou a legislação infraconstitucional de maneira a compatibilizá-la com a CADH, mas também interpretou a própria Constituição com base nesse tratado. Em decorrência da adoção da tese da supralegalidade, a disposição constitucional que prevê a prisão do depositário infiel teve sua força normativa esvaziada, uma vez que essa figura está sujeita à regulamentação legal para ter plena eficácia. O que o STF fez, ao proibir que o legislador ordinário decida sobre a matéria, foi impedir que a norma constitucional fosse aplicada, salvo a hipótese, quase cerebrina, de que fosse aprovado por emenda constitucional o conteúdo das normas que tratam desse instituto, hoje constantes na legislação civil e processual civil. Mesmo nesse último caso, tal emenda constitucional estaria sujeita à revisão com base no princípio da proibição do retrocesso. Tendo em vista que o legislador não pode regulamentar o instituto da prisão civil sem desprezar a CADH, que é hierarquicamente superior às leis, essa regulamentação tornou-se juridicamente impossível, tal como exemplifica a própria Súmula Vinculante nº 25.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Essa mudança na interpretação da Constituição fica ainda mais evidente quando se contrasta com os fundamentos apresentados pelo Min. Moreira Alves no julgamento do HC nº 72.131: “Sendo, pois, mero dispositivo legal ordinário esse § 7º do artigo 7º da referida

Essa retirada de competência do legislador ordinário implica que o STF modificou a interpretação do dispositivo constitucional, restringindo o alcance da exceção nele prevista. A disposição que trata da prisão do depositário infiel deixou de ser interpretada como uma norma que obrigava o legislador a regulamentar o instituto e nem mesmo passou a ser interpretada como uma norma que lhe faculta essa competência, uma vez que o legislador não pode exercê-la enquanto estiver em vigor no Brasil a CADH. Assim, podemos dizer que o STF reinterpreto a Constituição e estabeleceu uma norma que veda ao legislador ordinário regulamentar o instituto. Por essas razões, vemos que a expressão usada na ementa acima citada é fiel: não apenas a legislação ordinária, mas a própria Constituição foi interpretada “à luz” da CADH.

A análise da decisão do caso do depositário infiel evidencia que, apesar das diferenças entre a tese da constitucionalidade e da supralegalidade, ambas as hipóteses abrem a possibilidade que a Constituição – e não apenas as leis infraconstitucionais – seja interpretada de maneira compatível com os tratados internacionais de direitos humanos. Seria essa decisão um caso isolado? O exame da jurisprudência do Tribunal mostra que, mesmo antes de 2008, já começava a se manifestar uma nova orientação que conferia maior força normativa aos tratados internacionais de direitos humanos. A partir da adoção da tese da supralegalidade, verificamos que esses precedentes se consolidam e novos precedentes são estabelecidos, utilizando os tratados de direitos humanos, especialmente a CADH, para interpretar a Constituição, tal como veremos nos casos abaixo:

a) segundo o Artigo 7.2 da CADH: “Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas”. Esse dispositivo tem sido utilizado pelo STF na interpretação do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII) em casos que envolvem o direito de o condenado recorrer em liberdade. No HC nº 99.891 (J. 15/09/09), o STF concedeu a ordem contra decisão do STJ que havia mantido a execução da pena depois de atendido o duplo grau de jurisdição. Ratificando que o Tribunal não reconhece a possibilidade constitucional de execução provisória da pena, tendo em vista a presunção de inocência, o alcance desta é estabe-

---

Convenção não pode restringir o alcance das exceções previstas no art. 5º, LVII, da nossa atual Constituição (e note-se que essas exceções se sobrepõem ao direito fundamental do devedor em não ser suscetível de prisão civil, o que implica em verdadeiro direito fundamental dos credores de dívida alimentar e de depósito convencional ou necessário), até para o efeito de revogar, por interpretação constitucional de seu silêncio no sentido de não admitir o que a Constituição brasileira admite expressamente, as normas sobre a prisão civil do depositário infiel [...]”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1995b, p. 8.686).

lecido nos contornos da CADH, para reconhecer que ela não assegura ao condenado o direito de sempre recorrer em liberdade, uma vez que cabe a cada sistema jurídico estabelecer, por lei, os casos de prisão cautelar. No Direito brasileiro, isso implica o reconhecimento da excepcionalidade da prisão cautelar, que deve atender aos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal e às razões justificadoras de sua absoluta necessidade;<sup>17</sup>

b) a Emenda Constitucional nº 45 incluiu o direito à razoável duração do processo (Artigo 5º, LXXVIII) entre as garantias fundamentais, direito também reconhecido, de modo mais específico, nos Artigos 7.5 e 7.6 da CADH: “Artigo 7 [...] 5. *Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.* 6. *Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais [...]*”. Antes mesmo da adoção da tese da supralegalidade, o STF passou a utilizar esses dispositivos da CADH em conjunto com a previsão constitucional da razoável duração do processo para decidir em favor do relaxamento de prisão cautelar por excesso de prazo. No HC nº 85.237 (J. 17/03/05), citado como precedente em várias outras decisões, o Ministro Celso de Mello já havia afirmado a importância da CADH como parâmetro para resolver a “tensão” entre a pretensão punitiva do poder público e a aspiração à liberdade, o que se manteve em decisões posteriores;<sup>18</sup>

c) no âmbito das garantias judiciais, a CADH reconhece vários direitos: “Artigo 8.2.b. *“comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada”*, “Artigo 8.2.d. *direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor”*, “Artigo 8.2.f. *direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”*, “Artigo 8.2.h. *direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior*”. Tais dispositivos têm sido utilizados pelo STF para interpretar as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), reconhecendo, entre os meios a ela inerentes, que é inepta a denúncia que não obedece aos padrões previstos na CADH;<sup>19</sup> que o acusado tem o direito de, embora preso, comparecer e

17 No mesmo sentido, HC nº 96.059 (J. 10/02/09), HC nº 99.914 (J. 23/03/10) e HC nº 102.368 (J. 29/06/10).

18 No mesmo sentido, HC nº 95.464 (J. 03/02/09), HC nº 98.878 (J. 27/10/09), HC nº 98.579 (J. 23/03/10) e RHC nº 103.546 (J. 07/12/10).

19 HC nº 88.359 (J. 14/11/06).

assistir aos atos processuais e presenciá-los;<sup>20</sup> que a ausência de citação pessoal do réu pode acarretar a nulidade do processo, pois impossibilita de ele exercer o direito à autodefesa e o direito de escolher livremente o defensor, previstos na CADH;<sup>21</sup> e que não foi recepcionado pela Constituição o art. 594 do Código de Processo Penal, que estabelecia o recolhimento do réu à prisão como condição do recurso de apelação, entre outras razões, por não respeitar o princípio do duplo grau de jurisdição, previsto na CADH;<sup>22</sup>

d) a CADH contém duas importantes disposições sobre a liberdade de expressão: *“Artigo 13.1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei a ser necessárias para assegurar: a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.”*). No julgamento do RE nº 511.961 (J. 17/06/09), o STF decidiu que não fora recepcionada pela Constituição de 1988 a exigência de diploma de Curso Superior para o exercício da profissão de jornalista, prevista no art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972/1969. Nos fundamentos da decisão, o Tribunal faz um amplo uso da CADH, inclusive recorrendo à Opinião Consultiva nº 5 da Corte Interamericana e a decisões da Comissão Interamericana, ressaltando que a interpretação do Tribunal ajustava-se à do sistema interamericano. Assim, o STF interpreta as normas constitucionais referentes à liberdade de expressão e à liberdade de exercício profissional no mesmo sentido, considerando o exercício do jornalismo como manifestação da liberdade de expressão.

Esse conjunto de decisões demonstra que a jurisprudência do STF começa a utilizar, de maneira mais constante, os tratados de direitos humanos para interpretar não apenas a legislação infraconstitucional, mas a própria Constituição. Verifica-se, portanto, que a adoção da tese da supralegalidade permite ir além da necessidade de examinar a compatibilidade das leis com os tratados internacionais. A fim de compreender de que maneira o nível hierárquico dos tratados de direitos humanos influencia a interpretação da Constituição, é oportuno recorrer à experiência de outros países.

20 HC nº 86.634 (J. 18/12/06) e HC nº 93.503 (J. 02/06/09).

21 HC nº 92.569 (J. 11/03/08).

22 RHC nº 83.810 (J. 05/03/09)

## 2. Experiências comparadas

Na seção anterior, vimos que o debate realizado, nos últimos anos, pelo STF teve como eixo a definição do nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil. Embora a adoção da tese da supralegalidade tenha acarretado mudanças na jurisprudência do STF que não seriam possíveis com a manutenção da tese da legalidade, verificamos que várias decisões do Tribunal se aproximam da tese da constitucionalidade no que se refere à interpretação dos dispositivos constitucionais em conjunto com os tratados de direitos humanos, buscando sua compatibilização. Isso nos leva a pensar que o nível hierárquico desses tratados não é a única variável que ajuda a entender seu impacto no direito interno, assim como podemos observar na experiência de outros países.

No âmbito da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), um estudo realizado em 18 países (KELLER; STONE SWEET, 2008) demonstra que todos eles passaram por mudanças estruturais em seus sistemas constitucionais como resultado da recepção da CEDH. Entre as mais significativas, encontram-se a possibilidade de os juízes exercerem o controle de constitucionalidade das leis com base na CEDH; o desenvolvimento de um sistema monista, no que se refere à Convenção, em países tradicionalmente dualistas; e a modificação das visões tradicionais de separação de poderes no que se refere ao papel do Judiciário.

Embora essas mudanças resultem de múltiplos fatores, um dos elementos centrais do processo foi a incorporação da CEDH ao direito interno, que tem como efeito a vinculação dos poderes públicos e a possibilidade de que os juízes passem a aplicar diretamente a Convenção. No que se refere ao nível hierárquico, o estudo indica a importância de que seja reconhecido à CEDH ao menos o status supralegal, a fim de que ela possa estar protegida de leis ordinárias posteriores. Porém, a extensão do uso da CEDH pelos tribunais nacionais não apenas depende de seu nível hierárquico, mas também da maneira como os tribunais utilizam a Convenção para interpretar a Constituição, conforme demonstra a experiência de três países que não reconhecem nível constitucional aos tratados de direitos humanos.

Na Espanha, a Constituição de 1978 estabelece que todos os tratados internacionais encontram-se a ela subordinados, conferindo ao Tribunal Constitucional competência para exercer tanto o controle prévio quanto o sucessivo de sua constitucionalidade (GÓMEZ FERNÁNDEZ, 2004). Ao mesmo tempo, a Constituição define, em seu Artigo 96.1, que os tratados que se incorporam ao direito interno somente podem ser modificados de

acordo com as próprias normas ou com as normas gerais do direito internacional, o que lhes protege de qualquer alteração ou revogação que poderia advir da legislação ordinária.

Tão importante quanto essas disposições para entender o papel dos tratados de direitos humanos no ordenamento espanhol é o Artigo 10.2, segundo o qual: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Na aplicação dessa regra, o Tribunal Constitucional Espanhol (TCE) desenvolveu uma jurisprudência que obriga todos os poderes públicos a interpretar os direitos constitucionais de acordo com os tratados de direitos humanos. Dessa forma, o TCE passou a concretizar o conteúdo dos direitos declarados na Constituição com base nos tratados internacionais, reconhecendo como fundamentais determinadas faculdades nela não explicitadas, tarefa em que também é utilizada a jurisprudência produzida pelos organismos internacionais. Assim, embora os tratados de direitos humanos não possuam o status de normas constitucionais no ordenamento espanhol, o que significa que eles não podem servir de cânone autônomo da validade das normas, eles se tornam parâmetros interpretativos da própria Constituição (QUERALT JIMÉNEZ, 2008; SAIZ ARNAIZ, 2011).

Mesmo na ausência de uma disposição constitucional semelhante à espanhola, a Alemanha também exemplifica o uso de tratados internacionais na interpretação da Constituição. Nesse país de tradição dualista, exige-se um ato específico do Parlamento para que os tratados internacionais vigorem internamente, o que faz que os tratados de direito humanos sejam incorporados como lei federal ordinária. Isso significa que eles não possuem proteção contra lei federal posterior, que, estando situada no mesmo nível hierárquico, implicaria a revogação de seus dispositivos pelo princípio de que lei posterior revoga a anterior. (ABDELGAWAD; WEBER, 2008, p. 117-118; MÜLLER; RICHTER, 2008, p. 165).

A fim de evitar os problemas que poderiam decorrer da revogação de tratados internacionais por leis ordinárias posteriores, o Tribunal Constitucional Federal (TCF) adotou, a partir de 1987, o entendimento de que, embora os tratados não possuam nível constitucional, a interpretação da Constituição deve levar em consideração seu conteúdo e desenvolvimento, uma vez que existe uma obrigação de interpretar as normas infraconstitucionais em harmonia com os compromissos assumidos pela Alemanha perante o direito internacional. No que se refere especificamente aos

direitos fundamentais, o Tribunal estabeleceu ainda que a jurisprudência produzida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) também deve servir como auxílio interpretativo na definição do conteúdo e alcance dos direitos fundamentais e do princípio do Estado de Direito (ABDELGA-WAD; WEBER, 2008, p. 119-120; HOFFMEISTER, 2006, p. 728).

Posteriormente, com a decisão do caso *Görgülü*, em 2004, o TCF deu mais um passo para reforçar a importância dos tratados de direitos humanos na ordem interna. Além de manter o entendimento anterior sobre a necessidade de interpretar a Constituição de maneira harmônica com os tratados internacionais, o TCF passou a admitir que os tribunais nacionais têm o dever de cumprir com os julgamentos do TEDH e levar em consideração a CEDH ao interpretarem a Constituição. O descumprimento desse dever enseja o ajuizamento de uma queixa constitucional ao próprio TCF por violação de direitos fundamentais. Esse entendimento, contudo, não altera a supremacia da Constituição, uma vez que as disposições dos tratados internacionais não podem contrariar os princípios constitucionais fundamentais (HOFFMEISTER, 2006, p. 725-730; MÜLLER; RICHTER, 2008, p. 166-168).

Por fim, o caso do Reino Unido merece atenção pela sua singularidade. Embora tenha sido um dos primeiros Estados a ratificar a Convenção Europeia de Direitos Humanos, o Reino Unido não a havia incorporado ao direito interno, o que ocorreu somente com a aprovação do Human Rights Act (HRA), em 1998, e sua entrada em vigor em 2000. Essa mudança decorria do crescente número de condenações do Estado britânico pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o que tornou necessário criar meios que aprimorassem a proteção dos direitos humanos no âmbito doméstico. O HRA incorpora à ordem interna os direitos da Convenção Europeia nele mencionados e estabelece como dever das autoridades públicas sua observância, possibilitando que os cidadãos defendam esses direitos junto aos tribunais nacionais (BESSON, 2008, p. 36-42).

Formalmente, o HRA encontra-se no mesmo nível hierárquico das demais leis, podendo, assim, ser modificado por atos posteriores do Parlamento. Porém, dois instrumentos neles previstos lhe conferem um status diferenciado na ordem jurídica: o primeiro deles (Artigo 3) estabelece que os tribunais devem interpretar a legislação – tanto anterior quanto posterior ao HRA – de maneira compatível com os direitos reconhecidos pela CEDH, o que significa que, quando mais de uma interpretação da lei for possível, os juízes devem preferir aquela que estiver mais de acordo com a CEDH. O segundo instrumento (Artigo 4) é acionado quando não for possível oferecer uma interpretação da lei conforme a Convenção:



nesses casos, uma “declaração de incompatibilidade” (*declaration of incompatibility*) deve ser proferida pelo tribunal, a qual não afeta a validade da lei, porém incentiva o Parlamento a revisar a lei e autoriza o Executivo a dar início a um processo legislativo acelerado para modificá-la (BESSON, 2008, p. 51-52). O peso político das declarações de incompatibilidade pode ser aferido pelo fato de que todas aquelas que foram proferidas levaram a mudanças na legislação ou à abertura de um processo legislativo (REINO UNIDO. DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, 2006, p. 17; KLUG; STARMER, 2005, p. 721).

É fato que o Reino Unido não possui uma Constituição escrita que estabeleça parâmetros de controle da validade das leis. Apesar disso, o HRA representou uma mudança notável no ordenamento jurídico britânico, pois os direitos previstos na CEDH passaram a ser utilizados pelo Poder Judiciário para interpretar a legislação, adequando seu conteúdo ao HRA ou incentivando sua revisão pelo Parlamento, o que leva alguns autores a classificarem-no como uma lei constitucional (*constitutional statute*) (CLAYTON, 2004, p. 33).

No âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, especialmente no que se refere aos países latino-americanos, destacam-se as diversas vias pelas quais os tratados internacionais de direitos humanos têm sido incorporados ao direito interno. Segundo Brewer-Carías (2006), todas as hipóteses de níveis hierárquicos (supraconstitucionalidade, constitucionalidade, supralegalidade e legalidade) podem ser encontradas nos ordenamentos jurídicos latino-americanos. Além disso, várias Constituições contêm cláusulas prevendo a incorporação dos direitos inerentes à pessoa humana, reconhecendo sua aplicabilidade direta e estabelecendo critérios de interpretação constitucional, de acordo com os tratados internacionais.

Em relação ao último caso, o autor destaca que, mesmo na ausência de previsões constitucionais sobre a hierarquia dos tratados, eles podem vir a adquirir nível constitucional e ser aplicados diretamente em virtude de diferentes regras de interpretação constitucional, tais como aquelas que preveem que os direitos declarados na Constituição devem ser interpretados de acordo com os instrumentos internacionais; as que estabelecem uma orientação geral para a atuação dos órgãos do Estado com relação ao respeito e à garantia dos direitos humanos; e as que estabelecem que os direitos humanos sejam interpretados com base no princípio da progressividade, segundo o qual não se admite interpretação que resulte em diminuição de seu gozo, exercício e proteção efetivos.

Nessa seara, o exemplo mais conhecido é o da Colômbia, cuja Constituição de 1991 contém uma disposição similar àquela citada da Constituição Espanhola: “*Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*” (Artigo 93). Com base nessa disposição, o Tribunal Constitucional Colombiano construiu uma noção própria de “bloco de constitucionalidade”, que possui dois sentidos: no primeiro (*stricto sensu*), o bloco é formado pelos princípios e pelas normas de valor constitucional, isto é, o texto da Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos cuja limitação esteja proibida mesmo durante estados de exceção; no segundo (*lato sensu*), o bloco é formado por todas aquelas normas, de diferente hierarquia, que servem como parâmetro para controlar a constitucionalidade das leis, isto é, os demais tratados de direitos humanos, as leis orgânicas e algumas leis estatutárias. Apesar dessa distinção, o desenvolvimento da jurisprudência do Tribunal considera que todos os tratados internacionais de direitos humanos servem para interpretar os direitos constitucionais, o que inclui a incorporação da jurisprudência de tribunais internacionais, cabendo-lhe harmonizar os direitos reconhecidos na Constituição e nos tratados (UPRIMNY, 2001, p. 19-20).

O ponto comum dos casos apresentados acima é que o nível hierárquico dos tratados de direitos humanos, na ordem interna, não é a única variável a condicionar sua utilização para interpretar a Constituição. Como vimos, mesmo em países que não reconhecem nível constitucional a esses tratados, busca-se interpretar as disposições constitucionais em harmonia com eles. Isso significa que o debate sobre o nível hierárquico dos tratados de direitos humanos no Brasil deve ser complementado com a reflexão sobre sua função hermenêutica em nosso ordenamento.

### **3. Tratados Internacionais de Direitos Humanos como Parâmetro de Interpretação Constitucional**

Além de se beneficiarem do princípio *pacta sunt servanda*, que se encontra na base do direito internacional (art. 26 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados), os tratados de direitos humanos possuem características que tornam necessário ajustar o direito interno dos Estados Partes às normas internacionais. Ao contrário dos instrumentos que somente

criam obrigações recíprocas entre os Estados, esses tratados têm como objetivo a proteção das pessoas, estabelecendo deveres do poder público em relação a seus jurisdicionados. Não se trata de casualidade, portanto, que o conteúdo dos tratados de direitos humanos frequentemente se sobrepõe ao conteúdo das Constituições, uma vez que a garantia dos direitos da pessoa humana é uma área comum aos dois sistemas (BERNHARDT, 1993, p. 25-26; DRZEMCZEWSKI, 1997, p. 20-23; RAMOS, 2004, p. 36-40).

Assim, as obrigações assumidas pelo Estado, ao ratificar um tratado de direitos humanos, impõem examinar se o conjunto de atos praticados pelos poderes públicos, inclusive aqueles de caráter legislativo, respeitam as disposições do tratado. Muitas vezes, a questão central a ser julgada pelo tribunal internacional diz respeito à compatibilidade do direito interno com o tratado, como naquelas situações em que a aplicação de uma lei conduz, inevitavelmente, à violação das normas internacionais (BERNHARDT, p. 30-32), o que demanda sua revisão ou revogação a fim de cessar o descumprimento das obrigações pelo Estado. A consciência dessa repercussão explica a tendência, percebida tanto nos países que integram o sistema europeu de direitos humanos quanto no sistema interamericano, de incorporação desses tratados ao direito interno, e encontra-se consolidada no Artigo 2 da CADH.<sup>23</sup> A incorporação das normas internacionais permite, ademais, que os próprios tribunais nacionais contribuam para garantir o cumprimento das obrigações pelos Estados, quando se lhes reconhece competência para aplicá-las diretamente (KELLER; STONE SWEET, p. 683-688).

A frequência com que surgem problemas de compatibilidade do direito interno com o direito internacional também decorre do caráter aberto das disposições constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, que exigem a delimitação do âmbito e do conteúdo dos direitos garantidos. Tanto o Tribunal Europeu quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos interpretam seus respectivos tratados como “instrumentos vivos”, que devem ser aplicados à luz das condições atuais (KILLANDER, 2010). Essa interpretação dinâmica implica que, constantemente, os tribunais internacionais esclarecem e desenvolvem os princípios e as regras estabelecidos nos tratados, definindo as obrigações que correspondem aos Estados à medida que evolui a aplicação do tratado no âmbito interno, ten-

23 “Artigo 2. *Dever de adotar disposições de direito interno.* Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.”

do a se tornar mais relevante a jurisprudência dos órgãos originalmente encarregados da sua proteção, fornecendo a base para um diálogo entre a jurisdição nacional e internacional sobre a compatibilização do direito interno e internacional (SLAUGHTER, 1994).

Nesse contexto, não é mais possível defender uma visão estritamente hierárquica da relação entre o direito interno e os tratados internacionais de direitos humanos (BOGDANDY, 2008; TORRES PÉREZ, 2009, cap. 3). O desenvolvimento dos sistemas regionais de proteção cria uma dinâmica em que os órgãos nacionais não podem desconhecer o impacto das decisões tomadas pelos tribunais internacionais no âmbito do direito interno, sob pena de o Estado constantemente encontrar-se em situação de inadimplência perante a comunidade internacional. Como o dever de cumprir com as obrigações pelo Estado independe do nível hierárquico que é atribuído ao tratado, é necessária a adoção de critérios hermenêuticos que permitam harmonizar suas disposições com as disposições de direito interno, especialmente as de índole constitucional.<sup>24</sup>

Partindo do pressuposto de que os direitos reconhecidos nos tratados devem ser garantidos pelo Estado aos seus jurisdicionados mesmo que suas disposições não tenham sido incorporadas no direito interno ou, caso isso tenha ocorrido, independentemente do nível que receberam na hierarquia interna, percebemos que o problema gira em torno de saber quais são os direitos que vinculam os poderes públicos, independentemente da origem internacional ou interna da norma. Tanto os “direitos fundamentais”, reconhecidos em uma Constituição, quanto os “direitos humanos”, reconhecidos em um tratado internacional, possuem o mesmo propósito: limitar o uso do poder coercitivo do Estado (LETSAS, 2007, p. 33-35). As perguntas que devem ser feitas pelo juiz que aplica uma disposição constitucional ou internacional, portanto, são as mesmas: o Estado está autorizado a usar seu poder coercitivo nesta determinada situação? Sob esse ponto de vista, a resposta formulada pelo STF, no caso da prisão civil do depositário infiel, é exemplar: o uso da coerção nessa hipótese não está autorizada “à luz” da CADH.

Esse conjunto de elementos e o conhecimento da experiência de outros países nos levam a concluir que a diferença entre as teses da supralegalidade e da constitucionalidade no Direito brasileiro deve ser relativiza-

24 Observe-se que, mesmo a atribuição de nível constitucional aos tratados de direitos humanos não prescinde de critérios hermenêuticos para solucionar eventuais problemas de conflito entre as disposições constitucionais originárias e as disposições internacionais, tal como exemplifica o recurso a critérios como o da “norma mais favorável.”

da. Assim como vimos, a supralegalidade exclui a possibilidade de que os tratados de direitos humanos possam ser utilizados como parâmetro de controle de constitucionalidade, o qual, para o STF, continua sendo formado exclusivamente pela Constituição de 1988. Portanto, o campo em que a diferença entre as teses da supralegalidade e da constitucionalidade pode ser acentuado é eminentemente processual: seja no âmbito do controle pela via incidental, seja no âmbito do controle pela via direta, os tratados internacionais de direitos humanos não podem ser invocados como causa de pedir, a menos que tenham sido incorporados ao ordenamento jurídico como emenda constitucional, tal como previsto no art. 5º, § 3º.

Contudo, a jurisprudência do STF indica que os tratados de direito humanos são utilizados não apenas como parâmetro para interpretar as normas infraconstitucionais, mas também as normas constitucionais. Os institutos da prisão civil do depositário infiel, da presunção de inocência, da razoável duração do processo, do contraditório e da ampla defesa, e das liberdades de imprensa e exercício profissional, nos casos acima relatados, foram interpretados de maneira a torná-los compatíveis com a CADH, ensejando o reconhecimento de novos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. Isso significa que o STF utiliza os tratados de direitos humanos como *parâmetros de interpretação constitucional*,<sup>25</sup> uma vez que eles fornecem critérios hermenêuticos para definir o conteúdo das normas constitucionais. Ao julgar a validade de atos do poder público perante a Constituição, o STF analisa os direitos humanos reconhecidos nos tratados internacionais para definir de que maneira as disposições constitucionais devem ser interpretadas.

A utilização dos tratados de direitos humanos como parâmetros de interpretação constitucional também oferece respostas aos possíveis problemas de compatibilização entre as disposições constitucionais e internacionais, pois permite que o STF harmonize esses conjuntos normativos com base naquela interpretação que ofereça a melhor proteção dos direitos humanos. Com isso, preserva-se, ademais, a integridade do sistema jurídico brasileiro, uma vez que o Estado deve atuar sempre de modo coerente com os princípios que justificam suas ações (DWORKIN, 1999). Assim, a ratificação de um tratado de direitos humanos pelo Brasil implica que novos princípios terão de ser considerados na interpretação constitucional, o que vai exigir o reconhecimento de outros direitos e a extensão de direitos

25 A importância dessa categoria para compreender as relações entre Constituição e tratados internacionais é destacada por Gómez Fernández (2004, p. 359-361).

já reconhecidos, como previsto pela própria Constituição em seu art. 5º, § 2º. Isso significa que, algumas vezes, o Judiciário terá de rever sua jurisprudência em busca de coerência com o conjunto de princípios que regem o direito brasileiro, afastando aqueles precedentes que se mostrem incompatíveis com uma interpretação mais atualizada dos direitos fundamentais.

## Conclusão

A incorporação dos tratados de direitos humanos ao direito interno é um fator que contribui para que os Estados cumpram com suas obrigações nessa área. Neste trabalho, procuramos explorar de que maneira a adoção da tese da supralegalidade pode contribuir para o aperfeiçoamento da proteção dos direitos humanos pelo Estado brasileiro. A partir da análise da jurisprudência do STF, identificamos que a supralegalidade possibilita que os tratados de direitos humanos sejam utilizados não só para interpretar as disposições legais, mas também a própria Constituição. Em sequência, verificamos que a experiência de outros países indica que o nível hierárquico atribuído ao tratado não é determinante para essa utilização, tendo em vista a exigência de compatibilizar a Constituição com os tratados internacionais. Por fim, defendemos que os tratados de direitos humanos devem servir de parâmetro de interpretação constitucional no Direito brasileiro, permitindo a harmonização das disposições constitucionais e internacionais.

Cabe observar, ainda, que o uso dos tratados internacionais não deve ficar restrito ao STF, devendo servir de pauta interpretativa para todos os órgãos judiciais. Além disso, os poderes públicos devem ampliar seu conhecimento do direito internacional dos direitos humanos, especialmente do sistema interamericano (BERNARDES, 2011, p. 141-146), a fim de que sejam respeitados os compromissos assumidos pelo Brasil. No âmbito do processo legislativo, isso exige que seja feita a análise da compatibilidade dos projetos de lei com os tratados de direitos humanos e, no âmbito do Poder Executivo, que sejam anulados os atos administrativos que contrariem tais tratados. Explorada nesse sentido, a supralegalidade pode oferecer muitos caminhos pelos quais transite o aprimoramento da proteção dos direitos humanos no Brasil.

## Referências

### *Bibliografia e outras fontes*

ABDELGAWAD, Elisabeth Lambert; WEBER, Anne. The Reception Process in France and Germany. In: KELLER, Helen; STONE SWEET, Alec (Eds.). **A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

BERNARDES, Marcia Nina. Sistema Interamericano de Direitos Humanos como Esfera Pública Transnacional: Aspectos Jurídicos e Políticos da Implementação de Decisões Internacionais. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, vol. 8, n. 15, 2011, p. 134-156, dez.

BERNHARDT, Rudolf. The Convention and Domestic Law. In: MACDONALD, R. St. J.; MATSCHER, F.; PETZOLD, H. (eds.) **The European System for the Protection of Human Rights**. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

BESSON, Samantha. The Reception Process in Ireland and the United Kingdom. In: KELLER, Helen; STONE SWEET, Alec (Eds.). **A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

BOGDANDY, Armin von. Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, vol. 6, n. 3, 2008, p. 397-413, jul-out.

BREWER-CARÍAS, Allan R. La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, México. D.F., n. 6, p. 29-78, 2006, jul-dez.

CAMPOS, Thiago Yukio; BASTOS JR, Luiz Magno Pinto. Por uma delimitação conceitual do controle judicial de convencionalidade no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: diálogos entre ordem interna e internacional. In: ANNONI, Danielle (Org.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos: Homenagem à Convenção Americana de Direitos Humanos**. São Paulo: Conceito Editorial: 2011..

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (Ed.). **A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro**. San José: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996.

CLAYTON, Richard. Judicial deference and “democratic dialogue”: the legitimacy of judicial intervention under the Human Rights Act 1998. **Public Law**, London, 2004, p. 33-47, Spring.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. **La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1818-1939)**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

DALLARI, Pedro. **Constituição e Tratados Internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DRZEMCZEWSKI, Andrew Z. **European Human Rights Convention in Domestic Law. A Comparative Study**. Oxford: Clarendon Press, 1997.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar. **Conflicto y cooperación entre la constitución española y el derecho internacional**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

HOFFMEISTER, Frank. Germany: Status of European Convention on Human Rights in Domestic Law. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, vol. 4, n. 4, p. 722-731, 2006, out.

KELLER, Helen; STONE SWEET, Alec (Eds.). **A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

KILLANDER, Magnus. Interpretação dos Tratados Regionais de Direitos Humanos. **Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, vol. 7, n. 13, p. 149-175, 2010, dez.

KLUG, Francesca; STARMER, Keir. Standing back from the Human Rights Act: how effective is it five years on? **Public Law**, London, p. 716-728, 2005, Winter.



LETSAS, George. **A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAUÉS, Antonio Moreira. Perspectivas do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. In: NUNES, António José; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **O Direito e o Futuro - O Futuro do Direito**. Coimbra: Almedina, 2008.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Conventionalidade das Leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. "O § 2º do art. 5º da Constituição Federal". In: Ricardo Lobo Torres (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999..

MÜLLER, Felix; RICHTER, Tobias. Report on the Bundesverfassungsgericht's (Federal Constitutional Court) Jurisprudence in 2005/2006. **German Law Journal**, vol. 9, n. 2, p. 161-193, fev. Disponível em: <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=897>. Acesso em: 14 ago. 2012.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1997..

QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. **La interpretación de los derechos: Del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008..

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004..

\_\_\_\_\_. O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009..

REINO UNIDO. DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS. **Review of the Implementation of the Human Rights Act**. London: DCA, 2006..

SAIZ ARNAIZ, Alejandro. 2011. La interpretación de los derechos fundamentales *de conformidad* con el derecho internacional de los derechos

humanos. **Hendu**, vol. 2, n. 1, p. 20-42. Disponível em <http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/664/938>. Acesso em: 14 ago. 12.

SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. **University of Richmond Law Review**, Richmond, v. 29, 1994, p. 99-137.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TORRES PÉREZ, Aida. **Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication**. Oxford: Oxford University Press, 2009..

UPRIMNY, Rodrigo. **El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal**. Disponível em: <[http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=sistema\\_judicial&publicacion=72](http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=sistema_judicial&publicacion=72)>. Acesso em: 12 jul. 2013.

## *Jurisprudência*

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1977. **Recurso Extraordinário nº 80.004**.

\_\_\_\_\_. 1995a. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.347**.

\_\_\_\_\_. 1995b. **Habeas Corpus nº 72.131**.

\_\_\_\_\_. 1997. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480**.

\_\_\_\_\_. 2000. **Recurso em Habeas Corpus nº 79.785**.

\_\_\_\_\_. 2005. **Habeas Corpus nº 85.237**.

\_\_\_\_\_. 2006a. **Habeas Corpus nº 88.359**.

\_\_\_\_\_. 2006b. **Habeas Corpus nº 86.634**.

\_\_\_\_\_. 2008a. **Habeas Corpus nº 92.569**.

\_\_\_\_\_. 2008b. **Recurso Extraordinário nº 466.343**.

- \_\_\_\_. 2009a. **Habeas Corpus nº 95.464.**
- \_\_\_\_. 2009b. **Habeas Corpus nº 96.059.**
- \_\_\_\_. 2009c. **Recurso em Habeas Corpus nº 83.810.**
- \_\_\_\_. 2009d. **Habeas Corpus nº 93.503.**
- \_\_\_\_. 2009e. **Recurso Extraordinário nº 511.961.**
- \_\_\_\_. 2009f. **Habeas Corpus nº 99.891.**
- \_\_\_\_. 2009g. **Habeas Corpus nº 98.878.**
- \_\_\_\_. 2010a. **Habeas Corpus nº 99.914.**
- \_\_\_\_. 2010b. **Habeas Corpus nº 98.579.**
- \_\_\_\_. 2010c. **Habeas Corpus nº 102.368.**
- \_\_\_\_. 2010d. **Recurso em Habeas Corpus nº 103.546.**

# Alguns aportes das teorias feministas à noção da representação

*Eduardo Rabenhorst*

## Introdução

Em **A sociedade do Espetáculo**, o cineasta e teórico francês Guy Debord parte de um aforismo famoso segundo o qual a marca da sociedade capitalista contemporânea é o espetáculo. Nas condições atuais de produção, diz Debord (1997, 13), “Tudo que era vivido diretamente tornou-se uma representação”. A frase do teórico francês expressa muito mais que a mera denúncia da profusão de imagens na vida contemporânea: ela é a constatação de que o espetáculo é um estágio no desenvolvimento do Capitalismo, isto é, do fato de que atualmente o Capitalismo tem sua mercadoria menos na coisa e mais na imagem que dela é produzida.

No veredicto traçado por Debord (1997), sobressai a importância da categoria da representação, sobretudo da representação imagética, como característica fundamental de nosso tempo. A bem da verdade, o ser humano sempre se utilizou de representações para atribuir significado às coisas e às relações. Porém, não se pode negar que o ato de representar, bem como as implicações que ele enseja, vem se tornando bem mais complexo. O propósito deste artigo não é discutir as questões atinentes ao engenho da representação propriamente dita ou mesmo pensar a complexa tese de que vivemos na era da predominância das imagens, aliás, já abordada por muitos autores contemporâneos, a exemplo de Jean Baudrillard (1991) e F. Jameson (2001). Interessa, na realidade, conectar uma discussão mais abrangente sobre o ato de representar – o que é, como se verifica, quais são os seus limites – com as reflexões propostas por algumas teóricas feministas sobre o tema, especialmente, no que concerne à representação das mulheres.

## 1. Problematizando a representação

As primeiras discussões sobre o tema da representação na cultura clássica grega, que concernem mais ao campo artístico do que ao plano da

política, já trazem consigo inúmeras indagações. Se um dos primeiros significados do ato de representar é tornar presente aquilo que está ausente, estar-se-ia, portanto, diante de uma impossibilidade? De que maneira é possível tornar presente o que está ausente? A única possibilidade, parece, seria fazê-lo alegoricamente, no sentido exato da palavra: *dizer o outro*. A representação, no entanto, e é isso que vem a torná-la problemática, não pretende apenas *dizer o outro*, mas *dizer pelo outro*. O representante é, assim, ao mesmo tempo um *lugar-tenente* e um *porta-voz*<sup>1</sup>.

Em português, a palavra representação expressa, em primeiro lugar, a ação ou efeito de expor, exibir, figurar, produzir ou simular uma imagem de algo (JACOB, 1990). Tal significado diz respeito aos aspectos mentais, linguísticos e artísticos (representar algo por meio de pensamento, palavra, símbolo ou imagem) inerentes ao processo de representação. Do ponto de vista filosófico, especialmente nas esferas da epistemologia e da estética, a categoria da representação enseja uma série de complicados problemas teóricos, uma vez que ela supõe, simultaneamente, movimentos de “presentificação” e de repetição.

Inicialmente, no ato de representar, deve sempre existir uma distância entre o elemento que representa ou substitui e aquilo que é representado ou substituído. Tal dissociação, na verdade, é a razão mesma de ser da representação. Do contrário, haveria uma fusão entre o representante e o representado, que tornaria a representação inútil, como o mapa fabulado por Jorge Luis Borges (1982), que, de tão perfeito, correspondia exata e exaustivamente ao tamanho do império que se propunha modelar. Mapa dispensável, portanto, uma vez que o êxito completo de uma representação condenaria esta última à inutilidade. Ou, em outras palavras, a relação de perfeita equivalência entre a representação e o objeto representado retira a razão de ser daquela.

Outro problema reside na sutil, porém crucial, distinção feita por algumas línguas germânicas entre a representação no sentido de tornar presente ou visível algo que já existe e a representação como criação de um acontecimento original. Essa nuance semântica é de fundamental importância para os estudos de representação no teatro, por exemplo, visto que esta existe apenas no presente, isto é, na medida em que uma encenação,

1 O termo latino *repraesentatio*, originado no campo do direito, também alude a essa ideia de uma presença ausente. O representante, seja ele procurador, tutor ou guardião, é aquele que fala e age em nome de outro. Contudo, o termo em latim também conota a ideia de similitude ou semelhança. No final do Império Romano, há, em todas as cidades do Império, uma estátua do imperador que ostenta o título de *divus*, e que através de seus traços representa os traços do deus. No cristianismo, por sua vez, é por similitude representativa, como diz Agostinho, que conhecemos a Deus, e não diretamente. (Encyclopédie philosophique universelle, 1990).

mesmo que partindo de um texto prévio, põe diante dos olhos dos espectadores algo novo e único, um acontecimento absolutamente original.

Na língua inglesa, o termo *performance (to perform)* expressa bem essa ideia contida na dinâmica teatral de uma ação produzida *no e pelo* ato mesmo de sua apresentação<sup>2</sup>. A ação teatral seria, nesse sentido, performativa, na medida em que é capaz de criar realidades novas. Umberto Eco (1989), no entanto, justifica a permanência do uso no italiano, tal como ocorre no português, do termo representação (*rappresentazione*) no teatro, exatamente porque, segundo ele, chamar a ação teatral de performance acentuaria suas características de execução, porém diminuiria suas características de ostentação de uma realidade ficcional.

Prosseguindo com a problematização, voltemos à ideia inicial de representação como substituição de algo ou alguém que se encontra ausente. Ao transferir esse sentido para as áreas da Política e do Direito, o ato de representar aparece como um mandato ou uma delegação que habilita alguém ou uma entidade a agir no lugar de outra pessoa ou de outra entidade (TENZER, 1994). Também nesse contexto aparece mais um emaranhado de problemas teóricos, dessa vez bastante familiar aos juristas e aos cientistas políticos. O que significa, afinal, atuar em nome de outrem? A dificuldade surge claramente nos debates sobre a distinção entre aquilo que, no campo do Direito processual, pode ser chamado de “atuação substitutiva condicionada” e “atuação substitutiva independente”. De fato, os representantes políticos, por exemplo, deveriam atuar nos próprios termos, isto é, como ocupantes de um lugar ou deveriam atuar apenas, resritamente, como delegados, tão somente reproduzindo as opiniões e os interesses daqueles que os elegeram?

Hanna Pitkin (2006) chama atenção para o fato de que, na língua alemã, diferentemente do que ocorre no inglês (ou no português, poderíamos acrescentar), existem três palavras para expressar distintos aspectos da representação: *darstellen*, *vertreten* e *repräsentieren*. Segundo a autora, *darstellen* significa retratar ou colocar algo no lugar de; *vertreten* designa a atuação como agente de alguém; e *repräsentieren*, a representação de interesses estatais mais elevados. Assim, interesses privados seriam representados no segundo sentido, enquanto interesses públicos seriam *repräsentieren*.

Imprecisão semântica, somada a tantos problemas teóricos, não poderia ter ensejado outra coisa senão o que se convencionou chamar contemporaneamente de “crise da representação”. Tal expressão faz referência a um

2 Sobre o tema, vide Carlson 2010.

leque imenso de aspectos, como mostra Pierre Glaudes (1999) em obra sobre o assunto, tendo como elemento unificador a denúncia da separação irreduzível existente entre o homem, suas capacidades de simbolização, e o real.

No nível da estética, a crise da representação pode ser traduzida pelo fato de que a arte há muito, abandonou a pretensão de querer ser representativa. A Linguística, por sua vez, já não supõe a interdependência clássica entre a linguagem e a realidade.

Já no campo da política, a expressão “crise da representação” designa outro amálgama de temas e problemas, relacionado com os desafios de se criar e manter instituições livres e de se assegurar que os eleitos representem os eleitores, bem como os mandatários representem os mandantes. Muitas constituições contêm dispositivos que afirmam que a soberania do povo ou da nação é exercida por *representantes* ou mesmo que a constituição é *representativa*. Assim, malgrado os diversos problemas teóricos, segue-se com uma perspectiva, senão descritiva, ao menos normativa da representação. Onde que a expressão “crise da representação” não expressa a obsolescência pura e simples desse conceito, mas apenas a tendência contemporânea de repensá-lo.

Uma boa pista de trabalho é começar a pensar a representação em termos *ficcionais*, aliás, como tinham em mente os juristas medievais no momento de criação do vocábulo (ARNAUD, 1999). A importância da ficção no Direito, por exemplo, que não passou despercebida a Kelsen e a Perelman, conhece novo interesse por parte dos juristas contemporâneos, especialmente, entre aqueles que se dedicam a discutir lugar do imaginário no campo jurídico. Sobre esse aspecto, Bernard Edelman (2007) tem uma obra interessante.

## 2. Teorias feministas e representação

Uma das acepções do termo representação em português, que coincide com outras línguas latinas, é exatamente o de queixa fundamentada ou reclamação, em que se exige de uma autoridade um direito ou um benefício ou se endossa um projeto qualquer (AULETE, 1980). Na França do Antigo Regime, existiram os famosos **Cadernos de queixas e reclamações**, nos quais eram consignadas as representações e os protestos da população dirigidos ao rei pelos Estados Gerais ou Provinciais. Durante o período revolucionário, tais cadernos foram um canal importante de expressão de reivindicações igualitárias por parte das mulheres francesas. Os **Cadernos** formam, pois, fazendo um trocadilho, “representações” que postulam uma “representação”: ao tempo em que eles expressam queixas concernentes aos problemas diariamente enfrentados por essas mulheres, eles formu-

lam também reivindicações por visibilidade política e pertencimento das mulheres ao corpo-nação francês, naquele momento em reconfiguração.<sup>3</sup>

Interessante pensar que muitas dessas representações são apócrifas. O anonimato ou o uso de pseudônimos, sem falar no recurso de dissipar autoria de um texto sugerindo ser o mesmo uma tradução, foram estratégias comumente utilizadas por mulheres que ousavam escrever nesse período. Um dos mais famosos cadernos, produzido na província de Caux por uma suposta Madame B\*\*\* B\*\*\*, cuja autoria jamais foi identificada, reivindica a admissão das mulheres nos Estados Gerais a partir de um argumento de autorreferencialidade, que remete à necessidade de identidade de interesses entre representantes e representados. No entender da reclamante, do mesmo modo que um nobre não poderia representar um plebeu nas decisões políticas, um homem tampouco poderia representar uma mulher:

[...] estando justamente demonstrado que um nobre não pode representar um plebeu e vice-versa, do mesmo modo que um homem não poderia, com maior equidade, representar uma mulher, dado que os representantes devem ter absolutamente os mesmos interesses dos representados, por conseguinte, as mulheres só poderiam ser representadas por mulheres (BONACCHI E GROPPi, 1995, 92).

Já se pode ter aqui uma breve ideia do emaranhado de problemas que envolvem o conceito de representação na esfera política, para os quais Hanna Pitkin (1967 e 2006) chamou tanta atenção. No entendimento moderno e liberal do processo democrático, a noção de representação está articulada à delegação de poderes, por meio de votos, a um conjunto proporcionalmente reduzido de indivíduos, na expectativa de que estes *representem*, isto é, *ajam no lugar e defendam interesses* dos eleitores.

A reflexão teórica feminista contemporânea, especialmente aquela produzida por autoras que abraçam uma postura dita pós-estruturalista, vem desempenhando um papel importante na crítica ao conceito de representação. Na realidade, as conhecidas lutas feministas por justiça distribu-

3 O mesmo argumento será retomado por Olympe de Gouges em 1791 em sua *Declaração dos direitos da Mulher e da cidadã* e por alguns pensadores iluministas, dentre os quais Condorcet. Para o pensador francês, o direito natural e os princípios de uma república exigem a participação de todos os indivíduos. Por outro lado, estes não podem ser representados senão por aqueles que possuem os mesmos interesses. Vide Condorcet, De Gouges e De Lambert (1993) e Bonacchi (1995).



tiva e reconhecimento intersubjetivo<sup>4</sup> inscrevem-se também no horizonte de uma luta por representação nas suas variadas conotações: representação política, é claro, mas também representação social, estética e como princípio semiótico, segundo o qual algo substitui uma coisa ausente.

Situadas na órbita dos chamados “estudos culturais”, muitas teóricas feministas, assim como muitos estudiosos das questões de raça, de sexualidade e de colonialismo, têm denunciado os mecanismos políticos da representação. Afinal, o que significaria representar? Quais regras, parâmetros, esquemas ou convenções determinariam as representações? Quem teria a prerrogativa de representar? Toda representação não seria, no fundo, uma construção que refletiria posições, poderes e interesses dominantes?

É interessante lembrar que Foucault (1985), em **As palavras e as coisas**, ao discutir o surgimento das ciências sociais a partir de uma análise do significado da representação nos âmbitos da linguagem e da pintura na cultura ocidental em diferentes épocas, sustenta que a função representativa tornou-se problemática no final do século XVI. Desde então, teria ocorrido uma cisão entre a linguagem e o mundo: o sujeito representante, isto é, o homem, tomando consciência de sua existência, transformou ele mesmo em objeto. Para Foucault, a melhor alegoria dessa transformação seria o intrigante quadro de Velazquez, “Las meninas” (1656), no qual o pintor espanhol retratou uma cena da família do rei Filipe IV de modo bastante inusitado: o pintor se introduziu na tela e, com o auxílio de um espelho, que reflete o que se passa fora dela, fez que a representação viesse a representar a si mesma.

No campo das teorias feministas, o tema da representação parece ser discutido ao menos em três grandes planos: (1) representação social, que remete à representação do próprio feminismo enquanto movimento social e político; (2) representação política, que compreende as discussões acerca da identidade entre o sujeito que representa e os interesses das pessoas representadas, bem como o complexo modelo de representação que busca tornar presente aquilo que está ausente; (3) representação estética, que abrange as discussões da representação no campo da arte.

## 2.1 Representação social

A categoria da representação em termos do que se convencionou chamar de “representações sociais” consiste em formas de conhecimento

4 Na acepção que Emmanuel Renault e Axel Honneth atribuem à expressão: Renault (2004) e Honneth (2006).

socialmente construídas que concorrem à elaboração de uma realidade, por assim dizer, mental, comum a um conjunto social. O ressurgimento desse conceito remete à obra seminal de Serge Moscovici, qual seja, **La Psychanalyse, son image, son public**, que se insere no campo da Psicologia Social e inaugura, no fim da década de 60, a chamada teoria das representações sociais. As representações sociais, assim concebidas, permitem captar os significados que as pessoas, em suas vidas cotidianas, atribuem, de forma mais ou menos coletiva, aos fenômenos sociais que as cercam. Tais representações são expressas por discursos que definem e ensejam interpretações as mais diversas possíveis de todos aqueles fenômenos que, de alguma maneira, concernem à vida em sociedade.

Ao aproximarmos a categoria de representações sociais ao conceito de gênero e de feminismo, é possível constatar que, entre os discursos construídos socialmente sobre o feminismo e as identificações mais pessoais com as injustiças sofridas pelas mulheres, há um enorme abismo. Em outras palavras, é comum que as representações sociais, em torno do feminismo, reflitam um julgamento *a priori* negativo, enquanto que algumas reivindicações desse movimento são percebidas como justas, apesar de estarem inseridas neste contexto de negatividade.

Essa constatação se fundamenta, sobretudo, nas observações cotidianas do “mundo da vida” (HABERMAS, 1999). É muito comum, ao curso de conversas que envolvam tal sujeito, que as pessoas que defendem alguma posição sobre direitos da mulher iniciem suas falas com observações como: “não que eu seja feminista, mas...”. Ora, normalmente empregamos esse tipo de alerta, no caso, uma conjunção adversativa, quando tememos ser identificados com algo ruim, tal como na frase “não que eu seja preconceituoso, mas...”. Discursivamente, é comum que o “feminismo” já esteja *a priori* marcado pela negatividade.

Trata-se, então, de tentar compreender por que o feminismo ensaja comumente uma reação hostil, inclusive entre as próprias mulheres, mesmo quando as suas reivindicações parecem justas e legítimas. Em outras palavras, interessa indagar por que o feminismo não corresponde às expectativas existentes em torno de como deveriam ser as relações entre homens e mulheres ou de como as mulheres gostariam de ser vistas.

Hipoteticamente, faremos algumas suposições com base nas possibilidades de exercício da imaginação sociológica (MILLS, 2006), que nos permite articular problemas sociais com os nossos dilemas pessoais.

Assim, uma primeira suposição pode ser assim colocada: a justificativa discursiva de não ser feminista encontra uma razão no receio

apresentado por algumas mulheres de serem associadas à ampla gama de lutas políticas contemporaneamente vinculadas ao movimento feminista. Supostamente, a adesão a tais propostas poderia contrariar valores que muitas não gostariam de abrir mão, tais como feminilidade e um projeto de vida pautado pelo desejo de casamento e de maternidade.

Uma segunda suposição, que não se desvincula da primeira, diz respeito à existência de certa resistência à aceitação de novos modelos de família, que inclui a união/casamento de pessoas gays, famílias mononucleares, entre outros arranjos. Tal resistência pode ser facilmente associada, entre outros fatores, a tensões decorrentes de alguns modelos religiosos que condenam as possibilidades acima mencionadas e colocam muitas pessoas na difícil situação de se verem obrigadas a realizar escolhas complicadas.

Traduzindo em hipóteses discursivas, poderíamos, pois, pensar em justificativas como: “não que eu seja feminista e concorde com a descriminalização do aborto ou defenda a legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo, porém, ainda assim, acredito que as mulheres sofrem injustiças”, frise-se, “mesmo sem ser feminista”.

As críticas à principal obra de Simone de Beauvoir, **O segundo sexo**, ilustram bem o fato de que as reações acima descritas, guardadas as devidas proporções, apresentam alguma semelhança com aquelas que tiveram lugar da década de 50. Como nos narra a própria autora (2010), não foram poucas as acusações por ela sofridas de corrupção dos bons costumes, desconsideração dos sentimentos maternos existentes entre mãe e filha e incentivo à promiscuidade. Justificativas como as que se seguem, apresentadas por Beauvoir, nos permitem perceber as críticas feitas à época ao que hoje podemos chamar de pensamento feminista:

[...] eu teria negado todo valor ao sentimento maternal e ao amor: não. Eu pedi que a mulher os vivesse de forma verdadeira e livre, tendo em vista que normalmente eles servem de alibi para que ela se aliene, ao ponto que a alienação permanece, o coração já tendo secado. Eu preguei a liberdade sexual, mas eu nunca aconselhei a ninguém dormir com quem quer que seja, aonde quer que seja; o que eu penso é que nesse domínio as escolhas, os consentimentos, as recusas não devem obedecer às instituições, às convenções, aos interesses (tradução dos autores) (BEAUVOIR, 2010, 228).

O que se pode, portanto, perceber, mais uma vez valendo-nos das representações sociais associadas ao exercício da imaginação sociológica, é que tais discursos hipoteticamente formulados apontam para um reconhecimento de que, ao menos parcialmente, os movimentos feministas tinham razão. Em outras palavras, é possível supor certo consenso quanto ao fato de que não se tolera mais determinados níveis de submissão das mulheres aos homens. Porém, devido à diversidade de movimentos aos quais se pode atribuir o status de “feminista” e a amplitude que vem ganhando esse conceito, a identificação com o feminismo pode implicar a aceitação da ampla gama de propostas associadas a esse movimento.

De maneira muito superficial, poderíamos afirmar, sem pretensões conclusivas, que o ponto de tensão entre as representações sociais do feminismo e a identificação das mulheres com algumas propostas feministas reside na dificuldade de desconstrução de alguns paradigmas. Ou, para dizê-lo com Bourdieu (2009), poderíamos falar em um *habitus* masculino, isto é, um modo de agir masculino, já consolidado e que impediria a desnaturalização de algumas construções sociais, tais como o casamento ou a maternidade. Esta, mesmo dependendo de elementos biológicos, tem seu componente social no fato de que pode ser encarada como uma escolha. A discussão, no entanto, é bastante complexa e não se pretende saturá-la aqui, pois sempre se pode invocar o argumento da escolha consciente ou da negação consciente da desconstrução.

## *2.2 Representação política*

No momento histórico de eclosão das reivindicações de direitos das mulheres, século XVIII, portanto, a identidade feminina (o que hoje seria chamado mais de subjetivação) não era exatamente um problema – a não ser em termos de sua representação negativa, isto é, a mulher como criatura não apta a ocupar a esfera pública e a fazer política. Contemporaneamente, ao contrário, ela passou a ser seriamente questionada, mormente com a aparição dos ditos *Gender studies* e especialmente do que se convencionou chamar de *queer theory*. Esses questionamentos acerca de processos de subjetivação trazem novos e complexos problemas para a categoria da representação.

Judith Butler, considerada por muitos como a principal teórica dos estudos de gênero, criticou duramente a representação da mulher enquanto categoria estável e permanente. Partindo das teses de Foucault sobre a constituição da subjetividade, Butler (1997) entende que toda representa-

ção é função normativa, de tal sorte que não existe “a mulher” antes de sua formação discursiva. Em outros termos, é a própria representação que produz os sujeitos que ela supostamente pretende apenas representar.

Em um segundo momento, seguindo a crítica de J. Derrida (1973) ao conceito de representação, Butler (1997) sustenta que o gênero é construído performativamente, isto é, que ele toma corpo não por uma ação única, mas por meio de reiterações, de tal sorte que ele é sempre uma citação, incapaz, como tal, de repetir o original ausente. O gênero é produção ritualizada, performance.

Como consequência prática, se inexistente “a mulher”, enquanto categoria mais ou menos universal que fornece uma identidade clara no interior da dualidade sexual, o feminismo entra numa “crise” sem precedentes. Como sempre ocorre nesses casos, alguns acreditam que a crise seria positiva, visto que com ela outros e novos sujeitos também poderiam passar a representar o feminismo, tais como os *gays* e os transexuais, por exemplo. As feministas mais tradicionais, no entanto, manifestam resistências em relação a essa ideia nominalista segundo a qual “mulher” é apenas uma palavra e, como tal, pura ficção. Afinal, qual seria o fundamento de uma política feminista que desconstruísse o sujeito feminino?

Uma possível saída para o impasse é flexibilizar a categoria “mulher”, passando do sujeito abstrato ao sujeito concreto, reconhecendo, assim, que se a mulher não existe como universal, isto é, como sujeito uno, existem, no entanto, mulheres concretas, heterogêneas, múltiplas, que compartilham, cada uma a seu modo, uma série de opressões, e que podem, então, no mínimo como estratégia de ação política, compartilhar também de um objetivo comum.

O que se tem aqui, por conseguinte, é o transporte para o campo dos estudos sobre o gênero de um problema político considerado fundamental e extremamente complexo no mundo contemporâneo: como dizer o “um”, o coletivo, em meio a tamanha fragmentação identitária e em um contexto de reivindicação cada vez maior do reconhecimento (político e jurídico) das subjetividades? Em outras palavras, ainda seria possível, nos dias atuais, “representar” politicamente?

Young aborda a representação política considerando o modelo identitário de representação e o problema de como fazer que as minorias sejam representadas, mormente no que concerne às mulheres. Parte a autora da premissa de que os modelos identitários de representação cristalizariam identidades que, a bem da verdade, estariam em constante movimento de construção e reconstrução:

O processo unificador requerido pela representação de grupos buscaria congelar relações fluidas numa identidade unificada, o que poderia recriar exclusões opressivas.

[...]

Nenhum representante único poderia falar por qualquer grupo, já que os indivíduos que o compõem mantêm relacionamentos por demais entrecruzados (YOUNG, 2006, 142).

Para resolver esse problema, Young propõe não desacreditar da representação, mas tampouco pautá-la por uma lógica identitária. A representação identitária, no entender da autora, enseja problemas porque segue o modelo da substituição segundo o qual os representantes só podem fazer o que os representados fariam, uma espécie de copresença que dificultaria bastante a exequibilidade da proposta, considerando a distância que afastaria as pessoas. Um segundo modelo da representação identitária consiste em encontrar traços fortes comuns entre as pessoas que se enquadram em determinada categoria e, a partir daí, criar uma figura (como uma caricatura) que as represente, ao invés de tentar substituí-las. O problema, no entanto, é encontrar esses traços fortes comuns, considerando a complexidade e a interseccionalidade das relações (e opressões) contemporâneas.

O modelo que pode servir como uma alternativa à representação identitária é a chamada “representação por relacionamento”, defendida por Young. Esta, tomando como ponto de partida o conceito derridiano de *différence*, toma apoio no reconhecimento da existência de uma separação irreduzível entre o representante e o representado que não necessariamente deve ser encarada como um problema:

A função do representante de falar por não deve ser confundida com um requisito identitário de que o representante fale como os eleitores falariam, tentando estar presente por eles na sua ausência (YOUNG, 2006, 149).

A representação por relacionamento com base na diferença seria, pois, uma forma de representar pautada na existência de uma conexão entre os representantes e os representados que se constrói ao longo do tempo e a distância. O corpo de eleitores é diferenciado e, para que eles sejam representados, não é preciso encontrar algo que os una, mas apenas não perder a conexão, isto é, a ligação entre eleitores e representante. É essa ideia, de maneira bastante simplificada, que está contida no modelo de representação

proposto por Young. Tal formato, por suposto, só poderia ser bem compreendido a partir de uma análise mais apurada de alguns conceitos que lhes são caros, tais como: interesse, temporalidade da representação, opinião, entre outros, que não é passível de ser feita nos limites do presente texto.

Podemos também pensar o problema da representação com base em algumas propostas de Gayatri C. Spivak (2010). Em seu famoso livro **Pode o subalterno falar?**, publicado em 1985 e reelaborado algumas vezes pela própria autora, Spivak ajuda-nos a jogar luz sobre algumas perguntas: quem são as mulheres representadas, quem as representa e segundo quais esquemas conceituais?

Partindo da distinção existente na língua alemã entre *Vertretung* e *Darstellung*, Spivak sugere a existência de duas formas fundamentais de se representar: a primeira, *vertreten*, seria endossar ou “vestir a roupa” daquele que é representado; a segunda seria “re-presentar” na acepção do termo *Darstellung*, no qual o prefixo *Dar* expressa “aqui” e *Stellen* significa pôr ou colocar, logo, representar significa colocar ou pôr.

Entende Spivak (2010) que é possível representar por procuração ou por retrato. No entanto, a maneira como essas duas formas de representação se relacionam é extremamente problemática. Os grupos subalternos ou marginalizados não conseguem elaborar um retrato deles mesmos e são, por isso mesmo, representados por outrem, isto é, por aqueles que possuem o poder e os meios de representar. Assim, na representação, conforme observa Neil Lazarus (2006), o que está em jogo é sempre a identidade e a usurpação. Quem representa em sentido político não pode deixar de representar a si mesmo e ao outro no sentido do retrato, e invariavelmente corre o risco de usurpar o espaço alheio, ainda que por inadvertência.

Em outros termos, para Spivak, a representação, no sentido da *Darstellung*, só é possível dentro do esquema conceitual do pensamento dominante. Logo, o subalterno aspira representar sua comunidade, no primeiro sentido evocado por Spivak, isto é, da *Vertretung*, apenas poderá fazê-lo usando os mesmos esquemas conceituais empregados pelo pensamento hegemônico. Donde o paradoxo: se o subalterno fala a partir das próprias representações, ele é compreendido; se, ao contrário, ele utiliza esquemas conceituais alheios, corre o risco de deixar de representar sua cultura. Aplicando o raciocínio às perguntas levantadas, pode-se concluir que as mulheres em condição de subalternidade são as “representadas”, enquanto aquelas que superam essa condição se colocam como as “representantes”.

O objetivo do texto de Spivak não é tanto inviabilizar a representação, alheia ou de si mesmo, mas é especialmente indicar o fato de que os grupos

marginalizados são sempre intermediados pela voz de outrem, isto é, por aqueles que possuem o poder de representar e de descrever, que controlam, assim, a maneira como os que não detêm idênticos poderes serão vistos. A questão que se coloca, no entanto, é saber se existe saída para esse impasse.

É possível imaginar a criação de espaços de interlocução e intermediação nos processos de representação. Nesse sentido, a própria Spivak (2010) trabalha com o tema da tradução cultural e lança pistas sobre o assunto. Na instigante interpretação por ela proposta do mito de Eco, a ninfa que repete sempre a última frase que escuta seria ao mesmo tempo metáfora dos sujeitos subalternos, ou seja, todos aqueles privados do direito de falar, e alegoria da tradução e da apropriação subversiva do discurso dominante. Para Spivak, há sempre algo de potencialmente subversivo na reiteração parcial de um discurso, pois a repetição pode produzir efeitos inesperados exatamente a partir do corte ou da fragmentação daquilo que foi dito. A apropriação é capaz de incidir, como uma espécie de refluxo, sobre a própria forma como o discurso dominante se configurou originalmente.

### *2.3 Representação estética*

No lugar de oferecer uma resposta ao impasse da representação, debruçemo-nos agora sobre o último sentido do termo aqui indicado: a representação estética. Na realidade, esta representação não deixa de ser também política, posto que não são poucas as relações entre estética e política, como já demonstrou Rancière (2009). A delimitação se dá, pois, pelo fato de que aqui se vão abordar temas inseridos propriamente no campo da arte, tais como o olhar e a construção de imagens.

Na esfera dos estudos feministas, os problemas trazidos pela construção de imagens se expressam em uma longa trajetória de afirmações e revisões sobre o tema do olhar. Alguns pontos desse percurso são relativamente pacíficos, outros, entretanto, ensejam grande polêmica. O marco inicial da crítica feminista é a ideia de que o olhar não é um ato neutro, mas uma operação submetida a uma gestão social, a um conjunto de instruções bastante precisas. No entender de John Berger (1987), por exemplo, autor sempre citado nessa discussão, existe, na arte ocidental, um “regime do olhar”, segundo o qual os homens agem enquanto as mulheres aparecem. São os homens que olham para as mulheres, e estas estão sempre se vendo sendo vistas. Ou seja, as mulheres estão relacionadas a uma postura passiva, enquanto a ação, a intervenção no mundo e a capacidade de criação estão destinadas aos homens.



Para Berger, como em uma espécie de *mise en abyme*, estamos sempre diante de imagens que constroem outra imagem, uma segunda representação, que “determina não só a maioria das relações entre homens e mulheres como também as relações das mulheres consigo próprias” (BERGER, 1987, p.51). Tais imagens enviam informações sobre “o que é e não é o feminino”, ensinam sobre como deve (ou não deve) parecer e agir uma “mulher” com vistas a um olhar masculino e também em relação ao olhar das outras mulheres. Ser feminina, antes de tudo, é aparecer como espetáculo (*speculum*, espelho) às vistas dos homens e das demais mulheres. Quando as mulheres olham as imagens que delas são produzidas (outrora na pintura, hoje principalmente na publicidade e no cinema), elas não olham a si próprias, mas antes olham para um protótipo feminino construído por homens. Ora, pode-se perguntar, existiria um “corpo” feminino antes de sua representação?<sup>5</sup>

Sobre o assunto, as feministas estão longe de produzir consenso. Uma estratégia constante tem sido romper com a própria ideia de autenticidade. Para Monique Wittig (2007), por exemplo, mais que um dado imediato, “mulher”, da mesma forma que “raça”, é “marca” criada pela estrutura social. Em outros termos, é uma “formação imaginária”, mítica, que faz que determinados traços físicos sejam socialmente percebidos e interpretados como designando “a mulher”.

Em **The Straight Mind**, Wittig (2007) enunciou a famosa frase segundo a qual “as lésbicas não são mulheres”. Partindo de uma análise materialista, Wittig sustentou que as lésbicas estariam desde sempre fora da “lei”, já que se recusariam a exercer o papel social e político de mulher. Para Wittig, o que define uma lésbica não é a preferência sexual, mas precisamente sua recusa política de ser uma mulher. A atitude lésbica seria, assim, um ato de insurgência; a própria existência já ensejaria uma reavaliação do mundo social e de sua economia heterossexual. As lésbicas questionariam convenções sobre virilidade e reprodução, entre outras, e escapariam às representações tradicionais da mulher.

Para Wittig (2007), as imagens de mulheres que aparecem nos filmes, revistas, cartazes publicitários, representam não apenas um discurso abstrato, mas também uma “violência material” agindo sobre as pessoas. Elas são parte da *straight mind*, mente reta, direta, hetero, um sistema de signos

5 Interessante notar que a oposição corpo *versus* discurso esteve presente nas reivindicações por direitos das mulheres da década de 60 e 70 na Europa. Movimentos feministas que reivindicavam autonomia sobre o próprio corpo, consideravam que os discursos eram usados por aqueles que possuíam o “poder da fala” para oprimir, enquanto o “silêncio” dos corpos que reivindicavam fora dos enquadramentos discursivos, com gestos, com movimentos, poderia libertar. Vide, a esse respeito, Corbin, Courtine e Vigarello (2006).

real, segundo o qual, diz Wittig, ser mulher é agir como “um animal bem domado”. Eis que, para ela, o feminismo radical, no lugar de engajar-se pela emancipação da mulher, deveria, na verdade, lutar para fazê-la desaparecer, isto é, para abolir o Outro e torná-lo Um.

Teria, pois, a figura da lésbica o condão de romper com os estereótipos de feminilidade? Refletindo sobre o assunto, Judith Butler (1997) tenta mostrar que a mulher lésbica não desmonta por si só o regime da heterossexualidade, simplesmente porque a sexualidade não pode fugir das estruturas de poder. No entanto, partindo da perspectiva de que não existe a mulher original, a estratégia lésbica pode fazer uso da paródia (menos no sentido do humor e mais na perspectiva da repetição) para desestabilizar, de algum modo, as representações tradicionais. É o caso, por exemplo, de casais lésbicos nos quais uma das partes (*butch*, em gíria inglesa) age segundo o estereótipo masculino, enquanto a outra (*fem*) atua segundo as normas de feminilidade. Inexistindo papéis sexuais autênticos, observa Butler, tais casais copiam a cópia, isto é, imitam a própria imagem daquilo que as pessoas pensam ser natural. Tal imitação é, de alguma maneira, subversiva, na medida em que, ao manusear, de modo ostensivo e excessivo, os supostos traços de feminilidade e masculinidade, ela termina por deformar o significado por completo.

Menos otimista em relação a essa estratégia, Teresa de Lauretis (2007) lembra que não existe um sujeito lesbiano unificado, como tampouco um espectador generalizado a consumir a reprodução. O grande desafio que se apresenta à estética feminista é, então, criar estratégias de representação que alterem a própria estrutura de referência daquilo que pode ser visto. O que se faz necessário, pois, é outra política de visibilidade que leve em consideração a pluralidade de sujeitos envolvidos.

Outro aspecto da representação imagética ao qual a crítica feminista da arte dedicou grande atenção foi o do prazer visual. Para Laura Mulvey (2003), autora de um texto clássico sobre o assunto, publicado na década de 1970, o olhar estaria situado em uma relação assimétrica, na qual o observador se encontraria sempre em posição de superioridade em relação ao que é observado. O “olhar” seria uma forma específica de “ver”, articulada à “pulsão escópica” (ou escopofilia) descrita por Freud: o *desejo/prazer de ver* (voyerismo/narcisismo) e o *desejo/prazer de ser visto* (exibicionismo). Para Mulvey, as convenções do cinema clássico de Hollywood reproduzem os desejos dos espectadores masculinos: o homem é o sujeito ativo da narrativa enquanto às mulheres cabe o papel passivo de objeto de gozo visual, seja como seres belos e glamorosos, seja como *femmes fatales* ameaçadoras, cuja história se encerra invariavelmente em um episódio trágico.

Nos últimos anos, a crítica feminista da arte tem procurado pensar o tema do olhar de modo mais ampliado, interessando-se não apenas pelo visualizador mas também pelo olhar que a imagem lança sobre aquele que a observa e pela relação que vem a se estabelecer entre ambos. Perspectivas teóricas mais abrangentes sobre o olhar foram desenhadas pela semiótica social e pelos chamados *Gender Studies*. Em **Alice doesn't**, por exemplo, Teresa de Lauretis (1984) alerta para a multiplicidade de identificações possíveis entre as espectadoras e as imagens projetadas na tela, que não se reduzem ao simples par projeção/identificação. Criticando a perspectiva de Mulvey (2003), Teresa de Lauretis (1984) busca mostrar que o prazer proporcionado nas mulheres pela narrativa fílmica convencional não pode ser reduzida ao puro masoquismo. Em outras palavras, um cinema feminista não precisaria ser necessariamente um cinema de contraposição aos modelos narrativos e de feminilidade elaborados especialmente pelos estúdios de Hollywood.

Os *Gender Studies*, dentro dos quais as autoras acima se inserem, ofereceram ao feminismo uma interessante teoria sobre a representação, a produção cultural, o imaginário social e os processos de subjetivação feminina. Ao mesmo tempo, entretanto, tais estudos foram duramente criticados, entre outras coisas, por terem dissolvido ou fragmentado o sujeito feminista tradicional, dificultando, assim, a luta política das mulheres. Com efeito, os textos vinculados a esse campo de estudo seguem à risca a ideia de que “a mulher” não pode simplesmente ser pensada como “o Outro”, isto é, como diferença *per se*. A identidade feminina apenas pode ser concebida em parâmetros posicionais, isto é, como identidade aberta, parcial, não definitiva, construída sempre *a posteriori*, e não como uma identidade dada de antemão. Nesse ponto de tensão, fica muito evidenciada a vinculação entre a representação estética e a representação política. As dificuldades de representar a mulher implicam diretamente a fragilização do sujeito político dos movimentos feministas, pois, se a mulher não pode ser representada, fica difícil identificar com nitidez o que seriam as reivindicações “feministas”.

Ainda no terreno estético, os *Gender Studies* também foram responsáveis pela inauguração dos estudos dos corpos associados à tecnologia, ensejando novas formas de representação feminina. A chamada estética *queer*, uma vertente dos *Gender Studies*, levou a fundo a ideia do corpo como tecnologia e fez dele o principal cenário artístico, não só através da performance teatral e da dança mas também fazendo uso de interven-

ções diretas (mutilações, cirurgias plásticas e implantes de próteses), como exemplificam os trabalhos da artista francesa Orlan<sup>6</sup>.

A estética *queer* proporcionou também o surgimento de pontos de vista mais flexíveis sobre o olhar artístico, que levam em consideração a diversidade de espectadores e a pluralidade de estilos. Judy Chicago, Barbara Kruger e Paula Rego<sup>7</sup>, entre outras, são exemplos de artistas plásticas que romperam com os códigos tradicionais de representação da mulher, trabalhando com imagens femininas das quais os cânones de beleza se fazem ausentes. Outras artistas questionaram os padrões de representação dominantes por meio da construção de representações “perturbadoras” do corpo feminino, como a doença, a obesidade e a velhice, trabalhando no plano do que Julia Kristeva chamou de abjeção.

Com efeito, mesmo que a representação estética feminista tradicional tenha sido abalada com o surgimento dos *Gender Studies*, algumas questões relacionadas com a política do olhar teimam em persistir. Apesar da diversificação das figurações e das representações das mulheres na arte contemporânea, bem como do surgimento de práticas que questionam e resistem aos padrões de feminilidade e de heterossexualidade compulsória, a produção artística hegemônica – o chamado *mainstream* – parece permanecer submetida aos princípios basilares de uma economia visual patriarcal. Dessa forma, passados 60 anos do surgimento da arte de vanguarda, não soa descabido insistir em perguntar se somos, de fato, capazes de olhar e, sobretudo, de produzir, imagens femininas de outro modo.

## Considerações finais

“A sociedade respira e transpira representações”, diz Luiz Costa Lima em um instigante livro dedicado ao tema da mimesis (COSTA

6 Artista plástica francesa, nascida em 1947, autora de um manifesto intitulado *Arte Carnal*, Orlan é conhecida notadamente pelo fato de utilizar o próprio corpo como lugar de intervenção artística através de operações cirúrgicas. Para mais informações sobre o seu trabalho vide: <http://www.orlan.eu>

7 Judy Chicago adotou como nome artístico a designação de sua cidade natal após o falecimento do pai e do marido como uma espécie de gesto simbólico de libertação do domínio masculino. Com obras espalhadas por grandes coleções e museus do mundo, é considerada uma pioneira do movimento feminista em artes plásticas. Barbara Kruger, por sua vez, é uma artista conceitual que emprega a linguagem dos veículos da mídia para subvertê-los, focalizando, dentre outros temas, a condição feminina. Paula Rego, por fim, mais conhecida do público brasileiro, é artista portuguesa que também reclama um ponto de vista feminista sobre a arte, tendo se destacado por obras que causaram escândalo devido às questões da sexualidade e da morte.

LIMA, 2003, 88). É que o homem não pode prescindir desses esquemas cognitivos que lhe traduzem a realidade (ainda que de modo deformado) e ao mesmo tempo orientam e organizam seus comportamentos. O estatuto da representação, contudo, é objeto de um vastíssimo (e talvez infundável) debate teórico que, nos limites deste trabalho, apenas pôde ser mencionado. O que se pretendeu aqui foi simplesmente apontar alguns caminhos de investigação sobre os problemas que acompanham o ato de representar, em pelo menos três grandes planos, no campo dos estudos feministas, incluindo os *Gender Studies*. Assim, uma conclusão inicial é a de que a imagem ocupa o núcleo mesmo de nossas representações. Em outros termos, falar de representação é sempre tratar da imagem.

Contudo, convém aludir aqui ao sentido original da palavra alemã para imagem, *Bild*, cujo significado, sublinha Olivier Grau (2007) remete menos ao pictórico e mais à essência do viver, isto é, ao agir que toma corpo como uma obra. Isso esclarece melhor a dinâmica da representação não somente como retrato externo de algo, mas enquanto prolongamento daquele que representa, sua reduplicação, seu perfazer-se, tal como ocorre na performance teatral.

Essa ideia de performance é interessante para pensarmos também a representação política. Esta precisa talvez deixar de ser vista como mera substituição do representado ou da autorização para alguém tomar decisões em seu lugar, confinada a um espaço determinado (a assembleia) para ser concebida como um processo mais dinâmico, uma representação criada e constantemente recriada a partir de múltiplas fontes de comunicação e responsabilização, como sugere a própria Pitkin em texto citado neste trabalho.

Outra pista de trabalho apontada neste breve artigo é a de que não devemos pensar a representação como um mecanismo passivo que apenas descreve ou imagina a realidade. Bem ao contrário, a representação estabelece um modelo de realidade a ser seguido, um parâmetro a partir do qual as subjetivações são elaboradas. Desse modo, como já havia observado Michelle Perrot, as mulheres, do ponto de vista histórico, mais do que retratadas ou contadas, são concebidas e construídas a partir de um “bloco de representações que as cobrem e que é preciso necessariamente analisar sem saber como elas mesmas as viam e as viviam”, donde uma das dificuldades de se fazer uma história das mulheres (PERROT, 2005).

Ora, o que vale para o passado pode valer igualmente para o presente. Lorella Zanardo e Marco Malfi Chindemi produziram, no ano de 2009, um instigante documentário, largamente difundido na internet, intitulado “Il corpo dele donne” (O corpo da mulher). Construído a partir da visualização de 400 horas de televisão italiana, canais privados e públicos

confundidos, o documentário apontou para a presença constante de uma imagem “contrafática” das mulheres. No entender de Lorella Zanardo (que posteriormente transformou o documentário em livro com idêntico título), as mulheres concretas com as quais convivemos são substituídas nas emissões televisivas por um conjunto de representações que reforçam estereótipos de gênero e buscam disciplinar o corpo do sexo feminino a partir de padrões masculinos (ZANARDO, 2010). Isso reforça a última conclusão do presente artigo: as representações elaboram os espaços e os esquemas a partir dos quais os sujeitos se veem, posicionam-se e a partir dos quais eles podem falar. Daí a importância de uma compreensão mais rebuscada dessa categoria pelos estudos feministas. Analisar o estatuto das representações do feminino importa porque estamos tratando, afinal, de um aspecto essencial de nossa cultura, de nossa educação, algo que tem consequências práticas que ainda não sabemos exatamente como enfrentar.

## Referências

- ARNAUD, André-Jean. **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- AULETE, Caldas. **Dicionário contemporâneo da Língua Portuguesa**. 3 ed. Rio de Janeiro: Delta, 1980.
- AUROUX, Sylvain et. al. **Encyclopédie philosophique universelle. Les notions philosophiques**. Paris: PUF, 1990.
- BAUDRILHARD, Jean. **Simulacros e Simulação**. Lisboa: Relógio D’água, 1991.
- BEAUVOIR, Simone. La force des choses I. In: PELLEGRIN, Nicole. **Écrits féminists de Christine de Pizan à Simone de Beauvoir**. Paris: Flammarion, 2010.
- BERGER, John. **Ways of seeing**. Harmondsworth: Penguin, 1987.
- BRENNAN, T., JAY, M. (Eds.). **Vision in Context. Historical and Contemporary Perspectives of Sight**. New York: Routledge, 1996.
- BONACCHI, Gabriella; GROPPi, Angela (Org.). **O dilema da cidadania. Direitos e deveres das mulheres**. São Paulo: UNESP, 1995.
- BORGES, Jorge Luis. Sobre o Rigor na Ciência. In: \_\_\_\_\_. **História Universal da Infâmia**. Trad. José Bento, Assírio e Alvim.1982.

BOURDIEU, P. **A dominação masculina**. Trad. Maria Helena Kühner: Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2009.

BUTLER, Judith. **Gender Trouble: feminism and the subversion of identity**. New York: Routledge, 1997.

CARLSON, Marvin. **Performance: uma introdução crítica**. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

CHICAGO, Judy. Disponível em: <http://www.judychicago.com/>. Acesso em: 27.10.2012.

CONDORCET; DE GOUGES; DE LAMBERT et al. **La ilustración olvidada. La polemica de los sexos en el siglo XVIII**. Madri: Anthropos, 1993.

CORBIN, Alain; COURTINE, Jean-Jacques; VIGARELLO, Georges. **História do corpo volume 3: as mudanças do olhar. O século XX**. Trad. Ephraim Ferreira Alvez. Petrópolis: Vozes, 2009.

DEBORD, Guy. **A sociedade do Espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DERRIDA, J. **Gramatologia**. São Paulo: Perspectiva, 1973.

DE LAURETIS, Teresa. **Alice doesn't: feminism, semiotics, cinema**. Bloomington: Indiana University Press, 1984.

\_\_\_\_\_. **Théorie queer et cultures populaires**. Paris: La dispute-Sinédit, 2007.

ECO, Umberto. **Sobre espelhos e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.

EDELMAN, Bernard. **Quand les juristes inventent le réel**. Paris: Hermann, 2007.

JACOB, André. **Encyclopédie philosophique universelle**. Paris: PUF, 1990.

FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas**. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

GLAUDES, Pierre (Org.). **La Représentation dans la littérature et les arts (Anthologie)**. Toulouse: Presses Universitaires de Toulouse-le-Mirail, 1999.

GOFFMAN; BAUDRILHARD, Jean. **Simulacros e Simulação**. Lisboa: Relógio D'água, 1991.

GRAU, Olivier. **Arte virtual**. Da ilusão à imersão. São Paulo: UNESP/Editora SENAC, 2007.

- HABERMAS, J. **Droit et démocratie**. Paris: Gallimard, 1999.
- HONNETH, Axel. **La société Du mépris**. Vers une nouvelle théorie critique. Paris: La Découverte, 2006.
- JAMESON, Fredric. Globalização e estratégia política. In: SADER, Emir (org.). **Contracorrente: o melhor da New Left Review em 2000**. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- KRUGER, Barbara. Disponível em: <http://www.barbarakruger.com/>. Acesso em: 27.10.2012.
- LAZARUS, Neil. **Penser le postcolonial**. Paris: Éditions Amsterdã, 2006.
- MILLS, C. W. **L'imagination sociologique**. Paris: La Découverte, 1997.
- MULVEY, Laura. Prazer visual e cinema narrativo. In: XAVIER, Ismael (org.). **A experiência do cinema**. Rio de Janeiro: Graal, 2003.
- ORLAN. Disponível em: <http://www.orlan.net/>. Acesso em: 27.10.1012;
- PERROT, Michelle. **As mulheres ou os silêncios da história**. Bauru: EDUSC, 2005.
- PITKIN, Hanna Fenichel. **The concept of Representation**. Berkeley: University of California Press, 1967.
- \_\_\_\_\_. Representação: Palavras, instituições e idéias. **Lua Nova**. São Paulo, v.67, p. 15-47, 2006.
- RANCIÈRE, Jacques. A associação entre arte e política segundo o filósofo Jacques Rancière. 2009. **Revista Cult**, ano 12, nº 139, set. 2009. Entrevista concedida a Gabriela Longman e Diego Viana.
- REGO, Paula. Disponível em: [http://www.saatchi-gallery.co.uk/artists/paula\\_rego.htm](http://www.saatchi-gallery.co.uk/artists/paula_rego.htm) Acesso em: 27.10.2012.
- RENAULT, Emmanuel. **L'Expérience de l'injustice. Reconnaissance et Clinique de l'injustice**. Paris: La Découverte, 2004.
- RIALS, S. Représentation de la représentation. **Droits**, n- 6, La représentation, Paris: PUF, 1987.
- RODRIGUEZ MAGDA, Rosa. **Foucault y la genealogia de los sexos**. Barcelona: Antrhropos, 2004.



Eduardo Rabenhorst

SANCOVSCHI, Beatriz. Sobre a noção de representação em S. Moscovici e F. Varela. **Psicologia & Sociedade**, vol.19 n. 2; Porto Alegre, Maio/Aug. 2007

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. **Pode o subalterno falar?** Belo Horizonte: UFMG, 2010.

\_\_\_\_\_. La política de traducción. In: BARRET, M. E PHILLIPS, A. **Desestabilizar la teoría. Debates feministas contemporâneos**. México: Universidad nacional de México, 2002.

TENZER, Nicolas. **Philosophie politique**. Paris: PUF, 1994.

WILLIAMS, Raymond. **Palavras-Chave. Um vocabulário de política e sociedade**. São Paulo: Boitempo, 2007.

WITTIG, Monique. **La pensée straight**. Paris: Éditions Amsterdam, 2007.

ZANARDO, Lorella. **Il corpo dele donne**. Milano: Feltrinelli, 2010.

# Direitos humanos: entre o relativismo e o universalismo. Ponderações e justificações das correntes em tempos hodiernos

*Elisabete Maniglia*

O universo jurídico ganha novas dimensões e perspectivas pós-consolidação dos direitos humanos. Não nos compete aqui discorrer sobre origem e evolução desses direitos, tema já discutido e esgotado em múltiplos trabalhos acadêmicos. A discussão que se pretende estabelecer neste cenário de debates volta-se sobre a concepção do universalismo e do relativismo dos direitos humanos e suas sequelas, se são adotadas uma ou outra posição no cenário internacional.

Antes de trabalhar sobre as teorias e as discussões ideológicas, é preciso lembrar a atualidade do tema, pois, mesmo que a infinita discussão provocada por juristas e outros humanistas tenha sido palco de publicações e calorosos debates, na prática, as normas de direitos humanos de concepção universal sofreu e sofre ainda resistências pelo movimento do relativismo cultural.

Os direitos humanos, enquanto criação ocidental, foram arquitetados sobre um tripé constituído pela Declaração Universal de 1948, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Conforme Lindgren Alves (1997, p. 25):

[...] independentemente do grau de obrigatoriedade de que se revestem as declarações é fato certo que a Declaração Universal dos Direitos Humanos constitui o documento mais importante, na fase por ela inaugurada das relações internacionais, assim como, para a maioria dos países, hoje independentes, do próprio direito nacional.

Os pactos, por sua vez, vieram para complementar a Declaração de 48, conferindo aos direitos nela estabelecidos a força de obrigação jurídica que os Estados-partes se comprometem, voluntária e solenemente, a implementar.

Com destinação universal enxuta e secular, a declaração objetivou o ideal comum a ser atingido por todos os povos e nações. Embora a universalidade dos direitos humanos tenha sido consagrada e reafirmada em múltiplos documentos internacionais posteriores, como a Conferência Mundial de 1993, com maior representatividade global que a Declaração de 48, a questão cultural, social, religiosa e política tem sido variáveis para questionar o caráter universalista dos direitos humanos. Mister também lembrar que fatos históricos, análises de formação colonial, europeização de modelos, crises globais, sistemas de corrupção tornam a implementação universal dos direitos humanos uma questão mais incerta de se implementar, o que dá margens para sua crença como propósitos e não como direitos, que consideram sujeitos da relação: TODOS.

Por conseguinte, faz-se necessário lembrar que algumas situações de aceitação de regras universais não se extraem de problemas doutrinários, mas derivam de artifícios, para encobrir violações claramente vinculadas à própria ausência de liberdade ou insuficiência de democracia. (LINDGREN ALVES, 1997, p. 31).

As mutabilidades sociais, a globalização, o surgimento dos chamados novos direitos e a consagração dos direitos das minorias provocaram um repensar nos direitos humanos, e novamente veio à baila a questão do universalismo e do relativismo, em um processo de efetivação local dos direitos humanos. Cada país e cada aglomerado populacional passaram a olhar para si próprio e verificar os direitos mais desrespeitados e carentes de proteção, estruturando uma postura relativista, porém no interior de uma ideologia universal humanista.

A valorização ambiental proposta pela revolução cultural, na década de 60, trouxe novos augúrios para o direito internacional que, agora clamando pela integralização dos povos em uma luta hegemônica a favor da manutenção e da salvação do planeta, mobilizou povos e nações no debate desses direitos humanos de terceira dimensão.

Foi nesse período de efervescência cultural e política que passamos a sentir a necessidade de regulamentação não só do meio ambiente, mas também das relações de consumo, das minorias raciais, das pessoas com deficiência, das mulheres, da comunicação, do desenvolvimento (FIGUEIREDO, 2012, p. 27).

Os direitos humanos são trazidos novamente à discussão, agora em uma dimensão que urge por estabelecer metas, para grupos que se encontram em vulnerabilidade social e política na sociedade. É certo que o conceito de vulnerabilidade varia, de tempos em tempos, em ordem de nomenclatu-

ra, logo me abstenho de entrar nessa seara, uma vez que discussões estéreis nada contribuem para a eficácia dos direitos humanos. Vale insurgir que chamar o afrodescendente de negro, conforme no Brasil se usa, ou Black, na tradução preto, conforme nos EUA, que é a terminologia lá aprovada, inclusive pela comunidade afro, reflete as variações utilizadas em cada país. O mesmo ocorre com deficientes, que, ora tem conteúdo abrangente, ora específico. Imperdoável seria violar os direitos desses grupos. Desta feita, pode-se afirmar que os direitos humanos, embora recebam definições variadas recaem em um sentido fim de proteção, há novas categorias de pessoas que estão catalogadas por gênero, idade, condição física, etnia, homossexuais, índios, idosos, pessoas com deficiência, afrodescendentes, povos da floresta e outros tantos. A proteção desses novos direitos é postulada por políticas afirmativas, as quais são relativas ao ordenamento jurídico de cada país que anseia por trazer justiça invocando o princípio da igualdade formal, extraído da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que dispõe, em seu artigo primeiro, que os homens nascem e permanecem iguais em direito. Conforme ensina Figueiredo (2012, p. 31).

[...] para que seja alcançada a igualdade formal, igualdade perante a lei é necessário efetuar determinadas correções de tratamento, isto é substancialmente desiguais devem ser tratados de modo especial, a fim de que essa desigualdade seja superada.

Observa-se que há a necessidade de os Estados promoverem correções internas para que a igualdade seja efetivada, é o caminho para a formação da dignidade humana. Jose Afonso da Silva (2009, p. 14) acentua que "[...] a igualdade jurídica formal no plano político de caráter puramente negativo, visando abolir privilégios, isenções pessoais e regalias de classe acabaram por gerar graves desigualdades econômicas."

Assim, é necessário transplantar a igualdade formal para o campo da justiça social, criar mecanismos legais para regular a ordem econômica e a ordem social a fim de que as desigualdades sejam superadas e os preconceitos sejam coibidos. Embora o preceito da igualdade seja universal, todos são iguais. A igualdade será obtida a partir do relativismo de políticas públicas e ordenamentos que serão construídos em cada país, conforme sua história e sua cultura.

Desse modo, as asserções afirmativas são instrumentos de inclusão social destinadas a corrigir distorções históricas de discriminação e a acelerar o processo de igualdade substantiva. Ora, cada Estado tem sua história, o

que se faz que o direito a ser implantado seja relativo, porém o princípio da igualdade é universal. Flávia Piovesan (2001, p. 1128-1129) considera que

[...] as políticas afirmativas são medidas concretas que viabilizam o direito a igualdade, com a crença que a igualdade deve se moldar no respeito à diferença e à diversidade. Através dela é que se obtém a passagem da igualdade formal para a igualdade material e substantiva.

Com o advento desses direitos humanos das minorias, de grupos vulneráveis e direito do consumidor, eclodiu a positivação de outros novos direitos subjetivos difusos, como o direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à informação e à cultura – direitos que passaram a integrar os chamados direitos humanos de terceira geração, ao lado dos direitos individuais e direitos sociais. São direitos que dizem respeito a toda humanidade e que não são fracionados, mas ao contrário, são somados para que o resultado seja efetivo.

O direito, como processo complexo e dinâmico de transformação social, tem como obrigação realizar o desenvolvimento de qualidade de vida dos cidadãos e a consolidação dos direitos humanos. Essa postura deriva não de um dado, mas de uma construção perene, uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução (ARENDDT, 1979). O Estado de Direito posto nas constituições democráticas é o que alicerça as ações para a efetivação dos direitos humanos. Não há que se falar em direitos à saúde, se não houver políticas de atendimento digno para todos, políticas de prevenção de doenças, construção de hospitais públicos e verbas para sua manutenção. Não há de se falar em segurança alimentar (direito recente posto nos direitos sociais constitucionais do texto de 88 no Brasil) se não houver políticas públicas de atendimento aos agricultores que plantam os alimentos, que abastecem a população, se não houver políticas ambientais para garantir a qualidade dessa produção.

Como se pode ver, os direitos sociais só se concretizam com a participação do Estado, em ações favoráveis à sua implementação, assim denominada políticas públicas. Os direitos individuais, como os direitos de liberdade devem ser resguardados em oposição às tiranias do Estado, e os de solidariedade devem ser implementados em uma dinâmica global por envolver a sociedade em sua plenitude.

Contrariando o termo gerações desenvolvido por Bobbio e apresentado pela primeira vez por Karel Vasak em 1979, em Estrasburgo, Cançado Trindade (1999) opta em denominar: direitos de primeira dimensão – os individuais, os de segunda dimensão, os sociais – e os de terceira dimensão, os denominados direitos à paz, ao meio ambiente e ao desenvolvimento.

Lafer (1988) diz que estes últimos direitos são os que não têm como titular os indivíduos na sua singularidade, mas grupos humanos como a família, o povo, a nação ou a própria humanidade. De onde se conclui que os direitos humanos são inerentes às pessoas humanas, sendo indivisíveis, inalienáveis e necessários para garantir uma vida digna.

Em tempo presente, o direito passou a ter uma visão mais efetiva sob o seu papel, associando sua função de busca de justiça a práticas que concretizam essas ações. Desta feita, voltou-se a reflexão para as políticas públicas que realizam as leis, por meio de ações governamentais, atribuindo ao direito, então, esse caráter de praticidade. É certo que essa postura encontra resistência por grande parte de juristas que tentam manter o caráter da ciência jurídica como algo distante do povo, seletivo somente para um grupo escolhido, que desfruta de suas benesses.

Em termos acadêmicos, diversas correntes de estudo do direito buscaram encontrar razões para sua distância da sociedade. Novoa Monreal (1988) atribuiu, em sua obra, o desígnio de ser o direito um obstáculo à transformação social. Porém, com a preocupação e com a efetivação dos direitos humanos e a crescente interdependência dos povos em um emaranhado de economia, sociabilidade e política, os Estados buscaram rever seu direito, o qual deixava à míngua um grande grupo de excluídos. A globalização trouxe a discussão da pobreza, da fome, do meio ambiente, entre diversas iniquidades e cobrou da Justiça um direito que até então estava somente dentro dos tribunais, discutindo, em sua maioria, lides pessoais. Sem dúvidas, foi o impulso da discussão dos direitos humanos que trouxe ao Direito uma nova imagem mais próxima e efetiva para a sociedade.

Os ensinamentos de Lafer (1988, p. 129-131) demonstram que os direitos humanos podem ser exigidos em petições individuais a um organismo internacional, quando são civis e políticos. Já os econômicos e os sociais e culturais, por suas características de objetivos a serem realizados progressivamente por uma coletividade por meio de uma ação estatal, são menos suscetíveis de aplicação imediata e geram relatórios sobre situações prevaletentes que afetam grupos e são examinados por um organismo internacional. Já os direitos de terceira dimensão em que os titulares são coletivos, as reivindicações partem do próprio órgão internacional na defesa do todo, como o direito à paz. Dessa forma, a efetivação dos direitos humanos, principalmente dos econômicos, dos sociais e dos solidários depende de variáveis que recaem sobre a sociedade, sua história, seus valores e sua cultura. Novamente, a universalização dos direitos sofre reais ameaças.

Posto isso, adentraremos na discussão entre universalismo e relativismo cultural no debate entre acadêmicos.

Por ocasião da Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, Soler, citado por Litrento (1975, p. 140) após minucioso estudo, afirma

[...] chegamos, destarte à conclusão final que a declaração de direitos da nações unidas não constitui um documento formalmente legal: possui, entretanto mais do que um simples valor moral. Não se trata tão somente de uma proclamação, sem ulteriores consequências para os estados que a aprovaram, isto já decorre da própria praxe da assembléia geral que o valor ao menos relativo, da declaração.

Litrento (1975), reafirmando o pensamento acima, declara que, sem nenhuma dúvida, a Declaração Universal representa agora, sob a forma escrita, o fundamento do Direito das Gentes, das leis da Humanidade e dos preceitos da consciência pública, exatamente como nosso século os aceita. A declaração foi um marco, vista como a salvação para as violações contra a humanidade.

A recepção por parte dos juristas foi, sem dúvida, que o documento trazia à tona um pensamento universal sobre os direitos humanos, os quais deveriam ser seguidos por todos os povos, em defesa da dignidade do homem. Sendo assim, este documento, dispôs que:

[...] o desprezo e o desrespeito pelos direitos da pessoa resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade e que o advento de um mundo em que as pessoas gozem de liberdade de palavra, de crença e liberdade, de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado para a mais alta aspiração do homem comum (ONU, 1948).

Na declaração, foram então consagrados três objetivos fundamentais: a certeza dos direitos, exigindo a fixação prévia e clara dos direitos e dos deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições; a segurança dos direitos, estabelecendo uma serie de normas tendentes a garantir que, em qualquer circunstância, os direitos fundamentais sejam respeitados; a possibilidade dos direitos, exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários à fruição dos seus direitos (DALLARI, 1991).

Os pactos da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre Direitos Civis e Políticos e sobre Direitos Econômicos e Sociais, ambos em 1966, reafirmaram e aprofundaram o conteúdo da Declaração Universal de 48, agora

como roupagem de tratados internacionais passíveis de ratificação ou adesão pelos Estados, pelos membros da comunidade internacional e pelos instrumentos mediante os quais os atores se obrigaram formalmente a cumpri-los.

Inegável que a Declaração teve inspiração na história e na cultura do Ocidente, que, após sua promulgação e aceite, passaram, anos depois, a ser questionada nos seus valores e cultura postos em seu teor.

Com o colapso da Rússia, a queda do Muro de Berlim e a forte hegemonia dos Estados Unidos da América (EUA), houve um acirramento das culturas de cada região as quais passaram a ser hipervalorizadas, em uma forma de contestar o domínio ocidental. Nesse cenário, realizou-se a Conferência Mundial sobre os direitos humanos em Viena, em junho de 1993. Estiveram presentes cerca de 10.000 pessoas, 171 Estados e 936 organizações. Conforme Lindgren Alves (2001, p. 103), a conferência foi adotada por um consenso muito maior e nela foi reafirmado o compromisso com a universalidade dos direitos humanos. O reconhecimento dessa universalidade foi questionado pelos Estados não ocidentais, quanto à abordagem do particularismo nacional pela Conferência. Os debates foram acalorados, e Huntington (1997, p. 244) descreve que a homogeneidade não foi uma constante. De um lado, havia participantes europeus e norte-americanos e de outro, orientais caracterizados por budistas, muçulmanos, confucianos, com ideologias políticas, sistemas econômicos em níveis de desenvolvimento diversos e ainda sul-americanos que, com exceção de Cuba, apoiava os ocidentais. Os países africanos e ortodoxos mais se opunham às posições ocidentais.

Cançado Trindade (1997, p. 216) afirma que um dos temas mais abordados, senão não o mais abordado na Conferência Mundial de Viena, foi a questão do universalismo dos direitos humanos em seus distintos aspectos. Ressalta o autor que um dos melhores debates travados foi entre a Delegação Chinesa e a de Portugal. No entender da Delegação Chinesa,

[...] o conceito de direitos humanos é produto do desenvolvimento histórico. Encontra-se intimamente ligado a condições sociais, políticas e econômicas específicas, e à história, cultura e valores específicos de um determinado país, diferentes estágios de desenvolvimento histórico contam com diferentes requisitos de direitos humanos.

Posteriormente, ressaltou, ainda, os chineses

[...] que em tempos de empobrecimento de muitos países pós o fim da guerra fria, a grande preocupação dos



direitos humanos, deveria dar prioridade ao desenvolvimento econômico, pois sem este, os direitos humanos ficariam totalmente fora de questão. Promover o progresso econômico e social ajudam a população a satisfazer suas necessidades básicas de alimentação e vestuário e a melhorar sua qualidade de vida.

Em outras considerações, destacou a delegação chinesa que

[...] não há quaisquer direitos e liberdades individuais absolutos exceto os prescritos pela lei e no âmbito desta. A ninguém é dado colocar os seus próprios direitos e interesses acima dos do Estado e da sociedade e a ninguém é permitido prejudicar os dos demais e do público em geral, é este um princípio universal de todas as sociedades civilizadas.

Conforme Cançado Trindade (1997), para o Governo chinês, a primazia cabe ao Estado e à sociedade, não sendo os direitos humanos a eles superiores. A resposta da Delegação Portuguesa foi imediata e ressaltou que

[...] os direitos humanos abarcam não só, os direitos positivos concedidos pelos Estados aos seus cidadãos, mas também, os direitos ancorados na natureza humana e que preexistem em sua essência, aos estados e aos Governos [...] na origem da nossa sociedade está o homem com determinados direitos inalienáveis e imprescritíveis. Daí deriva que o Estado deve respeitar os direitos e a dignidade dos seus cidadãos e que não pode em nome de alegados direitos coletivos – econômicos, de segurança ou outros, ultrapassar a fronteira que lhe é imposta pela própria anterioridade, dos direitos do homem. Não se pode justificar atentados e violações aos valores e direitos essenciais da pessoa humana. Acrescentou ainda a força da princípio da universalidade que não importa o contexto geográfico étnico, histórico ou econômico social em que cada um se insere, a cada homem assiste um conjunto inderrogável de direitos fundamentais [...]. É obvio que este princípio de universalidade é compatível com a diversidade cultural religiosa, ideológica e que a própria variedade de crenças, de idéias e de opiniões dos homens é uma riqueza a defender. E tem um valor pró-

*Direitos humanos: entre o relativismo e o universalismo.  
Ponderações e justificações das correntes em tempos hodiernos*

prio que importa respeitar. Mas argumentar com esta diversidade para limitar os direitos individuais, como infelizmente se registra aqui e além, não é permissível, nem em termos de lógica, nem em termos de moral.

Outras delegações iniciaram seus debates, como a delegação de Brunei e de Cingapura que ficaram ao lado da China, enquanto a República Dominicana se postou ao Lado de Portugal. Outros calorosos envolvimento foram trazidos, muitos na defesa do universalismo, e outros tantos face ao relativismo. É certo que a resistência ao movimento universalista tem crescido nas últimas décadas.

Contrariando os princípios universalistas impostos pela Declaração de 48, os relativistas têm trazido à tona que os direitos humanos somente são viáveis a partir do sistema político, econômico, cultural e moral vigente em determinada sociedade. As diferenças culturais e a histórias vividas em cada sociedade revelam peculiaridades que impedem a formação moral universal. Os autores de direitos humanos, em sua maioria, centram seus exemplos a partir do Islamismo e do Hinduísmo em comparação ao mundo ocidental. Todavia, entendo que estes são pontos extremos e, mesmo evitando essas situações, temos que os valores latinos são – apesar da europeização nas Américas sulistas, bem diversos de muitos países europeus. Sem contar o passado jurídico, econômico e social que pesa sobremaneira, na aplicabilidade dos direitos humanos. Para Flavia Piovesan (2012, p. 216-217),

Na ótica relativista há o primado do coletivismo. Isto é o ponto de partida é a coletividade, e o indivíduo é percebido como parte integrante da sociedade. Como se verá, diversamente na ótica universalista há o primado do individualismo. O ponto de partida é o indivíduo sua liberdade, sua autonomia, para que, então, se avance na percepção dos grupos e das coletividades.

Sobre a questão do universalismo, é certo que a declaração introduz a concepção do individualismo, porque a concepção do sujeito é condição para se adquirir direitos. Conforme Piovesan (2003, p. 34),

O Direito humano passa a categoria de universal e indivisível e a dignidade humana passa a ser o fundamento dos direitos humanos. O homem foi inserido na comunidade internacional e independente de sua condição social, econômica, religião, sexo, cor, passa a desfrutar de direitos humanos.

Assim, passa a integrar o conceito de que TODOS têm direito a ... TODOS não podem ser privados de... E assim por diante. Bobbio (2003) acrescenta à Declaração o argumento da justificativa de valores por meio de consenso. Para ele, a busca de uma vontade expressa entre os sujeitos para a elaboração de um documento que exprima certos direitos, tidos como universais, faz que a busca por mecanismos de controle e de proteção seja mais importante do que discutir a fundamentação deles mesmos, dada à pluralidade cultural.

Em trabalhos recentes sobre a tratativa do tema, Piovesan (2012, p. 217), sem se comprometer explicitamente, cita Vincent que afirma que “[...] não há moral universal e que a pluralidade de culturas produzem os próprios valores.” Cita que o debate entre universalistas e relativistas provocado por estes, as reações, como a pretensão da universalidade dos instrumentos, simbolizam a arrogância do imperialismo cultural do mundo ocidental, que tenta universalizar as próprias crenças, o que provoca a destruição da diversidade cultural.

A resposta dos universalistas vem com a afirmação de que a posição relativista revela o esforço de justificar graves violações de direitos humanos que, com base no sofisticado argumento do relativismo cultural, ficariam imunes ao controle da comunidade internacional.

Piovesan ainda cita Donelly que acredita que

[...] há diversas correntes relativistas, no extremo há o que nós denominamos de relativismo cultural radical, que concebe a cultura como única fonte de validade de um direito ou regra moral [...] Um relativismo cultural fraco por sua vez sustenta que a cultura pode ser uma importante fonte de validade de um direito ou regra moral.

Para dialogar com Donelly, poder-se-ia, como lembra Piovesan (2012, p.218), entender que há diversos graus de universalismo, a depender do alcance do mínimo ético irreduzível, que, uma vez afrontado, comprometeria a dignidade humana.

Donelly (2007, p.203), no teor de outra obra, então visitada por nós, diz que a universalidade está dividida em conceitual e substantiva. Explica, ainda, que o argumento de universalidade, dada ao fato de que é aplicável a todos os seres humanos, não passa de um simples pressuposto para a consagração dos direitos humanos e não um argumento que deva ser interpretado como determinante para a aplicação igualitária dos mesmos direitos.

Romanelli, (on line, 2013), no mesmo sentido, deduz que o raciocínio de que, por sermos todos seres humanos, estaríamos sujeitos à proteção da tutela dos direitos humanos, internacionalmente reconhecidos, é mero pressuposto e não requisito determinante para que ocorra a sua aplicabilidade, garantindo universalizar a Declaração. O que ocorreria aqui seria o universalismo no âmbito de sua aplicação, mas não de sua fundamentação e da interpretação dos direitos humanos como sendo também universais.

Henri Pallard (1996) comunga da ideia de que há críticas severas à natureza universal dos direitos, frente à diversidade das culturas humanas, e que a europeização, frente ao mundo moderno, vem sendo substituída pela relatividade dos valores. Ele busca seu fundamento citando Hassan Abdelhamid (*lês droits de l'homme et l'homme universel dans Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, p.63-80) que defende a ideia de que o fundamento apolítico dos direitos do homem se encontra em uma unidade metafísica, e a ideia de justiça que existe nesse homem é própria de cada cultura. Segundo Yadh Bem Achour (1993), não há direitos fundamentais que fazem parte intrínseca da natureza humana porque é impossível definir a qualidade do ser humano. O ser humano é conhecido a partir de um meio cultural. Toda pretensão à universalidade revela o imperialismo da razão, que transforma os dons extrínsecos da experiência em qualidades inerentes à natureza humana. Afirma Laghmani (1990, p.227-249), citado por Pallard (1996), que o poder da religião tem influência direta nos direitos humanos e que não podem ser transformados em universais e cita, por exemplo, as mulheres que, na religião muçulmana, têm um perfil diferenciado das ocidentais e aproveita para criticar que, em países com assimilação plena dos direitos humanos universais, as mulheres são discriminadas em salários, em cargos e em respeito.

Com este reconhecimento político dos valores da religião e da cultura, Pallard (1996) afirma que os direitos do homem são um meio de reconciliar as sociedades modernas e tradicionais e de confortar e tranquilizar os indivíduos de tendências políticas opostas. É a necessidade de manter um aprendizado de uma civilização democrática que permite a passagem de uma sociedade tradicional a uma sociedade moderna, com um mínimo ético universal, encontrado dentro dos direitos do homem.

Paulo Ferreira da Cunha, citado por Pallard (1996), parte do conceito de que o direito é uma invenção ocidental e que os direitos naturais são aplicados a todos os homens, porém sua aplicação deve variar em face dos tempos, dos lugares e das circunstâncias. Novamente, se volta a buscar uma reconciliação entre a universalidade dos direitos humanos e a diver-

sidade cultural. Pallarrd (1996) assevera que exigir uma verdade universal, é impossível, pois isso é comparado ao desenvolvimento de uma ópera em que há um libretto com um desenrolar que, nem sempre, é o mesmo que ocorre em cena e conclui que é por isso que se devem recusar princípios universais, atemporais e irreversíveis.

No entender de um asiático de domínio universal, Amartya Sen (2000, p.267), os direitos humanos sofrem, por parte dos ocidentais, um universalismo que convida o mundo a entrar para o clube da democracia ocidental e admirar e defender os valores ocidentais tradicionais. Desprezam os conhecimentos asiáticos, islâmicos, confucionistas, que contribuíram para a formação de preceitos fundamentais humanos, ou dão interpretação errônea à fala de muitos filósofos orientais. Sen (2000, p.267) ressalta, ainda, que o domínio ocidental é uma ameaça às culturas nativas no mundo globalizante, o que se revela uma forte ameaça aos direitos humanos, além de declarar que:

[...] meu intuito aqui não é de modo algum, negar a importância única de cada cultura, e sim defender a necessidade de certo refinamento na compreensão das influências entre culturas e da nossa capacidade básica para desfrutar os produtos de outras culturas e outras terras Não devemos perder nosso poder de compreender uns aos outros e de apreciar produtos culturais de diferentes países na defesa apaixonada da conservação e da pureza.

Desta feita, o pensamento de Sen nos induz a refletir sobre o papel da cultura, sua valoração e, para tanto, faz-se necessário conhecê-la e permitir sua difusão sem censuras. O respeito que deve ser a ela firmado é base sustentável para a efetivação das práticas humanistas, com pena de, não havendo essa tolerância, os direitos humanos estarem fortemente ameaçados.

No mesmo sentido, Boaventura S. Santos (2001) atribui uma visão multicultural aos direitos humanos e narra que estes passaram a reinventar a linguagem da emancipação. “É como se os direitos humanos fossem invocados para preencher o vazio deixado pelo socialismo. Poderão realmente preencher tal vazio? A minha resposta é um sim muito condicional”.

Muitas variáveis vão estar envolvidas nesse processo, e a globalização é uma delas, uma vez que o fator localização, a compreensão tempo/espaço, a cultura de cada povo, a música e a língua se transformam em assimetrias que devem fazer que a globalização seja considerada no plural (Santos, 2001, p. 12). Destarte, as globalizações, segundo o autor:

*Direitos humanos: entre o relativismo e o universalismo.  
Ponderações e justificações das correntes em tempos hodiernos*

[...] geram cosmopolitismo, globalizações hegemônicas e globalizações contra hegemônica que consideradas como direitos humanos universais serão tidos como colocados de cima para baixo e serão instrumento de choques de civilização, armas do ocidente contra o resto do mundo. Para operarem como forças de baixo para cima os direitos humanos tem de ser reconceituados como multiculturais. É verdade sabida que os direitos humanos não são universais em sua aplicação. Por isso mesmo a questão da universalidade dos direitos humanos trai a universalidade do que questiona dado o modo como questiona. Em outras palavras a questão da universalidade é uma questão particular, uma questão específica da cultura ocidental.

Conclui Santos (2001) que o diálogo entre as culturas, o que ele denomina de hermenêutica diatópica, poderá construir uma política cosmopolita que ligue, em rede, línguas nativas de emancipação, tornando-as mutuamente inteligíveis e traduzíveis.

Depois de todo o exposto, a guisa geral de conclusão, entende-se que o universalismo e o relativismo têm ocupado espaço tônico nas discussões internacionais, o que, de um lado, enriquece o tema e as reflexões sobre direitos humanos. De outro lado, pode-se afirmar que os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis e interdependentes, mas o reconhecimento das culturas, da história, da política e da sociedade dos povos devem ser respeitados, o que atribui reconhecimento, em parte, às duas correntes, sem acatá-las, no todo, nenhuma delas, pois ambas apresentam imperfeições. Há o reconhecimento de que o universalismo é imposição ocidental, que despreza os povos e a história deles.. Há riscos prementes de se aceitar o relativismo e permitir as violações aos direitos humanos. Mas é certo que as culturas e as sociedades, em seu teor histórico, devam ser reconhecidas. Assim, entendo que o dialogo proposto por Boaventura Santos (2001) seria uma solução para que os direitos humanos não sejam apenas um esperanto. E mais, com base em David Sanchez Rubio (2012, p. 41):

[...] os direitos humanos tem a haver com os processos de luta para abrir e consolidar os espaços de liberdade e dignidade humana. Em concreto podem ser concebidos como o conjunto de praticas sociais simbólicas culturais e institucionais que rebelam contra todo o tipo de poder que impede os seres humanos de constituir-se como sujeitos.

Nessa definição, vislumbro que os direitos humanos são relativistas porque abarcam todas as culturas e todas as espécies humanas que devem dialogar e lutar nas três dimensões para a efetivação dos direitos fora de uma posição excessivamente normativista e formalista, mas, ao mesmo tempo, temos que lutar em posições universais para que todos os espaços e os âmbitos sociais anseiem para que a democracia seja plena, para que o desenvolvimento permita a efetivação dos direitos sociais, econômicos e pacíficos, a fim de que haja o reconhecimento emancipador da humanidade.

## Referências

ACHOUR, Y. **Ben Politique, Religion et droit dans le monde arabe**. Tunis: Cérés Production, 1992.

ALVES, José Augusto Lindgren. **A Arquitetura internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: FTD, 1997.

\_\_\_\_\_. **A Declaração dos Direitos Humanos na Pós-modernidade**. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/lindgrenalves/lindgren\\_100.html](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/lindgrenalves/lindgren_100.html)>. Acesso em: 25 mai. 2013.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

DALLARI, Dalmo A. **Elementos da teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva: 2007.

DONNELLY, Jack. **The Relative Universality of Human Rights**. 4. ed. Human Rights Quarterly: Baltimore, 2007. Disponível em: <<http://mysite.du.edu/~jdonnell/papers.htm>>. Acesso em: 26 mai. 2013;

FIGUEIRAS, Marcos Simão (org.). **Temas de Direito Público**. Departamento de Direito Público, Franca: UNESP-FCHS, 2012, v.2.

FIGUEIREDO, Guilherme Jose Purvin de. **Curso de Direito Ambiental**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

HUNTINGTON, Samuel P. **O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LITRENTO, Oliveiros, **O problema Internacional dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Ed. Rio 1975.

NOVOA MONREAL, Eduardo. **O direito como obstáculo a transformação social**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. Nova Iorque, 1948.

PIOVESAN, Flávia. Implementação do direito à igualdade racial. **Revista dos Direitos Difusos**. São Paulo, v. 9, ano II, p.1128-1120, out. 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito constitucional Internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

ROMANELLI, Lya Amaral. **O universalismo em contraposição ao relativismo cultural na Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948**. Disponível em: [www.gedi.objectis.net/eventos-1/ilsabrazil2008/artigos/deri/romanelli.pdf](http://www.gedi.objectis.net/eventos-1/ilsabrazil2008/artigos/deri/romanelli.pdf) Acesso em 25 mai. 2013.

SANCHEZ RUBIO, David. Contra una realidad simplificada de los conceptos de democracia y de derechos humanos. In FIGUEIRAS, Marcos Simão (org.) **Temas de Direito Público**. Departamento de Direito Publico, Franca: UNESP-FCHS, 2012, p 22 a 45, v.2.

SEM, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos Humanos na Internet**: Cançado Trindade questiona a tese de Gerações de Direitos Humanos de Norberto Bobbio. Disponível em: [www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado\\_bob.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm). Acesso em 08 ago. 2008.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Fabris editor, 1997, v. I e II.





# Acceso a la justicia y reforma al Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

*Felipe Paredes*

## **Introducción**

Desde siempre, uno de los principales problemas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha sido la elevada duración de los procedimientos. Durante los años 2006 y 2007 el tiempo promedio de tramitación era de 8,2 años, desde la denuncia ante la Comisión Interamericana (Comisión) hasta que esta sometía el asunto a la Corte Interamericana (Corte) (Long, 2008). A esto habría que añadir que la Corte tardaba otros dos años más de tramitación (CORTE, 2012). Hoy la situación sigue bastante lejos de solucionarse, por esta razón tiene mucho sentido revisar la última modificación del Reglamento de la Comisión, pues se trata de una norma que sin duda tendrá incidencia en el tiempo promedio de tramitación del sistema de peticiones individuales.

Como es de general conocimiento, para acceder al SIDH se requiere, primero, el agotamiento de los recursos que contempla el Derecho interno. Cumplido con este requisito, la víctima deberá presentar una petición individual a la Comisión, la que luego de una serie de trámites emitirá un informe en la que se pronunciará sobre el hecho de si el estado en cuestión ha vulnerado o no la Convención. Si el informe concluye que el Estado ha incumplido la Convención, promoverá la solución amistosa entre el Estado y la víctima, y solo en el caso que esta última no prospere remitirá el asunto a la Corte. Finalmente, la Corte conocerá del asunto en un procedimiento en el que participarán la Comisión, el Estado en cuestión y las víctimas, determinando a través de una sentencia definitiva si el Estado respectivo incurre o no en responsabilidad internacional, decretando si procede medidas reparatorias con el objeto de resarcir la situación de la víctima.

Como se puede observar de esta apretada síntesis, no es muy difícil de entender el por qué la tramitación del procedimiento de un asunto sometido al SIDH puede durar tanto tiempo. Desde luego, la solución de verdad a este problema requiere de reformas importantes sobre los aspectos procesales (DULITZKY, 2007), pero también sobre otras cuestiones que no siempre son tan conocidas para quienes no son especialistas en el SIDH pero que ya son reivindicaciones antiguas, como por ejemplo, la necesidad de que la Corte funcione como un tribunal permanente o que la OEA aumente el financiamiento, el que por ahora ni siquiera alcanza para que el sistema funcione en su configuración actual, por lo que se hace necesario recurrir a dineros que provienen de la cooperación internacional (CANÇADO TRINDADE, 2003).

Lamentablemente, en el último tiempo otro debate ha tenido lugar en el contexto del SIDH, uno mucho más pedestre, que tiene que ver con no desmontar los aspectos esenciales de su estructura actualmente en vigor. En efecto, en el contexto de lo que eufemísticamente se ha llamado proceso de “fortalecimiento al sistema” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos:), lo que ha estado en discusión no ha sido precisamente sobre cómo avanzar en las cuestiones que permitirían consolidar unas instituciones vigorosas para la tutela jurisdiccional de los derechos humanos en nuestro continente, sino más bien todo lo contrario. Al respecto, la razón no parece ser otra que algunos de los Estados de la OEA no están especialmente felices con la idea de estar constantemente sometidos al escrutinio del SIDH. La expresión más reciente de dicho “proceso de fortalecimiento” ha sido la última reforma al Reglamento de la Comisión, que ha entrado en vigor el día 01 de agosto de 2013.

Este trabajo busca mostrar como las recientes reformas al referido reglamento implican un retroceso respecto de un estándar que tanto la Corte como la Comisión han destacado constantemente como uno de los pilares fundamentales entre las garantías que establece la Convención, esto es, las exigencias que derivan de los artículos 8 y 25 del mencionado texto donde se reconocen los derechos de contenido procesal. Para hacerlo, dividiremos la exposición en tres partes: la primera hablará sobre la importancia que para la Corte y la Comisión han significado los conceptos de plazo razonable y recurso efectivo, de modo de entender qué es lo que significan dichos conceptos, la segunda abordará algunos aspectos referidos al proceso de reforma y el tercero dará cuenta de las modificaciones más importantes. Finalmente, concluiremos con una valoración respecto de las consecuencias que provocarán las señaladas modificaciones.

## **1. El régimen de garantías procesales de la convención**

Una cuestión clave en cualquier carta o declaración de derechos, es la relativa al acceso a los órganos jurisdiccionales, acceso que no solo debe estar garantizado en los aspectos formales, sino también producirse en términos materiales, es decir, el pronunciamiento de los tribunales respectivos se debe realizar cumpliendo con una serie de condiciones con el objeto de que la sentencia no se convierta en una mera declaración de buenas intenciones (GARCÍA RAMÍREZ, 2006,651).

La Convención Interamericana de Derechos Humanos (Convención) contiene al respecto dos disposiciones claves: el artículo 8 y el artículo 25. El artículo 8° lleva por título “Garantías Judiciales” y contiene una serie de garantías en materia de enjuiciamiento criminal, pero también algunos aspectos más generales aplicables a cualquier procedimiento. De todas estas, el núcleo de la disposición se encuentra en el párrafo primero, el que dispone:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, el substanciación de cualquier acusación penal formulada en contra de ella, o para la determinación de sus derechos u obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

No tiene sentido revisar aquí toda la jurisprudencia que ha originado la citada cláusula, sino simplemente es necesario destacar que al respecto el concepto más utilizado por la Corte, debido a los frecuentes problemas que presentan en dicho sentido los ordenamientos del sistema, ha sido el de “plazo razonable”, que fue delineado ya por allá por el año 1997 en la sentencia *Genie Lacayo vs. Nicaragua*<sup>1</sup>. Como señalan correctamente Salmón y Blanco (2012, 192), no hay que pensar que dicho concepto se ha aplicado solamente a asuntos de naturaleza penal, debido a que la Corte ha extendido su con posterioridad su alcance a asuntos de naturaleza civil (*Gomes Lund y Otros vs. Brasil*), contencioso administrativo (*Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*) e incluso constitucional (*López Mendoza vs. Venezuela*).

Como se puede observar, desde un primer momento la idea de plazo razonable se construyó en la Corte de Costa Rica, apoyándose en la juris-

<sup>1</sup> Caso *Genie Lacayo Vs. Nicaragua*, sentencia de 29 de enero de 1997 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafos 74 y ss.

prudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De este modo, ya en la sentencia *Genie Lacayo vs. Costa Rica* se invoca la jurisprudencia de su homólogo europeo (párr. 77)<sup>2</sup>. Así las cosas, se podría decir en una apretada síntesis que la Corte ha venido valorando cuándo se configura una vulneración del art. 8.1 de acuerdo a tres criterios:

- a) Complejidad del procedimiento: la idea clave es que a mayor complejidad del procedimiento existen mayores posibilidades de vulnerar al art. 8.1;
- b) Actividad procesal del interesado: supone que si demora en el pronunciamiento judicial se produce por la falta de actividad procesal del interesado, el Estado no puede ser responsabilizado de vulnerar la Convención Americana en esta materia;
- c) Actuación de las autoridades estatales: por el contrario, la Corte presume la responsabilidad del Estado, cuando nota que los jueces son poco diligentes para impedir el uso de los recursos internos como simple medio de dilación.

A su vez, la segunda disposición que resulta importante en nuestro análisis es la del artículo 25 apartado primero, la que establece que:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Sobre el artículo 25 de la Convención también existe una considerable jurisprudencia que ha intentado precisar sus contornos. No obstante, una cuestión poco tratada en este sentido ha sido el de la relación existente entre recurso efectivo y medidas cautelares. De todos modos, es evidente que en cualquier teoría del proceso la las medidas cautelares son una herramienta sumamente importante para lograr el éxito de la acción, o en palabras de la Convención “la efectividad del recurso”, sobre todo en el marco de procesos que implican una tramitación de largo aliento (Arias:

<sup>2</sup> Véanse al respecto, la sentencia *Motta*, de 19 de febrero de 1991, Serie A n°195 párr. 30 y la sentencia *Ruiz Mateos v. España*, de 23 de junio de 1993, Serie A n° 262, párr. 30.

2006). Así también parece entenderlo la Corte, aunque solo se exprese al respecto a través de menciones genéricas, como por ejemplo lo hace en la sentencia Cantoral Benavides<sup>3</sup> donde señala:

[p]ara que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.

También otra fórmula bastante utilizada ha sido la siguiente:

los recursos deben ser idóneos para proteger la situación jurídica infringida y capaces de producir el resultado para el que fueron concebidos<sup>4</sup>.

Sobre la relación que existe entre el derecho al “plazo razonable” y el derecho al “recurso efectivo” se ha producido algo de discusión respecto de si estos artículos consagran dos garantías diferentes o solamente se refieren a dos aspectos complementarios de la misma. Aparentemente, esta discusión se ha ido resolviendo en el último tiempo y la Corte ha ido construyendo cuál es el vínculo que existe entre ambas garantías. En efecto, pareciere ser que el plazo razonable además de ser una garantía por sí misma, es también una condición para que el recurso sea efectivo. Al respecto, la Corte ha insistentemente resuelto que el concepto de “recurso efectivo” es más bien relativo, y para saber cuándo un recurso es efectivo hay que tener en cuenta la naturaleza del asunto, pero de todos modos esta relatividad encuentra uno de sus límites, justamente, en la duración del procedimiento. Esta idea ha quedado clara en la sentencia Fonerón e hija vs, Argentina<sup>5</sup>. En concreto en ella se expresa que, “el tiempo transcurrido sobrepasó el plazo razonable para que el Estado emitiera sentencias en los procesos de guarda y de derecho de visitas. Esta demora generó otras consecuencias además de la vulneración del plazo razonable, tales como una evidente denegación de justicia, la violación del derecho a la

3 Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, sentencia de 18 de agosto de 2000 (fondo), párrafo 164.

4 Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988 (fondo), párrafos 64-66.

5 Caso Fonerón e hija vs. Argentina, sentencia de 27 de abril de 2012, (fondo, reparaciones y costas), párrafos 108 a 110.

protección de la familia del señor Fornerón y de su hija, así como la protección de los derechos del niño de esta última”. Luego, agrega la citada sentencia, que “[l]a denegación del acceso a la justicia tiene una relación con la efectividad de los recursos, ya que no es posible afirmar que un recurso existente dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, mediante el cual no se resuelve el litigio planteado por una demora injustificada en el procedimiento, pueda ser considerado como un recurso efectivo”.

Todo lo dicho anteriormente tiene especial relevancia, pues resulta evidente que si muchos de los casos que llegan al SIDH presentan problemas de denegación de justicia por los prolongados tiempos de tramitación, y sobre todo si la jurisprudencia de la Corte ha sido consistente en ese sentido, carece de toda lógica que dicho problema se vuelva repetir, esta vez en el órgano encargado de reparar esa vulneración. Solamente por poner un ejemplo, en el mismo asunto Fornerón vs. Argentina, la cuestión se trataba sobre un padre cuya hija fue entregada en guarda preadoptiva a un matrimonio sin su consentimiento. Dicho padre recurre a la justicia de su país sin obtener una respuesta durante 10 años aproximadamente. La cuestión es que el caso tuvo una tramitación de 7 años y seis meses en el SIDH, lo que sin duda convierte en simbólica cualquier reparación, y concordancia con esto, desincentiva fuertemente el uso del SIDH.

Lamentablemente, en la reciente reforma al Reglamento de la Comisión para el conocimiento de peticiones individuales los dos principales temas que se tocan son los plazos y las medidas cautelares, y se lo hace de una manera que sin duda constituye un retroceso en relación a los avances de los pasados reglamentos: a partir de la entrada en vigencia del nuevo, el primero de agosto de 2013, el procedimiento será más largo y complejo, dificultándose aún más el acceso al sistema por parte de las víctimas, tanto porque los plazos son más extensos, como por que las medidas cautelares que se pueden solicitar a la Comisión son ahora menos accesibles para éstas.

## 2. El proceso de reforma al reglamento de la comisión

Para entender el contexto en el que se produce la última reforma al reglamento de la Comisión, es necesario dar cuenta de qué papel cumplen los reglamentos dentro del SIDH y cuál es su importancia. Para comenzar habría que partir diciendo que el SIDH ha optado por una vía de desarrollo un tanto distinta respecto de su homólogo europeo e incluso del siste-

ma universal<sup>6</sup>. En efecto, el modelo del Convenio Europeo ha descansado en que cada modificación que se ha introducido al sistema ha requerido del consentimiento de los Estados partes a través de la ratificación de un respectivo protocolo. Por el contrario, en el caso del SIDH se ha tratado desde siempre de impedir dejar a disposición de los Estados las cuestiones que tienen que ver con el funcionamiento de este, por lo que la regulación de los aspectos relativos al procedimiento para presentar y tramitar una denuncia, tanto en el caso de la Comisión como en el de la Corte, han sido entregadas a los mismos órganos del sistema, quienes han ejercido esta atribución mediante la aprobación de sendos reglamentos para ambos casos, sin que se considere necesario que los Estados manifiestan su aquiescencia al respeto. De todas maneras, esto es solo parcialmente cierto, pues los Estados ejercen su influencia en tanto signatarios de la OEA, organización internacional en la que se encuentra inserto el SIDH.

La verdad de las cosas, el modelo no siempre ha funcionado bien. Esto se debe a que Corte y Comisión no son de creación contemporánea, no poseen un régimen jurídico equivalente al interior de la OEA y en la Convención no están claros los criterios de interacción entre ambas (BUERGENTHAL, 2005). Es por esta razón que no siempre ha existido una consistencia plena entre los reglamentos de la Comisión y el de la Corte. Esto parecía haber comenzado a cambiar durante la segunda mitad de la primera década del presente siglo. De hecho, el proceso de elaboración de los reglamentos de 2009 y 2010 (Comisión y Corte, respectivamente) fue el primero en el que existió un diálogo y un intento de coordinación por parte de ambas instituciones.

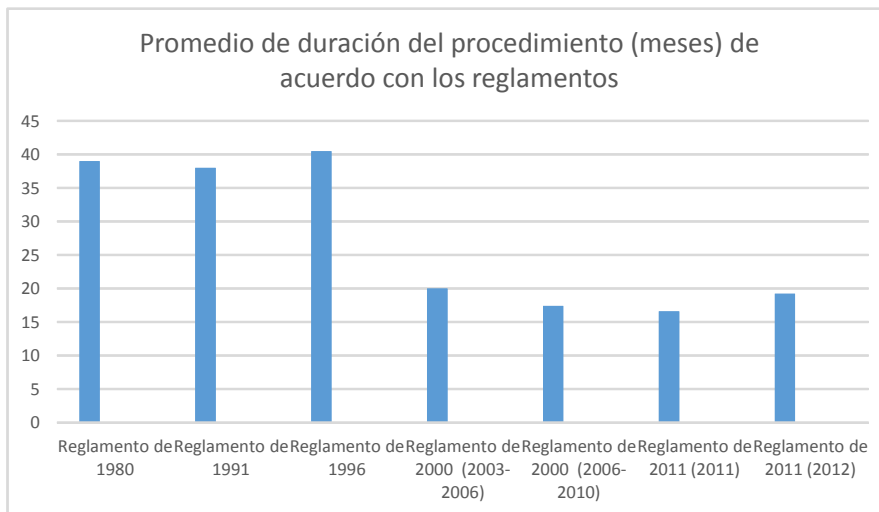
Sin perjuicio de esto último, esta forma de desarrollo ha tenido como principal problema la falta de estabilidad, pues en aproximadamente trece años han existido tres modificaciones importantes, lo que ni siquiera ha sido suficiente para mermar la percepción que existe entre los actores de que el SIDH es un edificio en constante construcción, y por tanto, siempre abierto a revisiones. Es por esta razón de que la reforma de 2013 al reglamento de la Comisión, ni por lejos puede ser considerado un intento de configuración definitiva, por lo que resultan sumamente preocupantes los intentos por mover el SIDH en un sentido contrario al que se habían venido desarrollando las últimas reformas.

6 Aunque como este último contempla un mecanismo jurisdiccional como los sistemas regionales, el ejemplo solo es parcialmente correcto.



En efecto, en las reformas pasadas el objeto central del debate fue mejorar el acceso real a los procesos del SIDH con las limitadas herramientas procesales existentes (MEDINA, 2011). Aspectos como la clarificación del rol de la Comisión ante la Corte, un procedimiento más expedito de remisión de los casos a esta última, la creación de defensores interamericanos, y el establecimiento de un fondo de asistencia para la litigación (esto último a través de una resolución de la OEA implementada por un reglamento aprobado por la Asamblea General), fueron las materias que habían sufrido modificaciones en las reformas de 2009 y 2010.

Según la opinión oficial de los mismos órganos del sistema, los esfuerzos desplegados en dicha oportunidad habían comenzado a rendir frutos. Al menos ambas instituciones han exhibido con orgullo sus moderados resultados obtenidos en el último tiempo en términos de reducción del tiempo de tramitación. Así las cosas, la Corte en su informe de 2012 (CORTE INTERAMERICANA, 2012, p. 9) muestra los siguientes resultados:



A su vez, la Comisión en el documento de toma de posición proporciona los siguientes datos: “[p]or ejemplo, en lo que toca a la duración del procedimiento, para el año 2007 la duración promedio de la etapa de estudio inicial era de 50,2 meses, en 2008 era de 45,2, en el 2009 39,7, y en el año 2010 26,2 meses. Hoy la Comisión ha reducido ese promedio a 27 meses” (COMISIÓN INTERAMERICANA, 2012, p. 12).

Es por esto que resulta francamente inexplicable que la última reforma, justamente, se mueva en sentido contrario a la evolución que había venido teniendo el SIDH en los últimos 12 años. Desde luego, se podría sincerar el punto partiendo de la base de que el SIDH, más que un fruto de la conciencia ética de sus actores, es un producto de negociaciones y transacciones continuas en la que no siempre la protección del ser humano es el objetivo principal. Si esto es así, la verdad es que es posible encontrar una justificación plausible de por qué se dio pie a un nuevo proceso de reforma solo dos años después de haber concluido el anterior. Pero entonces habrá que reconocer que el escenario no es el más optimista para la Región.

Desde luego, el discurso oficial ha sido otro. En la exposición de motivos de la reforma se explica, que no obstante el reglamento anterior databa solamente del año 2009, en el año 2011 se inició un proceso de reforma con el objeto de “fortalecer la protección y promoción de los derechos humanos”; luego se señala que “[d]icho proceso ha tenido como insumos esenciales las recomendaciones y observaciones presentadas por los Estados Miembros, así como todos los actores del Sistema: sociedad civil, víctimas, academia y otros usuarios”.

De este modo, el mencionado documento remonta la discusión incluso a la reforma del reglamento del año 2000. Como es bueno recordar, en la resolución de la Asamblea General de la OEA 1701 de dicho año, se identificaron siete áreas de recomendaciones procesales a la Comisión (definición de criterios para la apertura de casos, medidas cautelares y remisión de casos a la Corte; emisión de un informe separado en materia de admisibilidad; prontitud en la resolución de casos; promoción de soluciones amistosas, y establecimiento de relatorías). Como reconoce la misma Comisión, estas recomendaciones trajeron como consecuencia algunos cambios, en concreto, la separación de los pronunciamientos sobre el fondo y la admisibilidad y la emisión de un informe distinto en cada fase (COMISIÓN INTERAMERICANA, 2012).

La reforma de 2009 abordó cuatro ejes con el objeto de seguir implementando las recomendaciones que habían sido sugeridas por la citada resolución de la Asamblea General:

- Codificación de criterios en materia de adopción y levantamiento de medidas cautelares;
- Explicitación de algunas prácticas en materia de peticiones individuales, como por ejemplo, producción de la prueba, extensión del plazo para la presentación de alegatos sobre el fondo, y la introducción de una disposición que permite el archivo de casos;

- Clarificación de los criterios para la remisión de casos a la Corte;
- Participación en audiencias públicas sobre situación de los derechos humanos en los Estados miembros de la OEA.

De este modo, en la actualidad el procedimiento ante la Comisión consta de una fase inicial, en la que ésta recibe y evalúa la información, y si considera que se cumplen los requisitos para que se tramite la petición solicitará la información al estado en cuestión. Con esos antecedentes, la Comisión generalmente decidirá si la petición es admisible o no, si la respuesta es positiva el asunto pasará a la siguiente etapa en la que se discutirá y resolverá el fondo de la petición, lo que en concreto significa que se determinarán los hechos objeto del requerimiento a través de la participación y aportación de pruebas por parte de los intervinientes y se analizará cuál es el Derecho aplicable. Con esos antecedentes la Comisión emitirá un informe, que transmitirá primero al Estado, con el objeto de obtener una solución amistosa, y solo si dichas gestiones no prosperan podrá remitir el caso a la Corte. En cualquiera de las etapas antes señaladas, la víctima podrá solicitar medidas cautelares con el objeto de prevenir o impedir que la vulneración se convierta en irreparable, y en definitiva, la sentencia carezca de efectividad.

En términos generales, con el nuevo reglamento no hay modificaciones en la estructura gruesa del procedimiento. Sin perjuicio de ello, las reformas sí afectan la posición de la víctima en términos globales a lo largo de la tramitación. Sobre esto nos extenderemos en el apartado siguiente. Por ahora solo sería importante concluir, que el procedimiento siempre ha sido una gran carga para el solicitante en términos de tiempo y de recursos económicos. La idea fuerza que está presente en este trabajo es que las mencionadas últimas reformas, no ayudan en la construcción de un sistema más expedito para con la víctima, cuestión que debería ser la idea central del denominado “proceso de fortalecimiento”.

### **3. La reforma de 2013 al reglamento de la comisión**

El producto más reciente del llamado proceso de fortalecimiento fue la última reforma, la que se llevó a cabo a través de la resolución 1/2013 Reforma del Reglamento, Políticas y Prácticas, que como ya mencionábamos anteriormente, entró en vigor el 01 de agosto de 2013.

En dicho texto se pueden encontrar distintas orientaciones, en primer lugar, se profundiza en el intento de explicitar y racionalizar las prácticas

de la Comisión, cuestión que había sido uno de los ejes de la reforma de 2009. Además se incorporan algunas prerrogativas procesales en directo beneficio de los peticionarios, pero lo contradictorio es que al mismo tiempo se incrementan los plazos y se aumentan las cargas procesales, lo que sin duda dificulta el acceso a la justicia, en el ya complejo SIDH.

Respecto a lo primero, en la misma línea planteada por la reforma de 2009, se continúan explicando los criterios y prácticas que la Comisión ha venido desarrollando con el tiempo, por ejemplo, en materia de medidas cautelares hay un nuevo intento por definir los criterios de forma más específica que en el anterior reglamento. En efecto, el artículo 25. 2 señala con mucha mayor claridad qué es lo que se debe entender por “graveidad de la situación”, “urgencia de la situación” y “daño irreparable”. Otro ejemplo que va en este mismo sentido lo podemos encontrar en materia de admisibilidad (art. 36), donde ahora se intenta definir qué se debe entender por “circunstancias excepcionales”, con el objeto de deferir el pronunciamiento de admisibilidad en conjunto con el fondo.

No cabe duda que dichas reformas van en el sentido correcto. No solamente es útil para los Estados conocer los criterios en virtud de los cuales la Comisión va a llevar a cabo sus funciones, también lo es para las potenciales víctimas. No obstante lo anterior, la reforma causa perplejidad porque al lado de estas existen otras reformas que pareciera que directamente perjudican a las víctimas, dificultando aún más el acceso a los órganos del SIDH. Lo que precisamente va en directa contradicción de los estándares que ha venido exigiendo la misma Corte a propósito de los artículos 8 y 25, revisados en la primera parte de este trabajo.

Al respecto, las principales reformas que van en esta dirección en lo relativo al procedimiento para conocer y resolver las peticiones individuales abordan las siguientes materias<sup>7</sup>:

a) Medidas cautelares.

Lo primero que llama la atención es la redacción menos amistosa hacia la víctima que presentan los nuevos artículos, por ejemplo, en el escrito de solicitud a partir de ahora la víctima o su representante deberán indicar “una descripción detallada y cronológica de los hechos que sustentan la solicitud”. Se podría decir al respecto, que esta es una crítica gratuita, no obstante esto va de la mano con aspectos más substantivos.

<sup>7</sup> Es importante tener presente que en la reforma hay otros aspectos importantes implicados, como por ejemplo, el informe anual de la Comisión regulado en el art. 59, o la misma modificación del reglamento (art. 79). En esta oportunidad solamente abordaremos las concernientes a la tramitación de las peticiones individuales.

El primero es que uno de las cuestiones que se habían revelado como problemáticas, es que el reglamento no señala plazo al Estado demandado para contestar a la solicitud de medidas cautelares. Pues bien, al respecto nada se dijo y nuevamente se dejó el problema sin solución. La segunda es aún más preocupante, dado que se introduce una cláusula que expresamente indica que, “la Comisión podrá levantar o revisar una medida cautelar cuando los beneficiarios o sus representantes, en forma injustificada, se abstengan de dar respuesta satisfactoria a la Comisión sobre los requerimientos planteados por el Estado para su implementación”. La cuestión es que según el art. 25.9, el Estado “en cualquier momento” podrá presentar una solicitud de revisión de la medida, y en tal caso, la Comisión siempre dará traslado a los beneficiarios antes de decidir;

b) Interposición de peticiones.

Aquí hay dos reformas importantes que van en directo perjuicio de las víctimas. La primera, es que a partir del reglamento de 2013 y según lo dispuesto por su art. 28.1, las peticiones deberán indicar “el nombre de la persona o personas denunciantes o, en el caso de que el peticionario sea una entidad no gubernamental, su representante o representantes legales y el estado miembro en el que esté legalmente reconocida”. El problema que se puede producir al respecto es evidente, no hay que buscar mucho en la jurisprudencia de la Corte para concluir que en el SIDH todavía son bastante frecuentes las violaciones masivas a los DDHH, donde no siempre es posible identificar con precisión a todas las víctimas (Courtis: 2006).

La segunda cuestión es aún menos justificable, el aumento de los plazos sobre todo los que van en beneficio del Estado. Así las cosas, en el artículo 30 se extiende el plazo para que el Estado en cuestión presente observaciones al informe sobre admisibilidad de tres a cuatro meses, y no conforme con ello, también se extienden el plazo de prórroga de 4 a seis meses, por lo que en definitiva, dicho trámite se puede alargar tres meses más que en el anterior reglamento.

Lo propio sucede con las observaciones sobre el informe de fondo en el artículo 37, el que se aumenta en idénticos términos que los señalados en el artículo 30, es decir, el plazo en cuestión se incrementa de 3 a cuatro meses, y en el caso de la prórroga éste también se extiende de 4 a 6 meses, con lo que en esta etapa procesal igualmente la tramitación se puede alargar otros tres meses más.

Por contrario, una reforma positiva en esta materia es que el nuevo artículo 36 explicita cuáles son las circunstancias “excepcionales”, en las que el pronunciamiento sobre la admisibilidad puede deferirse para el momento

del informe sobre el fondo. No hay que olvidar que, actualmente, el procedimiento en la Comisión distingue entre el pronunciamiento sobre admisibilidad y el pronunciamiento sobre el fondo. Pues bien, esta regla permite simplificar el procedimiento en algunos casos resolviendo conjuntamente la admisibilidad y el fondo. En este sentido, parece adecuado mantener un criterio amplio, lo que en nuestra opinión, si la Comisión interpreta extensivamente dichas cláusulas se podría alterar la regla general, convirtiéndolo en excepcional el pronunciamiento sobre la admisibilidad por separado del fondo;

c) Facultad de archivo.

Finalmente otra lamentable modificación, ha sido la inclusión de una nueva causal de archivo del expediente, añadiéndose una letra b) al artículo 42.1 del reglamento. La citada disposición señala en su encabezado que “en cualquier momento la Comisión podrá decidir el archivo del expediente”. La nueva causal está redactada en los siguientes términos: (cuando) “la injustificada inactividad procesal del peticionario constituya indicio serio de desinterés en la tramitación de la petición”.

Esto es especialmente grave, pues se hace aplicable a asuntos de máxima trascendencia como lo son las violaciones a los derechos humanos, un equivalente jurisdiccional que en Derecho procesal se denomina generalmente “abandono del procedimiento” o “abandono de la instancia”, pensado para litigios donde lo que está en juego es un interés privado de las partes, y en consecuencia, se aplica una sanción a la parte por un uso irracional de la actividad jurisdiccional del Estado en defensa de sus intereses particulares.

## **4. Valoraciones**

La verdad es que la modificación de 2013 al reglamento de la Comisión, *a priori* no es tan fácil de compatibilizar con los objetivos que la OEA ha destacado de cara al público. Dicha entidad en el comunicado de prensa 57/13 de 1 de agosto de 2013, ha expresado que la reforma ha tenido por objeto “perfeccionar los mecanismos de los que dispone la CIDH en el cumplimiento de su mandato de promover y defender los derechos humanos en las Américas”. Es cierto, que como hemos comentado, la reforma es útil en la finalidad de dotar al sistema de mayor previsibilidad, pero lo parece desprenderse de un análisis sistemático de ellas es que con esto se ha sacrificado a la parte más débil del sistema.

Por ahora hay pocos elementos para predecir cuál va a ser su funcionamiento. Habrá que esperar que la Comisión en su tarea de interpretarlas lo haga con celosa observancia del principio *pro homine*, tantas veces invocado en la jurisdicción internacional. De momento siguen existiendo razones de peso para ser sumamente riguroso en la concesión de los nuevos plazos en favor del Estado, y al mismo tiempo, para interpretar los requisitos de las medidas cautelares de forma laxa. Según Basch et al. (2010) la duración promedio de los procesos sigue estando (para ocupar una expresión muy propia del SIDH) fuera de todo plazo razonable. Sólo por citar algunos de los datos: desde que las peticiones ingresan al SIDH hasta su resolución el tiempo promedio es de aproximadamente 7 años y 4 meses. La mediana es de 6,7 años (6 años y 8 meses aprox.), lo cual significa que la mitad de los casos se resuelve en 6,7 años o menos, mientras que la otra mitad demora en resolverse 6,7 años o más. Agrupados por intervalos de tiempo, el 88% de los casos fue resuelto con una demora igual o mayor a los 4 años. A su vez, el 25% duró entre 4 y 6 años, un 34,8% entre 6 y 8 años y un 28,3% fueron resueltos en más de 8 años. Un 42% de los casos que finalizaron con un informe final de la CIDH duró entre 5 y 8 años. Un 33% de éstos se prolongó entre 7 y 11 años y un 17% duró más de 11 años. El procedimiento de un 56% de los casos que finalizaron con una sentencia de la Corte duró entre 5 y 8 años, un 14% de ellos duró entre 2 y 5 años, otro 15% se extendió entre 7 y 11 años y otro 15% se prolongó por más de 11 años. En cuanto a los procedimientos que concluyeron con la homologación de un acuerdo de solución amistosa, un 39,5% ocuparon entre 5 y 8 años hasta que se alcanzó el acuerdo, un 26% se extendió entre 2 y 5 años para alcanzar tal fin, y un 16% lo hizo en menos de 2 años. Un 10,5% de los casos demoró entre 7 y 11 años para que se llegara a un acuerdo. Tomando todas las decisiones que finalizaron los procedimientos sin distinción, un 47% de ellas demoró entre 5 y 8 años desde el inicio de los procedimientos.

Pues bien, estos datos demuestran por una parte, que tomarse en serio el “proceso de fortalecimiento” significa algo muy distinto de lo que ha venido sucediendo hasta ahora, partiendo en primer lugar por mejorar urgentemente los aspectos presupuestarios, pero también ello implica un cambio en la actitud que los estados tienen hacia el SIDH. Basta solo con mirar nuestra historia reciente para entender que, tanto la Comisión como la Corte Interamericana, han hecho un tremendo aporte en la defensa de los más débiles y en la consolidación de las democracias constitucionales en la región. Valga ello como un poderoso argumento para que no solo los Estados, sino también la academia y la sociedad civil en general, sigan trabajando en esta dirección.

## Referências

ARIAS RAMÍREZ, Bernal. Las medidas provisionales y cautelares en los sistemas universal y regionales de protección de los derechos humanos. **Revista IIDH**, vol.43, 2006, p. 79-158.

BASCH, Fernando F. et al. . La efectividad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: un enfoque cuantitativo sobre su funcionamiento y sobre el cumplimiento de sus decisiones. **SUR**. Revista Internacional de Derechos Humanos, vol. 7 n. 12, 2010, p. 9-35.

COURTIS, Christian. El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, n.5, 2006, p. 33 -65.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2012), **Documento de Posición sobre el proceso de Fortalecimiento del Sistema Interamericano para la Protección de los Derechos Humanos**. OEA/Ser.L/V/II, Doc 68. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/> Acceso em: 30 ago. 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012) **Informe Anual**. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/> Acceso em: 30 ago. 2013.

DULITZKY, Ariel. 50 años del sistema interamericano de derechos humanos: una propuesta de reflexión sobre cambios estratégicos necesarios. **Revista IIDH**, vol 46., 2007, p. 33-42.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, año XXXIX, n. 117, 2006, p. 637-670.

GROSSMAN, Claudio. El futuro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. **Saberes**. **Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales**, vol. 3, 2005, p. 1-16.

LONG, Soraya. Reflexión sobre posible reformas a los reglamentos de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana. **Revista CEJIL**, año III, n. 4, 2008, p. 14-23.



MEDINA QUIROGA, Cecilia. Modificación de los reglamentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al procedimiento de peticiones individuales ante la Corte. **Anuario de Derechos Humanos**, 2011. p. 117-126.

SALMÓN, Elizabeth; BLANCO, Cristina. **El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Lima: IDEHPUCP, 2012.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. **Revista IIDH**, vol. 37, 2003, p.53-83.

VENTURA ROBLES, Manuel. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: la necesidad de convertirse en un tribunal permanente. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, año 6, vol. 6, 2005, p. 141-154.

# Uma crítica descolonial ao discurso eurocêntrico dos direitos humanos

*Fernanda Frizzo Bragato*

## Introdução

A questão a ser abordada neste artigo é a problemática fundamentação teórica do discurso dominante dos direitos humanos, discutindo-a a partir do pensamento descolonial. Tem-se sustentado que os fundamentos teóricos dos direitos humanos já constituem um tema amplamente investigado, o que sugere que já esteja esgotado e que, portanto, não mereça maiores investimentos. Na verdade, se observarmos a maioria dos trabalhos que remetem a alguma concepção sobre os fundamentos dos direitos humanos, poderemos observar a presença de algumas premissas incontestáveis. Direitos humanos são apresentados como um desdobramento natural do pensamento liberal e das lutas políticas europeias da modernidade, em que o liberalismo clássico e suas ideias de liberdade individual e igualdade formal são consideradas o núcleo duro desses direitos. A principal característica dessa tradição é o empoderamento dos indivíduos por meio da concessão de direitos decorrentes da autonomia e do exercício do livre arbítrio, decorrentes de sua racionalidade.

Segundo essa concepção, os direitos humanos são considerados um projeto moral, jurídico e político, criado na modernidade ocidental e que, depois de ter sido suficientemente desenvolvido e amadurecido, foi exportado ou transplantado para o resto do mundo. Como consequência, as origens dos direitos humanos têm pouco ou nada a ver com a história e a racionalidade dos povos não ocidentais.

O presente artigo propõe-se, justamente, a problematizar as concepções histórico-geográficas e antropológico-filosóficas sobre as quais se assenta o discurso dominante dos direitos humanos.

A partir das categorias da transmodernidade e da geopolítica do conhecimento, desenvolvidas, respectivamente, por Enrique Dussel (2005) e Walter Dignolo (2008), discutem-se as inconsistências da concepção histó-

rico-geográfica dos direitos humanos, ao mesmo tempo em que se procura demonstrar as razões pelas quais o discurso que situa as suas origens na modernidade ocidental projetou-se como um discurso hegemônico. Por outro lado, utilizando-se as categorias da colonialidade do poder e da diferença colonial, propostas, respectivamente, por Anibal Quijano (2005; 2008) e Walter Mignolo (2000), exploram-se as incoerências da concepção antropológico-filosófica sustentada na ideia de racionalidade. Problematizando-se o conceito de racionalidade, procura-se demonstrar que, por trás de uma aparente neutralidade, subjaz um projeto de invisibilidade e opressão humana, reforçado pela ideia de raça e pelo exercício de um poder de matriz colonial.

Este trabalho consiste em um exercício de crítica à concepção dominante dos direitos humanos, cujos limites não permitem a proposição de novos discursos, mas tão somente a sinalização de caminhos que propiciem a reconstrução de discursos outros que levem em consideração histórias silenciadas, povos esquecidos e culturas oprimidas.

## 1. Os principais traços da teoria dominante dos direitos humanos

O expressivo e expansivo reconhecimento dos direitos humanos nas últimas décadas, inspirado pelas ideias da igual dignidade dos seres humanos, da não discriminação e da valorização da diversidade, coloca um desafio para a tradicional teoria dos direitos humanos, sobretudo no que diz respeito ao traçado das suas origens histórico-geográficas e a seu fundamento antropológico-filosófico. Apesar da profunda complexidade da gênese e do desenvolvimento dos direitos humanos, assim como se configuraram desde a segunda metade do século XX, persiste um discurso em que a visão ocidental é predominante e, como tal, vincula-os aos movimentos políticos e filosóficos, produzidos no contexto europeu moderno. Trata-se não somente das lutas políticas inglesas, francesas e norte-americanas dos séculos XVII e XVIII e suas declarações de direitos, mas da tradição teórica racionalista da modernidade. A análise de recentes textos de filósofos e historiadores contemporâneos dos direitos humanos permite que se observe a presença subjacente deste discurso, que é utilizado como uma premissa incontestável. É o caso de Jack Donnelly (2003), Micheline Ishay (2008) e Norberto Bobbio (2004).

A fundamentação antropológico-filosófica filia-se totalmente ao sistema filosófico hegemônico da modernidade e, portanto, relaciona-se

intimamente com o percurso histórico dos direitos naturais do homem. Segundo essa fundamentação, existe uma essência universal do homem, que pertence e é atributo de cada indivíduo. Tal essência é o que compartilhamos enquanto seres humanos e que nos permite identificar e afirmar nossa superioridade em relação a todos os demais seres. Sobre a questão acerca do que define o homem, ou seja, sobre a natureza profundamente não histórica dos seres humanos, R. Rorty observa que não tem sido outra a resposta padrão senão a racionalidade, um atributo que nos transforma em seres capazes tanto de conhecer quanto de sentir (RORTY, 2001, p.70-3). Assim, a explicação corrente para a existência de uma dignidade humana tornou-se largamente baseada na crença em uma essência universal do homem, que pertence e é atributo de cada indivíduo: a racionalidade. Os direitos naturais do homem nasceram como decorrência da superioridade intrínseca do sujeito racional, que é o centro do modelo antropocêntrico.

Como os direitos naturais derivam da hipótese de um estado pré-social ou de natureza, a sua concepção antropológica fundante é a de indivíduo que existe e subsiste sozinho, e a sociedade não é o momento de realização do humano. O outro, portanto, não é o que possibilita a existência do sujeito, mas o limite para o exercício da liberdade, direito natural por excelência. Tal tradição liberal moderna foi incorporada nas Declarações modernas – inglesa, norte-americana e francesa -, que, por sua vez, não objetivaram exatamente a concessão de uma vida digna para todos os seres humanos, mas garantir o exercício da liberdade para aqueles que, pelas próprias forças, fossem capazes de exercê-la. Convencionou-se, a partir daí, que o conceito de direitos naturais do homem é tanto o fundamento quanto a culminação da visão moral, filosófica e legal da modernidade que a teoria dos direitos humanos teria incorporado.

Portanto, a teoria mais influente sobre a fundamentação dos direitos humanos combina fatos históricos e concepções antropológico-filosóficas próprias do contexto europeu moderno, o que sugere não só a ausência de contribuições para além das fronteiras do Ocidente, mas também propõe que os direitos humanos ostentam o ideário próprio de sua cultura.

## **2. O pensamento descolonial: uma proposta de abertura e desprendimento**

Assim como a modernidade não é um fenômeno linear e unifacetado, também os saberes hegemônicos não foram os únicos produzidos ao longo

dos últimos quinhentos anos (MIGNOLO, 2008). Nesse sentido, o pensamento descolonial insere-se na trilha das formas de pensamento contra-hegemônicas da modernidade, pois nasce nos seus primórdios, ainda que sempre em condição periférica. Começa com Guaman Poma de Ayala, manifesta-se nas lutas de contestação colonial e na independência do Haiti, inspirando-se, portanto, nos movimentos sociais de resistência gerados no contexto colonial. Porém, somente nas duas últimas décadas, adquire visibilidade, especialmente, por meio de um grupo de pensadores latino-americanos organizados em torno do Projeto Modernidade/Colonialidade, quais sejam: Enrique Dussel, Aníbal Quijano, Walter Dignolo e outros.

Diferentemente do pós-colonialismo, aquilo que tem sido denominado de pensamento descolonial está mais ligado aos estudos realizados pelo chamado grupo Modernidade/Colonialidade, formado basicamente por pensadores latino-americanos ou comprometidos com a realidade latino-americana e que propõem uma ruptura mais radical, chamada de desobediência epistêmica, em relação ao saber canônico europeu, mesmo em sua vertente mais crítica (Escola de Frankfurt ou pós-estruturalismo, por exemplo).

A ideia de desobediência epistêmica, proposta central do pensamento descolonial, tem a ver com a necessidade de descolonizar o conhecimento. Essa conclusão decorre da constatação de que existe uma face oculta e encoberta da modernidade: a colonialidade. Colonialidade é um conceito cunhado por Anibal Quijano a partir das reflexões da teoria da dependência que lhe permitiram observar que as relações de dependência entre centro e periferia não se limitavam apenas ao âmbito econômico e político, mas se reproduziam, também, na construção do conhecimento. Com isso, o próprio conhecimento é passível de ser instrumento de colonização (MIGNOLO, 2010, p. 10). A colonialidade é uma característica do poder exercido nas relações de dominação colonial da modernidade e nisso se diferencia do colonialismo em si, que é um processo de poder. A colonialidade provém desse processo e ainda permanece sob diversas formas de neocolonialismo global ou colonialismos internos (QUIJANO, 2005).

As teorias pós-coloniais e, mais recentemente, os estudos descoloniais têm dado visibilidade à dimensão colonial da modernidade e sinalizado para o caráter eurocêntrico das formas de conhecimento dominante. Desde que a Europa afirmou sua hegemonia sobre o resto do mundo, o conhecimento dominante tem-se produzido a partir das categorias epistemológicas, antropológicas, políticas e históricas do pensamento europeu.

A visão eurocêntrica subjaz à ideia de que à Europa – e mais contemporaneamente o Ocidente – que cabe a missão histórica civilizadora, a fim de retirar o resto da humanidade de seu primitivismo, da sua irracionali-

dade e de seu subdesenvolvimento, para, afinal, conduzi-la rumo ao progresso e à racionalidade (DUSSEL, 1993, p. 73). A construção de oposições hierárquicas, como moderno/colonial, ocidente/oriente, barbárie/civilização, natureza/cultura está subjacente nesses discursos, porque constitui dois lados antagônicos, baseados na ideia de que existem espaços, povos e tempos periféricos e, ao mesmo tempo, de que existe um *locus* de enunciação legítimo e central (MIGNOLO, 2007, p. 167-180).

Portanto, descolonizar o pensamento, pensar desde a fronteira, propor um paradigma outro, giro descolonial ou desobediência epistêmica significam desprendimento e abertura. Como esclarece W. Mignolo (2008), não se trata de encontrar as portas que conduzem à verdade, no tradicional sentido de *aletheia*, mas que conduzem a outros lugares onde residem as memórias e as feridas coloniais. Por isso, pressupõe aquilo que o autor chama de diferença colonial, ou seja, a exterioridade representada pelo que está fora (bárbaro, selvagem, colonizado) e cuja identidade foi e é produzida por quem está do lado de dentro (civilizado, racional).

### 3. A crítica descolonial ao eurocentrismo do discurso dominante dos direitos humanos

Cabe, neste momento, refletir sobre as possíveis críticas que podem ser dirigidas ao modelo teórico dominante dos direitos humanos a partir do pensamento descolonial. Essa crítica pode ser dirigida aos dois aspectos mencionados no início deste artigo e que constituem o seu âmago: as concepções histórico-geográfica e filosófica-antropológica.

#### 3.1 A inconsistência da concepção histórico-geográfica dominante dos direitos humanos

Por meio do conceito de transmodernidade, Dussel (2005, p. 59) propõe uma segunda visão de “Modernidade”, que expande a tradicional visão do fenômeno emancipatório que teria tido lugar tão somente na Europa. O que Dussel propõe é compreendê-la desde um sentido mundial, em que a modernidade se define pelo fato de o mundo moderno europeu ter-se tornado o “centro” da História Mundial. Para o autor, nunca houve História Mundial até 1492, quando, de fato, dá-se início ao que Wallerstein (2007) chama de “sistema-mundo”. A partir da conquista da América,

todo o planeta se torna o “lugar” de “uma só” História Mundial. Assim, o determinante fundamental da modernidade é a centralidade europeia, que implicou, pela primeira vez na história, o posicionamento de todas as outras culturas do planeta na sua “periferia”.

O conceito de transmodernidade de Dussel pretende evidenciar que a modernidade não é um fenômeno meramente intraeuropeu, mas constituído pela sua face oculta: a colonialidade. É nesse lado obscuro que Boaventura Sousa Santos (2007) chama de outro lado da linha abissal, que se desenvolveu o mundo periférico colonial ou, em outras palavras, das “vítimas” irracionais da “Modernidade”. Portanto, sendo um fenômeno global da modernidade, participam inclusive os “bárbaros marginalizados”, ainda que sua contribuição não seja reconhecida (MIGNOLO, 2000).

Partindo do pressuposto de que a modernidade é um fenômeno constitutivamente colonial, os processos históricos serão inadequadamente compreendidos desde a ótica exclusivamente eurocêntrica, muito embora seja essa a ótica predominante. O conceito de geopolítica do conhecimento é, no entanto, capaz de fornecer as razões que explicam esse fenômeno.

O autorretrato da modernidade fez-se, em um primeiro momento, pelo contraste com a ideia de primitividade, representada não só pelo passado mas também pelos outros recém-descobertos, levando à necessidade de superação, representada pela ilustração. Nessa passagem de um estágio inferior para um estágio superior, verificam-se, segundo Mignolo (2010), as condições para o estabelecimento da hegemonia epistêmica europeia.

A expansão colonial europeia não provocou apenas a expansão global de seu domínio econômico e político, mas a das concepções epistemológicas em todas as suas vertentes. O conceito de geopolítica do conhecimento tem como finalidade desmistificar a lógica existente por trás das formas de produção e de adesão ao conhecimento. Os europeus foram exitosos em criar uma espécie de conhecimento que afirma a universalidade da sua experiência histórica local e que baseia sua superioridade em relação a outras culturas (QUIJANO, 2003). As formas de compreensão estão, desde a modernidade, pautadas pelos padrões epistemológicos europeus, especialmente pelo racionalismo concebido no eixo protestante da Europa central e norte (Inglaterra, França e Alemanha).

É possível observar que a produção do conhecimento no campo dos direitos humanos reflete justamente essa lógica. A historiografia oficial dos direitos humanos conta a história dos direitos conferidos a uma parte muito pequena da humanidade em um determinado lugar e tempo: o Ocidente moderno. No entanto, essa não pode ser considerada a história dos direitos humanos em sua plenitude, porque se baseia em um discur-

so localizado e parcial, que ignora a trajetória constitutiva nos espaços invisíveis da humanidade.

Por outro lado, a gênese europeia dos direitos humanos é um conceito-chave para consolidar o imaginário segundo o qual o Ocidente é o *locus* legítimo de enunciação e de produção de conhecimento válido e legítimo. Isso porque reforça a ideia de que apenas o Ocidente possui as condições para o estabelecimento desses direitos e que, quando o resto da humanidade alcançar o mesmo estágio, estará apta a gozá-los, o que está no cerne do projeto homogeneizante de negação da diversidade cultural.

De fato, não se pode ignorar a contribuição e, até mesmo, o protagonismo ocidental em diversas áreas do conhecimento e também na afirmação dos direitos humanos. Porém, essa contribuição não é absoluta, mas limitada e pontual.

As brutalidades e os horrores do colonialismo, representados nas figuras do genocídio indígena, da escravidão africana, do saque das riquezas dos continentes colonizados e, especialmente, da ideologia do racismo e da intolerância, reproduzida no século XX dentro da própria Europa e responsável por duas guerras de dimensões globais, mostram que a concepção geo-histórica dominante dos direitos humanos encobre as próprias contradições, na medida em que esses eventos modernos representaram, segundo Chandra Muzaffar (1999), “a mais maciça e sistemática violação dos direitos humanos já conhecida na história”.

Adotar essa visão crítica não implica negar que os direitos humanos sejam um fenômeno moderno. Mas, precisamente por serem modernos, seus fundamentos geo-

-históricos não podem ignorar a colonialidade, que é o outro lado da modernidade (MIGNOLO, 2011). Reconhecer essa dimensão, como propõe o conceito de transmodernidade de Dussel, é o primeiro passo para redefinir os termos do discurso dos direitos humanos e que deve partir do questionamento básico acerca do papel hegemônico da Europa moderna.

Assim, uma teoria compreensiva dos direitos humanos deve levar em consideração a totalidade dos eventos modernos, especialmente, aqueles que se produziram no cenário colonial da resistência, seja na sua dimensão política, econômica, seja epistemológica. Isso implica um projeto de visibilidade e reinterpretção dos debates e das lutas políticas dos povos colonizados, que foram uma constante no mundo moderno-colonial. Las Casas e Poma de Ayala, a silenciada Revolução Haitiana e os outros movimentos de libertação nas Américas, na Ásia e na África, fornecem subsídios para compreender ideias que estão no centro da concepção contemporânea dos direitos humanos, como não discriminação e igual dignidade dos seres humanos.



### 3.2 *A fragilidade da concepção antropológico-filosófica dominante dos direitos humanos*

Mesmo reconhecendo o compartilhamento de filiações, como proposto acima, ainda assim, poder-se-ia objetar que a tradição racionalista europeia formulou as ideias que, finalmente, explicam as razões pelas quais os direitos humanos são direitos de todos os seres humanos a uma vida digna. E que, portanto, as lutas e as revoltas do mundo colonizado deram-se em função da afirmação desses mesmos ideais que estavam por trás das revoluções modernas europeias, a saber, a afirmação da autonomia e, conseqüentemente, da liberdade pessoal.

O legado antropocêntrico moderno nos diz que o indivíduo humano ocupa a posição de superioridade entre todos os seres e que a racionalidade é o caráter distintivo do humano. Daí a dignidade humana ter-se tornado indissociavelmente ligada à ideia de racionalidade. Ocorre que, na tradição europeia moderna, racional não é simplesmente o ser pensante e inteligente. O sujeito racional moderno caracteriza-se pelo pensar e pelo raciocinar livre das emoções e orientado ao domínio e à instrumentalização do mundo, o que gerou uma nova e dominante perspectiva cultural própria das sociedades industriais. Nesse ponto, já se observa uma notável delimitação do campo semântico dessa e aparentemente neutro conceito, a demonstrar que, no fundo, a pertença à humanidade tornou-se dependente da adequação a certos padrões culturais, considerados superiores (RORTY, 2001; TAYLOR, 2001; DOUZINAS, 2000; BOURKE, 2011). Isso pode ser mais facilmente observável quando se verifica que o oposto, ou seja, as formas de vida não caracterizadas pelo individualismo e pela supremacia da ciência foram rotuladas como irracionais, porque são primitivas, selvagens ou inferiores.

Desse modo, a caracterização do homem, a partir de sua racionalidade, não tem implicado, desde a modernidade, reconhecer que todos são iguais ou possuam um mesmo valor (ou dignidade), mas que pode haver, entre eles, diferenças e hierarquias. Por isso, nos tempos modernos, junto com a ideia de raça (QUIJANO, 2005; 2008), a racionalidade tornou-se um importante fator de exclusão dos seres humanos fora do padrão cultural dominante, que, em última análise, encarnou a figura do homem branco, ocidental, cristão, conservador, heterossexual e proprietário.

É justamente o fato de a racionalidade ser considerada a última *ratio* dos direitos humanos, o que explica como foi possível a constituição

do universo colonial em que determinados seres da espécie *homo sapiens* puderam ser escravizados, discriminados, exterminados, oprimidos justamente por quem construía o discurso humanista em suas terras. Explica, ainda, a própria contradição entre a retórica das declarações modernas de direitos, segundo a qual todos nascem livres e iguais, e o fato de não terem sequer pretendido garantir uma vida em igualdade de condições a todos os seres humanos e em todas as partes do mundo.

Como aponta Waters (1996, p. 596) “quando os direitos dos cidadãos foram pela primeira vez reconhecidos contra as monarquias absolutistas no século XVIII, eles foram expressos na linguagem dos direitos humanos. No mínimo, eles foram expressos em termos de direitos da metade da humanidade, ou seja, como direitos do homem”. Porém, observa o autor que eles nunca pretenderam abranger os direitos daqueles que não eram cidadãos e, portanto, não apenas as mulheres foram excluídas mas também os indígenas, os escravos, os criminosos e os doentes mentais.

Os conceitos de diferença colonial (MIGNOLO, 2000) e de colonialidade do poder (QUIJANO, 2005; 2008) apontam para as contradições das concepções humanistas europeias e, por conseguinte, permitem descortinar a fragilidade dos pressupostos antropológicos que sustentam o discurso dominante dos direitos humanos. A diferença colonial aponta para a existência de um outro na modernidade, que é diferente e invisível, mas cuja identidade foi (des)construída pelos processos de hierarquização moderno-coloniais. A invisibilidade do outro é tornada possível pelo exercício de um poder de matriz colonial que significa o estabelecimento de relações de dominação e assujeitamento baseadas nas oposições hierárquicas e que tem no racismo o seu ápice.

Isso nos permite compreender facilmente porque os direitos humanos, sendo considerados direitos dos seres humanos, foram negados a índios e negros até muito recentemente e porque seria um contrasenso pensá-los como sujeitos de direitos da Declaração Francesa. Como aponta Richard Rorty (2001), a história recente tem dado conta de inúmeros exemplos em que o termo “homem” tem sido usado para significar apenas “pessoas como nós”; refere-se ele aos nazistas, aos sérvios, aos homens que fizeram a independência dos Estados Unidos da América, apenas para citar alguns, que, ao justificarem o não reconhecimento dos direitos, respectivamente, dos judeus, dos bósnios muçulmanos e dos negros escravos, os qualificaram como pseudo-humanos ou “diferentes de nós”.

Ou seja, o que determinou a inferioridade dos negros, dos índios, das mulheres, dos homossexuais, dos não cristãos foi um discurso de gra-

dação e de hierarquização da humanidade, que sobrevive até hoje. Como pontua Muzzafar (1999), para justificar que alguns não tinham direitos, antes foi necessário afirmar que eles não eram seres humanos integrais. Ao se tornar visível a colonialidade, percebe-se que os sujeitos modernos têm outras caras que hoje refletem as mais diversas formas de vulnerabilidade humana moldadas pela colonialidade do poder.

É isso que explica a formação dos processos de vulnerabilidade que os direitos humanos têm que lidar e que é profundamente distinta entre os seres humanos. Contemporaneamente, os direitos humanos estão além da relação individualista entre Estados e indivíduos. Seu foco está na reversão dos processos históricos que induziram a vulnerabilidade da dignidade da maior parte dos seres humanos e na garantia a todos de bens essenciais para uma vida decente. Trata-se, portanto, de romper com o abismo criado pelo humanismo racionalista, que criou classes distintas de seres humanos, cuja relação tornou-se uma impossibilidade a não ser por meio de dominação e opressão. Tanto que atualmente são justamente os sujeitos que não contavam como seres humanos integrais, dentro da lógica da modernidade- colonialidade, aqueles a quem é preciso reconhecer com mais ênfase os direitos humanos e que recebem proteção diferenciada tanto no Direito Internacional quanto no direito interno de muitos países.

A categoria da colonialidade permite, assim, uma leitura dos direitos humanos fundada no projeto de visibilidade, reconhecimento e respeito dos seres humanos, rejeitando as dicotomias e as hierarquizações próprias do projeto moderno, que fundam a diferença colonial e legitimam a exclusão.

## Considerações finais

Entre o discurso dominante sobre a fundamentação histórico-geográfica e filosófico-antropológica dos direitos humanos e a sua atual configuração, observam-se profundas falhas e incoerências. A teoria dominante supõe que os direitos humanos são o produto do esforço histórico e teórico do Ocidente Moderno. Por outro lado, os direitos humanos abrangem tão variados bens e exigem a proteção para tão variadas formas de vida humana, que é difícil traçar uma linha contínua que os ligue aos chamados direitos naturais do homem moderno.

Por que, no entanto, importa criticar essa concepção e reconstruí-la sob novas premissas? Primeiro, porque há um interesse em se manter esse discurso, pois ele é coerente com o fato de que o Ocidente seja o guardião dos

direitos humanos, enquanto o resto do mundo continua, na sua primitividade, a violá-los e a ignorá-los. Em segundo, porque há a necessidade de se descolonizar esse discurso para que os direitos humanos deixem de ser vistos como mais um produto de exportação vendido para o resto do mundo e, portanto, pouco ou nada tem a ver com a história dos povos não ocidentais.

Rediscutir fundamentos dos direitos humanos não se trata de um inócuo exercício teórico, mas de fundamental importância para culturas periféricas que se viram alijadas, no discurso dominante, do processo de construção histórica dos direitos humanos o que, conseqüentemente, compromete o processo de engajamento e identidade com os ideais que subjazem a esses direitos.

O pensamento descolonial propõe uma alternativa aos discursos estabelecidos (sobretudo eurocêntricos) com o propósito de ampliar o conhecimento com outra perspectiva: a daqueles que, até agora, foram apenas objeto de conhecimento e não seus protagonistas. A proposta é abrir novas possibilidades para o conhecimento, de modo a liberá-lo da necessidade de se referir a um *locus* privilegiado e pré-concebido de enunciação, a saber, ocidental, como condição para sua legitimidade. Trata-se de “descolonizar” o conhecimento, no sentido de permitir a inclusão de outras falas, variadas visões de mundo, histórias esquecidas, outros valores que não somente os ocidentais, e, assim, propor alternativas ao eurocentrismo. Isso porque o fato de os direitos humanos estarem positivados – como ocorre largamente na América Latina – não implica um reconhecimento e uma efetividade maiores, pois, antes de obedecer à lei, é preciso termos boas e consistentes razões para isso.

## Referências

AN-NA'IM, Abdullahi. A proteção legal dos direitos humanos na África: como fazer mais com menos. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ARENDT, **Da revolução**. Tradução de Fernando Vieira. Brasília: Universidade de Brasília, 1988.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOURKE, Joanna. **What It Means to Be Human: Historical Reflections from the 1800s to the Present**. London: Virago Press, 2011.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da “invenção do outro”. In LANDER, Edgardo (org). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas.** Buenos Aires: Colección Sur Sur, CLACSO, setembro 2005. p. 169-186.

DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights in theory and practice.** 2nd ed. Ithaca: Cornell University Press, 2003.

DOUZINAS, Costas. **The end of human rights.** Oxford: Hart Publishing, 2000.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão.** Petrópolis: Vozes, 2000.

\_\_\_\_\_. Eurocentrism and modernity: (introduction to the Frankfurt lectures. In: BEVERLEY, John; OVIEDO, José (Org). The Postmodernism debate in Latin America. **Boundary 2**, Durham, v. 20, n. 3, p. 73, fall 1993.

\_\_\_\_\_. Europa, modernidade e eurocentrismo. In LANDER, Edgardo (org). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas.** Buenos Aires: Colección Sur Sur, CLACSO, setembro 2005. p. 55-70.

ESCOBAR, Arturo. Beyond the Third World: imperial globality, global coloniality and anti-globalisation social movements. **Third World Quarterly**, Reino Unido, v. 25, n. 1, p. 207 – 230, 2004.

FANON, Frantz. **Os condenados da terra.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

ISHAY, Micheline R. **The history of human rights: from ancient times to the globalization era.** Berkeley: University of California Press, 2008.

MENDIETA, Eduardo. Remapping Latin American studies: postcolonialism, subaltern studies, post-occidentalism, and globalization theory. In: DUSSEL, Enrique et al. **Coloniality at large: Latin America and Postcolonial Debate.** Durham: Duke University Press, 2008.

MIGNOLO, Walter. Diferencia colonial y razón postoccidental. In CASTRO-GÓMEZ, Santiago (ed.). **La reestructuración de las ciencias sociales en América Latina.** Bogotá: Universidad Javeriana (Instituto Pensar, Centro Editorial Javeriano), 2000.

\_\_\_\_\_. Local histories, global designs. In: CHING, Erik Kristofer; BUCKLEY, Christina; LOZANO-ALONSO, Angélica (Org.). **Reframing Latin America: a cultural theory reading of the nineteenth and twentieth centuries**. Texas: University of Texas Press, 2007.

\_\_\_\_\_. **The idea of Latin America**. Oxford: Blackwell Publishing, 2008.

\_\_\_\_\_. **Desobediencia Epistémica: Retórica de la Modernidad, Lógica de la Colonialidad y Gramática de la Descolonialidad**. Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2010.

\_\_\_\_\_. **The Darker Side of Western Modernity: Global Futures, Decolonial Options**. Durham: Duke University Press, 2011.

MUZAFFAR, Chandra. From human rights to human dignity. In: VAN NESS, Peter. **Debating human rights: critical essays from the United States and Ásia**. London: Routledge, 1999.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In LANDER, Edgardo (org). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: Colección Sur Sur, CLACSO, setembro 2005. p. 227-278.

\_\_\_\_\_. Coloniality of Power, Eurocentrism, and Social Classification. In: DUSSEL, Enrique et al. **Coloniality at large: Latin America and postcolonial debate**. Durham: Duke University Press, 2008.

\_\_\_\_\_. Colonialidad y modernidad/racionalidad. In BONILLA, Heraclio (org.). **Los conquistados. 1492 y la población indígena de las Américas**. Quito: Libri Mundi, Tercer Mundo Editores, 1992, p. 437-448.

RORTY, Richard. Human rights, rationality and sentimentality. In: Hayden, Patrick. **The politics of human rights**. St. Paul: Paragon House: 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do Pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, 78, Outubro 2007: 3-46.

SARTRE, Jean-Paul. Prefácio. In: FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

TAYLOR, Charles. Conditions of an unforced consensus on human rights. In: HEYDEN, Patrick. **The politics of human rights**. St. Paul: Paragon House, 2001.

TROUILLOT, Michel-Rolph. **Silencing the past**: power and the production of history; Michel-Rolph Trouillot. Boston: Beacon, 1995.

WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu**. São Paulo: Boitempo, 2007.

WATERS, Malcolm. Human Rights and the Universalisation of Interests: Towards a Social Constructionist Approach. **Sociology**, 1996, 30: 593-600. Disponível em <http://soc.sagepub.com/content/30/3/593>. Acesso em: 03 abr. 2012.

# Análise do crescimento econômico e do desenvolvimento humano no Brasil, sob o viés do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

*Gina Vidal Marcílio Pompeu  
Samantha Ribeiro Meyer-Pflug*

## Introdução

Carece de se levar a efeito uma reflexão sobre o modelo de Estado que melhor adapta-se à época de mundialização de conceitos e de defesa da humanidade, independentemente do espaço geográfico por ela ocupado, com o escopo de conciliar a dignidade humana com a proteção dos direitos sociais. O Estado desejado deve priorizar a conciliação entre crescimento econômico e desenvolvimento humano, precipuamente, a garantia dos direitos sociais.

Pontua-se, então, a existência de duas ordens, aquela oriunda da reafirmação dos direitos humanos, sempre confirmada na esfera global, precipuamente o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Culturais e Sociais e, por outro prisma, analisa-se a soberania do Estado. Discute-se sobre o Estado-Nação ou Estado-Regulador que seja capaz de conciliar os interesses oriundos da globalização da economia, com as necessidades sociais da população.

A ordem econômica e a ordem social, inseridas na Constituição brasileira de 1988, mostraram-se insuficientes por si só para garantir o desenvolvimento humano, proporcional ao crescimento econômico. Apesar de a economia brasileira ter alcançado a sétima posição no ranking internacional de desenvolvimento econômico (*Centre for Economics and Business Research*, 2013), persiste o conflito entre a abertura da economia brasileira à economia transnacional e a garantia dos direitos sociais em toda sua extensão territorial. Cumpre mostrar que os dados do PNUD (2013) mostram que a renda *per capita*, em 90% dos municípios da Região Norte do Brasil, corresponde aos valores entre R\$188,00 a R\$333,00; já na Região Nordeste, essa mesma realidade repete-se em 78% dos municípios. Nesse contexto, pode-se concluir que a renda *per capita* em cerca de mais de 2000 municípios brasileiros é de, aproximadamente,  $\frac{1}{4}$  a  $\frac{1}{2}$  do salário mínimo.



Um dos principais marcos para o desenvolvimento social e humano foi definido em 2000, na *Cúpula do Milênio*, organizado pela ONU. Autoridades de todo o Planeta debateram sobre as questões globais mais relevantes e estabeleceram metas para combatê-las. Assim, firmaram compromissos que seriam cumpridos até 2015, intitulados *Declaração do Milênio*, definindo as seguintes metas: a) criar uma parceria mundial para o desenvolvimento; b) alcançar o ensino primário universal; c) garantir a sustentabilidade ambiental; d) promover a igualdade entre os sexos; e) reduzir a mortalidade materna em três quartos; f) reduzir a mortalidade dos menores de cinco anos em dois terços; g) inverter a tendência de propagação do HIV/Aids, da malária e da tuberculose; h) reduzir pela metade a pobreza extrema e a fome (ANDI et al, 2003).

No mesmo sentido, Muhammad Yunus (2008, p. 124), prêmio Nobel da Paz, comenta que é complicado estabelecer critérios de combate à pobreza, pois nunca se sabe qual a ordem de prioridade a seguir entre moradia, saúde, educação e outras necessidades básicas. Diz também: “Os indivíduos e as organizações dos países desenvolvidos que querem ajudar os pobres devem estabelecer o compromisso político de oferecer solidariedade à metade inferior da população dos países em desenvolvimento, especialmente às mulheres”.

A resposta ao capitalismo global do século XXI só será possível se oriunda da consciência individual da viabilidade do bem-estar coletivo. Tarefa que necessariamente exige controle social, decisão, renúncia e constante acompanhamento da gestão pública, bem como requer governos politicamente responsáveis com a garantia de efetivação dos direitos sociais, com a integração entre as regiões. As funções estatais, que optam pelo desenvolvimento humano, priorizam o acesso à saúde, à educação e à democratização do conhecimento, que possibilita o gozo do emprego e da renda.

Aborda-se o tema a partir do processo de secularização do poder e do retorno ao antropocentrismo. Esse processo restabeleceu o duelo entre os direitos de desenvolvimento individual, situados na seara da liberdade, e os direitos à efetivação do bem-estar coletivo, por meio do acesso aos direitos sociais inseridos na esfera da igualdade, e conclui para repensá-lo do esquecido princípio da fraternidade.

No segundo tópico, narrou-se o desenvolvimento do Estado, na visão de Marx até os dias atuais, analisando-se os seus elementos fundadores com vistas a delimitar o escopo do Estado na proteção e na efetivação dos direitos sociais. No terceiro tópico, analisa-se detidamente as diretrizes impostas pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Cul-

turais, no sentido de garantir a implementação desses direitos no âmbito de cada Estado. De igual modo, estuda-se com acuidade os direitos sociais elencados na Constituição Federal de 1988 e sua proteção.

Por fim, examina-se a atuação do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição na proteção e na garantia dos direitos sociais e econômicos e culturais, com vistas a verificar se está em conformidade com os ditames estabelecidos no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Culturais e Sociais. Aborda-se, ainda, se essa atuação do Poder Judiciário está inserida no que passou a ser apelidado “judicialização da política” ou por fim “ativismo judicial”.

## 1. Secularização do poder

Como resultado da secularização do poder, a população passou a transferir ao Estado número significativo de reivindicações que o transformou em Estado provedor de oportunidades ao pleno desenvolvimento dos direitos de personalidade. Exige-se do Estado bem mais que a obrigação de não fazer e de submeter-se aos ditames de uma Constituição. A partir do século XIX, com o processo de industrialização e o aumento da classe proletária, intensificaram-se as prestações positivas, concernentes à efetivação dos direitos sociais. Cumpre ressaltar que, no século XXI, persiste a demanda por igualdade, não apenas formal, mas também material. Remarca-se que, segundo dados do PNUD, o Brasil, em 2013, encontra-se na 85ª posição no *ranking* dos países com melhores índices de desenvolvimento humano.

Vale lembrar que o século XXI ainda repete, em grande parte dos Estados, os questionamentos presentes no século XVIII, quando começaram a ser discutidos os problemas políticos e sociais: os direitos do homem, os limites do poder do Estado, a definição de liberdade individual, o relacionamento entre o Estado e a Igreja, a igualdade civil diante da justiça e da lei, quem eram os destinatários da política do Estado. Perguntava-se: quem era o povo? Até que esse povo reconheceu a sua identidade de Poder Constituinte. Emmanuel Siéyès (2001)<sup>1</sup> escreveu “O que é o terceiro estado?” E com isso traduziu o descontentamento da população diante dos privilégios conferidos ao clero (primeiro estado) e à nobreza (segundo estado).

1 O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) é uma medida resumida do progresso a longo prazo em três dimensões básicas do desenvolvimento humano: acesso à renda, educação e saúde. Criado por Mahbub ul Haq e pelo economista Amartya Sen, ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 1998.

Gina Vidal Marcílio Pompeu  
Samantha Ribeiro Meyer-Pflug

No século XXI, as perguntas de Siéyès fazem-se repetir e incluem um quarto estado (o assalariado); certamente as respostas não virão com a fragilização do Estado; nem tampouco por meio de indústrias transnacionais, para as quais não interessa onde seus produtos são fabricados, desde que sob o menor custo; mas objetivamente interessa-lhes quem é o mercado que pode consumir a produção. Mercado que não tem rosto e que ignora os Estados e as nações.

Alexis de Tocqueville (1805-1859), magistrado e parlamentar francês, entrou para a história das ideias políticas por defender a democracia, a liberdade e a igualdade. A temática constante é a conciliação entre a liberdade individual e a política de cada cidadão, com a realidade social, política e econômica existente. Diz Tocqueville no texto de introdução à sua obra:

O desenvolvimento gradual da igualdade das condições é um fato providencial. Possui suas principais características: é universal, é duradouro, escapa cada dia ao poder humano; todos os acontecimentos, bem como todos os homens, contribuem para ele. Seria sensato acreditar que um movimento social que vem de tão longe possa ser suspenso pelos esforços de uma geração? Alguém acredita que, depois de ter destruído o feudalismo e vencido os reis, a democracia recuará diante dos burgueses e dos ricos? Irá ela se deter agora, que se tornou tão forte e seus adversários tão fracos? Aonde vamos então? (TOCQUEVILLE, 1998, p. 11).

Segundo Tocqueville, o mau moral é o individualismo, ferrugem da sociedade, que torna o cidadão vazio de toda a essência do civismo e do interesse do bem coletivo. Nessa perspectiva, tem-se que o individualismo faz do homem um escravo, que oscila entre a servidão e o egoísmo. Indiferente ao destino do lugar em que mora, não se interessa pelos acontecimentos. Narra os fatos, alheio a tudo, como se a esfera pública pertencesse a um desconhecido chamado governo.

A ética global impulsiona o sentimento de pertencer a Estados centrais, logo os Estados periféricos necessitam inovar e aperfeiçoar o seu poder de mando, quebrar barreiras, ajeitar a máquina estatal com objetivos comuns para as três funções estatais nas diversas regiões. Só então será possível, por meio de um projeto nacional, deixar a condição de país periférico e viabilizar a inserção na condição de país central, aliando o desenvolvimento humano ao crescimento econômico.

A construção de nações passa pelo conhecimento e pelo discernimento de fatos, ideias e valores sobre a decisão do que pode ser considerada essência da condição humana. Em tempos de globalização, sobretudo de ideias, faz-se necessário romper o individualismo e assumir uma posição de igualdade coletiva.

O multiculturalismo, no Brasil, não resultou, ainda, na formação de uma identidade nacional, não se reconhece no outro, a si mesmo, sujeito de direitos e de deveres. Prepondera o desinteresse pelo passado e o desconhecimento dele, espera-se por salvadores da pátria, mas os heróis ou os estadistas são facilmente esquecidos. O sentimento de nação, de pertencer, de projetos comuns só é observado com facilidade diante de jogos mundiais de futebol, quando brasileiros vestem verde e amarelo e possuem bem definido a vontade comum.

Vale refletir, que até essa “verdade” foi contestada nos meses de junho e de julho de 2013, quando a população foi às ruas, no período dos jogos de futebol da Copa das Confederações, protestar contra a Política do Pão e do Circo. Mostrava-se frustrada com a ausência de democratização econômica e com os gastos do poder público que não correspondiam às necessidades dos brasileiros. Essas pessoas requeriam transporte público, saúde e educação, entre outras coisas, porém não aceitavam a democracia de partidos, queriam exercitar a democracia direta.

A situação apenas camufla a realidade de cada nação, a exploração econômica de uma maioria por uma minoria, que transparece quando do gozo de direitos. Assim, constata-se, no Brasil, a desigualdade humana, econômica e social por meio do perfil dos institutos de pesquisas, como o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2012), que dispõe que o contingente de desocupados que foi estimado em 1,3 milhão de pessoas no agregado das seis regiões investigadas, cresceu 15,9% no confronto com dezembro (mais 180 mil pessoas procurando trabalho). Quando comparado com janeiro de 2011, recuou 7,7% (menos 110 mil). Lembrando que, de dezembro de 2010 para janeiro de 2011, essa população aumentou (13,7%, 171 mil pessoas).

Ciente desses fatos, a Constituição brasileira de 1988, no inciso terceiro do art.3º, adota, como objetivo fundamental, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Já no art. 43, a mesma Constituição reafirma metas para a redução das desigualdades regionais, delineando um Estado Regulador que visa conciliar os valores sociais do trabalho com a livre iniciativa nos planos nacionais e regionais e, assim, prevê condições que garantam a integração e o desenvolvimento de suas regiões.

## 2. Desenvolvimento do estado social, econômico e jurídico

Para que se avance na ideia de desenvolvimento humano e coletivo, é necessário entender a construção do Estado e as formas que tem assumido no decurso da história. Inúmeras são as interpretações que os cientistas políticos, os economistas e os juristas vêm-lhes conferindo, quanto à forma de governo, à forma de Estado e ao regime político. A figura do Estado toma feições diferentes a cada época; é moldado pelos interesses econômicos e, ainda, em face das necessidades humanas.

O pensamento sobre o Estado, em sua defesa ou oposição, vem permeando, ao longo dos últimos dois séculos, a doutrina de cientistas políticos e juristas como Karl Marx (2006), que pregava a abolição do trabalho assalariado, da propriedade privada e, por fim, do próprio Estado; de Carl Schmitt (2007), para quem soberano é quem decide sobre o estado de exceção. Este defendia o primado do político sobre o jurídico, na busca da unidade política e da homogeneidade. Contrário senso, Hermann Heller (2002) indicava ser o socialismo não a superação, mas o refinamento do Estado. Sua visão econômica do Estado já previa que não se devia afastar a função política em nome da produção de uma economia coletiva, mas controlar a ação da lei econômica por meio da função política.

Já Hannah Arendt analisa o sistema de estados nacionais europeus em face do encolhimento econômico e geográfico da Terra diante da mundialização. Verifica que a prosperidade e a depressão tendem a serem fenômenos globais. Da maneira como a família e a propriedade familiar foram substituídas pela participação das classes no território nacional, as sociedades circunscritas pelos Estados nacionais passaram a ser substituídas pela humanidade. “Os homens não podem ser cidadãos do mundo como são cidadãos dos seus países, e homens sociais não podem ser donos coletivos como os homens que têm um lar e uma família são donos de sua propriedade privada” (ARENDRT, 2007, p. 269).

Norberto Bobbio pauta a defesa do Estado fundamentado no regime democrático. Esse Estado é o resultado da inspiração moral baseada na responsabilidade individual que reivindica uma economia antimonopolista. Ela é avessa aos privilégios dos grupos e necessita de uma estrutura não monística, mas pluralista do Direito. Exige uma religiosidade interior que brote da intimidade da consciência. “Uma democracia que não seja o revestimento formal de uma sociedade aberta é uma forma sem conteúdo, é uma falsa democracia, uma democracia enganadora e não sincera” (BOBBIO, 2001, p. 99).

Ressalta-se a participação na construção dos Estados e de um Direito Humanitário de Fábio Konder Comparato, para quem os fins republicanos devem ser alcançados por meio da democracia participativa e dos instrumentos da soberania popular. Comparato, ao tratar sobre a grande opção da humanidade, no século XXI, preleciona que a vida econômica não deve ser submetida à ilimitada acumulação do capital privado, ela deve organizar-se no sentido de atender às necessidades e às utilidades públicas. Compete às autoridades governamentais, com a aprovação popular e por meio de estímulos e sanções adequadas, apontar, nas diretrizes programáticas, a direção a ser cumprida pelas empresas visando à produção de bens e serviços de interesse coletivo. O ideal do capitalismo financeiro, da realização de lucros sem produção de bens ou a prestação de serviços à comunidade, deve encontrar, no povo e no Estado Nação, opositores atentos e eficazes.

Verifica-se que cada uma das constituições federais instaurou uma nova ordem no Estado Brasileiro, sofreu influências internacionais e respondeu aos anseios dos detentores do poder econômico de plantão. Construir uma identidade nacional, formar e incluir a sua população, não tem sido meta prioritária. A Constituição Federal de 1988, que introduziu a ordem econômica com o fito de concretizar a ordem social, sucumbea cada dia, diante da ordem financeira. Caricatura do previsto por Schmitt, no Brasil, o estado de exceção permanente tem decisões tomadas pelo guardião da Constituição (no Brasil: o Judiciário).

Vive-se entre o Estado policial e o Estado judicial e engatinha-se no Estado democrático de direito. O Estado, de acordo com o pacto social, deveria proporcionar assistência e proteção a seus cidadãos, porém ele próprio é quem, muita vez, persegue e viola os direitos humanos, seja por abuso de autoridade, seja por desestruturação política e econômica. Márcia Morikawa (2006) sinaliza para a maioria dos casos em que o próprio Estado é o perseguidor, ele nega a proteção e a assistência humanitária internacional, alegando tratar-se de um assunto interno, exclusivo de sua soberania.

Do passado colonial e escravocrata até o Brasil do século XXI, permanece a característica de concentrada distribuição de renda e de riquezas. A política social que se estabeleceu no país e que perdura até hoje prioriza a aplicação de recursos nos grandes centros urbanos. Gastos insuficientes com a efetivação dos direitos sociais aliados a interesses patrimonialistas mantidos pela classe política dirigente resultaram, no Brasil, em ausência de capital social, de participação política e de melhores oportunidades de emprego e renda para a maior parcela da população.

Nota-se que, no Estado Democrático de Direito, há de respeitar-se a Constituição e de desejar-se profundamente que ela dirija os caminhos das funções desse Estado. Nesse diapasão, rompeu-se a barreira do século XXI com as mesmas preocupações e angústias decantadas em séculos passados: melhor qualidade de vida, liberdade e igualdade para todos, direito ou utopia no Brasil? Não é nova, contudo, a crença de que, sem a participação popular, sem as cobranças sociais e avigilância diuturna, sem restaurar as noções de ética e de dignidade humana, todos os direitos permanecerão inertes.

### **3. O pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais**

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966. Entrou em vigor em 3 de janeiro de 1976 e está dividido em cinco partes. São elas: I) autodeterminação dos povos e livre disposição de seus recursos naturais e riquezas; II) compromisso dos Estados de implementar os direitos previstos; III) direitos propriamente ditos; IV) mecanismo de supervisão por meio da apresentação de relatórios ao ECOSOC e (V) ratificação e entrada em vigor (WEISS, 2010, p. 99). Cumpre registrar que, em 1988, foi aprovado um Protocolo adicional com diversos dispositivos inovadores (COMPARATO, 2003, p. 368).

A finalidade principal do referido Pacto é a de estabelecer as condições sociais, econômicas e culturais para a existência de uma vida digna. Trata-se, na essência, de conferir proteção aos direitos humanos, que surgem e se desenvolvem em obediência a um núcleo existencial, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Os direitos humanos têm certas características que os diferem dos demais direitos, como: historicidade, universalidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade, limitabilidade e indivisibilidade. Podem ser classificados em dimensões ou gerações. A primeira dimensão visa proteger as liberdades individuais, os direitos individuais também conhecidos como prestações negativas. Já a segunda dimensão trata dos direitos sociais, culturais e econômicos e implicam uma prestação positiva por parte do Estado, e a terceira protege o próprio gênero humano.

No entanto, em virtude da característica da indivisibilidade dos direitos humanos, “não há como separar as dimensões dos direitos humanos em partes estanques” (BRAGA, 2012). As dimensões dos direitos

humanos são facetas do mesmo direito e não se pode garantir uma em detrimento da outra. Ademais, a própria Organização das Nações Unidas na Declaração de Viena de 1993 vem reafirmando a relevância do princípio da indivisibilidade dos direitos humanos. Nesse sentido, preleciona Mireille Delmas-Marty (2003, p. 40) que “[...] os direitos do homem devem ser interpretados e aplicados como um conjunto coerente porque indivisível.”

Devem-se assegurar os direitos humanos em toda sua extensão e amplitude. Nesse sentido, “a proteção dos direitos humanos deve-se dar de maneira uniforme e indivisível para que se possa garantir ao indivíduo a dignidade da pessoa humana. Os direitos humanos são interdependentes.” (BRAGA, 2012).

Os direitos econômicos são os direitos concernentes à produção e à distribuição de riqueza, inclusive seu consumo. Estão diretamente relacionados com a disciplina das relações de trabalho. Os direitos sociais e culturais tratam de estabelecer um padrão de vida digno, propiciando a educação e a participação dos indivíduos na vida cultural. Em virtude de sua natureza, esses direitos devem ser aplicados de maneira progressiva, na medida em que necessitam de recursos públicos para serem implementados, ao contrário dos direitos civis e políticos.

A finalidade do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais é justamente a de garantir uma proteção a esses direitos na medida em que impõem metas e tarefas aos Estados, pois a garantia desses direitos implica necessariamente uma posição ativa do ente estatal no sentido de assegurá-los, ou melhor, criar condições efetivas para sua fruição pela sociedade. O Pacto tornou esses direitos “preceitos juridicamente obrigatórios e vinculantes” (PIOVESAN, 2006, p. 168) que, no caso de serem violados pelos Estados-Partes, dão azo à responsabilização internacional.

O Pacto, *sub examine*, incorporou novos direitos, além dos assegurados na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Trata-se de deveres impostos ao ente estatal e não ao indivíduo.

São, na verdade, “direitos endereçados ao Estado” (PIOVESAN, 2006) e não aos indivíduos, como faz o Pacto dos Direitos Civis e Políticos. Deve-se considerar que: “os direitos humanos se desenvolvem muitas vezes no interior das instituições representativas de cada Estado e objetivam, de maneira bastante distinta, a harmonização entre direitos de liberdade e direitos econômicos, sociais e culturais” (BRAGA, 20012).

Importante registrar que a Carta das Nações Unidas dispõe, em seu artigo 55, que: “Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no



respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social; b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.”

Os direitos econômicos, sociais e culturais não são autoaplicáveis como os direitos civis e políticos, pois demandam a existência de recursos econômicos por parte do Estado, bem como a elaboração de políticas públicas. Eles estão condicionados à atuação do ente estatal, que deve adotar medidas econômicas e técnicas, isoladamente e por meio da assistência e da cooperação internacionais, até o máximo de seus recursos disponíveis.

Para que o Estado- parte cumpra o disposto no Pacto, é imprescindível que a implementação desses direitos seja uma prioridade na agenda política nacional, como preleciona Flavia Piovesan. (2006, p. 170). No entanto, o mecanismo de proteção desses direitos está limitado tão somente à sistemática de relatórios. Todavia, a Declaração de Viena recomendou a incorporação do direito de petição ao Pacto, por meio de um protocolo adicional.

Há que se reconhecer que as Nações Unidas avançaram muito na interpretação conferida às obrigações estatais em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, em decorrência em grande parte da atividade desempenhada pelo Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (WEISS, 2010, p. 100).

Depreende-se da progressividade da implementação desses direitos a denominada “clausula de proibição de retrocesso,” segundo a qual é proibido ao Estado retroceder na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais ou reduzir as políticas públicas que garantem tais direitos. O princípio da autodeterminação dos povos prestigia o respeito às competências nacionais exclusivas dos Estados (BASTOS; MARTINS, 2001, p. 502). Esse princípio ganha relevância no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais uma vez que a implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais dependem da existência de recursos econômicos.

Nesse particular, devem ser respeitadas as limitações orçamentárias de cada Estado. Todavia, tais limitações, por si só, não são limites intransponíveis e podem e devem ser ultrapassados pelos Estados, precipuamente, no tocante à eleição de suas prioridades. Tal situação impõe necessariamente um sopesamento dos princípios em conflito, como assevera Alexy (2008, p. 511-512): “[...] De acordo com essa formula, a questão acerca de

quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios.”

No entanto, reconhece-se igualmente o papel de extrema relevância da cooperação internacional que tem sido decisivo, em muitos países, para conseguir implementar e executar políticas públicas voltadas para a garantia de direitos sociais. Assevera, nesse aspecto, Alberto do Amaral Junior (2008, p. 445): “[...] a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais não é imediata, mas se prolonga no tempo em função das circunstâncias concretas que inevitavelmente acompanham a formulação e a execução das políticas públicas por parte dos governos.”

Todavia, o princípio da autodeterminação dos povos não pode ser interpretado de modo a invalidar o próprio conteúdo do Pacto ou, até mesmo, para servir de pretexto para o não cumprimento dos direitos nele assegurados. Os Estados se obrigam a aplicar os recursos disponíveis para implementar progressivamente os direitos econômicos, sociais e culturais, ou seja, para executar as metas estabelecidas.

Peter Häberle e Marcus Kotzur ressaltam a relevância do elemento econômico no Estado Constitucional, na medida em que deve propiciar um “nível de vida econômico mínimo”. Complementam que: “Se o mercado não é a medida de todas as coisas e tampouco o é do ser humano, o Estado Constitucional vive também dos resultados e êxitos econômicos de seu povo.” (KOTZUR; HÄBERLE, 2003, p. 7).

Para tanto, o próprio Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais prevê a apresentação de relatórios periódicos que demonstrem as medidas adotadas pelo governo para garantir tais direitos (AMARAL, 2008, p. 445). De igual modo, os relatórios descrevem os obstáculos que apareceram no lapso de tempo estabelecido e as medidas adotadas para superá-los. Contudo, não houve ainda a criação de um comitê de monitoramento.

Na visão de Flavia Piovesan (2006, p. 175) “a violação aos direitos sociais, econômicos e culturais é resultado tanto da ausência de forte suporte e intervenção governamental como da ausência de pressão internacional em favor dessa intervenção.”

Há que se reconhecer a necessidade de se criar um comitê para monitorar o cumprimento do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no entanto a sua ausência, por si só, não pode servir de justificativa para o descumprimento dos preceitos contidos no Pacto.

Pelo contrário, os Estados-Partes devem unir esforços no sentido de implementar tais direitos.

## 4. Os direitos sociais na Constituição de 1988

A Constituição de 1967 não continha, em seu texto, um artigo próprio para tratar dos direitos sociais. Estabelecia apenas, no seu Título III, sobre a “Ordem Econômica e Social”. Ela tinha por finalidade, consoante o disposto no art. 160, realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: I - liberdade de iniciativa; II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III - função social da propriedade; IV - harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção; V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; e VI - expansão das oportunidades de emprego produtivo.”

O art. 165 disciplinava os direitos dos trabalhadores, e o art. 166, a liberdade de associação profissional ou sindical, desde a sua constituição, a representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas de poder público que seriam regulados em lei. O art. 176 ainda tratava da educação, que era direito de todos. Ela era inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e solidariedade humana, é direito de todos e dever do Estado e será dada no lar e na escola.

A Constituição Federal de 1988, em seu Título II, dedica o segundo Capítulo para tratar dos “direitos sociais” que têm seis artigos. Contudo, limita-se, no art. 6º, apenas a enumerar quais são os direitos sociais, sem especificar de que maneira eles serão prestados. Na verdade, a regulamentação desses direitos só é verificável no Título VIII da Constituição, que cuida da “Ordem Social”. Os demais artigos do capítulo tratam tão somente dos direitos dos trabalhadores, ou seja, aqueles que têm vínculo empregatício (BASTOS; MARTINS, 2001, p. 428).

O art. 6º do Texto Constitucional, em sua redação original, estabelecia que são direitos sociais: a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados na forma prevista na Constituição. A Emenda Constitucional n. 26/2000 inseriu, no referido rol, o direito à moradia e, posteriormente a Emenda Constitucional n. 64/2010, introduziu o direito à alimentação. As primeiras Constituições no mundo a contemplar os direitos sociais foram a Constituição Mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919, a partir delas, a maioria das constituições posteriores passaram a contemplar os direitos sociais em seus textos (FERREIRA, 2008, p. 351).

A Constituição de 1988 demonstrou uma grande preocupação com a garantia dos direitos sociais e, ao enumerá-los expressamente em seu

texto, acabou por impor aos Poderes Legislativo e Executivo a necessidade de formulação de políticas públicas para assegurá-los na prática.

Explica Joaquim José Gomes Canotilho que: “são autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas.” (CANOTILHO, 2002, p. 474). Em virtude desse caráter social do texto constitucional, é que se vislumbra o caráter dirigente de suas normas, como denominado por Joaquim José Gomes Canotilho (2002, p. 475). No entanto, em virtude de os direitos sociais vincularem os demais poderes e necessitarem de verbas para serem implementados, tendo em vista a necessidade de se assegurar a força normativa da Constituição (GUERRERO, 1996), a Lei Fundamental alemã, de 1949, optou por não disciplinar os direitos sociais, deixando sua regulamentação para as leis infraconstitucionais. Todavia, nos países da América Latina, a maioria das Constituições assegura um amplo rol de direitos sociais e, assim, deve ser, pois é necessário conferir maior eficácia a esses direitos e evitar que a legislação infraconstitucional possa retirar a fruição desses direitos pelos cidadãos.

A proteção dos direitos sociais é condição essencial à efetividade da dignidade da pessoa humana, sendo esse “o próprio fundamento dos direitos fundamentais, nos quais se inserem aqueles de ordem social e trabalhista” (GARCIA, 2001, p. 98).

Amauri Mascaro do Nascimento (1998, p. 285) afirma que a noção de efetividade de direitos fundamentais sociais surgiu como expressão de direito e de liberdade individuais. Para o autor, com o tempo, em uma sociedade debruçada em problemas sociais e que exigiu, além das declarações formais, o efetivo reconhecimento de direitos trabalhistas, mostraram-se insuficientes para representar um quadro eficaz e concreto compatível com os valores da justiça social. A questão social veio expor uma nova realidade, que ampliou os horizontes em que os direitos humanos se descortinaram, o das preocupações socioeconômicas. Nessa perspectiva, aos direitos humanos individuais acrescentaram-se os sociais. Como dito anteriormente, não há contraposição entre os direitos humanos clássicos individuais e os direitos sociais. Interpenetram-se, apesar do diferente contexto ideológico que os inspirou.

Sidney Guerra (2008) acentua que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe um dever de abstenção e de condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a pessoa humana. É imposição que recai sobre o Estado de respeitá-lo, protegê-lo e promover as condições que viabilizem a vida com dignidade. Assim, o Estado deve assegurar condições para que a pessoa

possa exercer plenamente a sua dignidade, daí a observância das liberdades negativas (abstenção) como também das liberdades positivas (promoção), “havendo a proteção e o reconhecimento do mesmo (Estado) para que todos possam alcançar o ideal de uma vida digna” (GUERRA; MERÇON, 2008).

É oportuno lembrar que todos os direitos sociais têm uma dimensão positiva, implicam custos e, nesse diapasão, exigem que os custos sejam levados a sério. Nessa mesma vertente, ponderam Gilmar Mendes (2012, p.1491-1492) e Gustavo Amaral (2010, p. 42) que, na escassez de recursos, a comunidade há de encontrar critérios jurídicos e éticos para a tomada de decisões que impliquem efetivação de prioridades coletivas.

É necessário observar que há sempre uma decisão financeira, detrás de cada atuação estatal, que demanda recursos. Esta, por sua vez, é precedida de uma atividade de arrecadação, que torna a decisão de gastar possível. As finanças públicas e as normas que as regulam, além de sua função instrumental, são um saber ético que leva o cidadão a decidir, a escolher como aplicar recursos e fazer sacrifícios em favor da coletividade. Vale relembrar a Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei Complementar nº101, de 4 de maio de 2000, que foi debatida e defendida nos primeiros anos do novo século, tratava-se de lei educativa e redentora da boa aplicação de recursos públicos. Percebe-se, porém, o seu esquecimento nos círculos acadêmicos e políticos.

## **5. O Supremo Tribunal Federal e a proteção dos direitos sociais**

O princípio da dignidade da pessoa humana deve atuar como barreira à restrição de direitos fundamentais pela atividade do legislador ordinário, evitando que atos normativos infraconstitucionais resultem no esvaziamento ou, até mesmo, na absoluta supressão de tais direitos.

Os direitos sociais, os de segunda dimensão, conferem ao indivíduo o direito a prestações estatais, ou seja, prestações positivas, como saúde, educação, trabalho, entre outros. Contudo, na realidade, observa-se que os Poderes Executivo e Legislativo não conseguem implementar as políticas públicas necessárias para a efetivação desses direitos de maneira satisfatória. As razões que levam a esse insucesso são inúmeras, entre as quais, destacam-se os objetivos eleitorais, a própria incapacidade técnica dos agentes e a escassez de recursos.

Não há de negar-se uma sociedade que não pode contar com serviços públicos de qualidade e que os indivíduos não possam fruir dos seus

direitos sociais, não logrará exercer sua cidadania de forma plena. Há que se reconhecer igualmente que a limitação de recursos constitui-se em impedimento para a efetivação plena dos direitos sociais (VERONESE, 2009, p. 367). Ganhou relevo, nesse contexto, a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão que, em 1972, proferiu pela primeira vez uma decisão (SCHWABE, 2005, p. 656-667) aplicando a “reserva do possível” (CONI, 2006, p. 119) (*Vorbehalt des Möglichen*), que pode ser definido como um parâmetro, ou melhor, um limite entre o dever de prestação do Estado e as suas possibilidades econômicas (CANOTILHO, 2002, p. 479). Nesse sentido, a aplicação dos direitos sociais estava vinculada à “reserva do financeiramente possível” (*Vorbehalt des finanziell Möglichen*) (MENDES, 1999, p. 47).

Os direitos sociais são direitos de implementação progressiva, pois dependem de orçamento para tanto, isso não está a significar que sejam desprovidas de efeitos jurídicos (MENDES, 1999, p. 47). Pelo contrário, todas as normas constitucionais são dotadas de uma eficácia mínima (BASTOS, 1999, p. 97). E os direitos sociais conformam todo o sistema normativo, impedindo que normas em sentido contrário sejam editadas. Em outras palavras, na medida em que proclama o Texto Constitucional ser a saúde e a educação, direito de todos e dever do Estado, resta impedida a privatização do sistema por leis ordinárias e assegurada a intervenção do Poder Judiciário, quando provocado para assegurar esses direitos (SARMENTO, 2009, p. 373).

A aplicação dos direitos sociais está diretamente relacionada à reserva do possível (SARLET, 2005, p. 378), ou seja, a existência de recursos orçamentários para tanto e também a capacidade estatal para alocá-los. Não se apresenta possível realizar todos os direitos sociais na sua amplitude máxima (SARMENTO, 2009, p. 287). Adverte-se que o Poder Público deve ter prudência na efetivação dos direitos sociais, pois não pode, tendo em vista a escassez de recursos, implantar políticas públicas que extrapolem os limites orçamentários existentes. Contudo, não se pode reduzir a aplicação dos direitos sociais em toda a sua extensão à reserva do economicamente possível, pois esses limites não são intransponíveis. (SARMENTO, 2009, p. 374). É necessário cuidado na escolha de prioridades para a aplicação de recursos, de modo a atender os fins essenciais colimados pela Constituição de 1988 (SARMENTO, 2009, p. 381). Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, evoluiu no sentido de conferir maior proteção aos direitos sociais em consonância com os ditames estabelecidos no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A partir dessa necessidade de proteção dos fins essenciais do Texto Constitucional, que são aqueles que decorrem diretamente da dignidade da pessoa humana, é que ganha destaque a proteção nas decisões judi-

ciais do “mínimo existencial.” O direito ao mínimo e existencial também surge na jurisprudência do Tribunal Federal Administrativo alemão em 1954 (BVerwGE, 1., 159). O mínimo existencial pode ser entendido como um complexo de situações materiais indispensáveis para a existência de uma vida digna em toda a sua amplitude, ou seja, nos seus aspectos físico e intelectual, necessários para o desenvolvimento do indivíduo.<sup>2</sup> Nesse particular, busca-se harmonizar a proteção do mínimo existencial com as prioridades orçamentárias e a reserva do possível (SARMENTO, 2009, p. 383). A dignidade humana aparece aqui com um limite à atuação dos Poderes Públicos. Gomes Canotilho utiliza a expressão garantia do “mínimo social” que “resulta já do dever indeclinável dos poderes públicos de garantir a dignidade da pessoa humana e não de qualquer densificação jurídico-constitucional dos direitos sociais.” (CANOTILHO, 2002, p. 479). O Supremo Tribunal Federal, inspirado na jurisprudência da Corte alemã, passa a aplicar a teoria do mínimo existencial a partir de 2005 (STF, 2005).

Na proteção dos direitos sociais, tendo em vista a ausência de políticas públicas eficazes e levando-se em consideração a positivação desses direitos, firmou o Supremo Tribunal Federal jurisprudência no sentido de que o Tribunal pode adentrar no mérito das políticas em casos de abusividade governamental e em observância ao mínimo existencial. Tal posição foi firmada no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45. A decisão foi proferida nos seguintes termos:

[...] não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições mínimas de existência [...] a cláusula da reserva do possível, ressalvada a ocorrência de justo motivo, não poderá ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação

2 Esclarece Otavio Henrique Martins Port (2005, p. 104) que “a retórica do mínimo existencial não minimiza direitos sociais, senão que os fortalece extraordinariamente na sua dimensão essencial, dotado de plena eficácia, e os deixa incólumes ou até os maximiza na região periférica, em que valem sob a reserva da lei.”

*Análise do crescimento econômico e do desenvolvimento humano no Brasil,  
sob o viés do pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais*

ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (STF, 2004)

O papel desempenhado pelo Poder Judiciário reside em observar se as normas constitucionais relativas aos direitos sociais são efetivadas e, quando necessário, conchamar o Poder Executivo para que concretize as políticas públicas constitucionalmente previstas (SARMENTO, 2009, p. 387). A atuação dos magistrados assume papel de especial relevância. Isso porque, na condição de intérpretes e aplicadores do Direito, incumbe a eles assegurar o máximo de efetividade às normas constitucionais (BASTO; MARTINS, 2001).

Não se pode perder de vista que a realização do Estado Social e Democrático de Direito é uma tarefa constante e comum de todos os Poderes do Estado. Nesse sentido, tem-se que o Supremo Tribunal Federal tem conferido proteção aos direitos sociais na mais estrita observância dos ditames estabelecidos no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

## Conclusão

A conjuntura econômica global vem se deteriorando e afeta o Governo Dilma Rousseff, freando a trajetória dos avanços alcançados a favor da diminuição do fosso do desequilíbrio entre o gozo de direitos das classes sociais no Brasil. Destaca-se, no atual governo, a determinação de reduzir as taxas de juros e de combater a corrupção. Permanece a política voltada para uma melhor distribuição de renda da população, porém ainda de maneira insuficiente. Além das políticas assistencialistas, para muitas, necessárias e redentoras da fome, não se constata desenvolvimento sustentável.

Na zona rural, assim como nas zonas urbanas, é visível a desigualdade social e o desequilíbrio econômico. Vinte cinco anos após a promulgação da Constituição Cidadã, permanece a frustração no que concerne à carência de efetivação dos direitos sociais. Vive-se ainda, entre o Brasil legal e o Brasil real, em um contexto, outrora apelidado de Belíndia, uma mistura do modelo de desenvolvimento da Bélgica, com aquele de pobreza caracterizado na Índia. O Estado de bem-estar social nunca foi alcançado no Brasil. Enquanto a Europa grita contra a crise econômica da segunda década do século XXI, o Brasil nunca saiu dela, convive cotidianamente com contrastes irreconciliáveis.

A descrença e o repúdio da população aos seus representantes no Executivo e no Legislativo mostraram-se patentes nas manifestações das



ruas em todo o território nacional, durante os meses de junho e de julho. As políticas do pão e do circo, dos jogos de futebol e das bandeiras partidária, já não confortam nem seduzem o povo. Ele requer a efetivação prioritária dos direitos sociais. Se há escassez de recursos, que as leis orçamentárias priorizem as necessidades da população brasileira, essa ilustre desconhecida das academias e das elites.

Não há como postergar o acesso ao patamar mínimo de igualdade, requerido com a contestação do proletariado ao modelo concentrador de rendas, desde o século XIX. Busca-se o Judiciário para garantir a exigibilidade judicial dos direitos sociais, posto que devidamente positivados na Constituição e no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Fala-se em judicialização da política, aquela que obriga o Executivo a garantir a concretização de direitos individuais e coletivos, diante da normatividade da Constituição dirigente de 1988.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e culturais visa, nesse sentido, impor metas a serem cumpridas pelos Estados no sentido de garantir esses direitos em toda sua extensão. No entanto, tal escopo esbarra inevitavelmente na autodeterminação dos Estados e seus limites. Nesse cenário, impõe-se construir instituições comuns no campo da política, da cultura e da economia para que se estabeleçam laços entre o plano dos princípios universais abstratos e a concretude das realidades singulares que se pretendem regular.

Repensar o fundamento ético do poder do Estado, originado da vontade nacional, é o meio adequado a se contrapor à autonomização do econômico em esfera mundial e à hipertrofia do mercado. Fomentar as instituições, a cultura da nação e da participação política não significa pregar o retorno ao nacionalismo exacerbado, ao racismo ou ao organicismo, visa superar o conflito entre a omissão do campo da política que não faz preponderar a finalidade ética do Estado de realizar direitos sociais, de garantir direitos adquiridos e segurança jurídica, de representar uma população e não somente uma facção economicamente dominante.

Os Estados devem concretizar, de forma eficiente, transparente e democrática, o poder de mando, determinado pelas normas constitucionais e pela legislação ordinária, infraconstitucional, elaborada pelo necessário processo legislativo; planejado e administrado pelo executivo; e julgadas as exceções e a disputas entre indivíduos e entre indivíduos e Estado pelo Judiciário.

Constata-se, por meio das pesquisas do PNUD (2013), que, apesar de tamanha concentração de renda no Brasil, detectada diante dos índices de ser a 7ª economia do planeta e a 85ª em índice de desenvolvimento huma-

no, que os brasileiros são felizes, (FIB, 25ª posição), são otimistas e querem o direito à felicidade. A soberania do Estado, resultado da vontade popular e da nacionalidade, efetiva-se no território nacional ao garantir prioridade ao interesse público diante de conflito com o interesse privado; revigora-se ao implementar políticas governamentais que viabilizem um patamar mínimo de igualdade e a garantia dos direitos sociais constitucionalmente assegurados. Há de conseguir conciliar igualdade formal das leis com a igualdade material do acesso a condições de desenvolvimento humano.

A conscientização global de pertencimento à ordem comum, chamada humanidade, e o sentimento de fraternidade levam a enxergar a si mesmo no outro e a exigir igualdade, dignidade e acesso aos direitos e às garantias fundamentais que transcendem o aspecto da territorialidade. O exercício da soberania interna e externa há de efetivar-se com responsabilidade, terá como elementos fundantes à legitimidade, à proteção da dignidade humana alcançada por meio da garantia dos direitos sociais.

A garantia dos direitos sociais, culturais e econômicos deve ser meta a ser alcançada pelos três poderes, no entanto verifica-se, atualmente, uma carência de políticas públicas eficazes no sentido de assegurar tais direitos e representação política incipiente, permanecendo o divórcio entre eleitos e eleitores.

Todavia, nesse contexto, destaca-se a atuação do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, na medida em que levou a efeito uma alteração em sua jurisprudência no sentido de dar maior efetividade aos direitos sociais, ao aplicar a “teoria do mínimo existencial”, segundo a qual o Estado não pode furtar-se a oferecer condições mínimas para a existência digna do indivíduo. Alinha-se, assim, às diretrizes estabelecidas no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva: Malheiros, 2008.

AMARAL JUNIOR, Alberto. **Introdução ao Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolhas: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 2ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Gina Vidal Marcílio Pompeu  
Samantha Ribeiro Meyer-Pflug

ANDI. INSTITUTO AIRTON SENNA e UNICEF. **Serie mídia e mobilização social**. Vol 4. São Paulo: Cortez Editora, 2003.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**, 2ªed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, vol.1, 2ª ed., 2001.

BOBBIO, Norberto. **Entre duas Repúblicas**: às origens da democracia italiana. Tradução de Mabel Malheiros Bellati. Brasília: Ed. Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001.

BRAGA, Sergio; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Cuba e a Indivisibilidade dos Direitos Humanos. In. **Anais do XXI Congresso Nacional do CONPEDI** – Niterói, 2012.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 6ª ed., Coimbra: Almedina, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONI, Luís Cláudio. **A internacionalização do poder constituinte**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Três Desafios para um direito mundial**, Rio de Janeiro: Lumen Juris. Tradução de Fauzi Hassan Choukr, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 34ªed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. Forense: São Paulo, 2011.

GUERRA, Sidney, MERÇON, Gustavo. **Direito constitucional aplicado à função legislativa**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2008.

GUERRERO, Manuel Medina. **La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales**. Madri: Estudios de Ciencias jurídicas, 1996.

*Análise do crescimento econômico e do desenvolvimento humano no Brasil,  
sob o viés do pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais*

KOTZUR, Markus; HÄBERLE, Peter. **De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano.** trad: Héctor Fix-Fierro. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista.** São Paulo: Anita Garibaldi, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade.** São Paulo: Celso Bastos Editor; Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2ªed., 1999.

MENDES, Gilmar e BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional.** 7ed, São Paulo:Saraiva, 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Teoria Geral do Direito do Trabalho.** LTr: São Paulo, 1998.

ONU. PNUD. **Índice de Desenvolvimento Humano.** Disponível em: <[http://www.pnud.org.br/IDH/Atlas2013.aspx?indiceAccordion=1&li=li\\_Atlas2013](http://www.pnud.org.br/IDH/Atlas2013.aspx?indiceAccordion=1&li=li_Atlas2013)>. Acesso em: 10 mai. 2013.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e Direito Constitucional Internacional.** São Paulo:Saraiva, 7ªed., 2006.

PORT, Otavio Henrique Martins. **Os direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da Administração Pública.** São Paulo: RDC editora, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 5ªed., Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. “Reserva do possível e mínimo existencial”. *In: Comentários à Constituição Federal de 1988.* Coordenadores: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição** (Der Hüter der Verfassung). Tradução de Geraldo Luiz de Carvalho Neto. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Tradução: beatriz Henning et. Al. Berlin: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

Gina Vidal Marcílio Pompeu  
Samantha Ribeiro Meyer-Pflug

SIÉYÈS, Emmanuel. **A constituição burguesa**. Qu'est-se que Le tiers état? . Tradução de Norma Azevedo e organização de Aurélio Wander Bastos. 4 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**: leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão. Livro I. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

VERONESE, Alexandre. "Art.6º. In: **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Coordenadores: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

WEISS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2ªed., 2010.

YUNUS, Muhammad, **Um mundo sem pobreza**: a empresa social e o futuro do capitalismo/Muhammad Yunus; com Karl Weber: (Tradução Juliana A. Saad e Henrique Amar Rego Monteiro). São Paulo: Ática, 2008.

### *Sites pesquisados:*

<http://www.pnud.org.br/IDH/DH.aspx>. Acesso em 16 ago 2013.

<http://www.pnud.org.br/ODM7.aspx>. Acesso em 16 ago.2013.

# Dos princípios à ação: dificuldades do ajuste

*Helena Esser dos Reis*

## **Introdução**

Para tematizar concepções universalistas e relativistas dos direitos humanos, propomo-nos a investigar as dificuldades que temos em ajustar nossas ações cotidianas aos princípios de direitos humanos. Se tomarmos o cuidado de pensar as diversas circunstâncias que envolvem uma ação, correremos o risco de ficar paralisados. Não são poucas as razões que podemos juntar para justificar uma ou outra posição a ser tomada, sem termos clareza acerca de qual delas devemos priorizar. Se, por um lado, princípios universais tendem a desconhecer as características culturais e regionais, a falta desses princípios desorienta a ação. Como ajustar princípios às circunstâncias que envolvem as ações?

## **1. O ponto de partida: o ser humano**

A fim de discutir a relação entre princípios e ação, partiremos da análise do Artigo Primeiro da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1948. Essa declaração surge imediatamente, após a Segunda Guerra Mundial, cuja característica de violação da humanidade extrapolou todas as descrições históricas conhecidas. Essa Declaração cumpre o propósito de repudiar o ocorrido e, ao mesmo tempo, de criar condições político-jurídicas para cercear qualquer atitude de violação da pessoa. Neste sentido, o primeiro artigo da declaração “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir umas em relação às outras com espírito de fraternidade” é fundamental para compreensão do que é o ser humano e para estabelecer princípios norteadores da ação de uns em relação aos outros.

A frase inicia-se com uma formulação universal, que transparece na palavra “todas”. O vocábulo “Todas” refere-se ao sujeito da frase determi-

nando que as condições atribuídas ao sujeito aplicam-se indistintamente àqueles que cabem no termo “pessoa”. Pessoa, tal como entendemos hoje, é uma palavra que congrega significações antigas advindas das culturas greco-romana e judaico-cristã. Pessoa é, sob um primeiro aspecto, um ser real, existente, singular; em segundo lugar, pessoa é compreendida a partir de suas relações dinâmicas com as outras e com o mundo; e ainda, pessoa é aquele que está em comunhão com Deus. Dessas concepções derivou-se a compreensão de pessoa como um ser singular com corpo, inteligência e espírito; que não pode ser substituída nem reproduzida integralmente, pois, para além do que possa ser dito ou pensado, cada pessoa sempre pode dar origem a algo inusitado. Essa singularidade confere a essa pessoa o caráter de indivíduo, ou seja, um ser uno, indivisível e, ao mesmo tempo, faz dela um ser único, incomunicável e inviolável.

Segundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, todas as pessoas “nascem livres e iguais”. Nascer é a condição natural pela qual todo animal vem ao mundo. As pessoas, animais da ordem dos primatas, do grupo dos mamíferos, vêm ao mundo como seres livres e iguais. Mas, o que significa liberdade nesse contexto? Não se trata da liberdade de vir ao mundo, mas da liberdade de estar no mundo. Trata-se da liberdade de ser a si mesmo, de manifestar sua singularidade (que implica sua cultura, seus valores, suas concepções políticas...) no espaço compartilhado com outras pessoas. Liberdade é a capacidade de cada um pensar, decidir, agir por si mesmo em um mundo compartilhado com outras pessoas que, do mesmo modo, pensam, decidem e agem por si mesmos, pois – tal como está expresso na Declaração - a condição de liberdade é universal, ou seja, é para todas as pessoas.

Igualdade é um conceito difícil, porque a ideia genérica de igualdade remete, quase imediatamente, a uma igualdade absoluta ou a uma identidade, tal como  $A=A$ . No entanto, se partimos da concepção de que as pessoas são livres e que a liberdade implica pensar, decidir e agir por si mesmo, temos que admitir que dificilmente encontraremos duas pessoas que se enquadrem no esquema  $A=A$ . Ora, no âmbito social e político, não buscamos igualdade absoluta, mas qualificada – ou seja, igualdade em tal ou qual aspecto. Exatamente isso é o que faz a Declaração Universal dos Direitos Humanos: qualifica a igualdade, posto afirmar que as pessoas são iguais em dignidade e direitos. Tal qualificação impede que a igualdade seja concebida como homogeneidade, garantindo a liberdade de as pessoas pensarem, decidirem e agirem em vista de sua cultura, valores, concepções políticas, religiosas, etc.<sup>1</sup> Contudo, ao mesmo tempo em que

1 Sobre este tema veja Rosinaldo Silva Sousa (2001, p. 53-55).

a Declaração assegura a pluralidade humana, afirmando a igualdade em dignidade e direitos, confere certos limites à ação das pessoas, das instituições, dos estados, pois ninguém pode violar tal igualdade.

Vejam com cuidado: o que significa dizer que as pessoas são iguais em dignidade e direitos? O conceito de dignidade é muito antigo e pleno de significações ao longo da história da filosofia. Para nosso propósito, importa compreender que, no período medieval, a dignidade enraizava-se na relação direta com Deus, denotando excelência e distinção. Em vista da longa cadeia hierárquica das criaturas de Deus, entre os seres terrenos, os seres humanos ocupavam a posição privilegiada por terem sido concebidos à imagem e à semelhança do seu Criador; entre os seres humanos, pela mesma razão, os homens tinham primazia sobre as mulheres; aqueles devotados à fé cristã, sobre os pagãos e os hereges... A dignidade não era um atributo compartilhado por todos os seres humanos igualmente, mas dependia de uma excelência que distinguia seu portador dos demais, aproximando-o da divindade e conferindo-lhe o poder de dirigir os demais. Na modernidade, caracterizada pela contestação e pela depreciação da autoridade monárquica e eclesiástica, a dignidade passa a ser concebida como um atributo de cada pessoa individual e não mais derivada de qualquer privilégio restrito apenas a alguns.

A ideia de dignidade daí derivada encontra sua formulação, amplamente aceita nos dias de hoje, a partir da concepção kantiana. Immanuel Kant, em *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, argumenta que todos os seres (racionais ou irracionais) têm valor, no entanto esse valor pode ser relativo ou absoluto. Valor relativo significa que o valor do ser em questão decorre do uso ou do emprego que pode ser dado a esse ser e, nesse caso, os seres são chamados de coisas; ou, o valor pode ser absoluto, ou seja, não condicionado. Segundo Kant, esse é o caso dos seres humanos, cujo valor não decorre do seu emprego para algo, mas de si mesmo enquanto ser racional. É nesse sentido que afirma ser a humanidade um “fim em si”, jamais meio para algo:

O homem, e, duma maneira geral, todos ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim. (KANT. 1980, p. 135)



A igualdade entre as pessoas é qualificada pela dignidade e pelos direitos, o que nos leva a considerar que, tendo cada pessoa o mesmo valor absoluto que cada uma das demais, então a igualdade determina obrigações de respeito à dignidade que geram direitos. Embora a Declaração afirme a igualdade de direitos a partir do nascimento, tal formulação não remete a uma concepção jusnaturalista<sup>2</sup>. Se as lutas travadas, nos séculos XVII e XVIII contra o antigo regime, baseavam-se na concepção de que a igualdade derivava da própria natureza humana, historicamente, compreendeu-se que a mera humanidade não assegura direitos. Ao afirmar que todos nascem iguais em direitos, a Declaração determina compromissos irrevogáveis ao estado, ou seja, engaja a instituição jurídico-política na garantia da condição universal de igualdade. É o estado, por meio de suas leis e instituições, que estabelece direitos políticos, civis, econômicos, culturais, entre outros, a fim de zelar para que a dignidade de cada pessoa seja respeitada.

Iguais em dignidade e direito, tal como declarado em 1948, estabelece um vínculo entre princípios éticos norteadores da ação humana e institucionalidade jurídico-política. Não se trata de submeter a política à ética, mas, por um lado, de compreender que os direitos só podem existir se estiverem politicamente assegurados; e, por outro, de afirmar que o agir humano (individual, institucional, estatal) encontra limites que devem ser respeitados para que a ação não se torne violência, violação, e perca a legitimidade. A política, do ponto de vista da Declaração Universal dos Direitos Humanos, é a instância garantidora da igualdade de dignidade e direitos de todas as pessoas e, por isso mesmo – o estado, por meio de leis e instituições – deve assegurar que cada pessoa respeite a dignidade de cada outra pessoa e que as próprias instituições e as leis também o façam.

Ainda que a declaração compreenda cada pessoa como um ser singular, a dimensão relacional dessas pessoas é um pressuposto que transparece na segunda frase do primeiro artigo: “São dotadas de razão e consciência e devem agir umas em relação às outras com espírito de fraternidade”.<sup>3</sup> Os atributos, a razão e a consciência estão unidos por uma conjunção “e” cuja função gramatical é estabelecer uma relação de dependência entre

2 Os autores jusnaturalistas dos séculos XVI a XVIII consideravam que os seres humanos tinham direitos inerentes a sua natureza humana, os quais não dependiam de qualquer determinação ou vontade. Sobre o tema veja: Simone Goyard-Fabre (2002).

3 Considero que a dimensão relacional das pessoas, que estava ausente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, nos impede de ler a Declaração de 1948 como se esta ainda se referisse ao sujeito apenas como um indivíduo isolado. Se ainda o fazemos é antes pela manutenção de uma chave interpretativa moderna do que pela proposição presente na Declaração.

ambos. Razão, unida à consciência, longe de significar meramente capacidade de calcular, ou computar, ou resolver problemas numéricos, deve ser entendida como raciocínio lógico-argumentativo, capaz de demonstrar os próprios fundamentos; do mesmo modo que a consciência, unida à razão, muito mais do que qualquer sentimento espontâneo de empatia ou honradez, diz respeito à capacidade de refletir e enunciar juízos morais por si mesma. Assim, afirmar que uma pessoa é dotada de razão e de consciência busca ressaltar a condição de diálogo e de respeito frente à plural singularidade das pessoas. Não é por acaso, portanto, que a frase se encerra com outra conjunção “e” que impõe uma norma de ação, também universal: “e devem agir umas em relação às outras com espírito de fraternidade”. Apenas seres racionais e conscientes podem compartilhar normas de ação que derivem de princípios, convicções e não do temor ao castigo. Nenhuma lei, nenhuma pena pode obrigar quem quer que seja a agir com espírito de fraternidade.

## 2. Os princípios norteadores da ação

Pois bem, tendo entendido o enunciado do artigo primeiro da Declaração de 1948, podemos investigar agora o princípio norteador da ação: o “espírito de fraternidade”. A relação entre “cada pessoa” e “cada outra pessoa” - seres singulares, capazes de pensar, decidir e agir por si mesmos, convictos de sua igual dignidade e direitos - é extremamente melindrosa. Melindrosa porque nada pode determinar *a priori* (ou à revelia das convicções e das razões que cada um é capaz de compartilhar) o que é aceitável ou não nas relações entre uns e outros, pois o que é desejável e aceitável é cultural, transforma-se ao longo do tempo, altera-se pela ação social.

As instituições jurídico-políticas, que prescrevem regras e procedimentos aos indivíduos e ao estado, contribuem para manter as relações entre um e outro dentro de parâmetros aceitáveis pela maioria dos cidadãos, preservando, desse modo, a comunidade. Entretanto, no objetivo primeiro dessas instituições - a proteção do indivíduo contra a ameaça que o outro indivíduo representa - transparece, ainda na contemporaneidade, sua filiação a uma concepção moderna. Baseando-se na consideração de cada um como um ser singular, cujo interesse próprio é seu ponto de referência para julgar o mundo e suas relações com cada um dos demais, o outro aparece a cada um como alguém que tende - por si mesmo,

por sua singularidade – à contraposição<sup>4</sup>. As relações de convivência entre esses indivíduos livres e iguais passam a ser determinadas pelo Estado, por meio de instituições e leis cuja generalidade abstrata, ao mesmo tempo que não considera as particularidades, também não permite exceções.

É importante compreender que é na possibilidade de ser diferente que reside a condição humana de pessoa livre e igual em dignidade e direitos. Sempre que as relações entre cada um e cada outro estiverem determinadas à revelia das próprias pessoas concernidas, não há liberdade nem igualdade entre todas as pessoas. Contudo, sempre que faltar o “espírito de fraternidade”, as relações entre uns e outros tendem a nortear-se pelo interesse privado, e a prevalência de um ou outro interesse tende a decorrer da força (física, econômica, retórica, numérica...). Ora, a Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhece – na história recente da Segunda Guerra - o perigo de deixar pessoas à mercê de interesses privados de outras (sejam indivíduos, grupos, maiorias) e, por isso, inicia o primeiro artigo com a palavra “todas”, reforçando o caráter universal de sua proposição. O uso do universal “todas” não é nem ingênuo, nem retórico, mas encerra um princípio e uma proposta de ação. O princípio: a liberdade e a igual dignidade e direitos, assim como a racionalidade e a consciência, são atributos que caracterizam os seres humanos; a proposta: que tais atributos devem ser, ainda que não o sejam no momento presente, reconhecidos a todos os seres humanos. Tal princípio e tal proposta de ação sustentam-se na pluralidade e no respeito às múltiplas formas de manifestação da humanidade das pessoas que estão contidas no “espírito de fraternidade”.

Pois bem, cabe perguntar: como passar do princípio à ação? Enquanto estamos centrados na figura de cada indivíduo, é bastante plausível que cada um considere a si mesmo como livre e igual em dignidade e direitos, dotada de razão e consciência. O problema surge quando relacionamos um indivíduo a outro, pois, frequentemente, não se concede aos outros os mesmos atributos que reconhece para si. A negação do reconhecimento desses atributos ao outro não decorre da perversidade de cada um, mas de como se constituiu, na modernidade, a própria concepção de “homem”. Podemos lembrar que, logo após a memorável De-

4 Thomas Hobbes, autor de *Leviatã* publicado em 1651, deriva da igualdade existente entre os seres humanos a desconfiança de uns aos outros, pois – afirma ele, “se dois homens desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo que é impossível ser ela gozada por ambos, eles tornam-se inimigos. E, no caminho para o seu fim (que é principalmente sua própria conservação e às vezes apenas o seu deleite) esforçam-se por destruir ou subjugar um ao outro.” (HOBBS, 1979, p. 74-75)

claração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, pela Assembléia Constituinte Francesa, Olympia de Gouges propôs a Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã; no entanto, essa declaração não encontrou o mesmo apoio popular, e Olympia foi julgada pelo tribunal revolucionário e guilhotinada. A simples declaração dos direitos da mulher e da cidadã revela que o princípio da universalidade, presumido na palavra *todas*, não era assumido como proposta de ação.

Marx, em *A Questão Judaica*, denuncia com toda clareza que o “homem” da Declaração de 1789 é o homem abstrato, ou seja, um homem desconectado da história, de uma cultura, da economia, de questões sociais e políticas. Tal abstração faz cada um perder a compreensão das relações intersubjetivas que constituem o mundo humano e, ao mesmo tempo, favorece a cada um a imaginação de bastar a si mesmo. A partir dessa compreensão abstrata do homem, a crítica marxista à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão baseia-se na ideia de que os direitos aí declarados não são direitos políticos, não são “fruto da luta contra o acaso do nascimento, contra os privilégios que a história, até então, vinha transmitindo hereditariamente de geração em geração” (MARX. s/d. p. 38). Despolitizando os direitos do homem, a Declaração de 1789 os considera como direitos naturais. E, considerar que o homem é livre por natureza faz que os indivíduos considerem a liberdade como um atributo individual desvinculado das relações sociais, políticas, econômicas, culturais que possam estabelecer, portanto, em lugar de vincular os homens uns aos outros, isola-os. Analisando, por exemplo, o artigo VI da Declaração de 1789, que assegura o direito à liberdade como o direito de fazer o que bem entender desde que não prejudique a outrem<sup>5</sup>, Marx afirma que essa concepção de liberdade está baseada na “separação do homem em relação a seu semelhante” e não na união entre eles. A relação de cada ser humano com os outros e com o mundo passou a basear-se na compreensão que cada um tinha de si mesmo, na própria capacidade de raciocinar e julgar. O outro e as relações entre eles decorriam dos interesses e da vontade de cada um, em vista de si mesmo e para além de toda consideração circunstanciada de ordem social, política, econômica, cultural.

5 Artigo 6: “A liberdade é o poder que pertence ao homem para fazer o que não prejudique aos direitos dos outros”. Cita também o mesmo artigo 6 reformulado pela Declaração de 1791: “A liberdade consiste em fazer tudo o que não prejudique ao outro”.

### 3. Possibilidades de ajuste

Entre a declaração de direitos e sua efetivação, há sempre um longo caminho. O ato declaratório traz um ganho imenso na medida em que estabelece princípios norteadores, contudo não é suficiente. As declarações de direitos humanos cumprem a tarefa crucial de determinar princípios universais para nortear a ação das pessoas, das instituições, dos governos. Sem tais princípios, não temos nenhum critério para discutir a legitimidade de uma ação ou mesmo de uma determinação legal. Tão só com base nesses direitos declarados universalmente, as pessoas puderam lutar contra a opressão em vista do gênero, contra condições sociais opressivas, contra o de trabalho escravo ou o trabalho infantil, em favor da liberdade de expressão, pelo respeito à pluralidade de posições políticas e religiosas.

Se a perspectiva de cada um está centrada sobre si mesmo, é porque cada um julga o outro e suas relações a partir de si e em vista de si mesmo. Segue-se, em consequência, que a principal dificuldade reside na própria maneira do sujeito, “pessoa”, compreender a si mesmo e as suas relações. A perspectiva norteadora do julgamento de cada um é a perspectiva do homem abstrato que tem o direito universal à liberdade e à igualdade de dignidade e direitos. Olhando caso a caso, no entanto, não há homem abstrato, mas uma diversidade de pessoas singulares submetidas a diversas contingências: em lugar do homem abstrato, temos o adulto, a criança, o homem, a mulher, o deficiente mental, o negro, o pobre... Sabemos que, ao longo da história, o modelo abstrato de homem, confrontado à condição singular de cada um, trouxe argumentos para afirmar, em certos casos, que nem todos compartilham da mesma razão e consciência. Os loucos, as mulheres, os pobres não dispunham, em vista das circunstâncias particulares que os envolviam, de condições, de razão e de consciência que lhes permitisse agir autonomamente cabendo, portanto, tutelá-los, a fim de que, aos poucos, desenvolvessem as condições necessárias que lhe assegurem a liberdade e a igualdade de dignidade e direitos.

O “espírito de fraternidade” que encerra o primeiro artigo da Declaração de 1948 exige uma alteração na perspectiva do sujeito. Se a modernidade o concebeu centrado em si mesmo, bastando a si mesmo, a crítica marxista muito contribuiu para compreendermos os limites da perspectiva “individualista burguesa”. Para efetivar a possibilidade de estender amplamente a liberdade e a igualdade de dignidade e direito, é preciso tomar a perspectiva do outro. Ainda que a modernidade conceba a pessoa como um indivíduo centrado em si mesmo, que se relaciona com o mundo

e com o outro, baseado em regras e procedimentos institucionais capazes de limitar a ação (das pessoas e das instituições) em vista da preservação do indivíduo separado do indivíduo, para ultrapassar a mera justaposição das pessoas em um espaço social e desenvolver o “espírito de fraternidade” proposto pela Declaração de 1948, é preciso inverter a perspectiva do sujeito. É preciso que as pessoas se compreendam no mundo, é preciso que se sintam afetadas pelos outros, parte de uma relação necessária. Essa inversão insere cada um na comunidade, cujo significado primordial advém do compartilhamento de laços (sociais, culturais, afetivos...) que tornam todos corresponsáveis pelo que há de comum.

Se argumentamos acerca da possibilidade de fazer alguns ajustes para que as ações humanas reflitam os princípios da Declaração, é porque consideramos não haver dificuldades insuperáveis entre os princípios acordados e expressos na Declaração e a ação das pessoas que portam a pluralidade de manifestações da humanidade. A dificuldade, que exige ajustes, reside no julgamento das pessoas envolvidas. A modernidade atribuiu a cada um a capacidade de julgar por si mesmo, mas os interesses privados dirigiram a capacidade de julgar de cada um para busca do próprio interesse. Cada um habituou-se a julgar por si mesmo e em vista de si mesmo, esquecendo qualquer “espírito de fraternidade”. Para superar essa dificuldade, é preciso fazer o esforço de suspender o juízo e colocar-se no lugar do outro. O outro sempre será outro e é bom que assim seja para preservar a diversidade dos modos de ser humano. Sem o outro, sem o diferente, cada um deixa de ser singular, deixa de ser livre e igual em dignidade e direito, dotado de racionalidade e consciência. O ajuste a ser feito implica responsabilizar-se pelo outro e exige espírito de fraternidade.

## Referências

ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Cia das Letras, 1989.

\_\_\_\_\_. **Da revolução**. São Paulo: Ática; Brasília: UnB, 1988.

BRAGATO, Fernanda. COULLETON, Alfredo. FAJARDO, Sinara. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. [http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm). acesso em 13/08/2013

HELLER, Agnes. **Além da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

\_\_\_\_\_. Os dois pilares da ética moderna. In : BUENO, Roberto (org.). **Racionalidade, justiça e direito**: Ensaio em filosofia do direito. Uberlândia: EDUFU, 2013. p. 27-41.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. São Paulo: Cia das Letras, 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo, Abril Cultural, 1980.

MARQUES, Mario Reis. A dignidade humana como prius axiomático. **Stvdia Ivridica, Ad honorem** – 5. Universidade de Coimbra. p. 541-566.

MARX, Karl. **A questão judaica**. São Paulo : Moraes, s/d.

PEQUENO, Marconi. O sujeito dos direitos humanos. In: FERREIRA; PEQUENO; ZENAIDE (orgs.). **Direitos humanos na educação superior. Subsídios para educação em direitos humanos na filosofia**. João Pessoa: UFPB, 2010.

RABENHORST, Eduardo. O valor da pessoa humana e o valor da natureza. In: ALMEIDA Filho, A; MELGARÉ, P. (orgs.). **Dignidade da pessoa humana. Fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010.

REIS, Helena Esser. Do sentimento do outro ao compromisso com o outro. **Cadernos de Ética e Filosofia Política** – USP, No prelo.

RIALS, Stéphane. **La declaration des droits de l’homme et du citoyen**. Paris: Hachette, 1988.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

RUIZ, Castor Bartolomé. Os direitos humanos como direitos dos outros. In: FERREIRA; ZENAIDE; PEQUENO (orgs.). **Direitos humanos na educação superior. Subsídios para educação em direitos humanos na filosofia**. João Pessoa: UFPB, 2010.

SANTOS, Antônio Carlos (Org.). **O outro como problema: o surgimento da tolerância na modernidade**. São Paulo: Alameda, 2010.

SEGATO, Rita Laura. **Antropologia e Direitos Humanos**: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos humanos. *Revista Mana*. 12(1), 2006. p. 207-236.

SOUSA, Rosinaldo Silva. Direitos humanos através da história recente em uma perspectiva antropológica. In: NOVAES, Regina Reyes. LIMA, Roberto Kant (Orgs). **Antropologia e direitos humanos – Prêmio ABA/FORD**. Niterói: EdUFF, 2001.

WOLFF, Francis. Quem é bárbaro? In: NOVAES, Adauto. **Civilização e barbárie**. São Paulo: Cia das Letras, 2004.





# Reflexiones sobre la justicia transicional en Colombia

*Manuel Yasser Páez Ramírez*

## Introducción

La persistencia y singularidad del conflicto armado colombiano han servido en varias ocasiones para objetar la aplicación integral del derecho internacional de los derechos humanos al interior del país. El más reciente capítulo de esta pugna por la vigencia del sistema normativo supranacional a nivel interno lo suscitó el debate en torno a la posibilidad de excluir de investigación y sanción penal algunos crímenes atroces contra la humanidad perpetrados con ocasión del conflicto armado interno. Al respecto, diversas voces defendieron la posibilidad de restringir, al punto de anular, el derecho de acceder a la justicia en cabeza de las víctimas de aquel tipo de delitos. No obstante, muchos de los argumentos empleados por autoridades públicas y organizaciones sociales con tal fin, parten de una serie de confusiones que pretendo abordar al final del presente artículo.

Ahora bien, para facilitar la comprensión de estas reflexiones, presentaré brevemente el contenido de la reforma constitucional que autoriza la selección de los delitos graves a investigar (el Acto Legislativo No. 1 de 2012), creada para subsanar las falencias detectadas en el proceso de desmovilización de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), uno de los actores centrales en el conflicto interno. Seguidamente, mencionaré algunos argumentos esgrimidos para defender o atacar la validez de aquella reforma, a propósito de su revisión judicial por parte de la Corte Constitucional, con el fin de poner en evidencia algunos elementos de debate nacional en torno a la aplicación y la vinculatoriedad de los llamados derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación en el contexto colombiano. Por último, intentaré formular algunas explicaciones a esta divergencia de criterios que, en mi opinión, se debe a ciertas posiciones políticas y confusiones conceptuales<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> La intención de este escrito se limita a exponer algunos elementos del debate nacional en torno a la reforma constitucional sobre justicia transicional adoptada mediante el Acto Legislativo No. 1 de 2012. No pretende reflejar con exhaustividad las posturas de y los discursos jurídicos elaborados por las autoridades públicas y las organizaciones sociales mencionadas en el mismo.

## 1. Conflicto armado interno e incentivos jurídicos a la desmovilización

Como es sabido, el conflicto armado colombiano encuentra sus raíces en los enfrentamientos bipartidistas de la primera mitad del siglo XX. Es lugar común señalar que la guerra interna de Colombia ha sido una de las más duraderas en la historia reciente del hemisferio (más de 50 años), con una dinámica tan compleja que no es adecuado asimilarla a una simple lucha entre guerrilleras y Fuerza Pública. De acuerdo con el informe “Basta Ya” del Grupo de Memoria Histórica (GMH), en el periodo que comprende los años 1958 a 2012 al menos 220.000 mil personas perdieron la vida en el marco del conflicto armado (GMH, 2013, p. 20); 4.7 millones fueron desplazadas violentamente de sus lugares de origen entre 1996 y 2012 (GMH, 2013, p. 33 y 71); 27.023 secuestros ocurrieron entre 1970 y 2010 (GMH, 2013, p. 33); 10.189 víctimas de minas antipersonal dejó la guerra entre 1982 y 2012 (GMH, 2013) y 25.007 personas desaparecieron forzosamente durante los últimos 30 años de combates de acuerdo con los registros oficiales. Para el Grupo de Memoria Histórica, estos datos permiten sostener que las dimensiones del conflicto interno colombiano rebasan, en lo cuantitativo, a todas las dictaduras experimentadas por los países del cono sur latinoamericano durante el siglo XX (GMH, 2013, p. 58).

Se trata de una guerra con multiplicidad de actores y factores. Grupos guerrilleros, de autodefensas o paramilitares, las “nuevas” bandas criminales o emergentes, organizaciones narcotraficantes y la Fuerza Pública han acaparado el escenario bélico. Ésta última ha sido protagonista, entre otras cosas, de al menos 158 masacres<sup>2</sup> (17.3% del total) durante el periodo 1980-2012 (GMH, 2013, p. 36). Adicionalmente, la cooptación de servidores públicos a todo nivel por parte de grupos ilegales, así como la comprobada participación de sectores empresariales y agrarios en la creación y financiación de ejércitos privados, son tan sólo algunos indicadores de la amplia penetración de los actores de la guerra en la vida del país (p. ej., CIT Pax Colombia, 2012).

Con todo, la gran perdedora del conflicto armado es la sociedad civil. El pueblo colombiano ha sido usado como estrategia y botín de guerra, medio de castigo y blanco de todos los ataques por parte de los alzados en armas. Prácticas que desbordan los límites de la crueldad como el descuartizamiento, “la decapitación, la evisceración, la incineración,

2 El GMH define una masacre como el asesinato intencional de 4 o más personas (GMH, 2013, p. 36).

la castración, el empalamiento y las quemaduras con ácidos o sopletes” (GMH, 2013, p. 55), son sólo algunas de las conductas que se han desplegado en su contra como “métodos de combate”.

En este contexto, a partir del año 2002, una vez superado del periodo de mayor intensidad de la violencia paramilitar, el Gobierno nacional emprendió acercamientos con este sector armado que condujeron a su aparente desmovilización masiva tras la firma de acuerdos de paz (CIDH, 2011, p. 343). El sistema legal que orientó este proceso estuvo compuesto esencialmente por la Ley 418 de 1998 “*Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones*”, prorrogada por las leyes 782 de 2002, 1421 de 2010 y 1106 de 2011, entre otras, y sus Decretos reglamentarios, en especial el número 128 de 2003. De acuerdo con estas normas, el Gobierno tiene la facultad para conceder amnistías o indultos por la comisión de delitos políticos y conexos a los miembros de grupos ilegales que entreguen las armas y adolezcan de investigaciones penales o condenas por la comisión de delitos graves contra derechos humanos. Adicionalmente, para la época comenzó a gestionarse ante el Congreso de la República la expedición de una ley que instituyera un trámite judicial especial y sanciones penales alternativas, a favor de los integrantes de las AUC contra quienes existieran órdenes de captura o sentencias judiciales en firme por haber sido encontrados responsables de cometer algún delito no susceptible de amnistía o indulto. Fue en junio de 2005 cuando se logró la expedición de la llamada “Ley de Justicia y Paz” o ley 975 de 2005, la cual complementó el sistema legal mediante el cual se reglamentó el desarme y la desmovilización de los grupos paramilitares. En la práctica, más del 90% de los integrantes de estas agrupaciones resolvieron, temporalmente, su situación jurídica con la aplicación del Decreto 128 de 2003<sup>3</sup>, mientras que una mínima porción fue postulada por el Gobierno Nacional al trámite penal de Justicia y Paz para responder por los delitos graves cometidos con ocasión del conflicto<sup>4</sup>.

3 Sólo temporalmente porque, debido a desarrollos posteriores, su situación jurídica definitiva tuvo que esperar a ser reglamentada por la ley 1424 de 2010, en la cual se instituyó un procedimiento administrativo *sui generis*, en virtud del cual los paramilitares desmovilizados y beneficiarios del sistema previsto por la Ley 418 y el Decreto 218 de 2003, deben satisfacer ciertos contenidos mínimos de los derechos a la verdad y a la reparación de sus víctimas (por ejemplo, mediante la emisión de un relato informal y sin consecuencias judiciales, sobre los hechos victimizantes de su conocimiento), para luego sí obtener un paz y salvo con la justicia nacional.

4 De cerca de 55.300 personas desmovilizadas de grupos armados ilegales en el periodo 2003-2013 (Diario El Tiempo, 28 de abril de 2013, p. 4), para el año 2009 habían sido postulados al proceso de la ley de Justicia y Paz 3.635 paramilitares (MOVICE, 2009, p. 34), mientras que para el año 2012 la Fiscalía de Justicia y Paz reportó no más de 2000 paramilitares adelantando efectivamente algún trámite penal por conducto de la mencionada ley (Datos disponibles en: [www.fiscalia.gov.co/jyp/unidad-de-justicia-y-paz/](http://www.fiscalia.gov.co/jyp/unidad-de-justicia-y-paz/). Acceso en: 27 de agosto de 2013).

Sin embargo, rápidamente el modelo de justicia alternativa puesto en marcha en el año 2006 mostró su ineficacia. Según su diseño original, la duración del trámite de investigación y sanción no debía superar el año de duración, pero por diversos factores que van desde modificaciones sustanciales introducidas a su estructura mediante sentencias interpretativas de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia (CTJ, 2009), hasta la abrumante cantidad de delitos confesados por los victimarios postulados (39.546 hechos para el 1º de diciembre de 2012) y el número de víctimas relacionadas por los mismos (más de 50 mil), la capacidad de investigación de las entonces novedosas unidades de Fiscalías de Justicia y Paz se desbordó al punto de mostrar su imposibilidad de operar dentro de los términos legales. Adicionalmente, la necesidad de permitir la participación de víctimas ubicadas a lo largo y ancho del país, de garantizar el debido proceso a los sujetos procesales, y la obligación de la Fiscalía de reunir elementos de prueba adicionales a la mera confesión efectuada por el victimario y la declaración elevada por su víctima, impidió cumplir con las metas trazadas por la ley en materia de celeridad, lo cual condujo al pronto colapso del sistema penal de justicia alternativa.

Los balances para el año 2011 no eran satisfactorios. Para esa época solamente existía una condena en firme contra un jefe paramilitar y menos de 10 pendientes de revisión ante el tribunal de segunda instancia. Las cuentas indicaban que solamente se lograría juzgar a todos los sujetos implicados en delitos graves en un promedio de 100 años. La creación de una institucionalidad adicional para la garantía del derecho a la reparación de las víctimas, sumada a un sistema paralelo de justicia encargado de velar por la obtención de niveles mínimos de verdad y reparación por parte de los paramilitares que habían sido beneficiados por el Decreto 128 de 2003 (mediante la Ley 1424 de 2010), terminaron por mostrar la apremiante necesidad de reorganizar el aparato estatal de la justicia transicional de manera que sus esfuerzos fueran, según la propuesta del Gobierno Nacional, más coherentes y sistemáticos desde el punto de vista interno y externo.

En efecto, las falencias identificadas en la legislación nacional y el sistema judicial alternativo creado en 2005 para responder a los acuerdos suscritos entre el Estado y los grupos paramilitares agrupados en la organización de Autodefensas Unidas de Colombia -AUC- (Ley 975 de 2005), dieron lugar a la aprobación de una reforma constitucional en el año 2012 en virtud de la cual se introdujeron algunos artículos, con vigencia temporal, en la Constitución Política de 1991 que buscan instaurar un modelo de justicia transicional más adecuado a la realidad institucional colombiana y a su manifiesta escases de recursos humanos y financieros.

Así las cosas, el Congreso de la República aprobó el Acto Legislativo 1 de 2012, *“por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”*. Según los legisladores promotores de esta iniciativa, la reforma constitucional aprobada facilitaría la reorganización de las herramientas de justicia transicional implementadas hasta la fecha en el país, de manera que logran un funcionamiento armónico y ajustado a las posibilidades reales del aparato estatal.

## 2. Contenido del Acto legislativo No. 1 de 2012 o Marco Jurídico para la Paz

La reforma constitucional No. 1 de 2012, en adelante el Marco Jurídico para la Paz o MJP, se formuló ante el Congreso de la República y ante la sociedad colombiana, como el mecanismo más idóneo para reordenar los diferentes aparatos de justicia transicional de manera que apuntaran en su conjunto a un norte que al parecer habían olvidado: la paz del país.

Tal como se justificó en su momento, el MJP permitiría coordinar todos los instrumentos de justicia transicional existentes a la fecha de manera que facilitaran alcanzar la paz (GACETA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, No. 681, 2011, p. 2). En concreto, la reforma dispuso lo siguiente:

1) La creación mediante ley estatutaria de una comisión de la verdad, con la eventual competencia de formular recomendaciones sobre la aplicación de los instrumentos de justicia transicional y la manera de utilizar los criterios de selección de los delitos a investigar;

2) La expedición de una ley, a iniciativa gubernamental, encargada de definir los criterios de priorización y selección de los delitos con la connotación de “crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática” cuyos máximos responsables serían objeto de investigación penal; y,

3) La posibilidad de suspender la ejecución de las penas a los victimarios, imponerles sanciones “extrajudiciales”, aplicarles penas “alternativas” a la privativa de la libertad o brindarles modalidades especiales de ejecución de la pena, con el fin de estimular su desmovilización, desarme y reintegración (GACETA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, No. 534 de 2012, p. 30).

Para la concesión de estos beneficios penales, el MJP ordenó tener en cuenta elementos como la efectiva dejación de las armas por parte de los excombatientes, su reconocimiento de responsabilidad y sus contri-

buciones al esclarecimiento de la verdad, la reparación de las víctimas, la liberación de los secuestrados y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente por los grupos al margen de la ley. En cualquier caso de reincidencia, estos beneficios serían automáticamente retirados.

Por último, el MJP excluyó de su aplicación a los actores armados que no hayan participado en el desarrollo del conflicto interno (parágrafo 1º, artículo 1º) y dio la oportunidad de regular a través de ley estatutaria los delitos considerados “políticos”, a efectos de considerar la eventual participación de excombatientes en la contienda electoral (artículo 3º).

### **3. Algunas posturas a favor y en contra del marco jurídico para la paz**

Las discusiones sobre la constitucionalidad y la compatibilidad del MJP con el derecho internacional de los derechos humanos no se hicieron esperar. En particular, para algunos las nuevas normas desconocían los estándares fijados en el ámbito internacional con respecto al deber de investigar, juzgar y sancionar a todos los responsables de cometer lesiones graves a los derechos humanos que implicaran crímenes de guerra, de lesa humanidad o conductas como el genocidio, la tortura y la desaparición forzada.

Así las cosas, la Comisión Colombiana de Juristas, organización social con estatus consultivo ante la Organización de Naciones Unidas, presentó una acción pública de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional a finales del año 2012, buscando controvertir la compatibilidad del MJP con la Carta Política de 1991 y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado colombiano (CCJ, 2012). En su criterio, la reforma objetada introducía una variación sustancial al régimen constitucional de los derechos fundamentales, pues eximía a las autoridades públicas del deber de proteger los derechos de “todos” los habitantes del territorio nacional, en abierta contradicción con lo dispuesto en el preámbulo y en diversos artículos de la Constitución, entre ellos, el segundo, cuyo tenor es el siguiente: “Son fines esenciales del Estado: [...] garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución [...]”.

De acuerdo con la demanda, la potestad conferida al legislador por el MJP de crear una ley mediante la cual se fijaran los criterios de selección de los casos objeto de instrucción penal por parte de la Fiscalía General de la Nación, creaba una excepción inconstitucional a la obligación de investigar y castigar a “todos” los responsables de “todos” hechos “graves” lesivos de los derechos humanos.

Ahora bien, por definición, una reforma constitucional significa la introducción de una o varias disposiciones contrarias al texto vigente de la norma superior. Sin embargo, desde el año 2003 en Colombia hizo carrera la teoría según la cual es posible controlar judicialmente no sólo el procedimiento, sino también el contenido de una reforma constitucional, teniendo en cuenta que el poder de reforma conferido por la Constitución al Congreso de la República (o constituyente derivado) es limitado y se circunscribe a la “modificación” del texto superior, mas no a su reemplazo o sustitución integral. Por tal motivo, cuando se trate de un cambio normativo introducido mediante “Asamblea Constituyente”, indica la teoría, al estar de por medio una decisión del constituyente originario (esto es, el pueblo soberano reunido a través de sus representantes) los límites sustanciales pierden sentido y resulta imposible controlar por vía judicial el contenido material de nuevo texto superior. En otras palabras, a raíz de una doctrina con respaldo en diversas decisiones<sup>5</sup>, la Corte Constitucional colombiana puede evaluar la constitucionalidad sustancial de una reforma a la constitución de 1991.

En consecuencia, el principal reproche elevado en contra del MJP consistió en su capacidad para alterar de forma radical un pilar esencial de la Constitución de 1991, cuya modificación estaba reservada al poder constituyente originario y frente a la cual carecía de competencia el Congreso de la República, a saber: la obligación de las autoridades públicas de respetar y garantizar a todos por igual los derechos humanos reconocidos en el ordenamiento jurídico. Según la organización social demandante, “El estado no puede desprenderse de su obligación de investigar y juzgar con la simple afirmación de que su aparato de justicia no cuenta con la capacidad necesaria para realizar las investigaciones sobre hechos que constituyan violaciones de derechos humanos y para juzgar a los responsables” (CCJ, 2012, p. 18). Por consiguiente, carecía de fundamento jurídico la introducción de una facultad para renunciar indiscriminadamente a la obligación de investigar y juzgar a todos los responsables de cometer los delitos más graves contra la humanidad.

Una vez iniciado el proceso judicial, diversos sectores e instituciones públicas acudieron ante la Corte Constitucional a defender o atacar la legitimidad del MJP. Así por ejemplo, el Gobierno Nacional sostuvo por escrito que la obligación de investigar y castigar las graves afrentas a los derechos humanos no es absoluta y no opera de forma ineludible cuando el Estado enfrenta una situación de guerra interior ni cuando implementa mecanismos de justicia transicional (GN, 2013).

5 Ver, entre otras, las sentencias C- 141 de 2010, C-551 de 2003 y C-1200 de 2003.



Por su parte, para Ministerio Público, en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, el MJP resultaba violatorio de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. Entre las razones invocadas por esta autoridad estuvo la imposibilidad de incumplir las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado en ejercicio de su soberanía, según las cuales le corresponde investigar y castigar todos los hechos graves contra los derechos humanos cometidos en su jurisdicción. Para el Ministerio Público, a diferencia de otras naciones que experimentaron procesos transicionales sin el apego a los derechos de las víctimas, en el caso colombiano resulta ineludible el respeto de aquellos, salvo que se efectuara una modificación de la Constitución vigente por el constituyente originario, se desconociera el carácter “prevalente” de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno (art. 93 de la Constitución) y se denunciaran los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en esta materia. Adicionalmente, recordó que la soberanía del Estado existe para salvaguardar los derechos de sus habitantes y “no para amparar a quienes han violado los derechos humanos [...] ni, mucho menos, para servir de muralla infranqueable para quienes desean convertir un determinado territorio en un escondite para gozar de impunidad” (PGN, 2013, p. 29).

En sentido similar, la organización Human Rights Watch advirtió que el MJP podría negarle el acceso a la justicia a millones de víctimas de la guerra interna cuyos hechos lesivos no hubiesen sido cometidos de manera sistemática o con entidad de lesa humanidad, en evidente contradicción con los deberes asumidos a nivel internacional por el Estado colombiano. En su opinión, la enmienda a la Constitución implicaba renunciar a las obligaciones vertidas en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, de la manera en que ha sido interpretado por el Comité de Derechos Humanos. Lo mismo ocurre con los compromisos derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estatuto de Roma y las normas consuetudinarias sobre Derecho Internacional Humanitario, compiladas por el Comité Internacional de la Cruz Roja, cuya regla 158 establece que los Estados deben investigar los crímenes de guerra presuntamente cometidos en su territorio y encauzar penalmente a sus posibles responsables. Esta organización también aclaró que juzgar a sólo a los máximos responsables de los crímenes graves contra los derechos humanos es un modelo de procesamiento adoptado por los tribunales penales internacionales que no modifica ni exime del deber de investigación y juzgamiento existente a nivel interno, pues tan solo refleja el carácter

complementario de los organismos supranacionales. En otras palabras, las políticas de procesamiento empleadas por órganos como la Corte Penal Internacional y los Tribunales para Ruanda y la Ex Yugoslavia, parten de la premisa de que los Estados se reservan la obligación básica de investigar a todos los demás responsables de cometer crímenes graves<sup>6</sup> (HRW, 2013). De igual forma, destacó el precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos como la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia (2006), según el cual, le corresponde a los Estados investigar y castigar a *todos* los responsables y autores materiales e intelectuales de los atentados contra los derechos humanos y no sólo a los cabecillas o líderes de las estructuras armadas que cometieron las violaciones.

Entre los defensores de la enmienda constitucional también estuvieron algunas organizaciones sociales como Dejusticia y las universidades Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y de Los Andes, quienes expusieron sus argumentos de forma oral en la audiencia que tuvo lugar durante el mes de julio de 2013 ante la Corte Constitucional. La primera de ellas, Dejusticia, manifestó que es inviable una conceptualización de los derechos de las víctimas que impida el logro de la paz, pues ésta no es sólo una meta loable para el país, sino un deber jurídico previsto en el artículo 22 de la Constitución<sup>7</sup>. En consecuencia, si bien el deber de proteger los derechos de las víctimas, y en especial su derecho a la justicia, pertenece a los elementos esenciales de la Constitución de 1991, desde el punto de vista empírico es un deber incumplible en su totalidad, pues no existen recursos suficientes para encauzar penalmente a todos y cada uno de los responsables por las violaciones de los derechos humanos. Desde el punto de vista jurídico tampoco se trata de una obligación irredimible, pues no es jerárquicamente superior a las demás fijadas por el ordenamiento jurídico, siendo entonces susceptible de ponderación con los deberes estatales con los cuales colisiona. Así las cosas, dado el contexto transicional de guerra hacia la paz, de un conflicto armado interno con más de 50 años de duración, y de un nivel de victimización tan alto como el colombiano, no es fáctica ni jurídicamente posible exigirle al Estado investigar a todos los responsables de todas las violaciones a los derechos humanos y al

6 La intervención oral de José Miguel Vivanco, director de Human Rights Watch, ante la Corte Constitucional colombiana, puede verse en el siguiente vínculo: <http://www.youtube.com/watch?v=mJz0GrPEzcU>, (Consultado por última vez el 31 de agosto de 2013).

7 La intervención oral de Rodrigo Uprimny, director de Dejusticia, ante la Corte Constitucional colombiana, puede verse en el siguiente vínculo: <http://www.youtube.com/watch?v=mJz0GrPEzcU>, (Consultado por última vez el 31 de agosto de 2013).

DIH cometidas en su territorio. De hacerlo se obstaculizaría el proceso de desmovilización y se desconocería que no existe una norma interna o internacional que privilegie el deber de investigar sobre los demás derechos de las víctimas como el de acceder a la verdad y a la reparación. Por ende, abogó por una decisión encaminada a armonizar en concreto los derechos en contienda, de manera que la garantía de todos los intereses de la población colombiana, y en especial del derecho a la paz, se torne compatible en la práctica con el derecho de las víctimas a investigar y sancionar penalmente a los responsables de las máximas atrocidades (Dejusticia, 2013).

La Universidad del Rosario, a su turno, precisó que si bien los mecanismos diseñados en el marco de la justicia transicional deben tener en cuenta la realidad en donde se aplicarán, también deben “honrar los fundamentos morales de las democracias liberales contemporáneas” y, por ende, inspirarse en el respeto a la dignidad de todos los ciudadanos y en especial de aquellos afectados directamente por la violencia armada<sup>8</sup>. De allí que sea injusto pensar en suspender temporalmente el Estado de Derecho en aras de alcanzar la paz. No obstante, la potestad prevista en el MJP de seleccionar los delitos objeto de investigación puede resultar legítima si se combina con otros mecanismos, extrajudiciales, que garanticen el reconocimiento público de las víctimas y les restablezcan su estatus como ciudadanos y derechohabientes. El MJP contempla tales mecanismos compensatorios, pues ordena la creación de una comisión para la verdad y somete a condiciones la obtención de los beneficios penales por parte de los excombatientes, tales como el esclarecimiento de la verdad, la contribución a la reparación integral de las víctimas y el compromiso con la paz. Con todo, la interviniente llamó la atención sobre la necesidad de enfocar el escrutinio legal a la futura ley estatutaria que se expedirá para desarrollar con mayor detalle los alcances de las medidas transicionales.

Finalmente, el vocero de la Universidad de Los Andes señaló que en contextos de justicia transicional el Congreso de la República puede expedir leyes para concentrar los esfuerzos de investigación penal en los máximos delincuentes<sup>9</sup>. Al respecto, recordó que la justicia transicional no postula

8 La intervención oral de Camila de Gamboa, representante de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, ante la Corte Constitucional colombiana, puede verse en el siguiente vínculo: <http://www.youtube.com/watch?v=9dCuu9x75Uc>, (Consultado por última vez el 31 de agosto de 2013).

9 La intervención oral de Esteban Restrepo, representante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, ante la Corte Constitucional colombiana, puede verse en el siguiente vínculo: <http://www.youtube.com/watch?v=9dCuu9x75Uc>, (Consultado por última vez el 31 de agosto de 2013).

un conjunto de fórmulas o recetas jurídicas que impongan determinados arreglos institucionales a los Estados que enfrentan situaciones de anormalidad o conflicto. Por el contrario, advirtió que la justicia transicional consiste en un ámbito de análisis político que reconoce la diversidad de contextos y, a partir de los mismos, aconseja mecanismos específicos adecuados a las realidades locales. Adicionalmente, abordó los alcances del poder de reforma del Congreso de la República de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En especial, mencionó el precedente judicial según el cual no existen cláusulas pétreas en el texto constitucional y por ende, sectores de regulación vedados para el poder constituyente derivado. Así mismo, señaló que el derecho internacional no tiene carácter supraconstitucional y, de tal modo, carece de entidad para definir los “pilares básicos” de la Constitución colombiana y limitar la posibilidad de alterar su texto. Por último, resaltó algunas críticas, como las del profesor Roberto Gargarella, planteadas contra ciertas decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la del caso *Gelman Vs. Uruguay* (2011), la cual en su criterio vulneró el principio democrático al declarar inválida una ley de punto final, expedida tras la dictadura cívico-militar que experimentó dicho país durante los años 70 y 80’s, que había contado con el respaldo del pueblo uruguayo mediante su aprobación en dos referendos populares.

#### **4. Algunas reflexiones sobre la divergencia de criterios**

Las posturas expuestas son sólo fragmentos de los numerosos conceptos, dictámenes y estudios elaborados a favor y en contra de la validez del Marco Jurídico para la Paz. Durante el primer semestre del año 2013 diferentes sectores académicos, políticos y sociales del país analizaron y manifestaron públicamente su apoyo o rechazo a la enmienda constitucional creada para facilitar la transición y contribuir a los diálogos de paz con la guerrilla de las FARC. La expectativa generada por el resultado del control judicial al marco para la paz tuvo como puntos cumbre la realización de la mencionada audiencia pública durante el mes de julio ante la Corte Constitucional, la supuesta “filtración” por los medios de comunicación de una parte del proyecto de sentencia que sería emitido por la misma Corte<sup>10</sup> y la

<sup>10</sup> Este hecho fue registrado por varios medios de comunicación nacional. Ver, entre otros, Radio RCN, “Corte se declara preocupada por filtración de ponencia sobre Marco para la Paz de Colombia”, 26 de julio de 2013. Disponible en: <http://m.rcnradio.com/noticias/corte-se-declara-preocupada-por-filtracion-de-ponencia-sobre-marco-para-la-paz-80137>. Acceso en: 1 set. 2013.

intervención en el debate local de la Fiscal de la Corte Penal Internacional, Fatou Bensouda, con el fin de aclarar algunos elementos de su competencia. Si bien este proceso de discusión pública nacional representó un ejercicio democrático valioso para el fortalecimiento de la institucionalidad y la generación de conciencia social sobre los alcances de las decisiones públicas adoptadas para la consecución de la paz, en mi opinión presentó algunos elementos inconvenientes sobre los cuales procedo a reflexionar:

**1. Elevada politización y polarización del debate:** para muchos fue evidente el ánimo mayoritario de encontrar o construir argumentos jurídicos *ad hoc* en virtud de los cuales la estrategia jurídica transicional obtuviera el respaldo del máximo tribunal constitucional colombiano. Es decir, ante la evidente negación del derecho a la justicia que podía traer consigo el Marco Jurídico para la Paz, sectores académicos, organizaciones sociales y voceros del Gobierno nacional, se dieron a la tarea de fundamentar la aparente constitucionalidad y armonía de la posibilidad de seleccionar “algunas” violaciones graves contra los derechos humanos para su estudio por el aparato de justicia. Entre otras, la organización Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), que lideró en numerosas ocasiones el debate nacional alrededor de los derechos de las víctimas abogando siempre por su respeto incluso bajo circunstancias de conflicto armado interno y violación sistemática a los derechos humanos<sup>11</sup>, defendió abiertamente la posibilidad de someter a ponderación la garantía del derecho a la justicia tratándose de graves violaciones como los crímenes de lesa humanidad, en aras de facilitar la salida negociada al conflicto con el grupo guerrillero de las FARC. Así, tanto en sus intervenciones por escrito, como en su exposición oral ante la Corte Constitucional, Dejusticia sostuvo que dadas las condiciones de contexto nacional y la necesidad de avanzar por el camino de la paz, la exigencia de justicia debía ceder en beneficio de la paz.

La percepción común fue entonces el “cierre de filas” y la adopción de una posición política coyuntural, confiada en exceso en las potenciales bondades de una norma, sin reparar en sus probables efectos lesivos para los derechos humanos, en términos de justicia individual (desde el punto

---

11 En su momento, uno de los principales documentos académicos que propiciaron el debate nacional sobre estos temas fue su publicación titulada “¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia”, el cual defendió el carácter jurídico de las obligaciones estatales con respecto a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas ((UPRIMNY, 2006). Posteriormente, en el artículo titulado “Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia”, sostuvo que incluso en las transiciones de la guerra a la paz se deben respetar niveles mínimos de justicia, asociados con los derechos de las víctimas de crímenes graves (UPRIMNY, 2008).

de vista de cada una de las víctimas que verían frustrada su expectativa de acceder a la administración de justicia) y colectiva (el derecho de la sociedad, e incluso de la comunidad internacional, de ver castigados a los autores de conductas más dañinas de la humanidad).

Adicionalmente, la impresión de muchos fue la de un debate jurídico entre sordos, por cuanto tanto defensores como opositores del Marco Jurídico para la Paz adoptaron una postura unilateral y sin intención de diálogo o de generar una deliberación constructiva que propiciara respuestas consensuadas o intermedias encaminadas a satisfacer en la mejor medida los intereses en contienda (fue un debate de todo o nada). Muestra de lo anterior fueron las posiciones irreconciliables del Ministerio Público en cabeza de la Procuraduría General de la Nación y de la Fiscalía General de la Nación (ente encargado de la instrucción criminal). La primera de ellas rechazó por completo el MJP ante la Corte Constitucional. La segunda defendió abiertamente su conformidad con el derecho interno y el internacional, en particular, aduciendo razones de naturaleza fáctica, como la carencia de recurso humano y financiero para emprender la investigación y juzgamiento de todas las graves violaciones a los derechos humanos acaecidas en el país. Si bien a primera vista estos procedimientos institucionales no merecen reproche pues tan solo representan dinámicas previsibles en el juego de actores propio del funcionamiento ordinario de un Estado democrático, visto en contexto podría valorarse como un reflejo más de la profunda tendencia a la polarización presente en la sociedad colombiana, que no contribuye a la búsqueda de consensos ni a la generación de puntos de acuerdo en temas de la mayor importancia como la paz. Un país dividido, dicen de Colombia, cuyas autoridades reproducen (y no contribuyen a desmontar) el fraccionamiento vigente entre sus ciudadanos.

**2. Divergencia de ópticas adoptadas en el debate: derecho nacional vs. derecho internacional.** Otro elemento que pudo influir en la divergencia radical de criterios frente al MJP fue la constante pugna entre las ópticas a la luz de las cuales se analizó su contenido. En otras palabras, el ámbito jurídico elegido para formular las críticas o defender las normas de transición tuvo injerencia en la división de opiniones. Así, pareció que desde la orilla favorable a la posibilidad de seleccionar los casos a investigar y juzgar, el parámetro de validez del MJP debía ser la Constitución Política colombiana. A su turno, para quienes objetaron su legitimidad, la horma de evaluación debía ser el derecho internacional de los derechos humanos y sus desarrollos en materia de protección y garantía del derecho a la justicia ante graves atentados contra los derechos individuales.

Muestra de ello fueron los elementos de juicio expuestos por Human Rights Watch ante la Corte Constitucional para fundamentar su reproche al MJP, que omitieron por completo cualquier referencia a las normas superiores del ordenamiento jurídico colombiano. De este modo, la validez sustancial del marco debía quedar desvirtuada a partir de su mero contraste con la Constitución o con las obligaciones adquiridas a nivel internacional por el Estado, en tratados de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Convenio de Roma por medio del cual se creó la Corte Penal Internacional, como ocurrió en este caso.

Así las cosas, los argumentos terminaron siendo inconmensurables, puesto que el marco jurídico terminaba siendo válido según el sistema normativo a la luz del cual se le evaluaba. De nuevo, una especie de diálogo entre sordos, imposible para alcanzar consensos y conducente a resultados irreconciliables.

Con todo, en nuestro criterio este debate estuvo mal planteado, toda vez que la tendencia de separar sistemas normativos y distinguir entre derecho interno y derecho internacional al menos en materia de derechos humanos resulta incorrecta si se tiene en cuenta que desde hace un buen tiempo uno de los principios rectores del sistema de derechos fundamentales, creíamos muchos, era su integración con el cuerpo internacional de los derechos humanos y la necesidad de dotar de contenido los derechos de los y las colombianas siempre a la luz de los desarrollos alcanzados a nivel internacional. En otras palabras, uno de los rasgos característicos de la doctrina nacional vigente en materia de derechos básicos, era su directa integración con el derecho internacional, de forma tal que al menos a nivel de la jurisdicción constitucional, el derecho interno se alimentaba, enriquecía e interpretaba de conformidad con su sucedáneo supranacional. Prueba de esta integración puede verse abundante jurisprudencia constitucional que dota de sentido, fija los alcances y define las restricciones posibles de los derechos fundamentales, a partir del sistema internacional. Por ejemplo, el contenido general de las obligaciones en materia de derechos fundamentales es una continuidad de la doctrina internacional sobre derechos humanos sentada por órganos como el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Vid.*, p. ej., la sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional colombiana); para el caso concreto, los derechos de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos fueron reconocidos gracias al desarrollo internacional que tuvieron en dichos ámbitos y sus alcances y limitaciones comenzaron

a perfilarse a nivel local siempre tomando como punto de referencia el sistema jurídico internacional aplicable en el país (p. ej., las sentencias C-228 de 2002 y la C-370 de 2006 de la Corte Constitucional colombiana).

Cabe entonces preguntarse, si esta integración y lectura conjunta de los derechos fundamentales y humanos era tan evidente en la doctrina constitucional colombiana, ¿Por qué a la hora de estudiar el MJP se omitió y muchos decidieron argumentar únicamente desde el punto de vista constitucional o internacional? En mi criterio una explicación plausible a esta cuestión fue la ya mencionada decisión de tomar postura a favor de la “paz”, entendida como incentivos para la desmovilización de las FARC, o de los derechos de las víctimas, y la tendencia a construir desde allí argumentos *ad hoc*.

Adicionalmente, el debate denotó marcada ignorancia o desinterés frente al funcionamiento de las fuentes del derecho internacional y de éste como sistema jurídico complementario. Muestra de lo primero fue la recurrente alusión al voto concurrente del Juez García Sayán en la sentencia del caso Masacres del Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador (2012), traído a colación como una “fuente del derecho internacional” que parcialmente había modificado el precedente fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de leyes de amnistía e indulto desde sentencias como la del Caso Barrios Altos vs. Perú (2001). Algunas autoridades y organizaciones nacionales invocaron dicho voto como sustento de un pretendido cambio en los fundamentos de la conocida invalidez de las leyes que impiden la investigación y sanción penal de las graves violaciones de derechos humanos a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

Según esta corriente, la opinión del Juez García Sayán generaba un cambio en el precedente interamericano que no podía perderse de vista en la evaluación del MJP. En especial, dicho cambio imponía la necesidad de ponderar los estándares de justicia, verdad y reparación con el logro de la paz, cuando se tratase de países con conflictos armados internos. Así, resultaba imposible exigirle a Colombia la satisfacción de estos derechos con la misma severidad con la cual venía haciéndose a otros países que atravesaron por situaciones de tránsito de una dictadura hacia la democracia. En palabras del mencionado Juez:

[...] [E]n ciertas situaciones de tránsito de un conflicto armado a la paz, puede ocurrir que un Estado no se encuentre en posibilidad de materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos y obligaciones contraídas internacionalmente. En esas circunstancias, tomando en consideración que no se le



puede conferir a ninguno de esos derechos y obligaciones un carácter absoluto, es legítimo que se ponderen de manera tal que la plena satisfacción de unos no afecten de forma desproporcionada la vigencia de los demás [...] (párrafo 38)

Ahora bien, esta situación demostró una falta de manejo o un desconocimiento voluntario del sistema de fuentes operante en el derecho internacional de los derechos humanos, al menos, al interior del sistema interamericano. Lo anterior, pues resulta claro que el precedente de la Corte interamericana se fija mediante sus sentencias, las cuales son adoptadas por el conjunto de jueces que la componen luego de una deliberación colegiada. No puede pretenderse que la opinión concurrente a una sentencia tenga por efecto desconocer el sentido mismo del fallo y del estándar establecido por toda la corporación en su “jurisprudencia constante”. Es más, es una contradicción lógica sostener que un voto concurrente, disiente del fallo al cual respalda, o que el mismo tiene por efecto modificar la *ratio decidendi* del fallo al cual accede y menos aun cuando en su decisión la Corte reiteró que las leyes de amnistía o indulto, y en general, las disposiciones nacionales que impiden la investigación de crímenes graves, carecen de efectos a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos incluso cuando han sido emitidas en el marco de un conflicto armado interno como medida para avanzar en la búsqueda de la paz. Al respecto, en la parte motiva del fallo se dijo:

[...] a efectos del presente caso, el Tribunal reitera que ‘son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos’.

[...] Dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz que impiden la investigación y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos sucedidas en el presente caso carecen de efectos jurídicos y, en con-

secuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación, juzgamiento y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos reconocidos en la Convención Americana que puedan haber ocurrido durante el conflicto armado en El Salvador”(párrs. 283 y 296).

En el mismo caso la Corte no sólo desechó la hipotética facultad estatal de omitir investigar y sancionar a violadores de derechos humanos en aras de la paz, sino que también reiteró que el procesamiento penal deberá adelantarse con respecto a “todos” los responsables de crímenes graves, como las ejecuciones extrajudiciales, y no únicamente frente a los máximos responsables de esta clase de delitos:

243. La obligación de investigar violaciones de derechos humanos es una de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención. Desde su primera sentencia esta Corte ha destacado la importancia del deber estatal de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos. Es así que en casos en que se ha establecido que ocurrieron ejecuciones extrajudiciales es fundamental que los Estados investiguen efectivamente la privación del derecho a la vida reconocido en el artículo 4 de la Convención y determinen las responsabilidades de *todos los autores y partícipes*, especialmente cuando están involucrados agentes estatales.

En segundo lugar, algunos argumentos esgrimidos a favor del MJP reflejaron el desconocimiento o el manejo inapropiado del principio de complementariedad en virtud del cual operan los tribunales internacionales. Así, para muchos la metodología de selección de los crímenes sometidos a su competencia empleada por la Corte Penal Internacional y los Tribunales internacionales para Ruanda y la Ex Yugoslavia, dirigida a enfocar sus investigaciones en contra de los máximos autores o responsables, demostraba la compatibilidad con el derecho internacional de la facultad de escoger a nivel interno los casos y autores sujetos de investigación y sanción penal.

Ante esta confusión, la fiscal Fatou Bensouda de la Corte Penal Internacional procedió a “aclarar la estrategia procesal” de su despacho ante la

Corte Constitucional colombiana, en el sentido de advertir que su mandato “difiere de manera significativa de los sistemas judiciales internos”, puesto que a ella le fue conferida la potestad de limitar su jurisdicción a los casos más emblemáticos de violación a los derechos humanos, mientras que a los Estados les corresponde investigar y juzgar todos los delitos verificados en sus territorios. Con base en esta premisa, la Fiscal de la Corte Penal Internacional enfatizo en que su particular estrategia procesal “no debe considerarse como una autoridad, precedente o directriz para interpretar los parámetros de las obligaciones jurisdiccionales internas con relación a la investigación o procesamiento de crímenes internacionales” (FCPI, 2013, p. 2). En otras palabras, para esta autoridad judicial su metodología de funcionamiento selectivo se justifica por el carácter complementario de la jurisdicción internacional y, por ende, no conlleva una autorización a favor de los Estados de renunciar a la persecución penal de los delitos más graves.

**3. Confusiones en torno al concepto de Justicia Transicional.** Los diferentes argumentos elaborados por defensores y detractores del MJP dejaron entrever la inexistencia de consensos alrededor del significado de la justicia transicional. Para algunos, ésta implica obligaciones en cabeza del Estado, dirigidas especialmente a facilitar la desmovilización y reintegración de combatientes. Para otros, consiste en un campo de análisis político, sin pretensiones normativas, útil para entender las dinámicas institucionales que subyacen a épocas de cambios sociales profundos (como aquellas en donde finaliza un periodo de dictadura o de conflicto armado nacional o internacional), encaminado a formular recomendaciones o a identificar buenas prácticas para avanzar hacia la reconciliación y la construcción de una paz sostenible.

Esta última conceptualización pareciera ser la más vinculada con el desarrollo doctrinal que ha tenido la justicia transicional en el mundo. Cuando comenzó a emplearse este término para englobar los procesos jurídicos y arreglos políticos emprendidos por muchas naciones en situaciones de postconflicto, nunca se planteó como una especie de mandato o modelo prescriptivo con la capacidad de replicar sus resultados en cualquier contexto donde se emplease (TEITEL, 2003; ELSTER, 2004; PAIGE 2009; DE GREIFF, 2011). Tampoco se pensó en la justicia transicional como un conjunto de dispositivos jurídicos circunscritos a promover la dejación de armas y la reintegración de actores armados. Éste bien puede ser uno de los aspectos abordados en el campo de análisis que abarca la justicia transicional, pero no la define ni la agota.

En sentido diverso, para muchos la justicia transicional y su campo de estudio debía orientarse a identificar alternativas viables para lograr la reconstrucción del tejido social destruido con la violencia, generar condiciones sociales, económicas y políticas proclives a la reconciliación y garantizar el mayor cumplimiento posible de las demandas de verdad, justicia y reparación de las víctimas, en el marco de un Estado Democrático y de Derecho. Así las cosas, hoy en día puede afirmarse con certeza que son los derechos de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos los factores determinantes del *cómo* de las políticas de transición en casi todos los países. En muchos casos, el estudio interdisciplinario de los procesos jurídicos y políticos propios de la época subsiguiente al conflicto pretendió y pretende analizar experiencias comparadas y recoger buenas prácticas dirigidas a maximizar (y no a restringir) hacia el futuro, el nivel de garantía de los derechos a la verdad, la reparación y la justicia de las víctimas de crímenes atroces. Clasificaciones de las diferentes modalidades de justicia transicional presentes en la historia reciente de la humanidad, que incluyen como modelos de análisis las experiencias de España posterior al General Franco o de Sudáfrica posterior al apartheid, hoy en día difícilmente serían válidas o replicables a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, dado el creciente reconocimiento normativo que han alcanzado los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación<sup>12</sup>.

Ocurre lo contrario con el segundo concepto de la justicia transicional. Con él la idea de justicia se diluye en aras de obtener la paz y pareciera emplearse más bien como una categoría jurídica que impone el sacrificio de los derechos de las víctimas en aras del aparente bienestar mayoritario. En sí misma esta noción de justicia implica una negación del sistema jurídico pues autoriza a omitir el cumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas por los Estados y se limita a buscar la creación de estímulos para la desmovilización de los combatientes, quienes son los principales actores de la violencia. Como era de esperarse, esta versión de la justicia transicional fue, a nuestro criterio, la empleada por algunos actores sociales para defender el Marco Jurídico para la Paz.

**4. Confusiones en torno a los derechos de las víctimas.** Salvo algunas ocasiones, en el debate sobre la validez del MJP se puso en tela de juicio la naturaleza jurídica o el carácter vinculante de los derechos de las

12 Ver, por ejemplo, la clasificación propuesta por Rodrigo Uprimny y Luis Manuel Lasso en "Verdad, reparación y justicia para Colombia: algunas reflexiones y recomendaciones", Fundación Social, Fescol Bogotá, 2004, pp. 6 y ss., disponible en: [http://www.derechoshumanospaz.org/pdf/Reflexiones\\_VJR.pdf](http://www.derechoshumanospaz.org/pdf/Reflexiones_VJR.pdf).

víctimas en situaciones de conflicto interno, al punto de ser vistos como trabas y obstáculos a los procesos de paz con los grupos armados ilegales. A pesar de lo anterior, algunas voces minoritarias hicieron hincapié en ciertas ideas fundamentales que compartimos. En primer lugar, que estos derechos constituyen imperativos indisponibles para los Estados en el momento actual de evolución del derecho internacional. Es decir, puede que años atrás los derechos de las víctimas suscitaran dudas y prevenciones alrededor de su eficacia normativa. Sin embargo, hoy en día estos derechos cuentan con el respaldo jurídico tanto de la Corte Constitucional colombiana como de los tribunales regionales de derechos humanos, las cortes penales internacionales existentes a la fecha y muchos otros órganos supranacionales, como la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>13</sup>, que de forma unánime han ratificado su carácter imperativo y, por consiguiente, su naturaleza de derechos humanos subjetivos, exigibles y justiciables en situaciones concretas, incluso de conflicto. En segundo lugar, que estos derechos son interdependientes, esto es, que la satisfacción de cada uno de ellos repercute en el goce o disfrute de los otros. Así, la propuesta alternativa insinuada por algunos defensores del MJP consistente en compensar la ausencia de justicia con más verdad y mayor reparación parte de una premisa falsa y es la posibilidad de escindir o separar la garantía de un derecho con respecto de otro. Como lo han destacado los diferentes relatores de Naciones Unidas para la cuestión de la impunidad y las reparaciones, la satisfacción de la verdad exige el adelanto de procesos judiciales individuales en donde se investigue a profundidad las circunstancias y responsables de los delitos (JOINET, 1997; VAN BOVEN, 1997). A su vez, la reparación no puede restringirse a bienes u objeto materiales, pues implica necesariamente la reivindicación de los derechos sustanciales lesionados mediante un procedimiento jurisdiccional que determine los alcances del daño y ordene las consecuentes medidas de restitución. En suma, pareciera que la propuesta de quienes defendieron el MJP conllevaba desligar la satisfacción de derechos indivisibles entre sí, cuyas relaciones de implicación han sido ampliamente demostradas por la doctrina internacional. En tercer lugar, que cumplir con los derechos de las víctimas, y en especial, brindarles acceso a la justicia, constituye un medio para lograr la paz y no una estrategia para perpetuar la guerra. Como lo sostiene De Greiff,

13 Resolución 60/147, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005, "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones".

“no hay paz sostenible a largo plazo que no redima reclamos de justicia” (2011, p. 39) y, precisamente, en contextos como el colombiano, la impunidad generalizada de los crímenes más atroces no ha mostrado ser un factor generador de paz, sino todo lo contrario, un detonante de mayor criminalidad, de mayores violencias y contiendas sociales que deberían canalizarse y resolverse por las vías formales que ofrece el sistema judicial. Apostarle a la paz cubriendo con impunidad los crímenes más atroces pierde de vista los mensajes inconvenientes que una amnistía de ese tipo le enviaría a la sociedad (p. ej., que el crimen sí paga y que entre más atroz sea el delito menor probabilidad habrá de ser castigado penalmente), y olvida que un ataque grave a los derechos humanos constituye en sí mismo una afrenta contra *toda* la población e incluso contra *toda* la humanidad, como lo reconoció desde 1948 en su preámbulo la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas.

## Conclusiones

El más reciente capítulo de la pugna por la aplicación integral a nivel interno del derecho internacional de los derechos humanos estuvo protagonizado por la aprobación de una reforma constitucional que puso en riesgo la garantía efectiva de los derechos de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos. Como se intentó evidenciar en el presente artículo, la posibilidad de fijar criterios de selección, y por ende, de exclusión, de los delitos atroces que serán objeto de investigación y sanción penal en la jurisdicción nacional, puso en duda la naturaleza jurídica de los derechos de las víctimas y su vinculatoriedad en contextos transicionales como el colombiano.

Así mismo, la multiplicidad de criterios y posturas a favor y en contra de la validez sustancial de esta reforma constitucional, dejó en evidencia varias cosas. Por un lado, la polarización y politización del debate nacional, que trajo consigo la imposibilidad de deliberar y alcanzar puntos de encuentro entre las diferentes doctrinas acogidas por los sectores académicos, sociales y políticos en contienda.

Por otro, la falta de una mirada comprensiva de las normas transicionales, que permitiera su evaluación simultánea a la luz tanto del derecho interno como del derecho internacional (y no su escrutinio aislado), en aras de armonizar las exigencias planteadas por cada uno de estos sistemas jurídicos, unidos hoy y cada vez más por sus propósitos comunes de protección y respeto por la dignidad humana.

Adicionalmente, algunos argumentos jurídicos empleados para defender el marco transicional colombiano denotaron un posible desconocimiento o desinterés en el sistema de fuentes del derecho internacional y en la naturaleza complementaria de su jurisdicción. Si se hubiera partido de una lectura integracionista de los ordenamientos jurídicos local y supranacional, coherente con los principios rectores de cada uno de ellos, a lo mejor este tipo de inconvenientes no se hubieran presentado.

Finalmente, el debate local sobre la herramienta jurídica transicional estudiada partió, posiblemente, de confusiones en torno al concepto mismo de justicia transicional y de los derechos de las víctimas. Así, mientras aquella pareció vincularse con modelos prescriptivos y deberes u obligaciones estatales en materia de promoción de la desmovilización de combatientes; éstos tendieron a asociarse con obstáculos para la paz, obligaciones compensables y fragmentables, o en todo caso, distantes de representar estrategias idóneas para el logro de una paz sostenible.

## Bibliografía

BASSIOUNI, C. **International Recognition of Victim's Rights Human Rights Review**. No. 6. Oxford University Press. 2006.

BENSOUDA, Fatou. **Carta dirigida a la Corte Constitucional colombiana, de fecha 7 de agosto de 2013**. Disponible en: <http://www.lasillavacia.com/historia/la-corte-penal-internacional-la-pone-limites-al-marco-para-la-paz-45413>. Acceso en: 25 ago. 2013.

CIT Pax Colombia. Actores **Armados Ilegales y Sector Extractivo en Colombia**, V Informe 2012. Disponible en: [http://www.toledopax.org/uploads/Actores\\_armados\\_ilegales\\_sector\\_extractivo.pdf](http://www.toledopax.org/uploads/Actores_armados_ilegales_sector_extractivo.pdf) Acceso en: 31 ago. 2013.

COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS. **Demanda de inconstitucionalidad contra el marco jurídico para la paz**. Bogotá, 2012. Disponible en: [http://www.coljuristas.org/documentos/actuaciones\\_judiciales/demanda\\_marco\\_juridico\\_para\\_la\\_paz\\_2012-12.html](http://www.coljuristas.org/documentos/actuaciones_judiciales/demanda_marco_juridico_para_la_paz_2012-12.html). Acceso en: 31 ago. 2013.

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. **Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad**. Documento E/CN.4/2005/102/Add.1, 18 de Febrero de 2005.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, **Organización de Estados Americanos. Informe Anual 2011**. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69. Washington D.C., 30 diciembre 2011. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2011/indice.asp>. Acceso en: 31 ago. 2013.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Congreso de la República No. 534 de 2012, Bogotá, 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Sentencia de fondo Caso Masacres del Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador** (2012). Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/>. Acceso en: 30 ago. 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Sentencia de fondo Caso Barrios Altos vs. Perú** (2001). Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/>. Acceso en: 30 ago. 2013.

DERECHO, JUSTICIA Y SOCIEDAD (Dejusticia), **Intervención en el proceso de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo No. 1 de 2012**, expediente D-9499. Bogotá, 2013. Disponible en: [http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=justicia\\_transicional&litigio=94](http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=justicia_transicional&litigio=94). Acceso en: 30 ago. 2013.

ELSTER, J. Closing the books: **Transitional Justice in Historical Perspective**. Cambridge University Press, 2004.

GACETA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, No. 534 de 2012.

(GN) GOBIERNO NACIONAL DE COLOMBIA. **Intervención en el proceso de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo No. 1 de 2012**, expediente D-9499. Bogotá, 2013.

GRUPO DE MEMORIA HISTÓRICA (GMH). **¡Basta Ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad**. Bogotá, Imprenta Nacional, 2013.

(ICTJ) CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL. **El proceso penal de justicia y paz, compilación de autos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**. Bogotá, 2009.

JOINET L., **Informe definitivo sobre la lucha contra la impunidad**. Documento E/CN.4/Sub. 2/1997/20/Rev.1, 2 de Octubre de 1997.

MOVICE *et. al.* **Sin Justicia y Sin Paz Verdad Fragmentada**. Reparación Ausente, Bogotá, 2009.



ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU). **Resolución 60/147**, aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005.

ORENLITCHER, D. "Settling Accounts: The Duty To Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", **The Yale Law Journal**, Vol. 100, No. 8, Symposium: International Law (Jun., 1991)

PAIGE, A. How 'Transitions' Reshaped Human Rights: a Conceptual history of Transitional Justice. **Human Rights Quarterly**, Vol. 31 (2009), The Johns Hopkins University Press, Baltimore.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN (PGN). **Concepto del Ministerio Público en el proceso de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo No. 1 de 2012, expediente D-9499. Bogotá, 2013.** Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/155793428/Intervencion-PGN-doc>. Acceso en: 30 ago. 2013.

TEITEL, R. Transitional Justice Genealogy. **Harvard Human Rights Journal**. Vol. 16. 2003. Cambridge.

ROTH-ARRIAZA, N. **State responsibility to Investigate and Prosecute Grave Rights Violations in International Law**. California Law Review. Vol. 78. No. 2. 1990

**Serie revisada de principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho humanitario a obtener reparación**, preparada por el Sr. Theo van Boven de conformidad con la decisión 1995/117 de la Subcomisión. E/CN.4/Sub.2/1996/17, 24 de mayo de 1996.

UPRIMNY, Rodrigo et. al.. Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia. **Anuario de Derechos Humanos**, Universidad de Chile, Santiago de Chile, No. 4, p. 165-195, 2008.

UPRIMNY, Rodrigo y LASSO, Luis Manuel. **Verdad, reparación y justicia para Colombia: algunas reflexiones y recomendaciones**. Bogotá. Fundación Social, Fescol. 2004. Disponible en: [http://www.derechoshumanosypaz.org/pdf/Reflexiones\\_VJR.pdf](http://www.derechoshumanosypaz.org/pdf/Reflexiones_VJR.pdf). Acceso en: 23 ago. 2013.

VAN BOVEN, Theo. **Comisión de Derechos Humanos de la organización de Naciones Unidas, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones [graves] a los derechos humanos y al derecho humanitario internacional, a obtener reparación**", Documento E/CN.4/1997/104, 16 de enero de 1997, 53º período de sesiones.

# Razão Prática e Direitos Fundamentais: uma perspectiva jurídica dos bens humanos

Marcus Paulo Rycembel Boeira

## Introdução

O debate entre jusnaturalistas e positivistas sempre foi caracterizado por uma ampla conjuntura de divergências teóricas e justificativas a respeito do Direito e da Moral. Entre tais diferenças, há uma que condiciona todas as demais, da mesma maneira que um gênero próximo permite comparações entre espécies distintas: a origem da justiça. Para os adeptos da tradição jusnaturalista, o justo se determina *in natura*, sendo dado ao homem conhecê-lo e descobri-lo por um esforço do intelecto prático. Por outro lado, juspositivistas entendem, em geral, que o justo se deduz da lei e, portanto, se origina na convenção humana por um ato de autoridade.

A radicalidade das posições apresentadas conduziu, durante séculos, o debate entre ambas as correntes para uma polaridade extrema. A imagem que os positivistas possuem das teorias do direito natural aponta para o entendimento de que elas carecem de critérios formais de aferição de validade para normas, ou melhor, de critérios técnicos suficientemente capazes de fornecer fronteiras de validação para uma dada norma sem o recurso a que chamam de abstracionismo metodológico. Em outra perspectiva, os jusnaturalistas mais exagerados ignoram o papel que a convenção humana possa desempenhar na deliberação prática sobre uma norma ou, quiçá, sobre os direitos fundamentais.

Nosso artigo tem como pretensão apresentar uma posição dos Direitos Fundamentais dentro de uma versão conciliatória entre bens objetivamente dados ao ser humano pela ordem natural das coisas (o que aproximaria nosso escopo do que os jusnaturalistas entendem por “justo por natureza”) e direitos oriundos da convenção social (o que vergaria nosso intento para aquilo que os positivistas chamam de justo por convenção).

Não pretendemos oferecer uma teoria conciliatória entre o direito natural e o direito positivo, como fizeram autores como John Finnis e Robert P. George. Antes, buscamos apresentar uma noção de direitos fundamentais que encontra azo tanto em uma quanto em outra tradição.

Buscamos, portanto, apresentar uma teoria dos direitos fundamentais sustentada por uma determinada metafísica objetiva, cujo fundamento está em uma articulação entre o intelecto e a realidade. O pressuposto gnosiológico do presente artigo está centrado na concepção de que nossa inteligência é capaz de desvelar certos bens verdadeiros para o ser humano em razão de sua natureza racional, e que tais bens se transfiguram juridicamente em direitos fundamentais.

Dentro disso, podemos dizer que o atual panorama dos direitos fundamentais traz uma quantidade considerável de problemas que transitam entre o mundo da justificação e os problemas de efetividade. No que tange ao mundo da justificação, as diversas teorias dos direitos fundamentais partem de um esquema mental teórico cujas bases estão assentadas na seguinte ordenação metodológica: premissas, fundamentação e fluidez. No mundo da efetividade, parte-se de um *modus operandi* voltado para tornar tais direitos concretos, em razão de certos fins perseguidos pela comunidade. O âmbito da justificação e sua correspondente eficácia nas circunstâncias particulares convergem para cristalizar a decisão normativa, tornando o direito um produto vivo e deontológico.

É dentro disso que o entrechoque *universalismo versus relativismo* aparece como *slogan* determinante. A nosso ver, uma tese equilibrada sobre direitos fundamentais deve considerar o mundo da justificação e o da eficácia dentro de um escopo unitivo e autojustificador. Encontramo-nos, assim, entre teorias que se autojustificam em fatores internos, meramente deontológicos e que, diante das dificuldades, acabam solicitando o auxílio externo de dimensões como a lógica ou mesmo a dialética. Por outro lado, problemas de premissas e fundamentação, enquanto aspectos do âmbito justificativo, demandam explicações externas ao próprio amplexo normativo, de modo que apelam, no mais das vezes, a uma metafísica explicativa.

Teorias como a de Ronald Dworkin ou H.L.A. Hart são sustentadas por uma *ontologia empirista* de fundo, que dá suporte aos resultados investigativos ou mesmo ao escopo da argumentação<sup>1</sup>. Em perspectiva contrá-

1 Sobre tal assunto, ver DOUBT, Keith. *Dworkin's moral Hermeneutics and Sociological Theory*. Acessível pelo seguinte endereço eletrônico: [http://www.academia.edu/2428494/Dworkins\\_Moral\\_Hermeneutics\\_and\\_Sociological\\_Theory](http://www.academia.edu/2428494/Dworkins_Moral_Hermeneutics_and_Sociological_Theory).

ria, apoiamos nossos pressupostos teóricos em uma *metafísica do ser*, tal como apresentada por Aristóteles (1998) e Tomás de Aquino (2005).

De acordo com isso, assumimos que os seres humanos somos capazes de inteligir bens humanos verdadeiros e adequados para nossa felicidade e plenitude existencial.

Na perspectiva tensa do problema contemporâneo que se coloca, a saber, universalismo versus relativismo, urge deduzir dos pressupostos metafísicos apresentados conclusões e afirmações objetivas que almejam expor uma teoria dos direitos fundamentais sustentada por uma posição quanto a razão humana prática e, assim, nossa capacidade intelectual para descobrir formas existenciais concretas para vivermos bem uns com os outros.

Por isso, o presente trabalho visa apresentar uma noção de direitos fundamentais marcada por uma divisão entre dois espaços de justificação e efetividade: no primeiro, os direitos fundamentais correspondem aos bens humanos fundamentais, ou seja, aos valores e aos fins próprios para a natureza humana como tal e, portanto, universalmente partilhados por todas as culturas; no segundo, os direitos fundamentais figuram como exigências para atos político-jurídicos próprios de cada comunidade que, nas circunstâncias concretas em que se apresentam, apenas ratificam as exigências em acordo aos aspectos específicos e contingentes de cada sociedade em particular. Nesse caso, estamos a falar sobre normas de um sistema jurídico que se justificam por convenção e ganham sua eficácia a partir do próprio sistema político-jurídico.

## **1. Restauração da racionalidade prática na cultura jurídica e intelecção dos Direitos Fundamentais**

A partir da década de 70, assistiu-se a uma reabilitação da razão prática no campo da filosofia política e do direito, isto é, a aceitação e o reconhecimento de que a inteligência humana é capaz de apreender certas propriedades da verdade e do bem, como também determinados princípios daí decorrentes (AQUINO, 2005, p.141).

O estatuto epistemológico, conjeturado nessa restauração da posição que a inteligência ocupa no conhecimento do real, promoveu uma reviravolta na observação e na atenção aos problemas próprios dos campos jurídico e político, respectivamente. Autores como Alasdair MacIntyre e Germain Grisez produziram um impacto profundo em um ambiente abarrotado pelo marxismo cultural e pelo positivismo analítico.

A restauração da razão prática acabou produzindo uma erosão no fetichismo analítico comumente divulgado pelos teóricos do direito positivo: a implicação disso acabou contaminando de tal modo a academia jurídica que a lógica perdeu o espaço que tinha até então, pois era considerada o caminho mais seguro para o jurista em seu campo argumentativo prático e teórico. A obsessão pela lógica sofreu a revanche da dialética e, daí, a ampliação da reflexão jurídica para um contexto externo aos elementos sistêmicos do ordenamento (tais como imputação e validade). A dialética e a retórica produziram uma nova redução focal da atenção do observador jurídico ao campo da argumentação e da justificação. O resultado, *pari passu* a conjuntura dos aspectos adjacentes ao problema, abriu uma variedade de frentes, entre as quais o retorno à ética clássica e à teoria da lei natural que lhe é paralela.

Assim, uma noção que reduz os direitos do ser humano ao campo da convenção encontra dificuldades de articular uma concepção objetivista de pessoa enquanto ser moral e detentora de uma dignidade que lhe confira igual consideração e respeito na relação com os demais. Se admitirmos que a convenção seja o critério, então somos obrigados a reconhecer que a agenda da convenção ditará o círculo fechado sobre o qual as ações se pautarão em critérios de legitimidade e consenso. Os frutos disso não poderiam ser outros senão assentir que certas decisões são legítimas, independentemente das consequências que possam produzir no campo social e nas ações particulares.

Por outro lado, afirmar que não há espaço para convenção seria o mesmo que engessar as sociedades humanas, tomando-as como estruturas mecânicas regidas por certas leis universais plenamente eficazes. O resultado, nesse particular, seria o de conceber a sociedade como um modelo esquemático, moldado de acordo com leis fabricadas por uma elite dirigente, que conduz os processos evolutivos e os efeitos científicos planejados, tal como ficticiamente exposto no Admirável Mundo Novo, de Aldous Huxley.

Assim, é imperioso aceitar que uma teoria razoável dos direitos humanos deve reconhecer que existem valores universais partilhados por todas as civilizações e os valores contingentes, extraídos das necessidades e das particularidades de cada comunidade política no seu tempo e na sua história. O presente artigo tentará oferecer essa perspectiva sob o crivo da racionalidade prática tal como apresentada por Aristóteles e Tomás de Aquino.

## 2. Razão prática, relações sociais e bens humanos

Determinados bens são devidos ao ser humano em razão de sua natureza funcional e inteligente, pois são fins que, cumpridos, aperfeiçoam

as potências da alma em suas respectivas operações (AQUINO, 2001, p. 189). Além disso, os bens são fins dados pela ordem natural para a comunidade política, sobretudo naqueles aspectos que correspondem às condições materiais necessárias para que a sociedade viva bem e plenamente.

Dentro disso, contudo, há uma linha divisória entre dois tipos de relações humanas: relações baseadas em interesses e em relações de reciprocidade. As primeiras normalmente ocorrem em situações nas quais alguns seres humanos tornam outros meios para obtenção de certas vantagens. As segundas, por outro lado, partem do pressuposto de que o outro é um fim intermediário para o bem de ambos. Nesse segundo tipo, inserem-se as relações de cooperação, solidariedade, esforço conjunto, associativismo, em suma, em todas as categorias possíveis de amizade. Na amizade, há uma união de vontades as quais convergem para o bem comum entre as partes, isto é, para a realização de certos bens que correspondem ao natural desenvolvimento das pessoas envolvidas, tanto em suas capacidades quanto em suas faculdades. Assim, o segundo tipo de relação humana conduz à felicidade, ou seja, àquilo que Aristóteles chama de florescimento. Sim, pois, se o ser humano é um *animal racional e dependente* (MACINTYRE, 1999, p. 40 e ss.) dos outros para ser feliz e realizar os bens que lhes são devidos por natureza, é imperioso que as relações de reciprocidade promovam o florescimento pessoal e social de cada pessoa humana em particular.

Portanto, em uma sociedade humana, o bem se realiza mediante instituições que facilitem, promovam e operem segundo relações de reciprocidade.

Uma teoria dos direitos fundamentais, baseada na racionalidade prática, deve aduzir que o Estado Constitucional, promotor e garantidor desses direitos, constitua--se por um arranjo de instituições voltadas para o florescimento da comunidade política. As noções de bem comum e bem pessoal formam duas faces de uma mesma moeda, em que as condições materiais são ofertadas para que cada pessoa possa realizar os direitos fundamentais e ter assegurada uma ampla gama de garantias destinadas a favorecer tal realização.

Apesar do escopo material e formal necessário para a realização dos direitos fundamentais como bens humanos, o que temos de considerar são os papéis desempenhados pelas instituições na promoção de relações humanas que auxiliem todos os membros da comunidade política no florescimento próprio e, assim, de toda a coletividade como tal.

Na proposta ventilada, assumimos que os direitos fundamentais se dividem em dois níveis, como ficará claro mais adiante: no primeiro e mais fundamental, os direitos fundamentais são bens humanos inteligidos pela razão prática e, portanto, devidos a todos os seres humanos, inde-

pendentemente do contexto cultural ou civilizacional em que se insiram. São princípios da razão prática, cujo primeiro é o de “fazer o bem e evitar o mal” e, por isso, analógicos aos preceitos da lei natural, segundo Tomas de Aquino<sup>2</sup>. Mas, como preceitos, são normas e, como tais, razões de agir.

Um ordenamento jurídico que se destina aos homens racionais e, no âmbito social, razoáveis, tem pretensões de legitimidade e efetividade porquanto abrange um escopo marcadamente axiológico: o de auxiliar, na condução do homem, para a realização plena de sua felicidade, ou seja, para que viva e aja bem nas circunstâncias vitais cotidianas. Nesse diapasão, o sistema jurídico opera como medida circunstancial dos atos humanos razoáveis e suas normas, como diretivas deontológicas voltadas para os bens devidos aos seres humanos. As normas do sistema jurídico se tornam razões para agir, admitindo-se a expressão empregada por Joseph Raz<sup>3</sup>.

Particularmente, é inegável aceitar que existam legisladores que produzem normas voltadas para a satisfação de seus interesses pessoais. A corrupção política é antecedida pela corrupção da alma. Mas, uma sociedade baseada nesse tipo de relação tende à destruição e ao desaparecimento. Por isso, o fim de uma comunidade política é seu bem, de modo que o conjunto das operações políticas e jurídicas tem como ponto central essa noção. Por isso, as normas jurídicas, em geral, têm como escopo metodológico não apenas a somatória fato e consequência, mas também um fim a ser perseguido e uma noção intrínseca de bem que acompanha o resultado de uma ação almejada e promovida por essa norma. Em uma palavra: finalidade!

As normas do sistema jurídico tendem à efetividade. São produzidas sob o auspício da legitimidade. Por essa razão, os fins para os quais se destinam são bens devidos às circunstâncias abarcadas pela própria norma. Uma norma, assim, é agente de florescimento pessoal e social. Pode ser identificada como preceito da lei natural e, portanto, como um conjunto de razões que promovem a moralidade e a ordem entre os seres humanos. No mundo do direito positivo, tais normas respeitam os processos for-

2 Cf. TOMÁS DE AQUINO, Santo. *Suma Teológica*, I-II, q. 90 a 98. 1ª ed. Madrid: BAC, 1957.

3 Raz (1999, p. 41 e ss.) admite que as normas de um sistema jurídico são razões para ação. Mas não quaisquer razões, senão razões excludentes, isto é, razões que excluem qualquer deliberação por parte dos seres humanos, pois atribuem às normas um caráter deontológico imperativo e imprescindível. A redução focal da atenção promovida pela teoria de Raz não se centra no paradigma racional prático aí viabilizado, mas na força do próprio direito positivo independentemente dos juízos axiológicos que sobre ele possam ser atribuídos. Há um evidente isolamento dos aspectos subjacentes à norma, como fins e fundamentos externos. Não obstante, a expressão utilizada pelo autor cai como uma luva para a simbolização teleológica da norma nos moldes que empregamos no presente artigo.

mais de elaboração, aprovação e promulgação nos parlamentos. É mister reconhecer que a função do legislador consiste na confecção de leis que se destinam para o bem da sociedade como tal. Não se pode justificar racionalmente a origem da norma na mera vontade dos representados ou nos interesses deles, ainda que existam leis assim caracterizadas.

Todavia, não se podem deduzir valores de fatos, como também não se pode deduzir a natureza material de uma norma daquilo que se pratica no âmbito social. Fosse, assim, os diversos crimes que ocorrem nas sociedades ocidentais de massas poderiam ser juridicamente validados pelo simples argumento de que os fatos justificam quaisquer normas!

Nesse sentido, assumimos que os bens humanos são anteriores e superiores aos próprios fatos, pois correspondem à natureza humana como tal, ao aperfeiçoamento das potências e das operações humanas necessárias para a sua plenitude. Por isso, os fatos são encarados como resultados de comportamentos pessoais e atos humanos circunstanciais, não como razões. As razões, por sua vez, são anteriores aos atos em si e se realizam neles. Há, aqui, uma confluência entre o inteligir e o agir. A pessoa capta pelo intelecto prático o bem devido àquela ação em particular e age em conformidade com isso. A repetição dos atos bons se sucede pelas virtudes práticas, que são hábitos operativos bons. As virtudes aperfeiçoam o ser humano tornando-o mais excelente e feliz em seu conjunto de atividades (ARISTÓTELES, 2011, p. 75 e ss.). As normas, aqui, são sugestões deontológicas, se bem confeccionadas, para o aperfeiçoamento do ser humano, mesmo aquelas de cunho reparativo e sancionador, como é o caso de muitas normas penais.

A expansão da atenção do observador externo para além da mera estrutura da norma permite-o vislumbrar os fundamentos, os fins e as razões presentes nela, tornando o conhecimento jurídico mais rico e profundo de sentido. Mesmo em sistemas sociológicos radicais como o de Max Weber, a separação entre ciência e valores carece de sentido. A mera descrição empírica de um sistema de normas ou a redução do objeto ao escopo metodológico formal constituem iniciativas investigativas que tornam o agente incapaz de admitir que a razão prática esteja empenhada em verificar quais as finalidades próprias para cada ação humana concreta, enquanto formas básicas do bem devido que tornam a pessoa humana excelente em sua atividade. Se o Direito almeja fins, então é forçoso reconhecer que tais fins participam de sua estrutura ontológica enquanto razões para ações promovidas no sistema e queridas pelo legislador e pela comunidade política.

Assentir que a pessoa humana possa, por sua inteligência, captar certos bens objetivos na ordem da realidade implica mergulhar para



dentro da estrutura intelectual de modo a conhecer as próprias potências operativas e, assim, autoconhecer-se. A todo ser humano racional prático apresentam-se diversas possibilidades para agir e realizar bens. Porém, o mero reconhecimento dessa faculdade intelectual desperta no observador a propulsão para uma investigação das condições que se apresentam à sua inteligência como tal.

O reconhecimento de que a captação do bem é um ato da razão nos leva a indagar sobre a função e o conjunto das operações do intelecto. Em geral, parece claro que a função primordial do intelecto é conhecer a realidade. Mas, do ponto de vista interno, o intelecto se volta para conhecer duas dimensões da realidade: a verdade dos entes e o bem de cada qual. Tendo como fim a verdade, o intelecto opera teoricamente. Tendo como fim o bem, o intelecto opera praticamente, aperfeiçoado pela virtude que lhe é própria: a prudência.

### **3. Insuficiência dos modelos liberal e utilitarista para justificação dos direitos fundamentais como bens humanos**

De acordo com a perspectiva realista que pautava a linha de justificação do presente artigo, entendemos que os modelos de garantia dos direitos fundamentais, promovidos pelos tipos proeminentes de Estado da era contemporânea, a saber, o Estado Liberal e o Estado de bem-estar, carecem de uma visão objetiva que assumam os direitos fundamentais como bens humanos evidentes e autojustificáveis.

No Estado Liberal, o fim último da ordem política é a segurança. Porém, salta aos olhos a inexistência de qualquer consideração sobre os valores da comunidade política. O que chamamos de bens humanos, ou seja, os valores da pessoa e da comunidade são aqui entendidos como resultados de escolhas individuais ou, quando muito, noções que buscam justificar o relativismo reinante em relação à objetividade do bem e do justo. Há, portanto, uma crença ingênua na precedência do EU sobre o BEM (SANDEL, 2005, p. 30 e ss.). Não há condicionamento da ação humana àquilo que se entende normalmente como o bem devido à ação em si mesma considerada, visto que a própria noção de bem é reportada à eleição individual do agente, em acordo a sua vontade ou conveniência. A consequência inevitável de um modelo assim justificado é que o arca-

bouço normativo é construído por uma seleção arbitrária e majoritária de alguns direitos fundamentais que condizem com a perspectiva liberal (da precedência do EU sobre o BEM objetivo). Um exemplo claro dessa seleção podemos ver na ótica do liberalismo quanto aos direitos sociais. Para a corrente liberal, nos seus variados matizes, os direitos sociais ou são injustos ou devem ser interpretados como direitos subjetivos. Quando considerados injustos, a teoria liberal rechaça *in limine* qualquer identificação dos direitos sociais como direitos fundamentais. Isso porque, na perspectiva individualista, a sociedade não pode ser sujeito e titular de direitos, pois não há qualquer justificativa identitária para a sociedade coletivamente considerada. Portanto, falar em direitos sociais é o mesmo que atribuir direitos a quem não poderia deter titularidade para tal. Sendo assim, cabe negar qualquer afirmação dos direitos sociais como direitos fundamentais, uma vez que apenas o indivíduo poderia ser titular desses direitos, e qualquer consideração a respeito de direitos que transcendam a esfera individual da liberdade e da autonomia restaria não adequada e, assim, injusta. É notável que, a partir disso, também a noção liberal de justiça não se deduz objetivamente nas relações sociais, pois o indivíduo antecede à sociedade e, por isso, o justo corresponde à garantia de sua posição originária, bem como dos bens adquiridos previamente à sociedade, quando estava sob o “véu da ignorância” (RAWLS, 1997, p. 55 e ss.).

Mas, mesmo considerando a hipótese de que os direitos sociais fossem considerados direitos fundamentais, a corrente liberal tenderia a justificá-los como direitos de exercício subjetivo. Nesse caso, não se aferiria qualquer consideração quanto à distribuição equitativa e proporcional dos bens em razão de serem devidos, mas ao gosto arbitrário e simples daqueles que possuem condições materiais melhores para usufruir livremente desses bens coletivos. Exemplo disso poderia ser o das liminares concedidas pelo Poder Judiciário para o usufruto de certos medicamentos oferecidos pelo Estado (Em princípio, entendemos que a concessão de liminares para usufruto de certos medicamentos é medida necessária e adequada. Porém, a justificativa para tanto não pode residir no livre exercício do direito subjetivo ao medicamento, mas pela justa e proporcional distribuição desses medicamentos para as pessoas necessitadas que, em razão de seu estado de saúde, verdadeiramente precisam de tais medicamentos. Ou seja, o bem humano, nesse caso, é devido em razão do estado de saúde em que se encontra a pessoa – circunstância concreta e objetiva-, não por sua escolha arbitrária de ingressar na Justiça e obter o medicamento independentemente de sua necessidade real). Obviamente, aqueles que possuem

melhores condições econômicas para arcar com custas judiciais e honorários advocatícios levam vantagem sobre os que não possuem. Segundo a perspectiva aqui analisada, tal disparate estaria justificado de plano, pois tanto o rico quanto o pobre ou o doente e o são (sanidade física ou mental) possuiriam direito subjetivo público de usufruir de bens coletivos individualmente, não importando a proporcionalidade na reta distribuição desses mesmos bens nem mesmo se são ou não devidos.

No Estado de bem-estar, os direitos fundamentais são justificados dentro de uma linha utilitarista, pois o que importa é a satisfação material da maioria dos indivíduos como condição para a paz e a felicidade sociais. Partimos da tese de que uma visão utilitarista se apoia em uma ética consequencialista, em que os resultados almejados são frutos de escolhas que favorecem certos indivíduos em detrimento de outros, ou melhor, de preferências arbitrárias e desproporcionais erigidas por critérios fluidos e subjetivos. Nesse diapasão, a expansão do bem-estar é analogamente cotejada com a maximização da felicidade geral, que significa a satisfação material da maioria em detrimento da minoria.

Um juízo prático aplicado ao escopo metodológico utilitarista levar-nos-ia a admitir que o todo é tomado como maioria e que o critério para sua felicidade deve ser aferido sob três condições:

- a) Que o objeto da felicidade seja a riqueza. Nesse sentido, o que normalmente chamamos de “bens humanos”, querendo designar “valores” objetivamente conhecidos e desejados pela inteligência e pela vontade humanas, passaria a significar bens materiais econômicos;
- b) Que a cosmovisão predominante é a econômica, isto é, que a economia passa a ser a causa substancial da comunidade e que todas as outras dimensões da existência humana, tais como a ética e a política, tornam-se apêndices da macroeconomia;
- c) Que as noções de justiça e de racionalidade prática não podem ser aquelas ensinadas pelos clássicos, segundo as quais o justo corresponde a “dar a cada um o que lhe é devido”, e o racional prático condiz com a identificação do bem devido a uma ação humana particular, mas uma valoração pré-destinativa e desproporcional, em que alguns saíam ganhando, e outros, perdendo, independentemente de suas participações nos resultados da equação. Nessa lógica, a justiça se identifica como bem-estar da maioria, e a racionalidade, como reconhecimento prévio da desigualdade e desproporcionalidade.

A operação aí exposta demonstra que o projeto utilitarista de sociedade submete o que chamamos direitos fundamentais aos resultados da equação econômica que aloca os bens existentes ao espaço material da maioria vencedora. Após essa primeira alocação, os efeitos marginais do cálculo econômico são redistribuídos entre os perdedores – a minoria-, como sinal do beneplácito estatal. A minoria só afere os efeitos colaterais de um cálculo anterior, destinado a satisfazer os interesses majoritários e tendo como meta a maximização da riqueza e da felicidade. Desse modo, não há uma promoção equânime e proporcional do lucro orçamentário nem dos bens e dos valores para a comunidade considerada em sua totalidade, mas uma seleção prévia dos *ganhadores* em razão da posição que ocupam na quantificação coletiva (maioria ou minoria).

Observamos, assim, que as teses aqui ventiladas partem, cada qual, de um pressuposto epistemológico que recorta a realidade normativa dos direitos fundamentais, focando a atenção em um ponto específico que serve como partida de análise e argumentação. No caso liberal, há uma *posição negativa* quanto à objetividade dos bens humanos ou uma justificação inteiramente individualista desses mesmos direitos, de modo que o ser humano é tratado como “indivíduo”. Ora, como indivíduo, sua dimensão social é descartada para fins de justificação racional. Assim, o conjunto das relações sociais e políticas que marcam a existência completa da pessoa é descartado para fins de análise jurídica. Opta-se por uma seleção prévia do critério que exclui as demais áreas da vida humana, privilegiando-se a dimensão individual.

No entanto, a mera constatação da individualidade não pode justificar inteiramente direitos fundamentais, pois se requer que tais direitos, para serem tratados como anteriores e superiores aos demais– como são os direitos fundamentais em geral-, tenham uma justificativa que transcenda o mero campo da autonomia individual, em suma, ao exercício da liberdade individual. O que queremos dizer é que, para serem garantidos, tais direitos precisam ser *queridos e desejados*. E, se são queridos e desejados é porque correspondem a valores evidentes. São evidentes porque condizem com princípios da racionalidade prática que, por serem anteriores à própria moralidade, são entendidos como bens humanos pré-morais, objetivamente conhecidos pela inteligência e queridos pela vontade. São indemonstráveis precisamente porque seus preceitos não são sujeitos às demonstrações próprias das ciências experimentais, mas são princípios do conhecimento prático e, por isso, não primeiros na ordem da inteligência. Todavia, não são originados nos sentimentos humanos (pois as

sensações não produzem operações racionalmente consistentes, senão impressões e percepções) nem tampouco no consenso democrático, senão que antecedem o mundo das sensações e da escolha política (os regimes totalitários entendiam que os direitos eram objetos da vontade política. Por isso, concedidos apenas aos amigos do regime, em detrimento dos inimigos). São princípios racionais condizentes com o sistema operacional do agir humano e, por isso, condicionantes da liberdade individual. É por isso, por exemplo, que podemos afirmar que nem todo exercício da liberdade está pautado na racionalidade. Ora, a razão prática, nesse caso, permite dizer que há bens anteriores à ação livre que permitem julgá-la e avaliá-la segundo padrões e critérios objetivos.

Por outro lado, a perspectiva utilitarista tem como pressuposto gnosiológico uma *noção quantitativista* dos direitos fundamentais e sua correspondente distribuição. O problema não estaria, aqui, em identificar bens objetivos. Antes, na injusta e desproporcional distribuição desses bens, de modo que a atuação coletiva consistiria em favorecer a maximização da felicidade à custa da equidade. A seleção é posterior ao postulado individualista do EU, mas não leva em conta um critério objetivo de distribuição dos bens humanos a partir da racionalidade prática e de uma justiça política objetiva.

Filiamo-nos a tese de que *os bens humanos são objetivos, prioritários sobre o arbítrio individual, e exigentes*. Enquanto objetivos, afirmamos que certos bens são devidos ao ser humano em razão de sua natureza inteligível. Como prioritários, que tais bens são anteriores e superiores à mera escolha individual, submetendo a vontade e a razão humanas a seu império. Como exigentes, que tais bens promovem a vida boa dos seres humanos e que, para tal, trazem inúmeras exigências como reconhecimento, promoção e decisão. Nossa hipótese é a de que *os direitos fundamentais são expressões jurídicas dos bens humanos*.

#### 4. Bens e atos humanos

Tanto para a teoria liberal quanto para a utilitarista, os bens humanos são comensuráveis e, assim, sujeitos à preferência de um indivíduo ou de uma maioria, respectivamente. Ocorre que a comensurabilidade dos bens também informa o critério de seleção dessas preferências, motivo pelo qual não há objetividade na articulação dos resultados obtidos com a seleção. A comensurabilidade implica a arbitrariedade do critério de seleção, seja pelo indivíduo, seja pela maioria.

De forma oposta, entendemos que os bens humanos são incomensuráveis porque diferentes bens são “bem” no que tange a certas ações e funções, ou seja, os fins dessas atividades são evidentemente bons, independentemente do alcance que a ação concreta possa ter na situação particular. Portanto, as ações são comparáveis, pois uma ação pode ser melhor do que outra. Entretanto, o bem que orienta a todas é “bem” enquanto fim que ilumina a atividade e aperfeiçoa as potências ativas do ser humano<sup>4</sup>.

Ainda que não seja mensurável em si, o bem pode ser avaliado como mais adequado para determinado âmbito experiencial da pessoa, como mais ou menos apropriado para determinada ação ou função concreta. Conforme afirma SIMPSON (2001, p. 9), *“the human goods are incommensurable and so cannot be summed (in the way that consequentialists want); but they are nevertheless comparable and so can be said to be better or worse, higher or lower.*

De qualquer forma, a comensurabilidade como tal só pode ser um atributo avaliativo das atividades, pois a comparação possível em sentido ontológico é cotejada a partir da tensão entre o gênero próximo e a diferença específica, ou melhor, entre as atividades analisadas entre si perante um critério comum, a saber, o bem adequado para todas elas, que exige uma ou algumas como melhor(es) entre outras.

Para entender os atos humanos, temos que entender os objetos relevantes que lhes formam. Uma noção da racionalidade prática deve levar em consideração os princípios que fundamentam e dirigem as ações humanas. É evidenciado que toda atividade tem um sentido que lhe informa. Assim, é claro que os comportamentos humanos são dirigidos para determinadas finalidades que preenchem o escopo formal das ações particulares.

Uma compreensão dos atos humanos, parece-nos, deve partir de uma seleção que extraia do objeto formal da atividade um significado focal. Os princípios dos atos humanos são preceituados pela razão própria do agir,

4 Diz SIMPSON (2001, p. 7): *“goods are incommensurable because different goods are good with respect to different jobs or functions. The good of pipe playing is good with respect to the job of playing the pipes [...]; the good of political virtue is good with respect to ruling. These goods are clearly incommensurable in the sense that no amount of speed or political virtue is going to make up for a deficiency in musical skill when it comes to playing the pipes. Only skill in pipe playing is relevant here and only people competing on the basis of such skill can sensibly be measured against each other as regards better or worse. The other goods are simply irrelevant. Different goods, therefore, are incommensurable in that they are relevant for different jobs, and a good that counts for doing one job does not thereby count for doing some other and completely different job. But this does not mean that one cannot say, for instance, that one of these incommensurable goods is better than another. For one can indeed say this by comparing, not how a good relevant for one job is better or worse with respect to that job than a good relevant for a different job, but one job is better or worse with respect to that job than a good relevant for a different job, but one job is better or worse with respect to that job than a good relevant for a different job, but how the different jobs compare to each other”.*

que entende o fim determinado para cada ação e formaliza um conceito formal *in ratione precepta*, isto é, um objeto que condiciona a razão prática do agir e a transforma em preceito de lei para o agente.

Por isso, os princípios da razão prática são análogos aos preceitos da lei natural<sup>5</sup>, ou seja, correspondem a normas imperativas para o agir humano nas circunstâncias particulares em que a atividade se realiza.

Todavia, temos que compreender tal lei natural como lei própria do ser humano enquanto animal racional, não como lei extraída da experiência material e factual do homem. É importante ressaltar que, para Tomás de Aquino, a lei natural não é uma *ordo naturalis* em sentido metafísico, nem tampouco uma lei experimental no sentido empregado pela ciência moderna, senão uma *ordinatio rationis*, de modo que a racionalidade prática aparece como legisladora constituinte no sentido preceptivo-prático. A lei natural contém, assim, inúmeros preceitos cujo objeto é o *bonum operabile*, condizente com o objeto moral a que aludem os princípios da razão prática. O objeto moral não é uma transfiguração sensitiva dos fatos para a consciência, mas um objeto formalizado na inteligência pela razão (e auxiliado pela imaginação) que capta o fim e formaliza o objeto moral próprio de cada atividade particular.

A finalidade dos atos humanos precisa estar em consonância com a qualidade que valora o animal racional e o torna um ser único, merecedor de direitos e prerrogativas em razão de sua natureza. Os homens são dotados de uma dignidade que transcende o campo das sensações e da sobrevivência, conhecida pelo intelecto e pela garantida por direitos e liberdades. Os fins que determinam as atividades são bens entendidos como evidentes, indemonstráveis, condicionantes dos atos em si.

A perspectiva moral da especificação dos atos humanos consiste em: 1) individualizar cada ação concreta como atividade orientada por um fim determinado; 2) que cada fim é um bem devido à ação; 3) que tais bens são inteligíveis pela razão prática e, enquanto racionais, são autoevidentes; 4) que o agir conforme o bem é o que chamamos virtude e, dessa forma, as virtudes são os gêneros específicos dos atos humanos; 5) que um ato bom é um ato racional, conforme a lei natural própria do ser humano.

Portanto, os princípios da racionalidade prática são bens próprios do ser racional e anteriores a própria moral, pois constituem o objeto moral,

5 Afirma o Aquinate: “respondeo dicendum quod, sicut supra (q.91, a.3) dictum est, praecepta legis naturae hoc modo se habent ad rationem practicam, sicut principia prima demonstrationum se habent ad rationem speculativam: utraque enim sunt quaedam principia per se nota” (AQUINO, q.94, a.2. p. 128) Tradução livre do autor: “Como respondemos anteriormente, os preceitos da lei natural são em relação a razão prática o mesmo que os princípios primeiros da demonstração são em relação à razão especulativa: uns e outros são princípios evidentes por si mesmos”.

iluminando a atividade humana deliberativa. O entendimento do correto e do incorreto é anterior ao próprio ato, de forma que o objeto inteligível nos leva a concluir que o conhecimento dos bens humanos primários é de ordem epistemológica, pois os princípios são conhecidos por evidência racional.

Colhemos, na obra de John Finnis (2011, p. 133 e ss.), quatro requisitos para que a lei natural preencha as condições para ser racional: 1) que a razão de que se fala seja intencional<sup>6</sup>, ou seja, dirigida a uma finalidade; 2) que seja razão prática, constituída por e para bens humanos; 3) que não seja razão autônoma, mas uma razão com sentido; 4) que tal razão prática seja base para outras racionalidades (AUBENQUE, 2008, p. 46-47).

De acordo com isso, resta evidenciado que a vontade do ser humano está determinada pelo fim para o qual o ser está por devir, vale dizer, que sua experiência moral é um conjunto de atividades com um sentido inteligido que aperfeiçoa sua natureza substancial.

Portanto, se a lei da razão prática é um imperativo que aperfeiçoa a natureza humana, então parece claro que a transição da lei natural para o campo social se faz pelo estabelecimento de um conjunto de diretivas que conformam a dignidade da pessoa tanto no seu contexto existencial individual quanto social. E, por esse motivo, estabelecem os limites morais ao Direito como um todo.

Pelo fato de traçar limites à autoridade e à deliberação política que coloca uma norma no sistema, os limites morais advindos com essas diretivas acarretam exigências que, se violadas, atacam frontalmente os princípios da racionalidade prática. Enquanto exigências da razão, os limites são definidos a partir do espaço ontológico dos bens próprios do agir humano ou, para falar de forma simplificada, bens humanos básicos.

Dentro desse espaço, o agir com liberdade não só é aceito como desejado. Portanto, são direitos fundamentais da pessoa, cujas violações exigem da autoridade avaliação e reparação das injustiças porventura praticadas.

Os Direitos Fundamentais são bens humanos básicos porque se situam no pátio interior da racionalidade prática que, de modo autorreflexivo, volve-se para si e capta certos preceitos que comandam as ações boas para a pessoa humana. Constituem, enfim, parte do bem comum entendido como *ordinatio rationis*.

6 Interessante notar uma passagem de Isidoro de Sevilha (1971, p. 354): “*Qui opus bonum bona intentione non faciunt, per hoc magis caecantur opere per quod illuminari potuerant. Unusquisque bonum opus, quod agit, intentione bona agit; quoniam pro mala intentione plerumque opus bonum, quod agimus, perdimus, et minus a culpa vacamus*”. Tradução livre do autor: Aos que realizam uma obra boa com intenção não reta, lhes cega em sua ação aquilo precisamente que lhes poderia iluminar. Cada um deve fazer com retidão de intenção a obra boa que realiza, já que por causa da má intenção perdemos com frequência a obra boa que fazemos, e não somos menos culpados por isso.



## 5. O “julgador prático independente” e a intelecção dos bens humanos

Uma teoria dos Direitos Fundamentais, vislumbrada a partir da racionalidade prática, exige uma ética teleológica profundamente preocupada com a vida boa e sustentada mediante a correta articulação entre os bens humanos interiores e exteriores. De acordo com isso, a razão humana é entendida como capaz de inteligir o bem adequado para o ser humano em virtude de sua natureza pessoal, de modo que as sensações, as emoções, os afetos e os instintos são submetidos ao crivo imperioso da racionalidade por um ato de vontade que se dirige para o bem devido nas circunstâncias da própria vida e condiciona o agente a perseguir tal finalidade. Em última análise, a razão nos ensina a encontrar e perseguir o nosso real e verdadeiro fim, como também o meio de alcançá-lo.

Assim, a razão e a vontade formam o conjunto das potências humanas que capacitam o ser humano a constituir-se em animal inteligente. Partindo disso, Macintyre elaborará uma noção da racionalidade prática concebida com base na posição do animal racional humano. De acordo com o autor, quando crianças, somos entidades semelhantes a certos animais como chimpanzés e golfinhos, pois o que temos é, além de toda parte sensitiva, instintiva e apetitiva, a imaginação e a estimativa. Somos dependentes de outros seres humanos que nos ajudam no crescimento e na formação. Por isso, em nossas primeiras comunidades – família e escola- precisamos que outras pessoas mais experientes nos transmitam valores e bens por meio do hábito, estimulando nossa tendência mimética de imitar modelos (GIRARD, 2007). Porém, para que nos tornemos animais racionais independentes durante nosso desenvolvimento natural, precisaremos adquirir certas virtudes intelectuais e morais, que são bens interiores próprios da pessoa humana e que operam para tornar a pessoa capaz de ter uma vida boa (MACINTYRE, 1999, p. 40 e ss.).

A aquisição de virtudes morais e intelectuais tornará a pessoa cada vez mais independente dos demais seres inteligentes na tarefa de inteligir os bens humanos que lhes são devidos. Assim, se uma criança precisa que o pai lhe ensine o que é o certo e o que é errado, porque ainda não possui experiência e inteligência capaz de captar o que é o bem, um adulto virtuoso e inteligente conseguirá inteligir os objetivos que, realizados, o tornam um ser humano pleno de sentido. O autor chama esse adulto inteligente e virtuoso de animal racional independente, ou seja, a pessoa capaz de conhecer os bens devidos às circunstâncias concretas de sua vida pessoal e social, realizando-os pelo hábito (MACINTYRE, 1999, p. 40 e ss.).

*Razão prática e direitos fundamentais:  
uma perspectiva jurídica dos bens humanos*

Por analogia, é possível deduzir que, em comunidades onde as pessoas são majoritariamente virtuosas, o senso e a objetividade dos laços de amizade são mais efetivos, tornando-as mais felizes e justas<sup>7</sup>. Talvez o problema crucial da sociedade moderna (e de suas linhas morais) esteja em que se confira maior legitimidade aos bens exteriores do que aos interiores. Tanto em uma sociedade que almeja a riqueza como objetivo máximo quanto em outra que reputa o poder coletivo como suprema instância da vida social não há uma correspondência entre os bens exteriores e interiores, pois os objetivos aí almejados não correspondem aos bens do ser humano em razão de sua natureza, mas em tornar o homem um animal dependente dos objetivos arbitrariamente colocados pela cultura de massas ou pela hegemonia cultural de um grupo político. Em ambos os casos, a realização do bem condiz com a aspiração ideológica de uma organização interessada em obter meios de sustentar-se no poder, seja por meio da riqueza, seja mediante o uso da força política.

Nos casos brevemente descritos, percebemos a inexistência de uma correspondência entre os bens exteriores e interiores. Chamamos bens exteriores aqueles que representam os bens interiores do ser humano no âmbito da comunidade, articulando os fins particulares de cada ser humano com os fins sociais necessários para que uma comunidade viva bem, em um clima cultural, tradicional e comunitário, em que as virtudes são desejadas como bens verdadeiros para o ser humano.

Por isso, o animal racional independente é, de algum modo, dependente. Sim, pois ser inteligente no sentido prático pressupõe o reconhecimento de que se é dependente dos outros, isto é, da comunidade. É a dependência mútua que confere aos seres humanos a capacidade de exercer virtudes morais e intelectuais na convivência diária da vida das relações sociais<sup>8</sup>.

7 Schwartz (2012, p. 3) afirma *"According to Aquinas we have the best chance to flourish morally, intellectually, and spiritually in a social life based on virtue: a consociatio in virtute. In Summa Theologiae, I-II Aquinas asks which, among a list of different goods, warrants being regarded as a constituent of happiness. Friendship is included in a list made up of enjoyment, understanding, a right will, a body, bodily health, external goods, and the fellowship of friends. Each of these has a role that is either preparatory towards, perfecting of, or concomitant with happiness"*.

8 Macintyre (1999, p. 40 e ss.) assvera que nos tornamos julgadores práticos independentes mediante a participação num conjunto de relações com outros seres humanos que, via de regra, é capaz de nos oferecer o que precisamos. Eis a ética do cuidar dos outros, isto é, que devemos levar em conta, sempre que deliberamos e tomamos decisões, que os outros precisam de nós, que a linguagem ética de cuidar das outras pessoas deve estar presente em nosso vocabulário social, pois o mesmo cuidado e educação que recebemos devemos oferecer para os outros, em uma troca recíproca.

O movimento de nossa infância para a idade adulta pode ser uma transição de nossa infância racional para um ser capacitado a exercer a razão prática por meio de virtudes, ou seja, de alguém que capta e internaliza os bens exteriores (virtudes adquiridas pelo hábito operativo bom) tornando-os amálgamas de si, correspondentes com sua natureza inteligente. Sendo o homem uma entidade funcional e substancial concebida por uma finalidade, somos obrigados a reconhecer que o objetivo condiciona a substância e o conjunto das funções operativas. Portanto, se o ser humano existe para viver bem, ser feliz e realizar certos bens em sua trajetória biográfica, é mister que sua natureza esteja apta para tal e que suas funções sejam dimensionadas para atingir esse estado buscado e perseguido.

Por isso, para que sejamos seres humanos bons, virtuosos e independentes em relação à comunidade mais básica (família), precisamos reconhecer que dependemos dos outros para realizar nossos bens interiores e exteriores, em uma articulação tensional que se resolverá no contato diuturno com os outros, com quem aprendemos e oferecemos nossa solidariedade. Por isso, quanto mais virtuosa for nossa comunidade, maior chance teremos de ser felizes, pois seremos potencialmente mais aptos para educar nossas paixões, adquirir virtudes intelectuais e morais, como também oferecer aos outros condições de se tornarem animais racionais independentes <sup>9</sup>.

De outro modo, a sociedade moderna de massas assumiu as posições liberal e utilitarista como premissas axiológicas do que denominam ser o Estado de bem-estar atual. Nesse diapasão, os bens humanos são rebatidos para a dimensão privada e, quando não, taxados de irracionais. Por outro lado, reconhecê-los dentro de uma perspectiva objetivista nada mais é senão assentir sobre o realismo de nossos objetivos, encarando a comunidade como um celeiro de tipos distintos de existência humana.

Nesse sentido, o bem comum não pode ser entendido como somatória de bens individuais, senão como pressuposto para que cada ser humano em particular possa assumi-lo como seu e vivenciá-lo em sua comunidade. Por isso, enquanto conjunto das condições necessárias para a vida boa, o bem comum corresponde ao bem de todos naquilo que possuem em comum, de modo que cada pessoa possa ser capaz de persegui-lo como um bem que também é seu e realizá-lo individualmente.

<sup>9</sup> Para Macintyre (1999, p. 108-109), “quando uma rede com tais relações familiares e comunitárias está a florescer, isso acontece porque essas atividades dos membros dessa comunidade que aspiram a um bem comum, são informadas pela sua racionalidade prática. Mas aqueles que se beneficiam do florescimento comum, incluem os que são menos capazes de julgamento prático independente, como as crianças, os doentes, os feridos e os deficientes, e o seu florescimento individual será um importante critério para o florescimento de toda a comunidade”.

*Razão prática e direitos fundamentais:  
uma perspectiva jurídica dos bens humanos*

É nesse sentido que os direitos fundamentais passam a ser encarados como bens em razão da vida boa e das exigências para a sua realização. Sim, pois se o ser humano é capaz de inteligir os direitos fundamentais como bens, então é imperioso reconhecer que também é capacitado para realizá-los. E, se tal é assim, também o ser humano pode reconhecê-los como bens que são seus, e que exigem certos deveres além dos quais seria impossível realizá-los.

Portanto, uma noção teleológica dos direitos fundamentais pressupõe que sejam tratados como expressões jurídicas de certos bens que, para serem concretizados pessoal e socialmente, demandam que o agente assumira certas virtudes como bens interiores seus. Macintyre assume o rol das virtudes elencadas por Aristóteles e Tomás de Aquino, ou seja, prudência, justiça, fortaleza e temperança, além da verdade, confiança, concórdia, humildade, generosidade, caridade, misericórdia, esperança e benevolência. Com a aquisição dessas virtudes, o julgador prático independente será capaz de imaginar o próprio destino enquanto ser humano bom e virtuoso, carregando sua imaginação para atitudes que, do ponto de vista racional, concretizarão certos bens e valores adequados para suas relações<sup>10</sup>.

Do ponto de vista epistemológico, é necessário reconhecer o papel que tais virtudes desempenham para que os bens possam ser inteligidos e tratados como devidos ao ser humano em razão de sua natureza substancial, embora também seja imperioso assinalar que diversas exigências são atribuídas à pessoa para que ela atinja um grau de inteligibilidade razoável para discernir e deliberar sobre os melhores meios de atingir e realizar os bens nas circunstâncias particulares e sociais de sua existência histórica.

Do ponto de vista institucional e, portanto, político, é forçoso admitir a existência de uma escala de virtudes que atualizam a vida boa e que são desejáveis por comunidades virtuosas. Dessa forma, além das comunidades mais próximas, como família, escola, clube, a comunidade política precisa de instituições que estabeleçam a ordem e a regência social. Assim, as instituições sociais em geral promovem a viabilidade para a dependência mútua e as relações de reciprocidade, uma vez que não podemos florescer (tornar-nos felizes e virtuosos) sem órgãos que material e formalmente possibilitem esse intento. Ademais, as instituições também

10 Macintyre (1999, p. 126) salienta outra espécie de virtude: a **generosidade justa**. Essa virtude ocorre quando uma parte não recebeu o que lhe era devido, mas oferece a alguém. Exemplo: alguém não foi educado pelos pais, mas educa seus filhos. O ato de atribuição social desse bem não é visto como uma devolução, mas um ato que transcende o que seria meramente calculista e proporcional. É um ato desproporcional, mas restaurativo e que, maximamente bom, transcende o meramente justo no sentido de proporcionalidade. É um ato de misericórdia (pois exige que aquele que dá ame o que recebe), prudência (que ilumina o bem adequado para essa circunstância e aperfeiçoa o uso da razão prática) e a temperança, caridade, etc.

atualizam a justiça política, indispensável para a justa e proporcional distribuição dos bens na comunidade. Por fim, para promoverem o florescimento e a reciprocidade, algumas instituições também devem assumir o papel de autoridade política, a fim de produzirem normas e atos que regulam a justa distribuição dos bens devidos. Para tal, é necessário que, se desejamos uma comunidade política florescida e capaz de viabilizar aos seus membros uma vida boa por meio de padrões existenciais razoáveis, a autoridade política e normativa se assuma como agente destinado a promover e a realizar tais bens, política e juridicamente<sup>11</sup>.

O mero desejo de assim ser pressupõe que a inteligência humana prática seja capaz de vislumbrar objetivamente certos bens inalienáveis e imprescritíveis, decorrentes da própria natureza substancial da pessoa e que condicionam a autoridade a persegui-los como tais. O recurso à imaginação moral é necessário para que se vislumbre o futuro querido e desejado, de modo que a razão possa perseguir os meios disponíveis para atingir e realizar o bem comum. Portanto, como veremos, instituições políticas são indispensáveis para que os bens humanos possam ser realizados na conjuntura da comunidade política e que sirvam de supostos para que cada pessoa possa assumi-lo como seu bem próprio. Instituições, dessa maneira, que criem regras baseadas nas exigências da racionalidade prática e que promovam os bens humanos por meio de atos normativos e coordenativos.

Além disso, as instituições devem tomar como tipo-ideal de ser humano e social o julgador prático independente, pois a pauta normativa e operativa da autoridade política só poderá promover os bens humanos se tomá-los como valores próprios do homem enquanto tal.

Portanto, para ser um julgador prático independente, há determinadas condições:

- a) Desenvolvimento das virtudes próprias de cada atividade desempenhada na vida cotidiana;
- b) Educação da imaginação moral;
- c) Aquisição de virtudes interiores e exteriores, entendidas como bens humanos em razão de outros bens;
- d) Amizade.

11 FINNIS (2000, p. 274) afirma que *"la autoridad (y por ende la responsabilidad de gobernar) en una comunidad ha de ser ejercida por aquellos que de hecho pueden resolver eficazmente los problemas de coordinación para esa comunidad. Este principio no es la última palabra sobre las exigencias de la razonabilidad práctica relativas a la asignación o al reconocimiento de la autoridad; pero es la primera y la más fundamental"*.

As condições aí elencadas tornam o julgador prático independente capaz de:

- a) Avaliar os melhores meios para atingir os fins;
- b) Compreender tais fins e inteligi-los como bens para si e para os outros;
- c) Deliberar sobre os melhores meios para atingir tais fins e realizá-los na atividade concreta;
- d) Inteligir o bem particular tendo como pressuposto o bem comum;
- e) Imaginar um futuro melhor, de maior realização das virtudes próprias e dos bens humanos para as comunidades próximas (família), intermediárias (escola, clube, igreja, etc) e maiores (comunidade política)<sup>12</sup>.

## 6. Os direitos fundamentais como bens humanos

Somos animais racionais condicionados pelas circunstâncias concretas da vida. As circunstâncias nos impõe a exigência de descobrirmos o bem próprio da atividade em questão e deliberar sobre os meios melhores para tal. O homem é um ser histórico, concreto, condicionado pelas circunstâncias que o rodeiam e pelos laços adquiridos durante a vida, em suma, vinculado a uma comunidade formada historicamente por uma *tradição* (MACINTYRE, 2007, p. 45 e ss.).

O reconhecimento desse condicionamento traz outra exigência para o julgador prático: aceitar que as situações lhe impinjam certos deveres de reciprocidade perante os outros e para com eles. Tais deveres constituem a face inversa dos direitos a uma comunidade virtuosa em que seus membros se relacionam por mútua dependência.

Podemos dizer que os deveres de reciprocidade são exigências da razão prática para a plena atualização social das capacidades humanas e, por isso mesmo, devem permear o ordenamento jurídico de qualquer Estado que busque realizar o conjunto das condições materiais necessárias para o bem dos seres humanos que o integram.

A tese aí ventilada sugere cinco suposições:

12 Tal é afirmado pelo Princípio da Subsidiariedade, constante no Compêndio de Doutrina Social da Igreja Católica.

1. Que uma sociedade plena de sentido (em que o bem comum é concretizado) é formada por relações majoritariamente recíprocas entre seus membros;
2. Que os bens realizados por intermédio dessas relações trazem exigências e valores promocionais<sup>13</sup>;
3. Que tais exigências e valores demandam normas deontológicas que conduzam a sociedade para a sua plenitude;
4. Que tais normas estabeleçam direitos e deveres pessoais e sociais (destinadas a pessoas, grupos, associações, instituições sociais e políticas, bem como organizações internacionais);
5. Que tais normas estabeleçam critérios de disposição hierárquica no próprio corpo interno do sistema, a fim de que certas normas superiores expressem direitos próprios de todo ser humano em razão de sua natureza e outras normas inferiores tratem dos aspectos particulares e contingentes de cada comunidade política de modo a promover decisões coordenativas específicas, em acordo às circunstâncias concretas do agrupamento social em questão.

Sendo pressuposto que os direitos fundamentais são bens humanos racionalmente inteligidos e adequados para situações sociais em que cada homem vive para seu florescimento, uma noção substancial dos direitos fundamentais obriga-nos a vê-los como “expressões jurídicas dos bens humanos”, catalisadores das formas básicas de vida boa as quais os seres humanos almejam como tais.

Enquanto normas jurídicas, os direitos fundamentais e as suas garantias estabelecem os modos de realização de tais bens nos planos pessoal (dimensão individual) e social (dimensão coletiva), como ainda os critérios de validade (pertinência sistêmica) e de efetividade para todas as demais normas do ordenamento, sejam as que se afirmam como universais, sejam as inferiores, cuja força é conquistada dentro do próprio ordenamento e que se orienta a organizar e a coordenar a comunidade política nos seus aspectos parciais e contingentes (condições materiais concretas)<sup>14</sup>.

13 Não queremos, aqui, confundir valores promocionais com aquilo que Norberto Bobbio denomina de “sanções positivas”, próprias do Estado de bem-estar (BOBBIO, 2007, p. 100 e ss.).

14 A alocação das exigências básicas aí aludidas no Direito Positivo evoca um ato de autoridade do legislador ou juiz na concreção normativa tanto dos princípios primeiros da razão prática quanto dos aspectos acidentais e operativos necessários para a efetivação dessas exigências correspondentes àquilo que Tomás de Aquino denominou de “*determinatio*” (AQUINO, 1957, q. 90 a 98).

*Razão prática e direitos fundamentais:  
uma perspectiva jurídica dos bens humanos*

Nesse sentido, dividimos a teoria dos Direitos Fundamentais em dois espaços distintos, em virtude da posição hierárquica substantiva (isto é, do grau de intensidade frente à natureza humana racional) e do nível de efetividade concreta:

- 1º. *Espaço das Normas Superiores*: corresponde ao espaço normativo mais importante do sistema jurídico. Retrata o conjunto das diretivas gerais entendidas como bens humanos básicos e exigências primeiras da racionalidade prática. São Direitos Fundamentais desvelados pela inteligência prática humana, comuns a todos os seres humanos em razão de sua natureza substancial, como também das potências e operações próprias dessa forma substancial chamada pessoa, dotada de funções, capacidades e objetivos. Nesse sentido, os Direitos Fundamentais conduzem os seres humanos para os fins específicos de cada uma de suas potências e capacidades. Exemplo disso, podemos verificar na própria ação humana. A ação é uma capacidade humana. Agir pressupõe movimento. A expressão desse movimento advém por um verbo. O Direito Fundamental à liberdade de ir e vir não só garante como induz a pessoa a se realizar no cumprimento dessa norma. O verbo implícito na Constituição a partir dessa liberdade expressa um bem humano básico (mover-se, agir, ser livre) mediante normas jurídicas.
- 2º. *Espaço das Normas Inferiores*: são determinações específicas para cada comunidade política em particular. Por isso, a possibilidade de que tal comunidade floresça e torne-se virtuosa é diretamente proporcional ao bom arranjo de suas instituições e à existência de autoridades políticas que sejam julgadoras práticas independentes. A analogia que traçamos anteriormente entre a quantidade de animais racionais independentes e suas respectivas comunidades políticas fornece a seguinte reflexão: as regras de “determinatio”, no mesmo sentido empregado por Tomas de Aquino, são eficazes quando suas instituições e autoridades são “representativas” da sociedade a partir de sua existência concreta, de modo que os bens humanos passam a ser articulados como pauta da agenda política e das regras derivadas das normas superiores<sup>15</sup>.

15 Finnis (2000) utiliza essa distinção entre regras diretivas e regras determinativas para marcar a derivação do direito positivo a partir do direito natural. Diz FINNIS (2000, p. 311) que “según la concepción de Tomas de Aquino, el derecho está constituido en parte por reglas que se ‘derivan de la ley natural como conclusiones deducidas de principios generales’, y por el resto de reglas que se ‘derivan de la ley natural como determinaciones [determinaciones] de directivas generales”.



Assim, podemos dizer que, quando os legisladores concebem, criam e promulgam leis, criam proposições indicativas, imaginando uma ordem social futura. Todavia, para que os cidadãos atuem em conformidade com essa ordem e, assim, tornem possível à comunidade alcançá-la, há certas especificidades que o próprio legislador deve tratar. São determinações (baseadas nas diretivas gerais) para a comunidade a fim de estabelecer a coordenação das ações particulares, ou melhor, o legislador especifica o conjunto das condições para que a proposição normativa indicada possa ser plenamente efetiva na sua inteireza.

Se reconhecemos, então, que os direitos fundamentais são direitos racionais, próprios do animal racional, devemos levar em consideração que tais direitos são pautados por fins em virtude de um fim maior e excelente: o florescimento humano, ou seja, a satisfação material do conjunto das condições necessárias para sua natureza de ser pessoa. Dessa maneira, o primeiro espaço indicado acima faz alusão ao âmbito normativo das prioridades essenciais da natureza pessoal do ser humano, bem como suas exigências. Trazem, assim, *razões* e *garantias*.

Quando falamos em *razões*, queremos dizer que os direitos fundamentais trazem, no mínimo, três tipos de razões para o ser humano: razões para ação, razões para viver bem e razões para existir. Obviamente, tal classificação não exclui outras razões possíveis promovidas pelos direitos fundamentais. Nosso catálogo, contudo, visa justificar de modo racional tais bens humanos como desejáveis. Por serem desejabilidades, as razões possuem o seguinte escopo metodológico: as *razões para ação* correspondem à deliberação que o ser humano realiza sobre os meios disponíveis para agir bem nas circunstâncias concretas da vida; as *razões para viver bem* tornam os direitos fundamentais fundamentos para decisão humana, ou seja, condiz com o ato de decisão em ser feliz; por fim, as *razões para existir* abrem o ser humano para o campo da existência, que pode se suceder da forma individual ou social (coletiva).

No aspecto racional, portanto, os direitos fundamentais são desejáveis porquanto trazem razões para agir, viver bem e existir individual e coletivamente. No primeiro tipo, os direitos fundamentais são bens deliberativos, isto é, bens em razão de outros bens maiores, superiores e finais. No segundo, bens relativos aos atos de decisão que a pessoa deve tomar ao longo da vida. Por fim, bens adequados a cada dimensão da existência pessoal, seja no particular, seja na esfera pública.

De outro modo, dizemos que essas razões exigem *garantias*. Se é expressivo de bens humanos, o rol de Direitos Fundamentais que ilumina diversas

Constituições da atualidade carrega consigo um enumerado de exigências para sua realização. Nesse sentido, *garantias* são condições oferecidas pela comunidade política para a realizabilidade dos direitos fundamentais.

Enquanto *garantias*, existem três condições correspondentes aos três tipos de razões: condições para agir, condições para viver bem e condições para existir. As *condições para agir* condizem com os meios assecuratórios da deliberação. Para que o ser humano possa deliberar, deve ser livre. Para tal, deve ter assegurados direitos individuais de liberdade. Assim, as *garantias* desse âmbito são meios de assegurar os canais intermediários entre a pessoa e sua realização. As *condições para viver bem* são as *garantias* que cada ser humano deve ter para decidir sobre o próprio destino e a própria vida. Os regimes totalitários são caracterizados, sob esse aspecto, por decidirem pelas pessoas seus respectivos destinos escatológicos. Em uma comunidade política que busca a vida boa dos seus habitantes, os seres humanos devem ter garantidos seus direitos de decidir. Para tanto, necessitam de condições para tal. Por fim, as *condições para existir individual e coletivamente* fazem menção à separação entre esfera pública e espaço privado. Há uma separação instrumental entre tais âmbitos. Essa separação visa garantir que os seres humanos possam se realizar como tal enquanto indivíduos e seres sociais, destinados a existir tensionalmente nesses dois ambientes.

Tanto as *razões* quanto as *garantias* compõem normas de primeiro tipo, pois retratam, no ordenamento jurídico, as prioridades essenciais do ser humano, sejam como bens expressivos (*razões*), sejam como exigências (*garantias*, condições).

Por outro lado, o espaço das normas de segundo nível é composto pelas determinações dos aspectos próprios da comunidade política, ou seja, normas e instituições internas voltadas para realizar as normas de primeiro tipo frente aos elementos particularíssimos. Por essa razão, as decisões jurídicas próprias desse segundo espaço não são bens diretamente identificados pelo intelecto prático, mas pelo consenso, ou melhor, pela convenção.

As normas de direitos fundamentais advindas por convenção condizem com os juízos políticos específicos da comunidade, nas suas circunstâncias específicas e concretas. Por exemplo, falamos anteriormente que o conhecimento é um bem humano básico. Porém, há muitas formas de persegui-lo. Uma comunidade pode buscá-lo mediante escolas particulares, com incentivos de organizações privadas que financiam projetos educacionais e escolas de formação humana. Mas também outra comunidade pode buscá-lo por meio do ensino público. Nesse sistema, o conhecimento como tal é o bem perseguido, apesar das mazelas práticas existentes nas circunstâncias do dia a dia a dia.

Nesse espaço inferior, portanto, localizam-se os elementos contingentes, mas indispensáveis para a realização *in loco* dos direitos fundamentais. Por respeito aos princípios da subsidiariedade e da solidariedade, os bens humanos básicos são adaptados aos aspectos particulares de cada comunidade política na sua variedade de modalidades existenciais próprias.

Sendo a pessoa um ser relacional, cujas faculdades são destinadas e atualizadas na vida social, é necessário admitir que as virtudes humanas, enquanto bens interiores, só se externalizam por meio de relações de reciprocidade que potencializam a vida boa de cada membro da comunidade. As normas de direitos fundamentais advindas por convenção nada mais são senão formas apropriadas de realizar os bens humanos na comunidade política concreta.

## 7. Direitos Fundamentais: universalismo e relativismo

Os dois espaços aludidos podem ser divididos a partir da seguinte questão: qual o grau de abrangência de cada um na sociedade humana?

Se reconhecemos que o primeiro espaço é concebido a partir dos princípios da racionalidade prática, que entende os bens humanos básicos e que são indispensáveis para que o ser humano possa florescer, então temos de assumi-los como valores universalmente compartilhados por todos, independentemente da tradição cultural em que possam ser inseridos. Vejamos, por exemplo, dois bens: vida e conhecimento. Em todas as civilizações, por mais diferentes que suas culturas possam ser quando comparadas, há um pressuposto de existência: o da vida humana, isto é, a existência concreta dos seres humanos e da comunidade intergeracional. Assim, se a vida fosse abolida como tal, a geração restaria comprometida e, em razão disso, a própria história dessa civilização.

Da mesma forma ocorre com o conhecimento. Quando empregamos palavras como civilização, tradição e cultura, já estamos supondo que o conhecimento é algo desejável, entendido como um bem a ser perseguido e almejado nas circunstâncias de cada membro de uma comunidade em particular.

Tanto a vida quanto o conhecimento são bens buscados pelos seres humanos em razão de serem valorados intrinsecamente, motivo pelo qual estão presentes em todas as culturas e as civilizações humanas. A variedade de formas de vida e de tipos de conhecimento não pode negar que a vida e o conhecimento sejam bens evidentes, indemonstráveis, mas desejados por todos os participantes de um ideal comum de felicidade. Por essa

razão, os dois exemplos aqui indicados pertencem ao espaço das normas superiores e, portanto, correspondem a direitos fundamentais universalmente compartilhados por todos os povos e culturas.

Por outro lado, afirmamos que existem diversas formas de vida e tipos de conhecimento. Cabe, nesse diapasão, a cada comunidade política particular tratar e coordenar as ações para que tanto as formas de vida quanto os tipos de conhecimento possam ser dimensionados para a realização do bem específico daquele agrupamento humano. Esse tratamento contingente, específico de cada civilização ou cultura, situa-se no segundo nível, das normas inferiores. Tais normas também são direitos fundamentais, mas o são em razão das primeiras normas, isto é, enquanto decorram delas.

Em virtude desse segundo nível, podemos dizer que certas culturas violam direitos fundamentais mais genuínos e intrinsecamente mais elevados (espaço das primeiras normas) quando suas coordenativas negam a realização dos bens humanos básicos. Por isso, determinadas culturas e civilizações somente podem ser consideradas como promotoras dos direitos fundamentais quando, além de preverem as normas de primeiro nível, garantem as exigências decorrentes disso, por meio das normas inferiores específicas.

Portanto, só podemos reconhecer determinada civilização como tal quando, no âmbito interno (espaço das normas inferiores), retrata as normas superiores, garantindo-as mediante as exigências da racionalidade prática. Quando ocorre isso, podemos afirmar que tal comunidade política promove direitos fundamentais, uma vez que os trata como “bens humanos básicos”.

## **Conclusão**

Atualmente, os juristas deparam-se com inumeráveis teorias dos direitos fundamentais, cada qual oferecendo padrões de justificação e contextos focais de problematização. Não obstante, parece-nos que uma teoria dos direitos fundamentais, que parta do postulado afirmativo de que tais direitos são desejáveis, deve oferecer uma concepção que envolva os motivos e as razões que justifiquem tal *desiderata*.

Afirmamos que os direitos fundamentais são desejáveis porque expressam, juridicamente, bens humanos básicos, objetivamente captados pela inteligência e formalizados como objeto da vontade humana. Assentir sobre esse pressuposto básico nos leva a admitir que tais bens humanos participam em todas as culturas, por corresponderem a preceitos da lei

natural e serem, de modo autorreflexivo, captados pelo intelecto prático como princípios diretivos do agir humano em sociedade.

Portanto, assentimos que teorizar sobre direitos fundamentais entendendo-os como bens humanos pressupõem que aceitemos a existência natural de dois espaços na ordem jurídica: o espaço em que tais normas manifestam diretamente os princípios primeiros da razão prática e o espaço das normas inferiores, decorrentes desses princípios, mas que se destinam a organizar a comunidade específica no âmbito local.

Nossa tese é a de que a universalidade dos direitos humanos fundamentais é um atributo do primeiro espaço, enquanto a relatividade, do segundo. Nesse contexto, os bens humanos básicos, enquanto princípios autoevidentes e indemonstráveis, são universalmente partilhados por todas as civilizações e estão presentes na estrutura intelectual do ser humano como tal. Por outro lado, os modos de concretização desses bens demandam atitudes concretas das ordens políticas locais.

## Referências

ARISTÓTELES. **Metafísica**. Org. por YEBRA, Valentín García. 2ª edição revisada, trilingüe. Madri: Gredos, 1998.

\_\_\_\_\_. **Ética a Nicômaco: Libro II**. 1ª ed. Madrid: Alianza, 2011.

AUBENQUE, Pierre. **A Prudência em Aristóteles**. 2ª ed. São Paulo: Paulus, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito**. São Paulo: Manole, 2007.

DOUBT, Keith. **Dworkin's moral Hermeneutics and Sociological Theory**. Disponível em: : [http://www.academia.edu/2428494/Dworkins\\_Moral\\_Hermeneutics\\_and\\_Sociological\\_Theory](http://www.academia.edu/2428494/Dworkins_Moral_Hermeneutics_and_Sociological_Theory). Acesso em: 30 ago. 2013.

FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

\_\_\_\_\_. **Intention and Identity**. Oxford: Oxford Press, 2011.

GIRARD, Rene. **Los Orígenes de la Cultura**. Madri: Trotta, 2007.

ISIDORO DE SEVILHA. **Los tres libros de las Sentencias**. Madri: BAC, 1971.

*Razão prática e direitos fundamentais:  
uma perspectiva jurídica dos bens humanos*

MACINTYRE, Alasdair. **After Virtue**. 3ª ed. Notre Dame: Notre Dame Editor, 2007.

\_\_\_\_\_. **Dependent Rational Animals: Why Human Beings Need the Virtues**. Chicago: Open Court, 1999.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RAZ, Joseph. **Practical Reason and Norms**. Oxford: Oxford University Press on Demand, 1999.

SANDEL, Michael. **O Liberalismo e os Limites da Justiça**. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

SCHWARTZ, Daniel. **Aquinas on Friendship**. 1ª ed. Oxford: Oxford Press, 2012.

SIMPSON, Peter. Grisez on Aristotle and Human Goods. In: Symposium of Natural Law and Human Fulfillment. **American Journal of Jurisprudence of Notre Dame University**, 2001.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. **Sulla Verità** (*Thomae Aquinatis. Quaestiones Disputatae De Veritate*). Milano: Bompiani, 2005.

\_\_\_\_\_. **Cuestiones disputadas sobre el alma** (*Quaestiones Disputatae de Anima*). 2ª ed. Pamplona: EUNSA, 2001.

\_\_\_\_\_. **Suma Teológica**. Madrid: BAC, 1957.



# Gênero e desenvolvimento: trajetórias da luta pela equidade de gênero nas relações econômicas do trabalho

*Maria Luiza Alencar Mayer Feitosa  
Andrezza Rodrigues Nogueira*

## Introdução

A experiência histórica dos países que se submeteram a políticas de mero crescimento econômico mostra que, após décadas de elaborações e reelaborações de pequenos e grandes projetos de feições desenvolvimentistas, as ações não se traduziram em melhorias socioeconômicas definitivas para a maioria da população, apesar do avanço tecnológico, da financeirização da riqueza e da modernização/progresso de alguns setores. No conjunto, parece ter havido, ao contrário, acentuada ampliação da desigualdade em grande parte do globo. Para alcançar soluções adequadas às realidades sociais, novas alternativas vêm sendo produzidas, algumas delas com resultados positivos, obtidos por meio de processos mais democráticos de desenvolvimento, que levam em consideração os aspectos plurais (econômicos, políticos, sociais e culturais, entre outros) do termo.

Note-se que existem diferenças importantes entre crescimento econômico, desenvolvimentismo e desenvolvimento. O primeiro se funda na ideia econômica clássica de progresso, como exaustão dos recursos naturais, em curva ascendente de exploração, para acréscimo do Produto Interno Bruto (PIB); o segundo representa o conjunto de ações econômicas, mais próximas às políticas nacionalistas, comuns na história recente dos países da América Latina e do Brasil, com programas de metas imediatas para posterior divisão dos recursos; o último representaria o ápice do processo, depois de matizado pelas colaborações interdisciplinares das diversas áreas e encarado em seus aspectos plurais, associados ao amadurecimento democrático e ao exercício dos direitos sociais e de solidariedade. Neste contexto, pode ser inserido o trabalho, principal forma de participação social e de cooperação para o efetivo desenvolvimento de um país, a ser incrementado em igualdade de condições por mulheres e homens.



Maria Luiza Alencar Mayer Feitosa  
Andrezza Rodrigues Nogueira

Somente a partir da segunda metade do século passado, as mulheres foram incluídas nas estratégias de atuação dos Estados e dos organismos internacionais condutoras do desenvolvimento. No entanto, essa inserção se deu de maneira discriminatória, pois o trabalho feminino (reprodutivo e produtivo) foi desvalorizado, gerando desigualdades sociais decorrentes da predominância dos papéis de gênero no modo de vida das pessoas; desse modo, foram necessárias décadas de luta dos movimentos feministas e de mulheres para que mudassem os enfoques dados à integração das questões da mulher no processo de desenvolvimento, no sentido do alcance da igualdade de gênero. Surgiu o conceito de transversalidade de gênero que rompia radicalmente com as políticas universalistas, pautadas na representação principal da figura masculina, para contemplar o ambiente democrático, propício à participação com igual oportunidade para mulheres e homens.

Nessa perspectiva, este artigo tem por objetivo analisar a evolução do tratamento dado às relações de gênero e ao papel da mulher no processo do desenvolvimento econômico. Inicialmente, faz-se breve exposição das abordagens teóricas no estudo do desenvolvimento a partir da perspectiva de gênero, apresentando as primeiras estratégias que consideravam as mulheres como economicamente inativas, passando pela valorização do seu trabalho produtivo, até chegar à adoção da perspectiva do empoderamento da mulher. Em seguida, apresenta-se a evolução dos direitos conquistados pelas mulheres na busca da igualdade de direitos, do reconhecimento da igualdade formal à perseguição da igualdade material, por meio da ampla mobilização dos movimentos feministas, da ratificação de tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, das mudanças legislativas e políticas dos Estados e da atuação da sociedade civil. Por último, analisa-se o panorama da participação da mulher no processo de desenvolvimento como trabalhadora, diante do fenômeno da divisão sexual do trabalho, importante aspecto das relações de gênero, construção histórica que influencia diretamente a maneira de viver de mulheres e homens.

## 1. As mulheres e o desenvolvimento

De maneira geral, os estudos científicos dos impactos gerados pelas estratégias de desenvolvimento sobre as mulheres têm se fundamentado na divisão sexual do trabalho, processo que explica a essência das relações de subordinação destas perante os homens e os desequilíbrios e as assimetrias de poder que se estabeleceram entre ambos. Entre as pesquisas iniciais, merece menção Moser (1989) que percebeu serem as estratégias

avaliadas segundo a ênfase concedida aos papéis da mulher e ao tipo de necessidade, práticas ou táticas de gênero, apontando o triplo papel desempenhado pela mulher no conjunto *i*) de suas funções reprodutivas (maternidade, reprodução e cuidado com filhos e demais membros da casa); *ii*) funções produtivas (trabalho remunerado ou não, que gera valor de troca); *iii*) e suas funções sociais (trabalho voluntário com a comunidade). A autora, para examinar a interrelação entre as políticas de desenvolvimento, estratégias direcionadas para as mulheres e as respectivas necessidades de gênero, estabeleceu a tipologia dos enfoques representada pelos aspectos bem-estar, equidade, antipobreza, eficácia, acesso e maior poder social.

Nos anos sessenta do século passado, conhecidos como a década da mobilização para o desenvolvimento, a proposta da Organização das Nações Unidas - ONU, baseada na filosofia da modernização, pretendia elevar os ritmos de crescimento e acelerar as taxas de urbanização (GARCIA, 1994). Contudo, o aumento da população superou enormemente o crescimento econômico obtido, e esse desequilíbrio foi declarado como evidente causa da pobreza, surgindo daí a abordagem de bem-estar nos programas e nos projetos de desenvolvimento, como reflexo do modelo de industrialização ocidental da época, baseado na divisão sexual do trabalho, que colocava o homem na esfera produtiva e a mulher no espaço doméstico (MOSER, 1989). A meta dos governos era diminuir a pobreza e dinamizar o sistema produtivo, utilizando, por um lado, a mão de obra até então não ocupada, com estímulo à capacidade produtiva masculina, e, por outro, ajudando a satisfazer as necessidades familiares por meio do bem-estar feminino.

Dessa forma, as agências de desenvolvimento das Nações Unidas perceberam as mulheres de maneira acrítica, em seu papel unicamente reprodutivo, como mães e donas de casa, responsáveis primárias no esforço de redução do número médio de filhos. Os primeiros programas e projetos assumiram que seria possível combater a pobreza simplesmente reduzindo a fecundidade, no entanto o resultado da maioria desses programas acabou transferindo excessiva carga de responsabilidades para as mulheres, que se viram mais fatigadas e com menos oportunidades de optar e de subverter sua posição de desvantagem. Ainda mais preocupante era o fato do enfoque de bem-estar identificar a mulher como simples receptora passiva do desenvolvimento, sem autonomia e sem direitos (GARCIA, 1994; RUBIO, 2003).

Assim, até os anos setenta do século XX, a questão de gênero foi praticamente ignorada ou debilmente planejada nas políticas ligadas ao desenvolvimento (CALATRAVA-REQUENA, 1997). Essas políticas correspondiam, em suma, a medidas destinadas ao aperfeiçoamento da atuação da

mulher nos seus papéis tradicionais, reprodutivos e domésticos ou de produção ligada ao lugar, em pequena escala, e em condições frequentemente semimarginais. A superação dessa visão estereotipada da mulher somente começou a mudar com a publicação de estudos que evidenciavam o papel produtivo da mulher; nesse sentido, o trabalho de Boserup (1970), intitulado *Women's Role in Economic Development*, é considerado pela literatura feminista precursor da problemática do gênero nos processos de desenvolvimento. Nessa obra, a pesquisadora mostrou que os programas de desenvolvimento atuavam de modo a subestimar o papel produtivo das mulheres, direcionando-as às fases de reprodução e aos cuidados familiares.

De acordo com Benería e Sen (1981), a pesquisa de Ester Boserup contribuiu para a consolidação de novo enfoque, mais tarde denominado "Mulheres no Desenvolvimento" (*Women in Development*), no qual se tratou de priorizar programas específicos tendentes a aumentar a participação da mulher nos processos de desenvolvimento. A nova abordagem refletiu-se, na prática, em uma série de decisões e programas, nascidos durante a Década da Mulher (1975-1985), que perduram até os dias atuais.<sup>1</sup> Além disso, difundiu-se, internacionalmente, a destruição do mito da neutralidade do desenvolvimento em relação a seu impacto sobre os sexos, aspecto que se concentrou na atuação da mulher e lhe permitiu pleitear melhorias de acesso aos setores modernos e mais dinâmicos das economias de mercado.

O termo "Mulheres no Desenvolvimento" foi adotado no início dos anos setenta pelas organizações de cooperação internacional, fato que causou modificações institucionais e novos programas de atuação em todo mundo (CALATRAVA-REQUENA, 1997). Nos argumentos desse enfoque, foram elaboradas outras três abordagens para a efetivação das estratégias de desenvolvimento: *i*) equidade; *ii*) antipobreza; *iii*) eficiência. No caso da equidade, procurou-se evidenciar a importância do papel produtivo da mulher, para, em seguida, inseri-la nos setores econômicos mais avançados em termos de tecnologia; no enfoque da antipobreza, defendeu-se que a desigualdade econômica entre homens e mulheres não estaria ligada à subordinação, mas à pobreza, transportando a ênfase da redução da desigualdade de gênero para o combate à desigualdade de ingressos; por último, a abordagem da eficiência propôs que a participação econômica das mulheres nas iniciativas de desenvolvimento privilegiasse os papéis reprodutivos e de gestora da comunidade em atividades que auxiliem a atividade econômica (MOSER, 1989).

1 A "Década da Mulher" foi declarada pela Organização das Nações Unidas em 1975, na primeira Conferência Mundial sobre as Mulheres, ocorrida na Cidade do México.

No entanto, o *approach* “*Women in Development*”, apesar de tentar priorizar o papel produtivo da mulher, pecou por desconsiderar as relações de poder que envolvem homens e mulheres nos diversos espaços da vida pública e privada. Ao longo dos anos 80 e 90 do século passado, acentuaram-se as reivindicações de movimentos feministas aos projetos de cooperação internacional para o desenvolvimento, com vistas à incorporação da igualdade de gênero, surgindo então o enfoque *Gender in Development* (Gênero no Desenvolvimento), que incorpora novos elementos para explicar a subordinação feminina e promover o empoderamento concreto das mulheres. Essa abordagem deslocou o foco apenas da “mulher” para abraçar o “gênero” e, ao invés de compreender as mulheres como grupo homogêneo biologicamente distinto dos homens, ressalta a construção social do gênero em interrelação com outras categorias sociais como a classe social, a etnia e raça. Os objetivos dessa estratégia são, em síntese, desafiar a ideologia patriarcal, transformar as instituições que cultivam a desigualdade e garantir às mulheres o acesso aos recursos naturais, assim como à informação (AFSHAR, 1999).

Na medida em que as necessidades cresceram e os recursos se tornaram cada vez mais limitados, os atores do desenvolvimento deram-se conta de que, para a efetividade desse processo, era crucial a maior participação feminina nos setores social, econômico e político. Neste sentido, Zabala (1999) assevera que as estratégias de empoderamento devem ser fortalecidas no âmbito do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, no objetivo principal de aumentar as escolhas e as capacidades das pessoas para promover o desenvolvimento e transformar as relações de gênero rumo à construção de uma sociedade mais justa e equitativa para todos. A nova política corresponde à abordagem classificada por Moser (1999) como *empoderamento* ou acesso às oportunidades e maior poder social e institucional para as mulheres nos espaços de decisão.

Assim, para alcançar a real transformação nas relações sociais e de gênero, as novas políticas desenvolvimentistas passaram a estar fundadas na abordagem *Gênero no Desenvolvimento*. Importa, entretanto, ressaltar que, apesar de as variadas abordagens terem sido elaboradas em conjunturas históricas diferentes, elas são complementares e aparecem condensadas em diversas políticas públicas, a depender das necessidades concretas ou estratégicas de gênero, priorizadas pelos governos nacionais.

## 2. A evolução dos direitos das mulheres na pauta do desenvolvimento

Na Carta das Nações Unidas (1945) e na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), documentos pioneiros da proteção internacional dos direitos humanos, afirmou-se a igualdade de direitos do homem e da mulher. Da mesma forma, os pactos irmãos de 1966 (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos - PIDCP e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC) explicitaram, nos respectivos textos, o dever de se tratar mulheres e homens de maneira igualitária na sociedade. Contudo, segundo Bandeira (2005, p. 52), as mulheres estavam, de alguma forma, englobadas nos direitos do “Homem”, tido como “o representante legítimo da espécie humana”, não sendo elas reconhecidas como ‘sujeitos de direito’, compreendidas nas suas especificidades, fato que se refletia na invisibilização social feminina diante das instituições tradicionais e gerava a discriminação dos anseios das mulheres no conjunto da realidade social.

Foi com o fortalecimento do movimento feminista nos anos 70 e 80, por meio do empoderamento das mulheres para eliminação das desigualdades sociais e de gênero, que a luta pelo avanço das legislações em favor dos direitos das mulheres e a superação de sua condição de subordinação jurídica adquiriu novo fôlego no âmbito internacional. De acordo com Scott (1995) e Silva (1999), há uma evolução no entendimento das instituições e da sociedade mediante a introdução do conceito de gênero como categoria social composta de normas e comportamentos impostos, que definem os papéis desempenhados por homens e mulheres, configurando as relações de poder entre os sexos.

O trabalho desenvolvido pela ONU junto a outros organismos relacionados ao tema dos direitos das mulheres evoluiu de tal maneira que, no ano de 1975, declarou-se a “Década da Mulher” (1975-1985), sendo realizada na cidade do México a I Conferência Mundial das Nações Unidas sobre a Mulher, na qual foram formuladas propostas e recomendações para melhoria da condição de vida das mulheres e de acesso às mesmas oportunidades que os homens. Ocorre que os países comprometidos com a declaração da Conferência demonstraram pouco empenho nas políticas públicas internas, promovendo poucas melhoras na situação das mulheres, com programas específicos e pontuais, sem combater, de maneira incisiva, a discriminação de gênero. Em 1979, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, ratificada por grande parte dos Estados-membros, e fortalecendo a luta contra as desigualdades de gênero.

Como resultado das recomendações da primeira conferência, no ano de 1980, foi realizada a II Conferência Mundial das Nações Unidas sobre a Mulher, em Copenhague, com o propósito de avaliar as metas alcançadas e os obstáculos enfrentados, que permitissem revelar aprendizagens para os próximos passos da mobilização. Essa reunião permitiu que, pela primeira vez na história, as desigualdades entre homens e mulheres fossem tratadas entre os Estados como assunto estrutural do processo histórico em seus aspectos político, econômico, cultural e social (PRINCE, 2010).

Mais adiante, em 1985, na cidade de Nairóbi, aconteceu a III Conferência Mundial das Nações Unidas sobre a Mulher: Igualdade, Desenvolvimento e Paz, na qual foram aprovadas as “Estratégias para o Futuro para Avanço da Mulher”, previstas para serem conseguidas até o ano de 2000. Lamentavelmente, mais uma vez, os objetivos não foram concretizados. Nessa conferência, as mulheres apresentaram sua percepção e suas críticas sobre os efeitos devastadores da recessão econômica e dos ajustes estruturais nas economias dos países periféricos. No entanto, somente em 1986, com a aprovação da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, da Assembleia Geral das Nações Unidas, as reivindicações das feministas ganharam maior respaldo no cenário internacional, quando a ONU proclamou a responsabilidade dos Estados em adotar medidas para o cumprimento das diretrizes dessa Declaração, assegurando igualdade de oportunidade para todos e garantindo a participação ativa das mulheres no processo de desenvolvimento. Surgia, aí, reconhecida nos documentos e acordos internacionais, a pluralidade do termo desenvolvimento e sua configuração como direito humanos dos povos e coletividades.

Os anos 90 do século XX representaram um período de grandes avanços legais no reconhecimento dos direitos das mulheres, com a adoção de diversos instrumentos de proteção de direitos humanos. Durante a Cúpula de Terra, de 1992, no Rio de Janeiro, reconheceu-se formalmente a necessidade e a urgência de se contar com a participação das mulheres para avançar nos campos do desenvolvimento sustentável. Por outro lado, a Conferência Mundial dos Direitos Humanos, celebrada em Viena, em 1993, estipulou que os direitos das mulheres são parte indivisível dos direitos humanos universais, tendo sido, no mesmo ano, aprovada pela ONU a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, e, em 1994, adotada a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Eradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), pela Organização dos Estados Americanos - OEA.

A IV Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento, na cidade do Cairo, em 1994, inseriu a discussão sobre os direitos sexuais e

reprodutivos na agenda política internacional dos Estados. Por fim, na Cúpula de Desenvolvimento Social realizada em Copenhague, em 1995, constatou-se que as mulheres são mais diretamente atingidas pelos efeitos da pobreza, do desemprego, da degradação ambiental, da violência, da guerra, e que o desenvolvimento social e econômico não pode ser alcançado sem a inclusão feminina (GARCÍA, 1994; BANDEIRA, 2005; PRINCE, 2010).

Todas essas reuniões e Tratados ratificados culminaram na IV Conferência das Nações Unidas sobre a Mulher, que aconteceu na cidade de Pequim, em 1995. Essa reunião é considerada a mais importante pelo número de participantes que reuniu, pelos avanços conceituais e programáticos que propiciou e também pela influência que continua a ter na promoção da situação da mulher (BRASIL, 2006, p. 148). Intitulada “Ação para a Igualdade, o Desenvolvimento e a Paz”, a Conferência de Pequim foi organizada no propósito de construir recomendações mais próximas da realidade, menos generalizantes, baseadas nas estratégias de Nairóbi. Com essa perspectiva, pôde-se definir a plataforma de ação que tinha por objetivo identificar as áreas de especial preocupação e determinar conjunto de objetivos estratégicos e correspondentes ações para sua superação.

Considerando-se que as estratégias anteriores não tinham alcançado êxito pelo fato de serem compartimentadas em projetos desconexos, a Plataforma reconheceu a estratégia de transversalidade de gênero (*gender mainstreaming*) como elemento básico de promoção da equidade de gênero. Em decorrência, todos os documentos institucionais em direitos humanos passaram a incorporar esse conceito pela promoção da equidade (SILVA, 1999), significando que todos os países signatários se comprometeram em envidar esforços para a implementação da transversalidade de gênero nas políticas públicas, bem como na adaptação de suas legislações, com a finalidade de integrarem, em seu corpo normativo interno, a perspectiva de gênero. Conforme Bandeira (2005, p. 50), recomendou-se ainda aos governos a revisão periódica da execução e dos resultados dos programas nacionais, de modo a garantir que as mulheres sejam beneficiárias diretas do desenvolvimento e que sua contribuição (remunerada e não remunerada) seja levada em consideração na política e no planejamento econômico.

No âmbito da América Latina, a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe - CEPAL, influenciada pela obra de Celso Furtado e Raúl Prebisch, no objetivo de reduzir a desigualdade social, econômica e política da região, elaborou projeto de sistematização e difusão de estatísticas e indicadores referentes à perspectiva gênero, por meio da Divisão de Assuntos de Gênero. Nesse sentido, a CEPAL assessora os países na

produção e na transmissão dessas estatísticas e indicadores como insumos indispensáveis à formulação e à avaliação das políticas públicas que visam promover equidade entre homens e mulheres (GARCÍA-HERREROS, 2011).

No caso do Brasil, por exemplo, as tentativas de mudanças atualmente podem ser conferidas no Plano Nacional de Políticas para as Mulheres - PNPM, adotado em 2004, pelo Governo Federal, por meio da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres - SPM. O país adotou, como estratégia principal, o conceito de transversalização da perspectiva de gênero nas políticas públicas, envolvendo por meio de ação coordenada, dezenove ministérios e secretarias especiais integrados com governos estaduais e municipais, além de parcerias com as organizações da sociedade civil (BRASIL, 2008). Para a execução do PNPM, foram identificados alguns eixos estratégicos com base nas necessidades das mulheres, entre os quais se destaca, para os fins deste trabalho, a vertente "Autonomia Econômica e Igualdade no Mundo do Trabalho com Inclusão Social". Com essa abordagem, o PNPM se propôs a desenvolver programas e projetos que promovam a autonomia feminina e a redução das desigualdades de gênero no campo do trabalho. Por meio da ação de seus ministérios, o Governo Federal vem realizando importantes ações como: ampliar o acesso das mulheres ao mercado de trabalho, à terra e à moradia e promover a autonomia econômica e financeira das mulheres.

### **3. A participação das mulheres no desenvolvimento**

Na construção social dos papéis de gênero, a divisão sexual do trabalho é clara expressão das tarefas sociais atribuídas hierarquicamente a homens e mulheres em determinado contexto sociocultural. Nesse contexto, as mulheres possuem acesso desigual aos recursos materiais e simbólicos, fato que limita suas capacidades de desenvolvimento pessoal ou social e de exercício pleno de direitos, em igualdade de condições com os homens. As disparidades geradas, ao longo de séculos, refletem-se indubitavelmente nas formas de participação e de vinculação feminina à sociedade, com particular ênfase nos fenômenos que acontecem no mundo do trabalho.

Com o incremento do capitalismo, registrou-se a separação entre os trabalhos reprodutivo e produtivo, pela marcante divisão sexual do trabalho, na qual as mulheres passaram a ser responsáveis pela esfera do privado, realizando atividades relacionadas à representação da força de trabalho e sua reprodução social no ambiente doméstico, ao passo que



Maria Luiza Alencar Mayer Feitosa  
Andreza Rodrigues Nogueira

os homens se dedicaram à esfera do público, executando atividades de produção manual e intelectual que permitiam a troca e a acumulação de bens. Enquanto estes últimos eram reconhecidos como agentes econômicos, o trabalho reprodutivo, por não gerar riquezas, restou invisibilizado, não valorizado e não remunerado, fazendo que as categorias habituais de análise econômica e social omitissem ou negassem reconhecimento às atividades femininas na esfera privada.

Como consequência da Revolução Industrial, as mulheres foram re-colocadas no mercado de trabalho pela estratégia de otimização dos lucros das empresas, por serem vistas como mão de obra barata e disponível. Consideradas em suas funções produtivas, a partir do século XIX, somente foram reconhecidas como trabalhadoras as mulheres assalariadas que ocupavam cargos e funções consideradas femininas. Esse vai-e-vem da inserção da mulher no mercado de trabalho resulta de construção histórica baseada no patriarcalismo dominante, vivenciado na maioria das sociedades e incorporado pelo sistema capitalista (PENA 1981). A absorção desses valores acabou interferindo, entre outras questões, nos planos de desenvolvimento dos países que, somente a partir da segunda metade do século XX, passaram a integrar, em seus programas de governo, os temas relacionados à mulher e o desenvolvimento. (GARCÍA-HERREROS, 2011).

Para Sen (2000) e sua proposta de desenvolvimento como liberdade, o desenvolvimento é o processo integrado de expansão das liberdades substantivas reais para todas as pessoas. Nessa visão de desenvolvimento, a igualdade de gênero consiste em objetivo essencial próprio, significando direito humano básico do qual nenhuma pessoa pode ser privada, que serve como fundamento de toda e qualquer prática social que vise ao bem-estar da coletividade.

Para Santos e Rodríguez (2002), em contexto mais específico, um fator interessante da luta pelo reconhecimento do trabalho das mulheres tem sido o questionamento do próprio conceito de atividade econômica e da forma de aferir o que conta como produção. Os autores reforçam a importância de se incluir o trabalho não remunerado na formulação de concepções políticas e econômicas que eliminem a discriminação contra as mulheres dos programas econômicos convencionais. As propostas de desenvolvimento alternativo mostram, convincentemente, que “o conceito e as medidas convencionais da produção são inadequados, uma vez que deixam de fora dos registros muitas das atividades desempenhadas pelas mulheres” (SANTOS; RODRÍGUEZ, 2002, p.49). É preciso reconhecer que as riquezas são criadas tanto pelo trabalho produtivo quanto pelo reprodutivo, um dependendo do

outro. Como ressalva Aldana Saraccini (2008), a reprodução social envolve ações orientadas para a transmissão do acesso e do controle dos recursos econômicos e dos conhecimentos entre as gerações.

Conforme o Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial de 2012, intitulado *Igualdade de Gênero e Desenvolvimento*, elaborado pelo Banco Mundial, a igualdade de gênero é objetivo essencial do desenvolvimento. Considera-se “economia inteligente” aquela que aumenta a produtividade e melhora outros resultados do desenvolvimento, na medida em que todos podem contribuir, de forma equitativa, para os avanços econômicos que gerem bens sociais. O relatório traz o panorama mundial dos progressos e dos atrasos das políticas nacionais na relação entre gênero e desenvolvimento. À luz de suas conclusões, constata-se que, apesar dos avanços significativos na melhoria das condições das mulheres em termos de educação, saúde e no acesso ao emprego e a meios de subsistência, elas continuam a lutar contra as desigualdades. No documento, a autonomia econômica e a participação efetiva das mulheres na economia é fator importante para o empoderamento da mulher, no entanto, mesmo nos países ricos, as desigualdades de gênero permanecem. Hirata (2010) apresenta três aspectos das novas configurações da divisão sexual do trabalho profissional em nível internacional:

A bipolarização do emprego feminino (um pólo composto por mulheres executivas e profissionais com diplomas de nível superior; o outro pólo é constituído por mulheres assalariadas em setores tradicionalmente femininos. A consequência política dessa bipolarização é o aumento das desigualdades sociais e do antagonismo no interior do grupo social das mulheres.);

A mudança nos modelos de “conciliação” entre vida familiar e vida profissional (mulheres executivas com postos de responsabilidade e com carreira só podem trabalhar se outras mulheres asseguram as tarefas domésticas e de cuidados.);

A divisão sexual nos locais de trabalho. (HIRATA, 2010, p. 46)

É fato que atualmente as mulheres correspondem a mais de 40% da força de trabalho absorvida, prioritariamente, pelo trabalho a tempo parcial e pelo trabalho terceirizado, todavia, essa expansão não significou melhoria concreta nas condições de vida das mulheres (MELO, 2005). O incremento da participação da mulher no mercado de trabalho se deve à

necessidade de sobrevivência em um mundo marcado pelo crescente desemprego, pela deterioração da renda e pelas relações de trabalho ainda mais precárias, visto que o lugar oferecido à mulher não está sujeito às mesmas condições do que é oferecido ao homem. Isso se explica porque a segregação no mercado de trabalho, as disparidades salariais, as diferenças entre homem/mulher na responsabilidade pela prestação de cuidados e realização das tarefas domésticas, a posse de bens e restrições na capacidade de decidir das mulheres nas esferas privada e pública são características persistentes na sociedade contemporânea. (BANCO MUNDIAL, 2012).

Apesar de se apresentar como alternativa para a inserção das mulheres no mercado de trabalho, o emprego, em tempo parcial, tem acarretado, na maioria das vezes, efeitos negativos para as mulheres. Abrange, na verdade, forma marginal e precária de ocupação, marcada por baixos salários, péssimas condições de trabalho e limitações de direitos, assim, enquanto a mulher consegue se empregar principalmente em setores de baixo rendimento salarial, que não possibilitam um desenvolvimento profissional, os homens assumem postos de melhor remuneração e de melhor prestígio. Essa escolha não se dá preponderantemente por vontade das mulheres, mas porque esse tipo de trabalho permite adequar o emprego às responsabilidades no trabalho doméstico e à criação dos filhos, conciliação que se presume de responsabilidade exclusiva do sexo feminino. Nogueira (2009) ressalta que a precarização tem sexo, porque, mesmo atingindo grande parte da classe trabalhadora, a flexibilização da jornada de trabalho recai mais sobre as mulheres, uma vez que, no mundo produtivo contemporâneo, o setor de serviços tem absorvido a maior parte de mão de obra feminina, a quem são atribuídas tarefas monótonas, repetitivas e estressantes de trabalho *part-time*.

Para a Organização Internacional do Trabalho - OIT (2010), a incorporação da perspectiva de gênero no desenvolvimento não resulta na simples inclusão do componente feminino ou da igualdade de gênero a uma atividade existente, visto que consiste em algo mais do que aumentar a participação feminina. Segundo a OIT, esse compromisso requer a transformação de estruturas sociais e institucionais desiguais em estruturas iguais e justas para homens e mulheres, o que faz da igualdade de gênero também uma questão de justiça social, fundamentada nos direitos e na eficiência econômica, por meio da participação de todas as pessoas. O mero estímulo à participação feminina no mercado de trabalho, desacompanhado de políticas públicas de equiparação de condições e de oportunidades ao trabalho desempenhado pelos homens, não se reverte automaticamente em desenvolvimento.

Em meio a avanços e a retrocessos, essa nova perspectiva exige a incorporação da experiência, do conhecimento e dos interesses das mulheres e dos homens para que se possa avançar na consolidação do programa plural e inclusivo de desenvolvimento. Por isso, é crucial a mudança de paradigmas, para que todas as pessoas possam, ao mesmo tempo, contribuir e ser beneficiadas com os resultados do processo. Para as mulheres, o acesso e a valorização de sua participação no desenvolvimento de maneira equânime é conquista significativa para o exercício de suas capacidades, o respeito às suas especificidades de gênero e o gozo de seus direitos, significando, como apresenta a OIT, questão de justiça social.

## **Considerações finais**

As considerações deste estudo apontam para um cenário complexo, não linear e de marcante interação social no qual se evidencia o próprio desenvolvimento como conceito plural e dinâmico, que sofreu alterações ao longo das décadas de concretização capitalista, restando influenciado por determinados contextos culturais, econômicos e políticos que moldaram as perspectivas de sua elaboração e execução. A mutação do conceito de desenvolvimento é mostrada no artigo por meio das diversas estratégias de inserção das mulheres nesse processo contínuo, assim, as mudanças de enfoque, em relação ao papel das mulheres no desenvolvimento, ocorreram em paralelo ao questionamento geral acerca da própria definição de desenvolvimento.

Como explicitado, as pesquisas sobre os planos de desenvolvimento envolvendo a mulher estão baseados na divisão sexual do trabalho, pois os agentes do desenvolvimento reproduziram, em seus programas e projetos, os padrões culturais de divisão entre o trabalho de responsabilidade feminina (reprodutivo) e de competência masculina (produtivo), acentuando a segregação entre os gêneros e as disparidades econômicas. É justo, pois, procurar retirar o trabalho reprodutivo da invisibilidade social à qual está relegado, atribuindo-se-lhe o valor social e econômico que merece. Contudo, ao tempo em que se produz a reestruturação no ambiente público, com mulheres e homens formalmente encarados como trabalhadores iguais, a sociedade ainda mantém a vinculação da mulher ao espaço doméstico, fato que demanda a urgente aceitação de que tanto a reprodução social quanto a produção são trabalhos de responsabilidades de ambos os sexos e essenciais para o desenvolvimento plural dos países, com expressivos aportes de inclusão social.

Maria Luiza Alencar Mayer Feitosa  
Andrezza Rodrigues Nogueira

A luta dos movimentos feministas e de mulheres contribuiu para a consolidação de mudanças de perspectivas com relação aos direitos da mulher. A ratificação de vários instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos e a realização de eventos relacionados ao tema ajudaram a consolidar a evolução do reconhecimento legal nos planos internacional e nacional, tanto assim que a maior parte dos países tem-se comprometido com a perspectiva da igualdade de gênero como instrumento para a efetivação de justiça social. No entanto, embora se perceba progressiva melhora da participação feminina, a diferença de trato com as mulheres no mercado de trabalho continua sendo característica dominante das relações laborais. As mulheres padecem mais dificuldades de acesso ao emprego, suportam salários mais baixos do que os seus companheiros e suas possibilidades de ocupar cargos de maior 'responsabilidade' são inferiores às dos homens. É necessário reconhecer que a diversificação profissional das mulheres e sua incorporação ao mercado de trabalho concebem aspectos importantes na dinamicidade da economia, sendo fundamental detectar as dificuldades para redesenhar estratégias adequadas e efetivas de repercussão social que promovam a igualdade de oportunidades como obrigação dos poderes públicos e da sociedade.

Importa perceber que as desigualdades de gênero expressam as relações de poder entre homens e mulheres na sociedade e estão profundamente institucionalizadas. Por isso, modificar as estruturas físicas, legais e comportamentais de um país para promover a equidade de gênero requer mudanças de paradigmas nos aspectos culturais, econômicos e políticos de sua sociedade, enraizadas no modelo patriarcal de dominação feminina. As políticas públicas, baseadas na transversalidade de gênero, devem enfrentar o problema da divisão sexual do trabalho, nos espaços doméstico e público, por meio de políticas que propiciem apoio à reprodução social, à autonomia feminina, à igualdade de acessos e ao tratamento equânime entre mulheres e homens, medidas que acionam processos mais democráticos, colaborando para o desenvolvimento multifacetado, encarado em seus aspectos plurais, como processo econômico e como direito.

## Referências

ALDANA SARACCINI, Aura V. **Empobrecimiento y desigualdades de género en el imaginario de las mujeres nicaragüenses: estudio de caso en el umbral del siglo XXI**. Buenos Aires: CLACSO, 2008.

BANCO MUNDIAL. **Relatório sobre o desenvolvimento mundial de 2012: igualdade de gênero e desenvolvimento.** Washington D.C: Banco Mundial, 2012. Disponível em: <[http://siteresources.worldbank.org/INTWDR2012/Resources/7778105-1299699968583\\_778\\_6210-1315936231894/Overview-Portuguese.pdf](http://siteresources.worldbank.org/INTWDR2012/Resources/7778105-1299699968583_778_6210-1315936231894/Overview-Portuguese.pdf)> Acesso em: 24 jan. 2012

BANDEIRA, Lourdes. Brasil: fortalecimento da secretaria especial de políticas para as mulheres para avançar na transversalização da perspectiva de gênero nas políticas públicas. In: CEPAL. **Serie mujer y desarrollo.** n° 66. Santiago de Chile: Nações Unidas, 2005. p. 43-79. Disponível em: <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/0/22230/lcl2322p.pdf>> Acesso em: 20 dez. 2011.

BENERIA, Lourdes.; SEN, Gita. **Acumulación, reproducción y el papel de la mujer en el desarrollo económico:** una revisión a Boserup. In: Signs, Vol. 7, n° 2, Development and the Sexual Division of Labor, 1981, p. 279-298. Disponível em: <<http://www.obela.org/system/files/3173878.pdf>> Acesso em: 17 dez. 2011.

BOSERUP, Ester. **Women's Role in Economic Development.** New York: St. Martin's Press, 1970.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. **II Plano Nacional de Políticas para as Mulheres.** Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2008. Disponível em: <http://www.sepm.gov.br/publicacoes-teste/publicacoes/2008/livro-ii-pnpm-completo09.09.2009.pdf> Acesso em: 27 out. 2011.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. **Com todas as mulheres, por todos os seus direitos.** Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2010. Disponível em: <<http://www.sepm.gov.br/publicacoes-teste/publicacoes/2010/liv-spm.pdf>> Acesso em: 27 out. 2011.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. **Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres.** Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2006. Disponível em: <<http://www.sepm.gov.br/publicacoes-teste/publicacoes/2006/inst-int.pdf>> Acesso em: 01 fev. 2012

CALATRAVA-REQUENA, Javier. Importancia de la integración de la mujer en os procesos de desarrollo rural. In: Junta de Andalucía (Org.). **La Mujer:** la clave del desarrollo rural. Andalucía: Gráficas Chamorro, 1997. p. 19-37.

Maria Luiza Alencar Mayer Feitosa  
Andrezza Rodrigues Nogueira

GARCÍA, Menchu Ajamil. Cooperación internacional, género e desarrollo. In: OEI. Organización dos Estados Iberoamericanos. **Revista Iberoamericana de Educación**. nº 6, 1994. p. 103-119. Disponível em: <<http://www.rioei.org/oeivirt/rie06a04.htm>> Acesso em: 17 dez. 2011.

GARCÍA-HERREROS, María Eugenia Villamizar. Uso del tiempo de mujeres y hombres en Colombia. Midiendo la inequidad. In: CEPAL. **Serie mujer y desarrollo**. nº 107. Santiago do Chile: Nações Unidas, 2011. Disponível em: <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/3/42803/Serie107.pdf>> Acesso em: 20 dez. 2011.

HIRATA, Helena. Emprego, responsabilidades familiares e obstáculos sócio-culturais à igualdade de gênero na economia. In: Brasil. Presidência da República. Secretaria de Políticas para as Mulheres. **Revista do Observatório Brasil da Igualdade de Gênero**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2010. p. 45-49.

MELO, Hildete Pereira de. A pobreza e as políticas de gênero no Brasil. In: CEPAL. **Serie mujer y desarrollo**. nº 66. Santiago de Chile: Nações Unidas, 2005. p. 9-42. Disponível em: Acesso em: <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/0/22230/lcl2322p.pdf>> 20 dez. 2011.

MOSER, Caroline. Gender planning in the third world: meeting practical and strategic gender needs. **Word Development**. Vol. 17, Nº 11. Londres: Pergamon Press, 1989. p. 1799-1825. Disponível em: <[http://web.idrc.ca/uploads/user-S/12215962011Moser\\_article](http://web.idrc.ca/uploads/user-S/12215962011Moser_article)> Acesso em: 17 jan. 2012

NOGUEIRA, Cláudia Mazzei. As trabalhadoras do telemarketing: uma nova divisão sexual do trabalho? In: ANTUNES, Ricardo e BRAGA, Ruy (Org.). **Infoproletários: degradação real do trabalho virtual**. São Paulo: Boitempo, 2009. p. 187-212.

OIT. **Guía para la incorporación de la perspectiva de género en las estrategias de desarrollo económico local** / Oficina Internacional del Trabajo, Programa de Desarrollo Económico Local, Oficina para la Igualdad de Género. Ginebra: OIT, 2010. Disponível em: <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms\\_145711.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_145711.pdf)> Acesso em: 14 dez. 2011

PENA, Maria Valéria Junho. **Mulheres Trabalhadoras**: presença feminina na constituição do sistema fabril. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

PRINCE, Evangelina García. Agendas legislativas y parlamentarias para el desarrollo de los derechos de las mujeres en América Latina y el Caribe. In: CEPAL. **Serie mujer y desarrollo**. nº 105. Santiago de Chile: Nações Unidas, 2010. Disponível em: <<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/2/40122/Serie105.pdf>> Acesso em: 20 dez. 2011.

RUBIO, Sònia Parella. Repensando la participación de las mujeres en el desarrollo desde una perspectiva de género. **Papers**: revista de sociologia. Nº 69. Barcelona: Fundação Dialnet, 2003. p. 31-57. Disponível em: <<http://ddd.uab.es/pub/papers/02102862n69/02102862n69p31.pdf>> Acesso em: 20 jan. 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa e RODRÍGUEZ, César. Introdução: para ampliar o cânone da produção. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Produzir para viver**: Os caminhos da produção não capitalista. Coleção Reinventar a emancipação social: Para novos manifestos. Vol. 2. Rio de Janeiro: Record, 2002. p. 23-77.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação & Realidade**. Porto Alegre: UFRGS. vol. 20, nº 2, jul./dez. 1995. p. 71-99.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das letras, 2000.

SILVA, Manuela. **A igualdade de gênero**: caminhos e atalhos para uma sociedade inclusiva. Lisboa: CIDM, 1999.

ZABALA, Idoye Errazti. **Un viaje a través del tiempo: 30 años de pensamiento económico feminista en torno al desarrollo**. Barcelona: Icaria, 1999. Disponível em: <[http://www.americalinagenera.org/es/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_download&gid=835&Itemid=>](http://www.americalinagenera.org/es/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=835&Itemid=>)> Acesso em: 17 jan. 2012.





# Operación Condor. Conspiración contra la sociedad del conocimiento en América Latina.

*Martin Almada*

Hemos encontrado en Asunción un documento militar SECRETO del 10 de julio de 1997 donde el coronel Francisco Ramon Ledesma, Oficial de Enlace del Ejército Paraguayo se dirige al coronel Jaime del Castillo Baez, Secretario Ejecutivo de la XXII CONFERENCIA DE EJÉRCITOS AMERICANOS (CEA), Quito Ecuador, donde le dice textualmente: "Tengo el agrado de remitir la APRECIACION DE LA SITUACION SUBVERSIVA del primer semestre del año 1997 solicitada por usted con el fin de elaborar la APRECIACION COMBINADA DE LA SITUACION SUBVERSIVA EN EL CONTINENTE." En otros términos el coronel paraguayo le dice al coronel ecuatoriano "AQUÍ LE MANDO LA LISTA DE LOS SUBVERSIVOS PARAGUAYOS solicitada por usted a fin de preparar la lista de los subversivos de América Latina, repito año 1997.

Según la Revista de POLICIA del Paraguay, No. 348, enero de 1986, pag. 58, el entonces Mayor del Ejército FRANCISCO RAMON LEDESMA SAMUDIO fue designado como Comandante del Batallón del Centro de Instrucción de la AGRUPACION ESPECIALIZADA, centro de tortura del régimen dictatorial de Alfredo Stroessner, a cargo de siniestro coronel Galo L. Escobar. Inicialmente, la AGRUPACION ESPECIALIZADA nació como el Regimiento 14 a cargo del general Patricio Colman que dirigió la tortura y ejecución a sangre fría de prisioneros políticos. "Fue el precursor del método que sería utilizado masivamente por militares argentinos y chilenos en la década del 70: arrojar prisioneros vivos desde aviones en vuelo a las aguas del Rio Paraná. (MEVES. MUSEO VIRTUAL. MEMORIA Y VERDAD SOBRE EL STRONISMO, Asuncion, Paraguay). El general Colman fue herido por el profesor Arturo Lopez (Comandante Agapito Valiente) en 1970 y murió "sin pena ni gloria" en el Hospital Militar imperial Walter Reed, Washington el 20 de agosto de 1972.

El mencionado documento firmado por el coronel Ledesma Samudio hemos presentado al Juez Penal Jorge Bogarin Gonzalez el 9 de octubre

de 1997 solicitando que el coronel del ejército paraguayo preste un declaración informativa y presente a la justicia la lista de los subversivos paraguayos remitidos a la Conferencia de Ejércitos con asiento en ese momento en Quito, Ecuador. Los subversivos en democracia....

Ledesma Samudio declaró al Juez que efectivamente la XXI Conferencia de Ejércitos Americanos (CEA) se reunió en Bariloche, Argentina en 1985 bajo la Presidencia de Carlos Menem y que dicho organismo fue creado por el Pentágono en la Zona del Canal de Panamá en 1960 para contrarrestar a la revolución cubana en defensa de la "civilización occidental y cristiana". La creación de este organismo tuvo la aprobación del entonces Presente John F. Kennedy. El declarante se negó a presentar la lista de los subversivos pero dio los nombres de los militares paraguayos que asistieron a la reunión de la CEA bajo el pomposo título de MILITARES Y DESAFIOS AL ESTADO NACIONAL. En la misma época de la creación de la CEA fueron organizadas la CONFERENCIA NAL INTERAMERICANA y el SISTEMA DE COOPERACION DE LAS FUERZAS AEREAS AMERICANAS.

En 1983 tuvo lugar la reunión de la CONFERENCIA DE EJÉRCITOS AMERICANOS (CEA) en Caracas, Venezuela (pag. 25).

En 1985 tuvo lugar la reunión de la XVI de la CEA en Santiago de Chile. Donde se abordó como tema central EL ROL DEL EJÉRCITO DENTRO DE UNA SOCIEDAD DEMOCRATICA. Con los sub tópicos a) El entrenamiento profesional e ideológico para oficiales y tropas y b) Actividades del Ejército como una parte integral de la sociedad (pag. 26).

Según Jorge Luis Ubertalli, periodista argentino del Diario "NOTICIAS", Asuncion, Paraguay, del 19 de diciembre de 1995, PAGINA POLITICA, asistieron a la XXI CONFERENCIA DE EJÉRCITOS AMERICANOS los siguientes militares. ARGENTINA: general Martin Antonio Balza, Presidente de la C.E.A, BOLIVIA: Comandante general del ejército, Adel Montero Cortez; BRASIL. Jefe del Estado Mayor, general Delio de Assiz Monteiro; CANADA. Comandante de las fuerzas terrestres, general J.M.G. Baril; COLOMBIA: Comandante del Ejército, mayor general Harold Bedoya Pizarro; CHILE. Comandante en Jefe del Ejército, capitán general, Augusto Pinochet Ugarte, ECUADOR. Comandante general de las fuerzas terrestres, general Paco Moncayo Gallegos; EL SALVADOR. Jefe del estado mayor conjunto, general Jaime Guzman Morales, PERU: Comandante general de Ejército, Nicolas de Bari Hermoza, ESTADOS UNIDOS DE AMERICA. Jefe de Estado Mayor, general Denis J. Reimer, GUATEMALA: jefe del estado mayor de la Defensa Nacional, general Carlos Pineda Carranza, HONDURAS: Comandante general del ejército, coronel Mario



*Operación condor.  
Conspiración contra la sociedad del conocimiento en América Latina*

Raul Hung Pacheco, PARAGUAY (en calidad de Delegado), general de brigada Santiago Zaracho, REPUBLICA DOMINICANA: jefe del Estado mayor, mayor general Ivan Aquiles Hernández, URUGUAY. Comandante en jefe del Ejército, general Juan Curutchet, JUNTA INTERAMERICANA DE DEFENSA: Presidente, general John Curtis Ellerson; ANTIGUA Y BARBUDA. Comandante de las fuerzas de defensa, teniente coronel Trevor Alistaire Thomas, MEXICO: (en calidad de delegado), teniente coronel Arnulfo Caballero Sanchez; SURINAM. Comandante del ejército, teniente coronel Ernest Mercuur; VENEZUELA: Comandante general del ejército, general Pedro Valencia Vivias. Salvo el titular del ejército chileno, general Augusto Pinochet, todos los participantes coincidieron en el apoyo al mantenimiento de la PAZ Y LA DEMOCRACIA. Pinochet era de criterio que el "comunismo podría esconderse tras la democracia". Cabe destacar que también participaron en calidad de delegados por Paraguay los coroneles Jorge Caballero Silvero y Victor Roa Sanchez.

El anfitrión del evento, Presidente de la Conferencia en noviembre de 1985, general Martin Antonio Balza, tomó una posición progresista al afirmar que la globalización es económica, no política refiriéndose a la internacionalización del capital en grado máximo. Además se refirió al hecho preocupante que se tiene a reducir al mínimo el papel del Estado en beneficio del crecimiento del mercado.

Se reúnen en Buenos Aires la XXXVI CONFERENCIA DE JEFES DE LAS FUERZAS AEREAS, Tema central del evento. LA DEMOCRACIA Y LA LUCHA CONTRA EL NARCOTRAFICO. Las palabras de bienvenida estuvieron a cargo de Carlos Menem, Presidente de Argentina (Fuente: Diario NOTICIAS 10.08.1996)

El 27 de setiembre de 1999, Pascual Garcia, Presidente del TRIBUNAL ETICO DE ARGENTINA y Martin Almada, Presidente del TRIBUNAL ETICO DE PARAGUAY enviaron una carta al Presidente de Bolivia, Hugo Banzer, vía Embajada de Bolivia en Asuncion en la que se expresa lo siguiente: "Con motivo de la próxima celebración en la Paz, Bolivia, la XXIII, CONFERENCIA DE EJÉRCITO AMERICANOS (CEA), venimos a solicitar se nos formule la invitación en calidad de OBSERVADORES a las organizaciones de Derechos Humanos de los países miembros de la CEA en merito a las siguientes consideración: a) la necesidad de la sociedad civil de informarse sobre el rol de las FF.AA. para la consolidación del proceso democrático, b) la necesidad del dialogo FF.AA. Y DERECHOS HUMANOS con miras al mantenimiento de la Paz y la solidaridad en la región y c) la necesidad de deslindar responsabilidad a propósito del documento " APRECIACION



COMBINADA DE LA SITUACION SUBVERSIVA EN EL CONTINENTE (ACSSC), presentado a la XXII reunión de la CEA, noviembre de 1997, Quito, Ecuador. Hugo Banzer no autorizó nuestro ingreso al país.

En noviembre del 2001, la CONFERENCIA DE EJÉRCITOS AMERICANOS se reunió en Santiago de Chile, el lineamiento establecido en esa reunión es la que rige hasta la fecha. Esa conferencia tuvo lugar bajo la presidencia del Presidente "socialista" Ricardo Lagos, anfitrión del evento.

El 23 de febrero de 2010 el Comandante general del Ejército peruano, OTTO GUIVO BICH, recibió de manos del Jefe del Estado Mayor del Ejército de Argentina, LUIS ALBERTO POZZI el estardarte de la CEA, en una ceremonia publica en la Plaza BOLOGNESI del Cuartel general del ejército en San Borja, Perú, periodo 2010/2011.

El 29 de febrero de 2012 El general Guillermo Galván, Secretario de Defensa Nacional de México, asumió la presidencia de la Conferencia de Ejércitos Americanos para el periodo 2012/2013. Presumimos que para el periodo 2013/14 la CEA estará a cargo de las FF.AA. colombianas.

En estos últimos tiempos el discurso de la CEA, para la opinión publica entre otras preocupaciones es "mejorar la operatividad y reacción ante desastres naturales". También incrementar el apoyo mutuo y contribuir a la SEGURIDAD y desarrollo democrático de los países miembros. En el fondo la CEA a la luz de sus resoluciones tomadas en Santiago de Chile en el 2001 están vigentes, como por ejemplo:

- El Ejército de los Estados Unidos está actualmente trabajando con varias naciones de Latinoamérica en el desarrollo de escenarios de juegos y ejercicios de guerra. Ejercicios combinados como UNITAS son posibles..... (pag.13).

- Continuar las iniciativas diplomáticas de los Estados Unidos y apoyar ante organizaciones y foro internacionales las acciones y propuestas diplomáticas apropiadas regionales, nacionales (pag. 15).

- Estados Unidos ha apoyado las iniciativas diplomáticas para cumplir la tarea antes señalada en todas las organizaciones y foros internacionales pertinente: Inicio y apoyo de acciones diplomáticas, iniciadas contra Nicaragua por sus actividades de las "revolución sin fronteras; Inicio y mantiene sanciones diplomáticas previas, iniciada contra Cuba (pag.16).

- Adopción de un plan de acción antiterrorista de tipo psicológico internacional, el cual pondría de relieve la debilidad del enemigo, para con ello reforzar y lograr apoyo para la democracia...(pag.16).



*Operación condor.*  
*Conspiración contra la sociedad del conocimiento en América Latina*

- Desaprobar legalmente a las organizaciones que emplean tonos subversivos y denunciar públicamente a aquellas que los apoyan o expresen solidaridad con ellos (pag.17).

- Ejercer estricto control de los exiliados subversivos, incluyendo la posibilidad de extradición de terrorista buscados para prosecución en otros países y cuya participación en actos de terrorismo es irrefutable (pag.17).

- El Ejército de los Estados Unidos ha trabajado muy de cerca con su Departamento de Estado para asegurar la continuación del apoyo estadounidense a todas las convenciones multilaterales que tratan con actos terroristas y el hacer cumplir la ley de los Estados Unidos promulgada con el propósito de enjuiciar aquellos que lleven a cabo crímenes terroristas (pag.17).

- El ejército norteamericano proveyó información y apoyó la iniciativa de la Cuenca del Caribe. El ejército de USA proveyó información y apoyo a la Comisión Kissinger (pag.18).

El ejército de los Estados Unidos activamente apoya la Asociación Interamericana de Abogados, el juez asistente auditor general preside el Comité de Ley Militar. En la XXIV Conferencia de la Asociación Interamericana de Abogados, la atención fue enfocada sobre los asuntos legales asociados con el terrorismo y la subversión (pag.19).

- El ejército de los Estados Unidos continúa apoyando los esfuerzos de la Asociación Interamericana de Abogados (AIAAA) de enfocar sobre los medios legales de combatir el terrorismo y la subversión, pag. 19. "Mano dura y tolerancia cero" fue la consigna que recibieron los abogados al servicio del Pentágono. No se trata de MANO DURA ni MANO BLANDA sino la firmeza de la LEY.

El ejército de los Estados Unidos apoya al Mercado de Defensa Centroamericano (CADM), una iniciativa del Comando Sur de los EE.UU. Continuar el uso del PAQUETE TOTAL en la venta de sistema de armas. Apoyar esfuerzos para establecer un Mercado de Defensa Centroamericano. El Ejército podría asistir con el control de calidad y asesoramiento técnico (pag. 21).

- Cuando existe el consenso por parte de los Ejércitos miembros en apoyar a un Ejército involucrado en actividades de contrainsurgencia, equipo, armas y municiones se le proveerá en una forma de prorrateo por el resto de los ejércitos miembros (pag. 21).

- Establecer un CENTRO DE INFORMACION con la misión de proveer información relativa a la subversión comunista para satisfacer los requerimientos de información por parte de los Ejércitos miembros (pag. 23).



- La Secretaria Permanente de la CEA explore la posibilidad de crear un CELULA DE INTELIGENCIA como parte de la Secretaria que facilitaría el intercambio de inteligencia entre los ejércitos miembros (pag. 23).

#### OPERACIONES PSICOLOGICAS CONTRA LA SUBVERSION ARMADA

- Reconocer la necesidad de enseñar GUERRA IDEOLOGICA en las instituciones existentes. Que la GUERRA IDEOLOGICA sea enseñada en la ESCUELA DE LAS AMERICAS al nivel de unidad, y para niveles superiores que sea enseñada en el COLEGIO INTERAMERICANO DE DEFENSA., pag.24. NOTA DEL AUTOR. Es el punto de partida de la CONSPIRACION CONTRA LA SOCIEDAD DEL CONOCIMIENTO.

- El ejército de los EE.UU ayudó a organizar y participó en una operación de mayor magnitud en HONDURAS, " Granadero I ", que tuvo como uno de sus objetivos, la interdicción de actividades subversivas (pag. 25).

- El ejército de los EE.UU, activamente participa en operaciones de recolección de inteligencia diseñadas para asistir a gobiernos acosados, particularmente el gobierno de EL SALVADOR, en la detección e interdicción de actividades subversivas (pag. 25).

- La Secretaria de la CEA organice reuniones conjuntas con representantes de las conferencias de los jefes de las fuerzas armas y la armada para bosquejar una estrategia para estudiar la factibilidad y posibilidad de operaciones conjuntas (pag. 25).

#### POSIBILIDAD DE INTEGRAR LAS INDUSTRIAS MILITARES DE LOS EJÉRCITOS AMERICANOS

- Institucionalizar una CONFERENCIA ESPECIALIZADA sobre CIENCIA Y TECNOLOGIA MILITAR que guiara las acciones para llevar a cabo la cooperación y el intercambio de información tecnológica , haciendo posible el desarrollo armonioso de la industria militar para así poder contribuir al DESARROLLO NACIONAL (pag. 25).

- Que la Secretaria Permanente pida que un ejército voluntariamente sirva de anfitrión para una CONFERENCIA DE CIENCIA Y TECNOLOGIA y solicite de los ejércitos miembros áreas científicas específicas que deberían incluirse en la agenda de dicha conferencia (pág. 25).

#### ACCIONES CIVICAS PARA PREVENIR DESASTRES NATURALES.

- Recomendar a los gobiernos de los ejércitos miembros que estudien la posibilidad de apoyar las iniciativas para el despliegue de equipos cívico-militares patrocinados por la OEA, con el fin de que



*Operación condor.*  
*Conspiración contra la sociedad del conocimiento en América Latina*

otorguen la asistencia requerida frente a desastres nacionales y para prevenir desastres naturales (pag. 27).

- Apoyar al Directorio del Instituto Panamericano de Ciencia Militar y Desarrollo Nacional en sus esfuerzos de mejorar el entrenamiento militar en el campo del desarrollo nacional y de seguridad (pag. 27).

**ACCIONES COMBINADAS PARA NEUTRALIZAR LA SUBVERSION, INFILTRACION Y LAS ACTIVIDADES COMUNISTAS.**

- Intercambio a tiempo de informaciones e inteligencia a través de un Centro de Información. Continuar el intercambio de información a través de intercambios bilaterales de inteligencia (pag. 28).

Al ejército norteamericano (jefe de inteligencia) le gustaría explorar la posibilidad/factibilidad de enviar un equipo de orientación a países miembros en los años cuando no se reúnen los jefes de inteligencia. Esto ayudaría en asegurar un intercambio de información mas comprensivo (pag. 28).

- El Departamento de Estado anunció en el día de hoy que Fort Benig, Estado de Georgia ha sido elegido como sitio de instrucción transitorio para la ESCUELA DE LAS AMERICAS del ejército de los Estados Unidos (USARSA). ... las clases comenzarán en enero de 1985. Los cursos proporcionarán instrucción en diversas disciplinas militares que van desde un curso de Comando y Estado Mayor para oficiales Mayores hasta un curso de mando para sub oficiales (pag. 30).

El ejército de los EE.UU asumió gustosamente la responsabilidad de comenzar en la USARSA una Escuela de Desarrollo Nacional. La CEA puede animar a los ejércitos miembros en sus países, el Embajador de los EE.UU, o el Comandante del Comando Sur para que los Estados Unidos participen en proyectos de desarrollo nacional (pag. 32).

**FEDERACION INTERAMERICANA DE ABOGADOS (pag. 45).**

La Federación fue fundada en Washington D.C. el 16 de mayo de 1940 por un grupo de "distinguidos" abogados y juristas que representan a 44 organizaciones profesionales en 17 naciones del Hemisferio Occidental. En 1941, en la Habana, se celebró la primera, de una serie de conferencias. La Constitución de la Federación permite la afiliación de asociaciones de abogados de América, como así también, miembros individuales que sean abogados de buena reputación en las naciones del hemisferio occidental. La Federación tiene 65 organizaciones profesionales afiliadas como miembros. En la actualidad hay más de 3000 miembros individuales, clasificados en varias categorías tales como: abogados, estudiantes, etc. Los objetivos y propósitos de la FEDERACION son los siguientes:





- Establecer y mantener relaciones entre asociaciones y organizaciones de abogados, nacionales o locales, en los varios países de las Américas, para constituir un foro para el intercambio de ideas;

- Desarrollar la ciencia de la jurisprudencia en todas sus fases y particularmente el estudio del DERECHO COMPARADO, promover la uniformidad de las leyes, estimular la difusión del conocimiento de las leyes de los diferentes países de las Américas;

- Promover el Estado de Derecho y la administración de justicia mediante el establecimiento y mantenimiento de sistemas jurídicos independientes en todos los países de las Américas.

Asegurar de esta manera la preservación y defensa de los derechos y libertades humanas y garantizar a los pueblos de este hemisferio el libre ejercicio de sus derechos civiles y políticos bajo los principios democráticos en que se fundaron estas naciones.

- Sostener el honor de la profesión jurídica, fomentando además relaciones cordiales entre los abogados del hemisferio occidental, y

- Reunirse en conferencias de vez en cuando para discutir cuestiones de interés para la profesión y para los propósitos de la Federación.

- La actividad mas importante es la CONFERENCIA que se celebra en los distintos países del hemisferio. Durante las CONFERENCIAS los comités se reúnen separadamente constituyendo un foro para la presentación de tesis sobresalientes sobre temas pertinentes a cada comité y para la discusión e intercambio de ideas de interés para los abogados de América, sus respectivos gobiernos y para los organismos internacionales. El Comité que trata sobre LEY MILITAR incluyó temas de gran importancia durante la CONFERENCIA de enero de 1984 en Panamá .El Presidente de este comité es el mayor general HUGH OVERHOLT de Estados Unidos y el Vicepresidente es el general de brigada JUAN ALBERTO ROSALES de Venezuela. Los temas tratados incluyen lo siguiente:

1. Terrorismo;
2. Subversión y conflictos internos;
3. Ayuda en tiempo de desastres.

A los oficiales Jurídicos de cada país miembro de la CEA se les invita a participar en esta organización. Se espera que se continúen desarrollando los enlaces entre la CEA y la FEDERACION INTERAMERICANA DE ABOGADOS (pag. 46).



*Operación condor.*  
*Conspiración contra la sociedad del conocimiento en América Latina*

He aquí la lista de los presidentes de la FEDERACION INTERAMERICANA DE ABOGADOS desde su creación hasta la fecha: CUBA, MANUEL FERNANDEZ SUPERVILLE 1941/43, BRASIL, EDMUNDO DE MIRANDA JORDAO 1943/44; MEXICO. CARLOS SANCHEZ M. 1944/45; CHILE. OSCAR DAVILA 1945/47; PERU. HERNANDO DE LAVALLE 1947/49; USA. JOSEPH A. MOYNIHAN 1949/51; URUGUAY. EDUARDO J. COTURE 1951/54; USA. ROBERT G. STOREY 1956/57; ARGENTINA. ADOLFO BIOY 1957/58; USA. CODY FOWLER 1958/59; PANAMA. CARLOS AROSEMENA ARIAS 1961/63; PUERTO RICO. MANUEL ABREU CASTILLO 1963/65; COSTA RICA. FERNANDO FOURNIER 1965/67; BRASIL. NEHEMIAS GUEIROS 1967/69; VENEZUELA. JOSE G. SARMIENTO NUÑEZ 1969/71; MEXICO. LICIO LAGOS 1971/72; ECUADOR. MARCO TULIO GONZALEZ 1972/73; USA. VICTOR C. FOLSOM 1973/74; PARAGUAY. SIGFRIDO GROSS BROWN 1974/75; VENEZUELA. FELIPE S. CASANOVA 1975/77; ARGENTINA. POLICARPO A YUNEBASO VIALE 1977/79; PUERTO RICO. ANTONIO J. BENNAZAR 1979/81; VENEZUELA. PEDRO J. MANTELLNI G. 1981/82; USA. BURTON A. LANDY 1982/84; MEXICO. JOSE LUIS SIQUEIROS 1984/85; CHILE. RAFAEL EYZAGUIRRE 1985/87; ARGENTINA. JORGE REINALDO VERNOSI 1987/89; ECUADOR. RICARDO IZURIETA MORA B. 1989/90; PARAGUAY. FEDERICO CALLIZO NICORA 1990/91; COSTA RICA. ALFREDO FOURNIER BEECHE 1991/93; VENEZUELA. CARLOS SARMIENTO SOSA 1993/94; ECUADOR. RAUL IZURIETA MORA B. 1995/97; USA. SALVADOR J. JUNCADELLA 1997/98; BRASIL. PAULO LINS E SILVA A. 1998/99; PUERTO RICO. A.J. BENNAZAR ZEQUERA 1999/2000; ARGENTINA. CAYETANO POVILOLO 2000/2001; VENEZUELA. ARTURO DE SOLA LANDER 2000/2001; PERU. RAUL LOZANO MERINO 2002/03; CHILE. SERGIO HUIDOBRO CORBETT 2003/04; PANAMA. MERCEDES ARAUZ DE GRIMALDO 2004/05; ARGENTINA. RAUL A. ETCHEVERRY 2005/06; HAITI. JEAN FREDERIC SALES 2006/07; NICARAGUA. REINALDY GUTIERREZ 2007/08; MEXICO. JORGE DE PRESNO ARIZPE 2008/09; USA. GEORGE R. HARPER 2009/10; BRASIL. ANDRE DE ALMEIDA 2011/ 2013; VENEZUELA. RAFAEL VELAZQUEZ VELOZ 2012/2013.

NOTA. La FEDERACION INTERAMERICANA DE ABOGADOS, trabaja estrechamente con la INTER-AMERICAN BAR FOUNDATION. Se trata de un foro de profesionales supuestamente independientes creado en 1957 bajo el derecho de Pensilvania, dedicado al intercambio de información y opiniones profesionales para promover el Estado de derecho y la protección de los Derechos Humanos. Trabaja eficazmente con la FEDERA-



CIÓN INTERAMERICANA DE ABOGADOS en apoyo a la ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA). Hay una fuerte sospecha que ambas instituciones son los que producen los proyectos de leyes de criminalización de las luchas sociales en América Latina y todas las leyes represivas contrariando la Constitución Nacional de todos los países de la Región. Así también cooperan los especialistas de la educación al servicio del BANCO MUNDIAL que llegaron a producir el documento "como: CONOZCAMOS A NUESTROS ENEMIGOS. SUBVERSION EN EL AMBITO EDUCATIVO. Ministerio de Cultura y Educación, Buenos Aires. Año 1977 que lleva la firma del Ministro JUAN JOSE CATALAN. En Paraguay se conocía el mismo material pero con la denominación LA CARTILLA ANTICOMUNISTA, bajo la administración del Ministro Raul Peña, año 1977.

Franck Gaudichaud, joven francés, estudioso del tema OPERACIÓN CONDOR, afirma que la "enérgica intervención norteamericana dio como resultado un retroceso del movimiento obrero, se impone una ERA DE TERRORISMO DE ESTADO, destrucción de los espacios de participación democrática, una devastación de la CULTURA NACIONAL, destrucción física de los militantes y líderes de los movimientos revolucionarios, control de la sociedad civil y desarticulación de la sociedad política y relaciones privilegiadas con el sector empresarial multinacional que culmina con el establecimiento del modelo económico NEOLIBERAL. A partir de entonces, la VIOLENCIA quedó instalada en AMERICA LATINA.

EL TERRORISMO: MITO Y REALIDAD DE UN FLAGELO....(pag. 47, versión norteamericana)

Por que existe el terrorismo? Que inquietudes plantean los terroristas en sus atentados?

La actividad terrorista aparece como una de las trágicas características del presente siglo. Es raro no encontrar en el mundo, excepto los países socialistas de Rusia una nación que esté exenta de la acción de un grupo subversivo. El terrorismo es una herramienta del marxismo, nace de esta ideología y es su apoyo directo para conquistar objetivos políticos. De allí se comprende por que el marxismo disfraza a la subversión como violencia revolucionaria con una finalidad específica: difundir el miedo y desvincular a la población del Gobierno, a través de acciones violentas para facilitar la sumisión de las masas, sacudir a los indiferentes y atenuar la resistencia de los oponentes.



*Operación condor.*  
*Conspiración contra la sociedad del conocimiento en América Latina*

EL TERRORISMO EN CHILE (versión pinochetista)

“Nuestro país no ha estado ajeno a esta escalada terrorista mundial, si bien es cierto que el índice que registra ha aumentado con el paso de los meses. En Chile las fracciones terroristas buscan en parte crear hecho políticos que tengan trascendencia nacional, con ello pretenden favorecer los fines de la subversión local. Representa una amenaza viva para la sociedad y los derechos de las personas. Los terroristas son sujetos ajenos a la convivencia civilizada, que han optado por métodos contrarios al hombre para alcanzar sus propósitos. Basta recordar el asesinato de altas autoridades, como el intendente de Santiago, Mayor general CAROL URZUA IBAÑEZ y sus escoltas, y a personal de los servicios de Seguridad y de orden hasta la detonación de múltiples artefactos explosivos de variada capacidad destructiva en diversos puntos del territorio. Particularmente afectados se han visto los sistemas de transmisión de electricidad y los de comunicación terrestre, como las vías férreas y las empresas privadas de transporte –camiones, buses, taxis– con grave peligro de la vida ciudadana, enteramente ajena a los motivos que impulsan a los autores de estas cobardes expresiones de discrepancia contra las autoridades (pag. 48). En la pag. 49 de la Conferencia se define la LEY ANTITERRORISTA. Acorde con todos estos actos nuestro gobierno (Chile) aprobó la LEY ANTITERRORISTA, cuyo proyecto en parte indica que son conductas terroristas las acciones u omisiones constitutivas de crimen o simple delito, realizadas para crear conmoción o grave temor en la población, o ejecutada mediante actos atroces o crueles con un fin revolucionario o subversivos.

TERRORISMO EN ARGENTINA (versión norteamericana)

- PROBABLES POLITICAS A DESARROLLAR. Mantener el funcionamiento de la CGT-R. Infiltrar los sindicatos para influir internamente en el accionar de los obreros., intensificar la campaña por la libertad de los presos políticos. Convocar a la unidad del peronismo, mediante la recordación de fechas con connotaciones políticas y psicológicas de esa tendencia. Apoyar las luchas y requerimientos de las asociaciones comunales para enfrenar a los ciudadanos con las autoridades municipales. MONTONERO sufrió importantes pérdidas de personal y medios. Sin embargo el nivel de sus dirigentes mantiene un grado alto de cohesión social. La subversión se encuentra en una etapa de desgaste que podría ser considerada como una actitud de retirada. Pese a ello, mantiene un grado importante de libertad de acción en el exterior. La Banda MONTONEROS ha capitalizado para si el proceso subversivo



en el país. Finca sus mayores expectativas de éxito en la propaganda en favor de los derechos humanos. Su debilidad radica en la pérdida de su actitud ofensiva y libertad de acción, falta de consenso en el orden nacional y fallas de conducción que derivan de una dirección muy alejadas y dispersas respecto al lugar de ejecución (pag. 34).

#### BOLIVIA REPRESION A LA IGLESIA. LA RECETA BANZER.

La Revista mensual DIALOGO SOCIAL No. 69 del 9 de julio de 1975 de la ciudad de Panamá, bajo la dirección de Raul Leis a propósito de la represión de la Iglesia expresa lo siguiente: "Los problemas entre la Iglesia boliviana y el gobierno del general HUGO BANZER está agravándose. A continuación reproducimos un texto SECRETO que está circulando en el Servicio de Inteligencia Militar del Segundo Ejército Boliviano de la provincia de ORURO en conexión con la CIA. Hay una nota de la dirección de DIALOGO SOCIAL que dice textualmente: Considera que esta decisión del gobierno boliviano no se circunscribe a un país, sino que se da en la mayoría de los países de América Latina."

La RECETA BANZER contiene 15 recomendaciones. A título informativo escogeremos algunas: Punto 1. No se debe atacar a la Iglesia como institución y menos a los Obispos en conjunto sino a una parte de la Iglesia mas avanzada. Para el gobierno el principal representante de este grupo es Mons. JORGE MANRIQUE. Los ataques a el deben ser de tipo personal. Hay que separarlo de la Jerarquía y crearle problemas con el clero nacional. Punto 4. La CIA a través de Fredy Vargas y de Alfredo Arce ha decidido entrar directamente en este asunto. Se ha comprometido a dar una información plena de algunos sacerdotes sobre todo norteamericanos. En 48 horas han puesto en manos del Ministro del Interior información completa de algunos sacerdotes. En este trabajo ha colaborado el John LaMazza. Punto 8. Por principio ya no se han de allanar casas religiosas ya que esto genera mucha publicidad. A los sacerdotes de la lista se les ha de apresar en la calle.....Punto 9. A la jerarquía se le han de presentar los hechos consumados. Punto 10. Los apresamientos se han de hacer preferentemente en el campo, en calles silenciosas o a altas horas de la noche. Una vez que se ha realizado el apresamiento de un sacerdote, el Ministerio ha de tratar de introducir en su portafolio y si es posible en su habitación, propaganda subversiva, y algunas armas, preferentemente de gran calibre. Punto 13. Se ha prometido retribuir a los agentes que mejor trabajan en este PLAN con la pertenencia que se confisquen en las casas de algunos religiosos.... Inicialmente, yo tenia la visión que LA OPERACIÓN CONDOR tenia dos patas, gracias a



*Operación condor.  
Conspiración contra la sociedad del conocimiento en América Latina*

la valiosa colaboración del sacerdote francés Charles ANTOINE, Director del Boletín DIAL "DIFFUSION DE L'INFORMATION SUR L'AMERIQUE LATINE" tomó conciencia que la tercera pata fue el general boliviano HUGO BANZER quien tenía la responsabilidad de limpiar la Iglesia Católica por dentro de los sacerdotes "esquerdistas", monjas y laicos, es decir de los seguidores de la TEOLOGIA DE LA LIBERACION.

TERRORISMO EN BRASIL. (desde la visión del ARCHIVO DEL TERROR de Asunción del Paraguay.

Joao Goulart asumió la presidencia del Brasil en 1961 y promovió de inmediato la reforma agraria, especial atención a la salud pública y la alfabetización. Por este motivo y también por su política exterior tercer mundista los militares conservadores con el apoyo de los Estados Unidos dieron el golpe de Estado en 1964 y establecieron las sólidas bases de la OPERACIÓN CONDOR tal como lo designa JAIR KRISCHKE, fundador del MOVIMIENTO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, Rio Grande do Sul. Las atrocidades cometidas en Brasil durante los gobiernos militares no se diferencian de las atrocidades cometidas en Paraguay y Bolivia en el marco del pre-CONDOR que se caracterizó por la bilateralidad de la cooperación con los países vecinos. Gracias a la Revista CLAMOR de la Comisión Arquidiocesana de la Pastoral de los Derechos Humanos y Marginados de San Paulo hoy podemos saber en gran medida que pasó en materia de violación a los derechos humanos en Brasil y en el Cono Sur de América Latina.

En el ARCHIVO DEL TERROR DE PARAGUAY /OPERACIÓN CONDOR, encontramos la inquietante pregunta ¿QUE HACER CON LOS DETENIDOS POLITICOS? Respuesta: 1º. Aplicación de la ley, 2º. Desaparición física, 3º. La alternativa aplicada, año 1975. Sospechamos que el tercer punto significaba la cooptación de los revolucionarios detenidos/torturados.

Esta receta fue aplicada en todos los países del Cono Sur. En el mencionado Archivo se nota un estrecho seguimiento a Carlos Marighella, dirigente del Partido Comunista. El 11 de junio de 1969, documento 00186F 1446 del Secretario general del Ministerio del Interior de Paraguay, Dr. Miguel Angel Bestard se dirige al Director de la Oficina Nacional de Asuntos Técnicos Dr. Antonio Campos Alum (Estación de la CIA en Paraguay) en estos términos: "Información provenientes del Brasil indican que se estarían formando una organización compuesta por brasileños, argentinos, paraguayos y cubanos, llamada FRENTE UNIDO AMPLIA (FUA). El objetivo principal de la FUA sería realizar un movimiento simultáneo contra los gobiernos de Brasil, Argentina y Paraguay para eliminar mediante



asesinatos a personalidades importantes de esos países, consta que el ex coronel del ejército paraguayo NELSON ROLON e HILARIO BARRETO BENITEZ, expulsado del Paraguay serian algunos de los elementos encargados de establecer contactos entre Buenos Aires-Curitiba-San Pablo y Rio de Janeiro en constante viajes. El Movimiento en lo referente al Brasil seria coordinado por PAULO MELO, contando con la participación de JEFERSON CARDIN OSORIO, ex oficial del ejército brasileño y del ex almirante CANDIDO ARAGAO. Este grupo habría efectuado ligaciones con el grupo Terrorista de CARLOS MARIGHELA.....

Cuando Stroessner recibió la invitación para designar un representante para asistir a la Reunión de Inteligencia para la creación de la OPERACIÓN CONDOR, Santiago del 26 de noviembre/al 1º de diciembre de 1975 (00143F 0012) la intención de Stroessner fue a indicación del Jefe de Policía, general Francisco Brites B designar representante a su Agregado Militar en Chile, en señalar de malestar por haber sido el ultimo invitado. 00022F 0154. Dicha reunión estaba fijada para noviembre y la invitación llego recién en octubre de las manos del coronel MARIO JAHM, Sub Director de la Dirección de Inteligencia Nacional de Chile .Personas allegadas al circulo de Stroessner comentaban que gracias a la intervención del general brasileño ERNESTO GEISEL fue designado representante de Paraguay al coronel BENITO GUANES SERRANO, que se convertiría luego en el CONDOR NO. 2 de Paraguay. No olvidarnos que GEISEL fue uno de los militares golpista contra Goulart y le sucedió en el poder el general JOAO BAPTISTA FIGUEREIDO .Este fue Agregado Militar en Paraguay en 1955/57 y estableció solidas relaciones con el servicio represivo paraguayo. Volvió al Brasil por término de misión y asumió la dirección Federal de Inteligencia y contraespionaje. Dirigió el servicio secreto brasileño desde 1974. No solamente se ocupó de fortalecer gobiernos reaccionarios en el Cono Sur tuvo activa participación en la ASSESSORIA ESPECIAL DE SEGURANCA E INFORMACIONES DE LA ITAIPU BINACIONAL para mantener a raya a los "esquerdistas" que trabajan en esa empresa generadora de electricidad mas grande del mundo.

Figuereido no solo ofreció conferencias contra la subversión a los militares paraguayos en Asuncion sino que tambien actuó como colaborador de la dictadura paraguaya enviando información a Raul Peña, Embajador paraguayo en Brasil sobre los subversivos paraguayos residentes en Brasil. (Archivo del Terror OOOO9 1523, julio 26 de 1965).

La dictadura militar brasileña firmó desde 1964 acuerdos bilaterales con los países vecinos todos para eliminar las ideas contrarias al status quo y sometida a las ordenes de Washington.



*Operación condor.*  
*Conspiración contra la sociedad del conocimiento en América Latina*

Paraguay firmó con Brasil el acuerdo para la construcción de la represa hidroeléctrica más grande del mundo ITAIPU. Eso fue el 26 de abril de 1973. Del 3 al 7 de mayo de 1976 se llevó a cabo la IV Conferencia Bilateral de Inteligencia entre los Ejércitos de Brasil y Paraguay, Tema a tratar "Actividades subversivas interna y su conexión con el exterior desde el mes de noviembre de 1974. En noviembre 27 y 28 de 1978 se realiza en Honolulu, Hawai la reunión del Comité Ejecutivo de la Liga Anticomunista Mundial. Representó al Brasil el Dr. Carlos Barbieri Filho, 00108F10000. Este se constituyó luego como el banquero de la OPERACIÓN CONDOR con sede en Asunción al frente de la Financiera "Urunday". Así Stroessner nos convirtió en una colonia brasileña.

Finalmente, llama la atención los Informes del Coronel Joao Figueredo proporcionados al Embajador paraguayo en Brasil Dr. Raul Peña sobre los "elementos subversivos paraguayos que operan en Matto Grosso. El servicio represivo brasileño al servicio de la dictadura paraguaya según el documento 00009F 1059, 26 de julio de 1965, del ARCHIVO DEL TERROR /OPERACIÓN CONDOR

**ARCHIVOS SECRETOS DE LA POLICIA POLITICA PARAGUAYA**

El 22 de diciembre de 1992 con apoyo judicial, en particular gracias al coraje del Juez Penal Jose Agustín Fernández, descubrí el ARCHIVO SECRETO DE LA POLICIA POLITICA EL EX DICTADOR ALFREDO STROESSNER que contenía documentos desde el año 1929: persecución a los anarquistas, socialistas, comunistas y subversivos. Se encuentran en ese Archivo documentos sobre la persecución política en Paraguay, la conexión Nazi, el OPERATIVO CONDOR y el tráfico de armas. El descubrimiento de los archivos paraguayos fue esencial. En 1975, los servicios de inteligencia del Cono Sur sistematizaron la cooperación informal que mantenían estos países.

En estos archivos hay una carta del general Contreras de la DINA al paraguayo Guanes Serrano, denominando "Primer Encuentro de Trabajo de Inteligencia Nacional", el nacimiento del Cóndor. Contreras proponía que las instalaciones de la DINA fueran el cuartel general que centralizara las operaciones.

Asunción, 1978. Tiene lugar el "Segundo Encuentro Bilateral de Inteligencia", al que asistieron militares argentinos, paraguayos, bolivianos, uruguayos, brasileños y chilenos. Se ratificó el funcionamiento del Operativo, que definían en tres fases:

*Intercambio de información sobre el enemigo.*

*Investigación del objetivo.*

*Detención (secuestro) y traslado del objetivo a su lugar de origen.*





Entregué al juez español Garzón, varios documentos del “Archivo del Terror”, con los que se “aportan más pruebas contra Pinochet”, que permitió en gran medida la detención del ex dictador chileno en Londres durante 18 meses.

A la luz del ARCHIVO DEL TERROR DE PARAGUAY cada país sudamericano tenía su propio archivo de la represión pero el de Asunción era el más eficiente porque era el país de mayor estabilidad política de la región.

### **SE LANZO UNA BOMBA ATOMICA SOBRE LA POBLACION CIVIL DEL CONO SUR DE AMERICA LATINA CON MAS DE 100.000 VICTIMA FATALES.**

Cabe destacar en primer lugar que el 6 de agosto de 1945 por orden del Presidente norteamericano HARRY TRUMAN se lanzó la BOMBA ATOMICA contra la población civil de NAGASAKI con un saldo de mas de 75.000 muertes fatales, luego sobre la población civil de HIROSHIMA con mas de 140.000 muertes fatales. También por orden de Washington en particular de HENRY KISSINGER se lanzo una BOMBA ATOMICA sobre la población civil del Cono Sur de América Latina con más de 100.000 victimas fatales, la mayoría impune hasta la fecha. Eso fue luego de la creación del pacto multilateral en Santiago de Chile (Cóndor multilateral). Quienes fueron sus victimas fatales? Dirigentes sindicales ,estudiantes, profesores, periodistas, religiosos/as, artistas, dirigentes de las ligas agrarias cristianas, abogados, médicos, jueces, militares constitucionalistas, intelectuales, la clase pensante de AMERICA LATINA.

### **LA REUNION DE INTELIGENCIA EN SANTIAGO DE CHILE.**

En la reunión de Inteligencia llevada a cabo en Santiago de Chile para la constitución del “OPERATIVO CONDOR” 25.11.01.12.75, Manuel Contreras en representación de Pinochet, propuso entre otras cosas a los participantes del evento establecer un “Archivo Centralizado de antecedentes de personas, organizaciones y otras actividades conectadas directa o indirectamente con la subversión. En líneas generales, dijo, algo similar lo que tiene INTERPOL en Paris pero dedicado a la subversión. En la oportunidad se estableció la transmisión de comunicación por TELEX, lo que nos hace comprender hoy la cantidad enorme de telex en los Archivos Secretos de la Policía Política de la dictadura paraguaya.

También en la ocasión se aprobó que los Agregados Cónдор a las Embajadas tienen que gozar de la inmunidad diplomática para el éxito de su gestión. (Archivos del Terror, Asunción, Documento No. 0002F0155/0164)

Además se acordó como método de trabajo: Según investigaciones de John Dinges, prestigioso profesor universitario norteamericano asis-



*Operación condor.*  
*Conspiración contra la sociedad del conocimiento en América Latina*

tieron a la Reunión de Inteligencia en Santiago de Chile el Capitán de Navío Jorge Casas por Argentina, Mayor Carlos Mena por Bolivia, general Manuel Contreras por Chile, Cnel. José A. Fons por Uruguay, general Benito Guanes Serrano por Paraguay. Brasil se integró un año después pero se negó a participar en las acciones criminales fuera de América Latina.

### **MI EXPERIENCIA PERSONAL CON LOS AGREGADOS MILITARES**

LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS OFICIALES CONSIDERADAS INSTIGADORAS DE LA INSURGENCIA. Fui secuestrado por la Policía Política el 26 de noviembre de 1974 y llevado directamente ante un TRIBUNAL integrado por los Agregados Militares de Argentina, Brasil, Chile, Bolivia y Uruguay, lógicamente con la presencia del general Alejandro Fretes Dávalos, Cónдор 1 y general Benito Guanes Serrano, Cónдор No. 2 de Paraguay. El coronel de las Fuerzas Aéreas de Chile Jorge Oteiza López quería conocer mis contactos con los subversivos de la Universidad de Norte, en Arica, donde realicé estudios de sociología de la educación. El Jefe de Policía de Córdoba, Argentina, Comisario Héctor García Rey quería conocer mis contactos con los subversivos de la Universidad de la Plata donde realicé mi doctorado en Ciencias de la Educación. "Paraguay. Educación y Dependencia" fue el tema de mi tesis doctoral en la Plata en donde señale que la "educación en el Paraguay solo beneficia a la clase dominante y está al servicio del subdesarrollo y la dependencia". Año 1974.

Como director del Instituto "Juan Bautista Alberdi" aplicamos las ideas de Paulo Freire de la Educación liberadora y concretamos la democracia en el aula. 1965/72. Como Presidente de la Asociación de Educadores de San Lorenzo hemos creado la Cooperativa de Consumo, de Ahorro y Crédito. Finalmente, construimos bajo el sistema de Ayuda Mutua la VILLA DEL MAESTRO y proclamamos POR UN TECHO PROPIO A CADA EDUCADOR PARAGUAYO.

Todas estas experiencias solidarias fueron analizadas por el TRIBUNAL MILITAR CONDOR Y mi delito fue tipificado como TERRORISTA INTELECTUAL.

Pude recuperar mi libertad provisoriamente luego de 30 días de huelga de hambre en setiembre de 1977 gracias a las enérgicas gestiones del Comité de Iglesias y de Amnistía Internacional. Luego el gobierno de Panamá me concedió asilo político y también me apoyó para lograr una posición en la UNESCO de París como Consultor para América Latina. 1978/1992.



**OPERACIÓN CONDOR. LA CONSPIRACION CONTRA LA SOCIEDAD DEL CONOCIMIENTO CON MERCADO TOTAL, EDUCACION SUPERFICIAL Y TOTAL INSEGURIDAD SOCIAL.**

Mi experiencia personal con el Operación Cóndor en el ámbito universitario fue en la Universidad Nacional de Plata en abril de 1972 donde realice mis estudios de Doctorado en Ciencias de la Educación, en calidad de becario del gobierno argentino.

En forma muy casual me encontré en dicha Universidad con el Agregado Militar de Argentina en Paraguay, coronel Juan Carlos Moreno. Lo conocía porque fui Director del Instituto Juan Bautista Alberdi de Paraguay que mantenía una estrecha relación con dicha Representación Diplomática en Asunción. Alberdi fue un gran anti imperialista argentino que denunció el Tratado Secreto de la Triple Alianza, es decir la guerra que orquestó Londres a través de sus agentes argentinos, brasileños y uruguayos contra el gobierno progresista de Paraguay 1865/1870. Me explicó que se había jubilado como militar y que en ese momento se desempeñaba como Asesor Técnico del Rector, Dr. Guillermo Gallo, también ex militar.

Treinta años después tome conciencia que la labor específica del coronel de inteligencia Juan Carlos Moreno en la Universidad de La Plata, fue la preparación de la Lista de los subversivos, estudiantes y profesores que posteriormente fueron detenidos, torturados, desaparecidos y exiliado.

Treinta años después tome conocimiento que el Dr. Guillermo Gallo, ex militar, fue a Río de Janeiro en la década del 70 donde tomó contacto con las autoridades Universitarias brasileña ofreciendo su experiencia para limpiar de comunistas los Centros de estudios universitarios. Esta es la prueba fehaciente que nuestra ignorancia de ayer y hoy fue planificada con gran sabiduría desde Washington a través de su Secretaria de Estado, del Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional y el Banco de Desarrollo interamericano.

Luego de 15 años de paciente investigación en Paris donde fui un educador desterrado al servicio de la UNESCO, como CONSULTOR PARA AMERICA LATINA, el 22 de diciembre de 1992, Asunción, me cupo el honor de abrir las puertas del pasado con el apoyo de un joven y valiente Juez Penal, José Agustín Fernández, y por ella pudimos acceder a esa historia contada por los propios represores con la frialdad del esquema nazi. Me refiero al descubrimiento del ARCHIVO SECRETO DE LA POLICIA POLITICA de la dictadura paraguaya, llamada también por la prensa ARCHIVO DE LA OPERACIÓN CONDOR

Hoy presumo que fue el coronel Moreno habría sido el que envió al gobierno dictatorial de mi país, Alfredo Stroessner un ejemplar de la tesis



*Operación condor.  
Conspiración contra la sociedad del conocimiento en América Latina*

que defendí en la Universidad de La Plata titulada PARAGUAY. EDUCACION Y DEPENDENCIA donde sostuve que en Paraguay la EDUCACION SOLO BENEFICIA A LA CLASE DOMINANTE Y ESTA AL SERVICIO DEL SUBDESARROLLO Y LA DEPENDENCIA. Mi tesis esta inspirada fundamentalmente en la concepción de la educación liberadora del notable educador brasileño Paulo Brasil. Un Tribunal Militar integrado por los Agregados Militares de Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Uruguay y militares paraguayos y me torturaron salvajemente durante 30 días . Mi delito fue tipificado por estos egresados de la Escuela de las Américas, Zona del Canal de Panamá, como TERRORISTA INTELECTUAL que me costo 3 años de cárceles, el asesinato de mi esposa, la confiscación de mis bienes y casi 15 años de exilio en Europa. Mis sueños de llevar a cabo en las aulas paraguayas la educación liberadora fueron convertidos en pesadillas.....

En el Campo de Concentración de Emboscada, la dictadura nos puso todos juntos a: anarquistas, socialistas, liberales, colorados, febreristas, independientes, maoístas, trokistas, ateos, seguidores de la Biblia, comunistas, ligas Agrarias cristianas campesinas simpatizantes de la TEOLOGIA DE LA LIBERACION. Allí nos contaminamos todos ideológicamente los 400 prisioneros y el resultado fue que nos lanzo al “mercado” a 400 mujeres y hombres con una alta conciencia revolucionaria para avanzar hacia el socialismo. Que ironía del destino, verdad?

Por ese motivo brindo todo mi apoyo a los profesores y estudiantes de la Carrera de Ciencias de la Comunicación de la Universidad de La Plata que esta llevando adelante tan importante trabajo de investigación sobre el tema Cóndor en el ámbito Universitario, *CONSPIRACION CONTRA LA SOCIEDAD DEL CONOCIMIENTO*. Pienso que también La Universidad do Río de Janeiro (UERJ) debiera sumar sus esfuerzos para esclarecer las violaciones a los derechos Humanos cometidas en las Universidades Brasileñas porque *TENEMOS QUE CONOCER LA VERDAD PARA QUE ACTUE LA JUSTICIA* porque hay miles de familias destrozadas por la OPERACIÓN CONDOR que todavía no pueden elaborar su duelo.

Las tizas blancas de nuestras salas de clase fueron ensangrentadas por los militares de la Región al servicio de una potencia extranjera, una traición a la patria (USA), según la Constitución y las leyes.

Cabe destacar que el saldo trágico del Cóndor en América Latina fue mas de 100.000 victimas inocentes, en su mayoría dirigentes obreros, estudiantes, Profesores, investigadores, artistas, periodistas , médicos, Abogados, intelectuales, es decir la CLASE PENSANTE DE AMERICA LATINA. El delito de estos supuestos subversivos fue haber cargado



como armas sus lápices queriendo dibujar un país justo, sin exclusiones, solidario, es decir REVOLUCIONARIO.

Atilio Boron en su prologo a la *NUEVA HEGEMONIA MUNDIAL*, dice textualmente: “En momentos en que las dictaduras parecían a punto de acabar con las ciencias sociales en esta región, cuando dichos regímenes perseguían o asesinaban a nuestros cuentistas sociales, un Departamento especializado de la AGENCIA SUECA DE DESARROLLO INTERNACIONAL (ASD), nos referiremos a la SAREC, cumplió un papel esencial no solamente para salvar las vidas de nuestros colegas. Basta con recordar que se calcula en algo mas de 2.000 científicos sociales los que en los años setenta tuvieron que salir forzosamente de sus países (CLACSO,2004). Esto ocurrió porque los centros educativos oficiales fueron considerados INSTIGADORES DE LA INSURGENCIA.

Entregué al juez español Garzón, varios documentos del “Archivo del Terror”, con los que se “aportan más pruebas contra Pinochet”, que permitió en gran medida la detención del ex dictador chileno en Londres durante 18 meses. .

He aquí el plan de trabajo propuesto por la Universidad Nacional de La Plata. El proyecto de investigación que lleva a cabo el CICEOP – Centro de Investigación en Estudios de Opinión Publica de la Facultad de Periodismo y Comunicación Social de la Universidad Nacional de La Plata, demostrará que la última dictadura militar argentina 1976-1983, al intervenir las Universidades de todo el país, instalo una CONSPIRACION CONTRA LA SOCIEDAD DEL CONOCIMIENTO a través de persecución ideológica, con la consecuente desaparición de intelectuales, artistas, estudiantes, y en particular a la clase dirigencial sindical.

Las Universidades brasileñas no fueron ajenas a un régimen militar que tenía por objetivo implementar una persecución física e ideológica en todos los estamentos: políticos, gremialistas, industriales, religiosos y la sociedad toda fue sometida a un gobierno que implementó el terror como forma de sometimiento.

Pero el Proceso de Reorganización Nacional que encarnaban las Fuerzas Armadas Argentinas, era parte de un entramado perverso que poseía los mismos objetivos e idénticas formas y fines en varios países del Cono Sur.

Lo que se comprobó como OPERACIÓN CONDOR, la vinculación entre civiles y militares de nuestros países que tenían como meta la aniquilación por la desaparición física o el acallamiento de vastos sectores de nuestras sociedades para instalar “manus militaris” el modelo neoliberal, es decir privatización salvaje tuvo su correlato en las Universidades



*Operación condor.*  
*Conspiración contra la sociedad del conocimiento en América Latina*

Nacionales. El nuevo paradigma está fundado sobre la idea de un MERCADO TOTAL e EDUCACIÓN PRIVADA SUPERFICIAL e Introduce la TOTAL INSEGURIDAD SOCIAL. El ruido de sables permitió brotar como hongos los Colegios y Universidades privadas que formaron la nueva clase dirigencial al servicio del neoliberalismo.

A través de fichas y expedientes hallados en la Facultad de Periodismo y Comunicación Social de la Universidad Nacional de La Plata, se demostró que era objetivos de aniquilamiento y desaparición no sólo los alumnos argentinos, sino también de otras nacionalidades que se encontraban estudiando en dicha Universidad de La Plata.

Además de los estudiantes argentinos, paraguayos, peruanos, colombianos, ecuatorianos y bolivianos aparecen nombrados en las listas encontradas por este Equipo de Investigación, las que dan cuenta de estudiantes y docentes expulsados, suspendidos e investigados por encontrarse fuera de la concepción ideológica de la OPERACION CONDOR EN LAS UNIVERSIDADES.

Los expedientes mencionan 35 alumnos de universidades nacionales que fueron sancionados y hoy se encuentran desaparecidos. Así, las más de 700 fichas dan muestra cabal del accionar militar de nuestros países en las Universidades del Cono Sur.

La militarización de las Universidades tuvo como consecuencia directa la imposición de un escenario perverso, en el cual los interventores militares ocuparon el lugar del “saber decir”, del “saber pensar” y el de “modelos a imitar para erradicar los elementos disociadores que perturbaran el orden”.

En todos los países del CONDOR quedó prohibido en el recinto de las Universidades, toda actividad que asuma formas de adoctrinamiento, propaganda, proselitismo o agitación de carácter político o gremial, docente, estudiantil o no docente.

La Dra. Sandra Carli de Argentina, en un interesante artículo “Rupturas y continuidades” publicado por el INSTITUTO ESPACIO DE LA MEMORIA, “Diario del 24 de marzo”, dice lo siguiente: “La dictadura militar significó en el campo de la educación un corte dramático: la desaparición de numerosos profesores, maestros y estudiantes de distintos niveles del sistema educativo se combinó con una política de represión y censura, mas lo que algunos autores llamaron UN GOLPE A LOS LIBROS. Desde la escuela primaria hasta la universidad, desde el jardín de infantes hasta los centros culturales y Bibliotecas fueron afectados por la Dictadura Militar en tanto se instaló una política de control y disciplinamiento de las instituciones bajo la hipótesis de que todas ellas eran potencialmente espacios de la “subversión apátrida”.



Desde una perspectiva histórica mas larga implico un corte en los procesos de transmisión intergeneracional de la cultura, provocado por la desaparición y exilio de muchos profesores, pero también por los modos de AUTO-CENSURA que llevaron a muchos a devenir "otros" en las mismas instituciones. Una cultura que en los primeros 70 tenia una vitalidad significativa, discurso critico, proyecto político, inquietud intelectual y renovación pedagógica. De aquel clima al oscurantismo de la segunda mitad de esa década hubo solo un paso, que identificamos retrospectivamente muchos de los que transitamos la escuela Secundaria durante esa etapa.

La dictadura militar pro norteamericana detuvo la modernización, renovación y desarrollo Institucional de las universidades públicas, déficit que el ciclo democrático no ha logrado saldar aun. La distancia que se va configurando entre el sector público y privado y el sector privado.

En el sistema universitario deviene ese corte producido en 1976 y que las políticas públicas deberán resolver si siguen sosteniendo la creencia en el valor y la justicia de una educación publica de calidad para todos tal como lo está planteando la juventud estudiosa de Chile. No olvidemos que fue Pinochet que instaló la privatización de las escuelas, colegios y Universidades, la receta de los Chicago Boy.

En conclusión LA OPERACIÓN CONDOR que comenzó en Brasil, 1964 bilateral, en 1975, multilateral y después de la muerte de Pinochet se volvió global a través de la CONFERENCIA DE EJÉRCITOS AMERICANOS (CEA). Funcionó con dos velocidades a partir de noviembre de 1975. LENTA Y SELECTIVA en Brasil, Bolivia y Paraguay porque la izquierda estaba derrotada. VELOZ Y BRUTAL EN ARGENTINA, CHILE Y URUGUAY porque la izquierda revolucionaria estaba en su época de esplendor apuntando hacia una sociedad igualitaria sin privilegio ni clase explotada.

A propósito de la **OPERACIÓN CONDOR COMO UNA CONSPIRACION CONTRA LA SOCIEDAD DEL CONOCIMIENTO** se destaca que el objetivo del Equipo de Investigación de la Universidad de La Plata es lo siguiente:

- Investigar con nombre y apellido a civiles y militares que desde las universidades nacionales implementaron la política de persecución física e ideológica.
- Analizar los vínculos existentes entre las Fuerzas Armadas que llevaron a cabo LA OPERACIÓN CONDOR UNIVERSITARIO.
- Llevar a cabo una investigación desde el análisis crítico del dis-



*Operación condor.*  
*Conspiración contra la sociedad del conocimiento en América Latina*

curso para desentrañar la perversa trama que subyace en los expedientes encontrados.

- Llevar a cabo nuevas búsquedas en archivos universitarios de Facultades y Universidades Nacionales de expedientes de esa época.
- Establecer vínculos con Universidades y países del Cono Sur para replicar esta investigación.
- Establecer vínculos con países, organizaciones y personalidades que investigan y defienden a los pueblos de los delitos de Lesa Humanidad.

Francia y EE.UU fueron los grandes difusores en América Latina del TERRORISMO DE ESTADO. Organizan centros, particularmente EE.UU para enseñar los métodos de torturas. Enviaron asesores, instructores. Difundieron una cantidad extraordinaria de material bibliográfico. A este propósito, hemos encontrado en el ARCHIVO DEL TERROR de Paraguay un documento norteamericano titulado "Como mantener vivo a los torturados", documento que luego desapareció misteriosamente...

El Poder Judicial tiene que ser el custodio de la Constitución. En este siglo XXI el poder real ya no puede estar en los cuarteles, sino en las urnas, en la Constitución en las instituciones republicanas y democráticas.

Por la salud de la democracia de América Latina no podemos centrar en la denuncia de los horrores cometidos por las dictaduras militares sino en los ejemplos de toda la vida de esos luchadores sociales por la liberación y contra la dependencia.

FINALMENTE, NO PODEMOS ABRIR LAS PUERTAS DEL FUTURO SIN ABRIR EL PASADO, SIN VENGANZAS Y SIN IMPUNIDAD.

A los militares del Pentágono que se declaran protestantes y convencidos de su DESTINO MANIFIESTO les aconsejamos leer más la historia de la humanidad. En este sentido tienen que saber que en la "naturaleza no hay nada definitivo, absoluto ni sagrado excepto el cambio, leer Filosofía y Ética, en particular la Santa Biblia que en Mateo dice: "No hay nada encubierto que no llegue a rebelarse, ni nada escondido que no llegue a descubrirse." Mateo 27

A los militares latinoamericanos de la década del 70/ 2000, vale la pena repetir aquí lo que dijo Domingo Faustino Sarmiento, gran educador argentino, al cruzar la cordillera de los Andes en calidad de perseguido político: BARBAROS LAS IDEAS NO SE MATAN !!

Fortaleza, Brasil, 29 de agosto de 2013.







# Apuntes sobre la universidad. Reflexiones en perspectiva comparada<sup>1\*</sup>

*Pablo Perel*

La frase de Osvaldo Bayer que cierra el prólogo del libro *Universidad y dictadura. Derecho, entre la liberación y el orden (1973-83)* (PEREL, RAÍCES, PEREL, 2006) alimenta el debate necesario sobre las rupturas y continuidades de los últimos treinta años en la educación superior argentina.

En esa investigación pretendimos abordar un periodo histórico de transformaciones indelebles. Este trabajo busca sintetizar sus trazos fundamentales, a la vez que presentar algunas reflexiones sobre la coyuntura actual.

El golpe del 55, con la proscripción del peronismo, la influencia de las luchas por la descolonización, la Revolución Cubana, el mayo francés, junto a hechos como la matanza de Tlatelolco y el Cordobazo, fueron factores que contribuyeron a gestar una politización militante manifestada, entre otros ámbitos, en la universidad pública.

A partir de 1973, con la asunción del gobierno de Cámpora, se llevaron adelante iniciativas para democratizar los claustros y emprender cambios emancipadores en planes de estudio, concepciones pedagógicas y rol del profesional. Por supuesto, el contexto era propicio para el desarrollo de este proyecto, ya que se apuntaba a instrumentar una serie de medidas de corte antiimperialista y popular. Esta época conoció el predominio en la mayoría de las universidades nacionales de la llamada "Tendencia Revolucionaria del Peronismo" que mantenía una estrecha relación con algunas de las organizaciones de la izquierda peronista. Para el cargo de interventor de la UBA fue designado Rodolfo Puiggrós, apoyado por los sectores más avanzados del peronismo en el ámbito universitario y respetado por la izquierda en sus diversas expresiones. El programa impulsado antagonizaba incluso con algunas posiciones progresistas, deudores de la Reforma Universitaria de 1918, que sostenían el modelo pedagógico tradicional. Partiendo de la crítica hacia el saber encapsulado que se entregaba en las aulas, promovía una formación orientada específicamente por el

1 \* Este trabajo forma parte de una investigación colectiva desarrollada junto a Eduardo Raíces y Martín Perel.

interés nacional y la soberanía cultural. Un autor citado en la época, Darcy Ribeiro, sostenía que era necesario “responder a la política reaccionaria de la Universidad con una contrapolitización revolucionaria. Es decir, intencionalizar toda acción dentro de la Universidad en el sentido de hacerla actuar como un centro de conscientización de sus estudiantes y profesores que gane a los mejores de ellos para las luchas de sus pueblos contra las amenazas de perpetuación del subdesarrollo” (RIBEIRO, 1973, P. 27). La propuesta vinculada al camporismo, en definitiva, pretendía insertarse en el debate latinoamericano acerca del rol de la enseñanza, de la investigación y de los intelectuales en las luchas de liberación nacional.

Entre los ejes salientes de la ruptura impulsada, se puede contar la apertura masiva del ingreso, mediante la eliminación de cupos y los exámenes de admisión. Al establecerse un nuevo sistema de becas de investigación, los recursos se orientaron a la “socialización de los temas de estudio”. Entre otros, pueden mencionarse las presentaciones de proyectos para investigar aspectos de las empresas populares en Argentina, sobre las condiciones de trabajo de los operadores de ENTEL (Empresa Nacional de Telecomunicaciones), o acerca de los núcleos habitacionales colectivos, inquilinatos y pensiones. Para los estudiantes se enfatizaba la formación teórico-práctica, acercando la academia a la vida cotidiana de los sectores populares. La investigación y las primeras prácticas de aquellos estudiantes y egresados afines a la militancia política, buscaron englobarse a través de una nueva estructura, el “Centro Piloto de Investigaciones Aplicadas” (CEPIA). Eran definidos por sus responsables como estructuras complementarias a las organizaciones barriales representativas (aquellas que “tuvieran vocación de garantizar el proceso de liberación y resuelvan los problemas de los sectores marginados y populares”). En un artículo sobre las elecciones de delegados ante la Federación Universitaria para la Liberación Nacional de Buenos Aires (1974, p. 13-14) se sostuvo que “la Universidad y los estudiantes persistirán como isla de soledad en tanto no integren su práctica social y académica a la práctica social y económica de los explotados. Estudiar mucho es necesario, sí. Pero ahora es más necesario que nunca preguntarse qué se estudia, de qué manera, a quién servirá ese conocimiento, sin esperar al momento del egreso [...] [E]s preciso que aquello que convierte al estudiante en privilegiado, su estudio, sea poco a poco un privilegio colectivo que no se resolverá con sólo democratizar la enseñanza sino acercando al estudiante a la realidad de los trabajadores, aprendiendo de esta realidad y aportando desde ahora un arma más en el avance hacia la definitiva liberación.”

Los objetivos de la intervención del 73 apuntaban a terminar con una universidad academicista (autonómica, estructuralmente elitista y devo-

ta de un universalismo abstracto) al estilo de las que funcionaban en los países capitalistas dependientes, y a lo que consecuentemente se entendía como una formación destinada a servir de recurso calificado para las empresas multinacionales y generadora de un profesionalismo privatista e insolidario con las necesidades sociales. La función de nuevo delegado interventor de la Facultad de Derecho recayó en Mario Jaime Kestelboim, de quien Puiggrós en el concurrido acto de su asunción, el 1º de junio de 1973, expresó: “Elegí para dirigir esta casa de estudios al abogado Mario Kestelboim porque ha sido defensor de presos políticos y aquí abundan funcionarios de la dictadura, porque es un hombre de izquierda y ésta es una facultad de derecha y porque es judío en una facultad llena de fascistas”.

El plan de estudios de abogacía, vigente desde 1961, estaba asociado a una visión iusprivatista, que priorizaba el interés particular en el ejercicio profesional. En contrapartida, para la nueva universidad eran requeridos profesionales orientados a la defensa de los intereses colectivos, particularmente de los sectores más desfavorecidos, y al derecho público, aptos para desempeñarse en la esfera estatal. Para el régimen de práctica forense, se proponía romper con la línea divisoria, “carente de toda base científica”, entre teoría y praxis. Los estudiantes debían poder canalizar las necesidades reales de la comunidad, a partir de consultorías en los barrios. Para ello se previeron las siguientes instancias de trabajo: mecanismos de discusión colectiva con los vecinos y las organizaciones que los agrupen para la solución de los problemas vecinales; difusión y cumplimiento de las leyes e interacción con las organizaciones barriales en el seguimiento de la marcha de las consultorías.

Los visos reformadores de la nueva gestión trajeron aparejados un serio cuestionamiento de numerosos docentes sindicados como afines a las multinacionales o representantes de sectores de poder económico y político. En algunos casos, se los sometió a una suerte de “juicios populares” con directa participación estudiantil, en los que se impugnaba tanto la filiación ideológica del “acusado” como, bajo la lógica del caso testigo, la propia estructura jerárquica de la enseñanza tradicional.

Bajo la influencia ya mentada de autores como Paulo Freire, se produjeron ensayos en determinadas cátedras para revertir el tradicional verticalismo unidireccional de la trasmisión del conocimiento entre enseñantes y enseñados. A su vez, se intentó lograr un grado de producción conjunta de saberes, mediante el énfasis en la participación asociativa de sendos factores en la aprehensión de la realidad histórica y social, desde una visión dinámica de lo jurídico que excedía los marcos académicos en procura de realimentarse en la percepción concreta de los conflictos de la vida social.

Respecto a las políticas de edición, se dispuso la firma de convenios únicamente con la Editorial Universitaria de Buenos Aires (EUDEBA), alejándose así del negocio editorial privado. La venta de los materiales editados se dio en exclusividad al Centro de Estudiantes para la Liberación Nacional (CELINA).

El corte abrupto de experiencia se produjo a partir de la acción represiva comandada por Ottalagano e Ivanissevich, fascistas confesos enrolados en la derecha peronista, que comenzará el trabajo sucio. La etapa isabelista de labor restauradora será, entonces, el prolegómeno del genocidio. Para explicar esta unidad de intereses represivos, sostuvimos que no es posible entender la magnitud de la depredación de protagonistas y contenidos a que se vio sometida la educación pública en Argentina, sin hacer referencia al peso simbólico que comportara el efímero intento transformador de sus estructuras de acuerdo y hacia un proyecto de liberación nacional. Asimismo, en este periodo se corta de cuajo el lazo entre educación superior e investigación científica. El proceso de desmontaje de la infraestructura de investigación de la UNBA, iniciado en 1966, se vuelve en este punto una política legitimada.

En su discurso de asunción, Ottalagano dirá, citando al presidente estadounidense Richard Nixon, que “la Universidad equivoca sus fines cuando emplea sus fondos para la investigación...La investigación deben hacerla las empresas industriales con los universitarios que ellas elijan o con los superdotados que tengan vocación de inventores” (Apud PÉREZ LINDO, 1985, p. 174).

Desde el punto de vista edilicio, es significativo señalar una serie de cambios operados con el advenimiento de la intervención. La Facultad volverá con presteza a organizarse bajo una disposición espacial diferenciadora y jerárquica, retomando el esquema tradicional. Esto es, la neta separación entre las áreas abiertas al acceso estudiantil y las reservadas a profesores y autoridades, como marca distintiva de la distribución desigual del poderío simbólico dentro del contexto institucional. El ingreso y la salida de ese verdadero micromundo que es la Facultad de Derecho, sería objeto de vigilancia y pesquisa. La fastuosa entrada del edificio neoclásico, con sus múltiples puertas giratorias fue definitivamente cerrada, habilitándose la relativamente menor entrada lateral, utilizada hasta nuestros días. El control del acceso, limitado por los requerimientos de “seguridad” (presentación de documento, revisión de efectos personales, etc.), asegura la exclusión de cualquier “elemento extraño” y refuerza la distinción entre lo académico y extraacadémico. Como solía decirse, “se venía a estudiar” y no a ejercer otras actividades, bajo una amenaza palpable.

El 24 de marzo del 76 verá la suspensión de las actividades académicas y la intervención de las universidades nacionales, cuya dirección

es asumida por oficiales castrenses. Los resultados más inmediatos de la subordinación educativa a los imperativos militares se reflejan en el porcentaje de estudiantes dentro del total de personas desaparecidas que manejó la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), del orden del 21 %. Las universidades nacionales en particular, fuertes proveedoras de la militancia política de las izquierdas, fueron golpeadas duramente: al secuestro de docentes, estudiantes y no docentes, se sumó una vigilancia policial permanente dentro de los claustros, la supresión y traslado de carreras sospechadas de prohijar “subversivos”.

En lo académico, se consolidó el sistema de cupos para el ingreso, antes alentado por Ottalagano, que redujo dramáticamente las inscripciones (en la UBA, de un total de 40.825 inscriptos en 1974, se pasó a la cifra de 13.127 inscriptos para 1977). Complemento de esto será la imposición del arancelamiento en la UBA, inicio de un camino hacia la redefinición de la educación pública como un servicio antes que como un derecho social, en la línea del desmantelamiento de las capacidades estatales promovido por la política económica de Martínez de Hoz y avalado por los organismos internacionales de crédito. Esto se materializó en la ley de facto 22.207, por la cual se consideró establecer alguna “tasa por la prestación de los servicios administrativos” en cabeza de “estudiantes cuya situación familiar les permita seguir regularmente una carrera sin tener que trabajar, muchos de los cuales estarían incluso en condiciones de contribuir a costear en parte sus estudios universitarios”.

El inicio de la década del '80 ve paulatinamente el lento deshielo del sistema político, tras la suspensión impuesta por las fuerzas armadas en el poder a la actividad de los partidos tradicionales. Se abría la hora del diálogo, un publicitado “tiempo político” heredero de las frecuentes reuniones, formales e informales, entre militares y dirigentes de los años previos. Factores de peso como la crisis económica y del modelo de acumulación capitalista neoliberal, la resistencia creciente del movimiento obrero y la organización de la protesta por las violaciones a los derechos humanos, iban forzando un clima social adverso en el que se volvía imperiosa la discusión del futuro de la dictadura. Entre las élites directoras, sus intelectuales orgánicos y los sectores políticos oficialmente reconocidos como actores relevantes (y admisibles en el juego institucional), se dará el debate de alternativas. En esas discusiones tuvieron un papel relevante numerosos operadores jurídicos que prosiguieron su carrera hacia altas posiciones universitarias y profesiones con posterioridad al fin del régimen.

Diciembre de 1983 implicó el comienzo de una transición democrática que no supuso una refundación institucional, luego de los años del

genocidio. En las universidades públicas, si bien retornaron varios profesores alejados por persecuciones políticas, simultáneamente se convalidaron los concursos docentes que acomodaron a partidarios de las sucesivas dictaduras. La reinstalación de los principios del reformismo obturó la memoria de la experiencia transcurrida durante la denominada “primavera camporista”, y estableció un esquema de funcionamiento burocratizante, prebendario y formalmente democrático en sus estructuras. Fue (y aún es) imposible en este marco reeditar medidas tales como la presencia de veedores estudiantiles en las mesas de exámenes, la discusión colectiva en ronda dentro de las aulas, los juicios académicos a docentes cómplices de usurpadores del poder constitucional, la incorporación de los trabajadores no docentes al gobierno de la UBA, entre otras.

El movimiento estudiantil también se vio afectado por los efectos devastadores de la represión iniciada en 1974 y sistematizada con el golpe de estado posterior. La participación en los órganos representativos fue limitada, especialmente en Facultades como la de Derecho o Ciencias Económicas, a meros formalismos como las votaciones de “autoridades”. Se impuso el imaginario profesionalista que priorizó la trayectoria individual por sobre una pertenencia y contribución a un proyecto colectivo.

Las circunstancias actuales –el desencadenamiento de la crisis de la UBA, la contienda para la elección su Rector, el inicio de acciones judiciales por crímenes de lesa humanidad cometidos durante la etapa isabelista, etc.-, parecen conformar un contexto propicio para repensar los orígenes del proyecto represivo del terrorismo de estado y su impacto en la educación pública, particularmente en las universidades. Las conclusiones de esa tarea deberán llenar los pizarrones del futuro.

## Referencias

PEREL, Pablo; RAÍCES, Eduardo; PEREL, Martín. **Universidad y dictadura. Derecho, entre la liberación y el orden (1973-1983)**. Prólogo de Osvaldo Bayer, presentación de Beatriz Rajland. 3 ed. Buenos Aires: Ediciones del Centro Cultural de la Cooperación, 2013.

RIBEIRO, Darcy. **Universidad nueva**. Un proyecto. Buenos Aires: Ciencia Nueva, 1973.

*Operación condor.*  
*Conspiracion contra la sociedad del conocimiento en America Latina*

ELECCIONES ESTUDIANTILES EN BUENOS AIRES. Respaldo a la política de la intervención. **Confluencia revolucionaria por la patria socialista**, año 1, nro. 1, enero de 1974.

PÉREZ LINDO, Augusto. **Universidad, política y sociedad**. Buenos Aires: EUDEBA, 1985.





# ¿Verdadera indivisibilidad? Las consencias de la judicialización indirecta de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema interamericano de derechos humanos<sup>1</sup>

*Renata Bregaglio Lazarte*

## **Introducción**

Los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) han tenido un ingreso complicado en las decisiones del Sistema Interamericano. A pesar de que actualmente existe consenso en torno a la posibilidad de judicializar de manera indirecta los DESC, el panorama sigue siendo problemático pues, en su afán de otorgar mayores y mejores protección a los derechos humanos (incluyendo a los DESC), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) estaría adoptando medidas de reparación genéricas, que no guardan una vinculación directa con el derecho vulnerado, y que en ciertos casos generarían incertidumbre para quien pretendiera acatarlas. En el presente artículo pretendemos dejar evidenciado este problema.

### **1. 1. El inicio del proceso: estrategias de judicialización de los DESC y la consagración de la exigibilidad de estos**

Al interior de la Organización de Estados Americanos (OEA), son tres los instrumentos que abordan la temática de los DESC: la Declaración

<sup>1</sup> Agradezco el apoyo de Renato Constantino Caycho en la elaboración del presente artículo. Asimismo, agradezco al Dr. Piero Vásquez Agüero por sus desinteresados comentarios a partir de la lectura de este documento.

Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH); el Protocolo de San Salvador (PSS), que permite su judicialización solo en los extremos referidos a la libertad sindical y al derecho a la educación; y el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), referido al desarrollo progresivo de los DESC. No obstante, a nivel interamericano la posibilidad de reclamar la violación de un derecho económico, social y cultural (DESC) en el sistema interamericano de derechos humanos (de manera similar a lo ocurrido en el marco del sistema universal de derechos humanos hasta la reciente entrada en vigor del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), ha encontrado ciertas dificultades, que tienen que ver con un diseño normativo orientado a restringir la posibilidad de que el órgano jurisdiccional interamericano pueda conocer dichas violaciones.

No obstante estas restricciones formales, lo cierto es que hoy en día la judicialización de los DESC en el sistema interamericano, en particular, ante la CorteIDH, qué duda cabe, es de alguna manera es una conquista. Esta conquista ha sido posible por diversos factores. Un factor, aunque ciertamente no determinante, tiene que ver con la posibilidad de que, en algunos supuestos la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), pueda conocer directamente las violaciones a DESC al amparo de lo dispuesto en la DADDHH. En esta línea, cabe recordar que en el marco del sistema interamericano existen tres subsistemas según el órgano de control y el instrumento aplicable. El primer subsistente está conformado por los Estados miembros de la OEA que no son parte de la CADH. Contra estos Estados será posible presentar peticiones individuales sólo ante la CIDH y por violación a los derechos establecidos en la DADDH y en la Carta de la OEA. La figura es simple, la aplicación de la DADDH es plena y por lo tanto, la posibilidad de judicializar los DESC en ella contenidos es latente. Esto ha sido expresamente señalado por la CIDH en el caso *Baby Boy vs. Estados Unidos* (CIDH, Caso 2141)

Los dos subsistemas restantes<sup>2</sup> limitan la posibilidad de judicializar DESC, ciñendo la competencia material a lo dispuesto por el artículo

2 El segundo subsistema, conformado por los Estados miembros de la OEA que son parte de la CADH y de otros tratados del sistema (por ejemplo, el PSS), pero que no han aceptado la competencia contenciosa de la CorteIDH. Contra estos Estados será posible presentar peticiones individuales sólo ante la CIDH, pero el instrumento aplicable será la CADH (y el PSS u otros tratados del sistema), ya que en estos casos la CIDH ha entendido que, de manera general, la DADDH se subsume en la CADH (y en el PSS y otros tratados del sistema). El tercer sistema conformado por los Estados miembros de la OEA que son parte de la CADH y de otros tratados del sistema (por ejemplo, el PSS), y que han aceptado la competencia contenciosa de la

19.6 del PSS: la libertad sindical y el derecho a la educación. Si bien no es materia de análisis en el presente artículo lo altamente inconsistente que resulta este diseño con una lógica progresiva de protección de derechos, lo cierto es que los pronunciamientos sobre DESC desarrollados por la CIDH contra aquellos Estados que no son parte de la CADH u otros tratados del sistema, ha permitido un tímido desarrollo de jurisprudencia específicamente orientada a la protección de DESC.

Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente señalar que hasta la fecha la CorteIDH no ha tramitado ningún caso que, como tal, busque declarar la responsabilidad internacional de un Estado por la violación de los derechos de asociación y libertad sindical, y educación. Si bien en el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* (CORTE IDH, Serie C, n° 72), *Huilca Tecse vs. Perú* (CORTE IDH, Serie C, n° 121), *Cantoral Huamaní y otros vs. Perú* (CORTE IDH, Serie C, n° 167), y *Kawas Fernández vs. Honduras* (CORTE IDH, Serie C, n° 196), la CorteIDH examinó la libertad de asociación en relación con la libertad sindical, no pudo ampararse en lo previsto por el artículo 8 del PSS, en tanto en el primer caso, al momento en que ocurrieron los hechos, Panamá no había ratificado dicha norma, y en los demás casos sólo se alegó la violación del artículo 16 de la CADH (libertad de asociación), mas no del artículo 8 del PSS. Por otro lado, en relación con el derecho a la educación, la CorteIDH se ha referido a éste sólo de manera indirecta, en el caso *Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay* (CORTE IDH, Serie C, n° 112) y en el caso de *las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana* (CORTE IDH, Serie C, n° 130), pero no declaró la responsabilidad internacional del Estado por violación al derecho a la educación.

Por otro lado, un segundo factor que en el contexto de restricciones formales del sistema, ha permitido que los órganos de control aborden la violación a DESC es el reconocimiento de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. Dicha tesis, aunque no reconocida expresamente, estuvo presente desde los inicios del desarrollo normativo de estos. De manera previa a la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) no distinguió según se tratara de derechos civiles y políticos o DESC.<sup>3</sup> Y aunque el desarrollo posterior de los tratados de dere-

---

CorteIDH. Contra estos Estados será posible presentar peticiones individuales ante la CIDH, la que eventualmente podrá demandar ante la Corte por violaciones a la CADH (y a los artículos pertinentes del PSS y de otros tratados del sistema).

3 La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre es adoptada en mayo de 1948 mientras que la Declaración Universal de los Derechos Humanos es adoptada en diciembre de 1948.

chos humanos apostó por la separación de los derechos en dos instrumentos, el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) señala en su segundo párrafo que

con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona **gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos**” (el resaltado es nuestro).

Por su parte, el Preámbulo del Protocolo de San Salvador reafirma fehacientemente la integralidad e indivisibilidad de los derechos humanos, y subraya que las diferentes categorías constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana (SALVIOLI, F. 2003, p. 413).

De manera posterior a la adopción de los principales instrumentos en materia de derechos humanos, podemos rastrear la tesis de la indivisibilidad en la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Teherán en 1968, que estableció:

Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social (ONU 1968).<sup>4</sup>

4 En el mismo sentido la Resolución 32/130 de la Asamblea General de la ONU, adoptada el 16 de diciembre de 1977, orientada a “señalar distintos criterios y medios posibles del sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, señaló que en relación con la labor de protección de derechos humanos se deberá tener en cuenta que:

- a) todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; deberá prestarse la misma atención y urgente consideración a la aplicación, la promoción y la protección tanto de los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales;
- b) La plena realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible;
- c) [...];

Habiendo reseñado todas estas manifestaciones normativas y declarativas en torno a la independencia e indivisibilidad, se llega en 1993 al referente por excelencia en esta materia, la Declaración y el Programa de Acción de Viena, que estableció que:

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso (ONU 1993, parr. 5).

A partir de esta configuración de los derechos humanos, el impulso dado por los representantes de las víctimas (MELISH, 2008, p. 7) y la aceptación de dicho impulso por parte de la CorteIDH ha llevado al desarrollo de estrategias orientadas a la judicialización “indirecta” de un DESC, de forma tal que la judicialización de estos derechos, en el sistema interamericano, en particular, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hoy en día es una realidad. De esta manera, desde la adopción de la sentencia Cinco pensionistas Vs. Perú (CORTE IDH, Serie C, n° 98), en la que se logró la judicialización del derecho a la seguridad social a partir de su vinculación con el derecho de propiedad, las posibilidades de lograr sentencias que, a través de uno de los derechos recogidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aborden la violación de un DESC, está en constante expansión.

De acuerdo con Abramovich, esta estrategia se operativiza a partir de cuatro grandes tipos de demandas: i) aquellas que plantean una violación de un DESC en virtud del derecho a la igualdad y mandato de no discriminación; ii) la violación de un DESC que se encuentra limitado por un DCP, cuando este último excede sus márgenes de acción; iii) la violación de un DESC a partir de la violación del derecho al debido proceso legal; y iv) la violación de un DESC a partir de la violación del derecho a la protección judicial (ABRAMOVICH, on-line).

---

d) En consecuencia, las cuestiones de derechos humanos deberán examinarse en forma global, teniendo en cuenta el contexto general de las diversas sociedades en que se insertan y la necesidad de promover la dignidad plena de la persona humana y el desarrollo y el bienestar de la sociedad; [...]

Asimismo, en 1981 la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, aprobada el 27 de julio de 1981, postuló en su Preámbulo que “(...) es esencial prestar especial atención al derecho al desarrollo y de que los derechos civiles y políticos no pueden ser disociados de los derechos económicos, sociales y culturales en su concepción y en su universalidad, y de que la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales constituye una garantía del disfrute de los derechos civiles y políticos”.

Si bien el artículo 26 de la CADH ha sido abordado (aunque no impulsado) por la CIDH como una puerta para judicialización de los DESC, y por lo tanto permitir el abordaje conjunto por parte de los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos; en el caso de la CorteIDH, su tratamiento ha sido tímido y tangencial. En razón de ello, no podemos considerar al artículo 26 y los esfuerzos de las víctimas por exigir su judicialidad, como un factor determinante en la exigibilidad de los DESC y el desarrollo de jurisprudencia orientada a la protección de estos derechos.<sup>5</sup> No obstante sí consideramos necesario que la CorteIDH desarrolle de manera más exhaustiva las posibilidades reales de judicialización de este artículo. En este sentido se ha pronunciado el Juez Ferrer Mac-Gregor en su voto concurrente para el caso Suarez Peralta Vs. Ecuador, al postular que el artículo 26 otorga a la CorteIDH competencia para pronunciarse sobre el derecho a la salud, y entender la justiciabilidad directa de dicho derecho social (no sólo de manera tangencial y en conexión con otros derechos civiles).<sup>6</sup>

Vinculado a lo anterior, un tercer factor que podemos postular para el desarrollo jurisprudencial en materia de DESC, es la conceptualización de la dignidad del ser humano. Desde la perspectiva de muchos autores, que ciertamente compartimos, el fundamento de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos no sería otro que la dignidad del ser humano. Así lo planteó incluso la misma DUDH en su artículo 22 al disponer el derecho de toda persona

a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, **la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad** (el resaltado es nuestro).

5 La CorteIDH ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la posible violación de este artículo en los casos *Cinco Pensionistas vs. Perú* (2003), *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay* (2004), *Acevedo Jaramillo vs. Perú* (2006), *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (2006) y *Acevedo Buendía vs. Perú* (2009). En todos estos casos la CorteIDH rechazó la presunta violación de este artículo, sin establecer parámetros claros para definir el contenido de las obligaciones allí contenidas. Asimismo, en los casos *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (2005) y *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana* (2005), la CorteIDH utilizó el artículo 26 no bajo la línea de la justiciabilidad directa, sino como criterio interpretativo para declarar la violación de otro derecho: el derecho a la vida (artículo 4 de la CADH) en el caso *Yakye Axa*, y el derecho a la protección del niño (artículo 19 de la CADH) en el caso de las *Niñas Yean y Bosico*.

6 Corte IDH. Caso *Suárez Peralta Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Voto concurrente del Juez Ferrer Mac-Gregor, párr. 3

En el mismo sentido, sostiene Gialdino, “los fundamentos morales y jurídicos de los derechos humanos se sustentan en la concepción de un hombre indivisible informado de una dignidad que le es intrínseca” (GIALDINO, on-line), por lo que colocar a los DESC en un posición inferior respecto de los DCP “no puede sino renegar del hombre así entendido, al reducir dicha dignidad a los agobiantes límites de algún puñado de derechos.” (GIALDINO, on-line). Asimismo, Peces-Barba ha señalado que los derechos humanos constituyen exigencias éticas justificadas porque encuentran sustento en el valor de la dignidad, entendida éste, en términos de “autonomía moral” de los sujetos (PECES-BARBA, 1999a, p. 215-228). De esta manera, la dignidad humana implicaría en última instancia una libertad de elección y ejecución, que sólo podrá ser llevada a cabo “si se logra la satisfacción real de ciertas necesidades básicas” (DE ASIS, 2005, p. 29-31). Así lo confirma Peces-Barba al señalar que los derechos humanos son “medios para que la organización social y política permita el desarrollo máximo de las dimensiones que configuran nuestra dignidad, es decir, para que podamos elegir libremente” (PECES-BARBA, 1999b, p. 47).

La tesis en torno a la dignidad del ser humano como justificación de la interpretación integral de derechos también ha sido, aunque no expresamente, postulada por la CorteIDH en reiteradas oportunidades. Así, en relación con el derecho a la vida la CorteIDH ha desarrollado desde el caso Villagrán Morales Vs. Guatemala el estándar de “vida digna”, postulando que:

En esencia, el artículo 4 de la Convención garantiza no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino que además, el deber de los Estados de adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna, lo que incluye la adopción de medidas positivas para prevenir la violación de este derecho (CORTE IDH, Serie C, n° 149).<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Asimismo, Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, parágrafo 85; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No.



De esta manera, apelando la tesis de la interdependencia e indivisibilidad, y a la conceptualización de un ser humano digno en términos de autonomía, la judicialización de los DESC no sólo es posible, sino necesaria. Así lo han señalado Abramovich y Courtis al considerar que

Dada la interdependencia de los derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, en muchos casos las violaciones de los primeros resultan también en violaciones de los segundos, y viceversa". La tajante diferenciación entre ambas categorías suele desdibujarse cuando se procura identificar los derechos violados en los casos concretos. Muchas veces el interés tutelado por un derecho civil cubre también el interés tutelado por la definición de un derecho social. El límite entre una y otra categoría de derechos resulta ciertamente borroso (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 200).

## 2. ¿Es la judicialización de los DESC una verdadera conquista? El problema de las reparaciones

La aplicación de las estrategias de judicialización de los DESC en el sistema interamericano va más allá de la superación de la fase de admisibilidad. Es importante considerar que si bien el análisis de la violación de un DESC que se hace en la etapa de fondo es indirecto, al momento de señalar las reparaciones a adoptar, los órganos de protección establecen medidas cuya satisfacción está directamente vinculada a la satisfacción de un DESC, incluso en aquellos casos donde la vulneración a este tipo de derechos no resulta tan evidente.

Esta estrategia, si bien permite superar la artificial división establecida por los Estados en los tratados de derechos humanos del sistema interamericano, genera, no obstante, al menos dos cuestionamientos, que tienen que ver con el límite para la vinculación de un DESC con un DCP o con las limitaciones para el desarrollo del contenido específico de un DESC. Superados entonces los aspectos referidos a la posibilidad de judicializar DESC y las estrategias para hacerlo, resulta necesario analizar las reparaciones en términos de aplicación práctica, en concreto:

---

146, parágrafo 153; Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, parágrafo 120; entre otros.

*¿Verdadera indivisibilidad? Las consencias de las judicialización indirecta de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos*

- I) El tipo de medida ¿Hasta qué punto cumplen con los principios de proporcionalidad y vinculación con el daño establecidos en los Principios y directrices sobre el derecho de víctimas de violaciones de derechos humanos y Derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones?
- II) El cumplimiento efectivo de estas medidas ¿Cuál ha sido el aporte real de la judicialización de los DESC en términos de efectividad en la satisfacción de derechos?

A continuación, analizaremos estas implicancias.

## *2.1 Las reparaciones en aquellos casos de judicialización de DESC*

De acuerdo con el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos<sup>8</sup>, los Estados, al cometer quebrar una norma internacional, deben reparar. Dicha reparación debe ser integral pues se apunta a que se subsanen los daños materiales y morales.

Adaptando este marco teórico, los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones<sup>9</sup> señalan la siguiente clasificación:

- La restitución: se trata de aquellas medidas que buscan restablecer, en la medida de lo posible, la situación de la víctima antes de la conculcación del derecho.
- La indemnización: define a aquellas medidas que buscan cuantificar el daño económico por todos los perjuicios económicamente evaluables. Son ejemplo de tales daños el daño físico o mental; la pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; los daños materiales y la pérdida de ingresos,

<sup>8</sup> Adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001

<sup>9</sup> Adoptados por Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005, acápite IX. Disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/reparaciones.htm>

incluido el lucro cesante; los perjuicios morales; los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.

- La rehabilitación: se entiende por este concepto a aquellas medidas que buscan brindar cuidado médico, psicológico y social, así como servicios legales y sociales.
- La satisfacción: se entiende por este concepto aquellas medidas orientadas a compensar el detrimento de bienes no patrimoniales. En sentido más estricto, son medidas orientadas al prestigio de las víctimas y la comunidad (GARCÍA RAMÍREZ, on-line).
- Las garantías de no repetición: se entiende por este concepto aquellas medidas.

No obstante, como afirman algunos autores hoy en día se puede advertir que este enfoque clásico ha cobrado nuevos matices ante determinadas violaciones que entrañan procesos sociales de fondo, como es el caso de los escenarios postconflicto o de graves violaciones a poblaciones históricamente marginadas (DE GREIFF, 2006, p. 451).<sup>10</sup> De este modo, las reparaciones se han convertido en programas de “cobertura masiva” que buscan “proveer beneficios directos a las víctimas de cierto tipo de crímenes”. Al parecer sería la postergación en la que estas víctimas especiales se encuentran lo que ha motivado a la CorteIDH en dar un paso adicional al mero *restitutio ad integrum*, o una ampliación a la forma de comprender el alcance del principio de que cualquier incumplimiento de un compromiso entraña la obligación de efectuar una reparación, desarrollado por la Corte Permanente de Justicia Internacional (C.P.I.J. Série A, n° 17). El objetivo es por tanto brindar solución real en DESC a las víctimas, al margen que el fondo del asunto se trate de la vulneración de un derecho civil o político.<sup>11</sup>

Esta nueva configuración de las reparaciones lleva a preguntar necesariamente, hasta qué punto se cumplen los elementos de proporcionalidad de la gravedad y daño sufrido establecidos en los Principios y directrices bási-

10 Ver también LAPLANTE, Lisa J. “On the indivisibility of Rights: Truth Commissions, Reparations, and the Right to Development”. En: *Yale Human Rights and Development Law Journal*. 2007. p. 145 y ss. Ver: <[http://www.accessmylibrary.com/coms2/summary\\_0286-32522907\\_ITM](http://www.accessmylibrary.com/coms2/summary_0286-32522907_ITM)>.

11 Como ejemplos de esto puede revisarse, entre otros, Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; y Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

cos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

Una lectura en clave de reparaciones de las sentencias de la CorteIDH en las que se ha discutido (indirectamente) la violación de un DESC, puede llevarnos a establecer una clasificación de medidas de reparación que, sin pretender seguir las clasificaciones desarrolladas, analice el grado de vinculación directa o indirecta que esta medida tiene con la víctima o víctimas, así como la relación con el derecho vulnerado.

**a) Reparaciones que si bien se traducen en medidas de cumplimiento de un DESC, se encuentran directamente vinculadas a la violación del derecho civil o político reclamado**

Un primer tipo de medidas de reparación en materia de DESC (las menos problemáticas), son aquellas en donde, la reparación mantiene una correspondencia directa con el derechos civil o político discutidos en la sentencia, a la vez que es posible de ser traducida en términos del DESC violado. Esa vinculación, no obstante, puede darse de dos formas: como una restitución propiamente, o como una medida de rehabilitación.

Ejemplos de las primeras medidas los encontramos en las sentencias *Cinco pensionistas Vs. Perú* en relación con el pago de las pensiones adeudadas y devengadas. En dicho fallo la CorteIDH señaló

(..) el artículo 21 de la Convención protege el derecho de los cinco pensionistas a recibir una pensión de cesantía nivelada de acuerdo al Decreto-Ley N° 20530, en el sentido de que se trata de un derecho adquirido, de conformidad con lo dispuesto en la normativa constitucional peruana, o sea, de un derecho que se ha incorporado al patrimonio de las personas (CORTE IDH, Serie C, n° 98, parr. 102).

Y partir de dicho razonamiento realizó un análisis exhaustivo en torno al contenido y protección otorgada por las leyes peruanas en materia de nivelación de pensiones, ordenando el pago de las pensiones dejadas de percibir, así como los devengados originados por esta falta de pagos. De esta manera, a través de un derecho civil como es la propiedad, la CorteIDH otorgó protección al derecho humano a la seguridad social. Este mismo razonamiento fue retomado en el caso *Acevedo Jaramillo vs. Perú*, respecto de pensionistas de la Contraloría General de la República (COR-

TE IDH, Serie C, n° 198); y, aunque con un resultado contrario, por la CIDH en el caso Asociación Nacional de ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú (CIDH, Caso 12.670).

Un segundo ejemplo sería la garantía de acceso a tratamiento de fertilidad en el caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica. En dicho caso, si bien la medida consiste en una prestación de salud, esta guarda correspondencia con los derechos a la integridad personal, libertad y vida privada y familiar (CORTE IDH, Serie C, n° 257). Finalmente, en el caso de De la Cruz Flores, donde se declaró la violación de los derechos a la libertad y a las garantías del debido proceso, como derechos relacionado con una afectación al derecho al trabajo, y se ordenó reincorporar a María Teresa de la Cruz Flores a su puesto de trabajo (CORTE IDH, Serie C, n° 115).

Por otro lado, como ejemplos del segundo tipo de medidas podemos ubicar aquellas orientadas a brindar un tratamiento de salud mental para familiares de personas desaparecidas. Si bien la reparación está directamente relacionada con el hecho vulnerador, por la naturaleza misma de hecho, resulta imposible la restitución del derecho. Esto además guarda correspondencia con la calificación amplia que hace la CorteIDH de las víctimas, considerando que los familiares de las víctimas de ciertas violaciones de los derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas de una violación del derecho a la integridad personal, en particular en aquellos casos referidos a desaparición forzada.<sup>12</sup> Así en los casos Gonzales Medina y otros Vs. República Dominicana se ordenó brindar, de forma inmediata, el tratamiento médico y psicológico o psiquiátrico a las víctimas que así lo soliciten. Este tratamiento, según había precisado la CorteIDH en su parte considerativa, estaría referido solo a aquellos padecimientos psicológicos y físicos sufridos por las víctimas derivados de las violaciones establecidas en dicha sentencia (CORTE IDH, Serie C, n° 240, párr. 293). En el mismo sentido se puede mencionar el razonamiento de la CorteIDH en el caso Contreras y otros Vs. El Salvador (CORTE IDH, Serie C, n° 232, párr.198-199).

Desde una mirada crítica, estas medidas, si bien hacen justicia al atacar el verdadero derecho vulnerado, y son plenamente coherentes con la tesis de la indivisibilidad de los derechos, podrían generar problemas en términos de la directa relación entre el derecho civil y político cuya repa-

12 Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, párr. 114; Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 301; y Caso Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012 Serie C No. 240, párr. 270.

ración se ordena, y la naturaleza misma de la medida, que estará orientada a la satisfacción de un DESC, pero sin que se haya discutido la supuesta violación de ese derecho, y sin que se analicen aspectos vinculados a la progresividad con que deben ser asumidas ciertas obligaciones.

Somos de la opinión, siguiendo la tesis del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), de que la progresividad no se ha de interpretar equivocadamente de manera que prive a la obligación de todo contenido significativo (CDESC, 1990, parr. 9) y de que lo que los tratados en materia de DESC disponen es, ante todo, la obligación de mejora continua de las condiciones de existencia, es decir, la progresividad en el sentido de progreso, o ampliación de la cobertura y protección de los derechos económicos, sociales y culturales (CIDH, 1996, p. 25). Asimismo, consideramos que si bien es correcto afirmar que la progresividad estará presente con un mayor énfasis en el caso de los DESC, esta es susceptible de ser analizada en todo derecho humano que se pueda considerar. Ello ha sido señalado por la Corte Europea de Derechos Humanos desde el caso *Airey*, donde afirmó que:

El Tribunal no ignora que la progresiva realización de los derechos sociales y económicos depende de la situación de cada Estado, y sobre todo de su situación económica. Por otro lado, el Convenio [Europeo] debe interpretarse a la luz de las condiciones del presente [...] y ha sido diseñado para salvaguardar al individuo de manera real y efectiva respecto de los derechos protegidos por este Convenio [...]. Si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso el Tribunal estima, como lo hace la Comisión, que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio (EUROPEAN ..., Serie A, n° 32, parr. 26)

No obstante lo anterior, sí vemos un problema en superar la literalidad de los tratados (que no permiten la judicialización directa de los DESC), a través de una remisión indirecta, sin que a lo largo del caso se discuta la afectación a un DESC, y estableciendo una reparación en materia de DESC, con estándares de calidad elevados, que no tengan en cuenta aspectos de progresividad.

Como ejemplo de lo anterior podemos mencionar el caso de Masacres de Río Negro Vs. Guatemala en donde se ordenó como medida de reparación al derecho a la integridad no solo brindar atención en salud, sino que dicha atención debía darse con un enfoque intercultural, a través de sanadores de la comunidad maya Achí, de acuerdo a sus propias prácticas de salud y mediante el uso de medicinas tradicionales (CORTE IDH, Serie C, n° 250, parr. 289). En la misma línea se pueden citar los casos Gonzales Medina y otros Vs. República Dominicana y Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) Vs. Guatemala, en los cuales se precisó que si el Estado no podía proveer de salud mental pública debía contratar con servicios de salud mental privados (CORTE IDH, Serie C, n° 253). De manera similar, se puede hacer referencia al caso Suarez Peralta Vs. Ecuador, en donde la negativa de la beneficiaria de utilizar los servicios en salud pública previstos por el Estado,<sup>13</sup> llevó a que este deba pagar US\$20,000 por concepto de la atención y el tratamiento médico futuro que requiera.<sup>14</sup>

Ciertamente los estándares plasmados en estas medidas resultan positivos en términos de meta u objetivo de cumplimiento del derecho a la salud. No obstante, no puede dejar de resaltarse el hecho de que formalmente el Estado se ha defendido durante el proceso ante la CIDH y la CorteIDH por la violación del derecho a la integridad, y que la argumentación que estos órganos han hecho a lo largo del caso está orientada al desarrollo de estándares de estos derechos. Por ello, plantear reparaciones específicamente referidas a la prestación de DESC pareciera romper la relación directa que debe existir entre el análisis de la afectación (la gravedad del daño) y la reparación.

Pero existe otro argumento más preocupante. En realidades como las latinoamericanas, es altamente probable que existan problemas de disponibilidad o calidad de servicios en salud pública. Estos problemas, que en principio resultan generalizables a toda la población usuaria, se estarían resolviendo o solucionando parcialmente para las víctimas de las sentencias de la CorteIDH. Así, mientras las víctimas del caso Diario Militar pueden acceder a prestaciones de salud mental privadas, por su condición

13 De acuerdo con el representante de la víctima, la obligación del Estado de otorgar prestación de servicios médicos, supone que debe hacerse cargo del costo de los médicos que la víctima escoja o de aquellos médicos que usualmente estaban atendiendo a la víctima. El Estado respondió que contaba con los servicios necesarios a fin de atender a la beneficiaria. No obstante, se observaba una falta de voluntad por parte de la demandante, que no deseaba ser atendida por personal capacitado del Ministerio de Salud.

14 Corte IDH. Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Op. Cit., párr. 178-184.

de víctimas, el resto de la población (dentro de la cual podrían encontrarse personas que han vivido lo mismo que las víctimas del caso ante la CorteIDH) seguirá teniendo que acudir a los deficientes servicios de salud estatal. Se genera entonces una situación de desigualdad en la satisfacción de prestaciones sociales hacia la población de un Estado.

**b) Reparaciones no directamente vinculadas a la violación del derecho civil y político reclamado, pero que responden a una idea de “irreparabilidad” del daño**

En diversas ocasiones, la CorteIDH ha ordenado que se provea a las víctimas (o a sus familiares) compensaciones educativas o de salud, aunque no se ha constatado en el caso la violación de estos derechos, ni de derechos civiles o políticos directamente relacionados, como sí ocurre en los supuestos referidos en el acápite anterior. En estos casos la reparación en DESC, aunque sigue dirigida a la víctima o familiares de la misma, no guarda relación con el derecho civil y político cuya violación ha sido discutida en el fondo del caso.

Es decir, más allá de la factual vulneración, la CorteIDH entendió que una verdadera reparación implicaba necesariamente mejorar las condiciones económicas y sociales de las víctimas en cuestión. Con esta nueva mirada, se afirma la interdependencia, se revela la especial atención que estos derechos merecen hoy en día, y se demuestra que, en última instancia, la problemática de la violación a un DCP no sólo puede implicar afectaciones a un DESC, sino que su reparación, para que sea plena, requiere medidas orientadas a la protección o restitución de este último. En este sentido, dejar de lado el análisis de la violación de un DESC no sólo resultaría incompleto y poco protector de la integralidad de los derechos humanos, sino que incluso podría llevar a una interpretación o protección equivocada de un derecho, al sólo analizarse las implicancias de la violación sobre un DCP, pero generando medidas de reparación orientadas a un DESC.

En el caso de las prestaciones en salud, si bien en la mayoría de los casos en que se ordenan estas medidas, la reparación está directamente dirigida a las afectaciones en salud generadas a partir de los hechos del caso (como ha sido analizado en el acápite anterior); en casos donde la reparación se estableció por acuerdo con el Estado, como en los casos Barrios Altos Vs. Perú y Durand y Ugarte Vs. Perú, los alcances de estas prestaciones esta fueron generales. Así, en el caso Barrios Altos, el acuerdo homologado por la CorteIDH estableció el compromiso de cubrir, a través del Ministerio de Salud, los gastos de servicios de salud de los beneficiarios de las reparaciones, brindándoles atención gratuita en el establecimiento de salud corres-



pondiente a su domicilio y en el hospital o instituto especializado de referencia correspondiente, en las áreas de: atención de consulta externa, procedimientos de ayuda diagnóstica, medicamentos, atención especializada, procedimientos diagnósticos, hospitalización, intervenciones quirúrgicas, partos, rehabilitación traumatológica y salud mental (CORTE IDH, Serie C, n° 87, párr. 42). En el mismo sentido, en el caso Durand y Ugarte, el acuerdo de reparaciones estableció que por medio del Ministerio de Salud, se debían cubrir los costos relacionados con servicios de salud que brinden a los beneficiarios los centros de atención correspondientes, incluyendo el precio de los medicamentos. Este deber regiría durante la vida de los beneficiarios (CORTE IDH, Serie C, n° 89, párr. 36). En dichos casos, hubiera sido una reparación directamente vinculada la violación, la provisión de servicios de salud mental para los familiares de las personas que fueron ejecutadas. No obstante, plantear la prestación de atención médica y medicamentos en términos generales estaría yendo más allá de la violación misma. Incluso en el caso Durand y Ugarte, el acuerdo también estableció como medida reparatoria una prestación en vivienda no relacionada con la violación discutida en la sentencia: el Estado se comprometió por medio del Fondo de Apoyo Social (FONAS) del Banco de Materiales del Ministerio de la Presidencia, a sufragar el costo de parte de la construcción del inmueble perteneciente a los beneficiarios de las reparaciones.<sup>15</sup> Finalmente, de manera más general, en los casos Lori Berenson Vs. Perú,<sup>16</sup> García Asto Vs. Perú (CORTE IDH, Serie C, n° 137, párr. 208) o Gómez Palomino Vs. Perú, la Corte IDH ha establecido como medida el atención médica y psicológica mediante servicios de salud, incluyendo la provisión gratuita de medicinas, sin especificar si esa provisión de servicio se circunscribe a determinadas afecciones de salud, o si es una prestación general de por vida.

En materia de reparaciones vinculadas al derecho a la educación puede verse un enfoque similar. Así, en los Barrios Altos Vs. Perú, Cantoral Benavides Vs. Perú y De la Cruz Flores Vs. Perú, se ordenó otorgar becas y facilidades de estudios a los hijos de las personas desaparecidas o víctimas de ejecuciones extrajudiciales. En Barrios Altos, incluso se estableció el otorgamiento de materiales educativos, así como la gestión de donaciones de textos oficiales para alumnos de educación primaria y secundaria, y el apoyo con uniformes y útiles escolares (CORTE IDH, Serie C, n° 87, párr. 43).

15 Corte IDH. Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Op. Cit., párr. 38.

16 Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 238.

Estas medidas plantean algunas consecuencias más problemáticas que las del primer grupo de esta sistematización. Así, además de los problemas reseñados en el acápite anterior, en primer lugar, surge una confusión de la medida de reparación con la prestación social a la que todo ciudadano tiene derecho a acceder en el marco y según las condiciones previstas en el ordenamiento interno de cada Estado. De hecho, en el marco de los procesos de supervisión de sentencia, es frecuente ver que los Estados reportan como medidas de cumplimiento la adopción de políticas públicas de alcance general, dentro de la que se benefician las víctimas. Así, en la respuesta del Estado peruano para los casos Lori Berenson, García Asto y Gómez Palomino, el Estado peruano reporta el cumplimiento de la medida señalando que las víctimas han ingresado a los diferentes sistemas de seguridad social que existen en dicho Estado (CORTE IDH, Serie C, n° 221). Esto claramente rompe con la naturaleza de una medida de reparación, que busca atender de manera especializada la afectación de un derecho. En este sentido, Laplante ha resaltado las implicancias de confundir las medidas de reparación propiamente dichas con aquellas orientadas a combatir la pobreza y promover desarrollo social (LAPLANTE, 2007, p. 45). En el mismo sentido Uprimny y Guzman distinguen que mientras las primeras tienen como objeto compensar un daño originado en una violación de derechos humanos, las segundas buscan acortar brechas y superar situaciones de desigualdad. Así, mientras el beneficiario de la reparación es la víctima, el beneficiario de la política social son personas en situación de exclusión o pobreza (UPRIMNY-YEPES; GUZMAN-RODRÍGUEZ, 2010, p. 248-250).

Ello ha sido aceptado por la propia CorteIDH en su reciente jurisprudencia, en que la he establecido que

no puede confundirse la prestación de los servicios sociales que el Estado brinda a los individuos con las reparaciones a las que tienen derecho las víctimas de violaciones de derechos humanos, en razón del daño específico generado por la violación (CORTE IDH, Serie C, n° 252).<sup>17</sup>

Si bien, como señalan Uprimny y Guzman, la finalidad restitutoria de la reparación parecería cobrar sentido solo en una sociedad que ha logrado resolver sus problemas de justicia retributiva (UPRIMNY-YEPES;

<sup>17</sup> Ver también: Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No.205, párr. 529.

GUZMAN-RODRÍGUEZ, 2010, p. 254), y en ese sentido, estas medidas compensatorias en términos amplios podría tener sentido, el carácter personal de estas medidas (no son para un conjunto amplio de beneficiarios, sino para víctimas individualizadas), llevaría a la conclusión de que las víctimas identificadas en estas sentencias tendrían una suerte de prioridad o estatus preferente en la satisfacción de los DESC con respecto al resto de los ciudadanos de un Estado. Esto acarrearía como consecuencia una situación de desigualdad entre los miembros de una comunidad. Asimismo, esta configuración de las reparaciones, podría generar el riesgo de fomentar un proceso de victimización, en el entendido de que solo las víctimas obtienen la satisfacción de sus DESC.

Hoy en día pareciera haber una tendencia a dejar este tipo de medidas de lado. Muestra de ello es la decisión de la CorteIDH en el caso Torres Millacura Vs. Argentina, donde rechazó el pedido de beca para la hija de la víctima desaparecida, y la omisión de una reparación similar en el caso Gelman Vs. Uruguay (CORTE IDH, Serie C, n° 229, parr. 204).

No obstante este cambio de tendencia, como veremos en el siguiente acápite, la irrupción de medidas reparatorias en beneficio de la sociedad incrementa y agudiza algunos de los problemas ya apuntados.

### **c) Reparaciones no directamente vinculadas a la violación del derecho civil o político y en beneficio de la sociedad**

Desde Villagrán Morales (Niños de la Calle) Vs. Guatemala se adoptó un estándar de vida digna, como derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Así la CorteIDH estableció que:

El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él (CORTE IDH, Serie C, n° 32, parr. 144).

Retomando este estándar, en el caso de la Comunidad Yakyé Axá Vs. Paraguay, la CorteIDH concluyó que el desplazamiento de los miembros de la Comunidad de las tierras en las que habían habitado tradicionalmente ocasionó que tengan especiales y graves dificultades para obtener alimento. Asimismo, el tribunal señaló que, en dicho asentamiento los miembros de la Comunidad Yakyé Axá veían imposibilitado el acceso a una vivienda adecuada dotada de los servicios básicos mínimos, así como a agua limpia y servicios sanitarios (CORTE IDH, Serie C, n° 125, parr. 165).

Pero la CorteIDH fue más allá y además de pronunciarse sobre el derecho a la vivienda señaló que las condiciones por las que atravesaban los miembros de la comunidad impactaban negativamente en la debida nutrición de estos, a la vez que generaba deficiencias en la educación que reciben los niños y la inaccesibilidad física y económica a la atención de salud. (CORTE IDH, Serie C, n° 125, parr. 165).

De esta manera, la CorteIDH concluyó que “las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural” (CORTE IDH, Serie C, n° 125, parr. 167).

De manera más reciente en el caso de Xákmok Kásek Vs. Paraguay, la CorteIDH estableció que el derecho a la vida digna incluye que se garanticen los derechos al agua, la alimentación, la salud y la educación (CORTE IDH, Serie C, n° 214, parr. 194-217). Es por ello que al establecer las reparaciones ordenó al Estado paraguayo tomar diferentes previsiones en materia de DESC: “a) suministro de agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de los miembros de la Comunidad; b) revisión y atención médica y psicosocial de todos los miembros de la Comunidad, especialmente los niños, niñas y ancianos, acompañada de la realización periódica de campañas de vacunación y desparasitación que respeten sus usos y costumbres; c) atención médica especial a las mujeres que se encuentren embarazadas, tanto antes del parto como durante los primeros meses después de éste, así como al recién nacido; d) entrega de alimentos en calidad y cantidad suficientes para asegurar una alimentación adecuada; e) instalación de letrinas o cualquier tipo de servicio sanitario adecuado en el asentamiento de la Comunidad, y f) dotar a la escuela de los materiales y recursos humanos necesarios para garantizar el acceso a la educación básica para los niños y niñas de la Comunidad, prestando especial atención a que la educación impartida respete sus tradiciones culturales y garantice la protección de su lengua propia”.

Esta configuración de las reparaciones en términos amplios pueden ser calificadas como aquello que la CorteIDH ha denominado una repa-

ración transformadora, entendida como aquella que tiene en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos, y el efecto no solo restitutivo sino también correctivo.” (CORTE IDH, Serie C, n° 205, parr. 450). En el mismo sentido, puede hacerse referencia a la medida que, en el caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil* ordenó desarrollar un programa de formación y capacitación para el personal médico, psiquiátrico, psicológico, de enfermería, auxiliares de enfermería y para todas aquellas personas vinculadas con la atención de salud mental.

Coincidimos con la Corte IDH en la utilidad correctiva de estas medidas. Aunque concentrado en los programas de reparación estatales en sociedades post conflicto, Uprimny y Guzman dan otras buenas razones para este tipo de medidas que resultan sumamente pertinentes para su adopción por parte de tribunales internacionales: el alto número de víctimas que hace imposible lograr una justicia total o perfecta, la situación de exclusión y pobreza en que estas víctimas se encuentran (acentuada muchas veces por el proceso de victimización), la pertenencia de las víctimas a un grupo en situación de vulnerabilidad (mujeres, pueblos indígenas, personas con discapacidad, para mencionar algunos ejemplos) (UPRIMNY-YEPES; GUZMAN-RODRÍGUEZ, 2010, p. 241-243). En ese sentido, rescatamos la necesidad y utilidad de adoptar dichas medidas, sobre todo de cara a una política de prevención (las medidas buscan transformar realidades que pudieron ser la causa directa o influenciar fuertemente en la ocurrencia de los actos de violación de derechos).

No es por tanto la naturaleza de la medida lo que nos genera objeciones, siempre que esta no se confunda con una política social, como hemos apuntado en el acápite anterior.<sup>18</sup> El principal cuestionamiento que tenemos con este tipo de medidas es la transformación de la Corte IDH en un órgano rector de políticas sociales, sin tener en consideración aspectos como progresividad, presupuesto e indicadores de cumplimiento. A ello se suma el hecho de que como técnicamente el DESC no está en discusión en los alegatos del caso, el Estado no puede argumentar sobre la posibilidad o imposibilidad de implementar dichas medidas

Tal vez los ejemplos más palpables de esta situación sean las reparaciones ordenadas para los casos *El Mozote Vs. El Salvador* y *Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. En el primer caso, la Corte IDH estableció como medida de reparación la adopción de un programa de desarrollo dirigido

18 Sobre el particular, y los criterios diferenciadores, revisar UPRIMNY-YEPES, Rodrigo & Diana Esther GUZMÁN-RODRÍGUEZ. En búsqueda de un concepto transformador y participativo para las reparaciones en contextos transicionales. Op. Cit., p. 256 y ss.

al caserío El Mozote y lugares aledaños. En este sentido, estableció un plazo de cinco años para que el Estado implemente en una serie de comunidades, independientemente de las obras públicas del presupuesto nacional que se destinen para esa región o municipio a) mejoras en el sistema de las vías de comunicación públicas; b) acceso a servicios públicos de agua y luz; c) establecimiento de un centro de salud en un lugar accesible para la mayoría de las poblaciones, con el personal y las condiciones adecuadas, en el cual se pueda brindar atención médica, psicológica o psiquiátrica, y psicosocial, a las personas que se hayan visto afectadas y que requieran de este tipo de tratamiento; d) construcción de una escuela en un lugar accesible para la mayoría de las poblaciones, y e) construcción de un centro para adultos mayores (CORTE IDH, Serie C, n° 252 parr. 339).

Es importante precisar que en el intercambio de argumentos sobre reparaciones El Salvador señaló su disponibilidad a impulsar un programa de desarrollo, precisando que se encontraba en fase de diseño y planificación de “un programa de desarrollo dirigido al caserío El Mozote y lugares aledaños, en atención a las principales necesidades que se vayan identificando y acordando, pero teniendo en referencia el interés en ciertos proyectos concretos, tales como la casa de la tercera edad, becas escolares, conectividad vial, entre otras, para lo cual, se elaborará un plan integral de obras de desarrollo social y de activación económica y de prestación de servicios públicos” (CORTE IDH, Serie C, n° 252, parr. 338). No obstante, la CorteIDH habría establecido las prestaciones concretas, con objetivos e indicadores de cumplimiento absoluto, y en un plazo determinado por ella.

En el mismo sentido, en el caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala se estableció el deber de implementar, independientemente de las demás obras públicas que estén previstas en el presupuesto nacional las siguientes medidas orientadas al “fortalecimiento de infraestructura y servicios básicos”: a) el fortalecimiento del centro de salud de Pacux mediante la dotación de recursos humanos permanentes y calificados en materia de atención a la salud física, psicológica y odontológica, medicamentos y ambulancias equipadas; b) el diseño e implementación de programas de seguridad alimenticia y nutricional; c) la mejora de calles y avenidas dentro de la Colonia; d) la implementación de un sistema de alcantarillado, tratamiento de aguas negras o residuales y abastecimiento de agua potable, y e) la reconstrucción o mejora de las escuelas de nivel primario en la Colonia de Pacux y el establecimiento de un programa de educación a nivel secundario bilingüe en español y en maya achí. El Estado debe implementar dichos programas referidos dentro de un plazo de cinco años,

contado a partir de la notificación de esta Sentencia” (CORTE IDH, Serie C, n° 284, parr. 284). De manera adicional, la CorteIDH ordenó como medida de reparación la implementación de un proyecto de rescate de la comunidad maya Achí en el plazo de un año, dirigido a rescatar, promocionar, divulgar y conservar los usos y costumbres ancestrales, basado en los valores, principios y filosofías del pueblo maya achí y, particularmente, de la comunidad de Río Negro. Dicho programa deberá generar un espacio para promover las expresiones artísticas, lingüísticas y culturales de la comunidad (CORTE IDH, Serie C, n° 252, parr. 285).

No obstante, el cuestionamiento a la CorteIDH como órgano rector de políticas públicas no solo genera nuestro cuestionamiento a nivel teórico, sino práctico. Diseñar políticas públicas y ejecutarlas, en particular en materia de prestaciones sociales y culturales, no es una tarea sencilla. Requiere de un proceso participativo de avances y retrocesos, y donde el cumplimiento pleno de dicha política nunca podrá satisfacerse. Por ello, el trabajo con indicadores de cumplimiento (estructurales, de proceso y de resultado), resultan fundamentales. Es el Estado (y no un órgano supranacional) el que debiera evaluar la viabilidad de las acciones. Y es el Estado el que debiera establecer metas realistas sobre cumplimiento. La imposibilidad de judicializar DESC en el sistema interamericano ha generado una solución parcial, que ahora está presentando inconvenientes. Cómo direccionar a un Estado en la adopción de políticas públicas sociales, cuando el órgano jurisdiccional no ha establecido indicadores ni ha tenido la posibilidad de dialogar con el Estado hacer de las posibilidades de implementación de dichas medidas. Como decimos, los problemas no son sólo de carácter teórico, sino práctico, y a ellos nos referiremos en el siguiente acápite.

## *2.2 Efectividad de las reparaciones en la satisfacción del derecho*

Como se ha afirmado a lo largo de este texto, la judicialización de los DESC (aunque indirecta) es una realidad. Si bien en un primer momento esta judicialización indirecta resultó positiva por permitir abordar graves violaciones de derechos humanos que de otra forma hubieran quedado impunes, hubiese sido necesario que el sistema se decante por abrir la puerta a la judicialización directa de los DESC. De otra manera, el análisis exhaustivo del contenido y posibilidades de cumplimiento de cada uno de estos derechos, en particular en lo referente a las medidas de reparaciones que

analizamos en los apartados b) y c) del acápite anterior, no se lleva a cabo de manera plena, y genera limitaciones para los Estados y la propia CorteIDH: para los Estados, al impedir tener herramientas claras para saber por dónde orientar el cumplimiento de derechos; y a la CorteIDH porque la priva de criterios para determinar cómo y cuándo obligar a los Estados a adoptar estas medidas, y de qué manera verificar su cumplimiento. Esto, en última instancia, se traduce en una pérdida de efectividad de los DESC, ya que el individuo (destinatario último de estas garantías) no encuentra respeto y garantía, ni información sobre los estándares de respeto y garantía de estos derechos. Algunos casos servirán para ejemplificar lo dicho.

En relación con las medidas de reparación en DESC dirigidas a un beneficiario, pero que plantean prestaciones no directamente vinculadas a la violación del derecho (las desarrolladas en el apartado b) del acápite anterior), identificamos que la CorteIDH tiene dificultades para declarar la medida satisfecha y cerrar el caso en fase de cumplimiento de sentencia. Dado que en estos supuestos se corre el riesgo de confundir la reparación con la política pública, en materia de salud por ejemplo, los Estados se limitan a dejar constancia del aseguramiento médico del beneficiario, pero no brindan información sobre las prestaciones específicas o el tratamiento que el beneficiario recibe, lo que lleva a la CorteIDH a declarar que la medida no está cumplida. No obstante, debe tenerse en cuenta que la utilización de los servicios de salud dependerá en buena medida de la voluntad del beneficiario. Asimismo, dado que algunas reparaciones en salud son otorgadas de por vida, el caso permanecerá abierto hasta que el beneficiario fallezca, dado que requerirá atención médica a lo largo de su vida. Finalmente, ya sea que se trate de prestaciones en salud relacionadas o no con la vulneración del derecho, las carencias o debilidades que puedan producirse en la prestación del servicio de salud, deben contextualizarse en una realidad de limitaciones para el cumplimiento de las dimensiones del derecho a la salud: disponibilidad, accesibilidad, calidad y adaptabilidad (CDESC, 2000).

Esta atingencia es importante en la medida que en la supervisión de sentencia del caso Contreras y otros Vs. El Salvador, la CorteIDH consideró que la medida de reparación en salud no había sido satisfecha. El Salvador señaló que había iniciado medidas de atención en salud física en beneficio de los integrantes de las familias beneficiarias, con base en evaluaciones médicas generales que se realizaron a cada persona para determinar sus necesidades y requerimientos. Asimismo, señaló que la atención se brindó a través de tres hospitales de la red pública ubicados en las regiones del país que corresponden a los lugares de residencia de las familias. En dichos hospitales se provee a los beneficiarios de consultas médicas, me-



dicamentos, controles médicos periódicos, intervenciones quirúrgicas y atención odontológica. Asimismo, indicó que para los controles de rutina o atenciones que no requieren realizarse en hospitales, tienen acceso a unidades de salud cercanas a sus lugares de residencia. Adicionalmente, el Estado venía desarrollando jornadas de sensibilización y formación al personal médico, enfermería, trabajo social, administrativo y jurídico de diferentes hospitales, en lo relativo a la condición de víctimas de violaciones a derechos humanos de los pacientes y las obligaciones estatales. Adicionalmente, el Estado venía llevando a cabo, a pedido de las víctimas, un proceso de capacitación del personal del Ministerio de Salud Pública que atiende a dichas personas, por quien fue perita ante la CorteIDH durante el proceso. Finalmente, el Estado señaló que ha procurado proveer de servicios de salud a Gregoria Herminia Recinos Contreras, residente en el extranjero, cuando se encontraba en el país.<sup>19</sup>

Por su parte, los representantes de las víctimas expresaron que los familiares continúan enfrentando obstáculos para recibir la atención prioritaria, en atención a su carácter de víctimas. Además, algunos beneficiarios informaron sobre problemas en relación con la disponibilidad y entrega de materiales y tratamiento médico recetados por los especialistas. Asimismo, señalaron que varios de los beneficiarios han sido diagnosticados con nuevas afecciones de salud que deberían empezar a ser tratadas.<sup>20</sup>

De manera similar, en la supervisión del caso Ximenes Lopes Vs. Brasil se observa que el último pedido de información el Estado reportó lo que ya había venido informando en anteriores oportunidades: el establecimiento de la Política Nacional de Educación Permanente en Salud (PNEPS), la Universidad Abierta del Sistema único de Salud (SUS) y al Plan de Emergencia de Ampliación del Acceso a la Atención y la Prevención contra el Alcohol y otras Drogas. Asimismo, añadió que el Ministerio de Salud busca incentivar las acciones que considera prioritarias y trabaja para ampliar las ofertas de capacitación en salud mental en el marco de la política de educación permanente de dicho Ministerio. Además, el Estado adjuntó un listado de las universidades que ofrecen cursos en el área de salud mental y que podrían ofrecer cursos a distancia; definió el contenido necesario para la formación de profesionales que trabajan en el área de salud pública; suministró apoyo técnico e incentivo a la priorización, por

19 Corte IDH. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 14 de mayo de 2013, párr. 31 y 32.

20 Ibid, párr. 33.

parte de los gestores de los estados federados y municipios, de la capacitación en salud mental en sus respectivos planes de educación permanente, y procedió a un análisis sobre la oferta y la necesidad de expansión de residencias médicas, seleccionando la psiquiatría como área prioritaria. Asimismo, señaló que en el 2009 desarrolló el programa Pro Residencia y lanzó una convocatoria de apoyo a los programas de residencia médica y entregó a los estados federados los recursos financieros para la PNEPS, entre otras acciones.<sup>21</sup> El Estado además brindó información detallada sobre el contenido de los cursos de capacitación que venía implementando<sup>22</sup>

No obstante, este señalamiento de medidas, los representantes de las víctimas argumentaron que dichas acciones no son suficientes y no impiden la repetición de las violaciones de derechos humanos en instituciones de atención a las personas con trastornos mentales, particularmente en las instituciones privadas vinculadas al SUS. Asimismo señalaron que era necesario conocer la profesión, el lugar de trabajo y la función ejercida por las personas que han recibido la capacitación. Finalmente, señalaron que todavía existen 35.426 plazas en hospitales psiquiátricos vinculados al SUS que estaban pendientes de ser llenadas. En su decisión sobre cumplimiento, la CorteIDH consideró que la medida de reparación permanecería abierta.

Ciertamente las carencias señaladas por los representantes de las víctimas en los dos casos reseñados deben ser tomadas en consideración. Pero también debe ser tomado en consideración la naturaleza programática de ciertas obligaciones emanadas del derecho a la salud (como es la implementación de programas de salud mental y la dotación de personal), y en particular la literalidad de las medidas de reparación ordenadas por la CorteIDH. En el caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*, la sentencia estableció el deber de:

continuar desarrollando un programa de formación y capacitación para el personal médico, psiquiátrico, psicológico, de enfermería, auxiliares de enfermería y para todas aquellas personas vinculadas con la atención de salud mental, en particular, sobre los principios que deben regir el trato de las personas que padecen discapacidades mentales, conforme a los estándares internacionales en la materia y aquellos establecidos en la presente Sentencia (...)

21 Corte IDH. Caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de mayo 2010, párr. 13.

22 *Ibid.*, párr 14.

Desde nuestra perspectiva la Corte no daba mayores insumos acerca de los alcances de cumplimiento de la reparación, por lo que no existen parámetros objetivos para considerar que lo realizado por el Estado de Brasil hasta la fecha no da cumplimiento a la medida ordenada. Lo contrario sería aceptar, que los estándares de medición de cumplimiento se construyen sobre la marcha en cada proceso de supervisión de sentencia.

Un comentario adicional merece el argumento de los representantes de las víctimas en el sentido de que las acciones realizadas no eran suficientes para impedir la repetición de las violaciones de derechos humanos en instituciones de atención a las personas con trastornos mentales. Si bien es cierto que las reparaciones transformadoras buscan modificar condiciones estructurales de la sociedad para prevenir la ocurrencia de nuevas violaciones, la obligación de prevención es una obligación de medios y no de resultados, tal como lo ha señalado la propia CorteIDH desde su primera sentencia (CORTE IDH, Serie C, n° 4, parr. 175).

Hemos dejado en claro a lo largo de este artículo que el abordaje conjunto de los DESC es positivo, necesario y coherente con la naturaleza de los derechos humanos. No obstante, lo ideal sería que dicho abordaje se hiciera no solo en la parte resolutive de la sentencia, sino en la parte considerativa, y sobre todo, en los intercambios de argumentos entre las partes. En todo caso, las limitaciones formales no deberían impedir que la CorteIDH en sus resoluciones de supervisión de sentencia (instrumentos no previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos, y por lo tanto, no delimitados en cuanto a su contenido) pudiera discutir los estándares e indicadores de cumplimiento de DESC. Ello permitirá no solo saber cuándo un Estado cumple o no, sino también tener claridad respecto a cuándo una persona ha visto respetados y garantizados sus DESC, es decir, permitirá tener certeza acerca del grado de efectividad de los derechos.

Los casos más complejos en términos de reparación en DESC, Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador y Masacres de Río Negro Vs. Guatemala aún no han sido revisados bajo un proceso de supervisión de sentencia. Será interesante ver qué resuelve la CorteIDH para estos casos.

## **Algunas conclusiones (y sobre todo preguntas)**

Si bien la conquista de la judicialización de los DESC a través de una judicialización indirecta ha sido teóricamente útil, cabe preguntarse hasta qué punto efectivamente ha contribuido a la satisfacción efectiva de DESC. La apertura del sistema fue positiva para poder dotar de integrali-

dad al cuerpo de derechos humanos y tutelar violaciones. No obstante, esa apertura inicial requería pasos que no se han tomado y empieza a generar algunos obstáculos prácticos:

- Muchas de las medidas de reparaciones se sustentan en la ausencia de políticas y programas sociales, e incluso llegan a confundirse con ellos. Esta situación desnaturaliza la medida de reparación al punto de preguntarnos si la CorteIDH actúa *ultra petitia*. Adicionalmente, estas medidas generan una situación de desigualdad entre quienes no son víctimas y quienes sí lo son, y en algunos casos entre quienes son víctimas y han obtenido una sentencia de la CorteIDH y quienes no.

- Las reparaciones en DESC ordenadas por la CorteIDH no toman en cuenta la naturaleza programática de algunas obligaciones en salud, educación, vivienda, desarrollo cultural o alimentación.

- Al ordenar reparaciones en DESC vinculadas a la realización de políticas sociales, la CorteIDH asume la potestad de direccionar el comportamiento de los Estados en la adopción de políticas públicas. Si bien hoy en día las cortes nacionales han venido adquiriendo un mayor protagonismo en el perfilamiento de políticas públicas, nos preguntamos si un órgano supranacional, que no conoce al detalle la realidad y legislación nacional, debiera asumir las funciones de órgano rector en política social.

- Las reparaciones en DESC de la CorteIDH estarían siendo adoptadas sin tomar en consideración aspectos claves que todo Estado debe considerar al momento de ejecutar una política pública. Peor aún, judicialización indirecta de los DESC no permite desarrollar estándares de cumplimiento a lo largo de la sentencia, pero sí ordena medidas de resultado. Los estándares se están desarrollando (imprecisamente) en las supervisiones de sentencia.

## Referencias

### *Libros y artículos académicos*

ABRAMOVICH, Víctor. Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Trabajo elaborado en pos de la obtención del certificado académico del XV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos Fernando Volio Jiménez,

dictado del 16 al 27 de junio de 1997 en San José de Costa Rica. Disponible en <http://190.41.250.173/guia/mat6.HTM>

ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Ed. Trotta, 2002.

AGUINAGA, Ernesto. Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos subjetivos. Tesis para optar por el grado de Abogado. 2008,

DE ASIS, Rafael. Escritos sobre derechos humanos. Lima: ARA Editores, 2005.

DE GREIFF, Pablo. Justice and Reparations. En: The handbook of reparations. Oxford University Press, 2006, p. 451. Ver también LAPLANTE, Lisa J. "On the indivisibility of Rights: Truth Commissions, Reparations, and the Right to Development". En: Yale Human Rights and Development Law Journal. 2007. p. 145 y ss. Ver: <[http://www.accessmylibrary.com/coms2/summary\\_0286-32522907\\_ITM](http://www.accessmylibrary.com/coms2/summary_0286-32522907_ITM)>.

GARCIA RAMIREZ, Sergio. Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, p. 156. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2454/9.pdf>

GIALDINO, Rolando. Los derechos económicos, sociales y culturales. Su respeto, protección y realización en el plano internacional, regional y nacional. En: CAJ. Red de información jurídica. Disponible en <http://www.cajpe.org.pe/guia/G-DESC.HTM>

LAPLANTE, Lisa J. "On the indivisibility of Rights: Truth Commissions, Reparations, and the Right to Development". En: Yale Human Rights and Development Law Journal. 2007. p. 145 y ss. Disponible en <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/LawJournals/laplante.pdf>

MELISH, Tara J., The Inter-American Court of Human Rights: Beyond Progressivity. En LANGFORD.M (ed) Social rights jurisprudence: emerging trends in comparative and international law, Cambridge University Press, 2008.

PECES-BARBA, Gregorio. Curso de derechos fundamentales. Madrid: BOE/UC3M, 1999, pp.215-228.

SALVIOLI, Fabián. El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. En: Trigésimo Cuarta Sesión de Enseñanza del 30 de junio al 25 de julio de 2003, Material de Enseñanza. Estrasburgo: Instituto Internacional de Derechos Humanos, Volumen I.

*¿Verdadera indivisibilidad? Las consencias de las judicialización indirecta de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos*

UPRIMNY-YEPES, Rodrigo y Diana Esther GUZMAN-RORÍGUEZ, *En búsqueda de un concepto transformador y participativo para las reparaciones en contextos transicionales*, 17 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 231-286 (2010), pp. 248-250. Disponible en [http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1692-81562010000200007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1692-81562010000200007&script=sci_arttext)

## *Instrumentos internacionales*

ONU - Proclamación de Teherán, adoptada por la Primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán celebrada el 13 de mayo de 1968

ONU - Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, aprobada el 27 de julio de 1981

ONU - Declaración y Programa de Acción de Viena. A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993

## *Jurisprudencia del Sistema interamericano de derechos humanos*

### *Casos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

CIDH. Baby Boy. Informe N° 23/81. Caso 2141 (Estados Unidos).

CIDH. Asociación Nacional de ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras. Informe N° 38/09. Caso 12.670 (Perú).

### *Casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 175.

Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C No. 87.

Corte IDH. Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 89.

Corte IDH. Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.

Corte IDH. Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párrafo 102.

Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, párr. 114.

Corte IDH. Caso De la Cruz Flores Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115

Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119.

Corte IDH. Caso Huilca Tecse Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 03 de marzo de 2005. Serie C No. 121.

Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125

Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

Corte IDH. Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137.

Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares. Sentencia de 11 de Septiembre de 1997. Serie C No. 32. Op. Cit, párrafo 144.

Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

Corte IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147.

*¿Verdadera indivisibilidad? Las consencias de las judicialización indirecta de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos*

Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, parágrafo 165.

Corte IDH. Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167.

Corte IDH. Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196.

Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198.

Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221.

Corte IDH. Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229.

Corte IDH. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232.

Corte IDH. Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237.

Corte IDH. Caso Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012 Serie C No. 240.

Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250.



Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252.

Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C No. 253.

Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257.

Corte IDH. Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261.

#### *Resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencia*

Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de mayo 2010.

Corte IDH. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 14 de mayo de 2013.

#### *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

European Court of Human Rights. Case of Airey v. Ireland, Judgment of 9 October 1979, Serie A, No. 32.

#### *Jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional*

C.P.I.J. SérieA, N° 17, 1928, p. 29

**Poner en mismo formato de letra y tamaño que el título anterior  
“Jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional”**

CDESC. Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), adoptada en el Quinto Período de Sesiones, 1990, U.N. Doc. E/1991/23.

*¿Verdadera indivisibilidad? Las consencias de las judicialización indirecta de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos*

CDESC. Observación General 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4. 11 de agosto de 2000.

CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, 1996.

Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. Adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones: Adoptados por Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005.



# A memória como direito fundamental civil e político: abordagem preliminar

*Rogério Gesta Leal*

## Notas introdutórias

O tema da Memória no âmbito da história é um dos mais agudos em nível de demarcação sobre atores sociais e suas práticas no tempo e no espaço, pois opera não só no âmbito dos efeitos e das conseqüências materiais, mas também imateriais, simbólicas e morais, com impactos incisivos nas gerações do passado, do presente e do futuro.

Quando ele se refere ainda a questões atinentes a regimes ditatoriais e de força, implementados, em particular, em algumas experiências ocidentais na segunda metade do século XX, que geraram violações as mais horrendas e predadoras possíveis – em especial, contra os chamados movimentos de resistência ou subversivos da ordem imposta -, torna-se mais problemático o seu tratamento, haja vista os interesses corporativos e pessoais vinculados a muitos detratores dos Direitos Humanos e Fundamentais violados que temem represálias ou responsabilidades pelos atos que praticaram.

Daí a importância de a memória ser tratada como política pública de gestão da história passada, presente e futura, contribuindo no processo didático-pedagógico de ensino/aprendizagem da Cidadania e da República, assim como suas instituições democráticas e representativas, para que se possa compreender o ocorrido e, com tal esclarecimento, formatar opinião pública pró-ativa em favor de práticas sociais civilizatórias e emancipacionistas de todos, inclusive para que aqueles tempos não voltem mais.

Essa é a pretensão deste trabalho: perscrutar sobre os possíveis significados do que se pode chamar de Direito à Memória, e como ele se aplica ao período do regime militar brasileiro, verificando quais as lições e as perspectivas decorrentes desse regime.

## 1. A memória como direito fundamental:

Junto com Hannah Arendt (1997), penso que o presente não esquece nem domestica o passado, isso porque a relação entre esses períodos de

tempo é de transversalidade e circularidade, na medida mesmo de uma perspectiva filosófica, operando aqui, com a lógica de que o sujeito que compreende não parte do zero, mas, ao contrário, conta com toda a história que lhe caracteriza e mesmo o define como sujeito: a tradição.

Existe uma forma de autoridade que foi particularmente defendida pelo romantismo: a tradição. O que é consagrado pela tradição e pela herança histórica possui uma autoridade que se tornou anônima, e nosso ser histórico e finito está determinado pelo fato de que também a autoridade do que foi transmitido, e não somente o que possui fundamentos evidentes, tem poder sobre essa base....É nossa dívida para com o romantismo é justamente essa correção do Aufklärung (Iluminismo), no sentido de reconhecer que, à margem dos fundamentos da razão, a tradição conserva algum direito e determina amplamente as nossas instituições e comportamentos (GADAMER, 2000, p. 421).

Isso significa que passado e presente se condicionam constantemente. Assim, em todo o processo histórico e sua compreensão, há uma antecipação de sentido que abrange a tradição, impondo-se o reconhecimento de que as próprias partes determinam o todo.

É nesse sentido que o tema da Memória se afigura de extrema importância à apuração da Verdade e da Justiça envolvendo a violação de Direitos Humanos e Fundamentais por regimes militares, em especial, quando se pergunta como pode o Estado interagir com a Sociedade Civil na constituição das melhores políticas públicas de Memória, ou como quer Bickford, ao insistir com as seguintes perguntas que fomentam tais medidas: *"How can memorials support truth commissions, tribunals, police reform, schools, community centers, watchdog groups, and other democracy-building projects? How can the state and civil society collaborate best on controversial projects to ease tensions over who "owns" the past and find mutually satisfying solutions?"* (BICKFORD, 2007, p. 38).<sup>1</sup>

1 Pergunta-se o autor e ao mesmo tempo responde: *"Should memorials be restricted to dignifying and commemorating victims, or should they have a wider function of creating awareness and fortifying democratic institutions? Memorialization, it became clear, is not a monolithic practice with a monolithic result. Thus the choice facing participants was not whether to remember their most difficult past, but how and to what end"*. (BICKFORD, 2007, p. 38).

*A memória como direito fundamental civil e político:  
Abordagem preliminar*

Em verdade, o envolvimento integrado institucional público e privado, mais o social, no âmbito das estratégias que promovam a compreensão dos fatos ocorridos no passado – e quiçá presente –, suas consequências e soluções, estão associadas ao trabalho de memória coletiva e ao fortalecimento comunitário.

Veja-se que os traumas decorrentes de situações como essas não se manifestam somente de forma física, sob o ponto de vista médico, mas envolvem, entre outras, questões coletivas que têm causas sociais e políticas. Nesse sentido, políticas públicas psicossociais, por exemplo, ajudam na reconstrução do tecido social por meio do enfrentamento do impacto psicológico individual ou familiar, minorando o modo de afrontar as causas de estresse, presentes na raiz do acontecimento traumático, restaurando a cotidianidade e o sentido de controle sobre a própria vida no contexto cultural (BERISTAIN, 1999, p. 29).

A memória aqui opera como condição de possibilidade à superação desses problemas, compreendendo contextualmente o ocorrido, já que as feridas se dão em determinado marco histórico. A par disso, estratégias e políticas de memória usam de recursos locais e mecanismos de enfrentamento dessas questões, associados a programas com estratégias de reconstrução identitária e democrática dos vínculos sociais. Entre as ações possíveis, pode-se destacar:

- (1) Reconstrução do âmbito social e cultural, com a utilização de atividades artesanais, artísticas, educativas, promoção de grupos de autoajuda, grupos de apoio, entre outros;
- (2) Apoio individual e familiar, centrado no trabalho em grupo, na terapia individual e familiar, abrindo espaços para que as pessoas possam compartilhar suas experiências, o que pode ser útil para romper o silêncio;
- (3) Treinamento de pessoas locais em capacidades de apoio psicossocial para encarar e tratar o impacto traumático, com apoio e seguimento institucional;
- (4) Participação de grupos de autoajuda, formados por sobreviventes de conflitos violentos e por familiares dos que morreram ou desapareceram, gerando espaços seguros e amistosos em que pode haver o compartilhamento de experiências.
- (5) Importância das formas simbólicas de expressão do reconhecimento do ocorrido, como cerimônias e rituais, evidenciando íco-

nes sociais que mantenham vivas as lições dolorosas do passado (memoriais, parques, placas nas ruas, celebração de aniversários, entre outros.) (IIDH, on-line).

Como diz Joinet:

*El problema no es que la memoria nos lleve a vivir mirando hacia atrás. Es precisamente al revés, el presente es inmutable y está atado por el pasado porque se teme el cambio. Y cuando no se deja que se conozca la verdad es porque el sistema no está muerto. Si se dejase, sería un indicador de su muerte, como esos personajes de quienes se empieza a conocer una historia veraz cuando han desaparecido.*

*El pasado no es una carga de la que librarse, de cuyo peso muerto los vivos pueden o incluso deben deshacerse en su marcha hacia el futuro. El pasado no tira hacia atrás sino que nos presiona hacia delante. Para Hannah Arendt hay tiempos históricos, raros periodos intermedios, en los que el tiempo está determinado tanto por cosas que ya no son como por cosas que todavía no son. En la historia estos intervalos han demostrado en más de una ocasión que pueden contener el momento de la verdad. El intervalo entre el pasado y el futuro no es un continuum, sino un punto de fractura en el que luchamos para hacernos un lugar propio. En esos momentos la memoria de la violencia puede convertirse en una realidad tangible y en una perplejidad para todos, pasando a ser un hecho políticamente relevante (JOINET, 2006).<sup>2</sup>*

Em verdade, a elaboração dos traumas causados pelos acontecimentos sob comento demanda reconhecer a necessidade de se substituir a simultaneidade psicológica do ocorrido (e suas memórias negativas e hegemônicas) por sequências de passado/presente, com vista a superação, fazendo que se desalojem lastros de agravos e ressentimentos que mantêm as pessoas ligadas, demasiadamente, a um tempo pretérito interminável. Decorre disso a necessidade daquilo que Jodelet chama de recordação coletiva, enquanto forma de reconhecer que os atos ocorridos foram injustos e que não podem voltar a acontecer (JODELET, 2008, p. 27).<sup>3</sup>

2 Na mesma direção o texto de BERGER, Juan. **Y nuestros rostros, mi vida, breves como fotos**. Madrid: Hermann Blume, 2006.

3 Vale a advertência de Alexandra de Brito: “memória é uma luta sobre o poder e sobre quem decide o futuro, já que aquilo que as sociedades lembram e esquecem determina suas opções

*A memória como direito fundamental civil e político:  
Abordagem preliminar*

Veja-se que, na percepção de Alexandra de Brito, enquanto a justiça transicional se encontra localizada e focada mais no que se pode nominar de *transitologia* ou da política comparativa, dentro da família da ciência política, os estudos de memória emergem da sociologia e dos estudos culturais. Em razão disso, sustenta a autora e com isto concordo, a divisão de trabalho se explica até certo ponto, pois os pactos transitórios são temporariamente limitados, enquanto que o trabalho de memória não tem começo nem fim natural, sendo imperioso que se combine essas perspectivas para compreender melhor os fenômenos de que se ocupam.<sup>4</sup> Em verdade:

Para aprofundar mais nosso conhecimento sobre a justiça transicional e a política da memória, precisamos combinar várias perspectivas analíticas. Análises de ‘equilíbrio de poder’ próprias da ciência política, ou a visão de escolha racional que funciona bem ao analisar opções políticas, e análises de custo-benefício, perdem força explanatória quando começamos a examinar a produção de memória social. Devemos combinar as perspectivas da ciência jurídica e ciência política com outras vertentes (BRITO, 2009, p.76).

Para os especialistas que trabalham com o tema da memória em circunstâncias como aquelas a que estou me referindo, existem, ao menos, dois tipos de compreensão que se precisam ter sobre os fatos passados: uma fatural e outra moral; a verdade das narrações que contam o que ocorreu e aquelas que buscam explicar por que isso ocorreu. A primeira supõe um processo de investigação do passado e o conhecimento dos fatos, identificando quem foram os atores que participaram disso e de que forma o fizeram, as consequências e as medidas que foram tomadas a respeito. Já a segunda requer todo um processo de envolvimento e de interlocução so-

---

futuras. Mitos e memórias definem o âmbito e a natureza da ação, reordenam a realidade e legitimam o exercício do poder. A política da memória se torna parte do processo de socialização política, ensinando às pessoas como perceber a realidade política e as ajudando a assimilar idéias e opiniões.... Memórias históricas e lembranças coletivas podem ser instrumentos para legitimar discursos, criar fidelidade e justificar ações políticas”. (BRITO, 2009, p.72).

- 4 Por tais razões é que se entende porque “memórias reprimidas e ignoradas podem ‘irromper’ décadas depois que a transição de um regime tenha supostamente ‘acabado’ com essa questão. Um doloroso processo de redescoberta do passado e de reavaliação pode permanecer latente até que algum evento desencadeie a ‘irrupção’ da memória” (BRITO, 2009, p.76).



cial, político e educativo, a partir do que se criam as condições à superação e ao aprendizado compromissado com a democracia (ARENDDT, 2002).<sup>5</sup>

Quando se fala em sociedades fraturadas por processos de violações de Direitos Humanos e Fundamentais que permanecem alienadas do que passou com seus pares, familiares, amigos, afetos, etc., por ausência de políticas públicas restauradoras da verdade e da justiça, não se está focando, em especial, o âmbito penal e indenizatório, mas aquele que diz com direitos e garantias majoritários e contramajoritários da Sociedade Civil em saber sobre os fatos que macularam a República e a Democracia. A fratura aqui é cívica e de direitos, não importa se afeta diretamente algumas centenas de pessoas, sendo que milhões sequer se interessam pelo tema.

Negar a informação e a formação a quem quer que seja, envolvendo essas questões implica, por si só, violação de Direito Fundamental à Informação e ao Conhecimento, condição de possibilidade para o exercício autônomo e crítico da cidadania, isso porque a Memória “compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha” (OEA 1969, on-line).

Por certo que, iniciada a abertura dos dados e dos documentos condizentes com o período de exceção, o manejo e o estudo de tão rico material podem gerar uma profusão incontrolada de outras descobertas de desrespeito aos direitos de que se está falando e outros que sequer se imaginava, isso porque, rompido o silêncio dos poderes instituídos e o segredo de documentos, é muito provável que outros fatos e provas venham a ser conhecidos, ampliando o espectro da memória e da verdade inicialmente demarcada. Mas esse é o chamado risco presumido de políticas comprometidas como as que estou defendendo.

Sin embargo, en muchas sociedades fracturadas por hechos traumáticos recientes, el compartir sobre el pasado provoca una polarización en las actitudes hacia la sociedad, o al menos una actitud más negativa de la situación actual, dado que no puede obviarse el impacto de los hechos vividos y las exigencias de justicia y reparación que no han sido escuchadas. La memoria puede entonces hacer explícito un conflicto subyacente para lograr un nuevo equilibrio social (GALEANO, 1996, p. 32).<sup>6</sup>

5 Por tais razões é que diz que a memória se apresenta como requalificação das referências que compõem a identidade de uma República.

6 Ainda adverte o autor que: “*La distorsión de la memoria colectiva, y el no reconocimiento social de los hechos, tiene también efectos en los supervivientes como una privatización del daño, una falta de dignificación de las víctimas y una pérdida de apoyo por parte de las personas más afectadas, que se encuentran así sin marco social para darle un significado positivo a su experiencia*” (GALEANO, 1996, p.32).

*A memória como direito fundamental civil e político:  
Abordagem preliminar*

Assim é que, se a verdade se afigura como necessária na elucidação dos temas em discussão, a reconciliação do Estado e da República para com esse tempo passado, que se conecta com o presente e o futuro de sua gente, demanda mais passos e avanços, evitando que essa verdade se transforme tão somente em resultado mercantil de ressarcimentos legítimos, mas afiance a função racionalizadora da história comprometida com o desvelamento das fissuras perpetradas à Democracia, ou seja, “resgatar a memória com verdade também é fundamental para elucidar o que é inconsciente e irracional, passando-os à consciência para transcendê-los” (BARBOSA, 2008, p. 29).

Por outro lado, não se pode aceitar a manipulação de dados parciais para impor responsabilidades unilaterais pelos fatos ocorridos envolvendo essas questões, porque isso constrói uma memória distorcida e indutora de erros muito graves. Tais situações ocorreram, de certa forma, na experiência do nazismo alemão, do fascismo italiano, no período posterior à ditadura salazarista em Portugal e franquista na Espanha, só para ficar com a história de países da Europa central; eis que o silêncio e o fomento para o esquecimento forçado geraram profundos equívocos de percepção de vários segmentos sociais, inclusive vitimizando sujeitos que não estiveram envolvidos naqueles atos.<sup>7</sup>

Até praticamente a queda do Muro de Berlim, a Alemanha Oriental não possuía memoriais sobre os judeus mortos, sequestrados, torturados e desaparecidos no terceiro Reich, a despeito de possuir referências aos movimentos antifascistas, como diz Sybille Quack, ex-diretor administrativo do Memorial aos Judeus Mortos, na Europa:

*There were no memorials to the victims of the Holocaust in East Germany until the collapse of the Berlin Wall. Official dogma dictated what “conversations about the past” were possible. All over the country there were memorials and plaques remembering the anti-fascist resistance, as well as presenting historical role models for the current society. But the fate of different victims’ groups, and especially of the murdered Jews, was not or almost not remembered (BICKFORD, 2007, p. 28).*

<sup>7</sup> Ver o texto de Bickford (2007, p. 28). Aqui o autor lembra que: “Jan Munk, director of the Terezín Memorial in the Czech Republic, bore witness to how the communist Czech state controlled public memory as part of its broader program of control. The Czech government established the Terezín Memorial in 1947 to remember the Nazi occupation at the site of the Holocaust ghetto and transport station. Under the communist regime the state controlled the story that was told at the site, describing a struggle against fascism with no mention of the persecution of Jews. In the early 1990s the museum was reconceived and redesigned to address the Jewish Holocaust for the first time. Today the site is officially independent of the state, although the majority of its budget comes from the Ministry of Culture”.

Mas não foi só na experiência europeia que isso ocorreu, basta ver, em caráter exemplificativo, o caso argentino, em especial, pela circunstância das leis conhecidas como Ponto Final e Obediência Devida, as quais criaram condições normativas para que os responsáveis pela perpetração de atos violatórios de Direitos Humanos e Fundamentais fossem isentos de qualquer responsabilidade, a ponto de Bickford sustentar que *During the 1990s, "while the state provided economic compensation for the victims of political imprisonment, forced disappearance, and summary execution, it also promoted the impunity of the perpetrators and appealed to those well-worn euphemisms of national reconciliation and the need to leave the painful past behind."* (BICKFORD, 2007, p. 28).

No governo Nestor Kirchner, em especial de 2003 a 2007, aquelas legislações foram revistas pelo Congresso e foram implementadas várias políticas públicas de Verdade e Memória no país, inclusive transformando antigos centros de repressão em memoriais de visitação pública, como é o caso da Escola de Mecânica do Exército – ESMA, um dos locais em que a repressão política era realizada, com torturas e mortes de pessoas.

Estima-se que, nesse centro clandestino de tortura, desapareceram mais de 5.000 pessoas. Os opositores, presos na ESMA, eram torturados, e 90% deles, assassinados, sendo fuzilados ou até mesmo jogados vivos de um despenhadeiro para dentro do Rio da Prata. Ainda assim, existiam os mortos sob tortura, os quais eram enterrados no próprio pátio da Escola. Esses fósseis encontrados serviram de ponto inicial para que estudos mais aprofundados fossem feitos sobre a barbárie Argentina, além de o próprio prédio da ESMA ainda manter as salas de tortura intactas, com algemas e correntes usadas pelos torturados (FUNARI; ZARANKIN; REIS, 2008).<sup>8</sup>

No Brasil, a forma como alguns importantes meios de comunicação de massa trataram, na época do Golpe Militar brasileiro, esses temas evidencia o registro histórico unilateral das complexas variáveis e causas do ocorrido, impondo-se também por isso a problematização dessa memória fragmentada:

#### *De Norte a Sul vivas à Contra-Revolução*

“Desde ontem se instalou no País a verdadeira legalidade ... Legalidade que o caudilho não quis preservar, violando-a no que de mais fundamental ela tem: a disciplina e a hierarquia militares. A legalidade está conosco e

8 Veja-se que, em 1998, o Presidente Carlos Menen tentou destruir este prédio em nome da construção de um outro denominado Monumento da Unidade Nacional, tentando apagar os vestígios do regime de exceção, não conseguindo o intento graças aos movimentos de Direitos Humanos que lutaram contra a idéia.

*A memória como direito fundamental civil e político:  
Abordagem preliminar*

não com o caudilho aliado dos comunistas”. (Editorial do Jornal do Brasil - Rio de Janeiro - 1º de Abril de 1964)

“Multidões em júbilo na Praça da Liberdade. Ovacionados o governador do estado e chefes militares. O ponto culminante das comemorações que ontem fizeram em Belo Horizonte, pela vitória do movimento pela paz e pela democracia foi, sem dúvida, a concentração popular defronte ao Palácio da Liberdade. Toda área localizada em frente à sede do governo mineiro foi totalmente tomada por enorme multidão, que ali ocorreu para festejar o êxito da campanha deflagrada em Minas [...], formando uma das maiores massas humanas já vistas na cidade”. (O Estado de Minas - Belo Horizonte - 2 de abril de 1964)

***Os bravos militares***

“Salvos da comunização que celeremente se preparava, os brasileiros devem agradecer aos bravos militares que os protegeram de seus inimigos”  
“Este não foi um movimento partidário. Dele participaram todos os setores conscientes da vida política brasileira, pois a ninguém escapava o significado das manobras presidenciais”. (O Globo - Rio de Janeiro - 2 de Abril de 1964)

***Carnaval nas ruas***

“A população de Copacabana saiu às ruas, em verdadeiro carnaval, saudando as tropas do Exército. Chuvas de papéis picados caíam das janelas dos edifícios enquanto o povo dava vazão, nas ruas, ao seu contentamento”. (O Dia - Rio de Janeiro - 2 de Abril de 1964)

***Escorraçado***

“Escorraçado, amordaçado e acovardado, deixou o poder como imperativo de legítima vontade popular o Sr João Belchior Marques Goulart, infame líder dos comun-carreiristas-negocistas-sindicalistas. Um dos maiores gatunos que a história brasileira já registrou., o Sr João Goulart passa outra vez à história, agora também como um dos grandes covardes que ela já conheceu”. (Tribuna da Imprensa - Rio de Janeiro - 2 de Abril de 1964)

“A paz alcançada. A vitória da causa democrática abre o País a perspectiva de trabalhar em paz e de vencer as graves dificuldades atuais. Não se pode, evidentemente, aceitar que essa perspectiva seja toldada, que os ânimos sejam postos a fogo. Assim o querem as Forças Armadas, assim o quer o povo brasileiro e assim deverá ser, pelo bem do Brasil”. (Editorial de O Povo - Fortaleza - 3 de Abril de 1964)

“Ressurge a Democracia ! Vive a Nação dias gloriosos. Porque souberam unir-se todos os patriotas, independentemente das vinculações políticas simpáticas ou opinião sobre problemas isolados, para salvar o que é de essencial: a democracia, a lei e a ordem. Graças à decisão e ao heroísmo das Forças Armadas que, obedientes a seus chefes, demonstraram a falta de visão dos que tentavam destruir a hierarquia e a disciplina, o Brasil livrou-se do governo irresponsável, que insistia em arrastá-lo para rumos contrários à sua vocação e tradições”.

“Como dizíamos, no editorial de anteontem, a legalidade não poderia ter a garantia da subversão, a ancora dos agitadores, o anteparo da desordem. Em nome da legalidade não seria legítimo admitir o assassinio das instituições, como se vinha fazendo, diante da Nação horrorizada...”. (O Globo - Rio de Janeiro - 4 de Abril de 1964)

“Milhares de pessoas compareceram, ontem, às solenidades que marcaram a posse do marechal Humberto Castelo Branco na Presidência da República... O ato de posse do presidente Castelo Branco revestiu-se do mais alto sentido democrático, tal o apoio que obteve”. (Correio Braziliense - Brasília - 16 de Abril de 1964)

“Vibrante manifestação sem precedentes na história de Santa Maria para homenagear as Forças Armadas”. “Cinquenta mil pessoas na Marcha Cívica do Agradecimento”. (A Razão - Santa Maria - RS - 17 de Abril de 1964)

“Vive o País, há nove anos, um desses períodos férteis em programas e inspirações, graças à transposição do desejo para a vontade de crescer e afirmar-se. Negue-se tudo a essa revolução brasileira, menos que ela não moveu o País, com o apoio de todas as classes representativas, numa direção que já a destaca entre as nações com parcela maior de responsabilidades”. (Editorial do Jornal do Brasil - Rio de Janeiro - 31 de Março de 1973)

*A memória como direito fundamental civil e político:  
Abordagem preliminar*

“Sabíamos, todos que estávamos na lista negra dos apátridas - que se eles consumassem os seus planos, seríamos mortos. Sobre os democratas brasileiros não pairava a mais leve esperança, se vencidos. Uma razzia de sangue vermelha como eles, atravessaria o Brasil de ponta a ponta, liquidando os últimos soldados da democracia, os últimos paisanos da liberdade”. O Cruzeiro Extra - 10 de Abril de 1964 - Edição Histórica da Revolução - “Saber ganhar” - David Nasser

“Golpe? É crime só punível pela deposição pura e simples do Presidente. Atentar contra a Federação é crime de lesa-pátria. Aqui acusamos o Sr. João Goulart de crime de lesa-pátria. Jogou-nos na luta fratricida, desordem social e corrupção generalizada”. (Jornal do Brasil, edição de 01 de abril de 1964.)

“Participamos da Revolução de 1964 identificados com os anseios nacionais de preservação das instituições democráticas, ameaçadas pela radicalização ideológica, greves, desordem social e corrupção generalizada”. Editorial do jornalista Roberto Marinho, publicado no jornal “. (O Globo”, edição de 07 de outubro de 1984, sob o título: “Julgamento da Revolução”. )

31/03/64 – FOLHA DA TARDE – (Do editorial, A GRANDE AMEAÇA)”... cuja subversão além de bloquear os dispositivos de segurança de todo o hemisfério , lançaria nas garras do totalitarismo vermelho, a maior população latina do mundo ...”

31/03/64 – CORREIO DA MANHÃ – (Do editorial, BASTA!): “O Brasil já sofreu demasiado com o governo atual. Agora, basta!”

31/02/64 – JORNAL DO BRASIL – “Quem quisesse preparar um Brasil nitidamente comunista não agiria de maneira tão fulminante quanto a do Sr. João Goulart a partir do comício de 13 de março...”

1o/04/64 – CORREIO DA MANHÃ – (Do editorial, FORA!): “Só há uma coisa a dizer ao Sr. João Goulart: Saia!”

1o/04/64 – ESTADO DE SÃO PAULO – (SÃO PAULO REPETE 32) “Minas desta vez está conosco”... “dentro de poucas horas, essas forças não serão mais do que uma parcela mínima da incontável legião de brasileiros

que anseiam por demonstrar definitivamente ao caudilho que a nação jamais se vergará às suas imposições.”

02/04/64 – O GLOBO – “Fugiu Goulart e a democracia está sendo restaurada”... “atendendo aos anseios nacionais de paz, tranqüilidade e progresso... as Forças Armadas chamaram a si a tarefa de restaurar a Nação na integridade de seus direitos, livrando-a do amargo fim que lhe estava reservado pelos vermelhos que haviam envolvido o Executivo Federal”.

02/04/64 – CORREIO DA MANHÃ – “Lacerda anuncia volta do país à democracia.”

05/04/64 – O GLOBO – “A Revolução democrática antecedeu em um mês a revolução comunista”.

05/04/64 – O ESTADO DE MINAS – “Feliz a nação que pode contar com corporações militares de tão altos índices cívicos”. “Os militares não deverão ensarilhar suas armas antes que emudeçam as vozes da corrupção e da traição à pátria.”

06/04/64 – JORNAL DO BRASIL – “PONTES DE MIRANDA diz que Forças Armadas violaram a Constituição para poder salvá-la!”

09/04/64 – JORNAL DO BRASIL – “Congresso concorda em aprovar Ato Institucional”.

10/04/64 – JORNAL DO BRASIL – “Partidos asseguraram a eleição do General Castelo Branco”.

16/04/64 – JORNAL DO BRASIL – “Rio festeja a posse de Castelo”.

18/04/64 – JORNAL DO BRASIL – “Castelo garante o funcionamento da Justiça”.

21/04/64 – JORNAL DO BRASIL – “Castelo diminui nível de aumento aos militares”. Corte propõe aumento aos militares com 50% menos do que tabela anterior”.

07/10/1984 – O GLOBO – (Do editorial, JULGAMENTO DA REVOLUÇÃO) “...Sem o povo não haveria revolução, mas apenas um “pronunciamento” ou “golpe” com o qual não estaríamos solidários”. “... nos meses dramáticos de 1968 em que a intensificação dos atos de terrorismo provocou a implantação do AI-5.” “...na

*A memória como direito fundamental civil e político:  
Abordagem preliminar*

expansão econômica de 1969 a 1972, quando o produto nacional bruto cresceu à taxa média anual de 10%...” “...naquele primeiro decênio revolucionário, a inflação decrescerá de 96% para 12% ao ano, elevando-se as exportações anuais de 1 bilhão e 300 mil dólares para mais de 12 bilhões de dólares”. “... elevando a produção de petróleo de 175 mil para 500 mil barris diários e a de álcool de 680 milhões para 8 bilhões de litros, e simultaneamente aumentar a fabricação industrial em 85%, expandir a área plantada para produção de alimentos com 90 milhões de hectares a mais, criar 13 milhões de novos empregos, assegurar a presença de mais de 10 milhões de estudantes nos bancos escolares, ampliar a população economicamente ativa de 25 milhões para 45 milhões elevando as exportações anuais de 12 bilhões para 22 bilhões de dólares”. “... há que se reconhecer um avanço impressionante: em 1964 éramos a quadragésima nona economia mundial, com uma população de 80 milhões de pessoas e renda per capita de 900 dólares; somos hoje a oitava, com uma população de 130 milhões de pessoas, e uma renda média per capita de 2500 dólares”. “...Não há memória de que haja ocorrido aqui, ou em qualquer outro país, que um regime de força consolidado há mais de dez anos, se tenha utilizado do seu próprio arbítrio para se auto limitar, extinguindo-se os poderes de exceção, anistiando adversários, ensejando novos quadros partidários, em plena liberdade de imprensa. É esse, indubitavelmente, o maior feito da Revolução de 1964”.<sup>9</sup>

É interessante notar que essa preocupação com a memória é recorrente, inclusive por parte de grupos e indivíduos que participaram como agentes das forças de segurança pública, exemplificando-se aqui, com a formação da chamada Fundação Augusto Pinochet, que constitui um Instituto de História do Chile, com 27 (vinte e sete) centros de estudos e investigação espalhados em todo o país, exatamente, para elaborar uma versão da história contemporânea chilena, de acordo com os próprios interesses. Esses processos de distorção da memória contam com vários mecanismos de manipulação da verdade, como culpar outros sujeitos sociais pelos fatos e pelos atos ocorridos durante os regimes de força, manipular

<sup>9</sup> In: <http://blogdabrhistoria.blog.uol.com.br/> Acesso em: 28 jun. 2011.



as associações dos acontecimentos, responsabilizar circunstâncias alheias à vontade dos envolvidos, entre outros (PÁEZ et. al. 1997).<sup>10</sup>

Apesar de difícil e por vezes dolorosa, a memória das atrocidades cometidas se afigura também como uma parte de políticas públicas de prevenção à violência no futuro, assim como contribuem para o desmantelamento dos mecanismos que fizeram possíveis os horrores perpetrados em face dos Direitos Humanos e Fundamentais, reconstruindo algumas relações sociais atingidas por tais processos.

Na Guatemala, por exemplo, há paradigmático relato da constituição da memória a partir da provocação social de base:

*Cuando en el proyecto REMHI (Guatemala) se empezaron a recoger testimonios en Chicoj, mucha gente quiso dar a conocer su historia de forma pública, pero también compartirla con otras comunidades con las que se encontraban enfrentadas o distantes a consecuencia de la guerra, como una forma de hacer un proceso de reconciliación local. En otros lugares, hablar de lo que pasó llevó también a denunciar cementerios clandestinos, a realizar ceremonias como en Sahakok (Alta Verapaz), en donde los/las ancianos/as soñaron con una cruz en lo alto del cerro donde habían quedado sin enterrar tantas de sus hermanas. Veintiocho comunidades se organizaron para llevar a cabo ese sueño. En la montaña, además de sus restos, quedaron escritos entonces los nombres de novecientos dieciséis personas que la gente había ido recogiendo. La cruz en lo alto de la montaña no es sólo un recuerdo de los muertos, sino una sanción moral contra las atrocidades (ODHAG, 1998, p. 113).*

Por outro lado, têm-se, igualmente, várias iniciativas não necessariamente governamentais que operam com informações dessa natureza, tais como os chamados *archivos de documentación repressiva*: o Arquivo Edgard Leuenroth/UNICAMP; Archivo Nacional de la Memoria, CEDINCI, Memoria Abierta, Centro de Documentación de la Comisión Provincial por la Memoria/La Plata, CELS (AR); o Archivo del Horror (PY); Ministério Relações Exteriores e SERPAJ (UY).<sup>11</sup>

10 Ver também o texto de WILDE, Alexander. **Chile's Memory and Santiago's General Cemetery**. Trabalho apresentado no Latin American Studies Association Congress. September 5–8. Montreal: Canadá, 2007. Entregue impresso no Congresso.

11 In: [http://www.historiaoraluba.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=10:simpósio-ditaduras-de-seguranca-nacional-no-cone-sul](http://www.historiaoraluba.org/index.php?option=com_content&view=article&id=10:simpósio-ditaduras-de-seguranca-nacional-no-cone-sul). Acesso em: 25 jul. 2011.

*A memória como direito fundamental civil e político:  
Abordagem preliminar*

Essas formas de recordação e memória proporcionam também certa consciência social e estímulos à vida das pessoas que foram atingidas, direta ou indiretamente, pelos acontecimentos violentos, conquistando espaços para os fins de constituir a opinião pública no sentido de se romper definitivamente as espirais de violência que marcaram o tratamento da política e da divergência em tempos passados. Como bem lembra Carmen Pérez:

Rememorar é um ato político. Nos fragmentos da memória encontramos atravessamentos históricos e culturais, fios e franjas que compõem o tecido social, o que nos permite ressignificar o trabalho com a memória como uma prática de resistência. [...] São nas ausências, vazios e silêncios, produzidos pelas múltiplas formas de dominação, que se produzem as múltiplas formas de resistência [...] que, fundadas no inconformismo e na indignação perante o que existe, expressam as lutas dos diferentes agentes (pessoas e grupos) pela superação e transformação de suas condições de existência (PÉREZ, on-line).

Lembro, no particular, que esse discernimento social de que falo pode operar, enquanto instrumento capaz de servir, como *“metro di legittimità delle leggi pubbliche, che si giustificano in ultima istanza solo grazie alla forza dell’argomento migliore”* (HABERMAS, 2000, p. 29). Com tais premissas habermasianas, chego à conclusão de que a opinião pública racional não se resume – como queriam os liberais – a uma forma de limitação do poder, mas apresenta-se como a superação do domínio arbitrário do poder, a dissolução desse poder e da própria soberania em pura racionalidade argumentativa e inclusiva.

A busca pela memória tem também impactos no âmbito da emoção das pessoas envolvidas ou não, pois os testemunhos, os documentos e as informações condizentes com esses períodos tocam, de forma diferenciada, na sensibilidade de cada qual, desejando inclusive algumas vítimas, por vezes, esquecer o ocorrido, eis que *“el recuerdo produce dolor”* (THOMPSON, 2008, p. 62). Como diz Thompson:

*Por parte de quienes recogen esos testimonios y memorias, se necesitan aptitudes y actitudes de escucha y respeto, así como tener en cuenta un tiempo posterior de apoyo y no sólo los criterios formales de tipo organizativo. Las actitudes y trabas*

*burocráticas forman parte también de la impunidad. Hay que poner atención a los procesos locales y respetar el ritmo de las comunidades para que los procesos legales y técnicos no se conviertan en un obstáculo más* (THOMPSON, 2008, p. 62).<sup>12</sup>

Destaca-se, aqui, o valor da memória coletiva que transmite às gerações presentes e futuras aprendizagens – a partir da experiência de seus antecessores – que evitem a repetição da violência que estes e o país sofreram.

Não é de se esquecer dos efeitos que a ausência da memória causa em qualquer ambiente social – mesmo nos mais desenvolvidos econômica e culturalmente, basta ver o retorno ao poder de alguns repressores ou aos regimes de força por todo o Ocidente, o aumento dos movimentos de direitas fundamentalistas, o racismo na Europa, o fato de que líderes que, no passado, colaboraram com o nazismo e a repressão stalinista estejam se erigindo hoje como representantes de novos nacionalismos, entre outras situações.

De acordo com Pennebaker, Páez & Rime, para possibilitar que a memória cumpra o papel que se está desenhando aqui, é preciso que: (a) os fatos sejam recordados de forma compartilhada e expressos em rituais e monumentos; (b) deve essa memória tratar do passado, do presente e do futuro das gerações envolvidas; (c) deve explicar e esclarecer o ocorrido dentro do possível; (d) deve extrair lições e conclusões para o presente e o futuro, ordenada e sistematicamente, gerando políticas públicas de ação pró-ativa em face dos Direitos Humanos e Fundamentais; (e) evitar a fixação no passado desse processo e de suas conclusões, assim como a repetição obsessiva e a estigmatização dos sobreviventes como vítimas; (f) cuidar para que não haja distorções ideológicas e corporativas dos fatos e dos atos recordados, isso porque *“las naciones no se reconcilian como pueden hacerlo las personas, pero se necesitan gestos públicos y creíbles que ayuden a dignificar a las víctimas, enterar a los muertos y separarse del pasado”* (PÁEZ, et al. 1997, p. 40).

É óbvio que, para se trilhar esse caminho da memória responsável, é necessária a vontade política por parte de governo e Sociedade Civil, com coerência no sentido de superar estereótipos e atitudes excludentes entre distintos grupos sociais ou forças políticas de oposição (e mesmo interesses de outras forças aliadas ao regime militar), haja vista que *“sin un cambio de cultura política no sólo disminuyen las posibilidades de unir fuerzas que provoquen cambios sociales, sino que se corre el riesgo de nuevos procesos de confrontación y división que pueden afectar seriamente al tejido social”* (BERGER, 2006, p. 33).

<sup>12</sup> Ademais, lembra o autor que: *“La participación de las poblaciones afectadas, su capacidad de decisión, la claridad en los criterios y la equidad de los mismos, así como su reconocimiento como contribución -no sustitución- a la necesidad de justicia, suponen un conjunto de aspectos básicos que las acciones de reparación deberían tener en cuenta”* (THOMPSON, 2008, p. 62)

*A memória como direito fundamental civil e político:  
Abordagem preliminar*

A memória, assim, tem por finalidade romper as tendências de vingança intergeracional, substituir vícios e crescente risco da violência pela virtuosidade do respeito mútuo. Sem a recordação emancipadora de que estou tratando, o passado não volta a seu posto paradigmático de diretriz e experiência para todos, mantendo-se como um fantasma insepulto que mais fomenta a discórdia do que a reconciliação.

Veja-se que, por inexistir essa memória, ainda há compreensões equivocadas – porque parciais também – dos fatos ocorridos no regime militar brasileiro, o que acaba influenciando a retroalimentação da própria formação dos presentes e dos futuros agentes das forças públicas, como bem refere Leandro Fortes:

Ainda não surgiu, infelizmente, um ministro da Defesa capaz de tomar para si a única e urgente responsabilidade do titular da pasta sobre as forças armadas brasileiras: desconectar uma dúzia de gerações de militares, sobretudo as mais novas, da história da ditadura militar brasileira. A omissão de sucessivos governos civis, de José Sarney a Luiz Inácio Lula da Silva, em relação à formação dos militares brasileiros tem garantido a perpetuação, quase intacta, da doutrina de segurança nacional dentro dos quartéis nacionais, de forma que é possível notar uma triste sintonia de discurso – anticomunista, reacionário e conservador – do tenente ao general, obrigados, sabe-se lá por que, a defender o indefensável. Trata-se de uma lógica histórica perversa que se alimenta de factóides e interpretações de má fé, como essa de que, ao instituir uma Comissão Nacional da Verdade, o governo pretende rever a Lei de Anistia, de 1979.<sup>13</sup>

Ter essa memória significa, pois, poder chorar os mortos e compartilhar seus ensinamentos com honra e respeito, extraindo daí a consciência de que violência não devolve suas vidas, mas, sim, homenageia a causa de luta por uma vida democrática e livre.

As formas possíveis de densificação material de tais demandas podem ser as mais diversas, desde a criação de sítios virtuais históricos<sup>14</sup>, de

13 <http://brasiliaeuvi.wordpress.com/2010/01/02/a-longa-despedida-da-ditadura/>. Acesso em: 28 jun. 2011.

14 Veja-se a experiência do International Coalition of Historic Site Museums of Conscience, in <http://www.sitesofconscience.org/>, em especial o vídeo de apresentação de seu trabalho

monumentos e museus temáticos, de projetos conceituais de exposições de arte: fotografia<sup>15</sup>, música, literatura, filmes, etc., de eventos comemorativos, entre outras. Todavia, para tanto, mister é que se criem mecanismos de sensibilização pública da Sociedade Civil em sua plenitude, sob pena das políticas públicas citadas não surtirem os efeitos necessários.<sup>16</sup> Nesse ponto, experiências internacionais têm ensinado muito sobre a matéria, como diz Louis Bickford (2007, p. 61)

*Morocco, where debates about how to memorialize former torture centers are playing out regularly in the press; Chile, where President Bachelet's proposed "Museum of Memory" has launched vigorous debate; and Cambodia, where two of the top four tourist sites in the capital city are sites related to genocide. Recognizing the power and potential of memorialization, NGOs, victims' groups, and truth commissions from Peru to Sierra Leone have advocated for memorialization as a key component of reform and transitional justice<sup>17</sup>*

A verdade é que, usando de estratégias adequadas e democraticamente consensuadas, as inúmeras formas de memoriais públicos referidas podem contribuir à construção ampla de perspectivas culturais, en-

---

no [http://www.youtube.com/watch?v=\\_hNnSGflpAE&feature=player\\_embedded](http://www.youtube.com/watch?v=_hNnSGflpAE&feature=player_embedded). Acesso em: 12 jul. 2011. Neste ponto, é muito consciente para os editores dos Sítios da Consciência que: *"These are places of memory that take deliberate steps both to remember the past and open public dialogue about confronting contemporary legacies. Sites of Conscience share the goal of "Never Again": of preventing past abuses from recurring. They also recognize that simply creating a public memorial to that past abuse in no way guarantees that it will not reoccur. Instead they work from the premise that the best bulwark against human rights abuse is an active, engaged citizenry with the awareness, freedom, and inspiration to stop abuse before it starts"*.

- 15 É muito interessante a afirmação de DE PAULA (Apud ROCHA, 2009, p. 101) ao sustentar que "em certas ocasiões, a fotografia pode auxiliar o trabalho de um historiador não pela presença de informações, mas pela sua ausência. Nesse caso, ao invés de uma resposta, a imagem fornece uma pergunta que leva à procura de outras fontes complementares, quase sempre alterando a direção dos estudos e induzindo a novas interpretações".
- 16 Questionam Kiza, Rathgeber e Rohne *"Who should be involved and how? Monolithic state projects with insufficient community involvement can be resented by the very people they ostensibly honor..... A memorial can awaken this consciousness and return the person to their beginnings, to their intuition and connect them to this quality which Andean spiritual teachers call munay, which means the ability to cure the heart. From this source introspection and dialogue can begin"* (KIZA; RATHGEBER; ROHNE, 2010, p.79).
- 17 Diz anda o autor que: *"Deliberate local, national, and international strategies are required to ensure that memorials do not undermine other democracy-building efforts but rather complement such initiatives. One of the key actors is government, which can play an important role in helping support initiatives through public policy"* (BICKFORD, 2007, p. 61).

*A memória como direito fundamental civil e político:  
Abordagem preliminar*

volvendo diálogos geracionais entre diferentes comunidades, engajando novas pessoas e grupos a partir das lições do passado, o que se afigura definitivo na delimitação de identidades democráticas compromissadas com a proteção dos Direitos Humanos e Fundamentais.

Veja-se a imagem histórica de Ilha Belle, localizada em Richmond, Virgínia, USA, no leito do Rio James, local em que, durante a Guerra Civil Norte-americana, era utilizada como Prisão Civil, e que hoje vem mantida como referência de memória daqueles tempos, desenvolvendo-se ali atividades de Direitos Cíveis e Fundamentais.<sup>18</sup>

Assim, para além de prevenir a repetição dos abusos cometidos contra direitos e garantias fundamentais, os memoriais estabelecem outro tipo de interlocução simbólica com a Sociedade (que não exclusivamente a de honrar os que tombaram), provocando certo olhar para dentro de cada geração e experiência, fazendo pensar criticamente sobre a história e que forças poderosas intestinais da Comunidade fomentaram e mesmo deixaram surgir o gérmen da violência e da opressão política (HAYDEN, 2007, p. 31).

E por que é tão importante a participação social aqui? Quem responde acertadamente e pela perspectiva dos atos de tortura perpetrados no regime militar é Arantes e Pontual:

[...]...a tortura envolve três atores – o torturado, o torturador e a sociedade que a permite -, podemos dizer que todos estão silenciados. O torturador, porque não irá dizer de sua prática, se não for exigido; o torturado não revelará, porque ainda muito raramente lhe é dada a palavra, a não ser em situações protegidas e particulares, mesmo assim, trata-se sempre de uma experiência dolorosa; e a sociedade, como corolário, não a repudia porque tem pouco acesso às informações, e é permanentemente estimulada à convivência e à banalização da tortura através da contundente propaganda midiática a favor de sua prática (ARANTES, 2010, p.17).<sup>19</sup>

Em face de sua natureza política controvertida, quaisquer projetos de Memória envolvendo regimes de força pública ditatoriais sempre apresentam riscos associados as suas promessas, pois dependem dos pro-

18 In: [http://www.censusedgins.com/prison\\_bellisle.html](http://www.censusedgins.com/prison_bellisle.html). Acesso em: 19 ago. 2011.

19 Mais adiante ainda refere que: *o torturado se apresenta como testemunha encarnada de uma ferida que concerne a humanidade inteira. Seu corpo ferido se oferece como símbolo, como bandeira onde se inscreve o que nele foi atingido* (ARANTES, 2010, p.17).

cessos que vão sustentar seus desenvolvimentos e administrações – basta lembrar-se dos projetos envolvendo questões étnicas, como na Jugoslávia e Ruanda, países em que as profundas divisões sociais provocaram índices de violência tremendos.

Mas persiste a pergunta: Que setores da sociedade e qual o leque de temas deveriam estar envolvidos para garantir que a memorização dê suporte mais do que fragilize a justiça e a democracia? A resposta é simples, todos devem sentir-se envolvidos e participantes desse processo, pelo simples fato de que o bem da vida que se busca preservar é a liberdade e a igualdade, em todas as suas formas, bem como a democracia enquanto valor universal. Sobre os temas, todos os que possam ampliar a sensibilização pública à formatação de uma cidadania ativa em prol dos Direitos e Garantias Fundamentais – o que envolve as ações a que referi mais acima.<sup>20</sup>

Por essas razões é que a Memória não pode permanecer inerte em face dos fatos ocorridos e, com certeza, isso tem ocorrido em decorrência de ela ser compreendida como campo fora do processo político-institucional, relegada ao âmbito *soft* da esfera cultural, como objeto de sofisticação artística que circula em ambiências mais privadas do que públicas (exposições de fotos, pinturas, concertos, shows, manifestações literárias isoladas), deixando de constituir políticas de Estado e Governo – e, portanto, assistemáticas, sem mensuração de alcance social e conscientização comunitária.<sup>21</sup> Como diz Theodore Jennings Jr.:

*Whereas truth commissions, judicial processes, police reform, and other mechanisms for addressing the past are subject to public scrutiny, few nations or communities have developed analogous expectations, let alone standards of accountability, for memorialization. Yet millions of people mobilize around*

20 Bickford (2007) ainda lembra de outras ações específicas nesta direção: *Activating a former detention center as an ongoing space for citizen engagement on current human rights issues should include human rights activists to connect the site and its stories to ongoing prosecutions; urban planners to help guide its physical development and public access; educators to integrate its history into school curricula; historic preservationists, artists, and exhibit designers to preserve the site as a museum; and tourism managers to promote visitation.*

21 Só para lembrar RICOEUR (2007, p. 451 e ss.), pode-se conceber vários tipos de Memória, dentre as quais: (a) *memória impedida* (p.452), equivalente à de Freud (o passado é esquecido intencionalmente por causa do trauma, mas reaparece de forma cíclica, exatamente porque ficou reprimida, sendo que no âmbito coletivo ela toma proporções gigantescas); (b) *memória manipulada* (p.455), associada à distorção da memorialização pública; (c) *esquecimento comandado* (p.459) é o esquecimento “imposto” pela autoridade política, por diversas estratégias, inclusive ditatoriais.

A memória como direito fundamental civil e político:  
Abordagem preliminar

*memorials as important spaces for expressing personal connections to political issues* (JENNINGS JR, 2010, p. 22).<sup>22</sup>

Decorre daqui, também, a necessidade de reconhecer a interdisciplinariedade dos multifacetados temas que trata essa questão da Memória, a ponto de, inclusive internacionalmente, reunir teóricos, práticos e militantes de Direitos Humanos, setores públicos e privados que se envolvem com políticas públicas individuais e sociais nesta área, nem tanto preocupados em desenvolver prescrições ou fórmulas definitivas ou projetos que deveriam perseguir, mas mais preocupados em criar estratégias inovadoras de sensibilização e consciência social, a partir do que se pode constituir opinião pública qualificada para fins de compromisso e integração social.

A literatura internacional tem feito muitas referências à experiência chilena nesse âmbito, em especial, envolvendo a chamada Villa Grimaldi Peace Park<sup>23</sup>, onde se construiu memoriais muito significativos, tais quais os de Pisagua e Lonquén, dando conta da heterogeneidade regional e social dos períodos de repressão, gerando, por sua vez, importante proliferação de memorializações no restante do país, com formação de novos movimentos sociais (*Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos y de Ejecutados Políticos; Mujeres de Memória*, entre outros) (BICKFORD, 2007, p. 74).<sup>24</sup>

Uma das iniciativas desenvolvidas na Villa Grimaldi, que merece destaque em todo o mundo, é o chamado Arquivo Oral, financiado pela Fundação Ford e que consiste na formatação de um banco de dados de testemunhas de experiências pessoais, envolvendo os regimes de exceção perpetrados pelos regimes militares no Chile. Em 2010, já com financiamento da União Européia, esse projeto iniciou suas atividades de expansão expositiva, no sentido de abrir ao público com mais recursos virtuais (infraestrutura, catalogação e equipamentos) os dados desses arquivos, contando hoje com cerca de 120 testemunhos passíveis de divulgação.

22 Diz ainda o autor que: *“at worst, excluding memorials from political analysis and public accountability can undermine peace-building and reconstruction processes, providing zones of “symbolic” politics where both national governments and local constituents may promote divisive or repressive messages in ways they could not in other spheres”* (JENNINGS JR, 2010, p. 22).

23 Lembra o *Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación*, publicado pela Corporación Nacional de Verdad y Reconciliación, Santiago, 1996, que esta localidade servira antes de espaço para detenções do regime militar, onde inclusive ficaram detidas a Presidente Bachelet e sua mãe por longo tempo, agora transformada em espaço de memória democrático e aberto ao público.

24 O autor chega a afirmar que: *“In the wake of Pinochet’s death Chile serves as a productive starting point to explore how and whether nations should construct policies for preserving sites with controversial histories”* (BICKFORD, 2007, p. 74).



Ao longo desse processo, conseguiram desenvolver ainda um sistema de consultas, baseado em programa de busca e catálogo, que permite acessar os testemunhos da coleção a partir de registros simples e avançados, sendo orientado por resumos de cada um, com palavras-chave associadas. Tais dados e informações oportunizaram, recentemente, a criação de 3(três) documentários educativos, desenvolvidos em conjunto com o sistema de educação chileno, nominados de *Archivos orales, pedagogía y comunicación*, os quais podem ser encontrados, ao menos em parte, em sítio eletrônico específico.<sup>25</sup>

Só para se ter uma ideia dos aspectos simbólicos da Memória, que podem ser viabilizados por estratégias e políticas públicas objetivas, cito o exemplo da África do Sul, quando construiu o novo prédio da sua Corte Constitucional ao lado do *Old Fort Prison*, uma casa de detenção de presos políticos do Estado.

Outro importante ícone sul-africano é o Freedom Park, localizado em uma área de 52ha, na localidade de Salvokop Hill, na entrada de Tswane – Pretória, Johannesburg.<sup>26</sup>

Segue essa mesma linha, a iniciativa da cidade de Lima, Peru, construindo o espaço urbano que chama O Olho que Chora.

Este é um trabalho que os Observatórios da Verdade, Memória e Justiça, a serem instalados em Universidades brasileiras, conforme o Plano Nacional de Direitos Humanos – 3 (PNDH-3), em seu Eixo VI, diretriz 24, poderia desenvolver, junto a outros organismos sociais, como os Comitês Estaduais de Direito à Verdade, Memória e Justiça. A partir dele, poder-se-ia implantar políticas públicas de educação no ensino básico, fundamental e até o universitário, assim como produzir material à sensibilização pública dos movimentos sociais organizados e da comunidade em geral, sob os temas em comento.

Ganha força o argumento de Bickford(2007, p. 997), no sentido de que: *“The duty to establish the truth can be a form of symbolic reparation for the victims and their families; and memorials, if developed as inclusive spaces for dialogue on contemporary issues, can help strengthen democratic values and a culture of respect for human rights”* (2007, p. 997).

Penso que aquele conceito do mesmo autor atinente à Memória como uma chave-componente de reformas e justiça transicional – referido antes - é muito rico, pois dá o exato sentido da intenção pacificadora e reconciliatória das ações públicas voltadas para tanto, com grupos e bens jurídicos

25 In: <http://www.villagrimaldi.cl/archivo-oral/videos-y-documentos.html>. Acesso em: 12 jul. 2011. Ver também o excelente texto de BRETT, Sebastian; BICKFORD, Louis; SEVCENKO, Liz e RIOS, Marcela. In **Memorialization and Democracy: State Policy and Civic Action**. June 20-22. Santiago: Gobierno de Chile, 2007.

26 [http://www.places.co.za/html/freedom\\_park.html](http://www.places.co.za/html/freedom_park.html). Acesso em: 22 ago. 2011.

violados contramajoritários. E é isto que quero tratar agora: da legitimidade democrática da memória contramajoritária enquanto Direito Fundamental Social, para depois verificar algumas maneiras de se dar efetividade a ela.

## *2.1. A legitimidade democrática da Memória contramajoritária como Direito Fundamental Social:*

De pronto, quero reconhecer que a teoria política tem discutido, desde há muito, a relação sempre tensa entre soberania popular, democracia e Direitos Humanos, perguntando se cidadãos livres e iguais devem conceder-se, reciprocamente, Direitos Fundamentais se quiserem regulamentar a sua vida em comum, por meio do direito positivo, quais seriam esses direitos?<sup>27</sup> Parte-se aqui do princípio segundo o qual devem almejar legitimidade exatamente aquelas regulamentações com as quais todos os possivelmente atingidos poderiam concordar como participantes dos discursos racionais, destacando que “nos discursos, os participantes, à medida que procuram convencer uns aos outros com argumentos, querem atingir visões comuns, enquanto nas negociações [Verhandlungen] visam equacionar os seus interesses diferentes” (SOUZA, 2001, p.120).

Nesse quadro de ideias, o nexos interno entre os Direitos Humanos e a soberania popular consiste no fato de que os primeiros apresentam-se, ao mesmo tempo, como resultado da comunicação política na história, e institucionalizam as condições de comunicação para a formação da vontade política racional. Tais direitos – que devem garantir a todos chances iguais para conquistarem os seus objetivos privados na vida e uma proteção jurídica individual abrangente – possuem evidentemente um valor intrínseco, construído historicamente pela sociedade, e não são como que absorvidos no seu valor instrumental para a formação democrática da vontade, razão pela qual mantém um fundamento de validade axiológico, travestido pelos códigos linguísticos do direito (notadamente constitucional) (HABERMAS, 2002, p. 132).

<sup>27</sup> Vale aqui a referência de Jessé Souza, no sentido de que na análise da relação entre autonomia privada e autonomia pública, Habermas segue a interpretação predominante do pensamento de Kant e Rousseau, no sentido de que, neles, os Direitos Humanos moralmente fundamentados e o princípio da soberania do povo estariam em uma relação inconfessada de concorrência. Assim sendo, sem desconhecer a tensão entre autonomia privada e autonomia pública, enfatiza, no seu estilo reconstrutivo, “a unidade de soberania do povo e Direitos Humanos e, portanto, a origem comum da autonomia política e privada” ou a “relação de pressuposição recíproca” entre ambas (SOUZA, 2001, p.120).

A conclusão fática e operacional daquele nexos é a de que as autonomias privada e pública pressupõem-se reciprocamente, isto é, o nexos interno da democracia com o Estado de Direito consiste no fato de que, por um lado, os cidadãos só poderão utilizar condizentemente a sua autonomia pública se forem suficientemente independentes graças a uma autonomia privada assegurada de modo igualitário. Por outro lado, só poderão usufruir de modo igualitário da autonomia privada se eles, como cidadãos, fizerem uso adequado de sua autonomia política.

No plano da elaboração constitucional, por sua vez, a decisão majoritária irradia sua vontade por toda a organização sociopolítica do Estado, cabendo aos poderes da República e a seus integrantes conduzir-se de acordo com os ditames constitucionais. Ao mesmo tempo, essas prescrições constitucionais passam a contemplar também os direitos de natureza individual, isto é, aqueles que garantem o pleno exercício da autonomia privada dos indivíduos. A legitimidade do Estado Constitucional de Direito é haurida, portanto, simultaneamente da soberania popular e da *rule of Law*.

De qualquer sorte, pode-se dizer que o modelo de práxis que gera a Constituição Moderna, e nela os Direitos Fundamentais, é compreendido de tal modo que os Direitos Humanos não são *encontrados* como dados morais, mas afiguram-se como verdadeiros *constructos societatis*, os quais, por serem positivos, não podem ter um *status* político facultativo como a moral (HABERMAS, 2002, p. 156). Como direito subjetivo que se transformam (por exemplo, em Direitos Fundamentais transportados para tratados internacionais e para as constituições dos Estados Nacionais), apontam para uma positivação com base em entidades legislativas, pela via da representação parlamentar, bem como contam com toda a estrutura do Estado Moderno (Poder Executivo e Judiciário) à sua efetividade.

Daqui a rica assertiva de Habermas no sentido de que a ideia dos Direitos Humanos, vertida em Direitos Fundamentais, não pode ser imposta ao legislador soberano a partir de fora, como se fora uma limitação, nem ser simplesmente instrumentalizada como um requisito funcional necessário a seus fins, considerando-se, assim, que “Direitos Humanos e soberania popular, em verdade, afiguram-se como cooriginários, ou seja, um não é possível sem o outro” (HABERMAS, 2003, p. 155).

Ocorre que, a partir dessa nova plasticidade normativa que aqueles Direitos imprimem nos sistemas jurídicos ocidentais, impõe-se a superação do conceito de direitos subjetivos enraizada na tradição lockiana, renovada pelo neoliberalismo, calcada em um individualismo possessivo que ignora o fato de que reivindicações de direito individuais só podem ser derivadas de normas *preexistentes*, e, a bem da verdade, reconhecidas de modo *inter-subjetivo* por uma comunidade jurídica (HABERMAS, 2003, p. 158).

*A memória como direito fundamental civil e político:  
Abordagem preliminar*

Por isso, deve-se livrar a compreensão dos Direitos Humanos do fardo metafísico da suposição de um indivíduo existente antes de qualquer socialização e que como que vem ao mundo com direitos naturais. Juntamente com essa tese “ocidental” é descartada também a necessidade de uma antítese “oriental” segundo a qual as reivindicações da comunidade merecem precedência diante das reivindicações de direito individuais. A alternativa “individualistas” versus “coletivistas” torna-se vazia quando se incorpora aos conceitos fundamentais do direito a unidade dos processos opostos de individualização e de socialização. Porque também as pessoas jurídicas individuais só são individuadas no caminho da socialização, a integridade da pessoa particular só pode ser protegida juntamente com o acesso livre àquelas relações interpessoais e às tradições culturais nas quais ela pode manter sua identidade. O individualismo compreendido de modo correto permanece incompleto sem essa dose de “comunitarismo” (HABERMAS, 2003, p. 159).

Em outras palavras, quer-se com isso elevar a Sociedade a níveis de descentralização amplos, que diferencia e autonomiza, com a opinião pública qualificada, cenários propícios à constatação, à identificação e ao tratamento de problemas pertinentes à comunidade em sua plenitude. Por outro lado, é importante deixar isso claro aqui, não há dúvidas de que se impõe a necessidade de conversão dessa opinião pública, autonomamente constituída em decisões tomadas por corpos deliberativos também democraticamente constituídos e regulados (sufrágio, partidos políticos, parlamento, processo legislativo, administração pública, etc.), entre eles, na espécie, a necessária aprovação da Comissão da Verdade que se encontra no Congresso Brasileiro nessa quadra histórica (julho de 2011) (HABERMAS, 2006, p. 82).

O problema é que toda e qualquer decisão política não pode sustentar-se somente na lógica da vontade das maiorias – mesmo que por amostragem parlamentar e representativa -, eis que, para quem ou além delas, há interesses e vontades de minorias, igualmente protegidas pelo sistema jurídico internacional (por meio, por exemplo, da Declaração dos Direitos das Minorias), e nacional – *ex vi* a Constituição Brasileira que garante o Direito Fundamental à Igualdade e a não discriminação -, decorrendo daí o reconhecimento do que posso chamar de Direito à Identidade, no sentido de ser reconhecido como diferente e ter direito à diferença.

É interessante a posição da Embaixada Americana no Brasil sobre o tema:

Superficialmente, os princípios da maioria e a proteção dos direitos individuais e das minorias podem parecer contraditórios. Na realidade, contudo, estes princípios são pilares gêmeos que sustentam a mesma base daquilo que designamos por governo democrático:

Governo da maioria é um meio para organizar o governo e decidir sobre assuntos públicos; não é uma outra via para a opressão. Assim como um grupo auto-nomeado não tem o direito de oprimir os outros, também nenhuma maioria, mesmo numa democracia, deve tirar os direitos e as liberdades fundamentais de um grupo minoritário ou de um indivíduo.

As minorias — seja devido à sua origem étnica, convicção religiosa, localização geográfica, nível de renda ou simplesmente por ter perdido as eleições ou o debate político — desfrutam de direitos humanos fundamentais garantidos que nenhum governo e nenhuma maioria, eleita ou não, podem tirar.

As minorias devem acreditar que o governo vai proteger os seus direitos e a sua identidade própria. Feito isto, esses grupos podem participar e contribuir para as instituições democráticas do seu país.

Entre os direitos humanos fundamentais que qualquer governo democrático deve proteger estão a liberdade de expressão; a liberdade de religião e de crença; julgamento justo e igual proteção legal; e liberdade de organizar, denunciar, discordar e participar plenamente na vida pública da sua sociedade.

As democracias entendem que proteger os direitos das minorias para apoiar a identidade cultural, práticas sociais, consciências individuais e atividades religiosas é uma de suas tarefas principais.

A aceitação de grupos étnicos e culturais, que parecem estranhos e mesmo esquisitos para a maioria, pode ser um dos maiores desafios que um governo democrático tem que enfrentar. Mas as democracias reconhecem que a diversidade pode ser uma vantagem enorme. Tratam estas diferenças na identidade, na cultura e nos valores como um desafio que pode reforçar e enriquecê-los e não como uma ameaça.

A memória como direito fundamental civil e político:  
Abordagem preliminar

Pode não haver uma resposta única a como são resolvidas as diferenças das minorias em termos de opiniões e valores — apenas a certeza de que só através do processo democrático de tolerância, debate e disposição para negociar é que as sociedades livres podem chegar a acordos que abranjam os pilares gêmeos do governo da maioria e dos direitos das minorias.<sup>28</sup>

Por certo que a diferença que trato aqui não é a tradicionalmente enfrentada pelos movimentos de minorias sociais (étnicas, sexuais, religiosas, culturais, etc.), mas o atinente a um segmento da Sociedade brasileira, em menor número, que sofreu violações de origem e de fundamento comuns, praticada por agentes públicos encarregados da *Segurança do Estado*. Pelo fato de eles não representarem a maior parte quantitativa da Nação brasileira — pelo contrário —, não merecem o reconhecimento da República sobre os Direitos Cíveis e Políticos que lhes foram violados? Em face do desconforto vergonhoso que o tema eventualmente possa trazer à maior parte quantitativa da população — exatamente por desconhecer o ocorrido (entre outras causas) —, pode-se impor silêncio e segredo ao que se passou?

Afigura-se-me óbvia a resposta negativa às perguntas enunciadas, exatamente por reconhecer a natureza de fundamentalidade dos Direitos sob comento, indisponíveis em face de interesses privados ou públicos que venham de encontro ao que buscam proteger, ou seja, mesmo que alguma Administração Pública em particular ou pessoas físicas e jurídicas de direito privado — envolvidos direta ou indiretamente — não desejem dar conhecimento ao ocorrido, tal pretensão não se mostra legítima diante das demandas democráticas de uma República que quer a Verdade enquanto condição de possibilidade da sua própria história. Por tais razões, Bickford (2007, p. 89) insiste com a tese de que: *“All memorials have both a private side (often, their designers are seeking to create a space for mourning, healing, solemnity, and personal reflection) as well as a public side. This distinction may be seen in sociological terms as the difference between so-called ‘sacred’ and ‘profane’ space”*.<sup>29</sup>

28 In <http://www.embaixada-americana.org.br/democracia/majority.htm>. Acesso em: 01 jul. 2011. Na mesma direção os textos de: HERMAN, Judith. **Trauma and Recovery: the Aftermath of Violence: From Domestic Abuse to Political Terror**. New York: Basic Books, 1997; HAMBER, Barbara and WILSON, Raymond. **Symbolic Closure through Memory, Reparation and Revenge in Post-conflict Societies**. London: Oxford University Press, 2001.

29 Ver também o texto de LIFTON, Robert Jay and OLSON, Eric. Symbolic Immortality. In: ROBBEN, Antonius C.G.M. (Editor). **Death, Mourning, and Burial: a Cross-cultural Reader**. Malden, MA: Blackwell, 2006. Para além disto, o autor ainda sustenta que é preciso se perguntar sobre este tema: *Who and what should be remembered? Must all stories be included?*

Os fundamentos de validade, pois, dos interesses e direitos – de minorias e maiorias – são os valores democráticos constituídos na história da civilização ocidental e suas consecutórias formulações normativas (Direitos Humanos e Fundamentais), notadamente constitucionais, razão pela qual não se apresentam legítimas as pretensões, a meu juízo, de minorias que propugnam “*viewpoints and historical perspectives defended by Holocaust deniers, apologists for race discrimination, nostalgic Stalinists, or champions of the anticommunist crusade that led to tens of thousands of deaths*” (DMITRIJEVI, 2006, p. 368-382).<sup>30</sup>

Vai nessa direção a postura de um ex-Diretor da Faculdade Latino-americana de Ciências Sociais - FLACSO, no Chile, Dr. Claudio Fuentes, ao dizer que:

*For some the state's job is to reflect a plural memory, the memory of all sides, of society as a whole. Public policies must make it their business to reflect diversity, they say. A central question that must be addressed is whether there is room for all memories in defining a public policy. In my opinion it's a mistake to approach this question from the kind of pluralism which says that any vision is legitimate.... The state has an essential role in defending and promoting human rights. Public policy must embrace the ideal of "Never Again." So public policy can never be neutral in the face of unjustified violence or flagrant violation of human rights (BRITO< 2001, p. 71).*

Efetivamente, não se pode aceitar, com base nos argumentos do multiculturalismo e da tolerância, somados à ideia de respeito às diferenças, que sejam fomentadas na discussão pública desses temas posições que, por si só, são violadoras dos Direitos e Garantias que se quer proteger e efetivar nos diálogos e nas ações constituidores da Democracia.

Aliás, há várias diretrizes internacionais bem claras nesse sentido, basta fazer-se referência aos termos da Resolução 60/147, da Assembleia Geral da ONU, de 16/12/2005, sobre Princípios e diretrizes básicos sobre o direito das vítimas de violações manifestas de normas internacionais e de violações graves do direito internacional humanitário a interpor recursos e obter reparações, bem como os princípios reitores das Nações Unidas para Migrações

---

*For whom are we remembering? Are all memorials open to everyone? Should our memorials focus on serving our immediate needs or take the long view?*

30 Lembra o autor que: “*Numerous speakers stressed that the desire for reconciliation and inclusion must never compromise human rights principles and that the promotion of dialogue should never degenerate into an all-permissive relativism*” (DMITRIJEVI, 2006, p. 368-382). Ver também o texto de HUNTINGON, Samuel. **The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century**. Norman, Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1991.

Forçadas Internas, nos termos do seu documento E/CN. 4/1998/53/Add.2; Resolução nº2175 (XXXVI-0/06), da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, denominada *O direito à verdade*, de 6 de junho de 2006<sup>31</sup>.

A própria Comissão Interamericana de Direitos Humanos, nos termos do seu Informe n.37/00, de 13 de abril de 2000<sup>32</sup>, reconhece o Direito à Verdade e mesmo à Memória, sustentando que tais direitos implicam conhecer, completa e publicamente, os fatos ocorridos, suas circunstâncias específicas e quem participou deles.

## Considerações finais

São nesses espaços públicos e privados que se vai erigir a constituição da Memória de fatos, atos e documentos que envolvem períodos do tempo e da vida de uma Nação que precisa radicalizar sua identidade democrática, dando oportunidades para que todos tenham assegurada a manifestação e a participação, pois, em tais episódios, *inexistem dois lados*, mas apenas um: o da violência violadora.

O Governo Federal, desde a gestão do Presidente Lula (2003/2010), tem gerado algumas políticas públicas envolvendo a matéria, entre as quais se podem destacar: (a) o Projeto Direito à Memória e à Verdade, levando a cabo o registro de mortes e desaparecidos no período militar; (b) as Caravanas da Anistia, realizando julgamentos públicos de violações cometidas contra pessoas no mesmo regime e apresentando pedidos de desculpas oficiais; (c) o Projeto de Lei ao Congresso Nacional (nº 7.376/2010) à criação de uma Comissão Nacional da Verdade; (d) o Projeto de Lei Complementar ao Congresso Nacional (nº41/2010), regulamentando o direito de acesso à informação pública; (e) a proposta de criação do Memorial da Anistia.<sup>33</sup>

31 *Que reconhece o direito que assiste às vítimas de violações manifestas aos Direitos Humanos e violações graves ao direito internacional humanitário, assim como às suas famílias e à sociedade, em seu conjunto, de conhecer a verdade sobre tais violações da maneira mais completa possível, em particular a identidade dos autores e as causas, os fatos e as circunstâncias em que se produziram.* Registre-se igualmente que na 28ª Conferência de Chefes de Estado, os Estados-membros e associados do MERCOSUL adotaram declaração reafirmando o direito à verdade de que são titulares as vítimas de violações de Direitos Humanos e seus familiares.

32 Caso 11.481, Monsenhor Oscar Romero,

33 Conforme informações do texto ABRÃO, Paulo e TORELLY, Marcelo D. As razões da eficácia da Lei de Anistia no Brasil e as alternativas para a Verdade e Justiça em relação às graves violações de Direitos Humanos ocorridas durante a ditadura militar (1964-1985). In: PRADO, Alessandra Martins; BATISTA, Cláudia Karina Ladeia e SANTANA, Israel José. **Direito à Memória e à Verdade e Justiça de Transição no Brasil: Uma história inacabada! Uma República inacabada!** Curitiba: CRV, 2011, p.197.



É claro que outras medidas de gestão pública, tomadas há mais tempo igualmente, têm contribuído para o resgate dessa Memória, fundamentalmente porque elimina em parte resistências históricas nesse sentido. Estou falando, por exemplo, (1) da extinção do Serviço Nacional de Informações – SNI; (2) da criação do Ministério da Defesa, adequando os comandos militares ao civil; (3) da extinção dos DOI-CODI e DOPS; (4) da criação da Secretaria Especial de Direitos Humanos; (5) da criação do Centro de Referência das Lutas Políticas no Brasil (1964-1985) – Memórias Reveladas<sup>34</sup>, coordenado pelo Arquivo Nacional da Casa Civil da Presidência da República, organizando e difundindo documentos, produzindo estudos e pesquisas sobre o regime político que vigeu entre 01/04/1964 até 15/03/1985, associando entidades públicas e privadas, mais pessoas físicas que possuam documentos relativos à história política do país durante o regime militar; entre outros.

Ao lado destas, ainda se têm, como registro exemplificativo, iniciativas internacionais de instituições públicas e privadas (Estado, ONGs, Movimentos Sociais, Atividades de Voluntariado, Universidades, etc.) envolvendo:

(a) Medidas de atendimento individual e familiar, centrado no apoio psicológico por meio de trabalho em grupo, terapia individual e familiar, abrindo espaços para que as pessoas ou grupos atingidos, direta ou indiretamente por atos de violência, possam compartilhar suas experiências, o que pode ser útil para romper o silêncio e aumentar os níveis de consciência social;

(b) Treinamento de pessoas locais em capacidades de apoio psicossocial para encarar e tratar o impacto traumático causado por regimes militares, com apoio e seguimento institucional;

(c) Formação de grupos de autoajuda, constituído por sobreviventes de conflitos violentos e por familiares dos que morreram ou desapareceram nos regimes militares, gerando espaços seguros e amistosos em que pode haver o compartilhamento de experiências;

(d) Constituição de formas simbólicas de expressão do reconhecimento do ocorrido, como cerimônias e rituais, evidenciando ícones sociais que mantenham vivas as lições dolorosas do passado (memoriais, parques, placas nas ruas, celebração de aniversários, etc.);

(e) Criação de sítios virtuais históricos, monumentos e museus temáticos, projetos conceituais de exposições de arte, fotografia, música, literatura, filmes, etc., eventos e performas comemorativas. Nesse sentido, são muito originais algumas experiências relatadas por Sebastian Brett e outros:

34 Ver o site [www.memoriasreveladas.gov.br](http://www.memoriasreveladas.gov.br).

A memória como direito fundamental civil e político:  
Abordagem preliminar

*Memorial forms can encourage us to confront human cruelty by going on an inward journey. The “Eye that Cries” memorial in Lima manages to combine solemnity with introspection and truth-telling. The memorial is composed of a gravel path lined on both sides with smooth stones bearing the names of 27,000 victims of Peru’s 20-year civil conflict. The circling path leads to a large weeping rock, symbolizing the Inca earth goddess Pachamama. As described by its creator Lika Mutal, “The labyrinth extends for an 800-meter walk, in which the string of names [inscribed on smooth stones] with ages from 0 to 90 overwhelms the walker, who is faced by life and death. In front of the names of the victims resting one against another, our differences and truths become hollow; one basically comes up against one’s own life and one’s own conscience (BRETT et al. 2004).*

Outras experiências ainda operam no sentido da chamada sensibilização de contrastes, no sentido de criar memoriais que exponham a história predadora de Direitos Humanos e Fundamentais associada a problemas do presente igualmente violadores da dignidade humana, como mostram os mesmos autores no caso do Líbano, em que um famoso arquiteto, Bernard Khoury, resolveu realizar projetos sofisticados em áreas e sítios históricos e ainda utilizados por pessoas desamparadas, sem teto, com dificuldades econômicas, etc.:

*The site of one of Khoury’s projects, a luxurious sushi bar, is next-door to a derelict building still occupied by refugees who live without running water or even windows. His discotheque, built underneath the vacant site where a massacre of Palestinian refugees took place in 1976, emerges from underground only at night. Khoury’s buildings celebrate these cruel contrasts. “My entertainment projects are about recognizing and confronting different social realities and try to make these issues visible” (BRETT et al. 2004).*

Aliás, como bem lembrado por Alexandra de Brito, a autonomização institucional possibilita que as políticas continuem a se desenvolver, mesmo em contexto de indiferença ou adversidade social ou política, a exemplo das políticas de reparação que se ampliam para novas categorias de vítimas, com as equipes de investigação continuando a abastecer processos administrativos e criminais de novas informações (BRITO, 2009, p. 71).

No Brasil, têm-se notícias de eventos de formação e sensibilização da opinião pública sobre a matéria em discussão, com a participação do Ministério da Justiça, a saber: (1) III Semana Jurídica da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - Unidade Universitária de Paranaíba, discutindo exatamente o tema da Verdade, Memória e Justiça; (2) III Semana de Estudos Jurídicos das Faculdades Integradas de Paranaíba FIPAR/UEMS, tratando de temas correlatos; (3) Exposição Direito à Memória e à Verdade: a Ditadura no Brasil 1964-1985; (4) I Encontro Brasil - Argentina de Direito à Memória e à Verdade e Justiça de Transição, organizado pelo Curso de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - Unidade de Paranaíba e pela UMSA - Universidad del Museo Social Argentino; (5) I Feira de Livros do Encontro Internacional de Direitos Humanos: Livros da Resistência ; (6) I Mostra de Cinema Nacional com ênfase em Direitos Humanos; (7) I Concurso Estadual de Mato Grosso do Sul na área de Direitos Humanos em Homenagem a Ivan Akselrud de Seixas, Maurice Polit; (8) I Concurso FIPAR/UEMS/UFMS/UMSA de Pôsteres Científicos com a temática: Direito à Memória e à Verdade e Justiça de Transição.<sup>35</sup>

Resta claro, pois, que a questão da Memória diz diretamente com a Democracia que se tem e se quer, sustentada na ideia de que qualquer concepção contemporânea dela *cannot exist without justice based on a single incontrovertible truth, free from corruption and denial*. E mais, funcionando essa memória como verdadeira irrupção, como no caso do Chile, ela pode eclodir como evento que desencadeia ativismos renovados em torno da questão de injustiça passada, gerando ciclos mais amplos de extensão, o que permite a cada geração interpretar o sentido das atrocidades do passado por si próprias, de modo que os consensos sobre aquelas épocas, eventualmente, sejam alterados, modificados e revisados, para suprir as necessidades do novo (LIFTON; OLSON, 2006, p. 41).<sup>36</sup> Entende-se, dessa forma, a relevância do argumento de que: *“the state’s responsibility for memory initiatives should be transversal—shared and developed in different ways by*

35 Conforme informações colhidas no site <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ20BF8FDBPT-BRIE.htm>. Acesso em: 10 nov. 2011.

36 Sustentam os autores ainda que: *“Knowing the truth is a complex and difficult process, but it’s indispensable if we are to build a space for encounter and consensus, a space that allows us to affirm that democracy belongs to all of us. E isto porque: Memory eruptions occur from time to time, suddenly re-opening wounds and putting the past back on the front pages of newspapers. A despeito disto, adverte com pertinência o autor que: When governments drive memorialization initiatives, therefore, they often seek to neutralize disagreements about the past and develop a unified national narrative. In contrast, when civil society drives memorialization efforts, the narrative may seek to challenge official truths”* (LIFTON; OLSON, 2006, p. 41)

*different government departments, such as education, health, and gender equality. In Chile one example is the work undertaken by the Ministry of Public Property to create a map of public buildings used as detention centers during the dictatorship” (BRETT et al, p.31).*

Por outro lado, como diz Imere Kértéz [...] *enquanto o homem sonhar – as coisas boas ou ruins –, enquanto o homem tiver histórias sobre as origens, lendas universais, mitos, haverá literatura, a despeito do que e do quanto falem da sua crise. A verdadeira crise é o completo esquecimento, a noite sem sonhos [...]* (KERTÉZ, 2002, p.12).

Há muito ainda o que fazer.

## Referências:

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. As razões da eficácia da Lei de Anistia no Brasil e as alternativas para a Verdade e Justiça em relação às graves violações de Direitos Humanos ocorridas durante a ditadura militar (1964-1985). In: PRADO, Alessandra Martins; BATISTA, Cláudia Karina Ladeia; SANTANA, Isael José. **Direito à Memória e à Verdade e Justiça de Transição no Brasil: Uma história inacabada! Uma República inacabada!** Curitiba: CRV, 2011.

ARANTES, Maria Auxiliadora de Almeida Cunha; PONTUAL, Pedro. Tortura, desaparecidos políticos e direitos humanos. In: **Brasil. Direitos Humanos: percepções da opinião pública: análises de pesquisa nacional/ org.** Gustavo Venturi. – Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010.

ARENDRT Hannah. **De la historia a la acción.** Barcelona: Paidós ICE/UAB, 2002.

\_\_\_\_\_. **Entre o Passado e o Futuro.** São Paulo: Perspectiva, 1997.

BARBOSA, Marco Antônio Rodrigues. Direito à Memória e à Verdade. **Revista de Direitos Humanos**, vol.1. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República do Brasil. Dezembro de 2008.

BERGER, Juan. **Y nuestros rostros, mi vida, breves como fotos.** Madrid: Hermann Blume, 2006.

BERISTAIN, Martín. **Reconstruir el tejido social.** Un enfoque crítico de la ayuda humanitária. Barcelona: Icaria, 1999.

BICKFORD, Louis. Unofficial Truth Projects. **Human Rights Quarterly** 29, no. 4 (November 2007), p. 994–1035.

BRETT, Sebastian et al. **Memorialization and Democracy: State Policy and Civic Action**. June 20-22. Santiago: Gobierno de Chile, 2007.

BRITO, Alexandra Barahona de. A justiça transicional e a política da memória: uma visão global. **Revista Anistia**, vol.I. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

\_\_\_\_\_. **The Politics of Memory and Democratization**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

DMITRIJEVI, Nenad. Justice beyond blame: moral justification of (the idea of) a truth. **Journal of Conflict Resolution**, vol. 50, n° 3, jun. 2006, p. 368-382.

FUNARI, Pedro Paulo A.; ZARANKIN, Andrés; REIS, José Alberioni dos (Org.) **Arqueologia da repressão e da resistência na América Latina na era das ditaduras**. São Paulo: Annablume/Fapesp, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

GALEANO, Eduardo. **La memoria subversiva**. En *Tiempo: reencuentro y esperanza*. Guatemala: ODHAG, no.96, 1996.

GIBNEY, Mark and HOWARD-HASSMANN, Rhoda E.(eds). **The Age of Apology**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios. In: **A Era das Transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State. In: BERGUER, Samuel. (ed.) **Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition**. New York: Sendell Editors, 2006.

\_\_\_\_\_. **Sul concetto di partecipazione política**. Roma: Einaudi, 2000.

HAMBER, Barbara and WILSON, Raymond. **Symbolic Closure through Memory, Reparation and Revenge in Post-conflict Societies**. London: Oxford University Press, 2001.

*A memória como direito fundamental civil e político:  
Abordagem preliminar*

HAYDEN, Dolores. **The Power of Place**: Urban Landscapes as Public History. Cambridge, MA: MIT Press, 2007.

HERMAN, Judith. **Trauma and Recovery**: the Aftermath of Violence: From Domestic Abuse to Political Terror. New York: Basic Books, 1997.

<http://blogdabrhistoria.blog.uol.com.br/>. Acesso em: 28jun. 2011.

<http://brasiliaeuvi.wordpress.com/2010/01/02/a-longa-despedida-da-ditadura/>. Acesso em: 28 jun. 2011.

<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ20BF8FDBPTBRIE.htm>. Acesso em: 10 nov. 2011.

<http://www.embaixada-americana.org.br/democracia/majority.htm>. Acesso em: 10 nov. 2011.

<http://www.sitesofconscience.org/>. Acesso em: 10 nov. 2011.

<http://www.villagrimaldi.cl/archivo-oral/videos-y-documentos.html>. Acesso em: 10 nov. 2011.

[http://www.youtube.com/watch?v=\\_hNnSGflpAE&feature=player\\_embedded](http://www.youtube.com/watch?v=_hNnSGflpAE&feature=player_embedded). Acesso em: 10 nov. 2011.

[http://www.censusdiggins.com/prison\\_bellisle.html](http://www.censusdiggins.com/prison_bellisle.html). Acesso em: 19 ago. 2011.

[http://www.places.co.za/html/freedom\\_park.html](http://www.places.co.za/html/freedom_park.html). Acesso em: 22 ago. 2011.

HUNTINGON, Samuel. **The Third Wave**: Democratization in the Late Twentieth Century. Norman, Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1991.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. **Verdad, justicia y reparación: Desafíos para la democracia y la convivencia social**. Disponível em: [www.iidh.ed.cr](http://www.iidh.ed.cr). Acesso em: 27 mai. 2011.

JENNINGS JR., Theodore. **Reading derrida / thinking paul**: on justice (cultural memory in the present). New York: Macmillan, 2010.

JODELET, Dominique. **Memoire de Masse**: le cote moral et affectif de l'histoire. Paris: Dalloz, 2008.

JOINET, Louis. Los Derechos Civiles y Políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención. In: **Informe del Grupo**

**de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. Presidente-Relator:** Sr. Louis JOINET, E/CN.4/2003/8.

KIZA, Ernesto; RATHGEBER, Corene; ROHNE, Holger-C. **Victims of War: An Empirical Study on War-Victimization and Victims' Attitudes Toward Addressing Atrocities.** London: Oxford, University Press, 2010.

LIFTON, Robert Jay; OLSON, Eric. Symbolic Immortality. In: ROBBEN, Antonius C.G.M. (Editor). **Death, Mourning, and Burial: a Cross-cultural Reader.** Malden: Blackwell, 2006.

ODHAG - Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala. **Informe Proyecto InterDiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica:** Guatemala: Nunca Más. Vol. I, Impactos de la Violencia. Tibás, LIL/Arzobispado de Guatemala, Costa Rica, 1998.

PÁEZ, Diego; VALENCIA, Jesús. PENNEBAKER, Jaime; RIMÉ, Bartolomeu; JODELET, Davi. (EDS). **Memoria Colectiva de Procesos Culturales y Políticos.** Leioa: Editorial de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 1997.

PÉREZ, Carmen Lúcia Vidal. **O lugar da memória e a memória do lugar na formação de professores: a reinvenção da escola como uma comunidade investigativa.** In: Reunião Anual da Anped, 26, 2003, p. 5. Disponível em: <http://www.anped.org.br/reunioes/26/trabalhos>. Acesso em: 30 ago. 2013.

RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento.** Campinas: Unicamp, 2007.

SOUZA, Jessé. **Democracia hoje: novos desafios para a teoria contemporânea.** Brasília: UnB, 2001.

SOYINKA, Wole. **The Burden of Memory, The Muse of Forgiveness.** Oxford: Oxford University Press, 2004.

THOMPSON, Paul. **La voz del pasado.** Valência: Alfons el Magnanim, 2008.

WILDE, Alexander. **Chile's Memory and Santiago's General Cemetery.** Trabalho apresentado no Latin American Studies Association Congress. September 5–8. Montreal: Canadá, 2007. Entregue impresso no Congresso.

# A evolução democrática, o seu aperfeiçoamento e a garantia da expressão plural. O papel da participação e da deliberação

Rubens Beçak

## 1. Introdução / A democracia antiga

Se a democracia, por um lado, tornou-se onipresente mundo afora, constituindo aquele tipo de ideia que parece que se autoimpôs pela sua própria força, percebe-se que sua evolução para este patamar foi bastante lenta e recente<sup>1</sup>.

Sabe-se que praticamente inexistente relação entre o conceito de democracia antigo, advindo dos gregos, com aquele que vai se afirmar, sobretudo já no final do século XIX (TILLY, 2010, p. 59).

Para os gregos, a democracia era a condição do estabelecimento de uma relação inerente, semiótica, com a *polis*.

Na “cidade-estado” ateniense, Estado não difere de sociedade. O cidadão é, ao mesmo tempo, criador das leis e sujeito a elas, participando diretamente na gestão da cidade. Era relação de “subordinação da vida privada ao interesse público e ao bem comum.” (HELD, 1993, p. 16).

Mas, se nos acostumamos a pensar neste sistema, como a quintessência da democracia, melhor seria se fosse utilizado o nome dado na classificação de Aristóteles, *politeia*<sup>2</sup>

1 Cf. TILLY, Charles. **Democracia**. Trad.: Raimundo Viejo Viñas (do original em inglês Democracy, Cambridge, 2007). Madrid: Akal, 2010. Cap. II, sobretudo p. 73-78.; SARTORI, Giovanni. **Teoría de la democracia**. v. 1. El debate contemporáneo. versión española de Santiago Sánchez González. Trad. Santiago Sanchez González. Madrid: Alianza, 1988°, e SARTORI, Giovanni. **Teoría de la democracia**. v. 2. Los problemas clásicos. versión española de Santiago Sánchez González. Trad. Santiago Sanchez González. Madrid: Alianza, 1988b

2 Cf. CUNNINGHAM, Frank. **Teorias da democracia: uma introdução crítica**. Trad. Delamar José Volpato Dutra. São Paulo: Artmed, 2009. (Debates Contemporâneos) p. 15-16; Sartori (1988a) e Sartori (1988b), p. 347-348. Também, dentro de abrangente estudo sobre as formas de governo, cf. CAGGIANO, Monica Herman. **Oposição na política**: propostas para uma rearquitetura da democracia. São Paulo: Angelotti, 1995, p. 26-27.



Isso porque democracia, enquanto forma de governo, designava, para os antigos, especialmente após a elaboração da classificação aristotélica, aquela forma “corrompida” de governo das massas,<sup>3</sup> tão deletéria quanto à oligarquia. Se esta última constituía o governo de poucos em próprio benefício, a primeira constituía o governo de muitos, em proveito próprio.

No século XVIII, sabe-se, a palavra democracia estava completamente “banida” (DUNN, 2008, p. 71). O seu ressurgimento dar-se-á a partir desse momento.

Sem olvidar da influência ateniense na criação, na aplicação e no desenvolvimento da democracia, é com Roma que a ideia se propagará (HELD, 1993, p. 17). Ali, apesar de alguns darem pela existência de instituições oligárquicas em essência, a ideia de democracia influenciará por completo a formação do “republicanismo clássico (HELD, 1993, p. 17). Este redundará, sabidamente, no modelo que virá a ser praticado muito tempo depois nas “cidades-estado” italianas (HELD, 1993, p. 17).

Apesar de a ideia da *polis* permanecer central, também a percepção de que o conceito de virtude cívica podia ser altamente influenciado de acordo com os interesses do povo, da aristocracia ou da monarquia (HELD, 1993, p. 17) faz surgir nova aspiração, qual seja, a de que o governo ideal seja aquele que reúna, “balanceando”, os interesses das diversas facções políticas (HELD, 1993, p. 17). No mesmo caminho, enfaticamente, Maquiavel.<sup>4</sup>

## 2. A república, a democracia moderna e a representação

Percebe-se, assim, que o conceito que acaba por ser valorado no limiar da Idade Moderna é o de República, e não o de Democracia.

A classificação tradicional, baseada no número de ocupantes, vem a se transmutar em uma classificação dos Estados em os democráticos (as repúblicas) e os autocráticos.<sup>5</sup>

3 Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 104-105; BEÇAK, Rubens. **A hipertrofia do executivo brasileiro: o impacto da constituição de 1988**. Campinas: Millennium, 2008, Cap. II – O executivo na separação dos poderes, e mais especificamente, p. 11-17.

4 A conhecida passagem de Maquiavel (Niccolò Machiavelli) pode ser verificada no capítulo sobre os tipos de Estado e qual seria do de Roma (na edição inglesa referida: How many kinds of State there are and of what kind was that of Rome), no Livro I dos seus “Discursos”. Cf. MAQUIAVEL, N. **The Discourses**. London: Pelican, 1970. (reimpr. 1974, com correções e 1983, pela Penguin). (Penguin Classics). p. 104-111 e, particularmente p. 110-111.

5 Manoel Gonçalves Ferreira Filho no mesmo tom: “A preferência no século das luzes era pela república, termo empregado como sinônimo de governo representativo. Não se opunha à

*A evolução democrática, o seu aperfeiçoamento e a garantia da expressão plural.  
O papel da participação e da deliberação*

A ideia de democracia é absorvida no conceito de república, relegando a monarquia e a aristocracia para o polo oposto, o das autocracias (BOBBIO, 1995, p. 130).

O exercício de um “governo representativo” passa a ser visto como o ideal em uma “república”.

Nessa construção, John Stuart Mill <sup>6</sup> é emblemático, no mesmo caminho já percorrido por Montesquieu (1979) e Sieyès (2002) anteriormente.<sup>7 8</sup> Esse conceito é que vem a ser entendido como a democracia “moderna”.

Alexis de Tocqueville desempenha papel fundamental nesse processo, ao entender os Estados Unidos da América como paradigma, a “forma autêntica da democracia dos modernos contraposta à democracia dos antigos” (TOCQUEVILLE, 1959, p. 126).

O termo democracia vai sendo resgatado, paulatinamente, e a expressão república, por sua vez, virá a experimentar desvalorização. Com o tempo, virá a figurar mais termo de distinção da forma de Estado, em contraposição à monarquia.

Mas, se a democracia veio a se estabelecer como a forma antes das formas, tornando a dicotomia república x monarquia secundária, o debate sobre a representação e os partidos políticos nunca deixou de estar presente. Aliás, não raramente, o questionamento se faz pelo distanciamento entre as vontades de representantes e representados.

---

monarquia a república, mas até se admitia a monarquia republicana – a monarquia com governo representativo. É o que fica bem claro da obra de figuras proeminentes do tempo, seja nos Estados Unidos, seja na França, seja na Inglaterra”. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel, G. F. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 45.

- 6 Cf. MILL, John Stuart. **O governo representativo**. Trad. E. Jacy Monteiro. (do original em inglês **Consideration on representative government**, The Liberal Art Press, 1958) São Paulo: Ibrasa, 1983. Cap. III – De como a forma idealmente melhor de governo é a representativa., p. 34-49. Também cf. MILL, John Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**. Trad. Manoel Innocêncio de Lacerda Santos Jr. Brasília: UNB, 1981 (Coleção Pensamento Político, 19). p. 27-38.
- 7 Sobre Sieyès e seus escritos e ideário, cf. (PRÉLOT, 1997, p. 355-365) e LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 230-231.
- 8 Para Afonso da Silva, deve-se a Sieyès o desenvolvimento da teoria da representação. Cf. AFONSO DA SILVA, José. O sistema representativo e a democracia semi-direta. In: CONCHA CANTÚ, Hugo A. (Coord.). **Sistema representativo y democracia semidirecta**: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: UNAM, 2002, p. 8. Igualmente cf. (FERREIRA FILHO, 2011, p. 111-113), demonstrando a importância do Abade, e a sua “desconfiança da massa”, e ainda realçando as ideias de Montesquieu.

### 3. A democracia semidireta

Apesar da evidente ampliação do espectro dos habilitados a participar da cidadania ativa,<sup>9</sup> a ânsia por mais e melhores práticas que permitissem uma busca mais efetiva de legitimidade na democracia vai fazer que se acentue a busca por práticas de democracia semidireta.

Para Afonso da Silva (2010, p. 137-138), a democracia representativa, com o “sistema de partidos, o sufrágio universal e a representação proporcional”, passou a adquirir concretude, da qual exsurgiu a “ideia da participação” (AFONSO DA SILVA, 2002, p. 12).

Ainda que materializada no ato de votar, a participação está expressa. Trata-se, agora, de ampliá-la, para além do sufrágio (AFONSO DA SILVA, 2002, p. 12), no que se denomina “princípio participativo” (CANOTILHO, 2003, p. 301).

Na sua explicitação, é o *referendum* que possui papel “preponderante” (AFONSO DA SILVA, 2002, p. 13) nesse processo.

### 4. A participação e a deliberação como aperfeiçoamento democrático / a garantia da pluralidade

Observa-se, assim, que as possibilidades contempladas no modelo semidireto, buscando aproximação com o modelo de “democracia direta”, não obstaculizarão o processo do recrudescimento do “discurso crítico” e, muitas vezes, “deslegitimizador” (GARCÍA GUITIÁN, 2009, p. 27-28) da representação política.

Nesse viés de se giziar basicamente as críticas à ausência de mandato imperativo, a qual contribui para a “ausência da relação pessoal e material entre eleitores e representantes” (ESPÍN TEMPLADO, 1997, 30-31) e a propugnação por um modelo que estabelecesse “coincidência de interesses entre eleitores e eleitos”. (ESPÍN TEMPLADO, 1997, 30-31).

Nos anos 1960, verificar-se-á o surgimento de uma série de experiências que buscavam resolver esses questionamentos.

São práticas logo cognominadas “participativas”, o que faz aparecer no vocabulário político nova desinência, “democracia participativa”, que as procura açambarcar.

9 Em que pese à questão da definição do polo representado já se ter definido desde a questão da prevalência da não imperatividade no voto, tinha-se por claro que, apesar de o universo representado sempre ser constituído por todos, o exercício ativo da cidadania, i. e., aqueles cidadãos com aptidão ao voto, remanesca com aqueles que reuniam as condições para tal.

*A evolução democrática, o seu aperfeiçoamento e a garantia da expressão plural.  
O papel da participação e da deliberação*

Carole Pateman, já em 1970, alertava sobre importância fulcral da participação na construção da teoria da democracia (PATEMAN, 1970, p. 103).

Mais recentemente, a questão voltará a furo. A discussão da necessidade de aperfeiçoamento democrático, com a revalorização e o reequacionamento da deliberação, aparecerá de forma sintomática.

Papel importante, nesse processo todo, é o do incremento do pluralismo, com toda gama de diversidades dos mais variados aspectos sendo cada vez mais valorizada (GREPPI, 2006, p. 44-45).

Em uma sociedade em que tudo assume o valor de importante, com a exacerbação exponencial dos individualismos e idiosincrasias, é natural a percepção de que um sistema fundado na verificação do bem comum pelo critério da maioria venha a ser contestado.

Mencionem-se aqui e particularmente os estudos e o pioneirismo de Joshua Cohen, o qual, para parte da doutrina, teria sido o primeiro a cunhar a expressão “democracia deliberativa” (SCHAEFER, 2012, p. 86).

Para alguns, deliberação tem sido descrita como “uma conversação em que os indivíduos falam e escutam sequencialmente” (GAMBETTA, 1998, p. 19), antes de tomarem uma decisão coletiva. Para outros, estaria em algum ponto entre os extremos da barganha, a “qual envolve a troca de ameaças e promessas” e a “discussão, que pode dizer respeito a princípios ou a fatos e causalidades” (GAMBETTA, 1998, p. 19).

A questão da definição parece ser tão cara a todos que se caracteriza como a grande dificuldade daqueles com eventual predisposição a debater o assunto. Para alguns autores, melhor do que discutir o assunto é mostrar “o valor de uma discussão antes da tomada de decisões políticas” (FEARON, 1998, p. 44; ELSTER, 1998, p. 1).

A concepção habermasiana<sup>10</sup> de que a democracia envolve todo o processo de transformação, caracterizando-se “mais do que a simples agregação de preferências”, passou a ser uma das posições com maior aceitação na teoria democrática (ELSTER, 1998, p. 1).

Alguns valores parecem ser pressupostos aos defensores da deliberatividade,<sup>11</sup> desde que se tenha presente que “a democracia deliberativa é um ideal de legitimidade política” (BESSON; MARTÍ, 2006, p.

10 Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. 2 v. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003 (Biblioteca Tempo Universitário, 101, 102). v. II, especialmente o capítulo VII, Política deliberativa: um conceito procedimental de democracia., no qual a base dessa concepção está posta. (p. 9-56).

11 Resumindo algumas das ideias comuns aos defensores da deliberatividade, mas realçando as evidentes diferenças conceituais, cf. (ELSTER, 1998, p. 8-9).

xv). Assim também a percepção de que os que tomam parte nos processos deliberativos “estão cometidos com os valores da racionalidade e da imparcialidade” (BESSON; MARTÍ, 2006, p. xv) e, de que os afetados pela decisão a ser efetivamente tomada, “podem dele tomar parte diretamente ou através de seus representantes” (BESSON; MARTÍ, 2006, p. xv).

Também a predisposição daqueles envolvidos nos processos de imbuírem-se da mentalidade dialógica, tida por processo necessário à argumentação coletiva (BESSON; MARTÍ, 2006, p. xv).<sup>12</sup> Isto permite pressupor “a disposição para alterar seus pensamentos e preferências”, desde que assim persuadidos pelos outros (BESSON; MARTÍ, 2006, p. xvi).

Com relação à persuasão utilizada na deliberação, tem-se que ela se dê de forma a diferenciar-se de outros processos comunicativos, procurando obter a transformação das preferências alheias, em busca de “razoável” consenso, obtido pela “persuasão racional, por argumentos fortes”, supondo-se as partes envolvidas procurarem a “imparcialidade” (BESSON; MARTÍ, 2006, p. xvi). Esta busca da imparcialidade não se incompatibiliza com a existência de “interesses pessoais” ou de “comportamentos estratégicos” (BESSON; MARTÍ, 2006, p. xvii).

Apesar de realçar-se a “distinção entre deliberação e votação” (BESSON; MARTÍ, 2006, p. xvii), especialmente considerado o fato de que “a alteração racional de preferências difere da sua mera agregação”, não se deve afastar a possibilidade de que no curso do processo, em certas condições, a decisão final venha a se dar com a utilização, inclusive, a votação (BESSON; MARTÍ, 2006, p. xvii).

Isso deve ser entendido tão somente como um fator procedimental, realçadas as claras diferenças entre os dois processos. A mesma observação vale para a utilização eventual de outros métodos, como a negociação (BESSON; MARTÍ, 2006, p. xvii).

Amy Gutmann e Dennis Thompson (2004, p. 3-6) realçam a necessidade de a discussão ser levada a efeito no espaço público e a sua compreensibilidade. Agregam a isso a necessidade da discussão “construtiva” por um período de tempo e certa dinamicidade.

Paul Ginsborg (2008, p. 65) nos lista exemplos de experiências de democracia deliberativa efetivamente utilizados mundo afora, que podem ser complementadas por experiências nacionais como o orçamento parti-

12 James Bohman (1996, p. 27) trabalha o conceito entendendo que “a deliberação pública é o processo dialógico de troca de razões com o propósito de resolver situações problemáticas que não podem ser resolvidas sem coordenação interpessoal e cooperação”.

participativo e a criação de conselhos comunitários em uma série de campos, tais como segurança, educação, saúde e de gestão de espaços públicos.<sup>13</sup>

## Conclusão

Procurou-se, neste trabalho, expor historicamente a evolução da democracia desde a democracia antiga até o seu “reaparecimento”, já na Modernidade, quando lentamente e com enorme transformação, vai ganhar *status* de postulado.

Em um momento posterior, afirmada a representação e a sua expressão pelos partidos políticos, explorou-se o criticismo sobre o sistema e o aparecimento do modelo semidireto.

Este não esgotou o debate por dimensões inexploradas, mormente, tendo-se em vista a participatividade e a deliberatividade.

Estas vêm a ganhar relevo em uma sociedade de exacerbação da pluralidade, devendo serem, portanto, entendidas como vias possíveis do aperfeiçoamento democrático. Em uma época de aparente questionamento da legitimidade do *status quo* democrático, a discussão da superação desse paradigma se faz necessária.

## Referências

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. O sistema representativo e a democracia semi-direta. In: CONCHA CANTÚ, Hugo A. (Coord.). **Sistema representativo y democracia semidirecta: memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional**. México: UNAM, 2002.

BEÇAK, Rubens. **A hipertrofia do executivo brasileiro: o impacto da constituição de 1988**. Campinas: Millennium, 2008.

13 Cf. BEÇAK, Rubens; LONGUI, João Victor Rozzati. A democracia participativa e sua realização - perspectiva histórica e prospecção futura: o marco civil para a regulamentação da internet no Brasil. In: **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito**. (Fortaleza, 9-12. jun. 2010). p. 7017; BEÇAK, Rubens. Participatory Democracy and its implementation - historical perspective and the future prospect - the brazilian internet regulatory framework. In: **Anais do Annual Meeting of the Law and Society Association**. (San Francisco, 2-5. jun. 2011).

\_\_\_\_\_. Considerações sobre a democracia participativa. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. et alli. (Coords.). **Direito constitucional, estado de direito e democracia: homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

\_\_\_\_\_. Instrumentos de democracia participativa. **Revista de Ciências Jurídicas** – UEM, v. 6, n.2, p. 143-153, jul-dez. 2008.

\_\_\_\_\_. Participatory Democracy and its implementation - historical perspective and the future prospect - the Brazilian internet regulatory framework. In: **Anais do Annual Meeting of the Law and Society Association**. (San Francisco, 2-5. jun. 2011).

BEÇAK, Rubens; LONGUI, João Victor Rozzati. A democracia participativa e sua realização - perspectiva histórica e prospecção futura: o marco civil para a regulamentação da internet no Brasil. In: **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito**. (Fortaleza, 9-12. jun. 2010).

BESSON, Samantha; MARTÍ, José Luis. (Eds.). **Deliberative democracy and its discontents**. Hampshire: Ashgate, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Stato, governo, società**: frammenti di um dizionario politico. Torino: Einaudi, 1995.

BOHMAN, James. **Public deliberation: pluralism, complexity, and democracy**. Cambridge: MIT Press, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 35. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012.

\_\_\_\_\_. **Constituições do Brasil**: de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, e 1967 e suas alterações. 2 v. Brasília: Senado Federal, 1986.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 9.709, DE 18 DE NOVEMBRO DE 1998**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19709.htm)>. Acesso: 12 abr. 2012.

CAGGIANO, Monica Herman. **Oposição na política**: propostas para uma rearquitetura da democracia. São Paulo: Angelotti, 1995.

*A evolução democrática, o seu aperfeiçoamento e a garantia da expressão plural.  
O papel da participação e da deliberação*

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CUNNINGHAM, Frank. **Teorias da democracia**: uma introdução crítica. Trad. Delamar José Volpato Dutra. São Paulo: Artmed, 2009. (Debates Contemporâneos).

DUNN, John. **Il mito degli uguali**: la lunga storia della democrazia. Trad. Rossana Stanga (do original em inglês Setting the people free: the story of democracy. London: Atlantic Books, 2005). Milano: UBE, 2008.

ELSTER, Jon. (Ed.). **Deliberative democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

\_\_\_\_\_. Deliberation and constitution making. In: ELSTER, Jon. (Ed.). **Deliberative democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

ESPÍN TEMPLADO, Eduardo. Una reflexión sobre la representación política y los sistemas electorales en las democracias constitucionales. In: RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo José; GAMBINO, Silvio (Coords.). **Formas de gobierno y sistemas electorales**: la experiencia italiana y española. Valencia: Tirant lo blanch, 1997.

FEARON, James D. Deliberation as discussion. In: ELSTER, Jon. (Ed.). **Deliberative democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAMBETTA, Diego. "Claro!": an essay on discursive machismo. In: ELSTER, Jon. (Ed.). **Deliberative democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

GARCÍA GUITIÁN, Elena. Representación y participación: la rendición de cuentas en las democracias contemporáneas. In: MENÉNDEZ ALZAMORA, Manuel. (Ed.). **Participación y representación política**. Valencia: Tirant lo blanch, 2009. (Colección Ciência Política, 30).

GINSBORG, Paul. **Democracy**: crisis and renewal. London: Profile, 2008.



GREPPI, Andrea. **Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo.** Madrid: Trotta, 2006.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Why deliberative democracy?** Princeton: Princeton University Press, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. 2. ed. 2 v. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HELD, David. Democracy: from city-states to a cosmopolitan order? In: HELD, David.. (Ed.). **Prospects for democracy:** north, south, east, west. Cambridge: Polity Press, 1993.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MAQUIAVEL. (Niccolò Machiavelli) **The discourses.** London: Pelican, 1970. (reimpr. 1974, com correções e 1983, pela Penguin).

MILL, John Stuart. **O governo representativo.** Trad. E. Jacy Monteiro (do original em inglês Consideration on representative government. The Liberal Art Press, 1958). São Paulo: Ibrasa, 1983.

\_\_\_\_\_. **Considerações sobre o governo representativo.** Trad. Manoel Innocêncio de Lacerda Santos Jr. Brasília: UNB, 1981.

MONTESQUIEU (Charles-Louis de Secondat). **Do espírito das leis.** Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

PATEMAN, Carole. **Participation and democratic theory.** London: Cambridge University Press, 1970.

PRÉLOT, Marcel; LESCUYER, Georges. **Historie des idées politiques.** 13. ed. Paris: Dalloz, 1997.

SARTORI, Giovanni. **Teoría de la democracia.** v. 1. El debate contemporáneo. versión española de Santiago Sánchez González. Trad. Santiago Sanchez González. Madrid: Alianza, 1988.

\_\_\_\_\_. **Teoría de la democracia.** v. 2. Los problemas clásicos. versión española de Santiago Sánchez González. Trad. Santiago Sanchez González. Madrid: Alianza, 1988.

*A evolução democrática, o seu aperfeiçoamento e a garantia da expressão plural.  
O papel da participação e da deliberação*

SCHAEFER, David Lewis. Deliberative democracy: the transformation of a political concept. In: SCHAEFER, David Lewis. (Ed.) **Democratic decision-making**: historical and contemporary perspectives. New York: Lexington, 2012.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Qu'est-ce que le tiers état?** Paris: Boucher, 2002.

TILLY, Charles. **Democracia**. Trad.: Raimundo Viejo Viñas (do original em inglês Democracy, Cambridge, 2007). Madrid: Akal, 2010.

TOCQUEVILLE. Alexis de. **Democracy in America**. Trad. Henry Reeve. London: Oxford University Press, 1959.



# Discriminação e violência de gênero no tráfico de mulheres para fins de exploração sexual

Waldimeiry Corrêa da Silva

## 1. Introdução: contextos, sinergias e breves delimitações conceituais

O tema do Tráfico de pessoas entrou, de forma contundente, na agenda internacional, desde a assinatura do Protocolo de Palermo no ano de 2000. Desde então, cerca de 155 países ratificaram esse instrumento internacional, fato que gera obrigação internacional aos Estados. De acordo com relatórios apresentados pela ONU, a maioria dos casos de tráfico é para fins de exploração sexual. Não obstante, o debate sobre o tráfico - como um problema pungente e subnotificado socialmente - encontra-se em sinergia negativa com outras formas de exploração do trabalho (como a servidão, o trabalho forçado e as condições análogas à escravidão), a violência e a discriminação por gênero<sup>1</sup> e outras práticas violatórias de direitos humanos. Diante da abundância terminológica, há uma confusão de conceitos que permeia o debate sobre o tráfico de seres humanos, gerando impactos negativos tanto para a proteção e assistência integral das vítimas quanto para a prevenção e o autorreconhecimento enquanto vítimas de violação de direitos humanos.

Entendemos, ainda, que o Tráfico de pessoas está estreitamente unido à escravidão - que se dá pelo domínio, pela submissão, pela restrição de liberdade ou mesmo pela exploração do trabalho alheio - (CORRÊA DA SILVA, 2011)<sup>2</sup>, é uma violação de direitos humanos, uma violência de

1 Para tanto tomamos a afirmação da OIT que considera: “No caso das mulheres, a opressão sofrida está ligada ao seu “gênero”, isto é, a construção sociocultural elaborada a partir do sexo feminino e aos modelos e expectativas em relação aos papéis que elas devem desempenhar na sociedade.” (OIT, 2009, p. 20).

2 Desta afirmação Manuel Castells, em “La conexión perversa”, afirma: “[...] *el crimen es tan antiguo como la humanidad. Pero el crimen global, la conexión en red de organizaciones criminales*

gênero (também está relacionado com a discriminação contra a mulher, como consequência de um sistema desigual que propícia que seja causa e consequência do tráfico de mulheres), um crime contra a humanidade (conforme o art. 7 do Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional), que consiste em afastar uma pessoa de seu entorno, ou origem, com fim de explorá-la em outro lugar de destino. Com efeito, para vários autores, é imprescindível levar em consideração sempre a análise de gênero uma vez que essa análise: *“permettra notamment de comprendre pourquoi la migration peut être perçue par certaines femmes comme le seul moyen d’échapper à leur détresse, quelle place leur est donnée dans la société et quelle autre stratégie de lutte s’offre à elles pour améliorer leur condition”*. (VAZ CABRAL, 2006, p. 7).

Desse modo, este estudo não tem a pretensão de esgotar as diferentes perspectivas de abordagens sobre o tema<sup>3</sup>, e sim, apresentar uma análise de como o Tráfico se apresenta com forma manifesta de violência contra as mulheres, desde os normativos jurídicos internacionais. Assim, faz-se mister acentuar a diferença entre aquelas pessoas que se inserem no conceito juridicamente definido de Tráfico de pessoas que se distinguem daquelas que exercem livremente a ocupação sexual<sup>4</sup>. Para tanto, optamos pela clareza entre os conceitos de: tráfico de pessoas (*trafficking*), contrabando de imigrantes (*smuggling*)<sup>5</sup>, exploração sexual e prostituição livre. Não obstante, não podemos negar a evidente sinergia entre os conceitos, inclusive, a fronteira tênue entre eles que conduz à confusão conceitual e à consequente violação de direitos humanos.

Nesse sentido, entendemos o Tráfico de mulheres como forma manifesta de violência contra a mulher, caracterizada, pela visão desta, como

---

*poderosas y sus asociados en actividades compartidas alrededor del planeta, es un nuevo fenómeno que afecta profundamente la economía, la política, la seguridad y, por último, la sociedad nacional e internacional en general.”* (CASTELLS, 1999, p. 166-167).

- 3 Como por exemplo: os diferentes debates feministas; problema migratório e de criminalidade organizada, entre outros.
- 4 No presente texto entendemos como mercado sexual todas as formas de consumo e prazer sexual que se pode adquirir pela mediação financeira que ocorre pela compra de serviços sexuais. É um mercado que para muitos parece invisível, mas que ocorre mediante uma oferta e demanda “legal” gerando altíssima lucratividade, por meio de, usualmente, práticas ilegais de exploração. Pode recorrer a três práticas mais visíveis socialmente, que são a prostituição, pornografia e turismo sexual. No que tange a ocupação sexual não podemos ignorar a existência do trabalho sexual oferecido livremente.
- 5 De um lado temos uma violação massiva de Direitos Humanos – que ocorre no processo do TP inseridos nos processos migratórios-. De outro, uma infração administrativa contra o Estado que ocorre no contrabando de imigrantes. Aproveitado do “vazio” deixado pela globalização, o crime transnacional organizado busca sacar benefícios financeiros das correntes migratórias, de modo que ocorre uma violação sistemática dos direitos humanos das vítimas do Tráfico de seres humanos. Para a diferenciação dos conceitos veja: (CORRÊA DA SILVA, 2013).

mercadoria, seja destinada a sua exploração (sexual ou laboral), seja via submissão, domínio, restrição da autonomia e da liberdade que vem a caracterizá-la, também, como uma forma contemporânea de escravidão (CORRÊA DA SILVA, 2011). Nesse contexto, não podemos obviar que o tráfico para fins de exploração sexual e a prostituição se encontram intrinsecamente unidos, além de ter aparecido configurado de forma ambígua (interligados) nos distintos dispositivos legais. Não obstante, nem todos os casos de tráfico ocorrem para a prostituição<sup>6</sup>. Assim como nem toda pessoa que exerce a prostituição é vítima de tráfico. Conforme S. Chiaroti (2002, p. 16): *“Un énfasis exagerado en esta conexión puede producir deslizamientos indeseados [...] puede dar pie a las corrientes que están intentando utilizar el problema del tráfico y la protección a las mujeres como una excusa para restringir la migración.”* Nesse sentido, vale sublinhar que, desde os primeiros normativos sobre tráfico de pessoas (1904-1949), estiveram vinculados à atividade da prostituição. Dai a necessidade de uma compreensão diferenciada entre as duas modalidades, tanto para a não criminalização da prostituição<sup>7</sup> quanto para o combate ao crime do tráfico desde o viés de proteção e assistência e não apenas repressivo.

Por conseguinte, faz-se necessário uma intervenção pautada na inter-setorialidade que enfoque as vulnerabilidades<sup>8</sup> sociais, econômicas e culturais como elementos centrais da prática da prostituição. E ainda, que seja

6 Jo Doezenia chama atenção para os estereótipos e vitimização ocorrida no tráfico de pessoas, para a autora: *“Present-day concerns with prostitution and traffickin in women find a historical precedent in the campaigns againts ‘white slavery’ that occurred at the turn of the twenieth century. (...) Yet the rhetoric accompanying today’s campaigns against trafficking in women is strikingly similar to that used by the anti-white-slavery activists. Then as now, the paradigmatic image is that of a Young and naïve innocent (assumed to bhe female) lured or deceived by evil traffickers (assumed to be male) into a life of horrifying sexual degradation from which escape is virtually imposible.”* (DOEZEMA, 2010, p.4). Nesse diapasão, a pesquisadora Maria Lucia Leal adverte para: *“As associações artificiais que se fazem entre tráfico e prostituição, por exemplo, podem levar a um distanciamento do que realmente significa cada conceito destes. Por outro lado, pode fomentar interpretações precipitadas que podem orientar as políticas públicas para ações higienistas, repressivas, moralistas, etc.”*

7 Neste sentido é imperativo escutar os “outros” sujeitos envolvidos no processo de tráfico e prostituição para a determinação ou não da exploração sexual. Para a OIT: *“A prostituição é uma atividade em que se trocam serviços sexuais por um bem e, assim, se estabelece uma relação comercial. O bem em questão pode ser dinheiro ou refeições, presentes, corridas de carro, entre outros. E a relação comercial estabelecida possui características de organização, tais como: regras para estarem com o cliente, roupas, práticas sexuais, horários, regularidades, rotinas, preços, contatos. A prostituição é um “sistema relacional”, pois, por definição, trata-se de relações, assim depende de pelo menos duas pessoas envolvidas.”* (OIT, 2012, p. 22-23).

8 Para a configuração de vulnerabilidade consideramos a afirmação realizada pelo Estudo da OIT sobre o tema que considera que: *“a pessoa (ou grupo) em si mesmo não é vulnerável,*

incorporado o empoderamento do ser humano como sujeito de direito, reconhecendo sua liberdade, sua autonomia na escolha da ocupação e sua consequente interface para o reconhecimento de seus direitos laborais e direitos sexuais. Sendo, portanto, imperioso respeitar a “cidadania da intimidade”<sup>9</sup>, que se posiciona sobre a defesa do controle do corpo das mulheres por elas próprias – sujeitos de direito -, a defesa das liberdades sexuais, da autonomia, da sua sexualidade, para seu pleno desenvolvimento social. Contribuindo para a distinção entre os conceitos, a OIT realça que, em se tratando de pessoas adultas, a prostituição pode ser considerada exploração sexual ou prostituição forçada, neste caso “quando aparecem as características de trabalho forçado, entre elas: cerceamento da liberdade, servidão por dívida, retenção de documentos, ameaça etc.” (OIT, 2012, p.26).

Para o conceito de Tráfico de Pessoas, utilizamos o referente internacional sobre a matéria o Protocolo para Prevenir, Reprimir e Sancionar o Tráfico de Pessoas, Especialmente Mulheres e crianças<sup>10</sup> (Protocolo de Palermo). Mencionado instrumento vai mais além da compreensão tradicional do Tráfico de pessoas (a dimensão penal e de segurança pública), devido a sua perspectiva multidimensional, além de adotar compromissos políticos. O Protocolo de Palermo esboça a extensão e a busca de defesa dos direitos humanos, ao combinar a proteção e a assistência às vítimas, ao pensar a prevenção e buscar, também, a persecução, a repressão e a cooperação judicial.

A definição de Tráfico contém três elementos constitutivos: uma ação; os meios; e a finalidade de exploração. Estes elementos estão inter-relacionados, uma vez que se trata de uma ação que se assenta na captação, no transporte, na acolhida de pessoas, determinando, assim, uma conduta delitativa com a finalidade de exploração. Para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra, utiliza-se a ameaça, a força ou outras formas de coação: o rapto, a fraude e o engano, o abuso de poder diante uma situação de vulnerabilidade, assim como a concessão ou a recepção de pagos ou benefícios; seu fim é a exploração<sup>11</sup>.

---

mas pode se encontrar em uma situação de exploração, de negação da sua dignidade, de violações de direitos humanos - econômicos e sociais-” (OIT, 2009, p. 19).

- 9 Termo utilizado pela pesquisadora Maria Lucia Leal, ao expor um estudo de caso do Tráfico, Imigração irregular e Prostituição na conexão Ibérica durante o III Congreso Latinoamericano de Trata y Tráfico de Personas. 16 a 18 de Julho, Bogotá, Colômbia.
- 10 Protocolo adicional à Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do tráfico de pessoas, em especial Mulheres e Crianças, adotado em Brasil mediante o Decreto No 5.017, de 12 de março de 2004.
- 11 Cf. Artigo 3.a do Protocolo de Palermo: “a) A expressão “tráfico de pessoas” significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo

*Discriminação e violência de gênero no tráfico  
de mulheres para fins de exploração sexual*

Nesse tom, é sabido que coexistem diferentes formas de tráfico de pessoas, visto que a exploração pode ser para fins laborais - constringendo a vítima a realizar trabalhos forçados, sem remuneração ou com isolamento-, de servidão por dívidas (supostamente contraídas). Também para fins sexuais-comerciais, submetendo a vítima à prostituição ou à exploração sexual<sup>12</sup>. E ainda, para fins de remoção de órgãos ou adoção ilegal. Nesses termos, defendemos que há exploração quando há: insuficiência na garantia de direitos trabalhistas, jornada de trabalho que expõe o sujeito a condições inumanas, degradantes e violatória de direitos humanos consagrados na ordem internacional.

A exploração sexual consiste na vitimização sexual de uma pessoa ligada a uma remuneração econômica ou a outro tipo de benefício e regalias. O corpo da pessoa explorada é utilizado para proveito econômico do explorador e dos intermediários e para prazer ou satisfação do abusador. As vítimas “estão expostas a diferentes tipos de violência, como pressões psicológicas, maus-tratos físicos, espancamentos, humilhações, difamações, calúnias, assédio sexual, estupro e assassinato.” (OIT, 2012, p. 26). No contexto prostitucional, os intermediários podem ser tanto os exploradores diretos – proxenetas ou rufião, quanto indiretos - os clientes (ou prostituidores) que fomentam a demanda mediante o consumo da atividade sexual. (MOLINA, 2010, p. 20).

Realizada essas considerações, o objetivo do presente texto é o de explorar a discriminação por gênero existente no Tráfico de mulheres para fins de exploração sexual internacional já que, desde os diferentes normativos, o tráfico de mulheres é considerado uma forma manifesta de violência<sup>13</sup>

---

à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;

b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a);

c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados “tráfico de pessoas” mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea a) do presente Artigo”;

12 Ante mencionada perspectiva Kara explica como se desenvolve o negócio da escravidão sexual: “*La adquisición de esclavas sexuales se produce principalmente mediante uno de estos cinco medios: el engaño, la venta por la familia, el rapto, la seducción e el cortejo o la captación con la ayuda de otras esclavas.*” (KARA, 2010, p. 30).

13 “Estamos falando de violência como expressão máxima, física ou simbólica, de uma relação de poder - que encontra legitimidade social - em que um sujeito se apodera de outro, em que um sujeito interfere na liberdade de outro, na sua autodeterminação.” (CHAME, 2000, p. 37)



e discriminação contra a mulher<sup>14</sup>. Assim, o tráfico para fins de exploração sexual fomentado via trabalho sexual pressupõe pagar por obediência e submissão (CACHO, 2010, p.193); sujeição que encontramos impresso na violência contra as mulheres por meio de práticas que geram sua consequente exclusão e subordinação<sup>15</sup>, convertendo, assim, o corpo da pessoa explorada sexualmente “em somente um agente transmissor através do qual os homens compartilham sua sexualidade.” O que vem a ser reforçado por SCOTT (1990) ao abordar como o gênero colabora em marcar as diferenças de papéis nas relações sociais e políticas já que, nesse sistema, a mulher segue invisibilizada, marginalizada, coisificada e lhe são negadas as oportunidades. A violência de gênero que se encontra intrínseca ao tráfico para fins de exploração sexual vai mais além de práticas que afirmam a coisificação sexual, pois conflui a uma concepção utilitarista sobre a vida das mulheres. Diante um contexto sociocultural que as inferioriza, que provoca sua manipulação como seres passivos, sem direitos nem obrigações, nem com a capacidade de autossustentar-se economicamente.

## 2. O tráfico de mulheres na atual arena internacional

Como afirmando na introdução, o tráfico de pessoas não é um fenómeno novo, ainda que, na atualidade, apresente traços distintivos. Estamos diante uma questão moral, criminal, migratória, de ordem pública, relacionada com o trabalho e com a vulneração de direitos humanos (VAZ CABRAL, 2006, p. 9). O que vem a ser confirmado pela ONU, ao afirmar também que a globalização impulsionou o Tráfico de mulheres,

14 Para M. Lucia Leal é necessário observar “a questão do preconceito contra a mulher, que ocorre em âmbito transnacional, e está relacionado à sua condição de gênero, de raça, de orientação sexual, de origem étnica e social, de sua procedência territorial e faixa etária, o que aprofunda as desigualdades sociais e dificulta a sua inserção no mundo do trabalho, o que caracteriza o tráfico de mulheres como uma construção social”. III Seminário Latinoamericano sobre Trata y Tráfico de Personas. 16 a 18 de Julho de 2013, Bogotá-Colômbia.

15 “Não porque são grupos privilegiados, mas, sim, porque paassaram e ainda passam por situações de opressão, discriminação e negação de direitos. No caso das mulheres, a opressão sofrida está ligada ao seu sexo, melhor, a construção sociocultural do sexo. Em outras palavras, quando uma criança nasce biologicamente mulher, há uma construção sociocultural do seu comportamento, da maneira de vestir, de sentir e de agir. Entretanto, isso nada tem a ver com o sexo das pessoas, mas, sim, com a construção generificada dos sexos. Gênero é um conceito relacional e se refere às construções culturais de valores, que significam diferentes comportamentos, atitudes, visões de mundo de homens e de mulheres. Esses significados ocorrerão por uma combinação entre contextos, situações e sentidos.” (OIT, 2009, p. 31).

*Discriminação e violência de gênero no tráfico  
de mulheres para fins de exploração sexual*

culminando na feminização da pobreza e da imigração (ONU, 2010)<sup>16</sup>, além de estabelecer conexões diretas com o crime organizado transnacional e acontecer em paralelo aos fluxos migratórios e laborais<sup>17</sup>. Esses fluxos, a diferença do que ocorria no passado - Tráfico de escravos para realização dos trabalhos nas colônias por parte das grandes potências -, estão protagonizados na atualidade, em sua maioria, por pessoas mais vulneráveis como as mulheres e as crianças.

Nesse nefasto cenário, a UNODC acrescenta que, em muitos países, a principal forma de Tráfico de pessoas diagnosticada – até 2009 - tem sido o tráfico para fins de exploração sexual. Fato que tem resultado em uma limitação das legislações internas apenas ao tráfico para fins de exploração sexual (UNODC, 2009, p.50). Estando evidentes as grandes desigualdades sociais e de oportunidades de trabalho equitativo no mercado profissional que propiciam o baixo status social para as mulheres, feito que nos leva a refletir sobre a necessidade de políticas públicas que promovam a igualdade de oportunidade e o empoderamento dos sujeitos socialmente vulneráveis.

O tráfico de mulheres para fins de exploração consiste na utilização de mulheres no comércio sexual, ou seja, a serviço da indústria do sexo: prostituição, pornografia, turismo sexual, espetáculos sexuais, casas de massagens, linhas eróticas, etc. Nesse contexto, o explorador (proxeneta ou traficante) se beneficia dos lucros da exploração sexual alheia. Conforme colocamos em evidência por meio da definição internacionalmente aceita, advinda do Protocolo de Palermo, o consentimento da vítima é irrelevante, uma vez que os meios usados (coação ou engano, uso da força ou violência) com um determinado fim, são os que caracterizam o delito, e a pessoa sujeita a ele será a vítima<sup>18</sup>.

16 Neste tom o Conselho de Direitos Humanos da ONU, também incide sobre os efeitos da globalização e dos obstáculos às iniciativas adotadas para erradicar as distintas formas de trabalho forçado, entre elas o Tráfico. Veja: (ONU, 2009).

17 Destarte para a Relatora Especial sobre o Tráfico de Pessoas: “Debido a la globalización y a la evolución de las tendencias demográficas en los países desarrollados, existe una creciente demanda de mano de obra barata con poca cualificación o semi-cualificada en una amplia gama de sectores, entre ellos, la agricultura, la elaboración de alimentos, la construcción, la manufactura, el trabajo doméstico y los servicios domiciliarios de atención de la salud. A menudo esos trabajos son sucios, degradantes y peligrosos, y no los suelen realizar los trabajadores nacionales. Ello genera una gran demanda de trabajadores migratorios. Veja: (ONU, 2010, par. 33).

18 Recordando que a definição do Protocolo de Palermo dispõe que: “O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a)” (Artigo 3.b).

O tráfico de mulheres para fins de exploração sexual apoia-se mediante uma praxe violenta<sup>19</sup>, posto que trata de uma ação que se dá pelo uso da força/dominação (meios coercitivos e para fins de exploração, conforme art. 3.a do Protocolo de Palermo) e da exploração de um ser humano sobre outro, com finalidade de obter lucro. A ação violenta, no tráfico de mulheres, ocorre mediante a “conversão de pessoas iguais em desiguais, numa relação da qual existe o inferior e outro superior” (CHAUÍ, 1980, p. 16). Nessa ação, o ser humano passa a ser coisificado, e, como ditado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH: *Case Rantsev x Rusia and Chypre*), em 2010, essas pessoas são vitimadas ao perderem sua liberdade e autonomia, além de serem constantemente vigiadas e coagidas a prestar serviços sexuais segundo as regras do explorador. Neste sentido, a pesquisadora M. Lucia Leal atribui à exploração do trabalho as relações desiguais do mercado e qualifica como:

(...) uma violência sexual que se realiza nas relações de produção e mercado (consumo, oferta e excedente) através da venda dos serviços sexuais de crianças e adolescentes pelas redes de comercialização do sexo, pelos pais ou similares, ou pela via de trabalho autônomo. Esta prática é determinada não apenas pela violência estrutural (pano de fundo) como pela violência social e interpessoal. É resultado, também, das transformações ocorridas nos sistemas de valores arbitrados nas relações sociais, especialmente o patriarcalismo, o racismo, e a apartação social, antítese da ideia de emancipação das liberdades econômicas/culturais e das sexualidades humanas (LEAL, 2001, p. 40).

Nesse comércio sexual (ocorrido pela exploração do trabalho), os dados do Informe Global sobre o Tráfico de Pessoas da ONU, 2009, apontam a prostituição – atividade a que se dedica quem mantém relações sexuais com outras pessoas, em troca de dinheiro - como a ocupação final mais enfatizada dentro do tráfico para fins sexuais comerciais (LEAL, 2001, p. 40). Acompanhando as leis do mercado, no contexto do Tráfico, fazemos referência a

19 A violência é entendida a partir da própria etimologia da palavra, que deriva do latim *vis* (força) e significa: desnaturar, ou seja, uma ação que é contra a natureza do ser; coagir, constranger, torturar e brutalizar, pois impede a espontaneidade, a vontade e a liberdade da pessoa; violar, ato que desrespeita a natureza de alguém ou de alguma coisa valorizada positivamente pela sociedade.

*Discriminação e violência de gênero no tráfico  
de mulheres para fins de exploração sexual*

um comércio em que existe uma oferta e uma demanda. Em mencionado comércio, o cliente é um ator-chave, já que é o sujeito que promove os fundos econômicos que sustentam essa atividade. Dentro da demanda, também incluímos os proxenetas, dado que são os responsáveis por captar as vítimas sob o engano, ademais de manter a atividade sexual mediante a coação, e obter benefícios econômicos da exploração do trabalho alheio. Por outro lado, temos a vítima, que é a pessoa que tem vulnerados seus direitos humanos.

No mercado da exploração sexual, a mulher (ou trans, criança ou adolescente, etc) passa a ser selecionada e demandada de acordo com o gosto dos clientes, como se fosse um produto que se usa para satisfazer as necessidades de consumo e que se descarta quando já não interessa. Nesse comércio, o ser humano passa ser considerado uma “massa semovente” com a qual se pode traficar. Tais evidências foram demonstradas por Lydia Cacho (2010, p. 19), por meio de suas investigações, em diferentes partes do mundo, a qual afirma que todas as formas de tráfico estão fundamentadas na exploração, e daí sua afirmação de que o tráfico tanto recria como fortalece a cultura de normalização da exploração do trabalho como resposta aceitável para prosperar diante da pobreza e da falta de acesso e de oportunidades. Nesse contexto, ressalta: *“El poder de la industria internacional del sexo se basa en la mercantilización del cuerpo humano como un bien para ser explotado, comprado y vendido sin consenso de su propietaria.”* (CACHO, 2010, p. 19).

O tráfico “não é um ato isolado, senão um processo pelo qual mulheres são submetidas, mediante o uso da força e coação, a um estado servil do qual não acredita terem saída”<sup>20</sup> (SKROBANEK, 1997, p. 41). Sobrevém que a vítima de Tráfico se encontra em situação de imobilização por dívida, que consiste no controle dessa vítima, “como forma de compensação de uma dívida; a imobilização acontece sempre que o valor dos serviços não seja razoavelmente calculado e corretamente aplicado na liquidação da dívida” (ESTERCI, 2008, p. 28). A imobilização social retira da vítima toda a condição de superar uma situação exploratória a que está submetida, porque a dívida não consegue ser sanada e é exigido dela a prestação de serviços de modo compulsório. O que retroalimentará o crime. No mesmo sentido, Cacho afirma:

*El poder de los tratantes se sostiene al eliminar toda posibilidad de que las víctimas potenciales tengan opciones de vida*

20 Nessa linha, Skrobaneck defende que o conceito de tráfico de mulheres deveria ser ampliado e estendido aos acontecimentos de sedução e ao transporte mediante o engano, as promessas enganosas e as identidades falsas, a os lugares em que estarão obrigadas a trabalhar em condições análogas à escravidão.

*digna y libre. La pobreza, suprimir la coma es, no sólo, el campo fértil, sino el motor para la siembra de esclavas y esclavos en el mundo. La complicidad de los gobiernos es innegable.* (CACHO, 2010, p.20)

Com efeito, distintos especialistas coincidem que os motivos mais frequentes que causam o tráfico de mulheres e seu conseqüente crescimento são de carácter macrossocial e estão relacionados tanto com a pobreza, estrutural, nos países de origem das vítimas, que buscam melhores condições de sobrevivência, material e psíquica, quanto a fatores socioculturais que propiciam a discriminação por motivo de gênero. (SKROBANEK, 1997, p. 34 e 91; CACHO, 2010, p. 112; VAZ CABRAL, 2006, p. 40-52; KARA, 2010, p. 52-54). É válido ressaltar que não mediam o consentimento das vítimas, seja por fatores culturais, seja por fatores sociais<sup>21</sup>. Ao mesmo tempo, dão-se casos de imigração para fugir dos conflitos internos que facilitam mão de obra servil às redes de tráfico. Além do exposto, também se deve acrescentar a discriminação de gênero e a violência contra a mulher, que geram grandes desigualdades de oportunidades do sistema social no qual se encontram situadas<sup>22</sup>. Também se deve ter em consideração que, nos países de destino, imperam as leis de mercado; a lei da oferta e da demanda de comércio sexual. A pesquisadora Farr insiste, ainda, que a pobreza deve ser considerada como uma força impulsora para o Tráfico de mulheres e afirma: *“Wherever privation and economic hardship prevail, there will be those destitute and desperate enough to enter into the fraudulent employment schemes that are the most common intake systems in the world of trafficking.”* (FARR, 2005, p. 138).

A vulnerabilidade é assim compreendida como um fator que conduz ao consentimento inicial ao trabalho, sem questionar as condições de exercício dele e sua conseqüente exploração e vulneração de direitos. A esse

21 Sobre o assunto Cacho realiza uma investigação jornalística na zona de Vietnam, Laos, Camboja e Tailândia a respeito de como as meninas são vendidas por suas próprias famílias tanto por motivos culturais, como pela crença de que terão melhores condições de vida afastando-se da miséria e da falta recursos para o desenvolvimento pessoal e social nesta zona. Veja: (CACHO, 2010, p. 111-112; SKROBANEK, 1997, p.91; KARA, 2010, p. 52).

22 Neste sentido, a Relatora Especial sobre violência contra a mulher afirma: *“La falta de derechos de la mujer es el principal factor que provoca la migración y la trata de mujeres. Si bien esos derechos se exponen inevitablemente en las constituciones, leyes y políticas, las mujeres siguen sin gozar de plena ciudadanía porque los gobiernos no protegen ni promueven sus derechos. [...] La forma de discriminación más extrema y patente es la violencia física y psicológica. La violencia es un instrumento para fortalecer las estructuras de la discriminación y reforzar las formas más insidiosas y sutiles de discriminación cotidiana de la mujer. A no proteger ni promover sus derechos civiles, políticos, económicos o sociales, los gobiernos crean situaciones en que prospera la trata.”* Em: (ONU, 2000, párr. 54).

*Discriminação e violência de gênero no tráfico  
de mulheres para fins de exploração sexual*

respeito, a Relatora Especial sobre o Tráfico de Pessoas da ONU chama atenção para a incidência especialmente sensível das mulheres nesse processo, no qual adverte que:

*La feminización de los espectáculos y la industria del sexo se basa en supuestos ideológicos centrados en los hombres: que los servicios sexuales son en gran medida un derecho del hombre y un producto; que quienes prestan servicios sexuales son en general mujeres; y que en la prostitución las mujeres existen como objetos sexuales y comerciales. (ONU, 2010, par. 34).*

Como podemos observar, as redes de tráfico carecem de uma estrutura fixa e definida, uma vez que, em virtude da ilegalidade do tipo de comércio que praticam, são bastante flexíveis e reúnem vários grupos para constituir, assim, uma rede complexa. Essas estruturas são capazes de adaptar-se rapidamente e sem dificuldade alguma às transformações inesperadas que possam ocorrer nos meios que operam. Os distintos intercessores que intermediam a relação entre a vítima e os traficantes são os captadores, os quais são responsáveis por providenciar os documentos de viagem e buscar o alojamento, além do traslado a países de trânsito e destino. Na atualidade, observa-se o incremento das redes de exploração sexual em virtude da expansão do capitalismo e a crescente brecha aberta pela globalização.

### **3. O tráfico de mulheres para fins de exploração sexual: exclusões e gênero<sup>23</sup>**

Ao longo do curso da história, explorar mulher era um processo considerado comum, uma vez que ser mulher equivalia a representar apenas um objeto que carecia de inteligência ou de vontade própria (ROBERTSON;

23 No presente texto comprendemos que: “Los sistemas de género sin importar su periodo histórico, son sistemas binarios que oponen el hombre a la mujer, lo masculino a lo femenino, y esto, por lo general, no en un plan de igualdad sino en un orden jerárquico. Mientras que las asociaciones simbólicas relativas al género han variado mucho, han tendido a contraponer el individualismo a las relaciones mutuas, lo instrumental o artificial a lo naturalmente procreativo, la razón a la intuición, la ciencia a la naturaleza, la creación de nuevos bienes a la prestación de servicios, la explotación a la conservación, lo clásico a lo romántico, las características humanas universales a la especificidad biológica, lo político a lo doméstico, y lo público a lo privado. Lo interesante de estas oposiciones binarias es que no permiten ver procesos sociales y culturales mucho más complejos, en los que las diferencias entre mujeres y hombres no son ni aparentes ni están claramente definidas. En ello reside, claro, su poder y su significado. Al estudiar los sistemas de género aprendemos que no representan la asignación funcional de papeles sociales biológicamente prescritos sino un medio de conceptualización cultural y de organización social”. (LAMAS, 1993, p.6)

ROBINSON, 2008, p. 254), portanto a subordinação da mulher ao homem se considerava normal ou “*natura*”, um costume universal, e qualquer tentativa em derrogar esse costume seria “*contra natura*”<sup>24</sup>. As mulheres e as crianças (considerados vulneráveis) se encontravam subordinadas ao homem, como costume universal, podendo ser comercializadas como mão de obra servil e escrava e como objeto sexual. Para Stuart Mill, qualquer forma de derrogar costume, pareceria *contra natura* [sic]. A subordinação da mulher ao homem era o habitual e o natural (MILL, 2008, p. 92). Nesse sentido, sustenta que a pior escravidão era a da mulher<sup>25</sup> (MILL, 2004, p. 144).

Nesse tom, Chiarrotti afirma que o tráfico de mulheres se remonta à origem da escravidão e ao tráfico de escravos. Dessa perspectiva histórica, os perdedores tornavam-se botim de guerra para os vencedores, já que parte da vitória de conquistar um povo consistia não só em escravizar os perdedores, mas também em tomar as mulheres e violá-las, explorá-las e vendê-las, sustentando, assim, a origem da discriminação da mulher no tráfico enquanto objeto para satisfação do prazer<sup>26</sup>. Ainda relacionado ao impacto da colonização das mulheres, Lydia Cacho (2010, 193-194)<sup>27</sup> argumenta que as mulheres têm sido objeto de apropriação e utilizadas como objeto de e para a satisfação do outro enquanto sujeito de direito. Chiarrotti ressalta também a intrínseca relação existente entre o tráfico de mulheres e a prostituição na América latina “*a la época de la conquista cuando los españoles, en cumplimiento*

24 Destarte Stuart Mill (2008, p. 92) afirma: “*Todos (a excepción de los más brutales) quieren tener en la mujer con quien cohabitan, no solamente una esclava, sino también una odalisca complaciente y amorosa; por eso no omiten nada de lo que puede contribuir al envilecimiento del espíritu y a la gentileza del cuerpo femenino*” (2008, p. 92).

25 Stuart Mill acrescenta ainda que: “*De todas as enfermidades humanas, ésta es la más común. La filosofía y la religión, en lugar de combatirla, llegan a fomentarla con mercenaria complacencia; nada se opone a ella sino el sentimiento de igualdad de los seres humanos*” (2008, p. 176).

26 A este respeito, a professora K. Farr (2005, p. 164-165) afirma que a violação, a escravidão sexual e outros atos de violência sexual contra as mulheres têm sido parte da história de todos os tipos de conflitos armados ao longo da história da humanidade - em todas as culturas, e em todo tipo de guerras; já sejam religiosas, com motivos de colonização ou revolucionárias.

27 Para reforçar sua opinião mencionada pesquisadora cita a Carolina González, que explica o porquê se haver normalizado a violência sexual contra as mulheres: “*Para comprender cabalmente las persistencias culturales que legitiman las violencias sobre las mujeres, es fundamental pensar sobre la concepción misma del poder que las sustenta. En este sentido, es importante orientar la reflexión hacia la sexualidad. Y que, como bien sabemos, ésta es un producto cultural, que ha sido entendida y vivida de diferentes maneras... La violencia sexual, cuyas principales víctimas han sido las mujeres y los principales victimarios los hombres, evidencia una de las paradojas más brutales de la dominación masculina... La violencia sexual se convierte, entonces, en un derecho de los varones, o de algunos varones, un tributo que las mujeres nos arriesgamos a pagar en la sociedad patriarcal. La violencia sexual ha sido ignorada históricamente, a pesar de dejar marcas en el cuerpo y en lo más íntimo de las víctimas y de la sociedad, como en el caso de la tortura.*” (GONZÁLEZ, apud CACHO, 2010, p. 194-195)

*de la ley de guerra, tomaban o entregaban el 'botín de mujeres' al vencedor, dando origen al comercio sexual y creando establecimientos para su ejercicio." (CHIAROTTI, 2002, p. 1). Mencionada autora reforça que, no período colonial, o tráfico de escravas foi produzido com um triple propósito. O primeiro deles era comum a todas as demais formas de escravidão: o trabalho como mão de obra gratuita. O segundo, para a reprodução de escravos; abastecer de mão de obra gratuita mediante seus partos. E terceiro, as mulheres eram consideradas objetos sexuais, sendo exploradas e incluso violadas tanto pelos senhores quanto pelos demais companheiros escravos (CHIAROTTI, 2002, p. 2).*

Diante dessa herança histórica, observa-se (ou ao menos passa a ser notificada) que tanto a natureza quanto as formas de violência de gênero têm aumento substancialmente, toda vez que nos encontramos diante uma estrutura social<sup>28</sup> conivente com a violência contra as mulheres, que as subordina e submete a uma violência estrutural manifestada mediante a desigualdade de oportunidades, a vulnerabilidade social, e consequente feminização da pobreza, etc. Engendrando ambiente propício a um domínio dual, que visa tanto o controle quanto a manutenção à situação de subordinação, sendo reconhecida como uma forma de discriminação já que impede o gozo pleno de seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Nessa conjuntura, a violência e o fustigamento sexual das mulheres no tráfico confere um tratamento desigual e injusto (exploração do trabalho), com base no sexo das pessoas, formas manifestas de discriminação por gênero, sendo, por conseguinte, um entrave para plena garantia de seus direitos humanos. Nesses termos, a violência contra a mulher inclui distintos tipos: físico, sexual e psicológico. Ocorrendo tanto em nível privado (dentro de unidades familiares, doméstica) quanto público (em contexto de comunidade, perpetrado por qualquer pessoa, no qual inclui o tráfico de pessoas e a prostituição forçada). Como veremos mais adiante.

#### **4. O tráfico de mulheres como uma forma de violência contra a mulher**

De acordo com o Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos, o direito internacional dos direitos humanos reconhece que certos grupos necessitam de proteção especial. Esse fato é decorrente tanto do passado, das vítimas de discriminação, quanto por

<sup>28</sup> Para algumas autoras feministas este aumento se deve a uma herança de uma sociedade patriarcal, que desvaloriza o papel desempenhado pelas mulheres, racionaliza a violência praticada contra elas e suscita a subordinação.



ser parte de um grupo vulnerável<sup>29</sup> (OACNUDH, 2010, p. 115). Ademais, destaca que: “*Es importante reconocer que las violaciones de los derechos humanos basadas en motivos de Genero, en particular contra las mujeres y las niñas, son una de las causas fundamentales de la trata de personas y una característica básica del proceso de la trata.*” (HR/PUB/10/2, 2010, p. 115).

Nesse contexto do Tráfico, é imperativo sopesar que, em sua maioria, são mulheres e menores destinados geralmente à exploração sexual (ONU, 2009, p. 6). A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979<sup>30</sup> contribui para essa percepção ao estabelecer, em seu artigo 1º, que a discriminação contra a mulher:

significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Do mesmo modo, estabelece a obrigação para os Estados-Parte<sup>31</sup> de tomar “partes todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislati-

29 A Convenção dispõe: “*Relembrando que a discriminação contra a mulher viola os princípios da igualdade de direitos e do respeito da dignidade humana, dificulta a participação da mulher, nas mesmas condições que o homem, na vida política, social, econômica e cultural de seu país, constitui um obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família e dificulta o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher para prestar serviço ao seu país e à humanidade,*” Preâmbulo da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher de 1979. Assim mesmo, O Relatório do Secretário Geral da ONU sobre os Avanços da Mulher em 1995 colocou em evidência: “*También se ha establecido claramente el vínculo que existe entre la trata y la violación de los derechos humanos de la mujer. En la Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, se señala que “la violencia sexista y todas las formas de acoso y explotación sexual, en particular las derivadas de prejuicios culturales y de la trata internacional de personas, son incompatibles con la dignidad y la valía de la persona humana y deben ser eliminadas”.* Em: (ONU, 1995, par. 6).

30 Adotada pela Assembleia Geral em sua resolução 34/180, de 18 de dezembro de 1979. Entrada em vigor: 3 de setembro de 1981.

31 De acordo com o OACNUDH (2010): “*Los Estados (en particular los países de origen) y otros agentes pueden abordar los aumentos de la vulnerabilidad a la trata que tienen relación con la discriminación y la violencia contra la mujer, mediante una serie de medidas prácticas que pueden incluir las siguientes: ofrecer refugio a las mujeres que estén siendo víctimas de violencia (Comité de DH, observaciones finales: Georgia (CCPR/C/GEO/CO3, párr. 8c); Albania (CCPR/CO/82/ALB, párr. 10); establecer servicios de llamadas urgentes en caso de crisis, y establecer centros de apoyo a las víctimas equipados con servicios médicos, psicológicos y jurídicos (A/61/122/Add.1, párr. 270) También son importantes las medidas a más largo plazo que pretenden abordar las causas sociales, culturales y estructurales de la violencia.*”

*Discriminação e violência de gênero no tráfico  
de mulheres para fins de exploração sexual*

vo, para suprimir todas as formas de tráfico de mulheres e exploração da prostituição da mulher” (art. 6). Aludida Convenção contém um mecanismo que regula a apresentação de informes e supervisão. Nesse sentido, o Secretario Geral da ONU, em relatório sobre o tráfico de mulheres e crianças, afirma que os Estados-Parte da Convenção devem informar:

*sobre la medidas adoptadas para reprimir la trata de personas. Este modelo de presentación de informes, como ocurre en otros ámbitos en los que el tratado en sí no es explícito en cuanto a los tipos de medidas que deberían adoptarse, podría contar con la orientación del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en calidad de órgano de supervisión (ONU, par. 58).*

A mulher sujeita à exploração sexual se encontra em situação análoga à escravidão, uma vez que tem restrições de sua liberdade, encontra-se sob domínio, não têm condições de trabalho digno, estão sujeitas, constantemente, ao maltrato, à exploração contínua, ao abuso (violações sexuais) e ao trabalho em condições infra-humanas. Tais situações vulneram o direito de trabalho como manifestação da liberdade e da dignidade como pessoa. Nesse sentido, pode-se confirmar: “*No es un acto aislado, sino un proceso por el cual se somete a las mujeres, (...) un estado servil del que creen no tener salida.*” (SKROBANEK, 1997, p. 41), encontrando-se imobilizadas pela dívida. Ademais, a grande maioria não pode reclamar nem queixar-se de suas condições de trabalho, pois se encontram em situação administrativa irregular, como manifestado pelo TEDH no caso *Rantsev c. Chypre e Russia* (2010, par. 89 e 101). Nesse sentido, uma ação importante é o consenso estabelecido pelo Protocolo de Palermo no qual se reconhece que as pessoas sujeitas ao Tráfico são, antes de tudo, vítimas e não delinquentes e, como tal, não deveriam ser deportadas e, sim, amparadas pelo Estado. Sendo fundamental propiciar-lhes: “*acceso al alojamiento, atención médica y psicológica especializada, orientación, manutención y permiso para trabajar y proseguir su educación o formación profesional.*” (OACNUDH, 2010, art. 8.2)

Outra violação que sofrem as pessoas sujeitas a tráfico é a privação -em ocasiões total, outras parciais- da liberdade. Na maioria dos casos, têm sua liberdade de circulação restringida e são vigiadas, ademais de ter seus passaportes recolhidos pelos proxenetas ou pelos donos do clube onde trabalham para “pagar suas supostas dívidas”, o que quebra seu direito de liberdade de movimento.

A violência sofrida pelas vítimas de tráfico é também uma constante, como assente o relatório anual de 2006, apresentado pelo Departamento de Estado dos EUA que afirma:

*Las víctimas que son forzadas a la esclavitud sexual pueden ser subyugadas con drogas y estar expuestas a una violencia extrema. Las víctimas sexualmente explotadas sufren lesiones físicas y emocionales a causa de una actividad sexual forzada, consumo forzado de sustancias estupefacientes y exposición a enfermedades transmitidas sexualmente, entre ellas el VIH/SIDA, privación de alimentos y tortura psicológica. Algunas víctimas sufren lesiones permanentes en sus órganos reproductivos. Muchas víctimas de la trata mueren a causa de la misma. Además, cuando a la víctima se la lleva a un lugar donde no puede hablar o entender el idioma, ello agrava el daño psicológico que causa el aislamiento y la dominación de los tratantes (EUA, 2006, p. 5).*

O uso desmedido da violência que pode ser:

- Psíquica: atentando contra seu valor como ser humano, rebaixando-a a situações vexatórias e de humilhações constantes, e também constantes ameaça de expor sua situação de prostituição a seu entorno em seu país de destino, entre outros;

- Física: como resultado de provável uso da força física/castigos/repressórias por parte dos proxenetas e donos de clubes; ademais das constantes violações ou excesso de trabalho (até 15 – 20 serviços sexuais diários)<sup>32</sup>.

- Social: que advém de sua situação de marginalização e exclusão.

Ainda suportam, muitas vezes, condições de brutalidade que implicam traumas físicos, sexuais e psicológicos. Ademais, frequentemente, contraem infecções sexualmente transmitidas e sofrem igualmente outros transtornos de saúde, tais como ansiedade, insônia, depressão e *stress* pós-traumático; manifestações psicológicas comuns entre as vítimas de Tráfico, que pode gerar altos custos para a saúde pública se não existe uma prevenção (ORHANT, 2001). Para essa autora, os problemas incluem ainda

32 Testemunha de uma brasileira que denunciou o empresário dono de uma rede de clubes de prostituição em Catalunha e foi assassinada a mando do mesmo já em território brasileiro: **Máfia já matou 10 brasileiras este ano**. Disponível em: “<http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia182/2009/10/26/cidades,i=150618/MAFIA+JA+MATOU+10+BRASILEIRAS+ESTE+ANO.shtml>”. E também por dados obtidos desde a *Red Española contra la Trata de Personas*.

*Discriminação e violência de gênero no tráfico  
de mulheres para fins de exploração sexual*

a falta de acesso a controles de natalidade, violações constantes, abortos forçados e uso obrigado de anticoncepcionais, entre outros tipos de falta de assistência básica relacionada com a saúde da mulher.

Igualmente, as mulheres em situação de tráfico não contam, em seu entorno de destino, com o apoio da família, dos amigos, da sua comunidade, entre outras redes sociais que lhes poderia servir de amparo, circunstância que lhes acarreta a uma situação de maior vulnerabilidade frente às ameaças e às exigências dos exploradores; encontram-se, portanto, em situação constante de coação e de exploração.

Dessa violência contra a mulher, podemos interpretar o conceito advindo da Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, de 1993<sup>33</sup>, que entende por violência contra a mulher:

Art. 1. “violência contra as mulheres” significa qualquer ato de violência baseado no gênero do qual resulte, ou possa resultar, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico para as mulheres, incluindo as ameaças de tais atos, a coação ou a privação arbitrária de liberdade, que ocorra, quer na vida pública, quer na vida privada. (ONU, 1979)

E, para tanto, define, em seu artigo 2.a, os atos que compreendem à violência contra a mulher,

a) violência física, sexual e psicológica ocorrida no seio da família, incluindo os maus tratos, o abuso sexual das crianças do sexo feminino no lar, a violência relacionada com o dote, a violação conjugal, a mutilação genital feminina e outras práticas tradicionais nocivas para as mulheres, os atos de violência praticados por outros membros da família e a violência relacionada com a exploração;

b) violência física, sexual e psicológica praticada na comunidade em geral, incluindo a violação, o abuso sexual, o assédio e a intimidação sexuais no local de trabalho, nas instituições educativas e em outros locais, o tráfico de mulheres e a prostituição forçada;

c) violência física, sexual e psicológica praticada ou tolerada pelo Estado, onde quer que ocorra (ONU, 1979).

33 Adotada pela Assembleia Geral em sua Resolução 48/104, de 20 de dezembro de 1993. 85ª Sessão plenária.

A partir dessas definições, concluímos que o tráfico de mulheres recebe por parte da Comunidade internacional um reforço para seu combate, ao ser também considerado uma forma de violência contra a mulher; o que conflui em obrigações e em responsabilidades para os Estados-Parte que se comprometerem a este fim.

Nessa linha, a Conferência de Direitos Humanos, realizada em Viena (ONU, 1993), também confirma que os direitos das mulheres e das meninas são parte inviolável dos direitos humanos, e, para tal garantia, é necessária a participação plena e igualitária da mulher na sociedade (nos âmbitos político, civil, econômico, social e cultural) (par. 18). Os trabalhos preparatórios para a nomeada conferência recolhem, pela primeira vez, informações fundamentadas em casos de Tráfico de mulheres estrangeiras, em distintos países europeus, nos quais se confirmarão violações sistemáticas dos direitos humanos. Como resultado dessa Conferência, determinou-se que o Tráfico é uma violação dos direitos humanos.

[...] A violência com base no género da pessoa e todas as formas de assédio e exploração sexual, incluindo as resultantes de preconceitos culturais e tráfico internacional, são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e devem ser eliminadas. Tal pode ser alcançado através de medidas de carácter legal e da ação nacional e da cooperação internacional em áreas tais como o desenvolvimento socioeconómico, a educação, a maternidade e os cuidados de saúde, e assistência social. (ONU, 1993, par. 18).

Diante do exposto, considera-se que o tráfico de mulheres, além de ser uma grave violação de direitos humanos e de constituir uma forma de violência contra a mulher, também gera graves problemas sociais, o que acarreta uma necessidade de conscientizar e de sensibilizar a sociedade sobre todos os problemas que geram o Tráfico. Nessa linha também incide a Declaração da Plataforma de Beijing ao afirmar que:

A eliminação efetiva do tráfico de mulheres e meninas para o comércio sexual é um problema internacional de preocupação urgente. É preciso examinar e fortalecer a aplicação da Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição Alheia, de 1949, bem como de outros instrumentos pertinentes. O uso de mulheres em redes internacionais de prostitui-

*Discriminação e violência de gênero no tráfico  
de mulheres para fins de exploração sexual*

ção e de tráfico de pessoas converteu-se em uma das principais atividades da delinquência internacional organizada. Convida-se o Relator Especial da Comissão de Direitos Humanos sobre violência contra a mulher – que tem explorado essas atividades como uma causa adicional da violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais de mulheres e meninas – a que, no âmbito da competência que lhe dá seu mandato, aborde como questão urgente o tópico relativo ao tráfico internacional de pessoas para o comércio sexual, assim como os temas da prostituição forçada, do estupro, do abuso sexual e do turismo sexual. As mulheres e as meninas que são vítimas desse comércio internacional correm maiores riscos de defrontar-se com situações de mais violência, assim como de gravidez indesejada e de contrair enfermidades sexualmente transmissíveis, inclusive a infecção com o HIV/Aids (ONU, 1995, art.122).

Seguindo essa tendência e com o objetivo de “defender os direitos e a dignidade humana intrínseca das mulheres e homens”, a Quarta Conferência da Mulher, em Beijing 1995, detecta vários tipos de violência contra a mulher, entre eles: “cabe mencionar as violações dos direitos humanos da mulher em situações de conflito armado, em particular os assassinatos, as violações sistemáticas, a escravidão sexual e a gravidez forçada.” (ONU, 1995, par. 114)<sup>34</sup>. Além de provocar altos custos sociais, sanitários e econômicos, tanto para a sociedade quanto para o Estado<sup>35</sup>. Também enfatiza sobre a reprodução de determinados comportamentos sociais, que contribuem para que subsista a violência contra as mulheres; muitos deles expostos pelos meios de comunicação, “[...] em particular as representações de estupro

34 (ONU, 1995, par. 114): “Entre outros atos de violência contra a mulher”

35 Como disposto no par. 117: “As ameaças e os atos de violência quer ocorram no lar ou na comunidade, perpetrados ou tolerados pelo Estado, infundem medo e insegurança na vida das mulheres e constituem obstáculo à obtenção da igualdade, do desenvolvimento e da paz. O medo da violência, inclusive o assédio, é um constrangimento permanente para a mobilidade da mulher e limita o seu acesso às atividades e recursos básicos. A violência contra a mulher está associada a um elevado custo social, de saúde e econômico, tanto para o indivíduo como para a sociedade. A violência contra a mulher é um dos mecanismos sociais fundamentais pelos quais a mulher é forçada a uma posição de subordinação comparada com a do homem. Em muitos casos, a violência contra as mulheres e as meninas ocorre na família ou no lar, onde muitas vezes a violência é tolerada. O abandono, o abuso físico e sexual e a violação de meninas e mulheres por membros da família e outros moradores da casa, assim como os casos de abusos cometidos pelo marido ou outros familiares, muitas vezes deixam de ser denunciados e, por isso, são difíceis de detectar. Mesmo quando essa violência é denunciada, nem sempre as vítimas são protegidas ou os agressores castigados”.

ou de escravidão sexual, assim como a utilização de mulheres e meninas como objetos sexuais, inclusive a pornografia, são fatores que contribuem para a prevalência contínua dessa violência, prejudicial à comunidade em geral [...]” (ONU, 1995, par. 118). Dessa forma, podemos constatar a ampliação do alcance do Tráfico de mulheres na Declaração e Plataforma de Ação de Beijing, ao incorporar o conceito de matrimônio e de trabalho forçado. Mencionada Plataforma de Ação de Beijing ressalta três situações que evidenciam a preocupação pelo problema que envolve o tráfico,

Em primeiro lugar, a facilidade cada vez maior das viagens internacionais e o fenômeno crescente da imigração temporal para o trabalho tem aumentado as oportunidades para o tráfico. Em segundo lugar, as disparidades em aumento entre ricos e pobres em cada país e entre as regiões tem feito que muitas mulheres se convertam em presa do tráfico com maior facilidade, por sua situação econômica e o desejo de acrescentar os ingressos próprios e de seus familiares. Em terceiro lugar, a propagação da delinquência transnacional que intervem nas distintas formas de tráfico ilícito, incluído o de drogas, permitiu a estas redes incorporar o tráfico para fins de prostituição e outras formas de exploração. (ONU, 1995, par. 6)

Diante do exposto, apesar do avanço em relação à tutela dos direitos humanos da mulher – visando diminuir a discriminação por gênero - fica evidente que o tráfico de mulheres segue como um problema internacional em crescimento e, para enfrentá-lo, faz-se imperativo a ação emancipatória da mulher em sociedade, sujeito de direito “capaz de gerar símbolos próprios e não somente gerar a simples repetição de símbolos preestabelecidos pelo homem.” (MAYORGA, 2009, p. 82). Com efeito Mayorga (2009, p. 82) ainda realça:

*Lo que se defiende es que no se puede comprender el tráfico de mujeres sin analizar la situación de pobreza legal y social de muchas mujeres – como mujeres, trabajadoras, inmigrantes. Así, el concepto de tráfico parece insuficiente para comprender esta realidad, y se reivindican nuevos lenguajes para analizar la explotación y abusos de la migración laboral y también de la industria del sexo. Desean el reconocimiento del trabajo de las mujeres en sectores informales – incluyendo la industria*

*Discriminação e violência de gênero no tráfico  
de mulheres para fins de exploração sexual*

*del sexo – con reglas y normas laborales, sin que las mujeres tengan que someterse a la posición de poder de proxenetas y dueños de burdeles que, por su posición de poder, abusan de ellas. Según este enfoque, la mejora en sus posiciones sociales y legales impediría el tráfico de mujeres y les darían protección similar a la de otras trabajadoras en otros sectores laborales.*

Em definitivo, não podemos ignorar a estreita relação entre o tráfico e a discriminação contra as mulheres, que são facilitadores para uso de mulheres em redes de tráfico para fins de exploração sexual, retratando situações socioeconômicas de exclusão que predispõe à violência contra as mulheres mediante a exploração sexual.

## **Considerações finais**

Como observado no desenvolvimento do texto, o tráfico de pessoas reflete um componente da estrutura de exploração do trabalho que tem suas bases na divisão social de trabalho, na falta de oportunidades, na dificuldade do acesso a ele, nas desigualdades de poder fundadas no gênero, na discriminação e no estigma de algumas ocupações. Daí que defendemos uma estratégia de enfrentamento ao tráfico abalizada nos direitos humanos para eliminar a discriminação e conseqüente violência de gênero. Acenado enfoque parte da proteção às mulheres para seu empoderamento, compreendendo-as como sujeitos de direito (já que historicamente foram categorizadas como grupo vulnerável, demandando especial atenção do Estado) com igual dignidade, autonomia, liberdade e respeito. Nesse sentido, entendemos o esforço realizado no sentido de romper os resquícios “inquebrantáveis” como a impunidade, a desigualdade e a discriminação.

Como conseqüência para se alcançar uma forma mais efetiva de enfrentamento ao tráfico de mulheres para fins de exploração sexual, deve-se passar inevitavelmente pela promoção tanto pela proteção e pela garantia dos direitos das mulheres quanto pela proteção dos direitos dos trabalhadores, contra qualquer tipo de trabalho forçado ou obrigatório, para, assim, conseguir ações que protejam, com maior vigor, os direitos humanos. Nesse ínterim, faz-se imperativo o estabelecimento “sinestésico” entre o respeito às normas de proteção aos direitos humanos e, também, correlacionar o respeito às leis laborais, com vistas a garantir o trabalho digno na construção de uma sociedade que dilacera e usurpa a dignidade humana mediante a reprodução de comportamentos socialmente construídos, como a discriminação e a conseqüente violência contra a mulher.



## Referências

BERTONE, A.: Sexual Trafficking in Women: International Political Economy and the Politics of Sex. **Gender Issues**, winter 2000, vol.18, n. 1.

CACHO, L. **Esclavas del Poder. Un Viaje al corazón de la trata sexual de mujeres y niñas en el mundo**. Barcelona: Debate, 2010.

CASELAS, José Maria Santana. A utopia possível de Enrique Dussel: a arquitetônica da Ética da Libertação. **Cadernos de Ética e Filosofia Política**, ano 15, v. 2, p. 63-84, 2009. Disponível em: <http://www.fflch.usp.br/df/cefp/Cefp15/caselas.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2013.

CASTELLS, Manuel. **La era de la información. Economía, sociedad y cultura**. vol. III: Fin de Milenio, (trad. del ingles, Carmen Martínez Gimeno). México: Siglo XXI, 1999.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. A criminalização do tráfico de mulheres: proteção das mulheres ou reforço da violência de gênero? **Cadernos Pagu**, v. 31, Campinas, 2008.

CEPAL. **Migración internacional, derechos humanos y desarrollo**. Santiago de Chile: CEPAL, 2006.

CHAME, Projeto. **Migração Feminina Internacional: Causas e Consequência**. CHAME/NEIN, 2000. Disponível em: <http://www.neim.ufba.br/site/arquivos/file/migracaofeminina.pdf>. Acesso: 05 mai. 2013.

CHAUÍ, Marilena. **Resistência e Conformismo**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

CHIAROTI, S. **Trata de Mujeres: Conexiones y Desconexiones entre Género, Migración y Derechos Humanos**. Santiago de Chile: CEPAL, 2002.

CHUANG, J.: Beyond a Snapshot: Preventing Human Trafficking in the Global Economy. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, Volume 13, Issue 1, Winter 2006.

CORRÊA DA SILVA, W. 2011. **Formas Contemporaneas de Esclavidud: Trata de Mujeres**. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2011.

\_\_\_\_\_. Tráfico Humano: necessidade de clareza conceitual entre o Tráfico Internacional de Pessoas e Contrabando de Pessoas. **Revista Brasileira de Direito**, Vol. 5, 2013.

DOEZEMA, J. **Sex Slaves and Discourse Masters**. The construction of Trafficking. New York: Zed Books Ltd, 2010.

EUA **Informe Anual del Departamento de Estados sobre la Trata de Personas (TIP) de 2005**. USA, 2006. Disponível em: <http://www.state.gov/g/tip/rls/tiprpt/2005/index.htm> . Acesso em: 30 ago. 2013.

ESTERCI, Neide. **Escravo da Desigualdade: Um estudo sobre o uso repressivo da força de trabalho hoje**. Centro edelstein de pesquisas sociais. Rio de Janeiro, 2008.

FARR, Kathryn.: **Sex Trafficking. The Global Market in Women and Children**. New York: Worth Publishers, 2005.

KARA, S. **Tráfico Sexual. El negocio de la esclavitud moderna**. Madrid: Alianza, 2010.

LAMAS, M. **La antropología feminista y la categoría "género"**. Nueva Antropología, vol. VIII, núm. 30, noviembre, 1986, pp. 173-198, Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=15903009> Acesso em: 02 ago. 2013.

LEAL, Maria Lucia; LEAL, Maria de Fátima. **PESTRAF: Relatório Nacional**. Brasília: CECRIA, 2002.

LEAL, Maria Lúcia P. **A Mobilização das ONG's no Enfrentamento à Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes no Brasil**. Tese de Doutorado. PUC/SP, 2001. (mimeo).

MOLINA, M.L. **Explotación sexual. Evaluación y tratamiento**. Buenos Aires: Dunken, 2010.

MAYORGA, Claudia. El tráfico de mujeres como problema. Colonialismo y Patriarcado. **Revista Electrónica de Psicología Política**. Año 7, n. 21, Noviembre/Diciembre 2009.

ORHANT, M.: Em: **El tráfico de personas: mitos, métodos y derechos humanos**. Relatório publicado em 2001 pela Amnesty Internacional.

ONU E/CN.4/1997/47, 53º período de sesiones, 12 de febrero de 1997. Informe de la Relatora Especial, Sra. Radhika Coomaraswamy, sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias.

\_\_\_\_ A/HRC/12/21. Informe de la Sra. Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias. 10 de julho de 2009. 12º período de sessões.

\_\_\_\_. E/CN.4/2000/68. 29 de febrero de 2000. *Informe da Sra. COOMARASWAMY, Radhika (Relatora especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, sobre la trata de mujeres, la inmigración de mujeres y la violencia contra la mujer, presentado conforme la resolución 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos.*

\_\_\_\_ A/RES/64/293. Resolución 64/293, Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas. 12 de agosto de 2010, 64º período de sesiones

\_\_\_\_ A/65/288. 9 de agosto de 2010. *Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños.*

OACNUDH.: **Princípios y directrices recomendados sobre derechos humanos y trata de personas.** HR/PUB/10/2, New York e Genebra, 2010,

OIT. **Cidadania, Direitos Humanos e Tráfico de Pessoas : Manual para Promotoras Legais Populares.** Organização Internacional do Trabalho;. Brasília, 2009

OIM. **Trata de personas:** aspectos básicos. México: OIM/CIM/INM/INN, 2006.

PISCITELLI, Adriana. Sujeição ou subversão? migrantes brasileiras na indústria do sexo na Espanha. **História e Perspectivas**, n. 35, pp. 13-55, jul./dez. 2006,

ROBERTSON, C. y ROBINSON, M.: Re-modeling Slavery as is women mattered. In: CAMPBELL, G.; MIERS, S.; e, MILLER, J. C. (Ed). **Women and slavery.** Ohio: University Press, 2008.

SCOTT, J. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação e realidade**, Porto Alegre, Vol. 16, No 2: PP. 5-22. jul/dez 1990.

*Discriminação e violência de gênero no tráfico  
de mulheres para fins de exploração sexual*

SROBANEK, S.: BOOKPAKDI, N.: JANTHAKKEERO, C. **Tráfico de mujeres. Realidades humanas en el negocio internacional del sexo.** Madri: Narcea, 1997.

STUART MILL, J.: **La esclavitud feminina.** Madri: Artemisa, 2008.

UNODC. **Global Report on Trafficking in Persons.** ONU: NY e Genebra, 2009.

VAZ CABRAL, Georgina. **La traite des êtres humains: Realités de l'esclavage contemporain.** La Découverte. Paris, 2006.



# Formación histórica del Derecho a la consulta previa libre e informada y su horizonte de posibilidades en América Latina

*Miguel Rábago Dorbecker*

## **Introducción: el Derecho a la consulta en el centro de las luchas por el territorio**

Uno de los focos más importantes de resistencia tanto al modelo capitalista neoliberal, como a la pujanza de los gobiernos populistas neo-extractivistas, son las luchas por los territorios y autonomía indígena. Todo el territorio latinoamericano se ve representado por conflictos entre la tensión dialéctica entre territorialización/desterritorialización. Estas zonas en las que los nuevos aires expansionistas del capitalismo y el neo-extractivismo ven con aires de conquista, son los nuevos campos de resistencia de los movimientos indígenas y campesinos. En juego se encuentra el desarrollo y existencia de formas de convivencia, de producción económica y políticas, además de lenguas y formas religiosas, que se distinguen de las formas de aculturación del modelo ciudadano/consumidor. Territorios que antes habían sido mantenidos fuera de la presencia continua del Estado, ahora prometen grandes ingresos en términos de petróleo, gas natural, generación de energía, agua potable, agricultura masiva, minerales y turismo. En estos territorios residen comunidades que en ciertos casos tenían una organización política fuerte o que al momento de encontrarse amenazados por la desposesión, desarrollan una fuerte y rápida capacidad de politización. Ante gobiernos que actúan como ejecutores de intereses empresariales, o que apelan al interés general y al sacrificio de ciertos grupos para garantizar sus objetivos desarrollistas, los pueblos recurren a las vías de protesta y recurrentemente a la juridificación de sus luchas, abanderando otro derecho al establecido de manera hegemónica.

Quizá uno de los lugares en donde ese otro derecho se crea, es el espacio de negociación jurídica entre los pueblos y el Estado (acompañado de los intereses empresariales locales y transnacionales). Ese espacio se encuentra delimitado, por el derecho a la consulta en gran medida.

## 1. El zapatismo y la capacidad de sorprender

Los pueblos indígenas y sus luchas siempre han logrado sorprender inclusive a los más agudos analistas de las realidades sociales en América Latina. Tal es el caso del levantamiento zapatista de 1994 como detonador de la lucha por los derechos de los pueblos y sus diferentes tácticas y discursos. Tanto en un sentido comunicacional, como en la práctica política, el zapatismo chiapaneco redefinía los márgenes del discurso de transformación social para salir del tradicional enfoque en el sujeto revolucionario proletario. La aparición del mundo indígena como opción radical de transformación política, no sólo para los indígenas sino para toda la sociedad, rompía con todas las posibilidades que se vislumbraban desde la mirada académica y social, que se había apostado a que dicha posibilidad se daría como una réplica de los movimientos sociales en el norte global. Esta vez, todos los paradigmas y el aparato teórico creado a través de un cercano seguimiento de la academia progresista a los diferentes manifestaciones de luchas sociales europeas y norteamericanas, no parecían encuadrar. Quizá por ello es que el movimiento zapatista fue tan malinterpretado tanto por los intelectuales de izquierda como obviamente la derecha. No eran sindicalistas, estudiantes, trabajadores urbanos, ni siquiera la subjetividad flexible del concepto de campesindios podía englobarlos. Un movimiento interétnico, en el que participaban tojolabales, tzotziles y tzeltales, pero también mestizos, que reivindicaba la forma de hacer política indígena fuera de las grandes narrativas de los movimientos revolucionarios tradicionales.

Ante esta irrupción, la incompreensión y la sospecha fueron las reacciones más comunes. La religiosidad, la participación de las mujeres y la forma de organización colectiva serían para muchos las líneas de fractura con el zapatismo. Sin embargo, la gran lección del Ejército Zapatista de Liberación, proviene del momento y la capacidad de potencialidad de sorprender aún a la izquierda más innovadora. El momento era clave, un 1994 en el que la consolidación del neoliberalismo en México y América Latina parecía irremediable. También el socaire de la herida abierta por las “conmemoraciones

del encuentro de dos mundos” en 1992, que parecían reinstaurar permanentemente la herida colonial y los escasos años posteriores al 1989 del fin de la historia, parecían hacer imposible un levantamiento revolucionario.

Otra sorpresa era la geografía; de todos los lugares en los que los pueblos indígenas vivían y viven colonizados por el proyecto de Estado nación latinoamericano, precisamente era en México donde aparecían. México que compartía solamente con Cuba y en menor medida con Nicaragua, la legitimidad de haber realizado un esfuerzo revolucionario durante el Siglo XX. México como un estado al que la izquierda le perdonaban el autoritarismo y destrucción de las clases populares, bajo el pretexto ostentar gobiernos emanados de uno de los procesos revolucionarios más importantes en América Latina. También la lucha se desataba por la herencia de la propia revolución mexicana, al ser tachados los zapatistas como neo-zapatistas y con ello intentar deslegitimar la tradición condenadas a chas acciones, estarontener, medir y explicar en terminos tentar deslegitimar la tradicciarios mio durante el Sión y la continuidad histórica que existía entre los zapatistas de Morelos y los zapatistas de Chiapas. La disputa por el legado legítimo de la revolución no era una cuestión menor, menos con un partido que se erigía como el continuador e institucionalizador de la Revolución mexicana. En esto el zapatismo también sorprendió.

Quizá la lección del EZLN es que la capacidad de innovación de los movimientos indígenas escapa la posibilidad de predicción y análisis académico y que por tanto, todos los esfuerzos por contener, medir y explicar en términos tradicionales dichas acciones, estarían condenadas a ser muy limitadas. En un lugar en que esta estrechez se manifiesta de manera clara es en la capacidad del derecho y sobre todo del derecho liberal de compartimentar y clasificar el uso del discurso de derechos humanos por parte de los pueblos indígenas. Para algunos, dicha utilización es una imposición de diversos intereses externos (ONGs, financiadoras internacionales, el Estado y gobiernos locales y empresas transnacionales). En el sentido contrario, otro sector reivindica dicha utilización, no sólo como una posibilidad de liberación, sino también como una reapropiación y modificación de los derechos humanos que implican una reescritura de los mismos. En todo caso cabe hacerse la pregunta: ¿Por qué los pueblos indígenas utilizan un discurso de derechos humanos en la lucha por sus tierras y concretamente como se encuadra el derecho a la consulta en estas disputas? A donde quiera que apunte la pregunta, lo único seguro es que la respuesta muy probablemente nos planté un nuevo horizonte de posibilidades políticas, como lo hizo el movimiento zapatista en 1994.



## 2. Recuento de lo perdido: indígenas y formación de estado nacional en América Latina.

Antes de analizar la participación, reinterpretación y apropiación de los pueblos indígenas del derecho a la consulta, una referencia forzada es la relación entre territorialidad y pueblos indígenas y como la misma escapa la relación de propiedad existente en los sistemas políticos liberales. Dicha relación de territorialidad implica no sólo una cuestión de sustentabilidad al nivel mínimo de vida a través del derecho a la alimentación y derecho al agua, sino que también tiene una relación con la reproducción y existencia misma de una forma de cultura específica. Además muchas cosmovisiones indígenas dependen de la relación territorial para efectos de la continuación del relato fundador de su identidad, así como la relación íntima entre las celebraciones, religiosidad y lengua con el territorio. Las fiestas religiosas y formas de sociabilidad, muchas veces están ancladas en los ciclos de producción agrícola, además de los cambios en las estaciones y los tiempos de secas o de aguas. Este tipo de relaciones culturales con el territorio, no se pueden reducir simplemente a la relación cultural privilegiada por el liberalismo político, que se refiere a la individualización de la tierra como parte de un proceso productivo relacionado a las personas por el vínculo de propiedad privada.

Las mismas contradicciones existentes entre la apropiación y la re significación de los derechos de propiedad en vertiente cultural y colectiva, se dan en la relación entre la incorporación de las demandas políticas de los pueblos indígenas por medio de la incorporación y ensanchamiento del lenguaje de los derechos humanos. Por medio de una utilización estratégica de los pueblos del bagaje internacional y nacional de los derechos humanos, la lucha por los territorios se ha llevado al difícil y tradicionalmente despreciado terreno de la judicialización y juridificación de tales procesos. Uno de los más claros ejemplos de la juridificación de dichos procesos políticos, es la utilización del derecho a la consulta como aparato para desencadenar negociaciones e inclusive restricciones con respecto a la actividad gubernamentalidad en los territorios indígenas.<sup>1</sup>

1 El concepto de gubernamentalidad es desarrollado por Michel Foucault sobre todo en sus cursos del Collège de France de 1977-1978. Durante tales cursos, Foucault introduce tal término para ilustrar la utilización del poder en el Estado moderno, que no se limita a la utilización de la violencia, sino que con distintas formas de premiar, castigar y vigilar, ejerce un control sobre la vida, concepto que denominó bio-poder. La utilidad del concepto de gubernamentalidad en el análisis del Estado moderno, es que no se restringe a las

Sin embargo, el ámbito de contención de las decisiones provenientes del aparato de gubernamentalidad no son las únicas formas en la que los pueblos indígenas utilizan el derecho de manera estratégica. Otro ejemplo, en el que también el derecho a la consulta se perfila como un instrumento fundamental, es la participación de los pueblos en los procesos legislativos, sobre todo en el caso de la gran mayoría de los estados latinoamericanos en las que la participación política-electoral de los pueblos es casi inexistente, con las honrosas excepciones de Bolivia, Colombia y Ecuador, en donde existe sistemas electorales que toman en cuenta la participación activa de los grupos indígenas. Esta participación también tiene un antecedente en las formas de organización indígena transnacional, sobre todo en el caso de las negociaciones en el marco de la Organización de Naciones Unidas para la redacción y aprobación de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007. Dicho documento tiene sus antecedentes en el trabajo realizado alrededor del Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas en 1981 por parte de Organizaciones No Gubernamentales internacionales y nacionales y organizaciones indígenas locales (CASTRILLÓN ORREGO, 2006, p. 24).

La instrumentalización del derecho a la consulta en procesos judiciales como forma de contención de los proyectos de apropiación y destrucción de los territorios indígenas, es prueba de una larga genealogía de utilización de los tribunales por parte de los pueblos indígenas desde la colonia. Fuera de ser un fenómeno enteramente novedoso y por ende inscrito en la apropiación de un discurso de derechos humanos, la juridificación de las luchas territoriales indígenas se remonta a la estructura política de la colonia española y pasa por distintas fases en los procesos de reforma agraria más contemporáneos. Es decir, si bien no se puede reducir el carácter amplificador y diferenciador que ha tenido la inclusión del derecho de origen internacional y nacional de los derechos humanos, la relación entre pueblos y tribunales es mucho más añeja y abreva de otras tradiciones como el derecho indiano y el derecho agrario. Un claro ejemplo es el recopilado por Miguel León-Portilla que data del Siglo XVIII, pero que tratan de recuperar la memoria de acontecimientos ocurridos a mediados del Siglo XVI en el que varios indígenas de lo que ahora es el territorio del

---

actividades concretas de los órganos públicos, sino también aquellas ejercidas por medio de sujetos de ámbito privado y protegidas bajo el manto del Estado. Su genealogía, algo especialmente relevante cuando se trata de analizar las relaciones del Estado con los pueblos indígenas, se remonta en términos de Foucault a las técnicas de evangelización del cristianismo pastoral. (FOUCAULT, 2006, p. 193)

Estado de México realizan recuentos de sus territorios para ser utilizados como títulos de propiedad que puedan presentarse ante las autoridades reales españolas (LEÓN-PORTILLA, 2006, p. 179). En dichos documentos encontramos frases que marcarían la historia de las privaciones y desposesión de los territorios indios como: “De allá abajo, hacia arriba, esta tierra es nuestra, nos la dejaron nuestros abuelos. Era su propiedad en tiempos antiguos”. La lucha por las tierras y derechos indígenas prosiguió durante la colonia a través de la utilización del derecho indiano colonial, de las negociaciones con las propias autoridades coloniales y por medio de la insurrección amada, como en es el caso más notable de la rebelión encabezada por Tupac Amaru II en el Virreinato del Perú a finales del Siglo XVIII.

De manera paradójica, el advenimiento de la independencia de las repúblicas americanas traería repercusiones muy negativas para los pueblos indígenas al instaurarse un liberalismo modernizador eurocéntrico que condenaba a los pueblos a su desaparición y sus tierras a la confiscación en aras de la producción agrícola capitalista. El caso paradójico resulta la reforma impulsada por los liberales mexicanos y en especial por el Presidente Benito Juárez, el mismo un indígena zapoteco, que tuvo repercusiones devastadoras respecto a las tierras indígenas, en las cuales su carácter de propiedad colectiva fue lentamente destruida para dar pie a la acumulación de tierras comerciales y la creación del latifundio como forma de producción agrícola durante el Porfiriato. Otro ejemplo es la autodenominada batalla “Conquista del desierto” librada por el Presidente Argentino Domingo Faustino Sarmiento, uno de los más destacados intelectuales de su generación. Bajo la dialéctica de civilización contra barbarie, Sarmiento ordenó y ejecutó el exterminio de indígenas mapuches y tehuelches al sur de la Argentina expandiendo así el control del nuevo estado sobre la pampa del sur y la Patagonia. Este episodio recuerda también las diversas “pacificaciones” de los “apaches” llevadas a cabo por los Presidentes liberales mexicanos, en especial por el General Porfirio Díaz, en épocas cercanas a la “Conquista del desierto” hacia finales del Siglo XIX. La construcción del Estado liberal del Siglo XIX tendría repercusiones enormes sobre la vida y territorio de los pueblos indígenas en América Latina.

El encuadre entre Estado y Nación y como muestra Enrique Florescano, también las etnias, crearon un nuevo esquema de despojo y en la construcción de la Nación e incipientes Estados latinoamericanos, los pueblos indígenas fueron lentamente relegados en el proyecto modernizador (FLORESCANO, 1996). De ahí que se presentaran agudos conflictos como la Guerra de Castas en la Península de Yucatán durante el Siglo XIX. Por

tanto la creación de los Estados Latinoamericanos, no se limitó solamente al ejercicio de la violencia respecto a conflictos armados con naciones vecinas e intervenciones extranjeras, sino que produjo una guerra interna por el control territorial en contra de los pueblos indígenas. Estos hechos inaugurarían la práctica que Pablo González Casanova denominaría colonialismo interno. (GONZÁLEZ CASANOVA, 2006). Es en este marco que el colonialismo interno se basa en la negación absoluta de la autodeterminación de los pueblos, subsumiéndolos al proyecto de formación nacional. Los territorios habitados y utilizados por los pueblos, se convierten en “desiertos”, “baldíos” o en “manos muertas”, consecuentemente denominados improductivos en la formación del capitalismo agrícola e industrial. Por ello el colonialismo interno tiene varias consecuencias, tanto en la subjetividad indígena como en el repliegue de los pueblos a zonas más alejadas del pujante desarrollismo de los Estados independientes latinoamericanos. Por un lado, el desplazamiento forzado derivado de la expansión latifundista ganadera y agrícola, así como el crecimiento de las ciudades, lleva a los pueblos a las denominadas “regiones de refugio” (AGUIRRE BELTRÁN, 2007). Paralelamente existía un proceso de migración de los pueblos indígenas a las ciudades que para algunos observadores implicaba la mutación y persistencia de ciertas costumbres indígenas bajo un modelo de lo “indio desindianizado” (BONFIL BATALLA, 1989, p. 73). Estas dos corrientes que comienzan en el Siglo XIX y se consolidan durante el XX marcarían una constante en la relación entre los pueblos y sus tierras a través de un proceso de desterritorialización.

### **3. Los pueblos indígenas ante la ley: formación del nuevo derecho internacional de los pueblos indígenas**

La formación de los Estados Nación en América Latina tendría a través de las luchas de independencia paradójicamente marcaría el comienzo del fin del colonialismo en su forma de ocupación tradicional, pero también sería el momento en el que se gestaba un neocolonialismo con distintos matices. De los procesos de independencia de las repúblicas americanas del Siglo XIX a las luchas de descolonización de Mozambique y Angola, así como la larga resistencia anticolonial argelina y después vietnamita, la nueva configuración de Estados Nación, no reflejaría en todos los casos mejoras en las condiciones de los pueblos indígenas y tribales dentro de esos nue-

vos estados. La configuración de los nuevos estados independientes americanos, asiáticos y africanos llevaría a procesos de colonialismo interno en algunos casos igual o mayormente destructivos de los pueblos. En el afán de la consolidación nacional, la subjetividad política y étnica era depositada en un grupo en particular normalmente siguiendo los esquemas de preferencia racial y en todos los casos de género, de la potencia colonizadora recién expulsada. En América Latina las castas instauradas por el sistema de control biopolítico de la administración virreinal, fueron remplazadas por una taxonomía similar, basada en conceptos civilización y barbarie bajo el lema positivista de orden y progreso. Los argumentos cientificistas raciales se colaron en las universidades y en los programas educativos, de salud y de desarrollo económico. La agricultura de subsistencia era vista como la forma de producción cultural a eliminar y la industrialización del campo y de las minas, con la consecuente creación de sistemas de irrigación, presas, tendido de vías de ferrocarril y carreteras, empujarían más a los indígenas hacia las “zonas de refugio” o a las ciudades.

En el plano jurídico, diferentes soluciones se buscarían para atender lo que se denominaba como el “problema indio”. Estas oscilaban entre la negación completa de la subjetividad indígena, al subsumirlos en una categoría de ciudadanía que en el plano formal y legal prácticamente se les impedía ejercer, y la radical separación del Estado Nación. La primera opción fue la más extendida en las repúblicas liberales latinoamericanas especialmente el Perú, México, Bolivia y Guatemala. En cuanto a la segunda opción, esta se podía ejercer respecto a ciertas poblaciones que vivían en lugares muy alejadas de la capacidad tecnológica de los estados de controlar y explotar económicamente dichas zonas como en Brasil, Argentina, Chile, Colombia y Venezuela. Existía una tercer opción que no sentó raíces en América Latina, pero que si tendría consecuencias en el desarrollo del derecho internacional de los pueblos indígenas y es el modelo Norteamericano.

Este modelo se caracterizó por la ambivalente condición de considerar a algunos pueblos indígenas como sujetos limitados del derecho internacional, en especial con capacidad para celebrar acuerdos internacionales con los Estados Unidos de América. Dicha capacidad fue ampliamente debatida en el marco de la Suprema Corte de Justicia norteamericana durante el Siglo XIX. Diversos casos decididos durante la época del Juez Marshall consolidaron los efectos de los tratados celebrados entre diferentes pueblos indígenas norteamericanos, en especial los Cherokee y los Estados Unidos de América (ANAYA, 2005, p. 55). El reconocimiento parcial de la subjetividad internacional de dichos pueblos no conllevaba la autonomía ni menos el derecho a la autodeterminación, más bien los suje-

taba a la tutela del gobierno federal norteamericano y por ende también a sus territorios alrededor de las figuras de las reservas de nativos americanos. Dicha territorialidad funcionaba a la vez como forma de contención y vigilancia, así como una radicalización extrema del sujeto indígena norteamericano, al grado de extranjerizarlo.

Las opciones de asimilación e indigenismo emprendidas por las Repúblicas Latinoamericanas, tampoco traerían mejoras considerables para la situación jurídica de los pueblos indígenas y sus territorios. Sin embargo, estas opciones se impondrían frente a las norteamericanas (que también eran replicadas con diversas particularidades en Australia, Nueva Zelanda y en cierta medida en Escandinavia) en el desarrollo del derecho internacional de los pueblos indígenas. En pleno auge de la descolonización, la Organización Internacional del Trabajo se embarca en el primer reconociendo convencional de los derechos de los pueblos indígenas a través del Convenio 107 relativo a la protección e integración de los pueblos indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes del 26 de junio de 1957. Este convenio tendría un claro corte asimilacionista y el mismo proceso de negociación del tratado se dio sin la participación activa de representantes de las organizaciones indígenas (ANAYA, 2005, p. 89). En gran medida el Convenio 107 reflejaba el espíritu de la época, precedido por el Primer Congreso Indigenista Interamericano en Pátzcuaro en 1940 que proponía la asimilación en el proyecto nacional-desarrollista de la época sobre todo a través de los modelos nacionalistas de desarrollo propuestos por los gobiernos populistas encabezados por militares como los de Lázaro Cárdenas en México, Getulio Vargas en Brasil y Juan Domingo Perón en Argentina. Este modelo tendría una aparición tardía en el Perú durante el Gobierno de Velasco Alvarado. La diferencia entre el Convenio 107 y la ideología indigenista, propagada por los Congresos Indigenistas Interamericanos y por las políticas nacionales implementadas por los gobiernos nacionales, sobretudo el mexicano, radicaría en la utilización del lenguaje de derechos. Señala Stavenhagen:

[...] el indigenismo era visto como una política del Estado dirigida a los indígenas en función de los intereses del propio Estado y de la nación en su conjunto. De allí que el indigenismo en América Latina adquiere esos aspectos paternalistas y a veces autoritarios que en años posteriores serían criticados y rechazados en forma creciente por los propios pueblos indios (STAVENHAGEN, 2000, p. 35)

Si bien el Convenio 107 adoptaba un lenguaje de derechos por primera vez en lo referente a los pueblos indígenas a nivel internacional, este convenio fue ratificado sólo por 27 países y sufrió una revisión completa que pretendería abandonar el enfoque integracionista, culminando en la negociación del Convenio 169 de 1988 a 1989. Hoy en día si bien el Convenio 107 ha sido en gran medida suplantado por el Convenio 169 y su ideología integracionista no tiene el peso que tenía con anterioridad, dicho Convenio sigue teniendo 18 estados miembros entre ellos los siguientes estados latinoamericanos: Cuba, República Dominicana, El Salvador, Haití y Panamá. Por otro lado otros estados latinoamericanos decidieron denunciar dicho tratado tras su ratificación del Convenio 169, estos son: Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Paraguay y Perú. La Parte II del Convenio 107 se refería a las tierras de los pueblos indígenas si bien con un enfoque en el reconocimiento del derecho de propiedad individual y colectivo, la limitación a los desplazamientos forzados y procesos de asignación de tierras. Tal modelo de reconocimiento legal de las tierras indígenas responde a los modelos desarrollistas de la época y sobre todo a la implementación de las distintas reformas agrarias en América Latina; además, el propio convenio tenía como objetivo la integración progresiva a la vida nacional de los estados (art. 2)

El abandono el criterio integracionista y un auge multiculturalista, para algunos enmarcado en el multiculturalismo neoliberal (HALE, 2005), dio pie a una nueva interpretación referente a la relación entre pueblos indígenas y Estado, sobre todo en el espinoso tema de la autodeterminación. Respecto a este último tema, fundamental para el entendimiento del manejo de los territorios indígenas, un enfoque estado céntrico había permeado en los órganos de Naciones Unidas, bajo el cual la diferencia entre colonización y colonización interna no era solamente teórica, sino que el derecho de autodeterminación se restringía a la primera. Así definido, el derecho a la autodeterminación de los pueblos se erigía como un importante instrumento internacional y de legitimación de las luchas anticoloniales, pero al mismo tiempo se limitaba a las reivindicaciones de autonomía de los pueblos indígenas y tribales, frente a las emergentes naciones del Tercer Mundo. Lo anterior traería implicaciones fuertes respecto a los territorios indígenas, ya que los mismos serían asediados por el doble frente del neocolonialismo capitalista de las empresas transnacionales mineras, petroleras, forestales y de monocultivos; además por los propios designios desarrollistas del colonialismo interno de los nuevos Estados.

Un cambio solo se vislumbraría con la creciente inclusión de organizaciones e intelectuales indígenas en las discusiones relativas a Derechos Humanos en la Organización de Naciones Unidas, culminando con la formación del Foro Permanente sobre Asuntos Indígenas en el Consejo Económico y Social, ya en 2005 (ANAYA, 2006, p. 96). Durante el periodo intermedio entre el abandono de la política estrictamente indigenista y el ocaso del Convenio 107 por ende por un lado y la creciente inclusión de la cuestión indígena en el lenguaje del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, también se presentan cambios importantes en el derecho nacional y sobre todo constitucional. Uno de los primeros ejemplos, además de las luchas por el reconocimiento de las tierras ancestrales de los pueblos indígenas norteamericanos, fue la creciente tensión entre la revolución sandinista y los pueblos indígenas del Atlántico en Nicaragua. El conflicto entre los indígenas miskitos y el Frente Sandinista de Liberación Nacional, marcaría una tensa relación entre la izquierda latinoamericana y los pueblos indígenas. Este conflicto se daría en medio de una intervención directa e indirecta de los Estados Unidos de América a través de los “contras”, además se amplió rechazo de la implementación de la reforma agraria sandinista en dichos territorios indígenas. Las consecuencias legales serían importantes incluyendo la presentación de una reclamación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, posteriores litigios que llegarían hasta al Corte Interamericana de Derechos Humanos y una visita *in loco* que culminaría en un informe especial de la Comisión Interamericana (CASTRILLÓN ORREGO, 2006, p. 238). Si bien el gobierno sandinista calificaba a la oposición de los miskitos como “contrarrevolucionaria”, el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tendría como consecuencia, un nuevo acuerdo entre los pueblos indígenas y el Estado Nicaragüense. Dicho acuerdo, culminaría con la reforma constitucional de 1987 que para Raquel Irigoyen se inscribe en el primer momento del trato constitucional a los pueblos indígenas que denomina constitucionalismo multicultural (YRIGOYEN, 2011, p. 141). A estos primeros esfuerzos constitucionales les seguirían una cadena de reformas constitucionales en Guatemala, Colombia, Brasil, Perú, México, Venezuela, Bolivia y Ecuador.

Paralelamente en el foro de la ONU, se desarrolló el *Estudio sobre el problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas* realizado en 1971 por el Relator Especial José Martínez Cobo, el establecimiento del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas en 1982 y la labor de los Comités para la Eliminación de la Discriminación Racial y de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas (AYLWIN, 2009, p. 12; Salmón, 2012, p. 13). Es así que se llega primero a la negociación del Convenio 169 de la Organización



Internacional del Trabajo en 1989 y después a la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas por la Asamblea General en 2007. Estos dos instrumentos serían fundamentales para la implementación del derecho a la consulta a nivel internacional y consecuentemente a través de los tribunales y órganos legislativos nacionales a nivel local.

#### **4. Los horizontes de posibilidad en la configuración del Derecho a la consulta como parte toral del Derecho internacional de los pueblos indígenas.**

El derecho a la consulta emerge en un foro aunque en principio poco natural para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, se erige como el único que ha producido dos instrumentos vinculantes internacionales en la materia. La aportación de la Organización Internacional del Trabajo y del Convenio 169, por tanto no debe de ser minimizada. Una primera aproximación nos lleva a las coordenadas de los artículos 6 y 7 del Convenio, verdaderos pilares del sistema de consulta. Fuera de las diferencias en los efectos, alcances y materias sujetas a dicha consulta, el proceso instaurado en el 6 y 7 marca una nueva forma de relación política entre los Estados y los pueblos indígenas. Por ello, los sujetos que serán considerados como indígenas para efectos del Convenio 169 y su ampliación por la normativa y práctica judicial se erigirán junto con los supuestos que se encuentran sujetos a la consulta, como los dos elementos más importantes de dicho proceso. El primer elemento lo podemos denominar como el marco subjetivo de aplicación del derecho a la consulta y el segundo como el elemento objetivo o los distintos escenarios en los que las decisiones gubernamentales deben de ser consultados a los pueblos.

Un primer ejercicio es el establecer quienes deben de ser consultados, a lo que el Convenio 169 responde con su definición de pueblos indígenas y tribales en el artículo 1. En dicho artículo se combina un criterio de carácter histórico, en el que son los descendientes de poblaciones que habitaban anteriormente a la conquista, colonización o establecimiento de fronteras estatales y aquellos que se realicen la autodefinición como perteneciente a un pueblo indígena. La ambigüedad de dicha definición así como el silencio en la cuestión por parte de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, habilitan la ampliación a diversos sujetos que no cabrían en una definición estricta de pueblos indígenas. En

este sentido caben las comunidades campesinas que pasan por un proceso de subjetivación étnica a través de auto adscripción y las comunidades afro-latinoamericanas y garífunas. Dichos procesos de expansión del ámbito de aplicación del derecho a la consulta han encontrado un nicho más fértil en las jurisdicciones nacionales y su interpretación progresiva del Derecho a la consulta en el Convenio 169. Uno de los puntos más álgidos es la posibilidad de aplicación de estándares de no discriminación en los sistemas constitucionales internos, respecto al beneficio a la consulta a poblaciones campesinas que tengan cierto vínculo cultural equiparable o similar al de los pueblos indígenas. Si seguimos el provocador concepto de Armando Bartra, en realidad todas las comunidades campesinas en América Latina forman ese amplio concepto del *campesindio*. Señala Bartra:

Entre otras cosas, debido a que en nuestro continente opresión de clase y de raza se entreveran, el indio ancestral presuntamente trasmutado en moderado campesino reaparece junto a éste revestido de su específica identidad. En muchos casos, renace *dentro* de éste, que lo descubre como su raíz más profunda (BARTRA, 2011, p. 13)

Siguiendo el razonamiento de Bartra, gran parte del campesinado latinoamericano podría autodefinirse como indígena y encontrar en sus prácticas religiosas, fiestas comunitarias, modo de hablar y relación cultural con la tierra, distintas huellas de un pasado-presente indígena. Esta posibilidad se erige como una importante barrera a la subyugación de las lógicas de producción industrializadas sobre la agricultura tradicional y permite vislumbrar esta vía como lugar de negociación de futuras tensiones entre los modos urbanos de producción capitalista y las formas tradicionales de relación con la tierra.

El caso de la fallida imposición de la construcción de un nuevo aeropuerto para dar servicio a la Ciudad de México en la comunidad de San Salvador Atenco en el Estado de México, ejemplifica esta cuestión. Uno de los argumentos más repetidos por parte de los campesinos de dicha comunidad era el de la falta de consulta para efectos de la expropiación de dichos terrenos para construir el aeropuerto. Si bien la vía jurídica no fue por la que optó el Frente de Pueblos de Defensa de la Tierra de San Salvador Atenco, que tomó medidas de acción directa en contra de la posible desposesión de sus tierras, la forma de reivindicación cultural de la tierra, fuera de la propia valorización económica de la misma, muestra la dificultad de definir en categorías tan claras como campesino e indígena

e introduce la propuesta de Bartra como algo más cercano a la realidad latinoamericana. Sin duda la expansión del derecho a la consulta a los campesindios será una tarea política de difícil encuadre tanto en los estados neoliberales como los de izquierda neoextractivista latinoamericana.

Otro lugar de expansión del concepto de pueblos indígenas son las comunidades quilombolas, afroamericanas y garífunas de nuestro continente. Uno de los primeros avances en la utilización del derecho a la consulta a poblaciones afroamericanas fue la Sentencia T-955 de 2003 de la Corte Constitucional Colombiana la cual las poblaciones afrocolombianas se incluyen dentro del concepto de pueblos del Convenio 169 de la OIT. Las razones por las cuales dichos pueblos afrocolombianos se incluyen en el concepto de indígenas del Convenio 169, tienen que ver con la doble prueba objetiva y subjetiva que establece tal instrumento. (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia, 2010, p. 17) En cuanto al carácter objetivo dicha Sentencia incluye los siguientes: ser descendientes de pueblos esclavizados traídos de África, sector no dominante en la configuración del Estado-nación y el mantener elementos culturales que los distinguen de otros grupos sociales. Por lo que se refiere a los elementos subjetivos, la misma Sentencia los agrupa en: auto-identificación entendida como identidad, distinción respecto a otros miembros de la sociedad colombiana y la voluntad de preservar su cultura.

En el caso del derecho nacional Brasileño, la extensión del Convenio 169 a las comunidades quilombolas ha sido un tema que a merecido un debate legislativo y judicial considerable. Estas comunidades gozaron de un reconocimiento poco común a través de un primer momento a través de un artículo transitorio de la Constitución (Art. 68 de las disposiciones constitucionales transitorias incluidas en el Título X de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988) que señala que los remanentes de las comunidades de los quilombos que se encuentren ocupando sus tierras, una vez reconocida su propiedad definitiva, deberán ser reconocidos por el Estado mediante títulos respectivos. Este reconocimiento de la propiedad quilombola presentaría no sólo diversos atrasos en la titularización y delimitación de dichos territorios, algunas veces en el marco de confrontaciones violentas con los intereses agroindustriales de empresas y particulares brasileños, sino también en una impugnación constitucional del Decreto 4.887/03 del 20 de noviembre del 2003 que implementa dicho artículo constitucional transitorio. En principio la acción directa de inconstitucionalidad no. 3239, era presentada por un partido político denominado Democratas, en contra del artículo 2.2. del mencionado de-

creto que instauraba el proceso de identificación, reconocimiento, delimitación, demarcación y titulación de las tierras ocupadas por remanentes de quilombos. Dicha impugnación se centraba en la inconstitucionalidad del criterio de auto-definición para las comunidades quilombolas de conformidad al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, así como la invalidez de la caracterización de las tierras quilombolas como aquellas utilizadas para la reproducción física, social, económica y cultural de dicho grupo étnico. Ambas cuestiones, resultan fundamentales para la aplicación del derecho a la consulta a las comunidades quilombolas, ya que de haber prosperado la acción directa de inconstitucionalidad, la determinación de la subjetividad de dichas comunidades hubiese quedado a disposición judicial o legislativa, pudiendo limitarse la posibilidad de auto-adscripción. Por otro lado, la vinculación entre la tierra y las comunidades quilombolas establecidas en el Decreto quedaría seriamente cuestionada a través de dicha acción de inconstitucionalidad. Finalmente, una mayoría del Supremo Tribunal Federal desechó dicha petición, si bien el antiguo Presidente del Tribunal el Ministro Cezar Peluso emitió un duro voto a favor de la inconstitucionalidad del Decreto.

Por lo que se refiere a la posibilidad a la extensión del derecho a la consulta a nuevas actividades que ponen en peligro la permanencia y existencia de los pueblos en sus comunidades, ya se han dado algunas decisiones en los que se rebasa las disposiciones estrictas del texto del Convenio 169. En este sentido el *locus* de mayor actividad jurisprudencial y desarrollo de áreas que difieren del tradicional uso “de contención” a los desplazamiento forzados y expropiaciones de tierras realizados para efectos de implementar grandes proyectos de infraestructura público o privada, como repesas, carreteras, plantas incineradoras, complejos turísticos, puertos, minas, exploraciones petroleras u otras grandes obras de infraestructura civil. Un primer caso de interés es la Sentencia C-540/12 de la Corte Constitucional Colombiana, en la que se analizan distintas cuestiones relacionadas a un Proyecto de Ley Estatutaria de Fortalecimiento del Marco Jurídico para el Desarrollo de las Actividades de Inteligencia y Contrainteligencia en Colombia. Dicho Proyecto, de especial sensibilidad para defensores y defensoras de derechos humanos en Colombia dadas las documentadas violaciones a los Derechos Humanos por parte de los servicios de inteligencia colombianos, no parecería a simple vista una norma que se sujetará al derecho a la consulta de los pueblos indígenas. La decisión presenta aspectos muy interesantes, debido a que se extiende, en función de interpretaciones anteriores, no sólo a pueblos indígenas sino también a los pueblos afroco-

lombianos. El resultado de la Sentencia no es favorable al derecho a la consulta de tales pueblos debido a que el objeto de consulta son las medidas susceptibles de afectar específicamente a dichas comunidades y no a toda la sociedad colombiana. Esta interpretación restrictiva, deja una puerta abierta en lo que se refiere a las disposiciones legislativas y administrativas que se expidan en desarrollo y aplicación del Proyecto de Ley Estatutaria, en la medida que se afecte a las comunidades de manera directa y concreta. Las restricciones impuestas por la Sentencia C-540/12 se enmarcan en el derecho a la consulta en procesos legislativos, lo que implica una cierta limitación a la participación política de los pueblos indígenas y afrocolombianos, tradicionalmente excluidos de la esfera pública, limitación que se matiza un poco por la existencia de un sistema representativo de los comunidades indígenas en el legislativo colombiano. ¿Esta sería la misma respuesta que tendría un tribunal en otros estados en los que existe una flagrante sub-representación de los representantes de los pueblos indígenas en los parlamentos nacionales? Sumando a esta pregunta, la opción de representación directa de representantes de las comunidades es la excepción en América Latina y existen estados en donde el acuerdo político-electoral sigue siendo construido a partir de un principio liberal de igualdad formal y organización de los distritos electorales sin consideraciones a la configuración étnica de su población. Quizá en estos casos, las personas que integran los tribunales de control de constitucionalidad tendrían que ampliar el derecho a la consulta en los procesos legislativos.

## 5. Sombras y nubes sobre el horizonte.

La utilización estratégica por parte de los pueblos indígenas del aparato de la consulta previa, a permitido abrir nuevos esquemas de configuración de la participación política y jurídica en América Latina, pero el horizonte está muy lejos de estar despejado. En la implementación de procesos de consulta sobretodo, pero más en la propia articulación de la lucha social de los pueblos entorno a las estrategias y discursos jurídicos, se puede correr el riesgo de fracturar a la comunidad. Una capacidad enorme para la división y cooptación de liderazgos ha caracterizado a los gobiernos de los estados latinoamericanos desde su creación, desgraciadamente el panorama no excluye a las comunidades indígenas y afro-latinoamericanas. Comunidades divididas, intervenciones de partidos o caciques locales o empresarios y hasta de la delincuencia organizada son los riesgos

existentes en estos procesos. No obstante, existen ejemplos de usos exitosos en condiciones verdaderamente conflictivas. Un caso es la Comunidad purépecha de Cherán en un estado particularmente golpeado por la violencia en México. Calificado frecuentemente como “estado fallido” y “zona de guerra”, el estado mexicano de Michoacán es también cuna de muchos movimientos sociales y en Cherán es uno de los espacios de mayor esperanza para la autonomía indígena. A través de un uso del derecho desde abajo, la comunidad, con ayuda del gran equipo de abogados de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo (entre ellos el Profesor Orlando Aragón), logró la organización de comicios electorales sin participación de partidos políticos y bajo el derecho consuetudinario indígena a través de la Sentencia SUP-JDC-0167/2012 de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. La transición del sistema de partidos a sistema consuetudinario indígena, fue realizada a través de una consulta organizada por la propia comunidad en la que se decidió tomar dicha medida. A la par, la comunidad de Cherán a organizado su propia seguridad, como la hace la policía comunitaria de la montaña de Guerrero, convirtiéndose en uno de lugares más seguros del Estado de Michoacán. Finalmente la misma comunidad de Cherán, ahora busca a través de la Controversia Constitucional 32/2012 ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que las autoridades del Estado de Michoacán convoquen a una consulta previa las nuevas regulaciones en materia indígena del Estado.

Si bien Cherán muestra un cielo más azul, las nubes negras llenas de lluvia caen sobre las comunidades indígenas guatemaltecas. El 23 de agosto de 2013, según un comunicado del 24 de agosto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dos niños de la comunidad de Monte Olivo sobre el Río Dolores del pueblo Maya Q’eqchi’ en Cobán Departamento de Alta Verapaz en Guatemala. En dicha comunidad se libra la construcción de una hidroeléctrica y los disparos contra los dos niños indígenas de 9 y 13 años de edad fueron, según las declaraciones de los miembros de la comunidad, los disparos fueron realizados por un empleado de la compañía hidroeléctrica. Los disparos fueron efectuados contra una vivienda de una de las personas que se opone a la hidroeléctrica, pero no se encontraba en ese momento porque tenía una reunión con la Relatora Especial para Pueblos Indígenas de la OEA. Estos hechos deplorables muestran el tipo de intereses y hasta donde están dispuestos a llegar ciertas empresas en su afán de rapiña sobre los territorios indígenas. La resistencia de los pueblos siempre ha tenido un costo muy alto, pero también ha sido una constante histórica que no deja de sorprendernos.

## Referências

AGUIRRE BELTRÁN, Gonzalo. **Regiones de refugio**. México: Universidad Veracruzana-Fondo de Cultura Económica, 2007.

ANAYA, James S. **Los pueblos indígenas en el derecho internacional**. Madrid: Trotta, 2005.

AYLWIN, José O. *et al.* **Las implicaciones de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile**. Temuco: Heinrich Böll, 2009.

BARTRA, Armando. **Campesindios**. Aproximaciones a los campesinos de un continente colonizado. Quito: La tierra, 2011.

BONFIL BATALLA, Guillermo. **México Profundo**. Una civilización negada. México: Random House-Mondadori, 1989.

CASTRILLÓN ORREGO, Juan Diego. **Globalización y derechos indígenas: el caso de Colombia**. México: UNAM, 2006.

FLORESCANO, Enrique, **Etnia, Estado y Nación**. México: Taurus, 1996.

FOUCAULT, Michel. **Seguridad, territorio, población**. Buenos Aires: FCE, 2006.

GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo. Colonialismo Interno (Una redefinición). En: BORON, Atilio, *et. al.* **La teoría marxista hoy**. Problemas y perspectivas. Buenos Aires: CLACSO, 2006, pp. 408-434.

HALE, Charles R. Neoliberal Multiculturalism. **PoLAR: Political and Legal Anthropology Review**, v. 28, no. 1, p. 10-19, may 2005.

LEÓN-PORTILLA, Miguel *et. al.* **Visión de los vencidos**. Relaciones indígenas de la conquista. México: 28. ed. UNAM, 2006.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA, **El derecho de las comunidades Afrocolombianas a la consulta previa , Libre e Informada**. Bogotá: OACNUDH Colombia, 2010.

SALMÓN, Elizabeth *et. Al.* **La consulta previa, libre e informada en el Perú**. La inclusión del interés indígena en el mundo de los derechos humanos. Lima: IDEHPUCP-Konrad Adenauer Stiftung, 2012.

*Formación histórica del Derecho a la consulta previa libre e informada y su horizonte de posibilidades en América Latina*

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Y. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la decolonización. En: RODRÍGUEZ GARAVITO, César. **El derecho en América Latina**. Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI. Buenos Aires: Siglo XXI. 2011. pp. 139-161.





## Sobre os autores

**Alejandra Leonor Pascual** - Doutora em Direito (UFSC). Pós-doutora em Filosofia Latino-americana (UNAM/México). Professora Adjunta na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UNB).

**Ana Maria D'Ávila Lopes** - Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela UFMG. Pós-doutora pela University of British Columbia, University of Ottawa, York University, Yale University e The University of Auckland. Foi professora na UFMG, UFOP e UFC. Atualmente é professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIFOR. Coordenadora da Câmara de Ciências Sociais Aplicadas da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico - FUNCAP. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq.

**Andrezza Rodrigues Nogueira** - Mestra em Direito Econômico pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, tendo sido bolsista do CNPq; professora dos cursos de Direito e Administração.

**Antonio Moreira Maués** - Professor Associado da Universidade Federal do Pará (UFPA). Pesquisador do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

**Eduardo Rabenhorst** - Vice-reitor da UFPB. Pesquisador Pq2 CNPq. Membro da Rede Alas (Red de académicos/as latinoamericanos en Género, Sexualidad y Derecho). Professor Associado IV da UFPB.

**Elisabete Maniglia** - Professora Livre Docente nas disciplinas Direito Agrário e Direito Ambiental, na Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Ciência Humanas e Sociais da UNESP, Campus de Franca.

**Felipe Paredes** - Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Austral de Chile. Licenciando en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Austral de Chile (2006), Máster Avanzado (2008) y Doctorando en Derecho Jurídicas por la Universidad Pompeu Fabra.

**Fernanda Frizzo Bragato** - Graduada em Direito – UFRGS; Mestrado e Doutorado – UNISINOS; Pós-doutorado - Birkbeck College da Universidade de Londres; Professora de Direitos Humanos na Graduação e no Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS

**Gina Vidal Marcílio Pompeu** - Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará. Coordenadora e professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Mestrado e Doutorado da Universidade de Fortaleza. Coordenadora do Centro de Estudos Latino-Americanos – CELA, da Universidade de Fortaleza. Consultora Jurídica da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará

**Helena Esser dos Reis** - Professora associada da Faculdade de Filosofia e coordenadora do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos da Universidade Federal de Goiás. Doutora em Filosofia pela Universidade de São Paulo (USP).

**Manuel Yasser Páez Ramírez** - Abogado y Máster en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Docente investigador del Departamento de Derecho Constitucional de la misma Universidad. Ha sido investigador visitante del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y del Centro Nacional de Memoria Histórica (Colombia) y asesor jurídico de organizaciones sociales como Colombia Diversa, Fundación Social y Comisión Colombiana de Juristas.

**Marcus Paulo Rycembel Boeira** - Doutor e Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor de Filosofia do Direito da Escola de Direito do CEU-IICS (Instituto Internacional de Ciências Sociais)

**Maria Luiza Alencar Mayer Feitosa** - Doutora em Ciências Jurídico-Econômicas pela Universidade de Coimbra, Portugal, com pós-doutorado em Direito, Estado e Sociedade pela UFSC, Brasil; Diretora do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB); Professora Associada IV do quadro permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB; Pesquisadora do Programa de Produtividade em Pesquisa do CNPq.

**Martin Almada** - Descubridor de los Archivos Secretos de la Policía Política de Alfredo Stroessner (Archivos del Terror), el 22 de diciembre de 1992, actualmente Centro de Documentación de los Derechos Humanos del Poder Judicial de la República. Fundador de la “Comisión Nacional de los Derechos Humanos y por el NUNCA MAS al Terrorismo de Estado”. Junio de 1993. Martín Almada ha recibido varios galardones internacionales por su activi-

dad a favor de la aclaración histórica de la Operación Cóndor (también conocida como Operativo Cóndor) y de las violaciones de Derechos Humanos en Paraguay y Sudamérica, se destaca haber sido galardonado con el llamado Premio Nobel Alternativo de la Fundación Right Livelihood Award en 2002

**Miguel Rábago Dorbecker** - Profesor del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana de México. Licenciatura en el ITESO (Guadalajara), Diploma de Postítulo de la Universidad de Chile y Doctorado en la Universidad de Salamanca (España). Estudios de la Maestría en Estudios Latinoamericanos en la UNAM.

**Pablo Perel** - Abogado con diploma de honor (Facultad de Derecho, UBA). Coordinador de Derechos Humanos del Centro Cultural de la Cooperación. Secretario de Redacción Revista Crítica Jurídica (Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM). Ex becario de investigación UBACyT. Profesor adjunto de las asignaturas Teoría General del Derecho e Interpretación de la Ley (Facultad de Derecho, UBA). Coautor del libro *Universidad y Dictadura*

**Renata Bregaglio Lazarte** - Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid y Magister en Derechos Humanos por la PUCP. Coordinadora académica del IDEHPUCP.

**Rogério Gesta Leal** - Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Doutor em Direito. Professor Titular da UNISC. Professor da UNOESC. Professor Visitante da Università Tullio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña – Espanha, e Universidad de Buenos Aires. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM. Membro da Rede de Direitos Fundamentais-REDIR, do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, Brasília. Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM, Brasília. Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira. Coordenador da Rede de Observatórios do Direito à Verdade, Memória e Justiça nas Universidades brasileiras – Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República

**Rubens Beçak** - Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Professor Associado da Universidade de São Paulo – USP na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto e na Faculdade de Direito (Pós-graduação). Secretário Geral da Universidade de São Paulo

**Samantha Ribeiro Meyer-Pflug** - Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP, Coordenadora e Professora do Curso de Direito e do mestrado em Direito da UNINOVE, membro do Conselho Superior de Direito da Federação do Comércio/FECOMERCIO/SP e do Conselho Superior de Estudos Avançados da FIESP. Advogada. Membro da Comissão de Reforma Política da OAB/SP

**Waldimeiry Corrêa da Silva** - Doutora em Direito Internacional Público e Relações Internacionais pela *Universidad de Sevilla*, Professora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Tiradentes (UNIT), Sergipe.