V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS

BELINDA PEREIRA DA CUNHA

LUIS DELIO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direitos humanos e efetividade: fundamentação e processos participativos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Belinda Pereira da Cunha, Luis Delio – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-255-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direitos humanos. 3. Efetividade. 4. Processos participativos. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS

Apresentação

O Encontro Internacional do CONPEDI Montevidéu, que teve como tema central "Instituiciones y desarrollo em la hora actual de América Latina" , foi marcado por notável integração acadêmica e científica, para além das fronteiras das Instituições de Ensino Superior, alçando o voo das inter-relações temáticas que assolam todos os ramos do Direito nos países latino-americanos.

O Grupo de Trabalho "Direitos Humanos e efetividade: fundamentação e processos participativos", sob nossa coordenação, foi brindado com refletidos trabalhos que aprofundaram temas que interessam aos Direitos Humanos e sua fundamentação, como: atuação do Ministério Público Federal no combate ao trabalho escravo; inviolabilidade do direito à vida; lei da anistia brasileira frente ao controle de convencionalidade; valorização dos direitos humanos como instrumento de desenvolvimento das políticas de execução penal; análise democrática de risco na tomada de decisões estatais; Comissão Nacional da Verdade e a institucionalização do Direito à memória; o problema social da corrupção e a fragilização dos Direitos Humanos e do Estado Democrático de Direito; os desafios interpretativos para garantir os direitos dos povos indígenas e quilombolas; teoria crítica dos direitos humanos (aspectos do casamento de pessoa com deficiência mental); direito à saúde mental no Brasil e no Uruguai; direito internacional e o acesso direto aos tribunais internacionais como direito humano fundamental; direitos da pessoa com deficiência e sua regulamentação no âmbito internacional e no Brasil.

Destaca-se reflexões da ordem da constitucionalidade,o posicionamento do Supremo Tribunal Federal Brasileiro em relação à presunção de inocência, o recente controle de convencionalidade, interno e externo, com redução de seu controle às normas internas, análise da compatibilidade das normas internas para a convenção dos direitos humanos; Pacto San Jose da Costa Rica, violação das garantias e direitos fundamentais; Lei da Anistia brasileira e sua aplicabilidade; posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação à soberania brasileira se sobrepor às normativas da corte interamericana; além do Debate da constitucionalidade, em relação à presunção de inocência.

Também ocupou lugar no debate a valorização dos direitos humanos, diante de relevantes estudos de casos, com vistas à sua importância na extensão normativa dos direitos fundamentais, direitos humanos como um mínimo ético, crítica à universalidade dos direitos humanos, prevalência do indivíduo em relação ao coletivo, perspectiva liberal individualista, sociedade organizada; aspectos da segurança e justiça como valores fundamentais e não contraditórios, com necessidade de aproximação entre o Direito e a Justiça.

Verificou-se também, risco e perigo em Luman, com aspectos da não participação do processo decisório e a consequente sujeição à ordem democrática, como a componente política de escolha, destacada necessidade de participação popular, contrapondo-se que o debate não é aprofundado para comunidades tradicionais, além dos aspectos da linguagem consequencial dos efeitos, e sua dimensão diante da necessária compreensão pela população com interesses atingidos.

A Justiça de transição no Brasil, no Chile e na Argentina, ocupou lugar no debate científico, destacando a dificuldade de definição de uma justiça de transição e da inserção desta política no Brasil, conflitos de interesses, da criação da Comissão Nacional da Verdade, perguntando-se se essa comissão contribui para a justiça de transição, já que o compromisso das pessoas que ali prestam seu depoimento é meramente ético; questionou-se a definição de corrupção e a dimensão com que fragiliza o Estado Democrático de Direito. Chegando-se à utopia dos Direitos Humanos de Galeano.

O direito é otimista, com limites. Os grandes desafios, para efetivação do direito dependem do campo político. A inversão ideológica e teoria crítica dos direitos humanos traz à baila possibilidades jurídicas antes inusitadas para o mundo do Direito, alastrando a concepção de saúde sob o aspecto mundial, para as políticas públicas garantidoras, acima de tudo, desses direitos, que com a legislação pertinente hão de caminhar juntas para sua efetivação. A Declaração de Caracas de 1990, a fase de humanização ainda se ressente no Uruguai e na América Latina, com chances de se beneficiar com as experiências da legislação brasileira, que igualmente põe à prova sua aplicação diante de políticas igualmente não garantidoras no país.

As prerrogativas, no âmbito nacional e internacional, dos países da América Latina, o Tratado internacional dos direitos humanos, visam possibilitar ao indivíduo o acesso ao tribunal internacional, pois obviamente muitos dos direitos fundamentais também são direitos humanos e, nas origens do direito internacional o ser humano era o foco das atenções, rendendo a crítica de que se deixou o indivíduo de lado como se ele fosse objeto do direito e não sujeito do direito.

Encerrou-se os debates com o conhecimento da reflexão aprofundada de professores e pesquisadores de muitas partes do Brasil, com a participação da Universidade de La República do Uruguai na melhor condução dos trabalhos, que se procurou integrar a partir da América do Sul, Brasil – Uruguai e América Latina.

Profa. Dra. Belinda Pereira da Cunha - PPGCJ/PRODEMA/UFPB/BR

Prof. Dr. Luís Délio Machado - UDELAR/UY

EL CONSTITUCIONALISMO BRASILEÑO POST 1988 Y LOS DESAFÍOS INTERPRETATIVOS PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y QUILOMBOLAS

BRAZILIAN CONSTITUTIONALISM POST 1988 AND THE INTERPRETIVE CHALLENGES TO GUARANTEE THE RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES AND "QUILOMBOLAS"

Guilherme Scotti [1]
Evandro Charles Piza Duarte [2]

Resumo

La Constitución brasileña de 1988 representa un hito en la lucha por el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y quilombolas, provocando una redefinición de la identidad constitucional. Se inserta en un contexto global de ruptura paradigmática en el constitucionalismo, donde el derecho a la igualdad pasa a ser leído como exigencia del respeto a las diferencias. En el contexto actual de retrocesos políticos en la garantía de derechos de indígenas y quilombolas, la reapropiación del sentido de constitución por parte de los movimientos sociales ofrece potencialidades para una apertura hermenéutica de los derechos humanos y fundamentales.

Palavras-chave: Pueblos indígenas, Quilombolas, Derechos fundamentales, Hermenéutica constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

The Brazilian Constitution of 1988 was a milestone in the struggle for recognition of the rights of indigenous peoples and Quilombolas (Maroons), causing a redefinition of constitutional identity. It is inserted in a global context of paradigmatic rupture in constitutionalism, in which the right to equality can be read as requiring respect for differences. In the current context of political setbacks in the effectiveness of Indigenous and Quilombola rights, the reappropriation of the meaning of the Constitution by social movements offers the potential for a hermeneutic openness of human and basic rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Indigenous peoples, Maroons, Basic rights, Constitutional hermeneutics

[1] Doctor y Maestro en Derecho por la Universidad de Brasilia (UnB). Profesor Adjunto de Teoría y Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la UnB

[2] Doctor en Derecho por la Universidad de Brasilia (UnB). Profesor Adjunto de Derecho Penal, Proceso Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la UnB.

1. Introducción

La presencia de la Constitución en los discursos de aquellos que luchan por el reconocimiento de derechos de grupos históricamente excluidos, como indígenas y *quilombolas*[1], es una señal de su fuerza y nos ayuda a repensar la relación tradicionalmente difícil entre los movimientos sociales emancipatorios y el Derecho.

Tuvimos, hace poco más de 25 años, una profunda ruptura paradigmática. El paradigma político y jurídico en el trato de las cuestiones indígenas era el de la integración o aculturación. Solamente con la nueva Constitución el patrimonio cultural pasó a ser considerado un derecho de las poblaciones indígenas y de la sociedad, no una situación transitoria, vestigio del pasado con la exigencia de superarse a través de la modernización, sino una garantía de nuestro multiculturalismo[2] y un elemento central para la auto comprensión ética nacional.[3]

En la Constituyente de 1987-1988 hubo tensiones en torno a las "cuestiones indígenas". Fuerzas conservadoras intentaron minar en definitivo la posibilidad de supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas, sea por las propuestas de vinculación de sus derechos al grado de aculturación, o por la tentativa de permitir la minería y otras actividades de explotación en tierras indígenas (KAYSER 2010). Vehículos de los grandes medios circularon editoriales evidenciando el "riesgo a la seguridad nacional" consecuencia del reconocimiento de derechos a los indios, cuya reivindicación vendría de una conspiración internacional contra Brasil. Por otro lado, movimientos indígenas, indigenistas y fuerzas de izquierda insistían en el reconocimiento de nuevos y ampliados derechos a los indios. No todo lo que se deseaba fue conquistado, pero en el balance final tuvimos el mayor reconocimiento de derechos indígenas de nuestra historia, en una de las Constituciones más amplias en garantías de los pueblos indígenas del mundo.

---

[1] "Quilombolas" en Brasil, son los descendientes de los negros que habitaban territorios de resistencia que se remontan a la época de la esclavitud, conocidos como "quilombos". Se asemejan a los palenques y cimarrones del Caribe. La Constitución brasileña establece en el art. 68 de las disposiciones transitorias, que "*Para los remanentes de quilombos que estén ocupando sus tierras, se reconoce la propiedad definitiva, y el Estado les debe otorgar los títulos respectivos*."

[2] No discutimos aquí la controversia en torno al concepto de "multiculturalismo". Utilizamos el término en su sentido crítico, incluyendo la complejidad de las relaciones interculturales. Sobre el tema: Boaventura de Sousa SANTOS (2003).

[3] Art. 216. Constituyen *patrimonio cultural brasileño* los bienes de naturaliza criminal e inmaterial, tomados individualmente o en conjunto, portadores de referencia a la *identidad, a la acción, a la memoria* de los diferentes grupos conformadores de la sociedad brasileña en los cuales se incluyen:
I – las formas de expresión.;
II – los modos de crear, hacer y vivir, [...]
Art. 231. Son *reconocidos a los indios su organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones,* y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, competiendo a la Unión demarcarlas, proteger y hacer respetar todos sus bienes. (BRASIL, 1988, énfasis añadido)

En la misma línea adoptada por la Constitución de 1988, los instrumentos jurídicos internacionales también pasaron a rechazar la vieja concepción paternalista y evolucionista de integración[4] - con destaque para la Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de 1989, promulgada entre nosotros en 2004.

Mientras un triste giro histórico se verifica en cuanto a la aplicación de los derechos constitucionales de los indígenas. Gobiernos que se pretenden herederos de la tradición de izquierda viva en la Constituyente han promovido cada vez más y se han aliado a fuerzas "desarrollistas" que ven en las poblaciones indígenas, quilombolas y tradicionales, y sus formas de vida como barreras al progreso económico del país, en especial los grandes contratistas, las empresas de agro negocio y de minería.

El viejo discurso desarrollista, temeroso de conspiraciones internacionales, presente en la dictadura militar brasileña parece estar tan en boga cuanto en el sombrío pasado reciente y, en una aparente paradoja, se alía a fuerzas neoliberales empeñadas en la expropiación de tierras y riquezas hídricas y minerales. La inserción mundial de las elites locales, los nuevos lucros de las elites internacionales, el financiamiento del pacto entre elites, populismo político y masas urbanas, los déficits fiscales y el lucro del capital financiero, deben ser pagados, según este nuevo consenso, con el asalto a los derechos sobre la tierra conquistados formalmente en 1988.

La actual defensa de la Constitución en las voces de los movimientos indígenas, quilombolas y de las comunidades tradicionales no es una estrategia en torno de conquistas puntuales. La apropiación indigenista se presenta como indicio de potencial de apertura de este proyecto típicamente moderno, el constitucionalismo, que hoy, apostamos, es capaz de ser auto-reflexivo e inclusivo.

Buscaremos a continuación explorar un poco esta trayectoria de nuestra historia reciente, de modo que sustentemos la idea de que nuestra Constitución, en medio del constitucionalismo del Estado democrático de Derecho, se muestre, como vivencia de una comunidad de principios, preñada de potencialidades emancipatorios que son explorados (y más allá de) su texto. Más de que un documento normativo fundamental, tuvimos hace 25 años el paso a una nueva etapa de nuestra identidad constitucional que, como toda identidad compleja, está permanentemente en proceso de re significación y profundización.

[4] Aun presente, por ejemplo, en la Convención 107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de 1957.

2. La identidad abierta del sujeto constitucional – negación, metáfora y metonimia en la reconstrucción del multiculturalismo en Brasil

La naturaleza abierta de la identidad del sujeto constitucional, en los términos propuestos por Michel ROSENFELD (2003), es uno de los referenciales de los análisis aquí emprendidos. La identidad constitucional, siendo algo distinto de la identidad nacional, pero guardando con ella y otras identidades parciales una relación de tensión constitutiva, especialmente en contextos pluralistas y multiculturales, se mantiene necesariamente como un espacio vacío, un hiato, un *no-lugar*. Ningún individuo o grupo concretos puede, así, efectiva y legítimamente ocupar la totalidad del espacio de esa identidad que permanece siempre en disputa. Las herramientas analíticas e interpretativas propuestas por Michel Rosenfeld, reapropiadas del psicoanálisis lacaniano – *negación, metáfora y metonimia* (ROSENFELD 2010) – pueden ayudar en la deconstrucción de los argumentos corrientes en el discurso público acerca de estos derechos y a comprender la reconstrucción de nuestra propia identidad constitucional, bien como a trazar una lectura constitucionalmente adecuada a las garantías necesarias para la preservación de las identidades minoritarias.

La construcción de la Constitución en lo que toca al multiculturalismo y, más específicamente, a la cuestión indígena, envuelve un proceso de *negación* de tradiciones preconstitucionales problemáticas – en especial la concepción integracionista de la formación del Estado-nación y que, en el caso de comunidades negras, se presentó de modo contradictorio por la ideología del blanqueamiento y de la democracia racial. El propio esqueleto normativo existente sobre el tema necesita ser releído a la luz del nuevo paradigma constitucional, y una historia de siglos necesita ser re direccionada teniendo en vista la contra-tradición establecida constitucionalmente. Esta contra-tradición, que pasa a requerir el abandono del asimilacionismo, se coloca inicialmente carente de definición de su contenido, en un proceso en que los elementos tradicionales preconstitucionales buscan reentrar en el discurso constitucional, teniendo que enfrentar la prueba de compatibilidad con el nuevo orden – como ejemplo tenemos la pretensión a la permanencia de la incapacidad civil de los "silvícolas" vehiculada en el Estatuto del Indio y en el Código Civil de 1916 y, aun, en el caso de las comunidades negras, la pretensión de que la integración racial se daría a partir de las relaciones privadas del mestizaje (esfera de la

naturaleza-cultura-sociedad) y no necesitaría de acciones sobre la distribución del poder político y económico (esfera de los derechos).

Los ejes metafórico y metonímico nos auxilian a situar los debates acerca de la relación entre las formas específicas de vida de los pueblos indígenas y los derechos fundamentales con pretensión a la universalidad vehiculados en la Constitución. Ejemplo de discusión actual es el debate sobre prácticas tradicionales supuestamente violadoras de derechos fundamentales, como el llamado "infanticidio" (SCOTTI 2013) que nos permite, creemos, explorar la complejidad exigida en la comprensión constitucional de los derechos fundamentales vehiculados en nuestra Constitución, especialmente en vista del pluralismo de formas de vida de nuestro contexto.

En el eje *metafórico* verificamos los argumentos tendientes a realzar las similitudes entre los indios y el restante de la población – por lo tanto, la búsqueda de una forma relativamente simple de igualdad. Tanto los discursos religiosos cuanto los que pugnan por la universalidad integral de los derechos humanos usualmente se valen de metáforas para destacar aspectos comunes a toda la humanidad – como vida, sufrimiento y autonomía. En este proceso, tomándose por sí solo, hay un nivelamiento entre concepciones éticas, (referentes a valores) morales (referentes a justicia) y jurídicas (referente a los derechos) que lleva a una problemática concepción axiológica jerarquizante, donde los problemas de conflicto pueden tomar la forma de una disputa de formas de vida y sus respectivas concepciones de bien *tout court.* Se percibe aquí la ontologización e insularización del sentido de los derechos fundamentales – o sea, su significado es visto como un dato no sujeto a la problematización, y aislado del sentido de los demás principios constitucionales. Se desconsidera por lo tanto la estructura compleja de nuestro ordenamiento principiológico en que todos los derechos fundamentales mantienen una relación de tensión que les conforma mutuamente los sentidos (CARVALHO NETTO y SCOTTI, 2011).

Ya en el *eje metonímico,* se comprenden, grosso modo, los discursos contextualizantes y relativistas, que realzan las diferencias específicas de los pueblos indígenas, en lo que toca a su visión general del mundo, concepción sobre la vida, la humanidad, el sufrimiento. Tomado de forma aislada, aquí también hay la tendencia a desconsiderar la diferencia entre la auto comprensión ética y la posibilidad de adopción por parte de los envueltos de cualquier perspectiva dialógica que trascienda contextos concretos, lo que envuelve una reducción axiológica de las posibilidades normativas diversas a valores sociales inconmensurables.

Los problemas se verifican, por lo tanto, donde el discurso se da de forma unidimensional, basado en apenas uno de estos ejes, ignorando así aspectos esenciales a la complejidad de las relaciones interculturales. Entendemos que, en el trato de la cuestión, en sus diversas dimensiones, la articulación argumentativa debe envolver ambos ejes. Esto porque, tratándose de derechos fundamentales que envuelven diferencias, la tensión entre igualdad y alteridad se coloca como central. Lo que nos torna iguales, en una tendencia universal, es lo que nos diferencia, a requerir contextualización, son polos de una tensión que no pueden ser sacrificados, so pena de sacrificio de los propios derechos que se buscan resguardar. El derecho fundamental a la igualdad, como el derecho a la diferencia – y al orgullo de pertenencia a una identidad digna de estima – requiere intrínsecamente la articulación de esta tensión entre opuestos.

Por la vía metafórica, podemos realizar un ejercicio (siempre incompleto) de colocarnos en el lugar del otro, de forma que entendamos el sufrimiento por el que pueden pasar niños y adultos disidentes frente a las prácticas tradicionales como el infanticidio El eje metonímico, con todo, requerirá la contextualización de la situación de vida peculiar de los individuos y comunidades envueltas, de forma que el tratamiento de la cuestión necesitará respetar diversas especificidades, apuntando para políticas públicas diferenciadas en relación a otros grupos sociales. La autonomía colectiva necesita ser llevada en consideración, bien como las diferencias de cosmovisiones. En el contexto especifico del debate sobre el tema del infanticidio, eso nos lleva a concluir, por la inadecuación de la legislación represora, que ha sido propuesta por grupos religiosos.

La refutación del paradigma asimilacionista en nuestra identidad constitucional se muestra hoy fundamental para la efectividad de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Haciendo eco de los discursos preconstitucionales, es común la presencia en la esfera pública brasileña de discursos que buscan negar los derechos constitucionalmente consagrados de los indígenas en función de su supuesta "aculturación" [5]. Un discurso de valorización de la "pureza cultural" se muestra, así como un eficaz disfraz para la cabal retirada de derechos. Para esta visión, es claro que los indios tienen derechos especiales, pero para eso es necesario que sean indios "de verdad". Como no hay más "indios de verdad", no hay quien pueda reivindicar legítimamente las protecciones constitucionales especiales. Lo mismo se verifica en relación a las

[5] Como ejemplo de ese discurso, la materia "A farra da antropología oportunista", publicada en la Revista Veja de 5 de mayo de 2010.

comunidades negras (quilombolas), sobre todo cuando se considera que son formas de territorialización de comunidades diasporicas y multiculturales.

Si entendemos que el pluralismo implica que cada pueblo deba tener derecho a su historia (SEGATO 2008), es importante recordar la advertencia hecha por Jeremy Waldron sobre la artificialidad de la noción de pureza cultural, y cuanto puede impedir el propio curso histórico:

> *Preservar* una cultura acostumbra significar capturarla en una fotografía instantánea e insistir en que tal versión debe persistir a cualquier precio, en su atribuida pureza, a despecho de las circunstancias sociales, económicas y políticas que la cercan. Pero esta *estasis* pretendida por tal preservación es raramente una característica de la sociedad en cuestión, o, si es, se trata de un atributo circunstancial. Una sociedad puede haber permanecido estática por siglos precisamente por no haber tenido contacto con las influencias de las cuales, ahora, se pretende protegerla. Si la *estasis* no es un atributo inherente, puede ser importante considerar, como parte *de esa misma cultura*, su habilidad de adaptarse a los cambios en las circunstancias. Preservarla o protegerla, o alguna versión preferida, artificialmente, en vista de los cambios, es precisamente comprometer los mecanismos de adaptación y negociación (de la guerra al comercio y a la amalgamación) con los cuales todas las sociedades confrontan al mundo exterior. Es preservar parte de la cultura, pero no aquello que muchos pueden considerar su atributo más fascinante: su capacidad de crear una *historia.* (WALDRON 1992, p. 788; *traducimos).*

En suma, el derecho fundamental a la propia identidad no implica en el embalaje a la dinámica de las formas de vida, en una especie de condena a la exhibición en museos, una triste alternativa al simple genocidio o a la "civilización". Una noción no esencialista de cultura (PHILLIPS 2007) se vuelve necesaria en nuestra identidad constitucional para que *nosotros y ellos*, esa vieja dicotomía, seamos percibidos como integrantes de una misma comunidad de principios abiertos.

3. El derecho e la modernidad tardía – reconocimiento, disputa cultural, apertura y sensibilidad al contexto

Las reflexiones que siguen tienen por objetivo re articular la discusión sobre el carácter emancipatorio de los derechos fundamentales, en una hermenéutica sensible a los contextos, evidenciando un giro en la comprensión de los derechos operado en el siglo XX que merece ser

revisitado para que podamos comprender la naturaleza compleja de los principios envueltos en la garantía de derechos a las poblaciones indígenas y quilombolas.

La desconfianza al Derecho marcó, al menos desde el firmamento del liberalismo, una postura de los movimientos sociales en vista de las (im)posibilidades emancipatorias de las instituciones públicas, y como hemos destacado en otros momentos, esta desconfianza se apoya en una historiografía que desconsideró las dinámicas plurales y contradictorias en torno a las luchas por la consitucionalización y garantía de derechos. La lectura marxista clásica enfocó el posicionamiento del derecho como elemento de la superestructura, mero epifenómeno emanado de las infraestructuras económicas efectivamente determinantes del sistema social. De esa perspectiva, la única posibilidad plausible de análisis del derecho sería la que lo observase, externamente, como reflejo del sistema burgués de dominación (MARX 2003: 176).

Stuart HALL (2003) se vale de una relectura del materialismo histórico a partir de revisiones como las promovidas por Althusser, bien como por el abordaje de la filosofía del lenguaje de BAKHTIN (1999), para analizar la ideología[6] y su relación con la lucha de clases con la complejidad necesaria para el pensamiento contemporáneo.

A partir de esas revisiones y críticas, podremos comprender hoy cómo aquella perspectiva de análisis se vale, en última instancia, de una lectura ontologizante de la cultura y del propio lenguaje. Al fin, el derecho moderno es nada más un ordenamiento de norma que, en último análisis, se inscriben en textos, por lo tanto, en expresiones lingüísticas, con la peculiaridad de la orientación deontológica, o sea, volteada al "deber ser", no simplemente a la descripción de estados de cosas (dominio factico) o de lo que es socialmente preferible (axiología).

Una lectura histórica que vincule, en una relación de correspondencia necesaria, los principios jurídico-políticos de igualdad y libertad a la clase social que primeramente los enunció en la modernidad ciertamente estará predestinada a considerarlos como expresión lógica de sus intereses. Al final, tales principios enunciaron, de inicio, según una visión dominante, las bases del liberalismo iluminista, doctrina victoriosa en el movimiento burgués de ruptura con el

[6] Hall hace un uso lingüístico o "discursivo" del término: "*Por ideología yo comprendo los referenciales mentales – lenguajes, conceptos, categorías, conjunto de imágenes de pensamiento y sistemas de representación – que las diferentes clases y grupos sociales emplean para dar sentido, definir, descifrar y volver inteligible la forma como la sociedad funciona*". HALL, Stuart.. O problema da ideologia - o marxismo sem garantias. Da diáspora: identidades e mediações culturais. S. Hall. Belo Horizonte, Editora UFMG, 2003, p. 267, traducimos.

Antiguo Régimen[7] . De igual forma, no parece ser históricamente injustificada la adopción de una perspectiva puramente externa en relación al Derecho por parte de los movimientos que luchan por los intereses de aquellos que siempre fueron objeto de explotación y violencia (trabajadores, negros, mujeres, homosexuales, indígenas, etc. – la lista es, cada vez más, virtualmente y constitucionalmente infinita). Al mismo tiempo, no parece ser más obvio, desde el punto de vista de la corrección histórica, el protagonismo burgués en la construcción y desarrollo de derechos al comienzo de la Modernidad, como demuestran algunos estudios en torno a las disputas de términos de libertad y propiedad.[8]

De cualquier manera, a partir de *estudios culturales*[9] como los desarrollados por Hall creemos que es posible incrementar las posibilidades de relectura del sistema jurídico como expresión cultural, por lo tanto, sujeto a revisiones y análisis semejantes a los empleados en otros elementos de la "cultura". Veamos la estrategia de re significación cultural, utilizada por movimientos sociales y analizada por Hall, como en el caso del término "negro":

> La palabra en si [negro] no posee una connotación de clase específica, aunque su historia sea larga y no tan fácilmente desmontable. Mientras los movimientos sociales organizan luchas en torno de un programa específico, los significados que parecen haber sido fijados para siempre comienzan a perder sus anclajes. En suma, *el significado del concepto cambió como resultado de la lucha en torno a las cadenas de connotación negativa de los 'negros'. Al invadir el núcleo de la definición negativa, el movimiento negro intentó 'robar el fuego' del propio término.* Porque 'negro' antes significaba todo que debía ser menos respetado, ahora puede ser afirmado como 'lindo', la base de nuestra identidad social positiva, que requiere y engendra respeto entre nosotros. 'Negro', por lo tanto, existe ideológicamente solamente en relación a la contestación en torno a esas cadenas de significado y a las fuerzas sociales envueltas en esa contestación. (HALL 2003: 194-5; *traducimos y destacamos*)

Esta estrategia de lucha ideológica como re significación cultural constituye, hace ya algún tiempo, un elemento central de la evolución del Derecho en una perspectiva emancipatoria, como veremos. La no correspondencia necesaria entre génesis histórica y sentido de los signos culturales y su posibilidad de re significación marcan los principios jurídicos como los de igualdad y libertad, al menos desde el inicio desde la modernidad, y cada vez más en el paradigma principiológico post positivista en que, a pesar de los problemas, nos encontramos.

---

[7] Sobre la relación entre derecho y democracia en los paradigmas Liberal, Social y Democrático de Derecho, cf. CARVALHO NETTO, Menelick de. "Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito." Revista de Direito Comparado **3**, 2000.

[8] Redicker y Linebaugh siguieren que las clases marginalizadas esparcidas por los dos lados del Atlántico se unieron en diversos momentos en una constelación de revueltas contra las tentativas de gobierno de la vida, del trabajo y de los recursos naturales.

[9] Sobre la relación de Hall con los estudios culturales, cf. p. ex. Lawrence GROSSBERG (1996).

Es verdad que, por un lado, los escritos de Hall apuntan una cierta desconfianza con el derecho moderno, especialmente en aquello en que es asociado a la tradición "liberal" e iluminista. Al final es correcto afirmar que el liberalismo político, al menos en sus primeras versiones iluministas, sirvió de base para una concepción universalista totalizante, homogeneizante y de imperialismo cultural, especialmente en vista de la supuesta neutralidad ética del Estado de Derecho:

> A la ciudadanía universal y a la neutralidad cultural del Estado son las dos bases del universalismo liberal occidental. Es claro que los derechos de ciudadanía nunca fueron universalmente aplicados – ni a los afro-americanos por las manos de los Padres Fundadores de los EUA ni a los sujetos coloniales por el gobierno imperial. Ese vacío entre ideal y práctica, entre igualdad formal e igualdad concreta, entre libertad negativa y positiva, ha asombrado la concepción liberal de ciudadanía desde el inicio.
> El universalismo post iluminista, liberal, racional y humanista de la cultura occidental parece no menos significante históricamente, pero se vuelve menos universal a cada momento. Muchas grandes ideas – libertad, igualdad, autonomía, democracia – fueron perfeccionadas en la tradición liberal. Entre tanto, es evidente que el liberalismo hoy no es "la cultura más allá de las culturas", sino la cultura que prevaleció. (HALL 2003:77, *traducimos*)

Como se desprende de los pasajes citados, tal análisis no lleva a Hall a simplemente descartar, en una perspectiva posmoderna puramente deconstructiva, los avances del derecho moderno. Mientras tanto, la pretensión universalista pasa a ser releída, especialmente frente a los desafíos del multiculturalismo. Citando LACLAU (1996: 86): "*Lo universal emerge de lo particular, no como un principio que lo subyace u explica, pero como un horizonte incompleto que sutura una identidad particular desolada".*

Y continua HALL, refiriéndose a la identidad incompleta de Laclau:

> ¿Por qué incompleta? Porque no puede – como ocurre en la concepción liberal – ser rellenada por un contenido específico e inmutable. Será redefinida siempre que una identidad particular, al considerar sus otros y su propia insuficiencia radical, expandir el horizonte dentro del cual las demandas de todos necesiten y puedan ser negociadas. Laclau está en lo correcto al insistir que su contenido no puede ser conocido anticipadamente – en ese sentido, lo universal es un signo vacío, "un significante siempre en retroceso". Es este el horizonte que debe orientar cada diferencia particular, para que se evite el riesgo de caer en la diferencia absoluta (lo que, naturalmente, es la antítesis de la sociedad multicultural). HALL 2003: 86, *traducimos*)

Es de observar, sin embargo, que la lectura de Hall, en este punto sobre el multiculturalismo, no problematiza la importancia del multiculturalismo en la fundación del derecho y, por lo tanto, de las disputas de significado olvidadas en lo que se denomina como derecho liberal, en especial las luchas por constituirse en la forma constitucional por parte de los pueblos de la diáspora africana y por los degradados de la colonización europea.

No obstante, Hall trae una noción que, en el constitucionalismo contemporáneo, podemos remitir a la idea de *identidad abierta del sujeto constitucional,* como desarrollada por Michel ROSENFELD (2003), o sea: la incompletud y la permanente apertura son inherentes al proyecto constitucional moderno. Esa seria, según Menelick de CARVALHO NETTO (2005), la función del párrafo 2° del art. 5°"[10] de nuestra Constitución: permitir la apertura permanente para el reconocimiento de nuevos derechos, tanto en las dimensiones de justificación (discursos legislativos) cuando de aplicación del derecho (por parte del Ejecutivo o del Judicial), a partir de las luchas por el reconocimiento emprendidas por aquellos cuyos derechos fueron hasta entonces "invisibles"; luchas que son (o al menos tienen grande potencial de ser) embates interpretativos sobre la correcta interpretación de los principios fundamentales de nuestra Constitución.

Más allá de la filosófica y jurídicamente sustentable (necesaria, defendemos), esta perspectiva interpretativa y también políticamente valiosa del punto de vista estratégico en una parcialidad emancipatoria. Se percibe en Hall la importancia de tal estrategia en torno de conceptos disputados a lo largo del espectro ideológico, como "democracia". [11]

Dijimos que la estrategia de re significación no es propiamente novedad en la interpretación jurídica ligada a las luchas por el reconocimiento de derechos. Uno extremamente significativo es el caso *Brown v. Board of Education*[12]*,* hasta hoy objeto de disputa entre conservadores y progresistas, sobre su carácter supuestamente "activista.[13]

Se trata de un hito tanto de la lucha del movimiento negro – y de un giro en el interior del propio movimiento, que temía dar un paso excesivamente grande y poner en riesgo las conquistas ya alcanzadas – contra la segregación racial en los EUA cuando del giro interpretativo de los

[10]"§ 2º - Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros resultantes del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte"

[11] "Ahora, es perfectamente correcto afirmar que el *concepto de "democracia" no posee un significado totalmente fijo que pueda* ser atribuido exclusivamente al discurso de las formas burguesas de representación política. "Democracia" en el discurso del "Occidente Libre" no carga el mismo significado que posee cuando nos referimos a la lucha popular-democrática" o a la profundización del contenido democrático de la vida política. *No podemos permitir que el término sea enteramente expropiado como discurso de derecha. En lugar de eso, necesitamos desarrollar una contestación estratégica en torno del propio concepto*"**.** HALL, Stuart. O problema da ideologia - o marxismo sem garantias. Da diáspora: identidades e mediações culturais. S. Hall. Belo Horizonte, Editora UFMG**:** 265-293, 2003, p. 287, *traducimos y destacamos*.

[12]Brown v. Board of Education of Topeka. United States Reports, Supreme Court of the United States. **347:** 483, 1954.

[13]Sobre "activismo", "interpretativismo", "originalismo" e etc., cf. la introducción "The moral reading and the majoritarian premise" em DWORKIN, Ronald. *Freedom's law : the moral reading of the American Constitution*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1996.

derechos fundamentales para una perspectiva principiológica y humanista[14][15]. Además, representa un giro en la comprensión del principio de igualdad, que pasa a requerir algo que nos es querido en la presente reflexión: el derecho a las condiciones de posibilidad para la autoestima, para una auto comprensión de todos como sujetos merecedores de igual respeto y consideración pr parte de su comunidad política, lo que trasciende la mera equiparación de condiciones materiales de supervivencia y desarrollo personal.

La decisión que puso fin a la segregación racial en las escuelas públicas norteamericanas promovió una completa relectura de las exigencias del principio constitucional de igualdad. Se mostró fundamental la separación de la idea de "intención" o "sentido" originario de términos utilizados por los *framers* de la Constitución de 1787. Para que se pudiera dar un curso a una relectura principiológica de las exigencias constitucionales, de forma que se reconociera la injusticia inherente a un sistema segregacionista, la inflexibilidad del sentido normativo de la Constitución necesitaba ser alejado por la idea de "*living constitution"*.

Dentro de la lógica interpretativa en vigor de la época la Suprema Corte llegó a requerir a las partes que presentaran argumentos específicos en torno a las circunstancias de la adopción de la 14ª enmienda. [16] El recurso a la historia legislativa, a los anales de los debates constituyentes, a las discusiones de la época de la fundación se mostró poco revelador de elementos suficientes para la definición de la cuestión de segregación. Muchas veces lo que se revelaba era obvio – el racismo inherente a la sociedad norteamericana del siglo XVIII, cuya constitución liberal convivio pacíficamente, por varias décadas, con el instituto de la esclavitud. Aun la historia de las enmiendas aprobadas después del final de la Guerra Civil, volcadas principalmente a la abolición de la esclavitud y al fin de las desigualdades basadas en raza, parecía inconclusa.

[14]Una interesante representación de la estrategia argumentativa adoptada por la NAACP, bien como del papel del abogado Thurgood Marshall, futuro primer juez negro de la Suprema Corte de los EUA, representado por Sidney Poitier, se ve en la película "Separados pero iguales" STEVENS JR., G. (1991). Separate but equal. EUA.

[15]Para un análisis histórico del constitucionalismo y del concepto de constitución, cf. FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Madrid, Editoral Trotta, 2001.

[16] Relevante para la discusión es el texto de la sección 1 de la enmienda 14: "*All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws***"**.

En esta perspectiva "textualista" [17] y "originalista" permanecía entonces sin respuesta la cuestión que la Suprema Corte se colocaba: *La segregación de los niños en las escuelas públicas, únicamente con base en la raza, aun delante del hecho de que las instalaciones físicas y otros factores "tangibles" puedan ser iguales, ¿priva a los niños el grupo minoritario de iguales oportunidades educacionales?*

Al final la respuesta dada por la corte a esa cuestión fue positiva, poniendo fin a la doctrina "separados pero iguales" establecida en el precedente *Plessy v. Ferguson*[18] en 1896. He aquí el argumento central de la decisión:

> Separar a los niños de otros, de edad o calificación semejantes, nada más por cuenta de su raza genera un *sentimiento de inferioridad en relación a su estatus en la comunidad* que puede afectar sus corazones y mentes de una forma probablemente irreversible (…) La segregación de niños blancos y negros en las escuelas públicas genera un efecto perjudicial sobre los niños negros. El impacto es mayor cuando es sancionado por el Derecho, ya que la política de separación de razas es *normalmente interpretada como denotando la inferioridad de los negros*. El sentido de inferioridad afecta la motivación de los niños para aprender. La segregación sancionada por la ley trae, por lo tanto, una tendencia a [retardar] el desarrollo educacional y mental de los niños negros y a privarlos de algunos de los beneficios que tendrían en un sistema escolar racialmente integrado. Cualquiera que haya sido la extensión del conocimiento psicológico del tiempo de *Plessy v. Ferguson*, este descubrimiento es ampliamente apoyado por los especialistas modernos. Cualquier expresión en *Plessy v. Ferguson* contraria a tal descubrimiento debe ser rechazada. *Concluimos que, en el campo de la educación pública, la doctrina "separados pero iguales" no tiene lugar. Establecimientos educacionales separados son inherentemente desiguales*[19]

Como vemos, lo que estaba en juego no era el sentido de la cláusula de igualdad frente a la ley como originalmente enunciada y comprendida en 1868. Se buscó resignificar el principio a la luz de una comprensión plausible a la época de la decisión. La definición y el alcance de "igualdad" no eran más monopolio de una generación pasada. Parafraseando a Stuart Hall, *el concepto de "igualdad" no es propiedad exclusiva de cualquier grupo social específico o discurso aislado.*[20]

---

[17]Uma defensa conservadora – y anacrônica, a nuestro parecer – de esse tipo de "textualismo" es hecha por el actual juez de la Suprema Corte de los EUA Antonin Scalia.Cf. SCALIA, A. and A. G. (ed) (1997). *A matter of interpretation : federal courts and the law : an essay.* Princeton, N.J., Princeton University Press.

[18]Plessy v. Ferguson. United States Reports, Supreme Court of the United States. **163:** 537, 1896.

[19]Brown v. Board of Education of Topeka. United States Reports, Supreme Court of the United States. **347:** 483., 1954, traducimos y destacamos.

[20] "*Una cadena ideológica particular se vuelve un local de lucha no solamente cuando las personas intentan dislocarla, romperla o contestarla, suplantándola por un conjunto enteramente nuevo de términos, mas también cuando interrumpen el campo ideológico e intentan transformar sus significados por la modificación o rearticulación de sus asociaciones, pasando, por ejemplo, de lo negativo para lo positive. Frecuentemente la lucha ideológica consiste en la tentativa de obtener un nuevo conjunto de significados para un termino o categoría ya existente, de desarticularlo de su lugar en la estructura significativa*". HALL, Stuart. Significação, representação, ideologia: Althusser e os debates pós-estruturalistas. Da diáspora: identidades e

La lucha promovida por el movimiento negro, por medio de la NAACP[21], no fue por la sustitución de los principios "liberales", sino por la re significación de sus términos, por la búsqueda de su sentido "verdadero". Asumieron el lugar de intérpretes legítimos de los principios constitucionales, a demostrar la profundidad en la auto comprensión de todo ser humano que el principio de igualdad alcanza. Negar ese papel sería aceptar que fuerzas conservadoras tuvieran la posibilidad de congelar a placer el lenguaje de las normas sociales más fundamentales, tal como, en la descripción marxista de Bakhtin, pretenden las clases dominantes en relación a los signos ideológicos.

> Clases sociales diferentes se sirven de una única lengua. Consecuentemente, *en todo signo ideológico se confrontan índices de valor contradictorios*. El signo se vuelve la arena donde se desarrolla la lucha de clases. En realidad, es este entrecruzamiento de los índices de valor que vuelve al signo móvil y capaz de evolucionar. El signo, si sustraído a las tensiones de la lucha social, si puesto a la margen de la lucha de clases, iría infaliblemente a debilitarse y degenerarse en alegoría y volverse objeto de estudio de los filólogos (…) La clase dominante tiene a darle al signo ideológico un carácter eterno y superior a las diferencias de clase, a fin de sofocar o de ocultar la lucha de los índices sociales de valor que ahí se traba, a fin de volver al signo monovalente. En realidad, todo signo ideológico vivo tiene, como Jano, dos caras. Toda crítica viva puede volverse elogio, toda verdad viva no puede dejar de parecer para algunos la mayor de las mentiras. (BAKHTIN 1999: 46-7, *traducimos*)

De hecho, esa lucha de disputas culturales ya estaba inscrita en los discursos políticos de intelectuales negros en el siglo XIX. En la lucha cultural fue importante para el movimiento "robar el fuego" de términos que los identificaban peyorativamente (como *black)*, invirtiéndoles el sentido y transformándolos en banderas de valorización de la identidad. En la lucha específicamente jurídica – también cultural – cabe al movimiento "robar el fuego" del principio constitucional de la igualdad, y traer a la luz el único sentido que entonces podría ser legítimo. O mejor, apoderarse de sentido que venían siendo disputados y creados por los movimientos sociales negros desde el inicio de la formación de la sociedad americana. Resignificar un principio que, en la memoria oficial, forjada en el olvido de aquellas luchas, era concebido como puramente formalista, legitimador de una odiosa doctrina segregacionista, transformándolo en una exigencia substantiva de igual respeto y consideración, cuyo fuego será siempre disputado porque, de hecho, desde el inicio no contenía ninguna esencia y tampoco pertenecía a un grupo social

La ley, una vez promulgada, asume, nuevamente, el papel de arena de contiendas e interlocuciones donde se disputa su legitimidad y su capital simbólico. Se trata, por lo tanto, de

---

mediações culturais. S. Hall. Belo Horizonte, Editora UFMG**:** 160-198, 2003, p. 193-4.

[21] *National Association for the Advancement of Colored People*, entidad que hizo la representación legal de los demandantes.

una *lucha simbólica para inscribir una posición en la ley*[22]. El sistema jurídico puede ser pensado en una perspectiva abierta a las contingencias permanentemente enfrentadas en cualquier proceso de lucha por reconocimiento. La determinación en texto normativo sobre la realización de determinadas políticas públicas no deja de significar también indeterminación, lo que, como percibimos, es de la estructura del propio derecho. Por lo tanto, el protagonismo de los envueltos tendrá siempre papel fundamental en la concretización de las políticas, y su propio direccionamiento depende de los embates interpretativos y políticos que ahí se articulen. Dimensiones simbólicas, sociales, políticas e institucionales se presentan en un constante flujo de correlaciones y disputa.

4. Pluralismo jurídico – ¿pluralidad de ordenes jurídicas en un orden jurídico plural?

La discusión sobre derechos individuales y colectivos tiende a suscitar, en el campo de las teorías jurídicas, reflexiones en torno al pluralismo de las formas de vida en términos de *pluralismo jurídico.* Si las observaciones sociológicas y antropológicas hace mucho constataron la existencia social de una diversidad de ordenes normativas, el *pluralismo jurídico,* en sus variadas formas, reivindica el estatus propiamente *jurídico* de tales ordenes, sea en el plano infra-estatal (el derecho de comunidades o de campos sociales específicos), en el interior del propio ordenamiento estatal (multiplicidad de fuentes y criterios) o en el plano supra-estatal (en las relaciones internacionales) (BARBER 2006).

En los años 70 y 80 del siglo XX, especialmente, las teorías del pluralismo jurídico asumieron una postura de combate al *centralismo jurídico,* normalmente asociado a prácticas estatales autoritarias, opresoras y excluyentes (WOODMAN 1998). La gran batalla en el campo de la reflexión jurídica se trababa contra el *positivismo jurídico*, identificado con el *legalismo* y con el *monismo,* por ser esa corriente teórica dominante tanto en las academias como en la práctica profesional pública y privada. En Brasil y en os demás países herederos de la tradición del *civil law* el gran exponente de este dogma fue, y aun es, Hans KELSEN (1988), cuya *teoría pura del derecho* fue asimilado – muchas veces sin gran rigor teórico – volviéndose el fondo del sentido común brasileño.

[22] Es en este sentido que también comprendemos la lectura sobre la ley como resultante de una correlación de fuerzas (POULANTZAS 1981) y de autoras contemporáneas como Rita Laura SEGATO (2006).

Con la llamada *crisis del positivismo,* que podemos remontar a la *implosión* de la teoría pura del derecho (JOUANJAN 1996) con el *giro decisionista* emprendido por el propio Kelsen en los años 60, la sustentabilidad del positivismo como teoría del derecho se ha vuelto cada vez más frágil (PAULSON 1990). La complejidad aportada al derecho por las rupturas paradigmáticas en el campo constitucional, especialmente con el ascenso de la comprensión de Estado Democrático de Derecho en el grueso de la redemocratización de países periféricos y de la crisis del paradigma de *estado-social,* trajo nuevos desafíos a la reflexión jurídica, a exigir una comprensión cada vez más *principiológica* de las normas, algo impensable en los moldes del positivismo kelseniano.

Las principales concepciones del pluralismo jurídico comprometidas con las reivindicaciones de derechos de minorías y con la emancipación social se colocan como alternativas a la comprensión tradicional del derecho, de matriz esencialmente positivista, oponiéndose especialmente a la identificación "monista" entre derecho y estado (SANTOS 1988). "Des-pensar" el derecho moderno, para Boaventura de Sousa Santos, requiere antes de todo, la separación entre derecho y estado (SANTOS 2000). Partiendo de esa disyunción, Santos propone una concepción pluralista de los derechos, entendidos como *ordenes jurídicas* diferenciadas y en tensión, valiéndose de un concepto de derecho esencialmente funcionalista.[23] Aun versiones alternativas del concepto de pluralismo jurídico [24] se presentan insuficientes para lidiar con la complejidad de la argumentación jurídica contemporánea de forma apta para preservar el carácter normativo del derecho.

La Constitución de la Republica de 1988, inserida en el marco del constitucionalismo democrático y principiológico, volvió obsoleta en nuestro contexto, creemos, la clásica dicotomía entre *pluralismo y monismo* jurídicos. Más allá de la inserción textual de dispositivos que reconozcan explícitamente la fuerza jurídica de ordenes normativos no-estatales, como las de los pueblos indígenas, sus exigencias interpretativas generales hacen que el propio derecho "oficial" no pueda ser más concebido como "estatal". En el Estado Democrático de Derecho el Estado debe ser comprendido como institución de posición central en la esfera pública, para la cual se dirige el flujo comunicativo reivindicador de políticas públicas, pero jamás confundiéndose

[23] "*el derecho es un cuerpo de procedimiento regularizados y de patrones normativos, considerados justificables en un dado grupo social, que contribuye para la creación y prevención de litigios y para su resolución a través de un discurso argumentativo, articulado con la amenaza de fuerza*". Idem, p. 290.
[24] Como la concepción sistémico-comunicativa de Günther TEUBNER (1997).

enteramente con esta (HABERMAS 1997). De esta forma, pasa a ser una exigencia democrática que los ciudadanos de la sociedad, actuando individual y colectivamente como actores en la esfera pública, puedan comprenderse a si mismos como fuente de legitimidad de las normas jurídicas y como autores de estas, especialmente en la reivindicación por posiciones interpretativas que reflejen el sentido siempre mutable de los principios constitucionales. La hermenéutica jurídica contemporánea debe ser capaz de percibir con mayor sofisticación los diversos niveles de funcionamiento del derecho, de tal forma que el problema de la "escala" [25], como colocado por Boaventura, adquiere complejidad al interior del propio ordenamiento jurídico "oficial". La distinción entre *discursos de justificación* y de *aplicación,* como propuesto por Klaus GÜNTHER (1993), proporciona a la hermenéutica un instrumental capaz de operar en "grande escala" – lo que para la concepción de aplicación del derecho de DWORKIN (1986) es una exigencia de la integridad.

Hasta en la tentativa de un abordaje que busque lidiar con el llamado pluralismo jurídico, llama la atención como el modelo constitucional alemán se ha difundido por Brasil y por América Latina. Es sorprendente verlo siendo utilizado en cuestiones multiculturales, por tratarse de un modelo cuyos orígenes y presupuestos son profundamente contrarios a la propia idea de multiculturalismo, pues etnocéntrico – la propia noción de "valor" jurídico en él se confunde con los valores compartidos por un "pueblo", entendido en términos étnicos – el romántico *Volkgeist.* En este punto, las reflexiones de Michel Rosenfeld son cruciales, al contrastar el modelo alemán, francés y americano, entre otros. Destaca en el modelo constitucional alemán justamente la prevalencia del *etnos* sobre el *demos,* entendiéndose la "nación" como precedente al Estado (ROSENFELD 2010).

El alejamiento se agudiza al depararnos con la tesis de la investigadora colombiana Esther SÁNCHEZ BOTERO (2006), en la que analiza la jurisprudencia de la suprema corte de aquel país en lo tocante a la protección de los niños y adolescentes indígenas. Frente a la pluralidad de cosmovisiones y valores envueltos, la salida de la corte es: promover un "balance" de valores (o ponderación de bienes), de forma a sopesar cual debe prevalecer. En el campo del derecho constitucional ya es bien conocido ese método problemático. Presupone una jerarquía de valores;

[25] *"lo que distingue estas formas de derecho es el tamaño de la escala con que regulan la acción social. El derecho local es una legalidad de gran escala; el derecho nacional estatal es una legalidad de media escala; el derecho mundial es una legalidad de pequeña escala"* (SANTOS 2000: 207).

presupone, entonces, un espacio axiológico común, donde las nociones de "bien" sean razonablemente compartidas. Ahora, es exactamente ese el problema en conflictos multiculturales. ¿Cómo entonces intentar promover justicia, en espacios donde los valores son dispares, con base en valores "preferibles"? Esa vía solamente puede desembocar en soluciones axiológicas – en la "elección" de ciertos valores en detrimento de otros. Lo que perdemos, por lo tanto, es justamente la posibilidad de trascender una determinada concepción de bien, abdicando de la tentativa de una – aun siendo parcial – "fusión de horizontes" que busque referencia a nociones de justicia potencialmente compartibles entre comunidades valorativas distintas.

Conduce a la perplejidad semejante la línea argumentativa que pretende leer expresiones como "quilombo" o "tierras quilombolas" a partir de definiciones jurídicas dadas por la sociedad esclavista del siglo XVIII sin siquiera localizar los sentidos sociales y jurídicos que la creación de esas definiciones tuvieron al momento de su formación. La presencia en el texto constitucional de expresiones como racismo, afro-brasileños, indígenas y quilombos señalan un campo de cuestiones referentes a nuestra trayectoria colonial. La definición jurídica del termino quilimbola surgió para impedir que negros escaparan del trabajo compulsorio, pero también sirvió para consolidar la imposibilidad de que los negros, aun los liberados o libres, consiguiesen mantener la posesión de las tierras. [26] Acusados de ser negros-quilombolas, muchos fueron re-esclavizados ilegalmente y, de la misma forma, por ser negros, vieron su derecho de propiedad y posesión ser des respetado por instituciones compuestas y controladas por blancos.[27] El racismo perpetuó relaciones institucionales de violación de derechos que la prohibición de acceso a la tierra por parte de los negros aun durante la República que, de hecho, no impidió la continuidad de prácticas de esclavización y garantizó que los negros fuesen constantemente expulsados de las tierras que ocuparon.

Por lo tanto, en el amplio espectro de exclusiones de la sociedad brasileña, el derecho a la tierra, aunque esté incluido en el acto de las disposiciones constitucionales transitorias, debe ser interpretado como un derecho fundamental y una clausula pétrea. Al mismo tiempo, la naturaleza jurídica de esa relación de dominio no puede ser interpretada en los moldes civilistas, sino en los términos constitucionales referentes a las tierras indígenas en que medio ambiente natural y

[26] Sobre los quilombos, véase: Clóvis MOURA (1981;1983;1991), e Osvaldo de Alencar ROCHA (1989).
[27] Como afirma ALENCASTRO (2000): "los negros que se alejaban de las propiedades y de los lugares donde habían sido liberados, corrían gran riesgo."

medio ambiente social se encuentran vinculados al derecho a la memoria y a la diversidad cultural. El punto principal para la definición de las tierras quilombolas no es la definición jurídica histórica del colonizador, sino su sentido de emancipación. La definición debe incluir un amplio espectro de estrategias de territorialización simbólica de esclavos y ex esclavos en busca del derecho a la libertad. La presencia de ese derecho se opone al sentido de la tradición jurídica de combatir o desconsiderar la propiedad conferida a esclavos fugitivos o emancipados. La garantía constitucional debe ser capaz de responder en el presente a esos procesos de expropiación y no restringirse nada más a las tierras de esclavos que huyeron. El derecho a la tierra quilombola es el derecho a las tierras de libertad, tierras que representaron la posibilidad de supervivencia a la negación de ese derecho de ser libre en una sociedad en que las estructuras institucionales privilegiaron a lo "blanco" en las disputas por derechos, como la propiedad.[28]

5. Consideraciones finales

En una época en que propuestas de nuevas asambleas nacionales constituyentes, tradicionales o "exclusivas", han sido recurrentemente retomadas, las voces indigenistas que claman por la defensa de la Constitución de 1988 apuntando para un futuro más promisorio para nuestro constitucionalismo. Hablan de lo actual, que es siempre actualización.

La maduración de la identidad del sujeto constitucional brasileño pasa, creemos, por la revisión de su relación con el tiempo. El discurso de la obsolescencia constitucional, entre nos, tiende a andar tomado de la mano con una creencia pueril en el poder místico de los textos normativos, cuya modificación seria el camino escatológico para nuestra salvación. La historia, al interpelarnos, puede alertar sobre los riesgos de esa creencia iluminista en la posibilidad de inserción de una racionalidad definitiva en reglas textuales. Texto constitucional nada es sin contexto, que nada más es que la actualización cotidiana que hacemos de los sentidos que ahí podemos construir.

Los múltiples actores de esa construcción, verdadero embate interpretativo, parecen (des)modernizar a la modernidad, racionalizándola. La ocupación plural del proyecto

[28] Sobre el concepto de "blanquitud", véase: Vron WARE (2000).

constitucional es una necesidad, y nos interpela acerca de quien somos el "nosotros el pueblo" de esa identidad constitucional abierta. Con Eduardo Viveiros de Castro:

> Los indios no son "nuestros indios". Ellos no son "nuestros". Ellos son nosotros. Nosotros somos ellos. Todos nosotros somos ellos. Somos otros, como todos. Somos de este otro país, esta tierra vasta que se va devastando, donde aún hacen eco centenas, millares de gentilicios, etnónimos, nombres de pueblos, palabras extrañas, gramáticas misteriosas, sonidos inauditos, silabas pedregosas, mas también diptongos dulces, palabras que esconden gentes y lenguas de que siquiera sospechábamos los nombres. Nombres que mal sabemos, nombres que nunca escuchamos, pero vamos descubriendo.
> (VIVEIROS DE CASTRO 2013, *traducimos*)

6. Referencias Bibliográficas

ALENCASTRO, Luiz F. de (2000). O Trato dos Viventes. São Paulo: Cia das Letras.

BAKHTIN, Mikhail M. (2006). *Marxismo e filosofia da linguagem: problemas fundamentais do método sociológico na ciência da linguagem*. São Paulo, Hucitec, 1999.

BARBER, Nicholas. W. "Legal Pluralism and the European Union." European Law Journal **12**(3): 306-329.

BRASIL (1973). Lei nº 6.001, de 19 de Dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio.

BRASIL (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

BRASIL (2004). Decreto Nº 5.051, de 19 de Abril de 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme (2011). *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte, Fórum.

CARVALHO NETTO, Menelick de (2000). "Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito." Revista de Direito Comparado **3**, 2000.

CARVALHO NETTO, Menelick de (2005). "Uma reflexão constitucional acerca dos direitos fundamentais do portador de sofrimento ou transtorno mental em conflito com a lei." Veredas do Direito **2**: 14.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire* (1986). Cambridge, Mass., Belknap Press.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution* (1996). Cambridge, Mass., Harvard University Press.

FIORAVANTI, Maurizio (2001). *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Madrid, Editoral Trotta.

GROSSBERG, Lawrence (1996). History, politics and postmodernism - Stuart Hall and cultural studies. Stuart Hall - Critical dialogues in cultural studies. D. Morley and K.-H. Chen. London and New York, Routledge**:** 151-173.

GÜNTHER, Klaus (1993). *The sense of appropriateness : application discourses in morality and law*. Albany, State University of New York Press.

HABERMAS, Jürgen (1997). *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro.

HALL, Stuart (2003). Da diáspora: identidades e mediações culturais. S. Hall. Belo Horizonte, Editora UFMG.

JOUANJAN, Olivier (1996). Présentation du traducteur In: MÜLLER, Friedrich. Discours de la méthode juridique.

KAYSER, Hartmut-Emanuel (20120). *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desenvolvimento histórico e o estágio atual.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed.

KELSEN, Hans (1998). *Teoria pura do direito*. São Paulo, Martins Fontes.

LACLAU, Ernesto (1996). *Emancipations.* London: Verso.

LINEBAUGH, Peter; REDIKER, Marcus. **A** Hidra de Muitas Cabeças: marinheiros, escravos, plebeus e a história oculta do Atlântico revolucionário. São Paulo: Companhia das Letras, 2008
MOURA, Clóvis (1981). Rebeliões da senzala. São Paulo: Ciências Humanas, 1981
MOURA, Clóvis (1983). Brasil, as raízes do protesto negro. São Paulo: Global.
MOURA, Clóvis (1991). Os quilombos e a rebelião negra. São Paulo: Brasiliense.
PAULSON, Stanley (1990). "Kelsen on legal interpretation." Legal Studies: 136-152.
PHILLIPS, Anne (2007). *Multiculturalism without culture*. Princeton, Princeton University Press.
POULANTZAS, Nicos (1981). O Estado, o Poder, o Socialismo. Rio de Janeiro: Graal.
ROCHA, Osvaldo de Alencar (1989). O negro e a posse da terra no Brasil. In: ALFONSIN, Jacques Távora. Negros e índios no cativeiro da terra. Rio de Janeiro: Instituto Apoio Jurídico-Popular – Fase, p. 38-54.
ROSENFELD, Michel (2003). *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte, Mandamentos.
ROSENFELD, Michel (2010). *The identity of the constitutional subject: Selfhood, citizenship, culture, and community*. London and New York, Routledge.
SÁNCHEZ BOTERO, Esther (2006). *Entre el juez Salomón y el dios Sira: decisiones interculturales e interés superior del niño*. Bogotá, Gente Nueva Editores.
SANTOS, Boaventura de Sousa (1988). *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris.
SANTOS, Boaventura de Sousa (2000). *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo, Cortez.
SANTOS, Boaventura de Sousa (2003). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
SCALIA, Antonin, and A. G. (ed) (1997). *A matter of interpretation : federal courts and the law : an essay*. Princeton, N.J., Princeton University Press.
SCOTTI, Guilherme (2013). *Direitos humanos e multiculturalismo: o debate sobre o infanticídio indígena no Brasil.* Revista Jurídica da Presidência, v. 15, n. 106. Brasília.
SEGATO, Rita Laura (2006). "Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais." Mana **12**(1): 207-236, 2006.
SEGATO, Rita Laura. (2008). "Que cada pueblo teja los hilos de su historia: El pluralismo jurídico en diálogo didáctico con legisladores." Retrieved 28/11/2010, from www.cimi.org.br/.
TAMANAHA, Brian Z. (2000). "A non-essentialist version of legal pluralism." Journal of Law and Society **27**(2): 296-321.
TEUBNER, Gunther (1997). *Global law without a state*. Aldershot, England, Dartmouth.
VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo (2013). *Somos todos eles: o poema onomatotêmico de André Vallias* - Folha de S.Paulo - Ilustríssima 06/01/2013.
WALDRON, Jeremy (1992). "Minority cultures and the cosmopolitan alternative." University of Michigan Journal of Law Reform **25**(3&4): 751-793.
WARE, Vron (2004). Branquidade. Identidade Branca e Multiculturalismo. Rio de Janeiro: Garamond,.
WOODMAN, Gordon R. (1998). "Ideological combat and social observation: recent debate about legal pluralism." Journal of Legal Pluralism **42**: 39.