

ISSN 2526-0464

TEORIA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA

PERIÓDICO DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

VOLUME 2 NÚMERO 1 JANEIRO | JUNHO 2017



MISSÃO

TEORIA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA é um periódico do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Sua missão é incentivar o intercâmbio de pesquisas contemporâneas e interdisciplinares na área de Teoria Jurídica entre acadêmicos do Brasil e do exterior. A revista é publicada duas vezes ao ano (jan.-jun./jul.-dez) e em formato exclusivamente digital. Sua linha editorial está orientada para a Teoria Jurídica Contemporânea, e desdobra-se nas seguintes temáticas: Sociedade, Direitos Humanos e Arte; Teorias da Decisão, Argumentação e Justiça; Democracia, Instituições e Desenhos Institucionais. Nenhuma abordagem teórica em particular é privilegiada. O periódico compõe-se de três seções: uma Seção Geral de artigos científicos recebidos em sistema de fluxo contínuo; uma Seção Especial de artigos científicos recebidos em sistema de chamada pública sob a responsabilidade de Editor(es) Convidado(s); e uma Seção Extra dedicada à publicação de resenhas, traduções e comentários de jurisprudência. Excepcionalmente, artigos de autores convidados podem ser publicados nas Seções Geral e Especial.

EQUIPE EDITORIAL

EDITOR CHEFE

Lilian Balmant Emerique

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

EDITORES ASSISTENTES

Karina Denari Gomes de Mattos

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Ranieri Lima Resende

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Samir Ramos Zaidan

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

EDITORES ASSOCIADOS

Cecília Caballero Lois

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Fábio Shecaira

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Rachel Herdy

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Vanessa Berner

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

EDITORES CONVIDADOS

Rubén Martínez Dalmau

Universitat de València, Espanha

Democracia + (Grupo Interuniversitario de Investigación sobre Poder Constituyente y Nuevo Constitucionalismo – Universitat de València)

ASSISTENTE EDITORIAL

Rafael Monnerat

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

EDITOR DE DESIGN

Claudia Duarte

Avellar e Duarte

CONSELHO EDITORIAL

Adolfo Ceretti

Università de la Bicoca, Itália

Amalia Amaya

Universidad Nacional Autónoma de México, México

António Manuel Hespanha

Universidade Nova de Lisboa, Portugal

Armin von Bogdandy

Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht; Universität Frankfurt, Alemanha

Giovanni Damele

Universidade Nova de Lisboa, Portugal

Jan-Michael Simon

Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Alemanha

Javier de Lucas

Universitat de Valencia, Espanha

Jean-Marc Thouvenin

Université de Paris Ouest Nanterre La Défense, França

Jordi Ferrer Beltrán

Universitat de Girona, Espanha

José Ribas Vieira

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Julio Gaitán

Universidad del Rosario, Colômbia

Michael Quante

Universität Münster, Alemanha

Michele Taruffo

Università degli Studi di Pavia, Itália

Noel Struchiner

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil

Raffaele Di Giorgi

Università di Salento, Itália

Renato Zerbini Ribeiro Leão

Centro Universitário de Brasília, Brasil

Robert Alexy

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Alemanha

Roberto Gargarella

Universidad Torcuato Di Tella, Argentina

Stanley Paulson

Washington University Law, Estados Unidos da América do Norte

Stephan Kirste

Universität Salzburg, Alemanha

Susan Haack

University of Miami, Estados Unidos da América do Norte

Ulrich Sieber

Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Alemanha

Wilfrid Waluchow

Department of Philosophy, McMaster University, Canadá

CONTATO

Teoria Jurídica Contemporânea

Programa de Pós-Graduação em Direito

Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas

Universidade Federal do Rio de Janeiro

Rua Moncorvo Filho 8, Centro, Rio de Janeiro – RJ

CEP: 20211-340

Tel.: (21) 2242-7319

Fax: (21) 2224-8904 / Ramal 219

Contato Principal

Lilian Balmant Emerique ou Ranieri Lima Resende

E-mail: tjc.ppgd.ufrj@gmail.com

Contato para Suporte Técnico

Rafael Monnerat

E-mail: rmonnerat31@gmail.com

SUMÁRIO

SEÇÃO GERAL

1. O PLURALISMO DE VALORES E SUA IMPORTÂNCIA POLÍTICA
NA OBRA DE BERNARD WILLIAMS
Jacqueline de Souza Abreu 6
2. INTERPRETATION AND LEGAL THEORY:
AS CRÍTICAS DE ANDREI MARMOR AO
INTERPRETATIVISMO DE RONALD DWORKIN
Pablo Antonio Lago 39
3. PODERES, DIREITO E DOMINAÇÃO:
A TOMADA DE CONSCIÊNCIA E A INCLUSÃO DE OUTROS
SUJEITOS A PARTIR DE QUESTÕES RACIAIS
Paulo Fernando Soares Pereira, Ana Claudia Farranha Santana 56

SEÇÃO ESPECIAL CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

4. EL DERECHO A LA RESISTENCIA COMO GARANTÍA DE LOS
DERECHOS EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ECUATORIANO
Albert Noguera Fernández 94
5. ALTERNATIVA AL PROCESO DE PRESELECCIÓN DE LOS
CANDIDATOS AL ÓRGANO JUDICIAL BOLIVIANO. UNA
PROPUESTA DESDE EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO
Álvaro Canaviri Peñaranda 119
6. IDEAS INTRODUCTORIAS SOBRE EL NUEVO
CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO
Aquiles Ricardo Sotillo, William Herrera Añez 146
7. EVALUACIÓN DE LAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÁNEAS
BAJO LOS EFECTOS DE LA CRISIS ECONÓMICA
Carlos Garcia-Rivero, Hennie Kotzè 163

8. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O ESTADO
DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO
CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO
*Matheus Macedo Lima Porto, Clara Cardoso
Machado Jaborandy* **189**

9. PARTICIPAÇÃO POPULAR NA REFORMA CONSTITUCIONAL:
ESTUDO COMPARADO ENTRE BRASIL E BOLÍVIA
*Neyllon Rangel de Souza, Clara Pinheiro de Lima,
Carolina Machado Cyrillo da Silva* **214**

10. EL PUEBLO LEGISLADOR: INICIATIVA POPULAR Y
REFERÉNDUM EN PERSPECTIVA COMPARADA
Silvia Bagni **231**

SEÇÃO EXTRA

Tradução
11. “WE THE PEOPLE”, “THEY THE PEOPLE” E O ENIGMA DO
CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO
David A. Strauss
(Tradução de Karina Denari Gomes de Mattos e
Samir Ramos Zaidan) **253**

Resenha
12. RECENSIÓN DEL LIBRO: SUIZA. SOBRE
CÓMO SE GOBIERNAN LOS SUIZOS
Ignácio Durbán Martín **272**

O PLURALISMO DE VALORES E SUA IMPORTÂNCIA POLÍTICA NA OBRA DE BERNARD WILLIAMS

Jacqueline de
Souza Abreu

Doutoranda em Direito na
Universidade de São Paulo.
São Paulo, SP.
jacqueline.abreu@usp.br

Pluralism of values and its political importance in Bernard Williams

RESUMO

Este artigo tem por objetivo apresentar e discutir as contribuições de Bernard Williams no que tange ao pluralismo de valores e ao conflito entre liberdade e igualdade. Primeiro é apresentada a “estrutura de conceitos de valores” proposta por Williams. Depois, são investigadas as construções de liberdade e igualdade como valores políticos e é introduzida a noção de “ressentimento” que Williams utiliza para dar sentido ao pluralismo de valores. A seguir, é discutida uma de suas críticas ao modelo de explicação de Ronald Dworkin acerca do conflito de valores, o qual não levaria a oposição política a sério.

Palavras-chave: Bernard Williams; pluralismo; liberdade; igualdade; Ronald Dworkin; monismo

Abstract

This article aims to present and discuss the contributions of Bernard Williams regarding the pluralism of values and the conflict between freedom and equality. First, the structure of value concepts proposed by Williams is presented. Then the constructions of liberty and equality as political values are investigated and the notion of ‘resentment’, which Williams uses to give meaning to the pluralism of values, is introduced. Following, one of his criticisms of Ronald Dworkin’s reconciliatory answer to the conflict of values, namely that it does not take political opposition seriously, is critically appraised.

Keywords: Bernard Williams; pluralism; liberty; equality; Ronald Dworkin; monism

Recebido: agosto 1, 2017

Aceito: setembro 19, 2017

1. INTRODUÇÃO

Em *The Hedgehog and the Fox*¹ (O ouriço e a raposa), Isaiah Berlin utilizou uma metáfora² de Arquíloco para sugerir que filósofos podem ser classificados entre raposas e ouriços, ou seja, entre aqueles que buscam vários fins, desconexos ou até contraditórios, e os que querem relacionar tudo a uma única visão central. Esse contraste ilustraria a distinção entre as explicações monista e pluralista do valor moral³. O próprio Berlin era uma raposa: argumentava pela existência do pluralismo de valores e, nessa esteira, do conflito trágico entre liberdade e igualdade: quando se restringe a liberdade de alguém para se promover a igualdade, há uma perda irremediável de valor⁴.

Já no final do sec. XX, Berlin sofreu severas críticas de Ronald Dworkin, para quem a postulação de um conflito depende do que nós queremos dizer com igualdade e liberdade, de como nós concebemos esses valores⁵. Segundo Dworkin, quando Berlin falava em conflito, ele tinha em mente definições de valores políticos pouco atraentes desses conceitos e, por isso, “culpadas” pela afirmação de que há um conflito conceitual trágico entre eles, tais como liberdade como ausência de interferência externa e igualdade como estado de equivalência em recursos⁶. Apesar das disputas interpretativas e das aparentes contradições entre esses valores, por se assentarem em nossas convicções políticas mais profundas, Dworkin sugeriu ser bastante plausível que esses valores sejam interdependentes e se reforcem mutuamente. Tornou-se reconhecido pelo seu empreendimento de ‘ouriço’⁷.

Na mesma época em que Dworkin articulava suas críticas ao falecido Berlin, Bernard Williams, herdeiro pluralista⁸ de Berlin, surgia como

¹ BERLIN, 1953.

² “There is a line among the fragments of the Greek poet Archilocus which says: ‘The fox knows many things, but the hedgehog knows one big thing’”. BERLIN, 1953, p. 2.

³ Ver CROWDER, 2003, p. 2.

⁴ BERLIN, 1969, p. 125.

⁵ DWORKIN, 2001a, p. 83.

⁶ Explorei as críticas de Dworkin a Berlin em ABREU, 2017. Não faz parte dos propósitos deste texto discutir se Dworkin ofereceu uma versão fiel das concepções de Berlin sobre liberdade e igualdade. Mesmo que lhe tenha faltado precisão na exegese e na exposição, sua crítica sobre a visão que admite antecipadamente o conflito de valores sem discutir as concepções em jogo permanece válida.

⁷ DWORKIN, 2011.

⁸ Williams reconhece sua adesão à ideia do pluralismo de valores defendida de Berlin, por exemplo, na introdução que escreveu ao livro *Concepts and Categories* deste autor. Cfr. BERLIN, 1999, p. xviii.

defensor sofisticado do pluralismo de valores e do conflito entre liberdade e igualdade, preocupando-se inclusive diretamente em enfrentar os argumentos de Dworkin. Apesar de menos conhecido na área do direito, Williams é proeminente em estudos de filosofia moral, tendo sido um dos grandes de sua época. Vêm dele vozes críticas ao pensamento de Dworkin, cuja teoria da interpretação e tese da unidade de valor – pilares de sua visão sobre a compatibilidade entre liberdade e igualdade – têm ganhado atenção da academia no Brasil e no mundo⁹. Explorando a lacuna na literatura brasileira sobre Williams e o debate que inaugurou com Dworkin, este trabalho explora sua contribuição à filosofia política, que passou a receber atenção internacionalmente apenas mais recentemente¹⁰.

O fio condutor deste texto é uma palestra de Williams chamada *Liberalism and Loss*¹¹, dada numa conferência em homenagem a Berlin e da qual também participou Dworkin. Lá, Williams apresenta o que ele chama de “estrutura de conceitos de valores”, um esquema que permitiria melhor pensar sobre conceitos como liberdade, igualdade e justiça e dar sentido ao pluralismo de valores, e critica o pensamento dworkiniano por faltar com a ‘realidade’ dos valores políticos. Em atenção a esse movimento argumentativo, os fundamentos do esquema conceitual proposto por Williams serão abordados na seção 2 deste artigo. A seção 3 explora as elaborações que Williams faz dos conceitos de liberdade e igualdade como valores políticos, passo necessário para demonstração de sua tese de que valores são plurais e estão potencialmente em conflito. A seguir, na seção 4, apresento a formulação acabada dessa sua conclusão a partir da noção de *ressentimento* e enfatizo a importância que Williams a ela confere em democracias liberais. Na seção 5 exploro uma das críticas de Williams a Ronald Dworkin – a que o acusa de ignorar a experiência do ressentimento. Na seção 6, ensaio possíveis réplicas a Williams.

⁹ No Brasil, ver MACEDO JUNIOR, 2013; MACEDO JUNIOR, 2017.

¹⁰ A filosofia política de Williams passou a ganhar atenção apenas nos últimos anos. Até então, os trabalhos sobre o seu pensamento focaram-se em suas contribuições à filosofia moral. É o que se permite notar pelos livros que comentam seu pensamento, como CALLCUT, 2009; JENKINS, 2006 e THOMAS, 2007, que não tratam da filosofia política realista defendida por Williams. A interpretação de seu pensamento que faço neste trabalho para a sua visão de que há conflitos entre valores políticos nasce junto a outros trabalhos atuais como KOOPMAN, 2011 e HALL, 2013.

¹¹ WILLIAMS, 2001a.

Os conceitos de liberdade e igualdade possuem, defenderá Williams, um conteúdo histórico e é principalmente por causa dele que há tanto desacordo político em volta desses conceitos

Os conceitos de liberdade e igualdade possuem, defenderá Williams, um conteúdo histórico e é principalmente por causa dele que há tanto desacordo político em volta desses conceitos¹². O “sentimento de perda”, característico do ambiente político e supostamente ignorado por Dworkin, seria a demonstração empírica do conflito inevitável entre valores. Williams defende que sua abordagem é melhor porque é mais atenta à realidade da política: se Dworkin se tornou famoso por acusar teóricos do direito de não levar *direitos* a sério¹³, agora Williams o acusa de não levar a oposição política a sério. Amparada no pensamento de Dworkin, aponto para possíveis fragilidades da argumentação de Williams.

2. A ESTRUTURA CONCEITUAL DE VALORES SEGUNDO BERNARD WILLIAMS

Na palestra *Liberalism and Loss*, Williams pretende dar sentido à ideia de “pluralismo de valores” naquilo em que se relaciona com a política a partir da elaboração de uma estrutura de conceitos como liberdade, igualdade e justiça¹⁴. Citando Nietzsche, alerta que “as únicas coisas não definíveis são as que não têm história”¹⁵. Liberdade, igualdade e justiça têm história e isto é algo que deve ser levado em conta. Como ainda não se pensou de forma produtiva sobre esses conceitos, sobre como devem ser identificados e que papel a estrutura deles tem nisso, segundo afirma, o autor pretende oferecer um esquema (*sketch*) desses conceitos que permita pensar melhor sobre eles.

A elaboração desse esquema parte de duas considerações. A primeira (i) é a de que cada conceito se conecta com algum tipo distinto de “preocupação”¹⁶. Liberdade e igualdade são valores *distintos*,

¹² Williams adota um pressuposto epistemológico segundo o qual as condições de inteligibilidade de conceitos só podem ser compreensíveis estudando-se a genealogia desses conceitos. É por isso que ele dá papel fundamental à história em seu método genealógico, desenvolvido com rigor em WILLIAMS, 2002, mesmo enquanto faz uma investigação normativa. O método genealógico de Williams merece estudo próprio. Nas seções que seguem, me dedico à sua análise na medida em que é relevante ao tema ora em comento, ou seja, a possibilidade de conflitos entre valores políticos.

¹³ DWORKIN, 1977.

¹⁴ WILLIAMS, 2001a, p. 91.

¹⁵ O pensamento de Williams revela profundas influências nietzscheanas. Não faz parte dos propósitos deste artigo, entretanto, investigar e apontar tais aproximações. Como referência, ver WILLIAMS, 2002.

¹⁶ WILLIAMS, 2001a, p. 92.

[...] os conceitos carregam avaliações sobre o que as pessoas valorizam, sendo plausível dizer, por exemplo, que pessoas universalmente ressentem ser arbitrariamente destratas (pushed around) por outras pessoas.

não são diferentes nomes de um mesmo conceito, ressalta Williams. A eles estão relacionadas preocupações distintas. Em relação à liberdade, a preocupação talvez seja não estar no poder de outrem. A da justiça¹⁷, dar a cada um o que é devido. Williams chama esta característica de “matriz” (*matrix*) ou “esquema básico de preocupação” (*basic schema of concern*) do conceito. A segunda consideração (ii) é a de que a *matriz* de um conceito de valor é demasiado nua e esquemática e, por isso, indeterminada: precisa de elaboração social, histórica e cultural, o que de fato esses conceitos já receberam de formas distintas em diferentes sociedades e culturas¹⁸. Ele pretende assim pontuar que os conceitos requerem *história*. Explica: os conceitos carregam avaliações sobre o que as pessoas valorizam, sendo plausível dizer, por exemplo, que pessoas universalmente ressentem ser arbitrariamente destratas (*pushed around*) por outras pessoas. O que conta como “arbitrário” será, contudo, uma questão de elaboração histórica e social que fará o valor em questão ser *localmente* inteligível.

O (i) esquema básico de preocupação e a (ii) elaboração ou aplicação histórica dele constituem o “contorno” (*contour*) de um valor em uma dada sociedade ou situação histórica¹⁹. Daí seguirá a afirmação do pluralismo de valores: não há nenhuma razão particular por que os respectivos contornos de dois conceitos, com focos de preocupação mediados historicamente à sua maneira, não deveriam entrar em conflito e levar a um sentimento de perda (*sense of loss*). Pelo contrário, por causa da estrutura desses conceitos de valores, é razoável supor que a possibilidade de conflito entre valores é permanente, o que permitiria dizer que é uma verdade conceitual que valores estarão em conflito²⁰.

As razões pelas quais haverá conflito operam em dois níveis. Primeiro, (i) porque as sociedades apresentam um alto nível de pluralismo, sendo que cada grupo dessa mesma sociedade tem sua própria

¹⁷ Williams prefere contrastar, ao invés de liberdade e igualdade, na palestra, liberdade e justiça. “The first thing we have to bear in mind is that liberty and equality – let’s say, rather more broadly, liberty and justice – are two different values” (WILLIAMS, 2001a, p. 92). A sua opção por falar em justiça aqui, “de forma mais abrangente”, não será um problema, contudo, uma vez que parece se referir a alguma versão de igualdade.

¹⁸ WILLIAMS, 2001a, p. 93.

¹⁹ WILLIAMS, 2001a, p. 94.

²⁰ WILLIAMS, 2001a, p. 95.

história cultural e por isso esses grupos interpretam o contorno de um dado valor de formas distintas, o que potencializa conflitos. Assim, o que conta como liberdade e justiça para um grupo pode ser distinto do que conta como liberdade e justiça para outro. Segundo, (ii) porque mesmo que o pluralismo social não fosse alto, os contornos desses conceitos ainda poderiam estar em conflito em termos dos interesses básicos que refletem. Isto é, a preocupação com a liberdade mediada historicamente pode ser tal que esteja em conflito com a preocupação com a justiça mediada historicamente²¹.

É ainda necessário investigar a *construção* que Williams faz dos valores políticos liberdade e igualdade. Os argumentos acima apresentados quanto à estrutura conceitual dos valores políticos, que seria capaz de “dar sentido” ao pluralismo, não se alongaram, dado o tempo restrito da palestra. Mais argumentos que corroboram a sua visão pluralista de valores, e que sustentariam o conflito inevitável entre liberdade e igualdade, terão de ser buscados, então, em textos próprios sobre esses valores políticos. É o que passaremos a ver a seguir.

3. IGUALDADE E LIBERDADE COMO VALORES POLÍTICOS SEGUNDO BERNARD WILLIAMS

Nessa seção, o objetivo central será compreender o que significa dizer que liberdade e igualdade são *valores políticos* na acepção de Williams. Para desenvolver este tema, retomarei artigos de Williams que tratam de liberdade e igualdade e procurarei ligar sua abordagem à estrutura desses conceitos apresentada acima.

A seção está dividida de um modo um tanto óbvio: primeiro, apresento a sua noção de liberdade como valor político; a seguir, desenvolvo a abordagem de Williams sobre a igualdade. Essas considerações se mostrarão importantes para a compreensão da seção seguinte, em que se investiga a ideia de “ressentimento” quanto a “perdas” desses valores, base da defesa de Williams de por que se deve entender tais valores pluralisticamente. Conforme deve ficar claro ao fim deste trecho, as “condições [históricas] atuais da modernidade”, para usar o termo de Williams, restringem o contexto de concepções de valores políticos que podem ser defendidas e os julgamentos normativos que

²¹ WILLIAMS, 2001a, p. 95-96.

podem ser feitos acerca de “perdas” de liberdade e igualdade²². Entre as admitidas, não há defesa de qual seja a correta por parte de Williams. Várias são as opções e, entre elas, há conflito.

3.1 Da liberdade *freedom* à liberdade *liberty*

Williams inicia o artigo *From freedom to liberty: the Construction of a Political Value*²³, publicado originalmente em 2001, afirmando que pretende *construir* uma concepção de liberdade, o que se distinguiria da mera tarefa de *definir* este valor. A ideia de liberdade, afirma, possui um “depósito histórico” que não pode ser abarcado por uma mera definição. Podemos construir uma estrutura básica da liberdade, mas alerta: o que esse valor se tornou, o que precisamos dele, está em função da história²⁴. Só entenderemos nossas relações com esse valor se entendermos o que ele faz para nós, atualmente, em nossa sociedade, sob as nossas instituições. Aproveitando o que aprendemos dessa *estrutura básica* acima, podemos dizer que Williams se preocupará primeiro em identificar a preocupação-matriz do conceito, para então elaborá-la historicamente.

Williams distingue em seu texto a liberdade *freedom* (F) da liberdade *liberty* (L). A liberdade (F) se refere à ideia de não ser impedido de fazer o que se quer fazer por alguma forma de coerção humanamente imposta²⁵. Esta é a versão mais elaborada da preocupação-matriz da liberdade – “não estar sob poder de outrem” –, apresentada na palestra e citada na seção anterior²⁶. A liberdade (L), por sua vez, é a liberdade *enquanto valor político*. Segundo afirma, os desacordos entre concepções de liberdade (L) são desacordos sobre elaborações de um *algo*: o item primitivo da liber-

²² Devo esta interpretação à relação que Colin Koopman desenha entre o pluralismo e o liberalismo no pensamento de Williams e à noção de “realism constraint” que encontrei na tese de Edward Hall. Ver KOOPMAN, 2011; HALL, 2013.

²³ WILLIAMS, 2005, pp. 75-96.

²⁴ WILLIAMS, 2005, p. 75-6.

²⁵ WILLIAMS, 2005, p. 79. Impossível não notar aqui que essa liberdade primitiva, que ainda não é um valor político segundo Williams, é bastante parecida com a liberdade tal como definida por Berlin. Fica marcada aqui, portanto, mais uma distinção entre o pensamento dos dois.

²⁶ Em *Conflicts of Liberty and Equality*, Williams faz essa ligação: “The most elementary model of not having freedom (losing it, having it restricted, etc.) seems to be *being in someone else’s power*. The most elementary form of this, again, is that of being in a situation in which someone else (call him ‘A’) has the intention that I should act in certain ways and forces me to do so ‘against my will’ – that is (in the simplest case), where I would want not to act like that if not forced”. (WILLIAMS, 2005, p. 117)

Para construir o valor político da liberdade, Williams parte da própria “liberdade primitiva” (*primitive freedom* – PF). A razão por que Williams começa com este algo não é arbitrária: a liberdade primitiva (PF) é um conceito “proto-político” envolvido no fenômeno humano que aponta em direção à política.

dade, a liberdade (F) enquanto *freedom*, que, em si mesma, não é valor de nenhum tipo²⁷.

Para construir o valor político da liberdade, Williams parte da própria “liberdade primitiva” (*primitive freedom* – PF). A razão por que Williams começa com este *algo* não é arbitrária: a liberdade primitiva (PF) é um conceito “proto-político” envolvido no fenômeno humano que aponta em direção à política²⁸. Para explicar o que quer dizer com isso, é preciso imaginar um cenário hobbesiano: quando todos agem segundo suas vontades, encontram obstáculos nas atividades também intencionais de outros. Isto gera conflitos e disputas, além de certo ressentimento (*resentment*) em razão das restrições recíprocas. Para que o ressentimento decorrente do constrangimento de outrem não gere mais conflito, uma *autoridade* que determine quais atividades terão prioridades sobre as outras será necessária²⁹. A liberdade primitiva é, nesse sentido, *proto-política*, porque, ao mesmo tempo em que é anterior a uma autoridade política, é parte do que impõe sua necessidade.

A liberdade primitiva (PF) ainda não é um valor de nenhum tipo, nem mesmo *político*, como afirmado. A noção de valor político, segundo Williams, supõe que haja um ponto de vista imparcial para determinar a prioridade de diferentes desejos de agentes, necessária para resolver a situação de caos, conflito e insegurança. Isto é, o ponto de vista de uma autoridade com o poder para impor³⁰. A resolução de questões acerca do quanto da liberdade (F) deve ser protegida, de até que ponto se tem direito a que o seja e quanto disso é bom requer um grau de imparcialidade que não está contida na ideia de liberdade primitiva (PF) individual³¹. Esta imparcialidade só advém da autoridade.

²⁷ WILLIAMS, 2005, p. 76.

²⁸ WILLIAMS, 2005, p. 82.

²⁹ WILLIAMS, 2005, p. 82.

³⁰ WILLIAMS, 2005, p. 94.

³¹ WILLIAMS, 2005, p. 84. Um apelo de liberdade (*claim in liberty*) que acuse a restrição da liberdade primitiva (PF) pela mera existência de uma forma de estado não deve ser levada a sério: não é possível admitir que a sujeição ao estado, ela mesma, é uma limitação da liberdade primitiva (PF), quando a quantidade de liberdade sem o estado é completamente indeterminada e, de qualquer jeito, bem pequena (WILLIAMS, 2005, p. 85). Aproveitando a distinção conceitual que faz entre *freedom* e *liberty*, Williams ainda argumenta: “since liberty is freedom as a *political* value, no complaint is a complaint in liberty if it would apply to any political system or any state whatsoever, so the existence of the state is not itself an offense against or limitation on liberty (though some particular forms of the state may of course readily be so). WILLIAMS, 2005, p. 85. Uma vez que não é essencial para a condução do trabalho a análise de argumentos anarquistas, faço apenas menção a estas considerações aqui.

A autoridade é a resposta ao que Williams chama de “primeira questão política”, isto é, a questão de se assegurar a ordem, a proteção e a segurança das pessoas e condições de cooperação entre elas³², pondo fim ao caos dos conflitos entre vontades individuais. Quando uma autoridade é investida e passa a executar comandos, ela mesma, contudo, constringerá a liberdade primitiva (PF). Para que esse elemento de *poder* introduzido seja uma efetiva solução àquela primeira questão, e não só mais um problema que gere disputa e conflito (insegurança e caos), será dele demandada *legitimidade*³³.

É uma condição básica para que o poder constituído seja aceito como legítimo que ele coloque ordem ao caos³⁴. Mas a demanda por legitimidade não se satisfaz apenas por este aspecto: ela é também condicionada historicamente ao lugar e ao tempo³⁵. Williams fala neste trecho que é necessária uma “crônica de legitimidade” que *faça sentido* não só em termos de dar solução à primeira questão política, mas também a “condições extras” que variam conforme a história. Se a crônica de legitimidade *faz sentido* é uma questão permanente: nunca se para de perguntar se o poder estatal é legítimo³⁶.

Fazer sentido, diz Williams, é uma categoria de compreensão histórica e hermenêutica. É um conceito avaliativo, não simplesmente factual ou descritivo³⁷. Quando aplicado para comunidades políticas do passado, avaliamos se a crônica de legitimidade então contada fazia sentido aos que se sujeitavam a ela de um ponto de vista externo e não normativo. Quando aplicado à nossa própria comunidade, quando dela somos participantes e nos perguntamos se a crônica de legitimidade contada e a “estrutura de poder” fazem sentido, essa noção se torna normativa, diz Williams, porque diz respeito à própria forma como nós nos comportaremos frente à autoridade³⁸.

Nas “condições atuais da modernidade”, não é qualquer crônica da legitimidade que faz sentido para nós. As “condições extras” para aceitarmos um Estado como legítimo são mais elevadas ou ao me-

³² WILLIAMS, 2005, p. 3.

³³ WILLIAMS, 2005, p. 83.

³⁴ WILLIAMS, 2005, p. 4-10.

³⁵ WILLIAMS, 2005, p. 8.

³⁶ WILLIAMS, 2005, p. 3.

³⁷ WILLIAMS, 2005, p. 11.

³⁸ WILLIAMS, 2005, p. 11.

nos mais elaboradas. Uma justificativa religiosa para sustentar uma sociedade hierárquica dificilmente seria aceita em muitos lugares, simplesmente porque seria considerada falsa³⁹. Modernamente, defende Williams, a única resposta à demanda por legitimidade que *faz sentido* para nós é o liberalismo⁴⁰. É isso o que o levou à seguinte formulação: “condição de legitimidade + modernidade = liberalismo”⁴¹.

Esse liberalismo que *faz sentido* para nós normativamente, em nosso tempo e lugar históricos, reflete naquilo que devemos considerar limitações da liberdade (L) como valor político. As proibições de matar, roubar e outras necessárias à convivência sem caos, como se poderia supor, não contam como limitações da liberdade (L), pois é exatamente contra esses tipos de restrições que o Estado se mostra necessário. Sob as “condições da modernidade”, mais tipos de restrição humana à possibilidade de se fazer o que se quer fazer não contarão como limitadoras da liberdade. Na modernidade, competições entre pessoas nas quais o ganho de uma resulta na completa perda da outra (*zero-sum game*) e, em certos casos, subprodutos de atividades de alguém que limitem ações de outros, também não serão considerados restrições da liberdade (L), uma vez que são situações já integradas ao nosso sistema social liberal. Um arranjo institucional que estruturalmente prejudica alguém, por outro lado, gerará apelos de liberdade (L) inteligíveis sob o liberalismo⁴².

Voltaremos a falar do que conta como violação da liberdade para Williams quando falarmos de ressentimento (seção 4). O que importa aqui é entender o que significa dizer que a liberdade é valor político para Williams. O autor apresentou uma concepção de liberdade primitiva (PF), a partir da qual pretendia construir sua concepção de liberdade (L) enquanto valor político. À situação primitiva, introduziu o elemento político, a autoridade, o Estado, de onde surgiu a demanda por legitimidade. Esta demanda não pode ser atendida sem se considerar as “condições históricas”, uma vez que elas aferirão aquilo que *faz sentido* oferecer como resposta à questão da legitimidade e que

³⁹ WILLIAMS, 2005, p. 95.

⁴⁰ WILLIAMS, 2005, p. 10.

⁴¹ WILLIAMS, 2005, p. 9.

⁴² WILLIAMS, 2005, p. 91. Esta ideia de inteligibilidade de apelos de valores será retomada posteriormente na seção 4, quando falarmos de ressentimento. Por ora, o foco é compreender o valor político da liberdade para Williams.

A ideia de liberdade (L) se conecta, segundo Williams, com uma verdade universal: a de que em todo lugar a legitimidade requer mais do que mera coerção.

poderá ser aceita. Para os participantes sujeitos à estrutura de poder, aquilo que *faz sentido* é uma questão normativa.

A ideia de liberdade (L) se conecta, segundo Williams, com uma verdade universal: a de que em todo lugar a legitimidade requer mais do que mera coerção⁴³. As restrições e constrangimentos à liberdade aceitáveis estão intimamente conectados com a crônica da legitimidade, que deverá justificar desde a restrição inicial caracterizada pela sujeição ao poder do Estado, até as liberdades “priorizadas” nas relações entre os indivíduos. Limitações que por demais extrapolam o que *faz sentido* nas condições históricas afetam a própria legitimidade do Estado. A liberdade, assim, não é mero *item primitivo* que gera a necessidade de uma autoridade que solucione disputas. Ela está intimamente ligada à demanda incessante de legitimidade do poder instituído. É justamente isso, aliás, que constitui o seu valor político e que explica, segundo Williams, por que a liberdade tem esse valor especial para nós⁴⁴.

3.2 Igualdade

Não encontramos na obra de Williams a mesma *construção* do valor político da igualdade, tal como a elaborada e explorada por Williams sobre a liberdade. Isso não significa de modo algum, entretanto, que ele não a considerasse um valor político. Além de ser mencionada inúmeras vezes como exemplo de um⁴⁵, a igualdade foi objeto de famoso ensaio de Williams, *The Idea of Equality*⁴⁶, publicado originalmente em 1962, e que teve bastante impacto em teóricos de filosofia política, entre eles, manifestadamente, Dworkin⁴⁷. As ideias de *estrutura básica conceitual*, *preocupação-matriz* e *elaboração histórica* não são encontradas neste texto. Pretendo oferecer uma abordagem aqui, contudo, que supra essa “falta”, a partir de alguns breves apontamentos feitos por Williams no ensaio *Freer than*

⁴³ WILLIAMS, 2005, p. 95-6.

⁴⁴ WILLIAMS, 2005, p. 95.

⁴⁵ WILLIAMS, 1981, p. 75; WILLIAMS, 2014, p. 332; WILLIAMS, 2005, pp. 84, 115.

⁴⁶ WILLIAMS, 2005, pp. 97-114.

⁴⁷ A influência do texto *The Idea of Equality* de Williams sob a concepção de igualdade de Dworkin como igualdade de recursos merece um trabalho próprio. Na obra de Stephen Guest sobre o pensamento de Dworkin, ele também reconhece a influência: GUEST, 2010, pp. 13, 215-8, 260-1.

*others*⁴⁸, de 1993, uma resenha do livro *Inequality Examined*, de Amartya Sen.

Nessa resenha, Williams afirma que todos os estados modernos, e a filosofia política contemporânea, acreditam em igualdade *de algum tipo*⁴⁹. Todos professam alguma concepção de igualdade. A razão disso parece ser que, no mundo moderno, o qual “largamente rejeitou as fontes de autoridades místicas e tradicionais, apenas alguma concepção de igual consideração por cada cidadão pode formar a base de uma lealdade informada e não-forçada ao Estado”⁵⁰. Esta afirmação já nos lembra o que foi visto acima: nas “condições atuais da modernidade”, a crônica da legitimidade do Estado não se satisfaz por explicar o mero poder, havendo “condições extras” a serem satisfeitas. Para a liberdade, isso implica admitir, por exemplo, que o Estado atual que não garante qualquer liberdade de expressão estaria fortemente comprometido em termos de legitimidade. Em termos de igualdade, o trecho deixa transparecer, apenas um compromisso com a “igual consideração por cada cidadão” é capaz de satisfazer a demanda de legitimidade.

A igualdade, portanto, está, como a liberdade, ligada à própria questão de legitimidade do Estado atualmente⁵¹. Existe a necessidade de se encontrar uma concepção prática de igualdade que dê às pessoas a sensação genuína de que elas recebem igual consideração da sociedade e por isso têm uma chance nela. Só isso pode ser capaz de dar às pessoas uma razão pela qual elas devam obedecer e cooperar⁵². Williams quer assim ressaltar que a simples asserção teórica de um Estado de igualdade – como a de igualdade perante a lei⁵³ ou de que “todos têm o direito de se tornarem milionários”⁵⁴ – é insuficiente para legitimar o poder do Estado neste aspecto. A crônica de legitimidade, pode-se dizer, deixa de *fazer sentido* àqueles que se sujeitam ao poder do Estado se não possuem iguais chances sob ele.

⁴⁸ WILLIAMS, 2014, pp. 332-338.

⁴⁹ WILLIAMS, 2014, p. 332.

⁵⁰ WILLIAMS, 2014, p. 332, tradução minha.

⁵¹ Nem sempre foi assim, o que Williams faz questão de ressaltar. Outras crônicas de legitimidade foram contadas no passado, que “fizeram sentido” aos seus sujeitos, e que comportavam várias formas de desigualdade e de estruturas hierárquicas. Cf. WILLIAMS, 2005, p. 95.

⁵² WILLIAMS, 2014, p. 333.

⁵³ WILLIAMS, 2005, p. 107.

⁵⁴ WILLIAMS, 2014, p. 333.

A igualdade de respeito invoca um esforço de ver o mundo como cada pessoa, individualmente, o vê, a vida que ela vive como essa pessoa a concebe – o “ponto de vista humano” –, e não simplesmente a partir dos títulos profissionais que carrega ou de suas contribuições e fracassos na sociedade [...]

A igualdade, assim, precisa de uma “aspiração”, não de mera afirmação teórica. Precisa ser ideal político “aceitável” a se perseguir.

As condições (históricas) da modernidade, como adiantamos no caso da liberdade, também afetam aquilo que é considerado uma “violação” da igualdade. Williams indicou em linhas gerais aquilo que não poderia ser considerado uma limitação da liberdade (L) na modernidade, deixando de oferecer uma concepção positiva do contorno da liberdade (L) como valor político que prefere. Limitou-se a *construir* a estrutura desse valor. Com relação à igualdade, por outro lado, acredito poder dizer que Williams defendeu um ideal normativo próprio de igualdade cabível às condições da modernidade. Em seu *The Idea of Equality*, de 1962, ele defendeu as noções de igualdade de respeito e igualdade de oportunidades. Essas são, a meu ver, concepções do valor político da igualdade que *faz sentido* defender e exigir nas condições da modernidade.

A igualdade de respeito invoca um esforço de ver o mundo como cada pessoa, individualmente, o vê, a vida que ela vive como essa pessoa a concebe – o “ponto de vista humano” –, e não simplesmente a partir dos títulos profissionais que carrega ou de suas contribuições e fracassos na sociedade – o “ponto de vista técnico”, sem ignorar o fato de que a visão das pessoas sobre si pode estar contaminada por explorações e depravações a que estão submetidas no arranjo social em que vivem⁵⁵. Esse ideal de igualdade, se adotado, repercutiria politicamente, sugere Williams: se o ponto de vista humano convida as pessoas a refletirem sobre si mesmas e sobre os próximos a despeito de seus títulos (produtos de um arranjo social), uma sociedade hierárquica, em que não há igualdade política, não se sustentaria, porque as pessoas tomam consciência de que seus papéis nessa sociedade são fruto do arranjo social a que estão submetidas e não de uma necessidade inevitável e pré-ordenada⁵⁶. Uma comunidade que pretenda organizar o poder por títulos e posições hierárquicas seria difícil de se sustentar nas “condições atuais da modernidade”, portanto.

⁵⁵ WILLIAMS, 2005, p. 102-3. Do ponto de vista técnico, as pessoas são consideradas segundo seus papéis sociais (encanador, executivo, inventor) e realizações (bem-sucedido, fracassado); o ponto de vista humano, por outro lado, considera a pessoa *como alguém que* tenha algum título desejosamente ou não, com orgulho ou não, por falta de opção ou não, etc.

⁵⁶ WILLIAMS, 2005, p. 105.

Paralelamente, o ideal de igualdade de oportunidades exige que as pessoas possuam iguais chances na sociedade. Esta igualdade consiste, em relação àquilo que Williams chama de distribuição de *méritos*, por exemplo, na noção de que um bem limitado deve ser de fato alocado com bases que não excluam *a priori* nenhuma parte daqueles que o desejam⁵⁷. Uma exclusão *a priori* aconteceria quando razões inapropriadas ou irracionais para a distribuição do bem em questão fossem oferecidas (distribuição do bem “educação técnica juvenil” não por habilidade, mas por riqueza) e quando as bases para a distribuição sejam tais que pessoas de nem todos os segmentos da sociedade tenham a chance de satisfazê-las⁵⁸. Assim, se o critério de seleção para o estudo em escola técnica é a habilidade, mas existe uma ligação causal verificável entre ser pobre e não ter habilidade, por exemplo, existe uma exclusão *a priori* e a igualdade de oportunidades não existe. Essa igualdade exigirá, sendo assim, que chances desiguais sejam removidas por reformas sociais, quando o puderem ser⁵⁹. Nas condições da modernidade, faz sentido exigir que a igualdade de oportunidades, nesses termos, não seja negligenciada por um Estado que se pretenda legítimo.

4. RESSENTIMENTO + LIBERALISMO = CONFLITOS ENTRE LIBERDADE E IGUALDADE

Nos dois tópicos anteriores, vimos Williams associando as ideias de igualdade e liberdade como valores políticos a questões de legitimidade do poder do Estado. Uma ideia importante que surgiu quando apresentada a liberdade como valor político foi a de que “condição de legitimidade + modernidade = liberalismo”. Vimos também que a história – no nosso caso, a modernidade – afeta aquilo que Williams admite como uma violação da liberdade e da igualdade enquanto valores políticos. Quando conectamos essas duas ideias apresentadas, o que pode ser concluído⁶⁰ é que Williams admitirá como diferentes concepções possíveis dos valores políticos de liberdade e igualdade todas aquelas que *fizerem sentido normativamente* para

⁵⁷ WILLIAMS, 2005, p. 109.

⁵⁸ WILLIAMS, 2005, p. 110.

⁵⁹ WILLIAMS, 2005, p. 111.

⁶⁰ A interpretação de seu pensamento que faço nessa seção para a sua visão de que há conflitos entre valores políticos foi influenciada pela leitura de KOOPMAN, 2011 e HALL, 2013.

O ressentimento com relação à liberdade é uma reação que uma pessoa tem quando suas atividades são limitadas pelas atividades intencionais de outras pessoas.

nós no contexto histórico do liberalismo. Haverá inevitável conflito entre essas concepções. É isso o que pretendo abordar nessa seção.

Central aqui é o uso que Williams faz da noção de ressentimento (*resentment*). Ele se refere a ela, de modo geral, para indicar o sentimento de *perda* de algo. O ressentimento com relação à liberdade é uma reação que uma pessoa tem quando suas atividades são limitadas pelas atividades intencionais de outras pessoas⁶¹. Esse sentimento de perda pode se desencadear em conflitos e disputas se não há uma autoridade que determine quais atividades tem prioridade sobre as outras. Esta é a razão, aliás, pela qual a autoridade é necessária, como vimos. A coerção que esse poder exerce, por sua vez, também gera algum ressentimento, o que desperta as questões relacionadas à demanda por legitimidade⁶².

O ressentimento, o sentimento de perda, de desejo frustrado, é um indício empírico, segundo Williams, de que uma ação realizada teve um *custo na liberdade de alguém*⁶³. Esse custo poderá gerar um apelo de liberdade (*claim in liberty – CiL*), isto é, uma reclamação (*complaint*) sobre a restrição em sua liberdade⁶⁴. Não é, contudo, qualquer ressentimento que conta como *custo* na liberdade de alguém, e, por consequência, que gera um apelo de liberdade (CiL). Apelos de liberdade que tomam por base a liberdade primitiva (PF) – como aquele em razão de ser proibido de furtar coisa alheia ou de matar

⁶¹ WILLIAMS, 2005, p. 82. Williams rejeita que um obstáculo *natural* possa causar essa reação, apesar de estendê-la a condutas omissivas: “In an appropriate context, resentment can be directed to inaction, to a refusal to remove some obstacle if it can be claimed that it is the other party’s business to remove it. But it cannot extend to what are recognized as blankly the obstacles of nature”. (WILLIAMS, 2005, p. 84)

⁶² WILLIAMS, 2005, p. 83.

⁶³ WILLIAMS, 2005, p. 89, 123. Williams afirma que o “reasonable resentment” é “a helpful reminder or indicator of what values are involved” (2005, p. 123). Em outro trecho, afirma: “It is not a necessary condition of there being a cost in someone’s liberty or a restriction of it that he has such experiences of resentment, frustration, or whatever”. Para explicar isso, fala do chamado “princípio da teoria crítica”. O exemplo que ele dá para explicar é o da situação imaginária de escravos “felizes”: são subjugados por um regime, não “desejam” o que pessoas fora de sua situação desejam (como se casar, viajar, parar de trabalhar), nem tem as aspirações políticas históricas que outras pessoas fora de sua situação têm (como a de representação política) e, por isso, não sentem frustração ou ressentimento. Isso significa que eles não perdem em nada de liberdade? Não. “In both respects, the state of their desires is identifiably a product of that regime, a regime, moreover, which would not be responsive even if they had the desires in question. In those circumstances, the absence of the desires does not refute the complaint in liberty, once it is made; if anything, it gives it extra force. It is the Critical Theory principle that explains, I think, why a complaint in liberty is not turned away in such a situation, and hence why the presence of frustrated desire is not a necessary condition of a cost in liberty”. (WILLIAMS, 2005, p. 89)

⁶⁴ WILLIAMS, 2005, p. 91-92.

– são ininteligíveis, uma vez que são incompatíveis com os próprios motivos que causam a necessidade do *político*, do Estado, isto é, os conflitos em razão da insegurança e do caos. Outras alegações de limitação que sejam gerados por atividades centrais do sistema social moderno também não o seriam⁶⁵. Os apelos de perda de liberdade, diz Williams, precisam ser “socialmente apresentáveis” para contarem como tais⁶⁶. O ressentimento, por sua vez, deve ser um “ressentimento *razoável*” (*reasonable resentment*)⁶⁷. O custo na liberdade só poderá ser reclamado “dentro dos limites implícitos das condições da modernidade”⁶⁸.

O ressentimento não existe somente para os casos de restrição de liberdade. Ele também pode ocorrer com relação à igualdade. Também ressentido aquele que “sente que seus apelos de igualdade estão sendo inapropriadamente negligenciados”⁶⁹. Infelizmente, Williams não desenvolve esta ideia em seus trabalhos. Se tomarmos o que vimos na seção anterior sobre igualdade, e as ideias acima sobre apelos de liberdade, contudo, é possível dizer que Williams tinha em mente demandas por igualdade também sob as “condições da modernidade”. Ele não falaria, neste caso, em *custo* de igualdade, noção que cabia para a liberdade, mas, como o trecho citado deixa transparecer, em *negligência*. Assim, seria possível dizer que se um Estado não age de modo a garantir que homens e mulheres, igualmente, tenham acesso ao ensino, ele está negligenciando inapropriadamente um apelo de igualdade. Se não faz isso, deixa de tratar as pessoas tanto com igual respeito, como de oferecer-lhes iguais chances. É *socialmente apresentável* nos limites da *modernidade* reclamar tal negligência. Ressente-se *razoavelmente*.

⁶⁵ Williams não exemplifica tais situações. Apenas sugere que limitações na liberdade (F) geradas por atividades realizadas em concorrência, por exemplo, não poderiam contar como violações da liberdade (L). Ver WILLIAMS, 2005, p. 91.

⁶⁶ “A certain claim of loss in liberty is (minimally) *socially presentable*, if it can be urged consistently with accepting a legitimate political order for the general regulation of the society.” (WILLIAMS, 2005, p. 120)

⁶⁷ WILLIAMS, 2005, p. 123. É claro que o ressentimento deve ser também “factualmente correto”, ou seja, deve existir realmente uma atividade limitadora e uma frustração (WILLIAMS, 2005, p. 91). O apelo de liberdade também precisa ser “responsável”, isto é, sincero – a pessoa que o faz está convencida de que a ordem política é legítima, mas ainda permanece convencida do seu apelo (WILLIAMS, 2005, p. 122).

⁶⁸ WILLIAMS, 2005, p. 91.

⁶⁹ “Someone may be resentful who feels that his claims in equality are improperly being neglected”. (WILLIAMS, 2005, p. 123-4).

Já é possível perceber que Williams admite que se acuse a “perda” de igualdade e liberdade apenas segundo aquilo que *fizer sentido* alegar-se nas condições da modernidade. Aquilo que não é socialmente apresentável na sociedade moderna, que não for um ressentimento razoável não poderá gerar um apelo de perda. O apelo deve estar fundado, assim concluo, em uma concepção de liberdade e igualdade enquanto *valores políticos*. Williams admitirá, entretanto, não só *uma* concepção de liberdade e igualdade enquanto valores políticos, mas *todas* aquelas que *fizerem sentido normativamente* para os sujeitos no contexto histórico atual do liberalismo (enquanto crônica de legitimidade moderna). Modernamente, por exemplo, são apelos de igualdade “socialmente apresentáveis” e “razoáveis” exigir ação social na forma de cotas raciais no acesso à universidade ou programas por redistribuição de renda, por exemplo. Estes são apelos *liberais* de igualdade inteligíveis. São fundados em uma concepção de igualdade como valor político que *faz sentido* no liberalismo.

O que me permite tirar tais conclusões são considerações que Williams faz em *Conflicts of Liberty and Equality*. O autor sugere que o *ressentimento razoável* demarque aquilo que é considerado “violação” de liberdade (e da igualdade), para que assim se *leve os oponentes políticos a sério*. Vejamos o que afirma, com o risco de, ao menos inicialmente, soar repetitivo.

Neste artigo, Williams retoma a ideia de que o modelo mais elementar de não ter liberdade (F), como na situação primitiva, é a situação em que se está sob o poder de alguém. Para melhor *estender* essa situação, e chegarmos a uma consideração de restrição da liberdade que leve em conta não a liberdade primitiva, mas a liberdade (L) *como valor político*, são postas algumas questões. A primeira questão que surge diz respeito à *atividade* do agente constrangedor, cuja resposta dependerá de um “suplemento normativo” que poderá informar que tipo de atividade do agente contará efetivamente como limitação da liberdade. Também se coloca uma questão normativa sobre o próprio *agente constrangedor*: que tipo de agente pode ser considerado limitador da liberdade? Don Corleone, um rei, o governo, o direito? A resposta a essa questão dada por mais um suplemento normativo também variará aquilo que será considerado violação da liberdade. Por fim, o *meio* pelo qual

Sendo o ressentimento razoável o custo que é socialmente apresentável sentir “nos limites das condições da modernidade”, o “suplemento normativo” de Williams para se falar em violação da liberdade (L) como valor político é, no final das contas, aquilo que é possível exigir e reclamar em uma comunidade liberal.

se força o sujeito a agir desperta igualmente a questão do que conta como restrição da liberdade, mais uma vez exigindo um suplemento normativo⁷⁰.

Esses suplementos, segundo Williams, nada mais são que “o que quer que seja pensado apropriado adicionar a quaisquer que sejam as assunções normativas mínimas para a identificação de uma limitação à liberdade (F) na situação primitiva”⁷¹. A questão que importa para Williams, tendo explicado isso, será então a de como os suplementos normativos devem configurar-se para produzir, a partir do conceito de liberdade (F) ilustrado na situação primitiva, um conceito que expresse a liberdade (L) como valor político⁷². Williams sugere ser razoável conectar a explicação da liberdade (L), e do que conta como violação a ela, com aquilo que as pessoas podem razoavelmente ressentir (*reasonably resent*). Assim, o suplemento normativo que ele acredita dever ser adicionado à liberdade (F) nos termos da situação primitiva para que uma noção mais complexa de liberdade seja construída é, ao menos em termos da *atividade*, a de que a reclamação pela perda de liberdade signifique que efetivamente há uma perda de liberdade (L) como valor político⁷³. Sendo o ressentimento *razoável* o custo que é socialmente apresentável sentir “nos limites das condições da modernidade”, o “suplemento normativo” de Williams para se falar em violação da liberdade (L) como valor político é, no final das contas, aquilo que é possível exigir e reclamar em uma comunidade *liberal*⁷⁴.

O ressentimento pela mera existência do Estado⁷⁵ e pela proibição a

⁷⁰ WILLIAMS, 2005, pp. 118-9.

⁷¹ “Take ‘supplement’ to mean whatever it is thought appropriate to add to whatever are the minimal normative assumptions appropriate to the identification of a limitation of freedom in the PS [primitive situation]”. (WILLIAMS, 2005, p. 120)

⁷² WILLIAMS, 2005, p. 120.

⁷³ “The suggestion I want to make is essentially that we should understand the normative supplement in area (1) [activity] in such a way that a responsible claim to a loss of liberty means that there is a loss of liberty”. (WILLIAMS, 2005, p. 122)

⁷⁴ Com isso pretendo me referir a comunidades que pretendam se legitimar por alguma versão do liberalismo. Após apresentar a fórmula “condição de legitimidade + modernidade = liberalismo”, Williams afirma que “the ambiguities of the last term [liberalism] serve to indicate a range of options which make political sense in the modern world: they are all compatible with the *Rechtstaat*, and they vary depending on how much emphasis is put on welfare rights and the like”. (WILLIAMS, 2005, p. 9)

⁷⁵ WILLIAMS, 2005, p. 120.

atos como furto e homicídio⁷⁶ que geram caos coletivo não se fundamentam em nenhuma concepção de liberdade que possa normativamente fazer sentido em um Estado liberal. A reclamação em razão de restrição por uma medida como a implantação de programas redistributivos, por outro lado, conta, nas condições do liberalismo, como perda ou restrição. Nesses casos, acredita Williams, o sujeito tem motivos razoáveis para *ressentir* a perda de liberdade. Ele pode, inclusive, até aceitar a necessidade da implantação da medida, concordar com ela por outras razões, mas ainda terá o que ressentir pela perda⁷⁷.

Admitindo que sempre que alguém reclame de forma responsável (com sinceridade e convicção), socialmente apresentável e razoável nas condições atuais da modernidade, que sofreu uma perda de liberdade, isto realmente signifique que houve violação da liberdade (L), Williams admite como concepções de valores políticos não só uma, mas várias que “façam sentido” normativo sob o contexto do liberalismo. Ao fazer isso, ele acredita que estará *levando a oposição política a sério*⁷⁸. Apenas reconhecendo que o ressentimento sofrido por algumas pessoas pela perda de liberdade é um indicador de que ela realmente foi violada é que aprenderemos a viver com opiniões políticas diversas, a ouvi-las, e a permitir a persuasão⁷⁹. É dessa forma também que se é capaz de explicar seriamente as divergências políticas e, assim, a contínua existência de conflitos políticos⁸⁰.

Nós podemos estender essa compreensão para a igualdade. As *negligências* a apelos de igualdade, quando sinceros e socialmente apresentáveis nas “condições da modernidade”, devem ser conhecidos como violações do valor de igualdade. A negligência baseada no ressentimento razoável será o suplemento normativo da ideia mais simples de igualdade que permitirá dizer quando ela é violada. Na concepção de Williams, é possível dizer que há negligência quando o Estado falha em tratar as pessoas com igual respeito, a despeito de suas posições na sociedade, e em lhes garantir iguais

⁷⁶ WILLIAMS, 2005, p. 120.

⁷⁷ WILLIAMS, 2005, p. 123.

⁷⁸ WILLIAMS, 2005, p. 85.

⁷⁹ WILLIAMS, 2005, p. 92-3.

⁸⁰ WILLIAMS, 2005, p. 126.

chances de sucesso na sociedade. Outras pessoas terão visões distintas do que é a negligência em termos de igualdade, e se inteligível “nas condições da modernidade”, deverão ser igualmente recebidas como “violações” por aqueles que detém opiniões políticas diversas. Mais uma vez aqui, admite várias concepções de valores políticos, desde que façam sentido normativo no contexto do liberalismo.

Dizer que qualquer um com uma queixa de negligência ou que é frustrado pela ação de outros pode apropriadamente reclamar um descuido em termos de igualdade ou uma restrição em sua liberdade não é amplo demais? Williams diz que, se “apropriadamente” significa que é semanticamente, conceitualmente, psicologicamente, inteligível que essa pessoa pode reclamar, é amplo demais. Mas se significa que é necessariamente útil, proveitoso ser levado a sério como contribuição no debate político e não como uma perda de tempo de todos, então não é certo dizer que é amplo demais⁸¹. As considerações que as pessoas fazem em nome da liberdade e igualdade são considerações *políticas*, e para compreendê-las como ideias que expressam valores *políticos*, é esse o entendimento a ser dado sobre quando há violação.

Diante disso, não é difícil conceber por que Williams defende que existem conflitos entre liberdade e igualdade. Se concepções de liberdade e igualdade como valores políticos levam em conta o ressentimento, uma medida redistributiva implementada para a realização da igualdade que imponha impostos mais altos para as classes mais ricas da sociedade, que assim “perdem” a liberdade sobre essa parte de sua riqueza, seria facilmente considerada um caso em que houve *custo* à liberdade de muitos. Essa seria uma reclamação razoável dentro do que faz sentido normativo a alguém alegar no liberalismo. Não seria, portanto, “excluída” pelas condições da modernidade em relação àquilo que é considerado *perda*. Para levar aqueles que se opuseram a uma tal medida a sério, por sustentarem contrárias

⁸¹ “A construction of liberty on these lines might be thought to spread the idea of a cost in liberty too wide. It means that, within certain limits, anyone with grievance or who is frustrated by others’ actions can appropriately complain about restrictions on his liberty. If “appropriately” means that it is semantically, conceptually, indeed psychologically, intelligible that he should do so, that is right. If it means that it is necessarily useful, helpful, to be taken seriously as a contribution to political debate, and not a waste of everyone’s time, it is not right. The point is that these latter considerations are in the broadest sense political considerations, and that is the point of the construction.” (WILLIAMS, 2005, p. 91-2)

[...] as concepções dos conceitos de liberdade e igualdade mais atraentes são capazes de nos levar à conclusão de que liberdade e igualdade não só são coerentes entre si, como estão imbricados ou integrados.

opiniões a tal medida, é necessário *politicamente* reconhecer-se a violação. Como há incompatibilidade normativa entre liberdade e igualdade como valores políticos *liberais* dentre as várias opções de “ressentimento razoável”, o conflito é inevitável. Ressentimento + liberalismo = conflito de valores.

5. CRÍTICA A DWORKIN E POSSÍVEIS RÉPLICAS

Ronald Dworkin tornou-se conhecido por contestar a inevitabilidade do conflito trágico entre igualdade e liberdade, argumentando que isso depende do que nós queremos dizer com igualdade e liberdade, de como nós concebemos esses valores⁸².

Subjacente à visão de Dworkin estão duas teses fundamentais de sua obra: sua teoria da interpretação e a tese da unidade de valor. Para ele, na argumentação político-moral, conceitos de valores como liberdade e igualdade operam como *conceitos interpretativos*⁸³: estamos de acordo com o fato de que denominam virtudes e compartilhamos exemplos paradigmáticos de violação de liberdade ou igualdade, mas discutimos com frequência sobre a formulação mais precisa desses conceitos e o que demandam em casos concretos⁸⁴. Apesar das disputas interpretativas e das aparentes contradições, por se assentarem em nossas convicções políticas mais profundas, é plausível que esses valores sejam interdependentes e se reforcem mutuamente.

Atento a essa possibilidade e recusando-se a dar de barato o pluralismo e o conflito de valores, Dworkin explora as concepções que melhor articulariam esses valores *como valores*, reconstruídas criticamente a partir de nossas convicções, crenças e práticas que envolvem esses conceitos. Sua conclusão é de que as concepções dos conceitos de liberdade e igualdade mais atraentes são capazes de nos levar à conclusão de que liberdade e igualdade não só são coerentes entre si, como estão imbricados ou integrados⁸⁵. Entre a igualdade de recursos e a liberdade como direitos a certas liberdades, concepções que defende em sua obra, não há conflito.

⁸² DWORKIN, 2000; DWORKIN, 2001a, p. 83; DWORKIN, 2001b; DWORKIN, 2011.

⁸³ Ver a elaboração dessa noção em DWORKIN, 2006b, pp. 1-35; DWORKIN, 2011, pp. 157-190.

⁸⁴ DWORKIN, 2001b, p. 254-5.

⁸⁵ Ver, por exemplo, DWORKIN, 2000, pp. 120-183; DWORKIN, 2001b.

Williams criticou Ronald Dworkin em diversos aspectos de sua visão sobre a compatibilidade entre liberdade e igualdade e a unidade de valor. Dworkin (i) não dá a importância devida à história na compreensão dos conceitos de valores, como liberdade e igualdade; (ii) ignora a experiência do *ressentimento* na política; e (iii) supõe um padrão de interpretação desses valores típico do direito constitucional, que seria, entretanto, inadequado à política⁸⁶. Neste trabalho, por limitações de escopo, limito-me a explorar a segunda de suas críticas, mais próxima da sugestão de Williams de que o reconhecimento do pluralismo de valores é em si importante politicamente.

Em *Conflicts of Liberty and Equality*⁸⁷, Williams dirá, utilizando a sua noção de *suplemento normativo* vista acima, que Dworkin considera que o suplemento normativo a ser adicionado ao que se compreende como violação da liberdade primitiva (PF) para que se possa falar em violação da liberdade (L) como valor político, é o de que o apelo de violação de liberdade (L) seja *correto*. Assim, se o suplemento normativo de Williams era o de que há violação, perda de liberdade, e apelo socialmente apresentável desta perda quando há “ressentimento razoável” nas condições da modernidade, o que admitia várias opções de concepções em conflito, Dworkin exigiria, para falar em violação, não apenas que uma pessoa alegue sincera e refletidamente que sofreu uma perda de liberdade, mas que ela esteja *correta* quanto a isto⁸⁸. Este é um suplemento muito mais forte.

Eu tomo o argumento [*point*] de Dworkin ser o seguinte: enquanto em casos que envolvem liberdade [*liberty*] e justiça pode haver aparente conflito entre liberdade [*liberty*] e justiça e espaço para lamento, liberdade [*liberty*] e justiça não podem realmente estar em conflito se são corretamente compreendidas: e o que isso significa é que se o aparente conflito é corretamente resolvido, ninguém terá sido injustiçado [*wronged*]. Isso é o que cria a vanguarda [*cutting edge*] de sua oposição contra o pluralismo: a insistência de que se entendemos as definições de liberdade [*liberty*] e igualdade corretamente, então mesmo que possa haver conflito aparente e sentimento de perda, ninguém terá sido injustiçado [*wronged*]⁸⁹.

⁸⁶ Ver WILLIAMS, 2001a; WILLIAMS, 2005, pp. 115-127.

⁸⁷ WILLIAMS, 2005, pp. 115-127.

⁸⁸ WILLIAMS, 2005, p. 122.

⁸⁹ WILLIAMS, 2001a, p. 97, tradução minha.

Qual seria o problema da visão de Dworkin, segundo Williams? Ela não daria sentido ao ressentimento, ubíquo na política, falhando em compreender a oposição política. A construção de uma concepção de liberdade (L) como valor político significa, entre outras coisas, que temos que dar sentido ao seu papel na argumentação política e no conflito político, além, mais genericamente, de seu papel na experiência de vida sob uma ordem política⁹⁰. O argumento de Williams que daí segue é empírico: “é um dado dessa experiência [de vida sob uma ordem política] que as pessoas podem até reconhecer uma restrição como legítima [*rightful*] em termos de algum valor político como igualdade ou justiça, e ainda assim considerar isto uma restrição da liberdade (L)”⁹¹. Uma pessoa pode razoavelmente sentir uma medida que restringe suas atividades mesmo que pense que ela deva ser aceita e que não deva ser impedida⁹². Isso é aceitável em uma comunidade liberal.

Williams associa isto ao “paradoxo da democracia”: alguém pode pensar dessa forma se aceita o sistema que gerou o tal resultado, mas pensar que o sistema não o deveria ter gerado⁹³. Não é difícil compreender este ponto do autor se olharmos para reações a processos legislativos, por exemplo. Muitas pessoas podem concordar que o discurso de ódio é uma atividade que pode potencialmente comprometer a promoção de igualdade em linhas gerais, e que medidas políticas sejam aprovadas por membros democraticamente eleitos do Congresso Nacional para remediá-lo, mas sentir razoavelmente pela perda de liberdade de expressão. É por causa de situações deste tipo que Williams considera sensato conectar uma explicação do valor da liberdade e do que conta como violação a ela àquilo que as pessoas podem razoavelmente sentir nas condições da modernidade.

O “suplemento normativo” tal como proposto por Williams seria importante politicamente porque nem todos têm as mesmas visões sobre liberdade e igualdade. Ao passo que a pessoa imaginada acima concordou que a proibição do discurso de ódio era uma boa medida para promover a igualdade, muitos podem discordar, e dizer

⁹⁰ WILLIAMS, 2005, p. 84.

⁹¹ WILLIAMS, 2005, p. 84, tradução minha.

⁹² WILLIAMS, 2005, p. 123.

⁹³ WILLIAMS, 2005, p. 123.

que é um retrocesso, em nome da liberdade e com base em outra concepção de igualdade, igualmente *apresentáveis* em um Estado liberal. Assim, apesar de Dworkin insistir que liberdade e igualdade são conciliáveis e que as concepções integradas desses valores oferecem as versões do que importa verdadeiramente nestes valores, nem todos irão concordar com essas concepções. O desacordo político persistirá. Visões diferentes existirão e *farão sentido* normativo sob o liberalismo.

Williams afirma:

É ofensivo para essas pessoas [cuja concepção de igualdade endossada não é a de igualdade de recursos de Dworkin], sugerir que elas estão em erro ao ressentir e reclamar, em nome da liberdade, sobre restrições em suas atividades que foram impostas em nome da igualdade, como estão certamente em erro aqueles que reclamam, em nome da liberdade, de restrições simplesmente porque elas são feitas sob um estado. É melhor moderar as demandas do suplemento normativo da área 1 [atividade do agente constrangedor] e aceitar que, se uma restrição nas atividades é razoavelmente ressentida no tipo de circunstâncias descritas, então ela é uma restrição da liberdade [liberty]. Essa conclusão pode ser aceita por todos, incluindo aqueles que são a favor da interpretação E (I) [igualdade como a igualdade de recursos de Dworkin] e que são a favor de sua implementação. Eles verão a perda de liberdade dessas pessoas como o preço que precisa ser pago para a extensão da igualdade. Eles terão aceito, isto quer dizer, que liberdade e igualdade podem estar em conflito⁹⁴.

Williams afirma, neste sentido, que apenas as pessoas que adotam certa concepção de igualdade, como a igualdade de recursos de Dworkin, aceitam que as pessoas tenham *direito* a que recursos sejam distribuídos segundo esta concepção de igualdade⁹⁵. Muitas outras que não compartilham dessa mesma opinião sentirão, contudo, a restrição de sua liberdade, caso medidas em nome da igualdade de recursos forem implementadas. O que dizer a elas? “Sinto muito, vocês estão confusas e erradas, não há restrição alguma na sua liberdade”? Williams atribui esta decorrência ao pensamento de Dworkin⁹⁶.

⁹⁴ WILLIAMS, 2005, p. 123, tradução minha.

⁹⁵ WILLIAMS, 2005, pp. 124-5.

⁹⁶ WILLIAMS, 2001a, p. 99-103; id., 2005, pp. 12, 84-5, 125.

Essa atitude é apropriada? Isso é o melhor que se pode dizer a essas pessoas, os oponentes? Williams acredita que não: “Eu não acho que lhes ajuda a ser cidadãos nem a convivermos com eles, na maioria dos casos”⁹⁷. A visão de Dworkin, portanto, não levaria a oposição política a sério e seria hostil para a relação entre cidadãos⁹⁸. A alternativa de Williams, por outro lado, considera a realidade da oposição política e é tolerante:

Política provê uma dimensão que é governada por valores e também por interesses, e nessa medida é um espaço de princípio, mas um em que a decisão contra você não tem que significar que você estava errado. Pode simplesmente significar que você perdeu. É disso que a política se trata. Dizer às pessoas que elas deveriam ficar espertas e revisar sua definição dos valores envolvidos não é em muitos casos prudente, ou cívico, ou respeitoso em relação à experiência delas⁹⁹.

6. DISCUSSÃO: POSSÍVEIS RÉPLICAS A WILLIAMS

Entendo o argumento de Williams como composto por duas ideias: (i) as pessoas desenvolvem historicamente concepções sobre os valores políticos de liberdade e igualdade de formas distintas e elas também vivem a realidade de que diferentes concepções entram em conflito, por isso temos uma razão para considerar o contorno desses valores e o que será considerado violação a eles a partir do que seria uma concepção razoável desses valores na sociedade moderna liberal; (ii) é importante politicamente que, quando alguém ressinta razoavelmente a perda de um valor segundo suas próprias concepções, uma perda (violação, mesmo que “justificada”) seja reconhecida. Falei em “desenvolver concepção” de um valor para me referir positivamente àquilo que Williams chama, explicando negativamente pela perda, de “ressentimento”. Marcando o ressentimento razoável o contorno daquilo que seria considerado violação ou perda de um *valor político*, os mesmos limites desse contorno demarcam o que esse valor é, protege e requer.

O que Dworkin teria a dizer sobre a realidade da diversidade de visões que as pessoas detêm sobre igualdade e liberdade e também

⁹⁷ WILLIAMS, 2001a, p. 101. Ver também, em crítica semelhante, MINOW; SINGER, 2010.

⁹⁸ WILLIAMS, 2005, pp. 85-86.

⁹⁹ WILLIAMS, 2001a, p. 102, tradução minha.

Estamos diante, portanto, de duas estratégias metodológicas distintas e rivais de como estudar, compreender e dar sentido a conceitos de valores políticos: Williams defende uma abordagem realista-historicista que apoia o pluralismo de valores; Dworkin, uma abordagem interpretativa que ampara a unidade de valor.

sobre o fato de nossa experiência indicar que existe conflito não só entre diferentes visões do que elas são, em si (disputas entre liberdade de libertários e liberdade de liberais igualitários; disputas entre defensores de igualdade de oportunidades e igualdade de recursos), mas entre elas (liberdade libertária e igualdade de oportunidades, por exemplo)?

Dworkin explica a divergência com base na noção de *conceitos interpretativos* em que o que está em disputa na apresentação de diferentes concepções de conceitos de valores políticos é o que melhor os revela como *valores*. As *melhores* concepções, as concepções *verdadeiras*, são aquelas que contam para verificação da existência de conflito, para Dworkin. Williams, por outro lado, quer que a realidade do *conflito* na política, relacionado às experiências de ressentimento razoável, seja reconhecida. No fundo, o que Williams pretende argumentar, a meu ver, é que o conflito entre valores *políticos* existe e deve ser reconhecido porque é para a realidade da *política* que temos de olhar – não para a moral (e para a melhor concepção desses valores). Ao contrário de Dworkin, Williams não está preocupado em identificar qual a concepção *correta* do valor político em questão e vê importância política em termos de tolerância em não o fazer.

Estamos diante, portanto, de duas estratégias metodológicas distintas e rivais de como estudar, compreender e dar sentido a conceitos de valores políticos: Williams defende uma abordagem realista-historicista que apoia o pluralismo de valores; Dworkin, uma abordagem interpretativa que ampara a unidade de valor. A pergunta inevitável é qual abordagem convence, esforço que exigiria uma análise bem mais abrangente dos dois modelos do que foi apresentado aqui¹⁰⁰. Dentro do escopo desse artigo – que pretendeu apresentar o pensamento de Williams sobre o pluralismo de valores baseado no “ressentimento” e a defesa que faz da importância política dessa visão – é possível, entretanto, tecer algumas breves considerações, aplicáveis limitadamente ao que foi discutido.

As distintas experiências de ressentimento pela perda de valores parecem efetivamente encontrar correspondência em nossas vivências

¹⁰⁰ Para uma discussão mais completa sobre essas duas abordagens e a crítica realista ao “moralismo político”, ver Hall, 2013.

cotidianas da realidade política. Nesse aspecto repousa o forte apelo da visão de Williams sobre como as pessoas desenvolvem suas concepções de valores. A experiência do ressentimento, entretanto, parece estar em grande parte ligada à história pessoal, do grupo ou da sociedade a que pertencem as pessoas. Nessa esteira, apesar de ajudar a oferecer uma visão mais completa da formação de posições políticas e de comportamentos frente a vitórias e derrotas políticas, é menos evidente (e persuasivo) por quê e como a história em si ofereceria um *argumento* para a defesa de uma concepção de um determinado valor político como aquela que deve ser perseguida. A história *explica* o ressentimento que se sente, apontando para sua origem causal, mas não o *justifica*, isto é, não oferece razões que sustentem uma concepção de um valor político¹⁰¹. No final das contas, se quisermos analisar se valores políticos são plurais e estão em conflito, parece-me inevitável que tenhamos de recorrer à discussão das fundamentações teóricas subjacentes a concepções de valores, e não simplesmente concluir pelo conflito diante das experiências de ressentimento¹⁰².

A outra parte da argumentação de Williams, acerca da importância de dar conta da oposição política, parece, por outro lado, oferecer um argumento mais forte para preferir sua abordagem. Williams pretende que consideremos o ressentimento razoável como o suplemento normativo que indique os contornos de tais virtudes enquanto valores políticos e assim possa dizer quando há “violações”, porque haveria algum tipo de importância política no reconhecimento do ressentimento razoável. A proposta de Dworkin não levaria a oposição política a sério, chamaria as pessoas desrespeitosamente de *confusas*¹⁰³, o que não aconteceria se seguissemos a proposta de

¹⁰¹ Ver Dworkin em DWORKIN; LILLA; SILVERS, 2001, p. 123-4; DWORKIN, 1986, pp. 426-8; DWORKIN, 2011, p. 46-8; 79-80.

¹⁰² Nesse sentido, ver Dworkin, 2011, p. 350, afirmando que o fato de que muitas pessoas, ao longo da história moderna, reclamaram que impostos constituem restrições à sua liberdade – ou na linguagem de Williams, ressentiram tais medidas tributárias como perdas de liberdade – não implica que uma interpretação que negue isso seja falsa.

¹⁰³ Williams não parece estar enganado em dizer que Dworkin diria para as pessoas que não possuem as mesmas concepções que consideramos as corretas que elas estão “erradas e confusas”. Em seu livro mais atual, *Justice for Hedgehogs*, ao apresentar razões contra o relativismo, ele afirma o seguinte sobre aquilo que poderemos dizer a uma sociedade que, apesar de compartilhar muitos paradigmas com a nossa sociedade do que é “injusto”, aceita a discriminação de gênero: “We must judge for ourselves what justification of these shared paradigms and structures is adequate, and no justification that approved gender discrimination would be. They share the concept of justice with us, but—at least so we can sensibly suppose—they *misunderstand* that concept profoundly. There is no relativism in this story, only *error* on their part” (DWORKIN, 2011, p. 171, grifos

Williams. É melhor que a “perda” de um valor seja vista como um “preço a ser pago”, como afirmado em trecho já citado¹⁰⁴. Assim, enquanto Dworkin se limita a concepções supostamente ‘corretas’ de valores para dizer se há conflito, Williams propõe que se reconheça conflito de valores porque as pessoas têm experiências distintas sustentadas por ‘ressentimentos razoáveis’.

A visão de Williams, contudo, não é isenta de fragilidades. Primeiro, é possível questionar o que o próprio Williams teria a dizer para as pessoas que sentem a perda de liberdade, por exemplo, mas cujo ressentimento não é razoável em um Estado liberal. O que Williams diria a quem reclama que não pode matar outras pessoas? Esse seria um apelo fundado na liberdade (F), não na liberdade (L) – sendo apenas o segundo o que admite várias concepções *liberais*, porque se referem à liberdade enquanto valor político. Williams disse que um apelo reclamando da proibição do homicídio não é socialmente apresentável e nem inteligível, como vimos acima. Isso significa que o modelo de Williams também deve estar preparado a ter de dizer que a pessoa está igualmente confusa e enganada, se emitiu um apelo como esse. Certo é que Williams pretende levar a sério distintas concepções de liberdade (L) – como valor político – aceitáveis em uma sociedade liberal, mas nada impediria que uma tal posição surgisse no ambiente político e que algo tivesse de ser dito a quem a sustenta.

Além disso, se a proposta de suplemento normativo de Williams tem aspectos que ele pretende ser atraentes politicamente, ela também padece de elementos menos apelativos. Falar em “perda” de um valor para benefício de outro ou de “preço a ser pago” implica assumir que se está cometendo um “erro” com alguém, isto é, que o Estado aflige alguém com um dano com suas ações, mesmo que ele a pretenda “justificada” por algum outro valor. Isso seria admissível no modelo de Williams desde que amparada em alguma concepção de igualdade ou liberdade *aceitável* nas “condições da modernidade”.

meus). Não há qualquer impedimento de que se façam os mesmos juízos – acerca da má-compreensão e do erro – dentro de uma mesma sociedade ou Estado, em que ainda mais concretamente se compartilham convicções e paradigmas não só do que é o tratamento justo, mas também do que é ser livre e ser tratado como igual.

¹⁰⁴ “They will see the loss of liberty of these people as a price that has to be paid for the extension of equality. They will have accepted, that is to say, that liberty and equality can conflict.” (WILLIAMS, 2005, p. 123)

A política, segundo essa visão, constantemente se “erra” com alguém, que carrega o ônus do “preço a ser pago”. O problema é que se o “suplemento normativo” da violação de um valor político não for a concepção *correta* de liberdade e igualdade, mas sim as distintas concepções de liberdade e igualdade que se admite compreenderem um “ressentimento razoável”, aqueles que “pagam o preço” não podem criticar o Estado por ter tomado a decisão *errada*, mas apenas por ter “optado” por outra concepção de valor igualmente válida. A proposta de Williams é cética e reduz o papel de considerações de justiça da decisão na política.

Além disso, ao contrário do que Williams supõe, a compreensão de que só há violação de igualdade e liberdade por alguma ação do Estado quando realmente o *valor* (corretamente compreendido) que essas ideias pretendem proteger é atingido parece poder, ao contrário do que Williams sugere, aumentar o respeito mútuo no debate político e a qualidade dele. Sigo aqui uma sugestão que Dworkin apresentou em *Is democracy possible here?*¹⁰⁵: se estivermos cientes de que compartilhamos uma “base comum” de convicções bastante abstratas – chamada por Dworkin em outras obras de “princípio abstrato igualitário” – e que concepções de valores políticos latentes em debates políticos são interpretações rivais dessa “base comum”, estaríamos prontos a ver opiniões políticas divergentes não como visões de mundo completamente distintas, incomunicáveis, mas como controvérsias acerca da melhor interpretação de convicções fundamentais que compartilhamos. A proposta de Dworkin oferece inclusive um “guia” para avaliação das nossas concepções e das concepções rivais: se não foram capazes de oferecer a melhor reconstrução de nossas convicções acerca do que valorizamos nas práticas envolvendo os conceitos de liberdade e igualdade, temos razão para descartá-las. Isso não diminui a controvérsia nem o desacordo, mas qualifica o debate político.

5. CONCLUSÃO

O objetivo desse artigo foi apresentar a defesa do pluralismo de valores e do conflito inevitável entre liberdade e igualdade de Bernard Williams, reconstruindo sua concepção de *valor político*. Williams

¹⁰⁵ DWORKIN, 2006a, p. 22.

Uma vez que o contorno que as pessoas dão para as noções de igualdade e liberdade depende de sua história e cultura, o ressentimento que as pessoas sentem pela perda delas, portanto, também não é o mesmo.

disse em sua palestra *Liberalism and Loss* na conferência sobre o legado de Berlin que sua estrutura conceitual dos valores é capaz de “dar sentido ao pluralismo de valores”. Vimos que o esquema básico de preocupação e a elaboração ou aplicação histórica dele constituem o “contorno” de um valor em uma dada sociedade ou situação histórica. Daí seguia a afirmação do pluralismo de valores: não há nenhuma razão particular por que os respectivos contornos de dois conceitos, com focos de preocupação mediados historicamente à sua maneira, não deveriam entrar em conflito e levar a um sentimento de perda.

A preocupação-matriz desses valores é preenchida historicamente. A história de uma sociedade, de um grupo, de uma pessoa “preencherá” esse esquema básico de preocupação, formando seu contorno. O contorno de um valor não é sempre o mesmo para todas as partes da sociedade e nem para todas as sociedades. Uma vez que o contorno que as pessoas dão para as noções de igualdade e liberdade depende de sua história e cultura, o ressentimento que as pessoas sentem pela perda delas, portanto, também não é o mesmo. A história também restringe quais os apelos de liberdade e igualdade realizados a partir destes contornos são inteligíveis e o que contará como dano. Só compõe o contorno de concepções de liberdade e igualdade enquanto *valores políticos* aquilo que, dado o contexto do que faz sentido normativo a um sujeito reclamar no liberalismo, possa ser razoavelmente defendido enquanto restrição ou negligência.

Dentro do contexto *liberal*, várias concepções rivais de liberdade e igualdade como valores políticos poderão ser defendidas. Se é o ressentimento razoável o indicativo de que houve custo ou negligência de um valor – vez que é este o suplemento normativo que leva a sério a divergência política, fica claro por que haverá conflitos. Eles existem, como Williams adiantou em sua palestra, não só porque as pessoas dão diferentes contornos para um mesmo valor, mas também porque os contornos de diferentes valores orientam para direções contraditórias entre si. É isto o que vimos há pouco, ao falarmos dos programas redistributivos informados pela realização da igualdade, mas que não são compatíveis com os contornos que muitas pessoas dão para a liberdade. O conflito potencial é inevitável.

Williams afirma que sua visão dá conta da experiência de *ressentimento* na política. Este ponto, como vimos, apesar de apelativo, é suscetível a fragilidades quando consideramos se são respostas apropriadas para as perguntas “valores são plurais?” e “há conflito entre liberdade e igualdade?": a experiência do ressentimento está fortemente ligada à história, que pode ser capaz de *explicar* origens de concepções rivais de liberdade e igualdade, mas não é suficiente para *justificá-las*; o ressentimento pode fazer parte da realidade política e dar certo sentido à oposição política, mas não prova que os valores estão objetivamente em conflito e, ao contrário de contribuir para a democracia, pode comprometê-la na medida em que afasta do discurso político a questão sobre o certo e errado¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Agradeço Caio Gentil Ribeiro e Daniel Peixoto Murata, que comentaram versões preliminares deste trabalho, Ronaldo Porto Macedo Junior, que me orientou na pesquisa que deu fruto a este artigo, e a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, que concedeu a bolsa de pesquisa que me permitiu estudar o debate entre Bernard Williams e Ronald Dworkin. Potenciais erros são todos meus.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jacqueline de Souza. Valores políticos colidem? O desafio de Dworkin. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto (org.). *Teoria do Direito Contemporânea: Autores e Temas*. Curitiba: Juruá, 2017, pp. 341-362.

BERLIN, Isaiah. *The hedgehog and the fox*. London: Weidenfeld & Nicolson, 1953.

BERLIN, Isaiah. *Four essays on liberty*. Oxford: OUP, 1969.

BERLIN, Isaiah. *Concepts and Categories*. London: Pimlico, 1999.

CALCUTT, Daniel (ed.). *Reading Bernard Williams*. New York: Routledge, 2009.

CROWDER, George. Hedgehog and fox. *Australian Journal of Political Science*, vol. 38, n. 2, p. 333-377, 2003. Disponível em <http://berlin.wolf.ox.ac.uk/lists/onib/crowderrev.pdf>. Acesso em 07.09.2017.

DWORKIN, Ronald; LILLA, Mark; SILVERS, Robert (eds.). *The Legacy of Isaiah Berlin*. New York: The New York Review of Books, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

DWORKIN, Ronald. Do liberty and equality conflict?'. In: BARKER, Paul (ed.). *Living as equals*. Oxford: Oxford University Press, 1996, pp. 39-57.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, MA, Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2000.

DWORKIN, Ronald. "Do liberal values conflict?". In: DWORKIN, Ronald; LILLA, Mark; SILVERS, Robert. *The Legacy of Isaiah Berlin*. New York: The New York Review of Books, 2001a, pp. 91-104.

DWORKIN, Ronald. Do Values Conflict? A hedgehog's approach, *Arizona Law Review*, n. 43, p. 251-259, 2001b.

DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here?* Princeton, NJ: Princeton University Press, 2006a.

DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge, MA, Harvard University Press, 2006b.

DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA, Harvard University Press, 2011.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HALL, Edward. Realism and Liberalism in the Political Thought of Bernard Williams. Tese de Doutorado submetida ao *Department of Government* da London School of Economics and Political Science, 2013. Disponível em: <http://etheses.lse.ac.uk/881/> . Acesso em: 07 set. 2017.

JENKINS, Mark. *Bernard Williams*. Chesham: Acumen, 2006.

KOOPMAN, Colin. Bernard Williams on Pluralism, Liberalism, and History. *Theoretical and Applied Ethics*, vol. 3, n. 1, p. 11-21, 2011.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto (org.). *Teoria do Direito Contemporânea: Autores e Temas*. Curitiba: Juruá, 2017.

MINOW, Martha; SINGER, Joseph William. In Favor of Foxes: Pluralism as Fact and Aid to the Pursuit of Justice, *Boston University Law Review*, n. 90, pp. 903-919, 2010.

THOMAS, Alan (ed.). *Bernard Williams*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

WILLIAMS, Bernard. *Moral Luck*. Cambridge: Cambridge University Press, 1981.

WILLIAMS, Bernard. "Liberalism and Loss". In: DWORKIN, Ronald; LILLA, Mark; SILVERS, Robert. *The Legacy of Isaiah Berlin*. New York: The New York Review of Books, 2001a, pp. 91-104.

WILLIAMS, Bernard. *Truth and Truthfulness: An Essay in Genealogy*, Princeton University Press, 2002.

WILLIAMS, Bernard. *In the beginning was the deed*. Editado por Geoffrey Hawthorn. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2005.

WILLIAMS, Bernard. *Essays and Reviews: 1959-2002*. Princeton: Princeton University Press, 2014.

INTERPRETATION AND LEGAL THEORY: AS CRÍTICAS DE ANDREI MARMOR AO INTERPRETATIVISMO DE RONALD DWORKIN

Pablo Antonio Lago

Doutor em Filosofia e

Teoria Geral do Direito pela
Faculdade de Direito da

Universidade de São Paulo-

Largo de São Francisco. São

Paulo, SP, Brasil.

pabloa.lago@gmail.com

Interpretation and legal theory: Andrei Marmor's criticisms on Ronald Dworkin's interpretivism

RESUMO

O presente artigo tem por objeto as principais críticas que Andrei Marmor, em seu livro *Interpretation and Legal Theory*, apresenta à concepção de interpretação defendida por Ronald Dworkin. Em um primeiro momento, Marmor sugere que, para Dworkin, toda e qualquer conclusão sobre o Direito seria objeto de interpretação, o que não seria correto quando analisamos, por exemplo, o modo como seguimos certas regras e convenções. Em um segundo momento, Marmor argumenta que a perspectiva dworkiniana defende uma objetividade impossível de ser alcançada na interpretação: o fato de que compartilhamos valores de natureza incomensurável, por exemplo, implica na impossibilidade de se considerar que uma interpretação será, todas as coisas consideradas, melhor que outra. Analisando tais críticas à luz das respostas que Dworkin ofereceu ou poderia ter oferecido, conclui-se que a visão de Marmor sobre a concepção dworkiniana de interpretação é incorreta, na medida em que ignora distinções que lhe são centrais, como a diferença entre “conceitos criteriosais” e “conceitos interpretativos”, e sobre a natureza integrada dos valores que compartilhamos socialmente. Ainda assim, o debate entre ambos os autores ressalta sua clara natureza metodológica, sendo importante para a compreensão do “estado da arte” da Teoria do Direito contemporânea de vertente analítica.

Palavras-chave: Teoria do Direito. Interpretação Jurídica. Andrei Marmor. Ronald Dworkin.

Recebido: agosto 8, 2017

Aceito: setembro 19, 2017

This paper focuses on the main criticisms presented in Andrei Marmor's *Interpretation and Legal Theory* to Ronald Dworkin's conception of interpretation. In the first criticism, Marmor suggests that in Dworkin's theory each and every conclusion about what the law is in a given case is a result of interpretation, which cannot be correct when we think, for example, about the way we follow certain rules and conventions. In the second criticism, Marmor argues Dworkin supports an impossible objectivity view on interpretation: the fact that we share values of incommensurable nature, for example, implies that it is impossible to consider that one interpretation can be the best, all things considered. Considering both criticisms and the answers that Dworkin offered or could have offered to it, this paper concludes Marmor's view about Dworkin's concept of interpretation is incorrect, considering that Marmor ignores central distinctions of Dworkinian thought, such as the difference between "criterial" and "interpretive" concepts, and about the integrated nature of values we share on society. Nevertheless, the debate emphasizes its methodological nature, and is important to understand the state of art of the analytical contemporary legal theory.

Keywords: Legal Theory; legal interpretation; Andrei Marmor; Ronald Dworkin.

1. INTRODUÇÃO

1. INTRODUÇÃO

*Interpretation and Legal Theory*¹ é uma das principais obras de Andrei Marmor, atualmente professor de Direito e Filosofia na Cornell Law School. Em seu livro, Marmor não busca apenas defender o positivismo jurídico e seus pressupostos metodológicos das críticas formuladas por Ronald Dworkin, mas sobretudo criticar a teoria dworkiniana de que o Direito deve ser concebido em termos interpretativos. Suas ideias se inserem, portanto, no que se convencionou denominar "segundo round" do debate entre Dworkin e positivistas, que teria como ponto de partida o livro *O Império do Direito*². Isso significa que o debate como um todo está localizado em um

¹ MARMOR, 2005.

² DWORKIN, 1986. Como assevera Ronaldo Porto Macedo Júnior, em sua obra *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*, o debate entre Dworkin e os positivistas teria sido deflagrado pelo artigo *Modelo de Regras I*, originalmente publicado em 1967 pela *University of Chicago Law Review* e posteriormente incluído na obra *Taking Rights Seriously* (DWORKIN, 1978) (MACEDO JR, 2013a, p. 159). O debate, que tem forte cunho metodológico, foi aprofundado a partir da publicação de *O Império do Direito* (DWORKIN, 1986), onde Dworkin analisa a (im)possibilidade de se elaborar uma teoria puramente descritiva do Direito, a separabilidade entre Direito e Moral e as controvérsias jurídicas (MACEDO JR, 2013a, p. 179-180). É também nesta obra que Dworkin desenvolve a sua concepção de Direito enquanto fenômeno *interpretativo*.

Marmor não teria sido capaz de conceber a prática jurídica como uma prática social com um *point* valorativo, o que implica na impossibilidade de se pensar de modo criterial conceitos caros ao Direito – de onde sobressai a superioridade da concepção interpretativa defendida por Dworkin.

contexto “pós-*virada linguística*”, considerando a perspectiva analítica da teoria do Direito contemporânea – cuja origem remonta à Herbert Hart e seu *O Conceito de Direito*³, publicado originalmente em 1961. Não é por outra razão que Marmor buscará nas teorias da linguagem e da interpretação os pressupostos para suas próprias concepções e para a crítica que formula à posição dworkiniana.

Minha intenção com este artigo é, partindo deste livro de Marmor, analisar as melhores críticas que este autor foi capaz de formular ao interpretativismo dworkiniano. A primeira delas está diretamente ligada à leitura que Marmor faz da posição substantiva de Dworkin, partindo da afirmação de que, na visão dworkiniana, toda e qualquer conclusão sobre o Direito seria resultado de interpretação⁴. A segunda crítica versa sobre a objetividade na interpretação: se o objetivo do intérprete é apresentar o objeto interpretado à sua melhor luz, como sustentou Dworkin, o que determinaria qual interpretação é a *melhor*? Após analisar estas críticas, apresento as respostas ou possíveis respostas que Dworkin poderia oferecer contra Marmor. Ao final, analiso criticamente o debate, o qual compreendo como de ordem metodológica, e argumento que as críticas formuladas por Marmor resultam de uma leitura inadequada da teoria dworkiniana. Além disso, Marmor não teria sido capaz de conceber a prática jurídica como uma prática social com um *point* valorativo, o que implica na impossibilidade de se pensar de modo criterial conceitos caros ao Direito – de onde sobressai a superioridade da concepção interpretativa defendida por Dworkin.

2. O DEBATE CONTEMPORÂNEO SOBRE TEORIA DO DIREITO E A VISÃO DE MARMOR SOBRE A INTERPRETAÇÃO

Já na introdução de sua obra, Marmor ressalta que a análise do Direito dirigida por filósofos pode ter por alvo ou a avaliação moral do Direito e suas instituições, ou uma explicação sobre sua natureza. Este último objetivo, caracterizado por um tipo *descritivo* de teorização, corresponderia a uma tentativa de responder à questão “o que é Direito?”, cujas mais variadas respostas demonstram a com-

³ HART, 1994.

⁴ MARMOR, 2005, p. 27.

plexidade inerente desta pergunta⁵. Uma das mais influentes tentativas de responder esta questão é o livro *O Conceito de Direito*, de Herbert Hart. Na interpretação marmoriana de Hart, o principal objetivo da filosofia jurídica é a análise do conceito de Direito e dos demais conceitos que com ele se relacionam, o que geraria as bases para a compreensão do Direito e dos sistemas jurídicos, bem como as fundações intelectuais para sua avaliação, em um projeto livre de romantismos ou mitos moralizadores⁶.

Não tardou para que os pressupostos metodológicos de Hart fossem postos em dúvida. Seu principal crítico, Ronald Dworkin, rejeitou a aproximação analítica da teorização jurídica nos moldes hartianos⁷, identificando-a enquanto um conjunto de “teorias semânticas do Direito” que deveriam ser substituídas por uma teoria da interpretação – enquanto única forma de se explicar a natureza interpretativa da prática jurídica. Esta nova concepção de Direito, enquanto fenômeno interpretativo, caracteriza uma “virada metodológica” (*methodological turn*) cuja análise crítica constitui um dos principais objetivos de Marmor⁸.

Na forma como Marmor reconstrói a crítica dworkiniana, tem-se que as teorias semânticas do fenômeno jurídico, na medida em que estariam preocupadas apenas com o sentido de “Direito”, seriam incapazes de explicar a própria prática jurídica. Este ponto fica claro quando constatamos a existência de desacordos teóricos, os quais, para Marmor, corresponderiam a desacordos sobre as condições de validade jurídica⁹.

O argumento central de Dworkin em sua crítica às teorias semânticas corresponde à ideia de *agulhão semântico*, exposta no início do capítulo-

⁵ MARMOR, 2005, p. 1.

⁶ MARMOR, 2005, p. 1-2.

⁷ Autores como Ronaldo Porto Macedo Junior consideram ambígua a afirmação de que Dworkin rejeitaria a aproximação “analítica” de teorização jurídica. Isso porque o próprio conceito de filosofia analítica seria controvertido, e Dworkin corresponde a um herdeiro desta tradição. Assim, a abordagem conceitual de Dworkin se mantém fiel à tradição de filosofia analítica, ainda que apresente uma crítica à forma com que ela se desenvolve no pensamento positivista de matizes hartianas (MACEDO JR, 2013a, p. 179-180).

⁸ MARMOR, 2005, p. 2.

⁹ MARMOR, 2005, p. 4. Esta é uma forma complicada de se conceber os desacordos teóricos, já que Dworkin elabora ao longo de sua obra críticas à própria ideia de validade, tal qual propugnada pelos positivistas – enquanto uma propriedade lógica das normas, que lhes confeririam obrigatoriedade. Tais críticas surgem desde o artigo seminal *Modelo de Regras I*, onde Dworkin sugere que esta concepção de validade corresponderia a uma das teses principais do positivismo jurídico (DWORKIN, 1978, p. 17).

lo II do *Império do Direito*. Ela parte da concepção positivista (apresentada por Dworkin no final do capítulo I) de que a menos que advogados e juízes compartilhem os mesmos *critérios* factuais sobre os fundamentos do Direito, não haveria razão para se pensar ou se debater sobre o que é o Direito¹⁰. Assim, eventuais discordâncias sobre o que é o Direito seriam mero “fingimento” (*pretending*) ou desacordos sobre casos obscuros ou fronteiros deste conceito (*borderline cases*)¹¹. Mas existiriam casos centrais (*pivotal cases*) do conceito de Direito onde não haveria discussões, e estes casos seriam definidos de maneira *criteria*, através de um consenso generalizado entre os partícipes da prática jurídica – consenso este que corresponderia a uma convenção.

Ocorre que, para Dworkin, mesmo estes casos centrais seriam objeto de desacordos entre os juristas. Haveria, neste sentido, uma espécie de desacordo que não se limita às questões empíricas (como a existência fática de uma determinada regra jurídica), mas sim ao próprio significado e finalidade (*point*) do Direito. Dworkin sustenta que tais desacordos devem ser entendidos como desacordos teóricos (*theoretical disagreement*). Nos desacordos teóricos, juristas discordam justamente sobre o que é o Direito e o que ele exige, o que é observado com clareza nos chamados “casos difíceis” (*hard cases*)¹². Consequentemente, o positivismo jurídico convencionalista (posição que, em última análise, é defendida por Marmor¹³) não

¹⁰ DWORKIN, 1986, p. 44.

¹¹ DWORKIN, 1986, p. 46.

¹² Dworkin apresenta uma série de casos difíceis no primeiro capítulo do *Império de Direito*. Emblemático é o caso TVA (*Tennessee Valley Authority v. Hill*), no qual ambientalistas buscaram impedir o término da construção de uma barragem avaliada em mais de um milhão de dólares para proteger o único habitat do *snail darter*, uma espécie de peixe sem qualquer importância estética, biológica ou ecológica em particular. Para tanto, tomaram por base o *Endangered Species Act*, norma criada pelo Congresso americano para a proteção de espécies ameaçadas de extinção. O caso foi parar na Suprema Corte, e por maioria decidiu-se pela interrupção da obra sob o fundamento de que o texto da lei seria claro e a Corte não teria direito de recusá-lo aplicação por acreditar que os resultados seriam absurdos. A minoria vencida, por sua vez, entendeu ser dever da Corte impedir estes mesmos resultados absurdos a menos que existam fortes evidências de que eles foram desejados pelo legislador. Em qualquer caso, o que Dworkin observa é que tanto os juízes favoráveis quanto os contrários à interrupção não discordaram sobre a validade da norma expedida pelo Congresso, nem sobre o fato de que a Corte deveria seguir o Direito. A discordância, segundo Dworkin (1986, p. 23), é sobre o que seria o Direito e seu *point*: “They disagreed about the question of law; they disagreed about how judges should decide what law is made by a particular text enacted by Congress when the congressmen had the kinds of beliefs and intentions both justices agreed they had in this instance”. Em outras palavras, o desacordo existente entre os juízes não seria um desacordo empírico, mas sim um desacordo teórico, sobre o que é o Direito e quais são suas finalidades.

¹³ O convencionalismo é defendido de forma muito clara por Marmor em vários de seus textos, dentre os quais se destaca *Legal Conventionalism* (MARMOR, 2001, pp. 193-217), bem como seu livro *Social Conventions: from Language to Law* (MARMOR, 2009).

seria capaz de explicar tais desacordos teóricos e, portanto, seria igualmente inadequado como forma de se conceber o Direito.

Na visão de Marmor, esta seria a melhor forma de se compreender o argumento de Ronald Dworkin. Marmor reconhece na ideia agulhão semântico um claro argumento contra o convencionalismo. Não é sem razão que seu objetivo central em *Interpretation and Legal Theory é demonstrar os equívocos da crítica dworkiniana*¹⁴.

De qualquer sorte, Marmor não pode apenas defender o positivismo convencionalista. Na medida em que Dworkin apresenta uma resposta aos desacordos teóricos, caracterizada pela concepção de Direito enquanto empreendimento interpretativo, Marmor também se preocupa em argumentar contra as posições substantivas de Dworkin. Logo, uma de suas preocupações é demonstrar os equívocos da concepção dworkiniana de interpretação, o que envolve apresentar sua própria concepção sobre o fenômeno interpretativo.

Esta é uma tarefa que ele leva a cabo no segundo capítulo de seu livro. Partindo de intrincadas considerações sobre a filosofia contemporânea da linguagem, Marmor acredita que a interpretação *não permeia todo o campo jurídico*. Isso ocorre porque a interpretação, para Marmor, consiste na imposição de sentido (*meaning*) ao objeto, onde a noção apropriada de sentido é dada em termos de intenções comunicativas (ainda que de um falante fictício). Esta visão coincidiria com a tese de que a interpretação é uma característica “parasitária” do conhecimento prévio que temos sobre sentidos literais (*literal meanings*), *como é o caso de aspectos de comunicações que são subdeterminadas por regras ou convenções*¹⁵. Esta conclusão é possível porque Marmor, partindo das considerações de Dummet e de sua interpretação de Wittgenstein, sustenta que não se interpreta o que é determinado por regras ou convenções. Interpretar consiste na habilidade de alguém em especificar o que entendeu a respeito de uma dada expressão, o que pressupõe uma *linguagem* pré-existente e torna a interpretação uma exceção aos casos padrão¹⁶.

¹⁴ MARMOR, 2005, p. 7.

¹⁵ MARMOR, 2005, p. 25.

¹⁶ MARMOR, 2005, p. 16.

De fato, parece intuitivo imaginar que nem sempre precisaremos da atividade interpretativa para compreender uma norma jurídica. Ela não seria necessária, por exemplo, quando estamos diante de uma placa que estipula o limite de velocidade em 50km/h – nós simplesmente entendemos o que a norma exige. Este ponto é relevante pois Dworkin, na visão de Marmor, estaria argumentado que toda e qualquer conclusão sobre o que é o Direito em um dado caso é resultado de interpretação¹⁷. Esta é a primeira crítica que pretendo analisar.

3. TODA E QUALQUER CONCLUSÃO SOBRE O DIREITO É RESULTADO DE INTERPRETAÇÃO?

No terceiro capítulo de seu livro, Marmor afirma que o argumento substantivo de Dworkin segue a seguinte estrutura:

1. Toda e cada conclusão sobre o que é o Direito em um dado caso é um resultado de interpretação.
2. Interpretação é, essencialmente, uma tentativa de apresentar seu objeto na melhor luz possível.
3. Portanto, interpretação necessariamente envolve considerações valorativas.
4. E, portanto, toda conclusão sobre o que é o Direito, necessariamente, envolve considerações valorativas¹⁸.

Meu interesse é analisar criticamente as duas primeiras afirmações que Marmor atribui ao argumento substantivo de Dworkin. No presente tópico, analiso a primeira afirmação, de que *toda* conclusão sobre o Direito é resultado de interpretação. É correto afirmar que, para Dworkin, *toda* conclusão sobre o Direito é resultado de interpretação? Se for correto, parece que a posição de Marmor é mais adequada: compreender algumas normas, como é o caso mencionado das normas de trânsito, parece independe de qualquer atividade interpretativa. Contudo, se nos aprofundarmos na teoria dworkiniana, perceberemos que Dworkin nunca defendeu este argumento.

¹⁷ MARMOR, 2005, p. 27.

¹⁸ MARMOR, 2005, p. 27, tradução livre.

Considerando os diferentes contextos e propósitos dos indivíduos e de nossas práticas sociais, percebemos que nem sempre utilizamos os conceitos da mesma maneira¹⁹. Neste sentido, Dworkin faz uma divisão entre diferentes modos através dos quais podemos analisar e utilizar conceitos, merecendo destaque o modo criterial e o modo interpretativo. As teorias que tratam certos conceitos de forma criterial o fazem através da estipulação de uma definição mais precisa do conceito, tendo em vista determinados propósitos. Para Dworkin, “desenvolver uma teoria deste tipo de conceito significa propor uma definição mais precisa para algum propósito particular”²⁰.

Os propósitos pelos quais utilizamos conceitos de forma criterial podem ser os mais diversos possíveis. Uma pesquisa de ordem sociológica, por exemplo, pode estipular que contam como “casamentos” apenas as uniões entre homens e mulheres registradas nos respectivos cartórios de registro civil. Ao utilizar o conceito de casamento desta forma, estipulando sua forma e conteúdo, o sociólogo não tem em mente a correção “moral” ou a “verdade” do casamento. A depender do propósito adotado, o conceito de casamento pode ser utilizado de forma criterial, sem levar em consideração os inúmeros debates sobre seu “valor” ou “essência”. Seu propósito pode ser verificar o número de casais heterossexuais que “casaram” nos cartórios de São Paulo entre os anos de 1980 e 2000, por exemplo.

Algo semelhante acontece quando nos deparamos com certas regras jurídicas. Muitas regras são estipuladas de forma convencional, a partir da adoção de certos critérios. Quando pensamos na norma que limita a velocidade em uma estrada a 50km/h, o que se tem é a estipulação da velocidade máxima permitida para diferentes veículos. Mas o propósito, aqui, não precisa ser “sociológico”. O propósito dos legisladores pode ser a diminuição da letalidade nos acidentes de trânsito, e 50km/h pode ter sido o valor considerado mais adequado à luz deste propósito, sem prejudicar outros aspectos relevantes para o tráfego de veículos (como tempo de viagem e fluidez). Ainda assim, a regra é construída a partir de um critério convencionalmente estipulado.

¹⁹ Ao tratar do conceito de Direito, por exemplo, Dworkin (2006, p. 9) afirma: “concepts can be put to very different kinds of uses, and our theory of any concepts of law must be sensitive to the role we are supposing it to play”.

²⁰ DWORKIN, 2006, p. 9, tradução livre.

Os debates sobre o que é o Direito nem sempre serão debates sobre o “sentido” de certos termos ou expressões previstas em determinadas regras e normas (e daí a crítica dworkiniana do agulhão semântico).

Em casos concretos, podemos nos questionar se um motorista infringiu ou não esta regra de trânsito. Se ele estava trafegando a 70km/h, tem-se como certa a infração. O “critério dos 50km/h” é determinado fisicamente, e sua constatação é facilitada através de cálculos ou do uso de certos aparelhos, como os radares de trânsito, que fazem tais cálculos automaticamente. Se o radar está funcionando corretamente e acusa uma velocidade superior a 50km/h, então a infração ocorreu. Nestas hipóteses, a regra de trânsito não se sujeita à interpretação, ao menos no sentido relevante de interpretação sugerido por Marmor. Alguém que afirme que dirigir a 70km/h não infringe a norma não está oferecendo uma “interpretação” distinta – a pessoa, simplesmente, não entende o que significa a regra. Tal indivíduo não é capaz de seguir a regra porque não compreende seus próprios termos. A conclusão de que uma pessoa que dirige a 70km/h infringe a regra de trânsito não depende, portanto, de qualquer tipo de “interpretação” sobre a regra. Logo, de fato, é incorreto afirmar que “toda e cada conclusão sobre o que é o Direito em um dado caso é um resultado de interpretação”.

O problema é que Marmor, expressamente, atribui esta tese a Dworkin. Ocorre que Dworkin em momento algum sustentou que “toda e cada conclusão sobre o que é Direito” é resultado de interpretação. Antes o contrário. Ainda no *Império do Direito*, Dworkin ressalta a existência de divergências de caráter *empírico* sobre o Direito. Juristas podem divergir sobre a legislação de trânsito na medida em que desconhecem a existência ou não de determinada regra²¹. E, na aplicação da regra, a divergência pode ser uma questão de *fato* – saber se o motorista estava, de fato, dirigindo em uma velocidade superior à prevista na regra.

Entretanto, o que Dworkin pretende ressaltar é a insuficiência de uma explicação do fenômeno jurídico, enquanto prática social valorativa, a partir de uma perspectiva exclusivamente criterial. Os debates sobre o que é o Direito nem sempre serão debates sobre o “sentido” de certos termos ou expressões previstas em determinadas regras e normas (e daí a crítica dworkiniana do agulhão semântico). Os debates sobre o Direito não se limitam a debates “empíricos”, mas são, como observado pelo próprio Marmor ao interpretar Dworkin,

²¹ Neste sentido, Dworkin afirma que: “Lawyers and judges might agree, for example, that the speed limit is 55 in California if the official California statute book contains a law to that effect, but disagree about whether that is the speed limit because they disagree about whether, in fact, the book does contain such law. We might call this an empirical disagreement” (DWORKIN, 1986, p. 4-5).

debates de natureza teórica. Disso não se segue que *todos* os debates jurídicos *são* teóricos. É plenamente concebível que, para Dworkin, nem todas as conclusões sobre o Direito sejam objeto de “interpretação”. Algumas conclusões sobre o que é o Direito podem e são determinadas convencionalmente e criterialmente. O argumento de Dworkin não pede força ao admitir, em síntese, a existência de divergências empíricas ou de regras e normas jurídicas convencionais.

O problema é que boa parte das divergências sobre o que é o Direito não são empíricas e nem se resolvem de forma criterial ou convencional, como sugere Marmor. Nem todas as proposições jurídicas devem ser compreendidas de forma análoga às proposições presentes em regras como as que estabelecem a velocidade em estradas – e aí reside a discordância entre os autores. Ao ressaltar a existência de divergências teóricas, Dworkin abre espaço para uma compreensão *interpretativa* do Direito, no sentido mais relevante da ideia de interpretação, no qual os desacordos não se dão em razão de critérios determinados convencionalmente. Se nosso objetivo é compreender o Direito enquanto uma prática social valorativa, com um propósito valorativo, o melhor é interpretá-lo enquanto um *conceito interpretativo*. E o elemento central neste “tipo” de conceito corresponde à atribuição de um valor ou propósito à prática social compartilhada²².

Neste caso, o conceito de “Direito” é muito próximo de conceitos como o de “casamento”. Posso pensar em uma forma “sociológica” e criterial de definir ou explicar certos aspectos do Direito, em atenção a determinados propósitos, da mesma forma como um sociólogo pode delimitar o conceito de “casamento” para os fins de seus estudos. Contudo, uma análise mais ampla sobre “o que é o Direito”, entendido enquanto uma prática social valorativa, não pode se limitar a reafirmar as compreensões convencionalmente compartilhadas sobre o Direito. No caso do conceito de “casamento”, a ideia é a mesma: não é possível explicar as próprias divergências sobre o que entendemos por casamento reafirmando seu caráter convencional, no qual boa parte das pessoas o

²² Ao tratar dos “conceitos interpretativos”, Dworkin afirma que “Some of our concepts function differently still: they function as interpretive concepts that encourage us to reflect on and contest what some practice we have constructed requires (...) As I explain in Chapter 6 of this book [Justice in Robes], the central concepts of political and personal morality – the concepts of justice, liberty, equality, democracy, right, wrong, cruelty, and insensitivity – function for us as interpretive concepts as well. People share the concept of justice in spite of sharp disagreements both about the criteria for identifying injustice and about which institutions are unjust” (DWORKIN, 2006, p. 10-11).

compreende como união heterossexual²³. As divergências só são inteligíveis porque se dão em termos interpretativos, e não criteriosais. Nestes casos, não posso presumir a correção a priori dos “critérios” adotados por cada concepção. Em última análise, a compreensão que temos de conceitos como Direito ou casamento, e os eventuais consensos que podemos compartilhar sobre eles, tem como fundamento nossas diversas *convicções*, e não são mero *fruto da convenção*²⁴.

Em síntese, a verdadeira tese que pode ser atribuída a Dworkin é de que o Direito, para ser adequadamente compreendido enquanto prática social propositada e valorativa, deve ser analisado interpretativamente. Isso é muito diferente, e não se confunde, com a tese que Marmor erroneamente atribui a Dworkin. Afinal, em momento algum se pode inferir da teoria dworkiniana que “toda e cada conclusão sobre o que é o Direito é resultado de interpretação”²⁵.

4. A “MELHOR” INTERPRETAÇÃO?

A segunda afirmação que Marmor atribui à posição substantiva de Dworkin é de que a interpretação corresponde, essencialmente, à apresentação do objeto interpretado à sua melhor luz – ideia que

²³ Sobre a inviabilidade de se pensar a “essência” do casamento de modo criterial ou convencional, cf. DWORKIN, 2006, p. 9-10.

²⁴ Dworkin aborda a distinção entre consensos por convenção e consensos por convicção nos seguintes termos: “Assume that almost every lawyer and judge in Britain accepts that if a statute is duly enacted by Parliament with royal assent, and there can be no real doubt about what the language of the statute means, then the law is what the statute plainly says it is (...). This assumed consensus has two possible explanations, however. Perhaps lawyers and judges accept that proposition as true by convention, which means true just because everyone accepts it, the way chess players all accept that a king can move only one square at a time. Or perhaps lawyers and judges all accept the proposition as obviously true though not true by convention: perhaps the consensus is a consensus of independent conviction, the way we all accept that it is wrong to torture babies or to convict people we know are innocent. The difference is this. If lawyers think a particular proposition about legislation is true by convention, they will not think they need any substantive reason for accepting it. (...) But if the consensus is one of conviction, then dissent, however surprising, will not be out of order in the same way, because everyone will recognize that an attack on the proposition itself.” (DWORKIN, 1986, p. 136).

²⁵ Embora meu interesse neste tópico seja apenas ressaltar a incorreção da leitura feita por Marmor, ao atribuir à teoria dworkiniana algo que ela nunca defendeu, não é demais ressaltar o papel central que a interpretação ocupa na compreensão que Dworkin tem do Direito, o que fica evidente nos chamados casos difíceis e na forma como utilizamos diferentes conceitos. Os “casos centrais” para pensarmos o Direito não são, portanto, aqueles que resultam em divergências banais, de natureza empírica. Neste sentido, cf. os exemplos apresentados na nota de rodapé nº. 12. Além disso, a natureza dos conceitos que utilizamos dependerá sempre do seu contexto de uso e dos propósitos dos agentes, e conceitos podem “migrar” de uma compreensão criterial para interpretativa, e vice-versa. Assim, por exemplo, embora possamos pensar no conceito de “livro” como conceito tipicamente criterial, ele poderá ter uma natureza interpretativa quando a intenção é saber se “livros digitais” (*ebooks*) são ou não imunes à tributação. Neste sentido, cf. DWORKIN, 2011, p. 164-166.

Para Marmor, podemos identificar algumas interpretações melhores ou piores, mas, ao contrário do sugerido por Dworkin, não poderíamos afirmar que uma será “a melhor”.

Dworkin denomina hipótese estética e que é desenvolvida no texto “De que maneira o Direito se assemelha à Literatura”, presente no livro *Uma Questão de Princípio*²⁶. Na visão de Marmor, a ideia de que devemos interpretar um objeto “à sua melhor luz” pode nos conduzir, em última análise, à afirmação de que somos capazes de alcançar a *melhor* interpretação. Neste ponto, o debate entre Marmor e Dworkin versa sobre a *objetividade da interpretação*, sobre a possibilidade (ou não) de encontrarmos a interpretação considerada “correta”.

Para Marmor, podemos identificar algumas interpretações melhores ou piores, mas, ao contrário do sugerido por Dworkin, não poderíamos afirmar que uma será “a melhor”. Neste ponto, Marmor sustenta que comparações avaliativas seriam *incomensuráveis*, pois não compartilhariam um “denominador comum” que torna possível um julgamento com “todas as coisas consideradas”²⁷. Este é um ponto curioso, porque aproxima a visão positivista de Marmor do jusnaturalismo de John Finnis, quem defende, justamente, a incomensurabilidade do valor, compreendido à luz dos chamados bens humanos básicos²⁸.

Dworkin poderia afirmar que a pretensa “incomensurabilidade” de alguns valores decorre da concepção, equivocada, de que tais valores têm natureza *autônoma*. Ao contrário, Dworkin argumenta que

²⁶ DWORKIN, 1985, p. 146-166. Ao tratar da hipótese estética, Dworkin afirma que a melhor interpretação de uma obra será aquela que a revela como a melhor obra de arte que ela poderia ser (DWORKIN, 1985, p. 149) – o que, na minha leitura, corresponde a revelar a obra em sua melhor luz. Disso se segue que, para ler uma obra na sua melhor luz, devemos atentar para certos *limites* à interpretação, como questões de identidade (e.g., os próprios termos e expressões do texto, cuja leitura não pode envolver acréscimos ou supressões), coerência e integridade da obra. Nestes últimos aspectos, de coerência e integridade, deve-se atentar para questões referentes ao gênero da obra. Assim, por exemplo, uma interpretação de algum livro da Agatha Christie como um “tratado filosófico sobre a morte” seria uma interpretação ruim, que não a revela em sua melhor luz, já que somente uma ou outra frase poderiam ser associadas à ideia proposta (DWORKIN, 1985, p. 150-151).

²⁷ Nas palavras de Marmor: “(...) Dworkin’s insistence on the best possible light rests on the assumption that in each and every case there is the possibility of an all things considered judgment about what makes a given work valuable, what makes it the best possible example of the genre to which it is taken to belong. But this assumption, it is rightly claimed, ignores the problem of incommensurability. (...) There is simply no such thing as the best. Some interpretations may be better, or worse, than others, but none could be claimed to be the best. That is so, simply because some of the evaluative comparisons are incommensurable. The incommensurability of values consists in the fact that there are certain evaluative comparisons in which it is not true that A is better than B, not true that A is worse than B, and not true that A is on par with B” (MARMOR, 2005, p. 32-33).

²⁸ O próprio Marmor faz referência às críticas que Finnis dirige à Dworkin sobre a questão da incomensurabilidade do valor (cf. MARMOR, 2005, p. 32). A crítica de Finnis à Dworkin pode ser encontrada, dentre outros, no texto *Reason and Authority in Law’s Empire* (FINNIS, 2011b, pp. 280-298). Já sua concepção sobre bens humanos básicos, autoevidentes e incomensuráveis, bem como sua visão sobre o fenômeno jurídico como um todo, podem ser encontrados no livro *Natural Law and Natural Rights* (FINNIS, 2011a).

Neste sentido, uma análise integrativa dos valores fornece suporte para o argumento de que uma interpretação é a melhor, correta”.

os valores que compartilhamos socialmente funcionam de forma *integrada*. Nós trataríamos os valores de forma autônoma se acreditássemos que eles são separados e fixados de maneira independente das nossas preocupações com uma boa vida (nós respeitáramos os valores porque eles seriam apenas *valiosos em si mesmos*, e daí a incomensurabilidade, de modo que estaríamos simplesmente errados se não os reconhecêssemos). Por outro lado, tratar os valores de maneira integrada significa considerá-los à luz de nossos interesses em uma boa vida – porque aceitar os valores, de uma forma ou de outra, melhora nossa vida de alguma maneira²⁹. Na medida em que trabalhamos com valores de modo integrado, eliminamos a possibilidade de conflito entre os valores e abrimos espaço para uma tarefa interpretativa e argumentativa, pautada na coerência e no ajuste (*fit*) entre diferentes valores (vistos como uma rede valorativa), o que torna possível construir uma interpretação superior às demais. Neste sentido, uma análise integrativa dos valores fornece suporte para o argumento de que uma interpretação é a melhor, correta.

Um exemplo, sugerido pelo próprio Dworkin, pode deixar esta ideia menos abstrata. Muitas pessoas entendem que uma vida sem amigos é uma vida empobrecida. Mas disso não se segue que o valor da amizade é independente dos demais valores que associamos às nossas vidas. Nossa preocupação maior não é ter mais e mais amigos (o que sugere uma abordagem quantitativa), mas sim com o valor destas amizades em relação àquilo que entendemos constituir uma boa vida. Não se trata de ver a amizade como algo “instrumental”, mas sim como um valor que, independentemente da compreensão que temos dele (e a amizade é, para Dworkin, um conceito de tipo interpretativo), faz com que nossas vidas sejam mais valiosas. Disso se segue que a amizade não é concebida como um valor “autônomo”, mas um valor integrado aos demais valores que consideramos relevantes em nossas vidas³⁰. O mesmo se passa com outros valores políticos e jurí-

²⁹ DWORKIN, 2006, p. 156.

³⁰ Nas palavras de Dworkin: “Most people cherish friendship: they think a life with no close connections to others is impoverished. But we do not think that friendship just is what it is, like a planet, and that its only connection with a desirable life is that a desirable life is one that recognizes it, whatever it turns out to be. I do not mean, of course, that relationships like friendships are valuable only for the narrow benefits they bring to friends, like cooperation in achieving goals. But their value is not independent of the way that they enhance life in other ways; we may disagree about exactly which ways these are – friendship is an interpretive concept – but no one thinks that friendship would remain something of importance if it turned out to do nothing for the lives of friends, except make them friends” (DWORKIN, 2006, p. 157-158).

dicos, como justiça, igualdade, liberdade e democracia. Tais valores não têm alguma espécie de “valor intrínseco”, autônomo, separado do que entendemos constituir boas práticas políticas e jurídicas em nossas vidas. Como afirma Dworkin, “a justiça não é um deus ou um ícone: se nós a valorizamos, é em razão de suas consequências para as vidas que levamos individualmente e coletivamente”³¹.

Disso se segue que uma compreensão integrativa dos valores explica de modo mais adequado nossas práticas sociais e a maneira como tais valores se apresentam e se justificam em nossas vidas. Ao retomar esta ideia em *Justice for Hedgehogs*, Dworkin defende que a postura integrativa é a única que torna nossas divergências genuínas, mesmo quando divergimos fortemente sobre os critérios que utilizamos para decidir se uma instituição é justa ou injusta³². Ao contrário, a crença em valores incomensuráveis ou autônomos é incompatível com a natureza argumentativa de nossas práticas, que pressupõe, em seu próprio exercício, a existência de respostas e concepções certas e erradas. Logo, ao ressaltar o caráter integrado que os valores ocupam na interpretação e nos raciocínios ético e moral, Dworkin abre espaço para uma teoria da interpretação baseada na argumentação, sem qualquer tipo de explicação de cunho convencionalista³³.

5. ANÁLISE CRÍTICA E CONCLUSÕES

A natureza do debate estabelecido entre Andrei Marmor e Ronald Dworkin transcende as explicações que cada teórico possa fornecer sobre o que é o Direito. Na realidade, o debate tem como ponto crucial a própria natureza do empreendimento teórico de descrição do fenô-

³¹ DWORKIN, 2006, p. 158, tradução livre.

³² DWORKIN, 2011, p. 6.

³³ É o que sustenta Ronaldo Porto Macedo Junior: “Para ele [Dworkin] não é o mero consenso ou falta dele que serve de critério para determinar objetivamente o que é a interpretação correta de um empreendimento interpretativo ou mesmo a melhor concepção de um conceito interpretativo. Ainda que seja necessário partir de práticas socialmente compartilhadas (paradigmáticas), a interpretação não se exaure nesse momento de reconhecimento da existência de práticas convencionais. Para além delas, é necessário enxergar qual é a reconstrução teórica (concepção) que melhor a descreve (mais bem ajustada e coerente). O critério para a melhor concepção não é convencional por si mesmo, mas antes argumentativo, muito embora se apoie em regras sociais em algum momento. Uma interpretação é melhor não porque é aceita pela maioria ou se ancora na convenção dominante, mas porque em seu apoio existe uma melhor justificação ou argumentação racional. Note-se, contudo, que o próprio critério do que faz uma justificação melhor do que outra é, ele mesmo, interpretativo, razão pela qual jamais saímos completamente do ‘jogo da argumentação e da interpretação’” (MACEDO JR, 2013b, p. 217-218).

meno jurídico. O debate eleva-se, neste sentido, à questão de como devemos explicar o Direito – é, portanto, de ordem *metodológica*. Além disso, tanto Marmor como Dworkin são herdeiros de uma tradição da filosofia da linguagem que se insere no campo da Teoria do Direito, cujos primórdios se encontram no *O Conceito de Direito* de Herbert Hart.

É por esta razão que a questão da interpretação se faz tão relevante. Refutadas as críticas de Marmor, a concepção de Dworkin sai fortalecida. Além disso, Dworkin demonstrou a impossibilidade de se descrever de forma meramente criterial um fenômeno que, como o Direito, corresponde a uma prática social de natureza *interpretativa*. Isso significa, em linhas gerais, que se trata de uma prática que possui um *point* de natureza valorativa, que é essencialmente contestável. Em outras palavras, as pessoas discordam sobre o que é o Direito, e este desacordo se baseia em diferentes *concepções* sobre um mesmo conceito. Nada nesta leitura permite inferir o argumento que Marmor atribuiu, equivocadamente, a Dworkin: de que “toda conclusão sobre o que é o Direito decorre de interpretação”.

A outra crítica feita por Marmor, de que seria impossível a objetividade na interpretação, parte do pressuposto de que os valores que compartilhamos possuem uma natureza incomensurável ou autônoma. Dworkin é crítico desta visão. Ao observar nossas práticas, Dworkin constata que compartilhamos princípios e valores de forma integrada, e não autônoma. Esta compreensão integrada, à luz de uma postura interpretativa, faz com que nossas divergências sejam sérias e genuínas, e não problemas insolúveis.

Ao afastarmos as críticas de Marmor, abrimos espaço para uma leitura mais fidedigna da concepção de interpretação em Dworkin. Uma ideia central para compreender sua concepção, por exemplo, envolve os chamados *casos paradigmáticos*: nós concordamos com uma série de paradigmas, e quanto mais nossos argumentos se pautarem em tais paradigmas, maior o “ajuste” da interpretação³⁴. Assim, por exemplo, com relação ao conceito de justiça, em que pese significativas discordâncias, concordamos que seria uma prática injusta condenar e punir alguém sabidamente inocente³⁵. Podemos afirmar que a

³⁴ A ideia de “ajuste” (*fit*) permeia a concepção de interpretação defendida por Dworkin e se relaciona, em minha leitura, aos limites existentes à interpretação – que fazem com que a interpretação seja uma interpretação, e não a criação de um novo objeto. Neste sentido, como ressalta Stephen Guest, a própria ideia de “ajuste” está aberta à interpretação (GUEST, 2013, p. 85).

³⁵ DWORKIN, 2011, p. 161.

condenação de inocentes corresponde a um caso paradigmático de injustiça, e é a partir de casos como este que interpretamos e formamos nossa compreensão sobre diversos conceitos valorativos.

Certamente, como afirma Dworkin, “nós não podemos dizer apenas quanto ou quais detalhes de concordância sobre paradigmas é necessário em uma comunidade em particular para justificar o tratamento de um conceito como interpretativo para esta comunidade”³⁶. Em outras palavras, não há como determinar de forma certa e inequívoca a concordância sobre casos paradigmáticos para descobrir se o conceito, em dada comunidade, é considerado interpretativamente. Como Dworkin sustenta, a interpretação será sempre interpretativa (“*interpretation is interpretive all the way down*”). Logo, mesmo os casos paradigmáticos, que fundamentam a interpretação destes conceitos, são objeto de interpretação.

A ideia de paradigmas e de práticas compartilhadas sugere a maneira com que Dworkin responde à questão de como identificar a melhor interpretação dentre várias alternativas. E na medida em que não tratamos os valores e conceitos que compartilhamos de forma isolada, e sim integrada, ideias como ajuste (“*fit*”) e *coerência* são fundamentais para compreender de que maneira uma interpretação será melhor que outra.

Estes apontamentos sobre a ideia de interpretação na teoria dworkiniana sugerem ainda que, para Dworkin, não há como compreender a prática jurídica a partir de um ponto de vista *externo* a esta prática. Enquanto uma prática social, é em seu próprio interior que conseguimos encontrar seu sentido. E, no caso de práticas sociais como o Direito, este sentido envolve conceitos de tipo interpretativo. Pressupor que utilizamos os conceitos valorativos de forma criterial ignora a natureza e a seriedade dos debates que existem sobre o que é o Direito. Em última análise, indivíduos não discutem, por exemplo, se a justiça é ou não é importante; indivíduos discutem sobre o que a justiça, de fato, é e exige em situações concretas³⁷.

³⁶ DWORKIN, 2011, p. 161, tradução livre.

³⁷ Este ponto é bem exemplificado por Dworkin (2006, p. 148) quando trata da justiça: “People do not much dispute the importance of justice: it is normally a decisive objection to a political decision that is unjust. Disputes about justice almost always take the form of argument, not about how important justice is or when it should be sacrificed to other values, but what it is [...] It would therefore be most implausible to treat a philosophical theory of that concept as Archimedean: it would be implausible, that is, to suppose that an informative theory about the nature of justice could be neutral among issues of substantive political argument”.

REFERÊNCIAS

- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Estados Unidos: Harvard University Press, 1978.
- _____. *Law's empire*. Estados Unidos: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.
- _____. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- _____. *Justice in robes*. Estados Unidos: The Belknap Press of Harvard University, 2006.
- _____. *Justice for hedgehogs*. Estados Unidos: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. 2ª ed. New York: Oxford University Press, 2011a.
- _____. Reason and authority in Law's Empire, em FINNIS, John. *Philosophy of law: collected essays*, volume IV. New York: Oxford University Press, pp. 280-298, 2011b.
- GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. 3ª ed. Stanford: Stanford University Press, 2013.
- HART, Herbert. *The concept of law*. 2ª ed. New York: Oxford University Press, 1994.
- MACEDO JR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013a.
- _____. *Ensaio de teoria do direito*. São Paulo: Saraiva, 2013b.
- MARMOR, Andrei. Legal conventionalism, em COLEMAN, Jules (ed.). *Hart's postscript: essays on the postscript to the Concept of Law*. New York: Oxford University Press, 2001.
- _____. *Interpretation and legal theory*. 2ª ed. Portland: Hart Publishing, 2005.
- _____. *Social conventions: from language to law*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

PODERES, DIREITO E DOMINAÇÃO: A TOMADA DE CONSCIÊNCIA E A INCLUSÃO DE OUTROS SUJEITOS A PARTIR DE QUESTÕES RACIAIS

**Paulo Fernando
Soares Pereira**

Doutorando em Direito,
Constituição e Democracia
pela Universidade de Brasília
– UnB. São Luís, MA, Brasil.
paulofsp1983@gmail.com

**Ana Cláudia
Farranha**

Doutora em Ciências
Sociais pela Universidade
de Campinas. Professora da
Universidade de Brasília-
UnB. Brasília, DF, Brasil.
anclaud@uol.com.br

Recebido: junho 10, 2017

Aceito: outubro 8, 2017

Powers, Law and Domination:
The awareness and inclusion of other
subjects from racial issues

RESUMO

O artigo pretende analisar, a partir da perspectiva da Sociologia Jurídica, como se dão as relações entre os poderes, o direito e a dominação dos sujeitos dominados pelas classes dominantes. Dessa forma, o artigo, inicialmente, valendo-se da epistemologia crítica do “Norte”, faz a análise do processo de dominação, no qual as Ciências Sociais, incluindo o Direito, são elementos essenciais para invisibilizar as lutas sociais. Assim, em seguida, as lutas sociais por novos direitos são analisadas como formas que levam a uma “tomada de consciência” das classes dominadas, levando-as a enveredar pelos caminhos das reivindicações por direitos que lhe foram e são renegados. Finalizando, o trabalho, a partir de uma epistemologia do “Sul”, analisa como têm sido enfrentadas as questões dos novos direitos na América Latina, partindo do pressuposto segundo o qual a questão racial é um dos elementos fundamentais para a compreensão do processo de dominação inaugurado pela Modernidade. A metodologia consistiu na revisão crítica da literatura, incluindo os debates proporcionados pela Sociologia Jurídica, que informa que o direito não é isento de pretensões, mas um instrumento que pode estar a serviço, de forma invisível, das classes dominantes.

Palavras-chave: Poderes. Direito. Dominação. Tomada de consciência. Questão racial.

The article aims the analysis, from the perspective of Juridical Sociology, how the relations between powers, law, domination and dominated individuals take place. At first, the issue adopts the Northern critical epistemology to analyze the process of domination, in which the Social Sciences, including Law, are essential elements to make invisible social struggles. Thus, the social struggles for new rights are examined as ways to lead dominated classes to awareness, taking them to follow the paths of demanding for their rights, which have been and still are denied. Concluding, by approaching a Southern epistemology, the paper analyses how the issues on new rights in Latin American have been faced, assuming that the racial question is one of the fundamental elements in order to understand the process of domination unveiled by Modernity. The methodology is based on a critical review of literature, including the debates provided by Juridical Sociology, which informs that Law is not exempt from exhortations, being, in fact, an instrument that may be used, invisibly, by dominating classes for dominating others, as a rule.

Keywords: Powers. Law. Domination. Awareness. Racial question.

1. INTRODUÇÃO

O artigo pretende analisar, a partir da perspectiva da Sociologia Jurídica, como se dão as relações entre os poderes, o direito e a dominação dos sujeitos dominados pelas classes dominantes, fazendo um recorte a partir das questões raciais presentes na América Latina¹, em especial a questão negra e indígena no Brasil. Porém, esta última, por razões metodológicas, não terá enfoque específico, o que tornaria a questão bastante abrangente: até mesmo a questão racial dos negros, no Brasil, possui uma abrangência enorme, o que requer recortes espaciais e temporais. Assim, o trabalho, inicialmente, apenas abordará questões gerais em torno da temática.

A metodologia consistiu na revisão crítica da literatura, incluindo os debates proporcionados pela Sociologia Jurídica, que informa que o direito não é isento de pretensões, mas um instrumento que pode estar a serviço, de forma invisível, das classes dominantes.

¹ Aníbal Quijano (2005) alerta que o processo atual de globalização é, em primeiro lugar, a culminação de um processo que começou com a constituição da América e do capitalismo colonial/moderno e eurocentrado como um novo padrão de poder mundial; um dos eixos fundamentais desse padrão de poder é a classificação social da população mundial de acordo com as ideias de *raça*, que seria uma construção mental que expressa a experiência básica da dominação colonial e que desde então permeia as dimensões mais importantes do poder mundial, no que se inclui a sua racionalidade específica, o eurocentrismo.

A metodologia consistiu na revisão crítica da literatura, incluindo os debates proporcionados pela Sociologia Jurídica, que informa que o direito não é isento de pretensões, mas um instrumento que pode estar a serviço, de forma invisível, das classes dominantes.

A forma como se estabelece as relações entre poderes, direito e dominação parece já ter sido abordada por alguns autores, dentre eles o sociólogo francês Pierre Bourdieu (2010), quando tratou do *Poder Simbólico*. Na obra o pensador demonstra que o direito, antes de mostrar sua força, mostra-se dominar, primeiramente, por sua simbologia, pela sua aparência de imparcialidade e por todo um conjunto de regras que costuma naturalizar os processos de dominação e negação dos direitos das classes dominadas.

Para fazer a correlação entre poderes, direito e dominação, o trabalho é dividido em 03 (três) tópicos. O primeiro, a partir de uma epistemologia crítica do “Norte”, trata a respeito das contribuições de Pierre Bourdieu para as Ciências Sociais, e em especial para a Sociologia Jurídica. O questionamento que norteia o capítulo é: como é possível que práticas sociais opressoras tenham sido silenciadas no passado e ainda sejam desconsideradas no presente? Um bom caminho para a resposta é analisar o que Pierre Bourdieu denominou de *O poder simbólico*, um poder quase mágico, em sua expressão.

Evidentemente, a magia desse poder é apenas uma metáfora. Logo, o segundo ponto do trabalho é entender como, historicamente, o processo de dominação se formou em sociedades ditas “subalternas”, como a América Latina, em especial no Brasil. A partir desta constatação o artigo começa a tratar da tomada de consciência, inclusive intelectual, que tem permeado os povos que sofreram o processo de colonização inaugurado pela Modernidade. Partindo do conceito de epistemologia do “Sul”, procura-se reinterpretar a Modernidade seguindo as lições de Enrique Dussel: os sujeitos renegados podem tomar consciência da dominação e, a partir das lutas sociais, empreender a reescrita do direito.

Como reescrever os direitos e descolonizá-los? Eis a inquietação do terceiro tópico do artigo. Os direitos podem ser descobertos, reinventados ou reescritos, mas é preciso que os saberes e os próprios direitos sejam descolonizados. Tomar consciência das questões raciais que permearam o processo de colonização, e que ainda se fazem presentes, é uma das alternativas, conquanto não seja a única.

2. O PODER QUASE MÁGICO E A DOMINAÇÃO SIMBÓLICA: AS CONTRIBUIÇÕES DE PIERRE BOURDIEU PARA A SOCIOLOGIA JURÍDICA

Ao tratar da relação entre poder e dominação, Anthony Giddens² recorda que o poder, em um sentido bastante generalizado, significa uma capacidade transformadora, uma técnica de intervir em determinado cenário de eventos de forma a alterá-los. Dessa forma, torna-se necessário compreender a conexão lógica entre a ação e o poder, dada a suma importância dessa relação para a teoria social. Nesse sentido, o trabalho procurará fazer essa correlação partindo das contribuições de outro sociólogo: Pierre Bourdieu.

As teorias sociológicas de Pierre Bourdieu podem ser consideradas parte do construtivismo estruturalista, e se baseiam em uma tríade conceitual formada por *capitais* (cultural, social e simbólico, além do econômico; este último já tratado pela teoria marxista, mas que não será objeto do enfoque principal do teórico)³, *campo* (espaço de conflitos e de concorrência, no qual se luta pelo estabelecimento do monopólio do capital pertinente ao campo) e *habitus* (conjunto de conhecimentos práticos adquiridos ao longo do tempo que permitem ao sujeito perceber, agir e evoluir com naturalidade em um dado universo social), que constituem o seu referencial de análise da realidade social⁴. A inovação do pensamento do sociólogo francês, no que concerne ao estudo do capital, é a compreensão de que os capitais econômico e cultural são elementos estruturantes de toda a hierarquia social moderna⁵.

O conceito central de “capital”, por exemplo, foi desenvolvido por outros autores, como o sociólogo francês Pierre Bourdieu, com um potencial criativo muito mais penetrante, esclarecedor e sofisticado do que seu uso por Marx. Em primeiro lugar, “capital” deixa de ser apenas uma categoria “econômica”, e inclui tudo aquilo que passa a ser decisivo

² GIDDENS, 2008, p. 33.

³ “A noção de capitais é herança da teoria marxista, embasada na determinância das estruturas econômicas como forma de estabelecer a conduta individual. Bourdieu, emprestando a ideia de Marx de capital como relação social que dá poder aos possuidores frente aos despossuídos, estende a noção a outras formas de riqueza, criando três outros tipos de capitais: cultural, social e simbólico; sendo que o capital econômico vai continuar fazendo parte de suas análises, mas sem a preponderância dada a ele pela teoria marxista” (MADEIRA, 2007, p. 20).

⁴ MADEIRA, 2007, p. 20-21.

⁵ SOUZA, 2015, p. 153.

para assegurar o acesso privilegiado a todos os bens e recursos escassos em disputa na competição social. Ainda que Bourdieu reconheça que o capital econômico é decisivo para assegurar vantagens permanentes nesta disputa, ele não está sozinho.

Para além do capital econômico, uma das maiores descobertas de Bourdieu para a ciência social crítica foi a da importância, tão central como a do capital econômico, do “capital cultural”. Capital cultural para Bourdieu é tudo aquilo que logramos “aprender”, e não apenas os títulos escolares⁶.

Por diversas razões, a obra do sociólogo francês teve uma forte aceitação no Brasil⁷, sendo bastante traduzida no país e tornando-se um importante referencial para a compreensão de algumas questões essenciais da Sociologia Jurídica, uma vez que o teórico não deixou passar despercebido de suas análises sociológicas o fenômeno jurídico, principalmente na obra *O poder simbólico* (2010), especialmente no Capítulo VIII, que trata a respeito da força do direito e sobre os elementos para uma sociologia do campo jurídico.

Mas o que seria o poder, em uma concepção sociológica? Seria possível compreender o poder através de sistemas simbólicos?⁸ Há relação entre os sistemas simbólicos e o direito? Como é possível que as classes dominantes subjuguem as classes dominadas e sufoquem as lutas sociais destas? As respostas de Pierre Bourdieu se mostram convincentes e bastante lógicas, sendo uma espécie de óculos capaz de desembaçar a visão míope das estruturas sociais.

Primeiramente, a visão tradicional de poder e dominação parece ser inovada por Pierre Bourdieu, no momento em que o sociólogo passa a compreendê-la não apenas como algo material. O poder simbólico, em sua compreensão, é um poder invisível, o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe

⁶ SOUZA, 2015, p. 225-226.

⁷ Sobre a aceitação de Pierre Bourdieu no Brasil, cf. BORTOLUCI; JACKSON; PINHEIRO FILHO, 2015, p. 217-218, para quem “um estudo sobre a recepção de sua obra nesse caso deve levar em conta, antes de tudo, que tal processo se dá por meio de relações assimétricas entre um sistema intelectual periférico e um centro produtor da sociologia, e que a tradição francesa desempenhou papel central na constituição das humanidades no Brasil, desde ao menos o século XIX”.

⁸ “Os símbolos são os instrumentos por excelência da ‘integração social’: enquanto instrumentos de conhecimento e de comunicação (cf. a análise durkheimiana da festa), eles tornam possível o consensus acerca do sentido do mundo social que contribui fundamentalmente para a reprodução da ordem social: a integração ‘lógica’ é a condição da integração ‘moral’” (BOURDIEU, 2010, p. 10).

O poder simbólico, em sua compreensão, é um poder invisível, o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem; o poder simbólico necessita ser descoberto onde ele se deixa ver menos, onde é completamente ignorado e precisa ser reconhecido.

estão sujeitos ou mesmo que o exercem; o poder simbólico necessita ser descoberto onde ele se deixa ver menos, onde é completamente ignorado e precisa ser reconhecido⁹. Nesse ponto, pode causar certa angústia a leitura das análises do sociólogo quando o mesmo ressalta que a dominação necessita da cumplicidade do dominado.

Evidentemente que, para ser exercido, o poder necessita de sistemas que o estruturam. Nesse sentido, os “sistemas simbólicos”, como instrumentos de conhecimento e comunicação, só podem exercer um poder estruturante porque são estruturados; o poder simbólico seria um poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem *gnosiológica*, isto é, dá um sentido imediato ao mundo, principalmente ao mundo social, o que impede questionamentos pelos sujeitos, supondo aquilo que Durkheim teria chamado de conformismo lógico, ou seja, “uma concepção homogênea do tempo, do espaço, do número, da causa, que torna possível a concordância entre inteligências”¹⁰.

Nessa perspectiva, os padrões ou sistemas simbólicos atuarão, de forma oculta, como formas de dominação, e darão o conformismo lógico para que as classes dominadas não façam suas reivindicações, inclusive no campo do direito, bloqueando e desmobilizando, por um lado, as lutas sociais e, por outro lado, naturalizando as desigualdades existentes, uma vez que tuteladas, dentre outras coisas, pela suposta imparcialidade do fenômeno jurídico. E como isso é possível? A maior contribuição do sociólogo, nessa questão, foi a análise das diversas formas de capital, dando enfoque aos capitais simbólicos e culturais. Em síntese, Pierre Bourdieu dirá que,

A cultura dominante contribui para a integração real da classe dominante (assegurando uma comunicação imediata entre todos os seus membros e distinguindo-os das outras classes); para a integração fictícia da sociedade no seu conjunto, portanto, à desmobilização (falsa consciência) das classes dominadas; para a legitimação da ordem estabelecida por meio do estabelecimento das distinções (hierarquias) e para a legitimação dessas distinções. Esse efeito ideológico, produ-lo a cultura dominante dissimulando a função de divisão na função de comunicação: a cultura que une (intermediário de comu-

⁹ BOURDIEU, 2010, p. 8.

¹⁰ BOURDIEU, 2010, p. 9.

nicação) é também a cultura que separa (instrumento de distinção) e que legitima as distinções e compelindo todas as culturas (designadas como subculturas) a definirem-se pela sua distância em relação à cultura dominante¹¹.

Para que o quadro acima ocorra, os sistemas simbólicos, enquanto instrumentos estruturados e estruturantes de comunicação e de conhecimento, cumprem uma função política de instrumentos de imposição ou de legitimação da dominação. Sua grande contribuição é assegurar a dominação de uma classe sobre outra, através da violência simbólica, dando o esforço de sua própria força às relações de poder que as fundamentam e contribuindo assim, segundo a expressão de Max Weber, para a ‘domesticação dos dominados’¹². Um exemplo claro disso pode ser representado por meio do fenômeno cultural, como se discutirá adiante, no qual o padrão eurocêntrico branco foi sendo naturalizado como padrão civilizatório de desenvolvimento a ser alcançado pelos povos que sofreram o processo de colonização¹³.

Sobre o processo de dominação, a análise de Pierre Bourdieu procura demonstrar que as diferentes classes e frações de classes estão envolvidas em uma luta propriamente simbólica, na tentativa de imposição de uma definição de mundo social que mais se adequa aos seus interesses, assim como a imposição do campo das tomadas de posições ideológicas reproduzem, em forma transfigurada, o campo das posições sociais¹⁴. Tais lutas são travadas nos conflitos simbólicos da vida quotidiana, que, de forma delegada, por meio da luta travada pelos especialistas da produção simbólica, tentam impor determinada realidade social. Um exemplo, considerando a problemática que esse artigo levanta, pode ser retratado na forma como as grandes corporações midiáticas geralmente enaltecem os

¹¹ BOURDIEU, 2010, p. 11.

¹² BOURDIEU, 2010, p. 11.

¹³ “A expressão mais potente da eficácia do pensamento científico moderno – especialmente em suas expressões tecnocráticas e neoliberais hoje hegemônicas – é o que pode ser literalmente descrito como a *naturalização das relações sociais*, a noção de acordo com a qual as características da sociedade chamada moderna são a expressão das tendências espontâneas e naturais do desenvolvimento histórico da sociedade. A sociedade liberal constitui – de acordo com esta perspectiva – não apenas a ordem social desejável, mas também a única possível. Essa é a concepção segundo a qual nos encontramos numa linha de chegada, sociedade sem ideologias, modelo civilizatório único, globalizado, universal, que torna desnecessária a política, na medida em que já não há alternativas possíveis a este modo de vida” (LANDER, 2005, p. 21-22).

¹⁴ BOURDIEU, 2010, p. 11-12.

padrões de vida e consumo brancos, dando distinção aos seus personagens ou em suas propagandas. Por outro lado, negras, negros e indígenas são inviabilizados ou quase não têm qualquer destaque, sendo apresentados como rudes, primitivos, criminosos, sem perspectivas, dentre tantos outros estereótipos.

Para romper com esse estado de dominação, devem os sujeitos dominados tomar consciência desse processo:

A destruição deste poder de imposição simbólico radicado no desconhecimento supõe a tomada de consciência do arbitrário quer dizer, a revelação da verdade objetiva e o aniquilamento da crença: é na medida em que o discurso heterodoxo destrói as falsas evidências da ortodoxia, restaurando fictícia da doxa, e lhe neutraliza o poder de desmobilização, que ele encerra um poder simbólico de mobilização e de subversão, poder de tornar atual o poder potencial das classes dominadas¹⁵.

Não se pode deixar de lembrar que, especificamente, em relação às questões raciais no Brasil, Pierre Bourdieu, juntamente com Lïc Wacquant (2005), criticaram, na obra *Sobre as artimanhas da razão imperialista, a imposição de um modelo binário de relações raciais no Brasil*¹⁶. Tal imposição resultaria da transferência não refletida de categorias sociológicas desenvolvidas para o contexto norte-americano à realidade social do Brasil; desse modo, as relações raciais se conformariam de maneira mais flexível e as classificações seriam mais diversas e contextuais. No entanto, tais análises foram consideradas simplistas e geraram críticas acadêmicas tanto de autores estrangeiros como de brasileiros¹⁷.

Porém, conquanto se discorde com algum ponto da teoria de Pierre Bourdieu, o importante é reconhecer as suas contribuições a respeito do capital simbólico e dos processos de dominação. As categorias lançadas ou trabalhadas pelo sociólogo, atualmente,

¹⁵ BOURDIEU, 2010, p. 15.

¹⁶ “Realizada por estadunidenses ou latino-americanos formados nos Estados Unidos (ou por programas patrocinados por estadunidenses em seu próprio país), a maior parte da pesquisa recente sobre desigualdade étnico-racial no Brasil tenta provar que, ao contrário da imagem que os brasileiros têm de sua própria nação, o país das três raças tristes (os povos indígenas, os negros descendentes dos escravos e os brancos saídos da colonização ou das ondas subsequentes de imigração europeia) não é menos ‘racista’ que os outros e que sob esse aspecto os ‘brancos’ brasileiros nada têm a invejar de seus primos norte-americanos. Pior ainda, o racismo mascarado brasileiro deveria, por definição, ser considerado mais perverso, por ser dissimulado e negado” (BOURDIEU; WACQUANT, 2005, p. 215).

¹⁷ BORTOLUCI; JACKSON; PINHEIRO FILHO, 2015, p. 241.

são essenciais em uma perspectiva da Sociologia Jurídica, em que pese o mesmo não ter escrito especificamente sobre esse ramo do conhecimento; com essa perspectiva sociológica, a análise dos processos estruturantes de dominação, o trabalho passa a investigar o processo de dominação que se formou e consolidou com a Modernidade.

3. A MODERNIDADE REINTERPRETADA POR ENRIQUE DUSSEL

A Modernidade foi inaugurada segundo uma concepção racionalista, na qual os conhecimentos advindos dos saberes técnicos e formais¹⁸ foram privilegiados¹⁹. Nessa perspectiva, a humanidade, em seu núcleo racional, teria alcançado a emancipação do estado de imaturidade cultural e civilizatória; porém, como mito, no horizonte mundial, acabou sacrificando os homens e as mulheres do mundo periférico, colonial. Nesse novo contexto, os ameríndios foram os primeiros a serem explorados, por sua vez a vitimização foi encoberta com o argumento do sacrifício ou custo da modernização²⁰. Sobre o tema, Frantz Fanon dizia:

O domínio colonial, porque total e simplificador, logo fez com que se desarticulasse de modo espetacular a existência cultural do povo subjugado. A negação da realidade nacional, as novas relações jurídicas

¹⁸ Veja-se o exemplo do sistema escolar: “a influência do ‘currículo oculto’ nos processos de educação formal é aqui provavelmente decisiva. O que é transmitido à criança no ensino da ciência não é apenas o conteúdo das descobertas técnicas mas, mais importante para as atitudes sociais gerais, uma aura de respeito pelo conhecimento técnico de todos os tipos. Na maioria dos sistemas educacionais modernos, o ensino da ciência começa sempre pelos ‘princípios primeiros’, conhecimento visto como mais ou menos indubitável. Apenas se alguém permanece aprendendo ciência por algum tempo é que poderá ser introduzido a questões contenciosas ou tornar-se plenamente cômico da falibilidade potencial de todas as reivindicações ao conhecimento em ciência. A ciência tem assim por longo tempo mantido uma imagem de conhecimento fidedigno que se verte numa atitude de respeito para com a maioria das formas de especialidade técnica” (GIDDENS, 1991, p. 92).

¹⁹ “As ciências sociais se constituem como tais num contexto espacial e temporal específico: em cinco países liberais industriais (Inglaterra, França, Alemanha, Itália e os Estados Unidos) na segunda metade do século passado. No corpo disciplinar básico das ciências sociais – no interior das quais continuamos hoje habitando – estabelece-se em primeiro lugar uma separação entre passado e presente: a disciplina *história* estuda o passado, enquanto se definem outras especialidades que correspondem ao estudo do presente. Para o estudo deste último delimitam-se âmbitos diferenciados correspondentes ao *social*, ao *político* e ao *econômico*, concebidos propriamente como regiões ontológicas da realidade histórico-social. A cada um destes âmbitos separados da realidade histórico-social corresponde uma disciplina das ciências sociais, suas tradições intelectuais, seus departamentos universitários: a sociologia, a ciência política e a economia. A antropologia e os estudos clássicos definem-se como o campo para o estudo dos *outros*” (LANDER, 2005, p. 33).

²⁰ DUSSEL, 1993, p. 152.

introduzidas pela potência ocupante, o lançamento à periferia, pela sociedade colonial, dos indígenas e seus costumes, a usurpação, a escravização sistematizada dos homens e das mulheres tornam possível essa obliteração cultural. [...] Envidam-se todos os esforços para levar o colonizado a confessar a inferioridade de sua cultura transformada em condutas instintivas, a reconhecer a irrealidade de sua nação e, finalmente, o caráter inorganizado e inacabado de sua própria estrutura biológica. Em face dessa situação, a reação do colonizado não é unívoca.

Enquanto as massas mantêm intactas as tradições mais heterogêneas para a situação colonial, enquanto o estilo artesanal se solidifica num formalismo cada vez mais estereotipado, o intelectual lança-se freneticamente na aquisição furiosa da cultura do ocupante, tendo o cuidado de caracterizar pejorativamente sua cultura nacional, ou encastela-se na enumeração circunstanciada, metódica, passional e rapidamente estéril dessa cultura²¹.

Como exemplo disso, nada mais contundente do que o caso das sociedades africanas, detentoras de tradições orais milenares, mas desprezadas pelos brancos, que viam essa tradição apenas como sintoma de analfabetismo fundamental²², já que a invenção de Johannes Gutenberg²³ transformou a alfabetização em um importante valor da sociedade ocidental²⁴. Dessa forma, apenas determinados modos de conhecimento foram consideradas adequadas para o processo de desenvolvimento, ou seja, o conhecimento dos especialistas, treinados

²¹ FANON, 1968, p. 197-198.

²² “Nas culturas tradicionais, o passado é honrado e os símbolos valorizados porque contêm e perpetuam a experiência de gerações. A tradição é um modo de integrar a monitoração da ação com a organização tempo-espacial da comunidade. Ela é a maneira de lidar com o tempo e o espaço, que insere qualquer atividade ou experiência particular, sendo estes por sua vez estruturados por práticas sociais recorrentes. A tradição não é inteiramente estática, porque ela tem que ser reinventada a cada nova geração conforme assume sua herança cultural dos precedentes. A tradição não só resiste à mudança como pertence a um contexto no qual há, separados, poucos marcadores temporais e espaciais em cujos termos a mudança pode ter alguma forma significativa” (GIDDENS, 1991, p. 44).

²³ “Nas culturas orais, a tradição não é conhecida como tal, mesmo sendo estas culturas as mais tradicionais de todas. Para compreender a tradição, como distinta de outros modos de organizar a ação e a experiência, é preciso penetrar no espaço-tempo de maneira que só são possíveis com a intervenção da escrita. A escrita expande o nível do distanciamento tempo-espaço e cria uma perspectiva de passado, presente e futuro onde a apropriação reflexiva do conhecimento pode ser destacada da tradição designada. Nas civilizações pré-modernas, contudo, a reflexividade está ainda em grande parte limitada à reinterpretação e esclarecimento da tradição, de modo que nas balanças do tempo o lado do ‘passado’ está muito mais abaixo, pelo peso, do que o do ‘futuro’. Além disso, na medida em que a capacidade de ler e escrever é monopólio de poucos, a rotinização da vida cotidiana permanece presa à tradição no antigo sentido” (GIDDENS, 1991, p. 44-45).

²⁴ JONES, 1973, p. 5.

na tradição ocidental; o conhecimento dos “outros”, o saber “tradicional” passa a ser considerado não pertinente e como forma de obstáculo à tarefa transformadora do desenvolvimento²⁵.

Além disso, não em vão, através do direito e de seu poder simbólico, foram sendo construídas teorias jurídicas para justificar a dominação sobre negros e indígenas²⁶, inclusive ao se negar a falta de capacidade intelectual e a ausência de personalidade jurídica aos mesmos.

Ainda no plano cultural, tal registro é importante porque se deve estar consciente de que a cultura se relaciona íntima e inevitável com as outras esferas, entendida como um fenômeno complexo que, na prática, não pode reduzir-se às formas privilegiadas que o colonialismo escolheu para transmitir seus valores e seu conhecimento através do racionalismo. Desde que a Modernidade “sacralizou” a ciência como forma de relacionar-se com o mundo e com os outros, com uma suposta linguagem acreditável e objetiva, as outras formas de transmitir a cultura foram eliminadas ou consideradas secundárias, a exemplo da espiritualidade, do intuitivo e da sensibilidade²⁷.

Apesar disso, não se pode esquecer que a Modernidade tem sido objeto de muitos estudos, seja na Sociologia, na Filosofia etc., tratando-se de um fenômeno que não esteve imune às críticas²⁸. Porém, nesta pesquisa, preferiu-se dialogar com as críticas lançadas por Enrique Dussel, haja vista que se trata de um teórico que empoe sua perspectiva a partir dos sujeitos dominados que não conseguiram usufruir dos frutos das luzes da razão e das promessas não cumpridas da Modernidade (*liberté, égalité et fraternité*, no célebre lema da Revolução Francesa), perspectiva que acompanha a linha de raciocínio deste trabalho.

²⁵ LANDER, 2005, p. 42.

²⁶ Sobre a capacidade intelectual dos povos indígenas, abordando principalmente as posições de Bartolomé de las Casas, cf. os estudos de Lewis Hanke (1958; 1985).

²⁷ ÁVILA SANTAMARÍA, 2011, p. 46.

²⁸ Sem qualquer pretensão exaustiva, cf. alguns trabalhos relevantes sobre a modernidade: GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade* (1991); HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições* (2000); GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno* (2002); MÍLOVIC, Miroslav. *Comunidade da diferença: para uma crítica da modernidade*; TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade* (2009); BERTEN, André. *Modernidade e desencantamento: Nietzsche, Weber e Foucault* (2011); LATOUR, Bruno. *Nunca fuimos modernos: ensayos de antropología simétrica* (2012).

Enrique Dussel, apesar de considerar a Modernidade como um fato europeu, argumenta que tal fenômeno deve ser visto em relação dialética com o não europeu, ou seja, como conteúdo último de tal fenômeno, podendo dizer-se até que a Europa, em verdade, era até a periferia do mundo muçulmano antes da Modernidade²⁹.

Nessa situação, falar de uma Europa como começo, centro e fim da História Mundial – como era a opinião de Hegel – era cair numa miopia eurocêntrica. A Europa Ocidental não era o ‘centro’, nem sua história nunca fora o centro da história. Será preciso esperar por 1492 para que sua centralidade empírica constitua as outras civilizações como sua ‘periferia’. Este fato da ‘saída’ da Europa Ocidental dos estreitos limites dentro dos quais o mundo muçulmano a prendera constitui, em nossa opinião, o nascimento da Modernidade. 1492 é a data de seu nascimento, da origem da ‘experiência’ do ego europeu de constituir os Outros sujeitos e povos como objetos, instrumentos, que podem ser usados e controlados para seus próprios fins europeizadores, civilizatórios modernizadores. É essa Europa Ocidental que, pela primeira vez, se lança à conquista do mundo³⁰.

Em síntese, não se pode falar em Modernidade sem que se verifique a relação entre a Europa e os outros sujeitos que fizeram parte desse processo. Nesse viés, o ano de 1492³¹, segundo a tese central de Enrique Dussel³², foi a data de ‘nascimento’ da Modernidade, não menosprezando o período anterior de gestação. A Modernidade, de tal modo, seria originária das cidades europeias medievais, livres, centros de enorme criatividade; porém, a Modernidade ‘nasceu’ quando a Europa pôde se confrontar com o seu ‘Outro’ (América, Ásia, África e Oceania) e controlá-lo, vencê-lo, violentá-lo, enfim, quando pôde se definir como um ‘ego’ descobridor, conquistador, colonizador da alteridade constitutiva da própria Modernidade, amparada por uma suposta superioridade científica e cultural³³.

²⁹ DUSSEL, 1993, p. 7.

³⁰ DUSSEL, 1993, p. 113.

³¹ “De tal maneira que, em primeiro lugar, 1492 é o começo da América Latina. Quer dizer, os indígenas com suas esplêndidas culturas não têm nenhum significado histórico. Em segundo lugar, os latino-americanos são os ‘filhos dos imigrantes’ – primeiros crioulos, depois mestiços. Em terceiro lugar, são reunidos aos índios emancipados – que pareceria que antes foram dominados e que nada sofreram com a conquista (uma dor necessária da ‘modernização’) – republicanos, participantes então da ‘ilustração (*Aufklärung*)’” (DUSSEL, 1993, p. 65).

³² DUSSEL, 1993, p. 8.

³³ “A cultura nacional é, sob o domínio colonial, uma cultura contestada, cuja destruição

No campo científico³⁴, segundo a versão predominante, o nascimento da Modernidade e a origem de seu “mito” tem como momento de constituição histórica a obra *Discurso do método*, de René Descartes, (“*penso, logo existo*”: penso, logo conquisto, entenderam os conquistadores), ocasião na qual a Europa se constitui como o “centro” do mundo, em seu sentido planetário, inflando-se o ego europeu de superioridade diante dos demais povos³⁵ e dando início a um processo de dominação e colonização sobre aqueles que eram considerados bárbaros³⁶, sujeitos ignorantes e desprovidos de racionalidade científica.

A Modernidade não é a mais pura mudança, sucessão de acontecimentos; ela é a difusão dos produtos da atividade racional, científica, tecnológica, administrativa, Por isso, ela implica a crescente diferenciação dos diversos setores da vida social: política, economia, vida familiar, religião, arte em particular, porque a racionalidade instrumental se exerce no interior de um tipo de atividade e exclui qualquer um deles seja organizado do exterior, isto é, em função da sua integração em uma visão geral, da sua contribuição para a realização de um projeto societal, denominado *no-*lista** por Louis Dumont. A Modernidade exclui todo o finalismo. A secularização e o desencanto de que nos fala Weber, que definiu a Modernidade pela intelectualização, manifesta a ruptura necessária com o finalismo do espírito religioso que exige sempre um fim da

é empreendida de maneira sistemática. É muito rapidamente uma cultura condenada à clandestinidade. Essa ideia de clandestinidade é imediatamente percebida nas reações dos ocupantes, que interpreta a complacência nas tradições como uma fidelidade ao espírito nacional, como uma recusa à submissão. A persistência nas formas culturais condenadas pela sociedade colonial é já uma manifestação nacional” (FANON, 1968, p. 198-199).

³⁴ “A ideia de Modernidade substitui Deus no centro da sociedade pela ciência, deixando as crenças religiosas para a vida privada. Não basta que estejam presentes as aplicações tecnológicas da ciência para que se fale de sociedade moderna. É preciso, além disso, que a atividade intelectual seja protegida das propagandas políticas ou das crenças religiosas, que a impersonalidade das leis proteja contra o nepotismo, o clientelismo e a corrupção, que as administrações públicas e privadas não sejam instrumentos de um poder pessoal, que a vida pública e vida privada sejam separadas, assim como devem ser as fortunas privadas do orçamento do Estado ou das empresas. A ideia de Modernidade está, portanto, estreitamente associada à da racionalização. [...] O Ocidente, portanto, viveu e pensou a Modernidade como uma revolução. A razão não reconhece nenhuma aquisição; ao contrário, ela faz tábua rasa das crenças e das formas de organização sociais e políticas que não se baseiem em uma demonstração de tipo científico. [...] A ideologia ocidental da Modernidade, que podemos chamar de modernismo, substitui a ideia de Sujeito e a de Deus à qual ela se prendia, da mesma forma que as meditações sobre a alma foram substituídas pela dissecação dos cadáveres ou o estudo das sinapses do cérebro” (TOURAINÉ, 2009, p. 18, 19, e 20).

³⁵ DUSSEL, 1993, p. 15.

³⁶ A respeito de como se construiu o discurso de dominação em torno da “barbaridade” dos outros povos, cf. ZEA, Leopoldo. *Discurso desde a marginalização e a barbárie* (2005).

[...] a Modernidade se firma a partir da exploração dos “outros” não europeus, que são renegados e ocultados, sendo o processo de colonização essencial para a sua constituição.

história, realização completa do projeto divino ou desaparecimento de uma humanidade perversa e infiel à sua missão. A ideia de modernidade não exclui a de fim da história, como testemunham os grandes pensadores do historicismo, Comte, Hegel e Marx, mas o fim da história é mais o de uma pré-história e o início de um desenvolvimento produzido pelo progresso técnico, a liberação das necessidades e o triunfo do Espírito”³⁷.

Como se verifica, a Modernidade se firma a partir da exploração dos “outros” não europeus, que são renegados e ocultados, sendo o processo de colonização essencial para a sua constituição. Nesse contexto, não se pode deixar de mencionar alguns conceitos-chaves para a compreensão da temática: a *colonização* designa um processo de aquisição territorial; a colônia é um tipo particular de organização sociopolítica; e, por último, colonialismo é um sistema de dominação. A base dos três conceitos é a noção de expansão de uma sociedade além de seu território (habitat) original³⁸.

Portanto, o mito da Modernidade consiste em um processo de racionalização próprio de si mesmo, que elaborou uma alegoria de sua bondade, um “mito civilizador”, com o qual se justifica a violência e se declara inocente pelo assassinato dos “Outros”. Isso constitui, em verdade, uma gigantesca inversão, na qual a vítima inocente é transformada em culpada, e o opressor culpado é considerado inocente³⁹.

Levando adiante o seu mito civilizador, com seu ego inflado, decorrente às novas “conquistas”, a Europa avocou para si uma

³⁷ TOURAINE, 2009, p. 17.

³⁸ OSTERHAMMEL, Jürgen. Colonialism: a theoretical overview (2005, p. 4-10) apresenta uma visão sucinta e precisa do colonialismo, a partir da epistemologia do Norte. Para ele, os processos de expansão são fenômenos fundamentais da história mundial, tendo ocorrido de seis formas principais: a) migração total de todas as populações e sociedades, sendo que este tipo de expansão geralmente advém de uma conquista militar, subjugação e, frequentemente, suprime as pessoas de regiões alvo de conflito; b) migração individual em massa (emigration), no qual indivíduos, famílias e pequenos grupos deixam seus territórios motivados por fatores econômicos primários, não havendo intenção de retorno; neste caso, os emigrantes não criam colônias, mas costumam se integrar às sociedades multiétnicas, sendo um exemplo disso as Chinatowns estadunidenses; c) colonização de fronteira, em que há uma extensa abertura de terras para uso humano, empurrando uma fronteira para as regiões ainda não exploradas, para fins agrícolas ou para exploração de recursos naturais; d) colônias de povoamento no exterior, sendo exemplo clássico a fase inicial praticada pelos ingleses nos Estados Unidos da América do Norte; e) construção de impérios decorrentes guerras de conquista, sendo que essa forma de expansão possui uma série de variantes; f) construção de redes navais, que é uma forma de expansão marítima que envolve a construção sistemática de fatores tradicionais de proteção militar.

³⁹ DUSSEL, 1993, p. 58-59, 79.

centralidade na história universal⁴⁰, menosprezando quaisquer outras narrativas⁴¹, o que se costumou denominar de eurocentrismo. Por este conceito, em uma visão mais otimista, entende-se que, para aqueles que ainda não atingiram o padrão de modernidade (“os outros”), há necessidade de uma ação civilizatória ou modernizadora por parte dos portadores de uma cultura superior para saírem de seu primitivismo ou atraso, sendo a aniquilação ou civilização imposta os únicos destinos possíveis para os outros⁴².

A América Latina, nesse contexto, ficou fora da história mundial, acontecendo o mesmo com a África. Os países africanos, muito embora haja uma espécie de trindade (Ásia África e Europa, segundo a narrativa de Hegel), ainda assim ficaram igualmente descartados; para além de tudo isso, a “periferia” da Europa serviu de “espaço livre”, consagrado pelas teorias jurídicas europeias, para que os pobres de lá, fruto do capitalismo, pudessem se tornar proprietários capitalistas nas colônias⁴³.

Sobre a exclusão dos “outros” da Modernidade, Enrique Dussel⁴⁴ critica os pensamentos de Hegel⁴⁵ e Jürgen Habermas (2000); este último⁴⁶, por exemplo, é criticado porque teria ignorado, por

⁴⁰ Veja-se o argumento de Susan Buck-Morss (2005; 2011), segundo o qual a compreensão do significado da Revolução Haitiana é essencial para se entender a gênese da Modernidade. Sobre os argumentos de Susan Buck-Morss, cf. LIMA (2011).

⁴¹ “Da constituição histórica das disciplinas científicas que se produz na academia ocidental interessa destacar dois assuntos fundacionais e essenciais. Em primeiro lugar está a suposição da existência de um metarrelato universal que leva a todas as culturas e a todos os povos do primitivo e tradicional até o moderno. A sociedade industrial liberal é a expressão mais avançada desse processo histórico, e por essa razão define o modelo que define a sociedade moderna. A sociedade liberal, como norma universal, assinala o único futuro possível de todas as outras culturas e povos. Aqueles que não conseguirem incorporar-se a esta marcha inexorável da história estão destinados a desaparecer. Em segundo lugar, e precisamente pelo caráter universal da experiência histórica europeia, as formas do conhecimento desenvolvidas para a compreensão dessa sociedade se converteram nas únicas formas válidas, objetivas e universais de conhecimento” (LANDER, 2005, p. 33-34).

⁴² LANDER, 2005, p. 34-35.

⁴³ DUSSEL, 1993, p. 19.

⁴⁴ DUSSEL, 1993, p. 23.

⁴⁵ Para Edgardo Lander (2005, p. 26-27 e 29), as obras de filósofos como Locke e Hegel tiveram como pressuposto básico o caráter universal da experiência europeia, tendo construído a noção de universalidade a partir da experiência particular da história da Europa, e realizaram a leitura da totalidade do tempo e do espaço da experiência humana sob o ponto de visão dessa particularidade, instituindo uma universalidade radicalmente excludente: “o universalismo da filosofia da história de Hegel reproduz o mesmo processo sistemático de exclusões. A história é universal como *realização do espírito universal*. Mas desse espírito universal não participam igualmente todos os povos”.

⁴⁶ “Dar uma definição ‘europeia’ da Modernidade, como faz Habermas, por exemplo – é não entender que a Modernidade da Europa torna todas as outras culturas ‘periferia’ sua. Trata-se de chegar a uma definição ‘mundial’ da Modernidade (na qual o Outro da Europa será negado

completo, o “descobrimento” da América⁴⁷ e o protagonismo da Espanha⁴⁸, que não seriam fatos determinantes constitutivos da Modernidade. Habermas, em sua obra *O discurso filosófico da Modernidade*, escreveu que “os acontecimentos históricos-chave para a implantação do princípio da subjetividade são a Reforma, a Ilustração e a Revolução Francesa”. Sobre o papel da Espanha, lembra Enrique Dussel:

Essa Espanha, que depois a Europa Ocidental esquecerá e desprezará – e que Hegel já não considera Europa – é quem começa a Modernidade. A conquista do México, por sua vez, será a primeira experiência “forte” do ego europeu de controlar outro império, o Outro como servo, como colonizado, como dominado, como explorado e humilhado⁴⁹.

Nesse aspecto, Enrique Dussel (1993) desejou demonstrar o contrário, entendendo que a experiência não só do “descobrimento”, mas especialmente da “conquista” foi essencial na constituição do “ego” moderno, não somente como subjetividade “centro” e “fim” da história: na autoconsciência europeia da modernidade, a separação do mundo passa ser entre o ocidental ou europeu, concebido como moderno e avançado, e os “outros”, o restante dos povos e culturas do planeta⁵⁰.

Logo, a conquista ibérica do continente americano é o momento inaugural de dois processos que, de forma articulada, conformarão a história posterior: a *modernidade e a organização colonial do mundo*. Com o início do colonialismo na América, inaugura-se não apenas a organização colonial do mundo, mas a própria constituição colonial dos saberes, das linguagens, da memória e do imaginário; dá-se início, também, ao longo processo que culminará em

e obrigado a seguir um processo de ‘modernização’ (como ‘conceito’ e não como ‘mito’), desde 1502, aproximadamente)” (DUSSEL, 1993, p. 33).

⁴⁷ “Habermas, por sua vez, acha que o descobrimento da América Latina não tem nenhuma importância para seu argumento: na realidade ela não entra na história – como para Hegel” (DUSSEL, 1993, p. 35).

⁴⁸ “Para nós é importante incluir a Espanha no processo originário da Modernidade, já que ao final do século XV era a única potência europeia com capacidade de ‘conquista’ territorial externa (e tinha provado isso na ‘reconquista’ de Granada) porque desta maneira a América Latina redescobre também seu ‘lugar’ na história da Modernidade. Fomos a primeira ‘periferia’ da Europa moderna; quer dizer, sofremos globalmente desde nossa origem um processo constitutivo de ‘modernização’ (embora naquele tempo não se usasse essa palavra) que depois se aplicará à África e Ásia” (DUSSEL, 1993, p. 15-16).

⁴⁹ DUSSEL, 1993, p. 114.

⁵⁰ LANDER, 2005, p. 26.

[...] consiste o “mito da Modernidade” em vitimar o inocente (o Outro), declarando-o causa culpável de sua própria vitimização e atribuindo-se ao sujeito moderno plena inocência a respeito do ato sacrificial.

uma grande narrativa universal, nos séculos XVIII e XIX, e no qual, pela primeira vez, organiza-se a totalidade do espaço e do tempo, com todas as culturas, povos e territórios do planeta, presentes e passados; nessa narrativa, evidentemente, a Europa será o centro geográfico e a culminação do movimento temporal⁵¹.

Para dominar, precisavam os europeus “tornarem-se” racionalmente superiores, inclusive com um sistema jurídico que pudesse cancelar tal superioridade. Aqui, impossível não recordar da teoria de Pierre Bourdieu, anteriormente mencionada. Assim, não sem apoio das nascentes Ciências Sociais⁵², construiu-se o “mito da Modernidade”, auto definindo-se, por um lado, a própria cultura como superior, mais “desenvolvida” e, por outro lado, a outra cultura foi determinada como inferior, rude, bárbara, sempre sujeita de uma “imaturidade” culpável; de maneira que a dominação, por meio da guerra e da violência, foi exercida sobre o Outro, que deveria buscar a emancipação, a civilização, a modernização e a integração ao mundo social e jurídico dos dominantes. Nesse ensejo, portanto, consiste o “mito da Modernidade” em vitimar o inocente (o Outro), declarando-o causa culpável de sua própria vitimização e atribuindo-se ao sujeito moderno plena inocência a respeito do ato sacrificial⁵³.

Nesse contexto, para dominar, necessitavam os dominantes construir formas que pudessem garantir o sucesso desse processo: o racismo foi um elemento essencial para tanto, pois, através de um discurso de distinção, amparado por teorias jurídicas, povos foram submetidos a um processo de dominação que continua a se manifestar, mesmo que de forma bastante dissimulada, nos dias atuais, como se verá adiante.

⁵¹ LANDER, 2005, p. 26.

⁵² “Com as ciências sociais dá-se o processo de cientificação da sociedade liberal, sua objetivação e universalização e, portanto, sua *naturalização*. O acesso à ciência, e a relação entre ciência e verdade em todas as disciplinas, estabelece uma diferença radical entre as sociedades modernas ocidentais e o restante do mundo. Dá-se, como aponta Bruno Latour, uma diferenciação básica entre uma sociedade que possui a verdade – o controle da natureza – e outras que não o têm” (LANDER, 2005, p. 35). No mesmo sentido, Anthony Giddens (1991, p. 47) aduz que “as ciências sociais estão na verdade mais profundamente implicadas na Modernidade do que as ciências naturais, na medida em que a revisão crônica das práticas sociais à luz do conhecimento sobre estas práticas é parte do próprio tecido das instituições modernas”.

⁵³ DUSSEL, 1993, p. 75-76.

4. O COLONIALISMO, O RACISMO E A TOMADA DE CONSCIÊNCIA DE SUJEITOS RENEGADOS

O colonialismo e o racismo podem ser considerados como expressões da estrutura de dominação decorrente da Modernidade, pois havia necessidade de que fossem criadas distinções entre os humanos capazes de sustentar as diferenças econômicas⁵⁴: a criação de teorias jurídicas para sustentar tal empreitada foi essencial.

Do próprio Norte, surgiram questionamentos a respeito do processo de colonização levado adiante, por séculos, pela Europa. Um exemplo contundente e controverso foi, em França, o desempenhado por Jean-Paul Sartre, para quem o colonialismo rejeitou os direitos humanos para os homens e mulheres que ele submeteu à opressão pela violência, cuja conservação se deu pela força da miséria, da ignorância e de um estado de sub-humanidade. Para que se mantivesse como sistema econômico, era essencial ao colonialismo a prática do racismo, inscrito nos próprios fatos, nas instituições, na natureza das trocas e da produção; os estatutos político e social se reforçavam mutuamente, dando feição sub-humana aos dominados (negros e indígenas), já que as declarações de direitos não lhes diziam respeito. Dessa maneira, de forma inversa, se não tinham direitos, os dominados eram abandonados sem proteção às forças desumanas da natureza, às leis da economia⁵⁵. Esses sujeitos estavam totalmente alheios dos benefícios das revoluções burguesas (*liberté, égalité et fraternité* seriam direitos que lhes

⁵⁴ “As categorias, conceitos e perspectivas (economia, Estado, sociedade civil, mercado, classes, etc.) se convertem, assim, não apenas em categorias universais para a análise de qualquer realidade, mas também em proposições normativas que definem o dever ser para todos os povos do planeta. Estes conhecimentos convertem-se, assim, nos padrões a partir dos quais se podem analisar e detectar as carências, os atrasos, os freios e impactos perversos que se dão como produto do primitivo ou o tradicional em todas as outras sociedades. Esta é uma construção *eurocêntrica*, que pensa e organiza a totalidade do tempo e do espaço para toda a humanidade do ponto de vista de sua própria experiência, colocando sua especificidade histórico-cultural como padrão de referência superior e universal. Mas é ainda mais que isso. Este metarrelato da modernidade é um dispositivo de conhecimento colonial e imperial em que se articula essa totalidade de povos, tempo e espaço como parte da organização colonial/imperial do mundo. Uma forma de organização e de ser da sociedade transforma-se mediante este dispositivo colonizador do conhecimento na forma “normal” do ser humano e da sociedade. As outras formas de ser, as outras formas de organização da sociedade, as outras formas de conhecimento, são transformadas não só em diferentes, mas em carentes, arcaicas, primitivas, tradicionais, pré-modernas” (LANDER, 2005, p. 34).

⁵⁵ SARTRE, 1968b, p. 43.

Ao colonizador devia, com seu ego altruísta, ajudar tais povos a superar o estado de atraso e “incivilização”, pautando-se a ordem constitucional vigente em um modelo liberal de igualdade que ocultava o reconhecimento dos sujeitos negros e indígenas.

seriam constantemente renegados), que estabeleciam uma ordem de direitos universais para todos os seres humanos como forma de negar direitos à maioria deles⁵⁶.

Para Jean-Paul Sartre, foi com a presença efetiva de parte de sua força armada que o colonizador interferiu contraditoriamente seu discurso ‘civilizador’, instaurando o domínio e a exploração sobre a grande maioria da população, com base no uso da força, na imposição cultural, na inquirição de elementos exóticos e na intimidação pelo fogo lançado dos fuzis, símbolo maior de uma suposta superioridade científica, tecnológica, econômica e cultural. Ele também usou a força como instrumento de superioridade cultural, objetivando mudar padrões ancestrais de uma sociedade tribal por meio da imposição do trabalho forçado: os nativos africanos, diziam os colonizadores evolucionistas, seriam os ditos animais em estado de evolução, os seres que um dia o colonizador teria sido, no passado⁵⁷. Ao colonizador devia, com seu ego altruísta, ajudar tais povos a superar o estado de atraso e “incivilização”, pautando-se a ordem constitucional vigente em um modelo liberal de igualdade que ocultava o reconhecimento dos sujeitos negros e indígenas. Portanto, a pergunta que aparece é: tal ordem é capaz de efetivar garantias e direitos fundamentais, considerando-se a dimensão da alteridade e da equidade?

Nesse contexto, o racismo, engendrado pelo aparelho de dominação colonial, foi mantido pelas relações de produção que definiram duas espécies de sujeitos: para uns, privilégios e humanidade, homens livres no exercício de seus direitos; para os demais, “os outros”, a ausência de direitos e a sanção pela miséria, a fome crônica, a ignorância e a sub-humanidade⁵⁸.

A visão de Jean-Paul Sartre sobre o racismo imperialista europeu de conquistas, as guerras e dominações coloniais, sobre as práticas de intolerância, exploração e humilhação dos povos subjugados, assim como sua crítica sobre uma forma nacional francesa de tradições racistas, que teria se desdobrado na colonização, era uma tentativa de convencer outros intelectuais franceses de que o neocolonialismo seria uma realidade que não poderia ser tratada com indiferença. Para o

⁵⁶ LANDER, 2005, p. 28.

⁵⁷ ARANTES, 2011, p. 388.

⁵⁸ SARTRE, 1968b, p. 43.

filósofo, o colonizador que escraviza outro homem como se fosse um pedaço de carvão⁵⁹, facilmente substituível por um sangue novo negro, carregaria em seu ser uma ânsia de exploração e espoliação das riquezas naturais sem limites; para o colonizador, o importante era espoliar as riquezas tropicais das colônias para serem transformadas em manufaturas na metrópole, não importando o homem cultural, dotado de sentimentos, de língua, de religiosidade, mas apenas sua força, sua mão-de-obra a serviço da nação colonizadora⁶⁰.

Para justificar tal sistema econômico, o racismo foi essencial, pois é uma das formas de dominação que pode se disfarçar, podendo ser um elemento chave para se compreender diversas questões de desigualdade presentes nas variadas sociedades. Conquanto seja combatido pela legislação, como no Brasil, atualmente persistem formas ocultas de racismo que acabam sendo acobertadas pelo próprio direito. Isso porque o direito só costuma combater as formas mais explícitas, deixando outras formas sob o manto da normalidade.

Como fenômeno complexo, o racismo pode se dar por variadas formas: *individualmente*, quando um indivíduo considera que as pessoas negras, como um grupo, são inferiores aos brancos, e isso por causa de traços físicos (genotípicos ou fenotípicos), acreditando que tais traços físicos são determinantes de comportamento social, assim como de qualidades morais ou intelectuais; *institucionalmente*, o racismo pode ser manifestado ou oculto, quando complexas relações inter-relacionais entre as instituições da sociedade fazem com que os efeitos em longo prazo de uma prática institucional sejam negativos, podendo se manifestar na economia, na educação e nos sistemas burocráticos ou de justiça⁶¹.

Pode se manifestar, ainda, na forma *cultural*⁶², definindo-se como expressão individual e institucional da superioridade da herança

⁵⁹ A metáfora, aqui, é provocativa, já que o “carvão”, preto como o negro, quando árvore, teve vida; agora, o negro, à semelhança da árvore que vira carvão, após retirada a sua liberdade, transforma-se em simples objeto de um sistema de produção, servindo apenas como combustível (força de trabalho), sendo que seu destino é se transformar em cinzas.

⁶⁰ ARANTES, 2011, p. 387-388.

⁶¹ Sobre racismo institucional, *cfr.* SANTOS (2013).

⁶² Um exemplo adequado é dado por Enrique Dussel (1993, p. 52): “‘coloniza-se’ a sexualidade índia, ofende-se a erótica hispânica, instaura-se a moral dupla do machismo: dominação sexual da índia e respeito puramente aparente pela mulher europeia. Dali nasce o filho bastardo (o ‘mestiço’, o latino-americano, fruto do conquistador e a índia) e o crioulo (o branco nascido no mundo colonial de Índias)”.

[...] é importante falar do racismo cultural porque ele geralmente é uma forma bem engendrada e oculta de dominação, pois o racismo é adequado na medida em que fatores raciais e culturais estão bem correlacionados e constituem uma base sistemática para o tratamento de inferioridade.

cultural de uma raça em relação à outra⁶³. Sobre a forma cultural, Frantz Fanon advertia:

Todo povo colonizado — isto é, todo povo no seio do qual nasceu um complexo de inferioridade devido ao sepultamento de sua originalidade cultural — toma posição diante da linguagem da nação civilizadora, isto é, da cultura metropolitana.

Quanto mais assimilar os valores culturais da metrópole, mais o colonizado escapará da sua selva. Quanto mais ele rejeitar sua negridão, seu mato, mais branco será⁶⁴.

Aqui vale lembrar que Pierre Bourdieu e Löic Wacquant (2005) destacaram que o imperialismo cultural tende a se apoiar no poder de universalizar particularismos ligados a uma tradição histórica singular, fazendo com que a mesma não seja reconhecida como tal.

Nesse contexto, é importante falar do racismo cultural porque ele geralmente é uma forma bem engendrada e oculta de dominação, pois o racismo é adequado na medida em que fatores raciais e culturais estão bem correlacionados e constituem uma base sistemática para o tratamento de inferioridade; por exemplo, quando, inicialmente, os europeus encontraram os africanos, os dois grupos apresentavam diferenças culturais elementares; as religiões africanas eram predominantemente politeístas e, em sua maioria, utilizavam-se da magia e da superstição; as religiões europeias, por outro lado, eram monoteístas e acentuavam o pensamento racional, afirmado pela Modernidade⁶⁵.

No ponto acima, um dos elementos de dominação colonial residiu na dominação dos elementos culturais dos povos dominados, principalmente nos campos religiosos e da educação. No *campo religioso*, tal dominação costumou se dar por meio da supressão dos cultos nativos e pelo estabelecimento do cristianismo como religião oficial, estímulo para que os não cristãos se convertessem, afirmação ou estímulo da ordem existente (caso atípico da colonização onde o islã predominava); já *no campo educacional*, nas Américas, o Espanhol, o Português, o Inglês e o Francês se tornaram línguas obrigatórias, combatendo-se as línguas indígenas⁶⁶.

⁶³ JONES, 1973, p. 5, 105 e 117.

⁶⁴ FANON, 2008, p. 34.

⁶⁵ JONES, 1973, p. 5.

⁶⁶ OSTERHAMMEL, 2005, p. 97-104.

Como em qualquer processo de dominação, devem os sujeitos oprimidos tomar consciência do processo de dominação. Sob essa perspectiva Jean-Paul Sartre afirma, ao tratar sobre o racismo, “não resta dúvida de que a classe oprimida deve primeiro tomar consciência de si mesma⁶⁷. Mas esta tomada de consciência é exatamente o contrário de uma reimersão em si: trata-se de reconhecer, na ação e pela ação, a conjuntura objetiva do proletariado que pode definir-se através das circunstâncias de produção ou da repartição de bens”. Essa tomada de consciência é essencial porque:

O negro não pode negar que seja negro ou reclamar para si esta abstrata humanidade incolor: ele é preto. Está, pois, encurralado na autenticidade: insultado, avassalado, reergue-se, apanha a palavra ‘preto’ que lhe atiram qual uma pedra; reivindica-se como negro perante o branco, na altivez. A unidade final, que aproximará a todos os oprimidos no mesmo combate, deve ser precedida nas colônias por isso que eu chamaria momento da separação ou da negatividade: este racismo antirracista é o único caminho capaz de levar à abolição das diferenças de raça⁶⁸.

Para ser reconhecido é preciso ser afirmado e, antes de tudo, auto reconhecer-se. Em 1968, ao questionar o sistema de neocolonial francês, Jean-Paul Sartre já advertia que:

Enfim, o Terceiro Mundo se descobre e se fala por esta voz. Sabe-se que ele não é homogêneo e nele ainda se encontram povos escravizados, outros que adquiriram uma falsa independência, outros que se batem para conquistar a soberania, outros, finalmente, que conseguiram a plena liberdade, mas que vivem sob a ameaça constante de uma agressão imperialista. Essas diferenças nasceram da história colonial, o que quer dizer da opressão. Aqui a Metrópole se contentou em pagar alguns senhores feudais: ali, dividindo para reinar, fabricou com todas as peças uma burguesia de colonizados; mais além realizou um golpe duplo: a colônia é ao mesmo tempo de exploração e de povoamento. Assim, a Europa multiplicou as divisões, a oposições, forjou classes e às vezes racismos, tentou através de todos os expedientes provocar e aumentar a estratificação das sociedades colonizadas⁶⁹.

Na perspectiva sartriana, os povos negros foram desumanizados, como nativos colonizados ou negros deportados, e o encontro com

⁶⁷ SARTRE, 1968, p. 93.

⁶⁸ SARTRE, 1968, p. 94.

⁶⁹ SARTRE, 1968b, p. 140.

sua humanidade perdida só será possível quando a palavra “preto” for recuperada diante do branco, e quando for reconhecido como homem preto que é; portanto, por ser um sujeito oprimido em sua raça, é dela que deve tomar consciência⁷⁰, já que foram excluídos da comunidade de comunicação hegemônica inaugurada pela Modernidade. Em uma perspectiva epistemológica do Sul, Aníbal Quijano enfatiza que:

A América constitui-se como o primeiro espaço/tempo de um padrão de poder de vocação mundial e, desse modo e por isso, como a primeira *id-entidade* da modernidade. Dois processos históricos convergiram e se associaram na produção do referido espaço/tempo e estabeleceram-se como os dois eixos fundamentais do novo padrão de poder. Por um lado, a codificação das diferenças entre conquistadores e conquistados na ideia de raça, ou seja, uma supostamente distinta estrutura biológica que situava a uns em situação natural de inferioridade em relação a outros. Essa ideia foi assumida pelos conquistadores como o principal elemento constitutivo, fundacional, das relações de dominação que a conquista exigia. Nessas bases, conseqüentemente, foi classificada a população da América, e mais tarde do mundo, nesse novo padrão de poder. Por outro lado, a articulação de todas as formas históricas de controle do trabalho, de seus recursos e de seus produtos, em torno do capital e do mercado mundial.

A ideia de raça, em seu sentido moderno, não tem história conhecida antes da América. Talvez se tenha originado como referência às diferenças fenotípicas entre conquistadores e conquistados, mas o que importa é que desde muito cedo foi construída como referência a supostas estruturas biológicas diferenciais entre esses grupos.

A formação de relações sociais fundadas nessa ideia produziu na América identidades sociais historicamente novas: índios, negros e mestiços, e redefiniu outras. Assim, termos com espanhol e português, e mais tarde europeu, que até então indicavam apenas procedência geográfica ou país de origem, desde então adquiriram também, em relação às novas identidades, uma conotação racial. E na medida em que as relações sociais que se estavam configurando eram relações de dominação, tais identidades foram associadas às hierarquias, lugares e papéis sociais correspondentes, com constitutivas delas, e, conseqüentemente, ao padrão de dominação que se impunha. Em

⁷⁰ ARANTES, 2011, p. 392.

outras palavras, raça e identidade racial foram estabelecidas como instrumentos de classificação social básica da população.

Com o tempo, os colonizadores codificaram como cor os traços fenotípicos dos colonizados e a assumiram como a característica emblemática da categoria racial. Essa codificação foi inicialmente estabelecida, provavelmente, na área britânico-americana. Os negros eram ali não apenas os explorados mais importantes, já que a parte principal da economia dependia de seu trabalho. Eram, sobretudo, a raça colonizada mais importante, já que os índios não formavam parte dessa sociedade colonial. Em consequência, os dominantes chamaram a si mesmos de brancos.

Na América, a ideia de raça foi uma maneira de outorgar legitimidade às relações de dominação impostas pela conquista. A posterior constituição da Europa como nova entidade depois da América e a expansão do colonialismo europeu ao resto do mundo conduziram à elaboração da perspectiva eurocêntrica do conhecimento e com ela à elaboração teórica da ideia de raça como naturalização dessas relações coloniais de dominação entre europeus e não europeus. Historicamente, isso significou uma nova maneira de legitimar as já antigas ideias e práticas de relações de superioridade/inferioridade entre dominantes e dominados. Desde então demonstrou ser o mais eficaz e durável instrumento de dominação social universal, pois dele passou a depender outro igualmente universal, no entanto mais antigo, o intersexual ou de gênero: os povos conquistados e dominados foram postos numa situação natural de inferioridade, e conseqüentemente também seus traços fenotípicos, bem como suas descobertas mentais e culturais. Desse modo, raça converteu-se no primeiro critério fundamental para a distribuição da população mundial nos níveis, lugares e papéis na estrutura de poder da nova sociedade. Em outras palavras, no modo básico de classificação social universal da população mundial⁷¹.

Essa invasão e a subsequente colonização acabaram por excluir da comunidade de comunicação hegemônica muitos ‘rostos’, sujeitos históricos, oprimidos, que constituem a “outra face” da Modernidade. Os outros encobertos pelo descobrimento, os oprimidos das nações periféricas, sofrendores de uma dupla dominação, são o que se pode considerar como as vítimas inocentes do sacrifício, formando-se como um ‘bloco social’, em terminologia de Antônio Gramsci,

⁷¹ QUIJANO, 2005, p. 228.

A atual crise do Estado de Direito levou a uma crise de representação política em todos os níveis, seja em âmbito local, nacional e global, no qual as pessoas não têm voz em espaços para poder manifestar sua vontade e nem sequer para poder denunciar quando decisões e ações tomadas e realizadas em outras fronteiras afetam suas vidas.

que se constitui como povo, como ‘sujeito histórico’ em certos momentos. Como, por exemplo, na emancipação nacional no começo do século XIX (quando a classe dos crioulos, dominados nesta época pelos espanhóis, pela burocracia e pelos grupos comerciais e financeiros peninsulares, lideraram os processos das lutas contra Espanha e Portugal. Nessa emancipação todas as classes dominadas, o ‘bloco social dos oprimidos’, adquiriram fisionomia de sujeito histórico e realizaram uma verdadeira revolução política. Posteriormente, durante o transcurso do século XIX, os crioulos passaram de dominados a dominadores da nova ordem neocolonial, periférica, sendo a classe que mediatizava a dominação externa das metrópoles do capitalismo industrial⁷².

Romper com esse paradigma é possível, devendo-se, para tanto, questionar a própria função do conhecimento proporcionado pelas Ciências Sociais, bem como do Estado de Direito, incapaz de atender aos anseios dos sujeitos que ficaram de fora ou não totalmente abrangidos pelo que se denominou de “comunidade de comunicação”.

Todavia, como é possível romper com essa lógica de dominação? Como os saberes proporcionados pelas Ciências Sociais podem alicerçar mudanças baseadas em uma sistemática jurídica de reconhecimento e de empoderamento? No caso da América Latina, muitas das respostas não serão encontradas apenas na mera repetição das ideias vindas do Norte, seja da Europa ou dos Estados Unidos. Conquanto não se deva desconsiderar a produção desse conhecimento, deve-se ter em mente que é possível se construir uma epistemologia que envolva a historicidade e a realidade que impera nesta parte do continente.

5. SABERES E DIREITOS DESCOLONIZADOS: A REINVENÇÃO DOS DIREITOS A PARTIR DE UMA EPISTEMOLOGIA LATINO-AMERICANA

A atual crise do Estado de Direito levou a uma crise de representação política em todos os níveis, seja em âmbito local, nacional e global, no qual as pessoas não têm voz em espaços para poder manifestar sua vontade e nem sequer para poder denunciar quando decisões e

⁷² DUSSEL, 1993, p. 159.

ações tomadas e realizadas em outras fronteiras afetam suas vidas⁷³. Nesse cenário, uma parcela elevada dos habitantes da América Latina é constituída por sujeitos que se constituíram como “os outros” da Modernidade, tais como camponeses, trabalhadores urbanos, indígenas e demais povos tradicionais, dentre tantos outros.

Nesse sentido, o direito e o Estado colonial do século XXI entraram em crise porque não puderam dar respostas às demandas de eliminação das exclusões, marginalizações e discriminações; as instituições ocidentais não somente não puderam dar respostas às novas demandas e àquelas que já estavam reprimidas, mas até fortaleceram um sistema social que costuma promover a assimetria, através de instituições tais como a cidadania, a democracia representativa como única forma de expressão política, os direitos humanos lidos como a chave hegemônica-ocidental, a nação, dentre outras; o custo social e cultural da proposta ocidental é muito alto: a descaracterização, a subordinação e a devastação da natureza⁷⁴.

Para a compreensão desse fenômeno, os estudos sobre decolonialidade⁷⁵ têm avançado, e a partir dos mesmos têm surgido novas formas de se interpretar a história universal e local, levando-se, por exemplo, à compreensão de determinados fenômenos jurídicos e suas implicações nas estruturas sociais dos países em desenvolvimento, como ocorre na América Latina, especialmente no Brasil, foco deste trabalho.

No caso da América Latina, o pensamento social tem produzido uma ampla gama de buscas, de formas alternativas de conhecimento, questionando-se o caráter colonial/eurocêntrico dos saberes sociais sobre o continente, o regime de separações que lhes serviram de fundamento e a ideia de modernidade como modelo civilizatório universal⁷⁶, vindo à tona questões como gênero e raça, bastante ocultadas pelo processo de dominação.

⁷³ ÁVILA SANTAMARÍA, 2011, p. 32-33.

⁷⁴ ÁVILA SANTAMARÍA, 2011, p. 49.

⁷⁵ Dois exemplos de coletâneas com pluralidade de ideais em torno da temática, cf. MIGNOLO, Walter D. (Editor). *Local histories/global designs: coloniality, subaltern knowledges, and border thinking* (2000); REVATHI, Krishnaswamy; HAWLEY, John C. (Editors). *The postcolonial and the global* (2008).

⁷⁶ LANDER, 2005, p. 38.

Romper com um modelo de colonialidade requer uma consciência do papel da ciência, inclusive das Ciências Sociais⁷⁷. Pierre Bourdieu e Lôic Wacquant, por exemplo, recordam que a neutralização do contexto histórico, resultante da circulação internacional de textos e do correspondente esquecimento de suas condições históricas de origem, produz uma aparente universalização ampliada do trabalho de ‘teorização’⁷⁸.

A compreensão e mudança das relações sociais extremamente desiguais na América Latina requer conhecimento da história colonial e do processo de dominação que se firmou no continente. Dessa forma, a recuperação coletiva da história, surgida na América Latina, nos fins da década de 70 (setenta), e implementada como corrente de pensamento durante os anos 80 (oitenta) do século XX, construiu-se em um dos antecedentes mais claros na configuração dos cenários políticos e epistêmicos críticos no campo da memória coletiva⁷⁹, representando uma tomada de consciência em torno das estruturas institucionais passadas, a realidade presente e as perspectivas de futuro dessas estruturas.

Catherine Walsh (2013, p. 26) lembra que a memória coletiva, neste sentido, é a que articula a continuidade de uma oposta decolonial, a qual pode ser entendida como um viver de luz e liberdade em meio às trevas; assim, não é de surpreender a aflição dos agentes coloniais de apagar a luz e, por conseguinte, as tentativas de imposição de molduras de racionalidade fundadas em binarismos dicotômicos: homem/natureza, mente/corpo, civilizados/bárbaros, dentre outras, bem como nas ideais de raça e de gênero.

Assim, não é possível falar em mudanças sociais sem se pensar em mudanças nas relações jurídicas, forte fator de estruturação

⁷⁷ “Na América Latina, as ciências sociais, na medida em que apelaram a esta objetividade universal, contribuíram para a busca, assumida pelas elites latino-americanas ao longo de toda a história deste continente da ‘superação’ dos traços tradicionais e pré-modernos que têm servido de obstáculo ao progresso e à transformação destas sociedades à imagem e semelhança das sociedades liberais industriais. Ao naturalizar e universalizar as regiões ontológicas da cosmovisão liberal que servem de base a suas constrições disciplinares, as ciências sociais estão impossibilitadas de abordar processos histórico-culturais diferentes daqueles postulados por essa cosmovisão. Caracterizando as expressões culturais como ‘tradicionais’ ou ‘não modernas’, como em processo de transição em direção à modernidade, nega-se-lhes toda possibilidade de lógicas culturais ou cosmovisões próprias. Ao colocá-las como expressão do passado, nega-se sua contemporaneidade” (LANDER, 2005, p. 37).

⁷⁸ WACQUANT, 2005, p. 210.

⁷⁹ CUEVAS MARIN, 2013, p. 69.

Com o resgate dessa memória coletiva, ou seja, com essa tomada de consciência histórica, tem sido possível construir alternativas teóricas aos modelos sociais e institucionais que haviam sido naturalizados, inclusive com a retomada de discussões raciais, um forte elemento para a compreensão do processo de desigualdade que se mantém no continente.

da engenharia institucional latino-americana. Qualquer projeto de mudança social, seja com o reconhecimento ou a ampliação de direitos aos grupos tradicionalmente excluídos, deve ter em mente que as instituições latino-americanas possuem um arcabouço jurídico de proteção de privilégios que remontam ao período colonial e escravagista, devendo-se rememorar a história coletiva do continente, a fim de se ter essa compreensão⁸⁰.

Pilar Cuevas Marín⁸¹, nesse sentido, recorda que a recuperação coletiva da história se organizou a partir dos seguintes aspectos: *a)* primeiro surge na América Latina, nos fins da década de 1970 e durante 1980, em resposta ao protagonismo adquirido por setores populares, urbanos e rurais; *b)* segundo, esse cenário se encarregou de visibilizar desde os atores protagonistas das demandas sociais e políticas, trajetórias históricas que até esse momento haviam sido subalternizadas pelas narrativas oficiais da história; *c)* terceiro, na visibilidade de determinadas trajetórias históricas, definiu-se a contribuição teórica e metodológica de experiências e práticas investigativas provenientes da investigação participativa e da educação popular, por uma parte, e da história popular por outra; essas distintas perspectivas, mas em especial a primeira, possibilitaram a emergência da recuperação coletiva da história, entendida como corrente de pensamento; *d)* quarto, na corrente de pensamento, a recuperação coletiva da história incorporou, como parte de seus discursos fundacionais, os aportes provenientes da teoria marxista, a filosofia e a teologia da libertação, assim como as investigações participativas e a educação popular.

Com o resgate dessa memória coletiva, ou seja, com essa tomada de consciência histórica, tem sido possível construir alternativas teóricas aos modelos sociais e institucionais que haviam sido naturalizados, inclusive com a retomada de discussões raciais, um forte elemento para a compreensão do processo de desigualdade que se mantém no continente.

⁸⁰ “Poderíamos dizer, então, que o aporte da recuperação coletiva da história ao pensamento crítico latino-americano o encontramos no questionamento que esta corrente estabeleceu com seus discursos, práticas e atores, em relação às ordens políticas e intelectuais hegemônicas da sociedade e a academia, nos fins das décadas de 1970 a 1980. Devemos a esta corrente de pensamento o surgimento de múltiplas narrativas históricas e suas correspondentes memórias, que foram subalternizadas pelos regimes de poder instaurados na América Latina desde o período colonial; assim mesmo, pelo papel que posteriormente cumprem os saberes modernos, em especial a história, neste processo de subalternização dessas ‘outras’ memórias históricas” (CUEVAS MARÍN, 2013, p. 94).

⁸¹ MARÍN, 2013, p. 93.

A dominação dos sujeitos indígenas⁸² e negros, acobertada por teorias jurídicas, não foi um processo sem resistência. Houve contínua resistência e luta, muitas vezes encoberta e negada pela história dominante. No caso dos negros:

A resistência dos escravos foi contínua. Muitos deles alcançaram a liberdade pela luta. Testemunho disso são os “quilombos” no Brasil (territórios libertados, em alguns casos com mulheres de afro-brasileiros que desafiaram durante anos os exércitos coloniais) ou as “costas do Pacífico” na América Central (região do refúgio e liberdade dos escravos britânicos na Jamaica). A ordem escravista-colonial, porém, respondia brutal e sistematicamente a toda tentativa de fuga ou emancipação. Da cultura francesa emanou *Le Code Noir ou Recueil des Règlements rendus jus’q’a present*, uma das expressões mais irracionais da história da humanidade e que sofreram os afrocaribenhos do Haiti, Guadalupe e Martinica durante décadas. Foi um exemplo prototípico do “direito” opressor do mercantilismo capitalista emanado da revolução burguesa moderna: a liberdade da Modernidade “para dentro” (liberdade essencial da pessoa em Hobbes ou Locke) não era contraditório a com a escravidão “para fora” – dupla face do “mito da Modernidade” até 1992, e que a política do Mercado Comum Europeu, que se fecha sobre si, expressa mais uma vez⁸³.

Essa negação da história das lutas dos indígenas e negros serviu para retirar a legitimidade das reivindicações de tais sujeitos, algo que tem sido bastante questionado nas últimas décadas, principalmente a partir da década de 1980, através dos grupos e movimentos organizados em torno da temática.

Vera Maria Ferrão Candau recorda que, apesar da realidade dos grupos e movimentos negros ser muito heterogênea e diferenciada América Latina, é possível afirmar que estes foram grupos, em geral, reduzidos a uma posição de não cidadania até à metade do século passado, fazendo-se necessário recordar que o regime de escravidão persistiu

⁸² “O índio resistirá durante séculos; sua vida cotidiana certamente será afetada de todas as maneiras pelos invasores – mesmo que não seja mais do que pela introdução dos instrumentos de ferro como o machado, que transformará completamente o trabalho agrícola, doméstico, etc. Brutal e violentamente incorporado primeiro à ‘encomenda’ – exploração gratuita do trabalho indígena – depois aos ‘repartimentos’, sejam agrícolas ou mineiros (a ‘mita’ andina), para, finalmente, receber salários de fome nas ‘fazendas’, o índio deverá recompor totalmente sua existência para sobreviver numa opressão desumana: as primeiras vítimas da modernidade – o primeiro ‘holocausto’ moderno, como o chama Russel Thornton” (DUSSEL, 1993, p. 160).

⁸³ DUSSEL, 1993, p. 164.

No Brasil, por exemplo, o racismo, antes, com forte viés individual, fortalece-se e esconde-se, agora, nas formas institucional e cultural. Ocorre que essas duas últimas formas são muito mais difíceis de serem combatidas, já que, em regra, encontram-se ocultas, invisibilizadas ou dissimuladas.

em alguns países, como o Brasil, até final do século XIX⁸⁴. Porém, em diferentes nações foram muitas as lutas de grupos afrodescendentes por condições de vida dignas e combate à discriminação e ao racismo; tais grupos se caracterizaram pela resistência e por suas lutas contra o racismo, em diferentes manifestações interpessoais ao racismo estrutural, assim como pela afirmação de direitos e plenitude da cidadania, o que supõe reconhecimento de suas identidades culturais.

Porém, obviamente, a força do poder econômico, que proporciona outros poderes, como o social, o cultural, o jurídico etc., deu prevalência aos dominantes, sendo que, no caso brasileiro, a escravidão negra chegou ao fim em razão dos próprios interesses mercantis da Inglaterra, interessada em expandir seu mercado consumidor.

As colônias converteram-se num mercado. A população colonial é uma clientela que compra. Por conseguinte, se a guarnição tem de ser eternamente reforçada, se o comércio decai, isto é, se os produtos manufaturados e industrializados não podem mais ser exportados, verifica-se que a solução militar deve ser afastada. Um domínio cego de tipo escravista não é economicamente rentável para a metrópole⁸⁵.

A colonização dos países latinos e o seu braço armado, a escravidão, deixaram marcas que se sentem até hoje nestes países. Sob um discurso jurídico, segundo o qual a abolição tornaria dominantes e dominados iguais em direitos, os sujeitos descendentes daqueles que foram escravizados continuam a experimentar um processo contínuo de negação de seus direitos.

No Brasil, por exemplo, o racismo, antes, com forte viés individual, fortalece-se e esconde-se, agora, nas formas institucional e cultural. Ocorre que essas duas últimas formas são muito mais difíceis de serem combatidas, já que, em regra, encontram-se ocultas, invisibilizadas ou dissimuladas.

O direito, por sua vez, focou os esforços em combater principalmente as práticas racistas individuais⁸⁶, inclusive atribuindo todo o peso dessa prática sobre as condutas dos sujeitos, pouco combatendo

⁸⁴ CANDAU, 2013, p. 148.

⁸⁵ FANON, 1968, p. 49-50.

⁸⁶ Para combater o racismo individual, a legislação penal apresenta 02 (dois) exemplos de tipificação, o racismo (inscrito na Lei nº 7.716/1989, que define os crimes resultantes de raça ou de cor) e a injúria racial (prevista no Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848/1940, no art. 140, §3º).

o racismo institucional e cultural, o que contribuiu para difundir o mito da “democracia racial”. Um bom exemplo disso é a questão do crime de racismo, previsto na Constituição Federal, que negligenciou o racismo institucional e cultural⁸⁷ e puniu fortemente as práticas individuais⁸⁸, sem que tenha proposto ações afirmativas, que só foram levadas adiante em virtude de um grande percurso de luta, reconhecimento e inclusão ao longo das décadas de 1990 e 2000⁸⁹.

⁸⁷ A Constituição dá diretrizes gerais para o combate do racismo institucional e cultural, sem que tenha traçado os instrumentos de combate: Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. [...] Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] VIII- repúdio ao terrorismo e ao racismo;

⁸⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLII- a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

⁸⁹ O Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010), a lei de cotas nas universidades e demais instituições federais de ensino (Lei nº 12.711/2012) e a lei de cotas para negros no serviço público do Executivo da União (Lei nº 12.990/2014) são contemporâneas ao julgamento da ADPF 186, que julgou constitucional o sistema de cotas implantado pela Universidade de Brasília – UnB: Ementa: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – Não contraria- ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro. V- Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. VI- Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente (ADPF 186, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 17-10-2014 PUBLIC 20-10-2014).

O despertar dos sujeitos renegados, principalmente negros e indígenas, com suas multifacetadas imbricações identitárias, não é um processo simples, pois lidar com as desigualdades de direitos requer mudanças nas estruturas das instituições públicas e privadas, que continuam a manter práticas institucionais que passaram incólumes aos diversos movimentos constitucionais reformistas.

A tomada de consciência dos negros pelo reconhecimento de seus direitos pressupõe a interculturalidade, que deve favorecer a consciência da própria identidade cultural que, em geral, é dinamizada no contraste com o outro, o diferente; trata-se, dessa forma, de processos imbricados e entrecruzados, sendo importante ter em mente que a interculturalidade deve promover o diálogo em bases igualitárias, que não deve dar como pressuposto e ser favorecido pelo mesmo processo intercultural, emponderando-se os grupos que necessitem de uma maior afirmação de sua identidade, para que a igualdade possa ser construída e afirmada na mesma interação intercultural⁹⁰.

Enrique Dussel deixa claro que a incorporação de “novos” direitos ao “sistema do direito”, ou a explosão do “sistema do direito” vigente, que agora se transforma em “antigo”, por um novo sistema do direito, é fruto não tanto da explicitação de um direito natural, contudo não descoberto, e sim da institucionalização de um “novo” direito descoberto pelas vítimas “sem-direito”, fruto da maturidade histórica própria ao desenvolvimento da realidade humana (e da consciência política), do processo civilizatório da comunidade política particular ou da humanidade em geral⁹¹.

Esse processo de descoberta, “descobrimento” ou reconhecimento de novos direitos pelos sujeitos renegados não é fruto nem de um estudo teórico nem de um voluntarismo de certos movimentos messiânicos, mas da consciência crítico-política dos grupos que sofrem em sua dor os efeitos negativos do estado-de-não-direito, de uma dimensão humana que a maturidade histórica desenvolveu, mas que o direito não incluiu, contudo, como exigências que requerem institucionalidade pública⁹².

⁹⁰ CANDAU, 2013, p. 156.

⁹¹ DUSSEL, 2015, p. 130-131.

⁹² DUSSEL, 2015, p. 131.

O trabalho, a partir da Sociologia Jurídica, teve como objetivo analisar a relação entre poderes, direito e dominação, relacionando o que se tem denominado de tomada de consciência dos sujeitos sob o enfoque de questões raciais na América Latina, especialmente o Brasil.

Portanto, com a tomada de consciência dos sujeitos- negros e indígenas – excluídos do arranjo institucional vigente, é possível a construção ou reconstrução do direito, que não seja mero instrumento de dominação e forma de mascarar os racismos institucional e cultural. Sob essa perspectiva, as questões raciais devem ser discutidas e amplamente debatidas, a fim de que as amarras institucionais do passado venham a lume, única forma de destruí-las e de se construir um Estado de Direito efetivamente igualitário, capaz de proporcionar oportunidades e direitos a todos, e não somente àqueles que se valem das estruturas estruturantes para manter seus privilégios.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho, a partir da Sociologia Jurídica, teve como objetivo analisar a relação entre poderes, direito e dominação, relacionando o que se tem denominado de tomada de consciência dos sujeitos sob o enfoque de questões raciais na América Latina, especialmente o Brasil.

Para tanto, com base nas teorias de Pierre Bourdieu, verificou-se que as estruturas estruturantes de dominação se valem do poder quase mágico da dominação simbólica, praticando a violência oculta e dissimulada contra os sujeitos dominados, no que recebem contribuições das Ciências Sociais e do Direito.

O sociólogo Pierre Bourdieu, com enorme aceitação no Brasil, trouxe grande contribuição para as Ciências Sociais, ao perceber que a questão dos capitais não se resume à questão econômica, tratando de outras formas como os capitais econômico e cultural, elementos estruturantes da hierarquia social moderna.

Para Pierre Bourdieu, as diferentes classes e frações de classes estão envolvidas numa luta propriamente simbólica para a imposição de uma definição de mundo social que mais se adeque aos seus interesses, assim como a imposição do campo das tomadas de posições ideológicas reproduzem em forma transfigurada o campo das posições sociais. Tais lutas são travadas nos conflitos simbólicos da vida cotidiana, quer de forma delegada, por meio da luta travada pelos especialistas da produção simbólica, em que se tenta impor determinada realidade social.

Para romper com esse estado de dominação, devem os sujeitos dominados tomar consciência desse processo e, nesse particular, parece que a lente metodológica que esse artigo oferece permite uma leitura da realidade identificada no desenho institucional vigente, capaz de problematizar os contornos deste espaço.

Conquanto seja natural discordar de algum ponto da teoria de Pierre Bourdieu, o importante é reconhecer as suas contribuições a respeito do capital simbólico e dos processos de dominação; as categorias lançadas ou trabalhadas pelo sociólogo, atualmente, são essenciais em uma perspectiva da Sociologia Jurídica, em que pese o mesmo não ter escrito especificamente sobre esse ramo do conhecimento.

Com essa perspectiva sociológica, articulada com a análise dos processos estruturantes de dominação, o trabalho passa a analisar o processo de dominação que se formou e consolidou com a Modernidade. Nesse aspecto, a análise deste processo e sua interpretação se dá sobre a abordagem proposta por Enrique Dussel, que aponta a complexidade do tema e destaca como a noção de Modernidade contribuiu para dominação dos sujeitos que ficaram de fora ou não foram abrangidos totalmente pela comunidade da comunicação.

A Modernidade, assim, foi inaugurada segundo uma concepção racionalista, na qual os conhecimentos advindos dos saberes técnicos e formais foram privilegiados, menosprezando as tradições e os conhecimentos dos “outros” que não se adequavam a esse padrão, surgindo daí a colonização e seu elemento essencial: a escravidão e o racismo.

Nesse contexto, para dominar, necessitavam os dominantes construir formas que pudessem garantir o sucesso desse processo: o racismo foi um elemento essencial para tanto, pois, através de um discurso de distinção, amparado por teorias jurídicas, povos foram submetidos a um processo de dominação que continua a se manifestar, mesmo que de forma bastante dissimulada, nos dias atuais.

O colonialismo e o racismo, assim, foram expressões dessa estrutura de dominação decorrente da Modernidade, pois havia necessidade de que fossem criadas distinções entre os humanos capazes de sustentar as diferenças econômicas: a criação de teorias jurídicas para sustentar tal empreitada foi essencial.

Do próprio Norte, surgiram questionamentos a respeito do processo de colonização levado adiante, por séculos, pela Europa. Um

O despertar dos sujeitos renegados, principalmente negros e indígenas, com suas multifacetadas imbricações identitárias, não é um processo simples, pois lidar com as desigualdades de direitos requer mudanças nas estruturas das instituições públicas e privadas [...]

exemplo contundente e controverso foi, em França, o desempenhado por Jean-Paul Sartre, para quem o colonialismo rejeitou os direitos humanos para os homens e mulheres que ele submeteu à opressão pela violência, cuja conservação se deu pela força da miséria, da ignorância e de um estado de sub-humanidade. Para que se mantivesse como sistema econômico, era essencial ao colonialismo a prática do racismo, inscrito nos próprios fatos, nas instituições, na natureza das trocas e da produção; os estatutos político e social se reforçavam mutuamente, dando feição sub-humana aos dominados (negros e indígenas), já que as declarações de direitos não lhes diziam respeito. Dessa maneira, de forma inversa, se não tinham direitos, os dominados eram abandonados sem proteção às forças desumanas da natureza, às leis da economia.

Romper com o paradigma de dominação e racismo é possível, devendo-se, para tanto, questionar a própria função do conhecimento proporcionado pelas Ciências Sociais, bem como do Estado de Direito, incapaz de atender aos anseios dos sujeitos que ficaram de fora ou não totalmente abrangidos pelo que se denominou de “comunidade de comunicação”.

O despertar dos sujeitos renegados, principalmente negros e indígenas, com suas multifacetadas imbricações identitárias, não é um processo simples, pois lidar com as desigualdades de direitos requer mudanças nas estruturas das instituições públicas e privadas, que continuam a manter práticas institucionais que passaram incólumes aos diversos movimentos constitucionais reformistas.

Portanto, com a tomada de consciência dos sujeitos renegados, é possível a construção ou reconstrução do direito, que não seja mero instrumento de dominação e forma de mascarar os racismos institucional e cultural; as questões raciais devem ser discutidas e amplamente debatidas, a fim de que as amarras institucionais do passado venham a lume, única forma de destruí-las e de se construir um Estado de Direito efetivamente igualitário, capaz de proporcionar oportunidades e direitos a todos, e não somente àqueles que se valem das estruturas estruturantes para manter seus privilégios.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador: el Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya Yala, 2011.
- ARANTES, Marco Antonio. Sartre e o humanismo racista europeu: uma leitura sartriana de Frantz Fanon. In: *Sociologias*, Porto Alegre, ano 13, nº 27, mai./ago. 2011. p. 382-409.
- BERTEN, André. *Modernidade e desencantamento: Nietzsche, Weber e Foucault*. Tradução de Marcio Anatole de Sousa Romeiro. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.
- _____.; WACQUANT, Löic. A astúcia da razão imperialista. In: *O mistério do ministério: Pierre Bourdieu e a política democrática*. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2005, p. 209-230.
- BORTOLUCI, José Henrique; JACKSON, Luiz C; PINHEIRO FILHO, Fernando. Contemporâneo clássico: a recepção de Pierre Bourdieu no Brasil. In: *Lua Nova*, São Paulo, nº 94, 2015. p. 217-254.
- BUCK-MORSS, Susan. *Hegel y Haití: la dialéctica amo-esclavo: una interpretación revolucionaria*. Traducción de Fermín Rodríguez. Buenos Aires: Grupo Editorial Norma, 2005.
- _____. Hegel e Haiti. In: *Novos Estudos – CEBRAP*, Tradução de Sebastião Nascimento, São Paulo, nº 90, 2011. p. 131-171.
- CANDAU, Vera Maria Ferrão. Educação intercultural crítica: construyendo caminos. In: WASH, Catherine (org.). *Pedagogías decoloniales: prácticas insurgentes de resistir, (re)existir y (re)vivir*. Quito: Abya Yala, 2013, p. 145-161.
- CUEVAS MARÍN, Pilar. Memoria colectiva: hacia un proyecto decolonial. In: WASH, Catherine (org.). *Pedagogías decoloniales: prácticas insurgentes de resistir, (re)existir y (re)vivir*. Quito: Abya Yala, 2013, p. 69-104.
- DUSSEL, Enrique. 1492. *O encobrimento do outro: a origem do “mito da modernidade”*. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.
- _____. Direitos humanos e ética da libertação: pretensão política de justiça e a luta pelo reconhecimento dos novos direitos. In: *Revista InSURgência*, Brasília, ano 01, v. 1, nº 01, jan./jun., 2015. p. 121-135.
- FANON, Frantz. *Os condenados da terra*. Tradução de José Laurênio de Melo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

_____. *Pele negra, máscaras brancas*. Tradução de Renato da Silveira. Salvador: EDUFBA, 2008.

GIDDENS, Antony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

_____. *O Estado-Nação e a violência*: segundo volume de uma crítica contemporânea ao materialismo histórico. Tradução de Beatriz Guimarães. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HANKE, Lewis. *El prejuicio racial en nuevo mundo: Aristóteles y los indios de hispanoamérica*. Traducido por Marina Orellana. Santiago do Chile: Editorial Universitária, 1958.

_____. *La humanidad es una*: estudio acerca de la querela que sobre la capacidad intelectual y religiosa de los indígenas americanos sostuvieron en 1550 Bartolomé de las Casas y Juan Ginés. Traducido por Jorge Avendano-Inestrillas y Margarita Sepúlveda de Baranda. 2. ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1985.

JONES, James M. *Racismo e preconceito*. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Editora Da Universidade de São Paulo, 1973.

LANDER, Edgardo. Ciências Sociais: saberes coloniais e eurocêntricos. In: LANDER, Edgardo (Compilador.). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 21-53.

LATOUR, Bruno. *Nunca fuimos modernos: ensayos de antropología simétrica*. Traducción de Víctor Goldstein. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012.

LIMA, Enrique Espada. O Haiti e o projeto de uma “História Universal” hoje. In: *Afro-Ásia*. Salvador, nº 44, 2011. p. 287-293.

MADEIRA, Lígia Mori. O direito nas teorias sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhmann. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 33, n. 1, junho 2007. p. 19-39.

MIGNOLO, Walter D. (Editor). *Local histories/global designs: coloniality, subaltern knowledges, and border thinking*. Princeton: Princeton University Press, 2000.

MÍLOVIC, Miroslav. *Filosofia da comunicação: para uma crítica da modernidade*. Brasília: Plano Editora, 2002.

OSTERHAMMEL, Jürgen. Colonialism: a theoretical overview. Translated from German by Shelley L. Frisch. 2. ed. Princeton: Markus Wiener Publishers, 2005.

REVATHI, Krishnaswamy; HAWLEY, John C. (Editors). *The postcolonial and the global*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2008. SANTOS, Gislene Aparecida dos. Eichmann, o Racismo Institucional e as Políticas Públicas: reflexões sobre o PIMESP e outras políticas. In: *Revista Gestão e Políticas Públicas - RGPP*, vol. 03, nº 01, 2013. p. 113-131.

SARTRE, Jean-Paul. Orfeu negro. In: *Reflexões sobre o racismo*. Tradução de J. Guinsburg. 5. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro – DIFEL, 1968, p. 89-125.

_____. *Colonialismo e neocolonialismo*. Tradução de Diva Vasconcelos. São Paulo: Tempo Brasileiro, 1968.

SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. São Paulo: Leya, 2015.

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

TOURAINÉ, Alain. *Crítica da modernidade*. Tradução de Elia Ferreira Edel. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

WALSH, Catherine. Introducción. Lo pedagógico y lo decolonial: entretejiendo caminos. In: WASH, Catherine (org.). *Pedagogías decoloniales: prácticas insurgentes de resistir, (re)existir y (re)vivir*. Quito: Abya Yala, 2013, p. 24-68.

ZEA, Leopoldo. *Discurso desde a marginalização e a barbárie*. Tradução de Luís Gonzalo Acosta Espejo e Maurício Delamaro. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

EL DERECHO A LA RESISTENCIA COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ECUATORIANO

Albert Noguera
Fernandez

Doctor en derecho por la
Universidad de La Habana
(2006). Profesor de
Derecho Constitucional en
la Universidad de Valencia.
Valencia, España.
albert.noguera@uv.es

Recibido: maio 05, 2017

Aceito: agosto 21, 2017

The right to resistance as the
guarantee of rights in the
constitutional system of Ecuador

O direito à resistênciã como
garantia dos direitos no sistema
constitucional equatoriano

RESUMEN

El presente artículo analiza el tratamiento jurídico que el derecho a la resistencia recibe en Ecuador, viendo que fórmula plantea la Constitución ecuatoriana de 2008 para compatibilizar resistencia y Derecho en el interior del ordenamiento jurídico. Sin embargo, veremos también cuáles son aquellos factores políticos y jurisprudenciales que han imposibilitado en la práctica esta armonización y plantearemos algunas propuestas para desencallar tal situación.

Palabras clave: Ecuador, Constitución, derecho a la resistencia, derechos.

Abstract

This article will discuss the right to resistance and the legal treatment it is given in Ecuador. The analysis includes the formula that the Ecuadorian Constitution of 2008 proposes to reconcile resistance and Law within the legal system; as well as the political and jurisprudential factors that have prevented this harmonization to take place in practice. Finally, this paper will present some proposals to address this issue.

Keywords: Ecuador, Constitution, Right of resistance, Rights.

Resumo

Este artigo analisa o tratamento jurídico dado ao direito de resistência no Equador, analisando como a Constituição Equatoriana de 2008 compatibiliza resistência e Direito no interior do ordenamento jurídico. Contudo, como se verá, fatores políticos e jurisprudenciais impediram na prática essa harmonização. Algumas propostas são feitas para modificar esses entraves.

Palavras-chave: Equador, Constituição, direito de resistência, direitos.

1. INTRODUCCIÓN

En la mayoría de Constituciones las garantías de los derechos se han entendido siempre ligadas a la función judicial, reconociéndose sólo las llamadas garantías jurisdiccionales. Sin embargo, también se han reconocido en algunos textos jurídicos, otros tipos de garantías como por ejemplo las llamadas “garantías sociales”¹. Estas garantías tienen un primer antecedente en la Constitución francesa de 1793 (art. 23). La “garantía social”, apoyada en la soberanía nacional, actuaba como técnica de tutela de los derechos confiada a los propios destinatarios de los mismos, es decir, a los ciudadanos, individual o colectivamente². Más recientemente, otras constituciones como la Ley Fundamental de Bonn (art. 20.4) o la Constitución de Portugal (art. 21) incluyeron el derecho a la resistencia en su sentido de garantía, habiendo sido, incluso, activado durante los últimos años³.

¹ Entendemos por garantía social aquellos mecanismos de garantía de los derechos ejercidos directamente por los ciudadanos al margen de las estructuras formales del Estado.

² En la doctrina contemporánea, recuperan esta noción de garantía social: Ferrajoli 2006. También la utilizan: Abramovich y Courtis 2006.

³ Recientemente encontramos el caso del ciudadano portugués Alcides Santos, con más de dos años en situación de desempleo y cobrando 600 euros al mes de los cuales 400 iban destinados a pagar un préstamo bancario. Ante esta situación, el 2 de abril de 2013, Alcides envió una carta al Defensor del Pueblo portugués, en la que alegaba que por encima de sus deberes como contribuyente está el deber de dar de comer a sus hijos y que legitimado por el ejercicio del derecho a la resistencia del art. 21 de la Constitución, iba a dejar de pagar impuestos (<http://www.publico.pt/sociedade/noticia/desempregado-reclama-na-justica-o-direito-de-nao-pagar-impostos-1589808>). Esta reivindicación quedó desactivada puesto que Alcides Santos fue contratado por una empresa pocos días después de anunciar públicamente el envío de la carta.

A pesar de esta voluntad del constituyente ecuatoriano de armonizar la resistencia y Derecho positivo, siete años después de la aprobación de la Constitución, la resistencia en la defensa de derechos sociales y colectivos continúa siendo una acción perseguida por el Estado.

Estas garantías sociales pueden adquirir la forma de participación ciudadana en la configuración de las decisiones institucionales que pretendan tutelar los derechos. Pero pueden actuar también como vías de acción directa de defensa o reclamo de un derecho social en ámbitos no institucionales mediante el derecho a la resistencia.

No obstante, el hecho que las garantías sociales puedan actuar en ámbitos extra-institucionales no equivale, necesariamente, a que operen contra el Derecho positivo. El derecho a la resistencia y el Derecho positivo, aun cuando se presentan de manera recurrente como inconciliables, no tienen por qué ser contradictorios⁴.

La Constitución de Ecuador de 2008 reconoce, por primera vez en el país, el derecho a la resistencia en su artículo 98 y establece un conjunto de principios de interpretación y aplicación de los derechos capaces de posibilitar su “legal” justiciabilidad. A pesar de esta voluntad del constituyente ecuatoriano de armonizar la resistencia y Derecho positivo, siete años después de la aprobación de la Constitución, la resistencia en la defensa de derechos sociales y colectivos continúa siendo una acción perseguida por el Estado.

2. COMPATIBILIZAR DERECHO A LA RESISTENCIA Y JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 2008

Para entender la voluntad del constituyente ecuatoriano respecto al derecho a la resistencia hay que detenerse en dos aspectos: uno es el tratamiento constitucional del propio derecho a la resistencia y otro es el tratamiento general de los derechos que en el marco del definido como “Estado constitucional de derechos y justicia” hace la Constitución. La vinculación entre ambos es de fundamental importancia para entender la voluntad del constituyente de compatibilizar derecho a la resistencia y Derecho positivo.

⁴ Así lo manifiesta C. Mortati (1975) al señalar que el derecho a la resistencia como función de garantía constitucional no tiene por qué entrar en contradicción con el resto del ordenamiento jurídico. La resistencia entra en contradicción con el orden jurídico cuando ésta va dirigida a la subversión del orden, es decir, como poder constituyente, pero no cuando le damos el sentido de garantía constitucional, esto es entendida como reintegración de un orden violado. Aquí el derecho a la resistencia permanece con todo en el campo del derecho, en consideración del objetivo perseguido. Esta resistencia, concluye Mortati, bien podría ser considerada como un “modo de manifestación del estado de excepción, caracterizado por el arresto de las formas legales cuando ello lo exija la *salus reipublicae*”.

2.1. El derecho a la resistencia en la historia constitucional

El derecho a la resistencia se encuentra en los orígenes mismos del constitucionalismo. En una época donde el Derecho era derecho natural, la separación entre lo legítimo (derecho natural) y lo legal (voluntad del monarca) hacía de la resistencia o desobediencia al Derecho un instrumento aceptable en términos jurídicos. A nivel teórico, a finales del siglo XVII y de la mano de John Locke en sus Dos tratados sobre el gobierno civil (1689), la rebelión contra la autoridad aparece ya como una de las ideas que distinguieron en sus orígenes al constitucionalismo. Estas ideas resultaron trasladadas luego a las dos grandes revoluciones del siglo XVIII: la norteamericana y la francesa. El derecho a la resistencia aparece en las Declaraciones norteamericanas y en la Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789 o la Constitución francesa de 1793 (art. 33), como instrumento jurídico legítimo de reacción del pueblo frente al abuso de poder.

A partir del siglo XIX el derecho a la resistencia va perdiendo fuerza hasta terminar desapareciendo, salvo excepcionales ocasiones⁵, del constitucionalismo. El factor que propicia el fin del derecho a la resistencia como aceptable en términos jurídicos fue la conversión, en el siglo XIX, del imperio de la ley como nueva fuente jurídica por excelencia, lo cual elimina la separación entre lo legítimo y lo legal tan fundamental para el derecho a la resistencia.

La Constitución ecuatoriana de 2008 recupera el derecho a la resistencia, no reconocido antes en el constitucionalismo ecuatoriano, y además, incorpora éste no el marco de un “Estado de derecho” lo que vaciaría de eficacia el derecho y lo haría incompatible con la legalidad, sino en el marco de una nueva forma de Estado (el “Estado Constitucional de derechos y justicia”), lo que abre posibilidades de que este derecho pueda ser eficaz y justiciable repetidamente en el interior de un Estado políticamente estable, como cualquier otro derecho subjetivo.

⁵ El derecho a la resistencia aparece en el art. Art. 20.4 de la Ley Fundamental de Bonn en virtud de la reforma operada por la 17ª Ley de reforma constitucional de 24 de junio de 1968. Para el estudio de este derecho en la doctrina alemana, ver: E. W. Böckenförde, 1970: 168 y ss; M. Kriele, 1983:54-75; R. Dreier, 1983: 573 y ss; También la Constitución portuguesa de 1976 incorpora el derecho a la resistencia en su art. 21. Para el estudio del derecho a la resistencia en la Constitución portuguesa, ver: J.J. Gomes Canotilho, 1995: 171; J. Bacelar Gouveia, 1995.

La consagración positiva de un derecho como fundamental obliga a los operadores jurídicos a maximizar, en el momento de la interpretación constitucional, los mecanismos que permitan su protección frente a otros.

2.2. El tratamiento del derecho a la resistencia en la Constitución de Ecuador de 2008

La Constitución de 2008 reconoce el derecho a la resistencia en el artículo 98. Este artículo no se encuentra en la carta de derechos o parte dogmática de la Constitución sino en la parte orgánica, concretamente, en la Sección segunda (Organización colectiva) del Capítulo primero (Participación en democracia) del Título IV (Participación y organización del Poder). Aunque a primera vista ello pueda parecer que la resistencia aparece en el texto constitucional no como un derecho estrictamente, sino como otro tipo de norma, no es así. Por la propia naturaleza de la Constitución ecuatoriana de 2008, la ubicación de este derecho fuera de la carta de derechos no supone que su tratamiento deba ser diferente, en cuanto a su pleno reconocimiento y justiciabilidad, que el del resto de derechos constitucionales. Ello, básicamente, por dos razones:

La primera, porque la Constitución ecuatoriana de 2008 supera el trato desigual entre grupos de derechos, eliminando la distinción entre derechos fundamentales y no-fundamentales y catalogando de todos los derechos sin distinción, incluidos los sociales, como derechos de igual jerarquía (art. 11.6), “directamente aplicables” y “plenamente justiciables” por igual (art. 11.3). Si nos fijamos, la nueva Constitución ecuatoriana, ya no habla de “derechos fundamentales”, sino simplemente de “derechos”. La consagración positiva de un derecho como fundamental obliga a los operadores jurídicos a maximizar, en el momento de la interpretación constitucional, los mecanismos que permitan su protección frente a otros. Sin embargo, en modelos donde las diferencias entre derechos ya no existen en el orden lógico-deóntico, ni en la ausencia o presencia de características como la exigibilidad judicial, o en cuanto a las obligaciones que generan, como así sucede en el caso de la Constitución ecuatoriana, ¿qué sentido tiene continuar manteniendo la diferenciación entre derechos fundamentales y no-fundamentales? Esta es una diferenciación que sólo es útil a paradigmas ideológico-políticos de “negación parcial de derechos” (Peces-Barba 2004), pero no a modelos basados en la indivisibilidad e interdependencia de los derechos como el ecuatoriano. Es por eso que la Constitución de Ecuador de 2008 ya no usa la expresión

[...] podemos decir que, a pesar de encontrarse ubicado en la parte orgánica de la Constitución, el derecho a la resistencia es reconocido en la Constitución ecuatoriana en igualdad de condiciones que el resto de derechos constitucionales.

“derechos fundamentales”, sino que, como decía antes, hablan sólo de “derechos” sin más⁶.

Y, la segunda, porque a diferencia de sus predecesoras, la Constitución de 2008 no ubica las garantías constitucionales dentro del Título o la Parte de derechos, sino que las ubica en un Título totalmente independiente (Título III: “Garantías Constitucionales”). Ubicadas dentro del mismo título de los derechos, como sucede en todas las Constituciones, las garantías se convierten en instrumentos para garantizar sólo la aplicación de la carta de derechos, no del resto de la Constitución. En cambio, en la estructura de la Constitución ecuatoriana de 2008, con el objetivo de llevar a cabo una revalorización jurídica de las garantías y de extender el carácter garantista a todo el texto constitucional, no sólo a la carta de derechos sino también, por ejemplo, al Título IV (Participación y organización del Poder) u otros; lo que hace es, en lugar de reconocer las distintas garantías como parte del título de derechos, se realiza una unificación y sistematización, en un Título propio y diferenciado, de las formas o mecanismos concretos a través de los cuales se garantiza el carácter normativo y el cumplimiento de todo el texto constitucional en cualquiera de sus partes⁷.

En consecuencia, podemos decir que, a pesar de encontrarse ubicado en la parte orgánica de la Constitución, el derecho a la resistencia es reconocido en la Constitución ecuatoriana en igualdad de condiciones que el resto de derechos constitucionales.

2.3. El tratamiento de los derechos en el Estado constitucional ecuatoriano

Las formas de Estado han evolucionado en el constitucionalismo europeo desde su creación, pasando del inicial “Estado legislativo de derecho” al “Estado constitucional de derecho”. Ambas formas

⁶ La anterior Constitución ecuatoriana de 1998, ubicaba en distintos Capítulos dentro del Título III (“Derechos, deberes y garantías”), a los distintos grupos de derechos: derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y colectivos. Este Título III de la Constitución no usaba tampoco el término de “derechos fundamentales” sino simplemente el de “derechos”. No obstante, sí que en otros puntos de la Constitución se usaba el concepto de “derechos fundamentales” para referirse a los derechos reconocidos en el Título III, por ejemplo, en el artículo 96, referido a la función de defensa de los mismos por el Defensor del Pueblo, pero considerando a todos los grupos de derechos como fundamentales y, por tanto, sin establecer jerarquías.

⁷ NOGUERA, 2009

de Estado se caracterizan por la sujeción de los poderes públicos a la ley, aunque el sentido de “ley” opera en cada uno de ellos en un sentido distinto⁸. Mientras en el primero la ley se entiende como ley ordinaria, en el segundo se entiende como ley constitucional.

El “Estado legislativo de derecho” partía de la doctrina política desarrollada por Siéyes que concebía al órgano representativo, al que se atribuye la función legislativa, como titular, o al menos el depositario, de la soberanía y la ley (formal) que emanaba de él como máxima expresión de la voluntad general. Esta indistinción a nivel político entre poder constituyente y poder constituido, se tradujo, jurídicamente, en la paralela indistinción entre Constitución y ley ordinaria. Y claro es, una Constitución que formalmente no se distingue de la ley ordinaria, será una Constitución flexible. En este contexto, el principio de legalidad valía para el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo, pero no para el Legislativo que al poder libremente derogar, modificar, suspender o abrogar la Constitución no está limitada por la misma⁹.

El “Estado constitucional de derecho” parte, por el contrario, de una separación clara entre Poder Constituyente y Poderes constituidos y sus funciones. De acuerdo con ello, ningún órgano constituido puede desempeñar funciones constituyentes o soberanas porque la soberanía no reside en ellos. Ello tiene como consecuencia la existencia de Constituciones rígidas. La reforma de la Constitución no puede llevarse a cabo a través del procedimiento legislativo ordinario por los Poderes Constituidos, sino que cualquier cambio de la Constitución exige de un procedimiento agravado. En este contexto, el principio de legalidad no sólo afecta a los poderes Judicial y Ejecutivo sino que también se extiende al Legislativo, ahora limitado por la ley constitucional.

⁸ Nos referimos aquí a la clásica distinción entre “ley formal y ley material” o entre “ley ordinaria y ley constitucional” desarrollada por tantos autores. Vid. Carré de Malberg 2011; Kelsen 1988; Zagrebelsky 1991; Guastini 1993.

⁹ La ausencia de la idea de supremacía constitucional en la Europa del s. XIX se evidencia con la inexistencia de Tribunales Constitucionales ni control de constitucionalidad (como sí existía en Estados Unidos). Ello no se corrige hasta bien entrado el s. XX cuando, siguiendo el modelo americano, y con la aparición de los tribunales constitucionales, la constitución pasará, también en Europa, a convertirse en una auténtica ley superior, capaz de imponerse sobre las leyes ordinarias. Las constituciones europeas del s. XIX, son constituciones flexibles, podemos citar como ejemplo: las Constituciones francesas de 1815 y 1830; el Estatuto Albertino de Italia de 1848; las Constituciones españolas de 1837, 1845 y 1876; etc.

Así pues, con el paso del “Estado legislativo de derecho” al “Estado Constitucional de derecho” se dan transformaciones importantes en el campo de las fuentes del derecho y en la propia naturaleza de la Constitución. La Constitución reemplaza a la ley en la cúspide del ordenamiento y del sistema de fuentes.

Sin embargo, si bien este reemplazo de la ley por la Constitución como fuente principal de derecho opera indiscutiblemente para los poderes públicos, nos encontramos que, en la práctica, dentro del modelo de Estado Constitucional de derecho no todas las Constituciones reconocen la misma aplicabilidad directa de los distintos grupos de derechos. Ello hace que a pesar de haberse cambiado el modelo de Estado, en el ámbito de determinados derechos no se haya logrado una superación absoluta del viejo imperio de la ley ordinaria en la relación de los ciudadanos con la justicia ordinaria. Un ejemplo claro de ello es la cuestión de la justiciabilidad de los derechos sociales en España.

En materia de derechos sociales, la Constitución española (CE) de 1978 incorpora la mayoría de los derechos sociales clásicos, sin embargo parte de la idea de que éstos no son “derechos” sino que son otro tipo de normas legales, concretamente, principios o directrices para guiar las políticas sociales¹⁰, precisamente por ello ubica parte de estos derechos dentro del capítulo “Principios rectores de la política social y económica” (arts. 39 al 52). Asimismo tampoco les otorga aplicabilidad directa, sino que de acuerdo con el art. 53.3

¹⁰ Alguno de los principales argumentos que han utilizado aquellos que afirman que los derechos sociales no son “auténticos” derechos sino principios o directrices, es que no cumplen las características que cumplen los derechos civiles o políticos. La fórmula “X tiene un derecho a Y, en virtud de P”, sólo es coherente, nos dicen, si se puede dar una explicación convincente: a) de quien es el titular del derecho (X); b) de a qué tiene derecho, es decir, cual es el contenido del derecho (Y); y, c) de la razón por la cual este sujeto tiene tal derecho. Estas explicaciones, nos dicen los defensores de esta tesis, sólo se pueden dar en el caso de los derechos civiles y políticos, pero no en el caso de los derechos sociales ya que no son derechos universales, no es posible establecer la naturaleza de las obligaciones que crean y no tienen su fundamento en valores morales sino en preferencias (Plant 1988). Estos argumentos han sido rechazados por dos grupos de autores: por un lado, aquellos que niegan la distinta naturaleza jurídica de los derechos sociales con respecto los civiles o políticos aunque a partir de la calificación entre derechos positivos y negativos establecida por C. Fried (1978) sí afirman existir una distinta naturaleza de las medidas que se necesitan para hacer efectivos cada uno de estos grupos de derechos, lo que justificaría un trato desigual entre ellos (Kartashkin 1982; Van de Luytgaarden 1993); y, por otro lado, aquellos autores que partiendo del principio de indivisibilidad, interdependencia e interrelación de los derechos, señala que cualquier trato diferenciado entre grupos de derechos no está justificado y tiene que ver más con diferencias ideológicas que con diferencias conceptuales o teóricas de los derechos entre ellos o medidas de implementación de los mismos (Hunt 1996; Noguera 2009a).

CE son principios de libre configuración legislativa, quedando su justiciabilidad condicionada a su desarrollo legislativo¹¹.

Ello hace que las disposiciones referidas a los derechos sociales que la Constitución ubica fuera de la categoría de fundamentales, en tanto principios de políticas públicas de libre configuración legislativa, son mandatos normativos dirigidos al legislador, por tanto, solo afectará a los demás órganos del Estado y a los particulares en la medida en que sus preceptos hayan sido desarrollado mediante una ley¹². Prueba de ello es que en aquellas ocasiones en que en aplicación del Estado constitucional se procede a la justiciabilidad directa de derechos sociales, que efectivamente también las hay, se hace indirectamente por la vía de relacionarlos o considerarlos parte de otros derechos fundamentales pero no mediante su aplicación directa dada la dificultad de derivar *ex constitutione* una justiciabilidad absoluta e incondicional de todo el contenido de estos derechos. Valga como ejemplo, la protección en repetidas ocasiones del derecho a la salud del art. 43 CE por la vía de vincularlo o considerarlo parte del derecho a la vida y la integridad física del art. 15 CE¹³.

En consecuencia, la eficacia indirecta de partes importantes de la Constitución que afectan a materias en relación a las cuales se dan a menudo episodios de movilización y resistencia popular (como son los derechos sociales) implica que la Constitución, como fuente jurídica suprema, sólo obliga en éstas directamente al legislador que se verá obligado a acomodar el contenido de sus leyes a la Constitución, siendo éstas objeto de control de constitucionalidad,

¹¹ La STC 80/1982, de 20 de diciembre, señaló que “el valor normativo inmediato de los artículos 39 a 52 de la Constitución ha de ser modulado en los términos del artículo 53.3 de la Norma Fundamental” (FJ1). El art. 53.3 CE establece: “(...) los principios reconocidos en el Capítulo tercero (...) Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

¹² Así lo considera el propio Tribunal Constitucional (TC). De un lado, a partir de identificar la inviable tutela directa a través del recurso de amparo con la imposibilidad de perfilar posiciones subjetivas a partir de los principios rectores, el TC da a entender que de los principios rectores no cabe obtener ningún tipo de derecho subjetivo (ATC 241/1985). De otro lado, subraya el carácter no vinculante de los medios necesarios para cumplir los fines o las prestaciones constitucionales; por ejemplo, en relación al principio de protección familiar (art. 39) sostiene que “*es claro que corresponde a la libertad de configuración del legislador articular los instrumentos normativos o de otro tipo, a través de los que hacer efectivo el mandato constitucional, sin que ninguno de ellos resulte a priori constitucionalmente obligado*” (STC 222/1992); y, lo mismo cabe decir de la seguridad social, pues si bien corresponde a todos los poderes públicos la tarea de acercar la realidad al horizonte de los principios rectores, de “entre tales poderes son el legislador y el gobierno quienes deben adoptar decisiones y normas...” (STC 189/1987).

¹³ Ver como ejemplos las SSTC 119/2001, 5/2002, 62/2007, 160/2007 o 37/2011.

[...] el constituyente ecuatoriano lleva a cabo una transformación del tratamiento de los derechos sociales y sus garantías en el marco de una nueva forma de Estado que denomina como “Estado Constitucional de derechos y justicia”

de tal suerte que la Constitución solo estará presente en la vida jurídica por mediación del legislador y del órgano que lleve a cabo el control de constitucionalidad¹⁴, pero no en la relación de los ciudadanos con la justicia ordinaria que continuará estando mediada por la ley ordinaria¹⁵. De acuerdo con el citado art. 53.3 CE un ciudadano no puede exigir directamente por vía judicial muchos de los derechos sociales, aunque aparezca en la Constitución, si no existe una ley ordinaria que lo desarrolle.

El hecho de que la relación ciudadanos-justicia ordinaria en materia de justiciabilidad de derechos sociales no esté regida, en muchos casos prácticos, por una aplicabilidad directa de la Constitución sino mediada todavía por la ley ordinaria como fuente jurídica principal de aplicación, tiene como consecuencia que cualquier reconocimiento constitucional del derecho a la resistencia que pueda darse, sólo tendrá en la práctica un significado retórico. La auto-ejecutibilidad de derechos sociales, por la vía de la resistencia y pasando por encima de la ley (el Código penal, por ejemplo), sólo podría justificarse judicialmente por la vía de la aplicación directa de derechos sociales constitucionales, pero nunca en el marco de una relación donde la ley ordinaria continua siendo la fuente jurídica principal.

Consciente de ello, el constituyente ecuatoriano lleva a cabo una transformación del tratamiento de los derechos sociales y sus garantías en el marco de una nueva forma de Estado que denomina

¹⁴ MONTAÑA, 2012

¹⁵ Si bien algunos autores han afirmado que en el caso español, el reconocimiento, en determinados casos, de la eficacia directa del derecho a la libertad de conciencia podría servir para eximir a los ciudadanos del cumplimiento de determinadas obligaciones independientemente de lo que establezca la ley, esta afirmación queda cuestionada por la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 11 de febrero de 2009 (rec. 905/2008), en la que afirma que no existe un derecho constitucional general a la objeción de conciencia, ni siquiera como proyección del artículo 16 de la Constitución, porque éste encuentra su límite en la Ley. A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo opone a la objeción de conciencia el artículo 9.1 de la Constitución y afirma que lo contrario supondría hacer depender las normas de su conformidad a cada conciencia individual. Sólo la objeción de conciencia a la prestación del servicio militar se reconoce en la Constitución, de forma que, cualquier otro reconocimiento dependerá de la estricta voluntad del legislador. Además, autores como Francesco Biondo (2012) han presentado recientemente una crítica frente a toda una tradición teórico-jurídica que habría insistido en ubicar la resistencia o la desobediencia civil bajo el rótulo de derecho subjetivo de la libertad de conciencia. A diferencia de la libertad de conciencia, la resistencia señalan estos autores, no puede entenderse como una opción íntima, privativa, específica del sujeto que en nombre de la conciencia individual que, en el marco de una visión atomista de la sociedad y del sujeto individual, esgrime un derecho (en el terreno jurídico) o deber (en el campo moral) a desobedecer esta, esa o aquella norma. La resistencia debe entenderse como una suerte de virtud del ciudadano comprometido, concernido al menos, con las normas que le rodean, así como una acción colectiva.

como “Estado Constitucional de derechos y justicia”¹⁶. Esta nueva regulación, basada en el principio de indivisibilidad y aplicación directa de todos los derechos constitucionales sin distinción persigue desplazar, también en materia de justiciabilidad de derechos sociales, a la ley como fuente del derecho por excelencia y convertir la Constitución en una norma suficientemente completa para poder valer como regla para casos concretos, debiendo ser utilizada directamente por todos los sujetos del ordenamiento jurídico, ya sean los jueces, la administración pública o los particulares¹⁷. La Constitución, al igual que los tratados internacionales de derechos humanos, deben conformarse en fuente directa de posiciones subjetivas para los sujetos del ordenamiento, en todo tipo de relaciones en que puedan entrar, refiriéndose también, directamente, a las relaciones entre los individuos y a las relaciones sociales. La Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos debe establecer normas que pueden ser invocadas, cuando sea posible, como reglas, por ejemplo, para las relaciones familiares, en las relaciones en las empresas, en las asociaciones, etc.

Para conseguir este objetivo el texto constitucional ecuatoriano de 2008 incluye, entre otros, los siguientes aspectos:

Uno, un desarrollo largo y casi reglamentario de los derechos. La Constitución ecuatoriana tiene 444 artículos. Ello evita la indeterminación y permite una completud que hace del texto constitucional un instrumento didáctico y normativo mediante el cual los ciudadanos pueden resolver casi todos los asuntos.

Y dos, el reconocimiento del principio de aplicabilidad directa e inmediata por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte, de todos los derechos que aparecen en la Constitución y en los tratados internacionales de Derechos Humanos (art. 11.3). Así como la imposibilidad de ninguna norma jurídica de poder restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales (art. 11.4).

¹⁶ Para una definición de Estado Constitucional de derechos y justicia, vid. Ávila Santamaría, 2008; Alarcón, 2013.

¹⁷ Como señala Zagrebelsky (1995), la primera de las grandes tareas de las constituciones contemporáneas consiste en distinguir claramente entre ley, como regla establecida por el legislador, y los derechos como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley.

Este carácter de toda la constitución como norma directamente aplicable por encima de la ley abre la posibilidad que en base a la aplicación de la misma se pueda priorizar la aplicación de la Constitución por encima de la de las leyes, lo que resulta fundamental para la justiciabilidad del derecho a la resistencia.

Todo ello tiene como consecuencia una desvalorización de la ley y un fortalecimiento del papel de todos los derechos constitucionales en el sistema de fuentes del derecho, lo que es especialmente importante en ámbitos especialmente conflictivos como el de los derechos sociales. La relación entre ciudadanos y justicia ordinaria ya no está mediada principalmente por la ley sino por la Constitución. Este carácter de toda la constitución como norma directamente aplicable por encima de la ley abre la posibilidad que en base a la aplicación de la misma se pueda priorizar la aplicación de la Constitución por encima de la de las leyes, lo que resulta fundamental para la justiciabilidad del derecho a la resistencia¹⁸.

En resumen, lo que hace la constitución de 2008 establecer un tratamiento novedoso de los principios de aplicación e interpretación de los derechos constitucionales que permita la aceptación jurídica y eficacia del derecho a la resistencia, incluso en ocasiones, por encima de las leyes.

3. EL CHOQUE DE CULTURAS JURÍDICAS ENTRE CONSTITUCIÓN Y PODER POLÍTICO Y JUDICIAL

A pesar del reconocimiento constitucional del derecho a la resistencia y de establecerse una regulación de los principios de aplicación e interpretación de los derechos que favorece su aceptación jurídica y reconocimiento jurisprudencial, en la práctica, el reconocimiento jurisprudencia del derecho a la resistencia, desde 2008 hasta hoy, es casi inexistente tanto por parte de los tribunales ordinarios como de la Corte Constitucional.

Respecto a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no existe todavía un reconocimiento del derecho a la resistencia. Hay tres sentencias donde la Corte trata casos vinculados con este derecho¹⁹,

¹⁸ Con ello se rompe la concepción de la imposible justiciabilidad del derecho a la resistencia expresada por autores como Bobbio (1991): "(...) jurídicamente el derecho de resistencia es un derecho secundario, del mismo modo que son normas secundarias las que procuran la protección de las primarias: es un derecho secundario que interviene en un segundo momento, cuando se conculcan los derechos de libertad, de propiedad y de seguridad que son derechos primarios. (...) el derecho de resistencia interviene tutelando los otros derechos pero no puede a su vez ser tutelado y, por tanto, debe ejercerse por propia cuenta y riesgo".

¹⁹ Sentencia N.º 0004-09-SAN-CC, Caso N.º 0001-08-AN (Pambilar/ENDESA-BOTROSA), de 24 de septiembre de 2009; Sentencia N.º 008-12-SAN-CC. Caso N.º 0085-09-AN (El Rosal/ADELCA), de 17 de abril de 2012; y, Sentencia N.º. 034-13-SCN-CC, Caso N.º. 0561-12-CN, de 30 de mayo de 2013.

no obstante, en todas ellas, el derecho a la resistencia aparece en la sentencia de la Corte como mero *Obiter dictum* pues se resuelve el caso en base a la existencia de vicios procedimentales sin tener que entrar a pronunciarse sobre la resistencia como tal.

En el caso de los tribunales ordinarios, a pesar de que el derecho ha sido alegado en múltiples ocasiones, éste sólo ha sido reconocido y protegido en un caso. Se trata del caso *Luis Oswaldo Tamayo c. Rodrigo Ricaurte Marín*, de 29 de septiembre de 2009, al que nos referiremos a continuación. En el resto de casos, los jueces han hecho prevalecer la aplicación de la ley ordinaria, el Código Penal, por encima del derecho constitucional a la resistencia.

3.1. La sentencia del caso Luis Oswaldo Tamayo c. Rodrigo Ricaurte Marín, de 29 de septiembre de 2009, del juzgado vigésimo quinto de lo civil de Pichincha

La única sentencia en el país que ha reconocido y protegido el derecho a la resistencia es la sentencia, de 29 de septiembre de 2009, del Juzgado vigésimo quinto de lo civil de Pichincha (Quito) en el Juicio No. 2009-1028 (Resp. Dr. Tapia Paul Andrés). Se trata de un caso de “resistencia individual”²⁰. Los hechos versan sobre un contrato de compraventa con canje a tres partes, en el que ante la imposibilidad de cerrarse por desacuerdo entre las partes²¹, acuden al mecanismo arbitral para intentar solucionar el problema, concretamente, se someten a un procedimiento arbitral administrado por el Centro

²⁰ Junto a la figura del derecho de resistencia colectiva, es también posible encontrar la expresión derecho de resistencia calificada con el adjetivo “individual” o como “derecho de resistencia del particular”. Con esta expresión “derecho de resistencia individual” se suele hacer referencia a la existencia de una facultad de las personas para poder resistir legítimamente ciertas actuaciones del poder público (Sobre ello, vid. Barile 1984). A su vez, dentro de estas resistencias individuales legítimas es también posible distinguir entre aquellas resistencias originadas en un contexto de “relaciones de subordinación jerárquica” y aquellas otras que se generan en el contexto de unas “relaciones de mera subordinación” o de subordinación política de un particular respecto a los representantes del poder público (Sobre ello, vid. Queralt 1986).

²¹ El caso versa sobre un contrato de compraventa con canje a tres partes, por el cual: 1) los cónyuges “Hidalgo-Vargas” prometieron transferir por 79.000 USD la propiedad de su departamento 2C6 del edificio Almirante ubicado en Atacames (Esmeraldas), a los señores “Granda-Krol”; 2) los cónyuges “Granda-Krol” prometieron transferir por 79.000 USD la propiedad del departamento B del edificio Marel ubicado en la Avda. la Coruña de Quito, a los cónyuges “Gallegos-Hidalgo”, a quienes voluntariamente entregaron las llaves para que lo habiten; y, 3) los cónyuges “Gallegos-Hidalgo” prometieron pagar en dinero efectivo los 79.000 USD del valor del departamento del edificio Almirante a los conyugues “Hidalgo-Vargas”; El contrato de compraventa definitivo no se firmó porque los cónyuges “Gallegos-Hidalgo” al ocupar el apartamento del edificio Marel descubren que tiene vicio oculto que lo hace inhabitable y, además, por su divorcio, y por eso no lo quieren adquirir y lo desocupan.

Nacional de Arbitraje de la Cámara de Construcción de Quito (CENAMACO) (Juicio arbitral 001-2008).

En el marco del procedimiento de arbitraje, el árbitro solicita a las partes la entrega de las llaves de los apartamentos. Una de las partes, los cónyuges “Hidalgo-Vargas”, expresan por medio de su abogado Luis Oswaldo Tamayo, que si bien sí permiten acceso al apartamento para realizar las inspecciones oportunas no van a entregar las llaves de su apartamento, argumentando que ellos nunca ofrecieron entregarlas y tampoco hay providencia escrita ordenándolo bajo prevención legal, lo que lleva al árbitro a imputar un primer desacato al abogado Luis Oswaldo Tamayo.

Posteriormente, el árbitro reclama a las partes propietarias de los dos apartamentos en litigio, el pago de los impuestos prediales como un aporte para la culminación del informe del Perito evaluador que debía ser entregado el día de 17 de julio de 2009.

Ninguna de las dos partes propietarias, los cónyuges “Hidalgo-Vargas” y los cónyuges “Granda-Krol” no pagan los impuestos. El árbitro imputa un segundo desacato al abogado de los primeros, Luis Oswaldo Tamayo, y le impone una sanción de cincuenta salarios mínimos vitales generales al abogado Luis Oswaldo Tamayo, en base al art. 33 de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM)²², acusándolo de usar artimañas y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso del arbitraje. El árbitro no sanciona, sin embargo, al abogado de la otra parte propietaria que tampoco pagan los impuestos prediales.

Con la sanción, el abogado Luis Oswaldo Tamayo se encuentra ante un perjuicio que viene dado no sólo por el pago de 200 dólares sino también por su repercusión legal sobre su derecho a mantener su honor y buen nombre, derecho consagrado en el art. 66.18 de la Constitución, además que la sanción merma su posibilidad a ejercer funciones en donde sea requisito no haber sido sancionado para ejercer cargos públicos.

Asimismo, se encuentra a la vez en una situación de indefensión pues no puede usar la acción de nulidad que prevé el art. 31 de la

²² Art. 33 LAM: “No podrán aceptarse en el curso del proceso incidentes que promuevan las partes, para retrasar el trámite o entorpecer cualquier diligencia. Las peticiones que en tal sentido se presentaren serán rechazadas con multa de diez a cien salarios mínimos vitales generales, que será fijada por el árbitro o árbitros”.

LAM, ni acudir a la vía administrativa ni a la justicia ordinaria para defenderse de los derechos imputados.

No puede hacer uso de la acción de nulidad del art. 31 LAM porque la acción del árbitro no se encuentra comprendida dentro de las causas de nulidad que contempla el art. 31 de la Ley²³, que establece, que la nulidad es procedente cuando el laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; pero que en el presente caso se trata de una providencia y no de un laudo arbitral, y tampoco procede dicha acción, como lo menciona la norma señalada, más cuando el árbitro se excede en su competencia, sancionando a un abogado que no es parte procesal.

En cuanto a la vía administrativa, no puede recurrir ya que el art. 190 de la Constitución y los arts. 17.2 y 7.4 de la Ley Orgánica de la Función Judicial (LOFJ) sitúan el arbitraje como autónomo, sin que éste y sus resoluciones se encuentren bajo control disciplinario ante órgano alguno ni al control del Consejo Nacional de Judicatura que es el órgano ante el cual en general, se puede presentar queja. Asimismo, el art. 30 de la LAM expresa: “Los laudos arbitrales dictados por los tribunales de arbitraje son inapelables, pero podrán aclararse o ampliarse a petición de parte, antes de que el laudo se ejecutorie, en el término de tres días después de que ha sido notificado a las partes. Dentro de ese mismo término los árbitros podrán corregir errores numéricos, de cálculo, tipográficos o de naturaleza similar. Las peticiones presentadas conforme a lo establecido en este artículo serán resueltas en el término de diez días contados a partir de su presentación. Los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la presente ley”. Por tanto, una vez Luis Oswaldo Tamayo solicitó la revocación de la multa, denegada por el árbitro, la sanción quedó firme no pudiendo acudir a ninguna instancia. El abogado no puede intentar el reclamo administrativo por que el árbitro del CEMANACO

²³ Art. 31 LAM: “Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando: a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia; b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte; c) cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse; d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado. (...)”.

no es funcionario u autoridad pública administrativa ni el recurrente tiene la calidad de administrado o su subordinado para intentar la acción contencioso-administrativa que prevé la Ley de la materia, cuyos jueces tampoco son competentes.

Tampoco puede presentar ante la justicia ordinaria una demanda que deje sin efecto la sanción del árbitro, pues ésta sería rechazada por falta de competencia. El art. 33 de la LAM señala claramente que la sanción se impondrá a las partes que promuevan incidentes. La sanción está claramente señalado que se impondrá a las partes procesales, lo que no se hace en este caso, donde por el contrario la sanción se impone al abogado, más cuando se trata de un hecho que tanto entregar las llaves como pagar el impuesto corresponde a las partes, no al abogado.

En consecuencia, no teniendo ninguna instancia donde recurrir en busca de amparo de sus derechos constitucionales vulnerados (derecho al honor y buen nombre, derecho a contradecir los hechos imputados, a poder acogerse a la revisión judicial, etc.), el accionante Luis Oswaldo Tamayo recurre al derecho a la resistencia del art. 98 de la Constitución, que en este caso se materializa en negarse a cumplir con la obligación de pagar la multa, como única vía para hacer efectivo el art. 75 de la Constitución que establece, en forma terminante, que toda persona tiene derecho al acceso a la justicia, a la tutela de sus derechos y que en ningún caso quedará en indefensión.

Ante estos hechos y al analizar la demanda presentada por Luis Oswaldo Tamayo contra el árbitro Ing. Rodrigo Ricaure Marín alegando el derecho a la resistencia para no pagar la multa, el juzgado vigésimo quinto de la civil de Pichincha llega a la conclusión de que, efectivamente, el abogado al no disponer de otros medios se encuentra en estado de indefensión, lo que lleva al juzgado a verificar “que no se trata de una interposición abusiva o fraudulenta de la acción constitucional de resistencia” sino de una acción legítima. Como señala el juez en su sentencia “quedando como único recurso, el derecho a la resistencia, ante el estado legal, es decir cuando el ordenamiento legal en sí mismo es el que se constituye en obstáculo para el ejercicio de derechos e instrumento para su vulneración. Como en el caso que nos ocupa... “(...) “se acepta el presente recurso del derecho a la resistencia, disponiendo se deje sin efecto la multa”.

3.2. Los otros casos y el no reconocimiento jurisprudencial del derecho a la resistencia

Como hemos señalado, en el resto de casos, tanto cuando el conflicto se resuelve por vía política como por vía judicial, éste derecho no ha sido reconocido. De cualquier forma, resulta interesante revisar algunos casos relevantes en los cuales se invoca por parte de los afectados, el derecho a la resistencia.

El caso *Quimsacocha*, sería el primer juicio en Ecuador donde de manera indirecta se considera la alegación de los imputados en torno al derecho a la resistencia. El caso se refiere a la protesta de un grupo de alrededor de 150 indígenas y campesinos el 4 de mayo de 2010, organizada por la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, CONAIE y la Confederación Kichwa del Ecuador, ECUARUNARI, con el objeto de resistir al proyecto de la Ley de Aguas y la explotación minera en la zona de Quimsacocha (Provincia del Azuay) y donde fueron detenidos tres dirigentes indígenas. A pesar de que los detenidos alegaron ejercicio de su derecho a la resistencia argumentando que “su pueblo se encuentra amenazado de la salud por la afección del agua” y que “por los convenios y tratados internacionales se dio el derecho a la resistencia, por lo que se ha dado una protesta pacífica” de comuneros de varias provincias; el juez acabó condenándolos por el delito de obstaculización de vía pública, previsto en el art. 129 del Código Penal. En su argumentación el juez se limita a aplicar el derecho penal sin referirse al derecho de resistencia alegado por las partes.

Otro ejemplo de caso resuelto por la vía política es la negativa, en el año 2009, de los maestros de la Unión Nacional de Educadores (UNE), amparándose en el art. 98 de la Constitución, a someterse a un examen de evaluación impuesto por el Ministerio de Educación para medir su capacidad para la educación. Frente a ello, el Gobierno argumentó que no se trataba de resistencia sino de “desacato a la ley” y el Presidente del Gobierno firmó el Decreto 1740/2009²⁴ por el que se modificó el art. 77 del *Reglamento General a la Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional* estableciéndose que los docentes que no asistieran a la evaluación serían convocados a un segunda llamamiento en el plazo de 30 días, siendo destituidos si no

²⁴ <http://educacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/08/DECRETO-17401.pdf>

El caso *Quimsacocha*, sería el primer juicio en Ecuador donde de manera indirecta se considera la alegación de los imputados en torno al derecho a la resistencia.”

asistían a este sin causa justificada. Ello motivó a muchos docentes, temerosos de perder su trabajo, a asistir al examen, resolviéndose el conflicto por la fuerza.

Respecto a otros ejemplos de casos resueltos por la vía judicial, podríamos referirnos a diversos procesos de resistencia por parte de las poblaciones indígenas o campesinas en cuyos territorios se pretende establecer o se ha impuesto ya la ejecución de los proyectos que vulneran los derechos de la naturaleza²⁵ o de la comunidad. Al parecer estas acciones de resistencia cumplirían todos los requisitos para ser consideradas como legítimas por estar confrontando actos del poder público o privado contrarios a la Constitución, sin embargo la respuesta por parte del Estado y de la judicatura frente a estas protestas y oposición de las comunidades a la ejecución de los proyectos mencionados, ha sido la el apoyo a las denuncias presentadas por las empresas y resoluciones judiciales que centradas en una concepción positivista normativista basada en el imperio de la ley, condenan a los acusados por vulneración de disposiciones del Código Penal (delitos contra la propiedad, contra el bien público, sabotaje, terrorismo, etc.). Como señala W. Guaranda²⁶, ninguna de las sentencias se han detenido a analizar los componentes políticos que giran alrededor de estos temas sino que aplican literalmente la ley y no realizan un ejercicio de razonamiento respecto a que estos actos son consecuencia de una expresión política legítima, por lo cual merecen un tratamiento más holístico que le diferencie de los actos penales, considerando que el sujeto, en el contexto de la resistencia social, no tiene como finalidad delinquir para beneficiarse, sino por el contrario, el delito que pudo haber resultado de la acción de

²⁵ El texto constitucional ecuatoriano reconoce, en su art. 10, a la naturaleza como sujeto de derechos autónomos y desarrolla estos en el Capítulo séptimo del Título II (Derechos de la naturaleza). Además, al otorgar a los derechos de la naturaleza aplicabilidad directa (art. 11.3) e igual jerarquía (art. 11.6) que el resto de derechos constitucionales, ubica los derechos de la naturaleza en posición de plena igualdad con los derechos de los seres humanos. Después del reconocimiento por la Constitución de la naturaleza como sujeto de derechos, los jueces del país han emitido diversas sentencias donde se interpreta el daño ambiental per se, el daño causado a la naturaleza, como un daño autónomo y diferente del daño civil ambiental [puede verse, por ejemplo, el caso Nelson Alcívar y otros contra oleoducto de crudos pesados (OCP) Ecuador S.A. (2009); o Marcelo Franco Benalcazar vs. Oleoducto de Crudos Pesados (OCP) Ecuador S.A. (2010)]. Y, otras donde se resuelve a favor de ríos y en contra de la Administración pública. Un ejemplo de ello es la sentencia de la Sala Penal de la Corte Provincial de Loja, de 30 de marzo de 2011, donde se resuelve a favor del río Vilcabamba y se condena al Gobierno Provincial de Loja por el impacto ambiental producido por la obra de ensanchamiento de la carretera Vilcabamba-Quinara que depositó grandes cantidades de piedras y material de excavación sobre el río.

²⁶ GUARANDA, 2009.

resistencia fue producto de su intención de mejorar una situación de discriminación, vulneración o desconocimiento de un determinado derecho que le afecta gravemente.

Para ver algunos ejemplos de cómo las movilizaciones de oposición a leyes y políticas estatales sobre el uso de recursos naturales son contestadas con detenciones e imputación de cargos penales de motivación política, puede verse el informe de Amnistía Internacional (2012), *Para que nadie reclame nada: ¿criminalización del derecho a la protesta en Ecuador?*, donde se analizan siete casos, que afectaron a 24 dirigentes de comunidades y organizaciones indígenas, de manifestaciones que tuvieron lugar entre enero de 2009 y junio de 2010 contra los Proyectos de Ley de Minería²⁷ y de Ley de Aguas²⁸.

²⁷ El 14 de noviembre de 2008, el gobierno presentó en la Asamblea Nacional un *Proyecto de Ley de Minería*. Pese a las garantías constitucionales que establecen que las comunidades afectadas tienen derecho a ser consultadas, las comunidades alegaron que no se les había consultado adecuadamente antes de presentar la ley para su aprobación. La nueva ley abría el camino al desarrollo de una industria minera en gran escala. En ella se establecían los requisitos que tenían que cumplir las empresas para poder optar a concesiones, los permisos que necesitaban para operar en áreas protegidas, y las normas que debían seguir para contratar mano de obra local (vid. Guaranda 2009a). Estas tensiones terminaron estallando en protestas que se propagaron por todo el país, especialmente en las provincias del sur de Ecuador, entre diciembre de 2008 y enero de 2009.

²⁸ En cuanto a la Ley de Aguas, en agosto de 2009, en plena escalada de la tensión en torno a la Ley de Minería, el gobierno presentó a la Asamblea Nacional el *Proyecto de Ley Orgánica de los Recursos Hídricos, Uso y Aprovechamiento del Agua*. Según el informe *El Mundo indígena 2010* editado en Copenhague por el Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, esta Ley de Aguas no había sido sometida a una consulta adecuada con las comunidades, y la participación de los grupos indígenas se había limitado a compartir información (Mikkelsen 2010). Además de por la ausencia de consulta, los dirigentes indígenas y campesinos expresaron su preocupación por las lagunas de la ley que, según ellos, permitían la privatización del agua. Asimismo, no estaban de acuerdo con la creación de una agencia para la gestión del agua compuesta exclusivamente por representantes gubernamentales, y exigían contar con un representante en dicha agencia, para poder participar en las decisiones sobre los recursos hídricos que pudieran afectar a sus medios de vida.

Las protestas contra la propuesta de Ley de Aguas se produjeron en dos momentos. En septiembre de 2009, los grupos indígenas protestaron porque el proyecto de ley se había presentado a la Asamblea Nacional sin que se hubiera realizado una consulta adecuada. En mayo de 2010 comenzó otra oleada de protestas, cuando llegó el momento de someter la ley a votación en la Asamblea Nacional.

A raíz de estas movilizaciones se empezaron procesos penales contra muchos de los dirigentes indígenas: A Vicente Zhunio se le atribuyeron cargos de sabotaje por participar en las movilizaciones de 5 de enero de 2009; a Rosa Justina Chuñir Quizhpi, Georgina Beatriz Gutama, Rosa Gutama Chuñir, Priscila Gutama Gutama, José Salustino Gutama, Gonzalo Gutama Urgilés, Manuel Pacheco y Miguel de la Cruz, cargos de terrorismo por las movilizaciones de 5 de enero de 2009; a Ángel Geovanny Uyuguari, Carlos Rumipuglla Uyuguari y Germán Naikiai Shiki, cargos de terrorismo por las movilizaciones de 5 de enero de 2009; a José acacho, Fidel Kaniras y Pedro Mashiant, cargos de terrorismo, sabotaje y homicidio por las movilizaciones de 30 de septiembre de 2010; a Carlos Pérez, Federico Guzmán y Efraín Arpi, cargos de sabotaje sustituidos por obstrucción ilegal de vías por las movilizaciones de 4 de mayo de 2010; a Marco Guatemal, César Cuascota y José Miguel Tocagón, cargos de sabotaje y terrorismo sustituidos por obstrucción ilegal de vías por las movilizaciones de 4 de mayo de 2010; y, Delfín Tenesaca y Marlon Santi, cargos de terrorismo por las movilizaciones de 24 de junio de 2010. En la mayoría de estos casos, los cargos se retiraron por falta de pruebas.

Estos casos, y muchos otros, demuestran cómo a pesar del reconocimiento constitucional del derecho a la resistencia y del diseño de la nueva forma de Estado constitucional, continua vigente en la cultura jurídica de los operadores generales del derecho (abogados, jueces, etc.) un positivismo legalista que impide la justiciabilidad del derecho a la resistencia.

Tanto desde el Estado como de la judicatura se olvida y niega, frecuentemente, el potencial normativo garantista de los principios de aplicación e interpretación de los derechos establecidos en la Constitución y que establecen una clara aplicabilidad directa de los derechos constitucionales. Frente a ello, se siguen considerando que justicia y ley son sinónimos, y defienden una interpretación de las fuentes totalmente dependiente de la voluntad del legislador²⁹, que lleva a que cualquier comportamiento de resistencia que desobedece el Código Penal o la ley debe considerarse anti-jurídico y punible.

Se produce por tanto, en el país, un choque de culturas jurídicas, la nueva cultura del neoconstitucionalismo garantista establecido en la Constitución frente a una vieja interpretación originalista y omnipotencia de la ley extendida todavía en el Poder político y judicial, que impide cualquier ejercicio de activismo jurisprudencial para la aceptación jurídica y justiciabilidad del derecho a la resistencia, pues no puede pasarse por alto que, en última instancia, los encargados de aplicar y justiciabilizar los derechos son los jueces.

4. EL ART. 11.8 DE LA CONSTITUCIÓN Y EL DESARROLLO LEGISLATIVO DEL DERECHO A LA RESISTENCIA

Ante la inaplicación del potencial normativo garantista del principio de aplicabilidad directa del derecho constitucional a la resistencia y la incapacidad de los operadores jurídicos de establecer una clara separación entre derechos y ley, algunos han empezado a plantear que la única manera para lograr la aceptación jurídica y justiciabilidad de tal derecho sería, de acuerdo con el art. 11.8 de la Constitución³⁰, un desarrollo legislativo del derecho que permitiera fijar, de manera clara, la naturaleza jurídica de las obligaciones que de él se derivan.

²⁹ MONTAÑA, 2012

³⁰ Art. 11.8: “El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio”.

A pesar de que la Constitución prevé expresamente el desarrollo legislativo de los derechos constitucionales, esta ha sido respecto al derecho a la resistencia una postura no exenta de problemas, frente a ella se plantean dos tipos de oposición: una jurídica y una sociológica.

Desde el punto de vista jurídico se podría argumentar que normativizar el derecho a la resistencia, aparte de implicar por un lado, una desnaturalización del mismo en tanto la desobediencia a la ley no puede encontrar su fundamento en el derecho objetivo sino sólo en el derecho moral, por el otro lado no ayuda a favorecer, tampoco, la promoción de una nueva forma de entender la función de los jueces y de la jurisprudencia que se adecue al principio de aplicabilidad directa de la Constitución como regla para casos concretos. Defender el desarrollo legislativo del derecho a la resistencia como única manera de hacerlo efectivo conlleva no romper y perpetuar la vieja concepción del “imperio de la ley”, con lo que todo lo que ganas en regulación y eficacia del derecho a la resistencia lo pierdes en la consolidación de un modelo constitucional garantista superador del formalismo legal.

Frente a ello puede argumentarse que el principio de aplicabilidad directa de los derechos fue creado como una garantía para evitar los llamados fenómenos de “legislación negativa”, esto es que la falta de desarrollo legislativo de un derecho impidiera su eficacia, pero ello no parece ser incompatible con que los derechos puedan e, incluso deban, desarrollarse normativamente, sin que ello afecte a la plena vigencia del principio de aplicabilidad directa.

En cuanto a la crítica sociológica de la regulación mediante ley del derecho a la resistencia, han sido varios los autores que han argumentado que ello podría favorecer situaciones de parasitismo por parte de algunos ciudadanos o a un estado de anarquía donde cada grupo imponga por la fuerza y al margen de la ley sus aspiraciones³¹. Sin embargo, no hay motivo para tal alarma, la manera

³¹ Sobre ello puede verse el filósofo del derecho brasileño Miguel Reale (1984) quien señaló: “ciertas funciones no pueden ser ejercidas por individuos o por asociaciones particulares sin que implique un grave peligro para el orden social y sin que pueda provocar el aniquilamiento del propio Estado. Hay funciones que son inherentes a la soberanía estatal y que no pueden ser objeto de delegación: las funciones esenciales de defensa del territorio, de seguridad interna, de legislación y jurisdicción”. En el mismo sentido, Norberto Bobbio (1980), refiriéndose a las situaciones de pluralismo con existencia de sujetos no estatales emisores de normatividad, señala que ello podría servir a una ideología revolucionaria que contribuya a la “progresiva liberación de los individuos y de los grupos oprimidos por el poder”, pero también a una ideología reaccionaria interpretada como “episodio de disgregación o de sustitución del Estado y, por lo tanto, como síntoma de una inminente e incomparable anarquía”.

de garantizar la plena vigencia del derecho a la resistencia con el mantenimiento del orden y la seguridad jurídica pasa por delimitar claramente: 1. quienes son los sujetos; 2. cuales las “necesidades” o “carencias”; y, 3. cuales las condiciones; que legitimarían para la activación y ejecución del derecho a la resistencia. Todas estas son cuestiones que debería desarrollar, en su caso, una futura ley del derecho a la resistencia.

5. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto hasta aquí, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- El derecho a la resistencia es constitucionalizado en Ecuador en la Constitución de 2008. Con la voluntad de intentar salvar la contradicción entre resistencia e imperio de la ley, la Constitución incorpora el derecho en el interior de una nueva regulación de los principios de interpretación y aplicación de los derechos que, partiendo de la teoría neoconstitucionalista, pretende abrir las posibilidades de que la resistencia pueda ser eficaz y justiciable repetidamente en el interior de un Estado políticamente estable, como cualquier otro derecho subjetivo.
- A pesar del reconocimiento constitucional del derecho y de establecerse una forma de Estado que favorece su aceptación jurídica y reconocimiento jurisprudencial, continúa vigente en la cultura jurídica de los operadores generales del derecho (abogados, jueces, Corte Constitucional, etc.) un positivismo legalista que impide, en la práctica, la justiciabilidad del derecho.
- Ante la inaplicación del potencial normativo garantista del principio de aplicabilidad directa del derecho constitucional a la resistencia y la incapacidad de los operadores jurídicos de establecer una clara separación entre derechos y ley, ha empezado a plantearse, en el país, de acuerdo con el art. 11.8 de la Constitución, el debate sobre la conveniencia de desarrollar legislativamente el derecho a la resistencia, así como algunos principios orientativos de una posible regulación mediante ley de este derecho.

REFERENCIAS

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. El Umbral de la ciudadanía: el significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional, Buenos Aires: Editores del puerto, 2006.
- ALARCÓN, Pablo. El Estado constitucional de derechos y las garantías constitucionales. In: ORDOÑEZ, Jorge Benavides; SOLIZ, Jhoel Escudero. Manual de Justicia Constitucional ecuatoriana. Corte Constitucional de Ecuador: Quito, 2013.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL. Para que nadie reclame nada: ¿criminalización del derecho a la protesta en Ecuador? Londres: Amnesty International Publications, 2012.
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. Del Estado social de derecho al Estado constitucional de los derechos y justicia: modelo garantista y democracia sustancial del Estado, Jornadas de capacitación en justicia constitucional, Corte Constitucional para el Período de Transición/ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/ Consejo de la Judicatura, Quito 2008.
- BACELAR GOUVEIA, Jorge. Os direitos fundamentais atípicos, Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1995.
- BARILE, Paolo. Diritti dell 'uomo e liberta fondamentali, Bolonha: Il Mulino, 1984.
- BIONDO, Francesco. Disobbedienza civile e teoria del diritto. I conflitti presi sul serio, Turim: Giappichelli Editore, 2012.
- BOBBIO, Norberto. Contribución a la teoría del derecho, Tradução Fernando Torres, Valencia, 1980.
- _____. El tiempo de los derechos, Madrid: Sistema, 1991.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst W. "Die Kodifizierung des Widerstandsrechts im Grundgesetz", Juristen Zeitung, 1970.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond. La ley, expresión de la voluntad general: estudio sobre el concepto de la ley en la Constitución de 1875, Barcelona: Marcial Pons, 2011.
- DREIER, R. "Widerstandsrecht im Rechtsstaat? Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam", In Recht und Staat im sozialen Wandel: Festschrift für H.U. Scupin, Berlin, 1983.
- FERRAJOLI, Luigi. Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia, Madrid: Trotta, 2006.
- FRIED, Charles. Right and Wrong. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional, Coimbra: Almedina, 1995.

GUARANDA, Wilton. La Consulta Previa y el Derecho a la Resistencia. In: SAAVEDRA, Luis Angel (ed.). Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional ecuatoriano. Quito: INREDH, 2009.

_____, Diagnóstico legal de la minería en el Ecuador. Biodiversidad en América Latina y el Caribe, Argentina, 2009a.

GUASTINI, Riccardo. Le fonti del diritto e l'interpretazione, Milão: Giuffrè, 1993.

HUNT, Paul. Reclaiming Social Rights. International and Comparative Perspectives. Dartmouth: Aldershot, 1996.

KARTASHKIN, V. Economic, Social and Cultural Rights. In: VASAK, Karel; ALSTON, Philip (eds.), The International Dimensions of Human Rights, Paris: Greenwood Press, 1982.

KELSEN, Hans. "Sulla dottrina della legge in senso formale e materiale", en Dio e stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1988.

KRIELE, Martin. Ziviler Ungehorsam? Vom Widerstandsrecht in der Demokratie. GLOTZ, P (Hg.) Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, Frankfurt: Suhrkamp, 1983.

MIKKELSEN, Caecilie. (ed.), "Ecuador", en El Mundo Indígena 2010, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA), Copenhague, 2010.

MONTAÑA, Juan. Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano. Quito: Corte Constitucional/CEDEC, 2012.

MORTATI, Constantino. Principi Fondamentali. In: BRANCA, G. Commentario della Costituzione. Bolonha-Roma: Zanichelli - Foro Italiano, 1975.

NOGUERA, Albert. "El constitucionalismo de los derechos: apuntes sobre la nueva Constitución ecuatoriana de 2008", en Revista Vasca de Administración Pública, n. 83, IVAP, 2009.

_____, "Derechos fundamentales, fundamentalísimos o, simplemente, derechos? el principio de indivisibilidad de los derechos en el viejo y el nuevo constitucionalismo", *Derechos y libertades*, n. 21, 2009a.

PECES-BARBA, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.

PLANT, R. Needs, Agency and Welfare Rights, In: MOON, J. D. (ed.), *Responsability, Rights and Welfare: A Theory of the Welfare State*. Boulder: Westview Press, 1988.

QUERALT, Joan Josep. *La obediencia debida en el Código Penal*, Barcelona: Bosch, 1986.

REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. São Paulo: Saraiva, 1984.

VAN DE LUYTGAARDEN, Eric. *Introduction to the theory of Human Rights Law*, Universidade de Utrecht, Holanda, 1993.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale de diritto contituzionale, I: Il sistema delle fonti del diritti*. Turim: UTET, 1991.

_____, *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

ALTERNATIVA AL PROCESO DE PRESELECCIÓN DE LOS CANDIDATOS AL ÓRGANO JUDICIAL BOLIVIANO. UNA PROPUESTA DESDE EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

Álvaro Canaviri
Peñaranda

Doctorando (en curso) en
“Derecho Constitucional y
Derecho Administrativo”
en la Universidad Mayor de
San Andrés, La Paz, Bolivia.
alcape.bolivia@hotmail.
com

Recebido: junho 30, 2017

Aceito: setembro 1, 2017

Alternative to the preselection
process for the Bolivian *Órgano
Judicial*. A proposal from the
democratic constitutionalism

Alternativa ao processo de pre-
seleção dos candidatos
ao Órgão Judicial boliviano.
Uma proposta a partir do
constitucionalismo democrático

RESUMEN

En Bolivia, la legitimación democrática del poder público alcanza al grado de establecer una elección popular de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, del Tribunal Agroambiental, del Tribunal Constitucional Plurinacional y de los miembros del Consejo de la Magistratura, es decir, de los altos cargos del Órgano Judicial, o poder judicial boliviano, luego de una preselección de candidatos realizada por la Asamblea Legislativa Plurinacional. Sin embargo, en este mecanismo democrático, existen ciertas críticas a la preselección de los candidatos habilitados a las papeletas electorales. El presente artículo, propone una alternativa que responda a las necesidades de inclusión plural, democratización y despolitización en el proceso de preselección de los postulantes a los altos cargos del Órgano Judicial.

Palabras clave: Constitucionalismo democrático; Elecciones populares; Poder judicial; Pluralismo y democracia.

Abstract

In Bolivia, the democratic legitimation of the public authorities reached the point of popular elections be held for high positions in the judicial branch also known as *Órgano Judicial* (Tribunal Supremo de Justicia; Tribunal Agroambiental; Tribunal Constitucional Plurinacional; Consejo de la Magistratura). However, the candidates able to run in the elections are preselected by the National Legislature (Asamblea Legislativa Plurinacional). This preselection is targeted with much criticism concerning the final candidates qualified to run. The present article proposes an alternative to this process that fullfills the requirements of plural inclusion, democratization and depoliticization.

Keywords: Democratic Constitutionalism, Popular Elections, Judicial Branch, Pluralism and Democracy.

Resumo

Na Bolívia, a legitimação democrática do poder público alcança o nível de estabelecer uma eleição popular dos magistrados do *Tribunal Supremo de Justicia*, do *Tribunal Agroambiental*, do *Tribunal Constitucional Plurinacional* e dos membros do *Consejo de la Magistratura*, isto é, dos cargos mais altos do *Órgano Judicial*, ou Poder Judicial boliviano, depois de uma pré-seleção dos candidatos pela *Asamblea Legislativa Plurinacional*. Porém, há dificuldades sobre a escolha dos candidatos habilitados às eleições. O presente artigo, propõe uma alternativa que responda às necessidades de inclusão plural, democratização e despolitização no processo de preseleção dos candidatos aos altos cargos do *Órgano Judicial*.

Palavras-chave: Constitucionalismo democrático; Eleições populares; Poder Judicial; Pluralismo e democracia.

1. INTRODUCCIÓN

Los recientes cambios estructurales en la organización política y jurídica, a través de distintos procesos constituyentes democráticos llevados en algunos países latinoamericanos, significaron la ampliación de algunos mecanismos de participación democrática directa. Entre muchas innovaciones, la elección por sufragio universal de los altos cargos del Órgano Judicial o poder judicial boliviano, es decir, de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, del Tribunal Agroambiental, del Tribunal Constitucional Plurinacional y de los miembros del Consejo de la Magistratura; parece ser la más atrayente y polémica a la vez, el cual, después de una primera experiencia en 2011, demanda algunos ajustes y complementaciones alternativas. Caso contrario, existe una inminente posibilidad de retornar al clásico sistema de selección de estas autoridades, reservada a los representantes del legislativo.

Esta forma de elección de las altas autoridades del Órgano Judicial, establecida por el constituyente y aprobada por voto popular en 2009, responde a un contexto histórico y social latente en Bolivia que merece ser recordada. Para este fin, es necesario realizar un brevísimo recorrido de los antecedentes del constitucionalismo y su influencia en Bolivia, aspectos que, al mismo tiempo, explicarán los motivos para el establecimiento de este tipo de elección popular.

Aunque la primera experiencia no fue satisfactoria a las demandas de la ciudadanía en general, parece posible reconocer cuál fue la falencia de este proceso, para luego proponer una alternativa que no signifique la pérdida de este mecanismo democrático. En este sentido, conviene puntualizar que el artículo representa una alternativa que, en procura de mantener esta legitimación democrática por sufragio universal de los altos cargos del Órgano Judicial, invita a debatir si es posible experimentar una preselección de candidatos por sectores.

2. ANTECEDENTES

La configuración de los poderes públicos, se originan en los precedentes y constitucionalismos desarrollados en Europa continental y los Estados Unidos de Norteamérica a fines del siglo XVIII. En la búsqueda de seguridad, explicaba Thomas Hobbes, los hombres pacta-

[...] conviene puntualizar que el artículo representa una alternativa que, en procura de mantener esta legitimación democrática por sufragio universal de los altos cargos del Órgano Judicial, invita a debatir si es posible experimentar una preselección de candidatos por sectores.

ban conferir todo su poder a un hombre o asamblea, mediante la representación y la transferencia de soberanía, llegando a conformar un poder artificial que preserve la integridad del orden político¹. Para John Locke, los hombres abandonaban el estado de naturaleza para garantizar dos elementos: la libertad y la propiedad, de forma que se llegara a crear un cuerpo político que primero, fije las reglas de convivencia y de castigos, y luego, ejerza su fuerza sancionadora; asimismo, proponía evitar la concentración del poder de legislar y ejecutar en una o un grupo de personas, porque sólo su separación garantizaba los derechos de las personas y el establecimiento de un régimen político moderado².

Luego Rousseau, manifestará que en principio un pueblo se somete a una condición por la fuerza, pero que la aceptación es la que perpetuaba tal condición, por lo que sólo el pueblo, como verdadero soberano, podía establecer y modificar sus reglas de convivencia. En este sentido, conviene afirmar que el origen de toda la estructura del poder público que ahora conocemos, tiene un origen democrático y revolucionario³.

En un plano más teórico, fue Montesquieu quien para hacer efectivo el goce de la libertad individual y basado en la constitución de Inglaterra, clarificó la fórmula de los gobiernos moderados, proponiendo la tesis de que el poder contenga al poder. Al identificar que los Estados tienen tres especies de poder: el legislativo, el ejecutivo y el judicial, señalaba que el poder de juzgar, debía realizarse conforme a las prescripciones de la ley, esto porque las sentencias no debían discrepar en lo más mínimo de estas.

Vale mencionar que Montesquieu realizó algunas observaciones interesantes con relación a las características de las personas encargadas de juzgar. Señalaba que el poder de juzgar a los particulares debía ser temporal, o bien, mientras las necesidades así lo requerían; que no podía confiarse a un tribunal, sino que debía ser ejercido por personas del pueblo; que esta no debía vincularse a ningún estado ni profesión, es más, señalaba que los jueces debían ser de las condiciones del acusado, para evitar decisiones implacables.

¹ HOBBS, 1988, pp. 70 y ss.

² LOCKE, 2007, pp. 21-23 y 91-98.

³ ROUSSEAU, 1988, pp. 70-72. Id. 1998, pp. 50 y ss.

Asimismo, reconocía que los poderes legislativo y ejecutivo, por su carácter jerárquico, debían someterse a un magistrado o cuerpo permanente de juzgamiento⁴.

La organización estatal, basada en una división de poderes, se hizo evidente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en su conocido art. 16: “Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución”. De esta manera, la administración de justicia se estableció como un poder distinto a los de legislar y ejecutar.

Por su parte, se podría citar algunos elementos interesantes del constitucionalismo revolucionario, por ejemplo, la declaración, antes mencionada, señalaba que “siendo todos los ciudadanos iguales ante ella, todos son igualmente elegibles para todos los honores y colaboraciones y empleos, conforme a sus distintas capacidades, sin ninguna otra distinción que la creada por sus virtudes y conocimientos”, asimismo, en la Constitución francesa de 1791, en sus artículos referidos al poder judicial, es posible observar disposiciones señalando que los jueces debían ser elegidos periódicamente por el pueblo.

Sin embargo, no debemos guiarnos por interpretaciones actuales de la concepción que tenemos de términos como la de “pueblo” o “nación”, es necesario recordar que, hasta la incursión del constitucionalismo democrático, las elecciones eran censitarias e incluso la mayoría de las propuestas teóricas no pensaban la democracia como hoy la concebimos, más si se considera a sociedades donde las clases sociales eran bien marcadas. Aun así, lo importante es notar que el pensamiento contractualista y luego el constitucionalismo, respondían a las necesidades que su contexto exigía.

El constitucionalismo revolucionario también tuvo sus repercusiones en Latinoamérica, sin embargo, es necesario tomar en cuenta que, si bien el modelo de organización europeo se hizo sentir desde el principio a través de sus formas político-administrativos, interrumpiendo un desarrollo cultural netamente americano, e indirectamente, predefiniendo la estructura actual de los Estados

⁴ MONTESQUIEU, 1906, pp. 225-226.

Nación⁵, esta no significó la extinción cultural de los pueblos latinoamericanos, pues sus profundas raíces aún se conservan, especialmente en los países andinos⁶.

Lo indudable es que la evolución del constitucionalismo estuvo dirigida por las burguesías criollas, las cuales desplazaron sus capitales a merced de sus hegemonías, modificando sus fronteras según las batallas libradas con sus vecinos y adoptando regímenes democráticos republicanos reservados a élites⁷. Esto significó que se consolidó un constitucionalismo liberal conservador, el cual más allá de realizar modificaciones de forma al sistema democrático, en el fondo se concentraron en legitimar nuevos grupos de poder. Estos procesos estuvieron marcados por dos aspectos: por un lado, la ausencia de la legitimidad democrática en los cambios constitucionales y, por otro, la inaplicabilidad material de la Constitución⁸.

Aún incluso, después de los periodos dictatoriales, la recuperación de la democracia no fue acompañada de cambios estructurales y de fondo. Sin embargo, en las últimas décadas, Latinoamérica experimenta una serie de procesos constituyentes que para algunos no se enmarcan dentro del tradicional constitucionalismo conservador, sino que contrariamente los procesos constituyentes llevados a cabo en Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009), gozarían de distintas peculiaridades que marcarían una nueva etapa de nuestro constitucionalismo, el cual es denominado como *Nuevo constitucionalismo latinoamericano*⁹.

Estas explicaciones generales del constitucionalismo latinoamericano pueden servir para entender cuál fue el desarrollo de este en Bolivia, que después de su fundación estuvo sometida a gobiernos militares que modificaban la Constitución según sus planes políticos, pero careciendo de una participación democrática activa. Más allá de la apertura a los gobiernos civiles, frente a los tradi-

⁵ SEGURA FRESQUET, p. 230. BARROS ARANA, 1960, pp. 13 y 14.

⁶ BETHELL, 1990, pp. 3, 50 y 71.

⁷ BASTIAN, 1992, p. 42.

⁸ MARTÍNEZ DALMAU, 2011, p. 841. DE LA TORRE; GARCÍA LAGUARDIA, 1976, pp. 171-175.

⁹ VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2011, pp. 1-24. VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2005, pp. 9 y 10.

cionales gobiernos militares, después de la Guerra del Pacífico¹⁰, es muy importante reflexionar que en Bolivia el ejercicio de la democracia estuvo restringido hasta el siglo XX, el voto universal fue instaurado en 1952, después de un proceso revolucionario llevado principalmente por el sector campesino, por tal, dicho proceso también es conocido como Revolución Agraria, pues establecía la eliminación del latifundio incluyendo la máxima “la tierra es de quien la trabaja”¹¹.

Pese a esta ampliación de la participación democrática, su ejercicio se vio interrumpido por los gobiernos dictatoriales. Ya contemporáneamente, se llevó un proceso de recuperación democrática, pero lastimosamente, esta no estuvo acompañada de cambios estructurales estatales que respondan a la realidad boliviana, es más, se repensó la Revolución del 1952, cuestionando si se trataba de un verdadero cambio emancipador. La respuesta fue que Bolivia no podía orientar sus políticas en base al nacionalismo estatal, sino que era necesario desenmascararse de toda alienación colonial para dar paso a los verdaderos orígenes ancestrales, es decir, hacía falta reconocer que Bolivia era y es una sociedad abigarrada¹².

Este esquema realizado a grandes rasgos, puede fundamentar la incorporación de conceptos como el de la plurinacionalidad o el de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Son elementos que, según los constituyentes y el soberano, no puede reducirse a un mero reconocimiento, sino que el poder público debe reflejar esa composición plural. Asimismo, también puede explicar la necesidad de ampliar los mecanismos de participación democrática directa, pues su legitimación debe alcanzar a la mayor parte de la estructura del poder público. En este sentido, el Órgano Judicial o poder judicial boliviano, tiene el reto de responder a estas demandas y mandatos del soberano, así como de mantener unos criterios de designación racional que exige la función judicial.

¹⁰ KLEIN, 2012, pp. 161-163.

¹¹ MESA; GISBERT; MESA GISBERT, 1997, pp. 601-609.

¹² ANTEZANA, 2009, pp. 117-142.

3. LA INTRODUCCIÓN DE LAS ELECCIONES DEMOCRÁTICAS DE LOS ALTOS CARGOS DEL ÓRGANO JUDICIAL

Como puede suponerse, para mediados del siglo XX, después de la implantación del sufragio universal, la elección de los Ministros de la Corte Suprema, máximas autoridades del Poder Judicial boliviano, era una atribución del Poder Legislativo, es decir, que estos eran los encargados de designarlos. Tradición que no variaba hasta la vigencia de la nueva Constitución Política del Estado Plurinacional promulgada el 7 de febrero de 2009¹³.

Uno de los temas más polémicos que se trató en las comisiones encargadas de la redacción de los artículos referentes a la función judicial en el proceso constituyente boliviano, refería a la forma de designación de los altos cargos del Órgano Judicial o poder judicial boliviano, es decir, de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, del Tribunal Agroambiental, del Tribunal Constitucional Plurinacional y los miembros del Consejo de la Magistratura. Las discusiones, políticas más que teóricas, fueron resueltas por la fórmula mayoritaria. Sin advertencias, estos constituyentes viabilizaron la participación democrática del soberano en la elección de los altos cargos del poder judicial boliviano, que prácticamente resultó siendo una novedad en nuestro sistema de organización política. Aunque el Congreso Constituyente de 2008, modificó algunas características de esta forma de elección, esta no consiguió mutar su esencia¹⁴. Evidentemente, desde la academia nacional, diferentes opiniones valoraron esta decisión de los constituyentes, por su puesto muchos la condenaron por considerar que los miembros del poder judicial no podían designarse por voto popular, pues debían mantener su carácter apolítico.

Con la aprobación del nuevo texto constitucional, la elección de los altos cargos del Órgano Judicial, sujeta a una modalidad de sufragio universal previa preselección de postulantes votada por dos tercios de la Asamblea Legislativa Plurinacional, era un tema que tenía miradas mayormente escépticas. Evidentemente existían críticas, pero estas estaban en función del conjunto de la Constitución, las observaciones, eran neutrales y se limitaban a describir la fórmula inaugurada por la Constitución de 2009¹⁵.

¹³ BOLIVIA, 1947, arts. 58, 67 y 71. *Id.*, 1961, arts. 58 y 66. *Id.*, 1967, arts. 59, 62 y 66. *Id.*, 1994, arts. 59 y 68. *Id.*, 2004, arts. 59 y 68.

¹⁴ BOLIVIA, 2012, Tomo V, p. 307-312.

¹⁵ RODRIGUEZ VELTZÉ, 2009, pp. 235-166.

4. CRÍTICAS Y DESAPROBACIONES. EL PROBLEMA DE LA PRESELECCIÓN DE LOS CANDIDATOS A LOS ALTOS CARGOS DEL ÓRGANO JUDICIAL

Para la primera experiencia de elección popular de los altos cargos del Órgano Judicial desarrollada el 16 de octubre de 2011, se hacía notar que este mecanismo democrático buscaba superar las deficiencias del anterior modelo estatal de administración de justicia, así, por ejemplo, se señalaba que la finita Corte Suprema de Justicia operaba con una fragilidad institucional y funcionaria frente a la clase política¹⁶.

Terminada la jornada electoral, las primeras críticas surgieron inmediatamente, puesto que la suma de los votos nulos y los votos en blanco promediaban el 57 y 60 por ciento del total de los votantes: en el Tribunal Supremo de Justicia, en general se tuvo un 25% de votos blancos y un 37% de votos nulos; en el Tribunal Agroambiental, se tuvo un 15,07% de votos blancos y un 42,6% de votos nulos; en el Tribunal Constitucional Plurinacional los votos en blanco alcanzaron el 13,87% y los votos nulos un 44,03%; en el Consejo de la Magistratura se tuvo un 15,81% de votos blancos y un 42,20% de votos nulos¹⁷.

Las principales críticas recayeron contra el gobierno de turno, a quien se le atribuyó haber establecido una preselección de candidatos en favor de su gobierno¹⁸, además, acusarle de intentar apoderarse de los tribunales judiciales¹⁹. Por supuesto, el gobierno de turno, señalaba como culpables a quienes habían hecho campaña por los votos nulos y a la falta de información de la ciudadanía acerca de los postulantes a los mencionados cargos.

No puede omitirse que hasta el Vicepresidente de Estado Álvaro García Linera, impulsor de la redacción de la reciente Constitución Política del Estado, manifestó que era necesario transformar la justicia y la forma de nombramiento de los jueces, puesto que la administración de justicia era un “desastre total” y no tenía visos de cambio, por lo que seguidamente se inició un debate

¹⁶ OPINIÓN, 2011.

¹⁷ BOLIVIA, 2011b.

¹⁸ LA PATRIA, 2011.

¹⁹ LA NACIÓN, 2011.

para reformar la Constitución en las disposiciones referentes al Órgano Judicial²⁰.

Ante estas informaciones y la evidente disconformidad de las primeras elecciones de las altas autoridades del Órgano Judicial, corresponde cuestionar ¿cuál fue y es el problema de este tipo de elección? Sin más vuelta, se cree que la respuesta puede encontrarse en el proceso de preselección de candidatos llevada por la Asamblea Legislativa Plurinacional que, por omitir los criterios de las fuerzas opositoras, cayó en una incomprensible imposición de candidatos al Órgano Judicial, en consecuencia, la ciudadanía resultaba confundida ante los desconocidos preseleccionados y la ausencia de algún criterio que ayude a definir su voto.

En una revisión del Reglamento Interno de preselección de candidatas y candidatos para la conformación del Tribunal Constitucional Plurinacional, Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Agroambiental y Consejo de la Magistratura para el proceso electoral de 16 de octubre de 2011, puede observarse que si bien la evaluación de méritos se hizo considerando las áreas de: formación académica (bajo los criterios de estudios o cursos de posgrado), producción intelectual (bajo los criterios de publicaciones de libros, artículos, ensayos, investigaciones o revistas especializadas), experiencia (que presentaba los criterios de experiencia profesional del área y la experiencia en el ejercicio de cargos de autoridad indígena originario campesina) y una entrevista que en el fondo era una prueba de conocimientos; el problema radicó en la valoración que se dio a cada criterio de evaluación, pues para la fuerza política mayoritaria u oficialista la experiencia ejercida como autoridad indígena originario campesina, era una condición necesaria, por lo que se le otorgó una importante ponderación²¹.

Algo similar pasa en el Reglamento de preselección de candidatas y candidatos para la conformación del Tribunal Constitucional Plurinacional, Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Agroambiental y Consejo de la Magistratura para las elecciones de 2017, donde si bien se mejora el proceso empleado para la preselección de candidatos porque se establecen tres fases claras y transparentes: la evaluación curricular con 40 puntos (que tiene como áreas de

²⁰ PAGINA SIETE, 2015.

²¹ BOLIVIA, 2011^a, arts. 15-19.

Como pudo apreciarse y es casi una regla general, los gobiernos democrático representativos suelen posicionarse como dos fuerzas políticas: una oficialista y otra opositora, evidentemente existen representaciones que suelen posicionarse como terceras fuerzas neutrales [...]

evaluación a la especialización, experiencia profesional y calidad de autoridad indígena originario campesino), la evaluación escrita con 30 puntos (que cuenta con la participación del Comité Ejecutivo de la Universidad Boliviana) y una entrevista con 30 puntos (que es una evaluación oral de su conocimiento, desenvolvimiento, capacidad de argumentación, análisis y de comunicación), se vuelve a caer en un proceso de preselección abstracta que encuentra oposición en las áreas y los criterios de evaluación fijados por la fuerza política mayoritaria u oficialista²².

Como puede apreciarse, ambos reglamentos encontraron y encontrarán una oposición en el proceso de evaluación empleado para llevar adelante la preselección de los candidatos a los altos cargos del Órgano Judicial. Por lo que se puede afirmar que la preselección de candidatos, requiere de algunos ajustes y complementos que consigan llevar adelante los lineamientos establecidos en la Constitución y las leyes. Asimismo, se responde a la indiscutible valoración de los elementos meritocráticos que exige la naturaleza del ejercicio de la función judicial, sin omitir las demandas de inclusión de género, incorporación de criterios de plurinacionalidad y la transparentización del proceso de preselección llevada por la Asamblea Legislativa Plurinacional.

Tómese en cuenta que, pese a las críticas a este mecanismo democrático, existen voces a su favor, pues se señala que la Constitución de 2009, además de ser un avance en la democracia por la inclusión de sectores marginados, requiere que estos sean los actores principales en la construcción de un nuevo Estado, por lo que este objetivo no puede conseguirse sin una intervención al poder judicial²³.

En todo caso y en consideración de los dos horizontes identificados como lo inédito y lo abigarrado en la experiencia social boliviana²⁴, o se encuentran unas vías que permitan llevar adelante la elección popular de las altas autoridades del Órgano Judicial evitando un proceso electoral con bajos índices de legitimidad, o corresponde reconocer que este mecanismo no puede ser implantado.

²² *Ídem.*, 2017, arts. 18-21.

²³ *Ídem.*, pp. 360-362.

²⁴ KODELIA, pp. 359-360.

5. UNA PROPUESTA A LAS NECESIDADES DE PLURALIDAD Y DEMOCRATIZACIÓN DEL ÓRGANO JUDICIAL.

Como pudo apreciarse y es casi una regla general, los gobiernos democrático representativos suelen posicionarse como dos fuerzas políticas: una oficialista y otra opositora, evidentemente existen representaciones que suelen posicionarse como terceras fuerzas neutrales, sin embargo, la realidad boliviana, desde la recuperación de la democracia en 1978 y en los últimos diez años, el escenario político bipolar es indudable.

En este entendido, si se tiene un reglamento de preselección de candidatos al Órgano Judicial, establecidos o aprobados desde una fuerza política, se cae en lo conocido como dictadura de la mayoría sobre la minoría, de forma que, al excluir a una minoría de la creación del orden jurídico, las decisiones legislativas llegan a ser incompatibles con el principio democrático²⁵. Razón para lo cual es necesario ampliar el espacio participativo e institucional de las fuerzas opositoras o minoritarias.

Por las necesidades de pluralidad y legitimación democrática del Órgano Judicial, es que se propone que la preselección de los candidatos a los cargos de Tribunal Constitucional Plurinacional, Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Agroambiental y Consejo de la Magistratura, no deba ser realizada solamente por una fuerza política, sino que debe incluir paralelamente una fórmula de preselección establecida por las fuerzas opositoras. Esto significaría la existencia de dos fórmulas y procesos de evaluación en la preselección de los candidatos a los cargos mencionados, una perteneciente a la fuerza mayoritaria y la otra a las fuerzas minoritarias, de forma que las papeletas electorales deban contener dos espacios con los mejores preseleccionados de cada sector político, en consecuencia, el soberano tendría la posibilidad de elegir a los miembros de los cargos señalados, en base a las preselecciones meritocráticas realizadas por las fuerzas políticas presentes en la Asamblea Legislativa Plurinacional. De esta forma, se cree que es posible llegar a conformar verdaderas instituciones judiciales plurales.

Evidentemente, ambas propuestas deben sujetarse a los requisitos mínimos establecidos por la Constitución y las leyes, aunque a

²⁵ KELSEN, 1995, p. 341.

futuro quizás alguna de ellas merezca una modificación en virtud a la soberanía del pueblo y a la garantía de independencia de la función judicial. En todo caso, las circunstancias actuales obligan a que el proceso de preselección de los candidatos a los altos cargos del Órgano Judicial no solamente se base en los criterios meritocráticos considerados por un sector político.

Ampliarse a esta perspectiva, supondría que las dos principales fuerzas políticas del legislativo, que la mayor parte de los gobiernos democráticos tiene, tengan la posibilidad de ofrecer a sus candidatos y hacer eco de los criterios evaluadores que consideraron a la hora de realizar sus preselecciones. En este sentido, las matrices de evaluación utilizadas por cada fuerza política, pueden constituirse como los criterios o referencias que cada ciudadano tendría para definir y emitir su voto. Nótese que esto permitiría ampliar o reducir las áreas y criterios de evaluación para la preselección de los candidatos al Órgano Judicial y sobre todo permitiría establecer una ponderación distinta²⁶. Por lo tanto, la tarea de los legisladores, se encaminaría a una verdadera evaluación cualitativa que los candidatos deben tener para acceder a estos cargos.

Es necesario recordar que, por ejemplo, en la evaluación de preselección para las elecciones de 2011, uno de los criterios evaluadores muy discutido fue la considerable ponderación en favor de los postulantes respaldados por el ejercicio de cargos en alguna comunidad indígena originario campesino u organización social en la cual desempeñaron alguna función directiva. Por otra parte, el principal argumento utilizado por las fuerzas opositoras fue que, la bancada oficialista había establecido un proceso de evaluación en función de sus organizaciones sociales, además que, las listas de los candidatos al Órgano Judicial ya habían sido definidos por acuerdos políticos. Estos dos ejemplos muestran el inconveniente de realizar una preselección definidas por una fuerza política.

Permitir que la fuerza opositora, ofrezca sus candidatos otra fórmula de evaluación, es decir, incluir o reducir otras áreas y criterios de evaluación, así como establecer distintas ponderaciones, favorece:

²⁶ De esta forma podrían abrirse las posibilidades de preselección como la planteada por Óscar Antonio Millán Terán. MILLAN, 2015.

Desde un plano jurídico, se podría afirmar que una preselección sujeta a dos fórmulas evaluadoras traería consigo una fuerte carga política de la justicia cuando el objetivo es precisamente despolitizarla. Vale señalar que desde los debates de la asamblea constituyente se estableció la importancia de despolitizar la justicia.

1) La incorporación de una verdadera preselección meritocrática, pues la publicidad de este proceso y las elecciones en sí, no se concentrarían únicamente en los candidatos, que a simple vista son desconocidos, sino que la atención se dirigiría a las cualidades que estos presentan. 2) Esta contienda de preselecciones por sectores, guiaría el voto de la ciudadanía y evitaría que futuros candidatos realicen propagandas populares en desmedro de la administración de justicia. 3) El resultado de una preselección por sectores permitiría establecer un Órgano Judicial con verdadera composición plural. 4) Esto significaría mayor independencia en el ejercicio de las funciones del Órgano Judicial, pues se eliminaría las sospechas de subordinación política. 5) Se evitaría que las fuerzas políticas opositoras sean irresponsables, pues su oportunidad de presentar una alternativa de preselección, se convierte en una obligación bajo la pena de legitimar la preselección de la fuerza oficialista. Como puede apreciarse, el principal beneficiario es el soberano y su ejercicio democrático.

6. ALGUNAS ACLARACIONES A LA PRESELECCIÓN DE CANDIDATOS POR SECTORES

Desde un plano jurídico, se podría afirmar que una preselección sujeta a dos fórmulas evaluadoras traería consigo una fuerte carga política de la justicia cuando el objetivo es precisamente despolitizarla. Vale señalar que desde los debates de la asamblea constituyente se estableció la importancia de despolitizar la justicia²⁷. Pero entonces, cabe discutir ¿por qué un constituyente preocupado por la despolitización de la justicia estableció unas elecciones populares de los miembros del Órgano Judicial? La respuesta es simple, no se trata de que la justicia no se someta a ninguna decisión política, sino de que la justicia no deba estar sujeta a élites políticas que, al estar encargadas de designar a los miembros del Órgano Judicial, desarrollen un proceso de colonización cultural y que en la elección de estos no se establezcan favoritismos políticos bajo la máscara de un proceso de elección objetivo.

Por otra parte, el establecimiento de reglas abstractas y racionales para una elección de los jueces sin participación del soberano,

²⁷ BOLIVIA, 2012, Tomo III, Vol. 1, p. 771-790

puede ser viable en sociedades homogéneas, pero en una sociedad como la boliviana, el reconocimiento de la plurinacionalidad exige que todo el poder público refleje esta realidad, lo cual no significa que busque eliminar la racionalidad meritocrática que exige la función judicial.

Respecto a la legitimidad democrática del poder judicial, resulta claro que una elección de los jueces encargada a los representantes del legislativo o ejecutivo, profundizaba el alejamiento de las altas autoridades del poder judicial con la sociedad. Si se admite una preselección dual o por sectores y se adiciona la participación democrática directa del soberano, se podría conseguir romper con los acuerdos elitistas que los partidos políticos realizaban al designar estas autoridades.

Desde un plano técnico, es necesario aclarar que sólo se necesitaría de un reglamento y la ejecución de un proceso de preselección, con postulaciones únicas, de forma que solamente en la etapa de evaluaciones se tengan distintos análisis de méritos. Por otra parte, el legislativo también debe encargarse de que sólo los mejores postulantes sean preseleccionados, evitando unas papeletas electorales amplias y confusas. Asimismo, todas las instituciones públicas deben estar al servicio de ambas fórmulas. Por su parte, la publicidad electoral debe concentrarse en transparentar las fórmulas, es decir, las cualidades que el legislador consideró a la hora de la preselección.

Finalmente, puede darse el caso de que las fórmulas propuestas por las fuerzas políticas sean similares, lo cual lógicamente invitaría a realizar mayores esfuerzos a los legisladores para encontrar arreglos a sus propuestas y así establecer una sola fórmula de preselección. Aunque también es posible sostener la existencia de legislativos con presencia de tres o más fuerzas políticas distintas, en este caso, evidentemente podría darse la posibilidad de presentar tres fórmulas de preselección, pero se duda que esto deje un considerable margen de diferencia entre las preselecciones de los postulantes, lo cual podría ser contraproducente al grado de generar mayor confusión entre los votantes. Lo cierto es que, es un tema que debe definirse en virtud al contexto social, político y educativo de cada país.

7. APLICABILIDAD DE LA PROPUESTA DE PRESELECCIÓN EN BOLIVIA

El mayor reto de instaurar una preselección por sectores de candidatos para la elección de las altas autoridades del Órgano Judicial, es su materialización. Sin duda puede parecer un proceso complejo y confuso en principio, sin embargo, se cree que llevar adelante este tipo de experiencias no requiere de muchos cambios respecto a la organización, procedimientos, mecanismos y formalidades que ya se estableció en los reglamentos de preselección para los candidatos a altas autoridades del Órgano Judicial de 2011, o la que se pretende llevar en 2017, al contrario, se cree que es posible facilitar su comprensión y consecución.

Si la propuesta resulta atrayente despertando curiosidad o bien el escéptico cuestiona la viabilidad de esta, a manera de completar la propuesta, se desarrollará algunos aspectos básicos de la materialización de la preselección por sectores. Su modificación, complementación o ampliación dependerá de la decisión política.

7.1 Organización

Un proceso de preselección por sectores llevada por la Asamblea Legislativa Plurinacional, requiere algunos cambios en cuanto a su organización. Los reglamentos de preselección llevados en 2011 y 2017, establecían que tanto la Comisión Mixta de Constitución, Derechos Humanos, Legislación y Sistema Electoral, como la Comisión Mixta de Justicia Plural, Ministerio Público y Defensa Legal del Estado, están encargadas, respectivamente, de la habilitación y evaluación de las postulaciones al Tribunal Constitucional y Plurinacional Tribunal Agroambiental, así como del Tribunal supremo de Justicia y Consejo de la Magistratura. Sin embargo, si se establece una preselección por sectores, parece más conveniente que tanto la fuerza política oficialista como la fuerza política opositora establezcan unas Comisiones de habilitación y evaluación para la preselección de los candidatos a los cargos jerárquicos del Órgano Judicial. Estas, en un principio, podrían trabajar juntas para la habilitación de postulantes, pero lo más indudable es que trabajen por separado. El beneficio de tener estas Comisiones, convergería en que ambos bandos fiscalicen el cumplimiento de la normativa vigente.

7.2 Postulaciones

Respecto a las postulaciones, tampoco existiría mayores problemas si desde un inicio, además de los requisitos, prohibiciones, incompatibilidades y causales de inelegibilidad, se tiene claridad y publicidad de los criterios evaluadores y sus respectivas ponderaciones tanto del sector oficialista como del sector opositor. Como se señaló anteriormente, las postulaciones deben ser presentadas de manera única, aunque debe cargar con un elemento político que se verá en el siguiente punto. Verificados los requisitos de habilitación, correspondería dar paso al plazo de las impugnaciones y su resolución.

7.3 Proceso de evaluación

Este es el principal punto con un alto grado de dificultad que se llega a enfrentar con unos lineamientos que claramente pueden modificarse por decisión política. En este punto vale reiterar algunos aspectos que pueden ser cruciales a la hora de considerar que el proceso de preselección llevada por la Asamblea Legislativa Plurinacional adquiera un carácter meritocrático. En este sentido, aquí es donde cualquiera de las fuerzas políticas, la oficialista u opositora, puedan dar paso a que las instituciones académicas, profesionales y sociales tengan la posibilidad de participar activamente en esta preselección, hasta el grado de que las comisiones del legislativo acaten el asesoramiento de estas instituciones.

Llegado a este punto se debe suponer que el proceso de preselección debe dividirse en dos líneas: una bajo las reglas del sector oficialista y, la otra, bajo las condiciones del sector opositor. En este sentido y como elemento de obligatorio consenso, resulta necesario direccionar las postulaciones bajo una fórmula de preselección. Para esto podría resultar útil establecer una fase de evaluación curricular para ambas fórmulas, el cual ayude a definir si el postulante se someta a una candidatura por el sector oficialista o bien por el sector opositor. Supongamos que las dos fuerzas políticas establecen una fase evaluadora curricular inicial, ahora imaginemos que el señor X, caracterizado por su imparcialidad política, presenta su postulación ante la Asamblea Legislativa Plurinacional sin saber a qué fórmula de evaluación se someterá, entonces, lo ideal sería evaluar sus antecedentes curriculares bajo ambas fórmulas y una vez obtenida sus puntuaciones, su postulación se dirija bajo la fórmula donde obtuvo una mayor puntuación curricular.

[...] aceptar que la minoría presente sus candidatos en condiciones de igualdad, puede resultar beneficiosa, porque de esta forma la fuerza mayoritaria legitimaría a sus candidatos y el proceso electoral como tal.

Pero intentar dotar de una completa objetividad a un proceso que es mayormente político puede resultar contraproducente, por lo que parece más útil exigir que los postulantes definan a qué tipo de fórmula se someterán en el proceso de preselección. Esto resulta aún más necesario, si uno de los sectores preseleccionadores decide acatar las propuestas o asesoramiento de alguna institución académica, profesional o social. En el caso de una postulación directa, el hecho de que el postulante decida someterse a una de las fórmulas evaluadoras, también serviría como un indicador para que el elector emita su voto.

Finalmente, advirtiendo la necesaria coordinación de los plazos del proceso de evaluación, corresponde tocar otro aspecto importante y de obligatorio consenso, el cual se relaciona con la elaboración de las listas de los candidatos para la elección de las altas autoridades del Órgano Judicial.

7.4 Elaboración de las listas de los candidatos

Además del proceso de evaluación visto antes, este es el tema crucial que requeriría de mayor amplitud política, puesto que en países donde las fuerzas políticas oficialistas son mucho mayores que las opositoras, o viceversa, no permitirían que la fuerza política en desventaja numérica presente en igualdad de condiciones sus candidatos a los cargos jerárquicos del Órgano Judicial. Sin embargo, aceptar que la minoría presente sus candidatos en condiciones de igualdad, puede resultar beneficiosa, porque de esta forma la fuerza mayoritaria legitimaría a sus candidatos y el proceso electoral como tal. Valdría la pena reconocer que, es posible que la fuerza minoritaria presente un número de candidatos en relación a su presencia porcentual en el legislativo, pero dadas las condiciones y normativa vigente en Bolivia, esto requeriría modificaciones de la normativa legal.

Tomando en cuenta los aspectos vistos anteriormente, corresponde observar cómo resultaría la preselección de los postulantes para cada entidad del Órgano Judicial.

7.4.1 Preselección de los candidatos a la Corte Suprema de Justicia

Como es conocido, la Asamblea Legislativa Plurinacional por dos tercios de sus miembros presentes, realiza la preselección de los

postulantes por circunscripción departamental (Art. 182 CPE y art. 20 LOJ). La Ley del Órgano Judicial señala que la preselección requiere de una previa calificación y evaluación meritocrática (Art. 20 LOJ), pero el aspecto importante a considerar es el señalado por la Constitución cuando se refiere que la calificación de méritos “tomará en cuenta” el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia. Recordemos que en la preselección de candidatos al Órgano Judicial en la gestión 2011, este era un punto de discrepancias entre las fuerzas oficialistas y opositoras.

Para una preselección por sectores, lo importante es respetar los requisitos generales y específicos establecidos por la Constitución y las leyes; ya la preselección, en sentido propio, permitiría que cada fuerza política establezca sus propios criterios evaluadores y la ponderación de estas. Como el Tribunal Supremo está compuesto por nueve (9) magistrados titulares y nueve (9) suplentes, la normativa nacional estableció que la Asamblea Legislativa Plurinacional preseleccione a seis (6) postulantes por departamento (Art. 33 y 34 LOJ). Si se establece un sistema de preselección por sectores, correspondería que el sector oficialista preseleccione a tres (3) postulantes y los otros tres (3) sean preseleccionados por el sector opositor.

En este sentido, el primer problema que se presenta está relacionado con las garantías de no discriminación o inclusión de género (Art. 20 y 34 LOJ) que establece que la mitad de los preseleccionados deben ser mujeres. Esta propuesta no tendría problema con la preselección por sectores de los primeros dos (2) candidatos, de los cuales uno debe ser hombre y la otra mujer, sin embargo, sí se tendría problemas con la preselección del tercer candidato, puesto que esto implicaría, que los dos sectores políticos coordinen la habilitación de su tercer o tercera preseleccionado o preseleccionada, uno hombre y otra mujer.

Pero el problema va más allá, como se advirtió en un principio la preselección por sectores debe reflejarse en las papeletas electorales, por tanto, aunque exista un acuerdo de los sectores políticos para que su tercer(a) preseleccionado(a) no rompa con el equilibrio de género exigido por la Constitución y Ley, se cree que resultaría inconveniente habilitar a su tercero(a) preseleccionado. Lo conveniente sería que cada sector preseleccione a cuatro candidatos, pero dadas las condiciones jurídicas, es obligado que

Es importante recalcar que ambas preselecciones llevadas por los sectores políticos de la Asamblea Legislativa Plurinacional, cumplan con los requisitos generales y específicos que disponen la Constitución y la ley.

cada sector presente a dos preseleccionados, una mujer y un hombre, para que así la Asamblea Legislativa Plurinacional ofrezca al soberano solamente cuatro (4) preseleccionados por departamento para la elección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Esta forma resultaría viable, porque no se rompería con las normas vigentes, tómese en cuenta que el Art. 20 de la Ley del Órgano Judicial señala que se preseleccionara *hasta* seis (6) postulantes por departamento.

7.4.2 Preselección de los candidatos al Tribunal Agroambiental

Es importante recalcar que las preselecciones llevadas por los sectores políticos de la Asamblea Legislativa Plurinacional, cumplan con los requisitos generales y específicos que disponen la Constitución y la ley. Nuevamente, la Constitución establece que los magistrados del Tribunal Agroambiental son elegidos mediante sufragio universal, previa preselección de postulantes por dos tercios de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional (Art. 188 CPE y art. 20 LOJ). A diferencia del Tribunal Supremo de Justicia, el Tribunal Agroambiental se compone por siete (7) magistrados titulares y siete (7) suplentes, todos electos en circunscripción nacional (Art. 188 CPE y art. 20 LOJ).

Ahora, para el proceso de preselección, la Ley del Órgano Judicial establece que se habilitarán hasta veintiocho (28) precalificados de los cuales también se debe garantizar la composición plural considerando los criterios de plurinacionalidad y que la mitad de los precalificados sean mujeres (Art. 187 CPE y art. 20 LOJ). En este sentido y considerando lo anterior, el sector oficialista podría preseleccionar bajo sus criterios de evaluación y ponderación propia, a catorce (14) candidatos, de los cuales la mitad deben ser mujeres, asimismo, el sector opositor también podría preseleccionar a los otros catorce (14) candidatos, de los cuales la mitad deben ser mujeres.

7.4.3 Preselección de los candidatos al Consejo de la Magistratura

Al parecer el constituyente consideró, por las atribuciones que goza esta institución, unos requisitos más ligeros a los establecidos para el Tribunal Supremo de Justicia y Tribunal Agroambiental, aun así, es necesario que los sectores precalificadores de los candidatos al Consejo de la Magistratura, exijan el cumplimiento de los requisitos

generales y específicos establecidos en la Constitución y la ley (Art. 194 CPE y art. 167 LOJ). Este aparato está compuesto por cinco (5) miembros titulares denominados consejeros de la magistratura y otros cinco (5) suplentes (Art. 166 y 174 LOJ) todos electos en circunscripción nacional por sufragio universal (Art. 194 CPE).

En lo concerniente a la preselección de los candidatos al Consejo de la Magistratura, la Ley del Órgano Judicial establece que la Asamblea Legislativa Plurinacional presentará un máximo de quince (15) preseleccionados. A diferencia del caso del Tribunal Supremo de Justicia y Tribunal Agroambiental, no es posible encontrar disposiciones jurídicas que garanticen una composición en igualdad de género y de plurinacionalidad para los consejeros de la magistratura. Pese al vacío, parece prudente que las preselecciones de los candidatos al Consejo de la Magistratura incluyan condiciones de igualdad de género y criterios de plurinacionalidad. Considerando estos dos aspectos, en un sistema de preselección por sectores, no es posible habilitar a quince (15) preseleccionados, sino que lo conveniente es presentar a doce (12) preseleccionados: seis (6) ofrecidos por el sector oficialista de los cuales la mitad deben ser mujeres y seis (6) del sector opositor en el cual, también la mitad deben ser mujeres. En ambos casos deben considerarse los criterios de plurinacionalidad.

7.4.4 Preselección de los candidatos al Tribunal Constitucional Plurinacional

Por último, también los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, deben ser electos mediante sufragio universal con los mismos procedimientos, mecanismos y formalidades establecidos para el Tribunal Supremo de Justicia (art. 198 y 199 CPE). Obviamente, es necesario que, para la postulación a la preselección de candidatos, se cumplan con los requisitos mínimos establecidos en la Constitución y las leyes. Esta entidad está compuesta por siete (7) magistrados titulares y siete (7) magistrados suplentes, de los cuales dos magistrados deben pertenecer al sistema Indígena Originario Campesino por autoidentificación personal (Art. 13 LTCP).

En similar situación a las reglas establecidas para la preselección de los magistrados del Tribunal Agroambiental, la Asamblea Legislativa

Plurinacional está encargada de preseleccionar a 28 candidatos a la magistratura del Tribunal Constitucional Plurinacional (Art. 19 LTCP). En esta línea y considerando la propuesta de la preselección por sectores, la fuerza mayoritaria tendría la posibilidad de ofrecer a catorce (14) candidatos de los cuales la mitad deben ser mujeres y la fuerza minoritaria podría presentar a los restantes catorce (14) candidatos de los cuales la mitad también deben ser mujeres.

Con relación a los magistrados que representen al sistema indígena originario campesino, vale señalar que cada fuerza política está obligada a postular mínimamente a dos candidato de este sistema, pero esto no significa una limitación, pues cada sector podría postular a más candidatos indígena originario campesinos. Lo importante es notar que al final, la voluntad del soberano sería obedecida y en último caso cumplir con la exigencia de los dos magistrados de este sector.

7.5 Algunos aspectos técnicos adicionales

Aprobadas las listas de los candidatos, se propone que las papeletas electorales reflejen la preselección por sectores, pues como se señaló, esto guiaría el voto del ciudadano. Por lo que a manera de buscar materializar esta propuesta se ofrece un modelo estructural de la papeleta electoral.

Tribunal Supremo de Justicia

Fórmula de preselección n° 1

	Candidato 1
--	-------------

	Candidata 1
--	-------------

Fórmula de preselección n° 2

	Candidato 1
--	-------------

	Candidata 1
--	-------------

Tribunal Agroambiental

Fórmula de preselección n° 1

	Candidato 1
	Candidato 2
	Candidato 3
	Candidato 4
	Candidato 5
	Candidato 6
	Candidato 7

	Candidata 1
	Candidata 2
	Candidata 3
	Candidata 4
	Candidata 5
	Candidata 6
	Candidata 7

Fórmula de preselección n° 2

	Candidato 1
	Candidato 2
	Candidato 3
	Candidato 4
	Candidato 5
	Candidato 6
	Candidato 7

	Candidata 1
	Candidata 2
	Candidata 3
	Candidata 4
	Candidata 5
	Candidata 6
	Candidata 7

Consejo de la Magistratura

Fórmula de preselección n° 1

	Candidato 1
	Candidato 2
	Candidato 3

	Candidata 1
	Candidata 2
	Candidata 3

Fórmula de preselección n° 2

	Candidato 1
	Candidato 2
	Candidato 3

	Candidata 1
	Candidata 2
	Candidata 3

Tribunal Constitucional Plurinacional

Fórmula de preselección n° 1

	Candidato 1
	Candidato 2
	Candidato 3
	Candidato 4
	Candidato 5
	Candidato 6
	Candidato 7

	Candidata 1
	Candidata 2
	Candidata 3
	Candidata 4
	Candidata 5
	Candidata 6
	Candidata 7

Fórmula de preselección n° 2

	Candidato 1
	Candidato 2
	Candidato 3
	Candidato 4
	Candidato 5
	Candidato 6
	Candidato 7

	Candidata 1
	Candidata 2
	Candidata 3
	Candidata 4
	Candidata 5
	Candidata 6
	Candidata 7

8. CONCLUSIONES

No olvidemos que el constitucionalismo, tiene una doble vocación: el primero refiere a la defensa de los derechos y la limitación del poder, y el segundo, a la organización de este poder²⁸. En este caso, se busca limitar el ejercicio del poder público en defensa del derecho político del pueblo a elegir sus autoridades judiciales y el derecho de las minorías a participar en el gobierno. Por segundo, se propone establecer unos lineamientos para la composición plural del poder público, todo en función al actual pedido democrático boliviano. El constitucionalismo no puede quedarse inmóvil a la

²⁸ FIORAVANTI, 2009, pp. 142-146.

clásica estructuración del poder, debe responder a las complejas relaciones sociales, políticas y económicas latentes.

Debe reconocerse que la justicia no siempre fue dirigida por aquellos que ahora reconocemos como los únicos autorizados para su ejercicio, es decir, vale recapacitar la idea de que la justicia no siempre fue administrada por profesionales²⁹. La Constitución de la nación boliviana entiende que sólo una inclusión de sus pares otorgará legitimidad a ese poder público que históricamente reprimió sus derechos. Pero al mismo tiempo es cuidadosa al no ignorar el desarrollo jurídico occidental, por tal, la plurinacionalidad no solamente debe venir a responder a las exigencias de los pueblos indígena originario campesinos, sino que se debe establecer como un equilibrio entre ambas visiones, fundada en la visión articuladora del vivir bien.

La Constitución de la nación boliviana entiende que sólo una inclusión de sus pares otorgará legitimidad a ese poder público que históricamente reprimió sus derechos.

Una composición plural de jueces, puede ayudar a construir el proceso integrador de las plurinacionalidades. Establecer dos fórmulas de preselección no debe ser tomado necesariamente como una lucha de posiciones, al contrario, no debe olvidarse que en un modelo de Estado Constitucional de Derecho las normas constitucionales impregnan todas las decisiones que se toman en el poder público³⁰, por lo que los jueces estarían restringidos por estas normas y ante alguna diferencia interpretativa de estas, la composición plural de jueces puede ser el escenario ideal donde por medio de los votos disidentes, la argumentación jurídica desempeñe un papel sobradamente importante.

Si esta propuesta se hace viable y es un mecanismo útil a la democracia, correspondería discutir si la fiscalización que realizan los poderes políticos a los miembros del Órgano Judicial es conveniente. Si se aplica una doble fórmula de preselección, la legitimidad democrática que poseerían las altas autoridades del Órgano Judicial, exigiría que solamente puede ser fiscalizada por otro poder de las mismas características, razón para sostener que ni el poder legislativo ni ejecutivo deberían poder juzgarlos por los posibles delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, sino que esta debería realizarse en un nuevo periodo constitucional y ante nuevos jueces electos.

²⁹ VAN CAENEGEM, 2011, p. 144.

³⁰ GUASTINI, 2001, pp. 153-184.

Como puede apreciarse, la Constitución Política del Estado Plurinacional viene a responder tres problemas de fondo que atañen al poder judicial: 1) La despolitización elitista de su designación; 2) La inclusión de las clases históricamente marginadas; 3) La participación democrática en la legitimación de su autoridad. Con estos elementos, resultó necesario construir una propuesta alternativa que abra el debate para viabilizar la elección popular de las altas autoridades del Órgano Judicial boliviano. No es necesario sacrificar este mecanismo democrático por el intento de establecer leyes o reglamentos que rompen con el carácter plurinacional de nuestra sociedad.

REFERENCIAS

ANTEZANA, Luis. "Dos conceptos en la obra de René de Zavaleta Mercado: Formación abigarrada y democracia como autodeterminación". En VVAA. *Pluralismo epistemológico*. La Paz: CLACSO, 2009.

BARROS ARANA, Diego. *Historia de América*. Buenos Aires: Futuro, 1960.

BASTIAN, Jean-Pierre. *América Latina 1492-1992 conquista, resistencia y emancipación*, México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica n°4, 1992.

BETHELL, Leslie. *Historia de América Latina*, Vol. I. Barcelona: Crítica, 1990.

BOLIVIA. Constitución Política del Estado (1947), promulgada el 26 de noviembre de 1947.

_____. Constitución Política del Estado (1961), promulgada el 4 de agosto de 1961.

_____. Constitución Política del Estado (1994), promulgada el 12 de agosto de 1994.

_____. Constitución Política del Estado (2004), promulgada mediante Ley 2650 de 13 de abril de 2004.

_____. Asamblea Legislativa Plurinacional. Reglamento Interno de preselección de candidatas y candidatos para la conformación del Tribunal Constitucional Plurinacional, Tribunal

Supremo de Justicia, Tribunal Agroambiental y Consejo de la Magistratura. Resolución R.A.L.P. No. 003/2011-2012 de 16 de mayo de 2011.

_____. Tribunal Supremo Electoral, Elecciones de autoridades del Órgano Judicial y del Tribunal Constitucional Plurinacional – 2011.

_____. Vicepresidencia del Estado Plurinacional. *Enciclopedia Histórica Documental del Proceso Constituyente Boliviano*. La Paz, 2012.

_____. Asamblea Legislativa Plurinacional. Reglamento de preselección de candidatas y candidatos para la conformación del Tribunal Constitucional Plurinacional, Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Agroambiental y Consejo de la Magistratura. Resolución No. 004/2017-2018 de 29 de abril de 2017.

DE LA TORRE, Ernesto; GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario. *Desarrollo Histórico del Constitucionalismo Hispanoamericano*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México, 1976.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. Madrid: Trotta, 2009.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

HOBBS, Thomas. *El Leviatán o Materia, forma y poder de la República, eclesiástica y civil*. , , Lima: Mercurio, 1988.

KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*, México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.

KLEIN, Herbert S. *Historia de Bolivia. De los orígenes al 2012*. La Paz: G.U.M., 2012.

KODELIA, Gonzalo, “Elección popular de jueces en el estado plurinacional de Bolivia: un avance en la democracia”, _____, pp. 359-360.

LA NACIÓN. “Revés para Evo en la elección de jueces”. En <<http://www.lanacion.com.ar/1415329-reves-para-evo-en-la-eleccion-de-jueces>>. Acceso en: 17 de abril de 2017.

LA PATRIA. “MAS manipula preselección de candidatos al Órgano Judicial”. En <<https://www.lapatriaenlinea.com/?t=mas-manipula-preseleccion-de-candidatos-al-organo-judicial¬a=74377>>. Acceso en: 16 de abril de 2017.

LOCKE, John. *Ensayo Sobre el Gobierno Civil*. Buenos Aires: Gradifco, 2007.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. El constitucionalismo fundacional en América Latina y su evolución entre el constitucionalismo criollo y

el nuevo constitucionalismo. In: GARCÍA TROBAT, Pilar; SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio (Coord.). *El legado de las cortes de Cádiz*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

MESA, José de; GISBERT, Teresa; MESA GISBERT, Carlos D. *Historia de Bolivia*. La Paz: Gisbert, 1997.

MILLANTERÁN, Óscar. “El sistema electoral para la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional”. *Revista Ciencia y Cultura*, v. 19, n. 35, 2015.

MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes*. Madrid: Preciados, 1906.

OPINIÓN. “Elección de magistrados se democratiza”. En <http://www.opinion.com.bo/opinion/informe_especial/2011/1016/suplementos.php?id=1735>. Acceso en: 16 de abril de 2017.

PÁGINA SIETE, “Gobierno restablecerá la meritocracia en selección y elección de magistrados”. En <<http://www.paginasiete.bo/nacional/2015/1/7/gobierno-restablecera-meritocracia-seleccion-eleccion-magistrados-43396.html>>. Acceso en: 14 de abril de 2017.

RODRIGUEZ VELTZÉ, Eduardo. “El Órgano Judicial en la Nueva Constitución”. En VVAA. *Reflexión crítica a la Nueva Constitución Política del Estado*. La Paz: Fundación Konrad Adenauer (KAS), 2009.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso Sobre la Desigualdad*. Lima: Mercurio S.A., 1988.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *El contrato social*. Buenos Aires: Losada, 1998.

SEGURA FRESQUET, Marc. “Paradojas de la Historia. El proceso de aculturación y la presencia misionera en Latinoamérica: mutaciones formales e institucionales”. En *Boletín Americanista* n° 51, pp. 229-242, 2001.

VAN CAENEGEM, R.C., *Jueces, legisladores y profesores*. Lima: Palestra, 2011.

VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. “El nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: Fundamentos para una Construcción Doctrinal”. En *Revista General de Derecho Público* n. 9, 2011.

VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. “Venezuela en transición, América Latina en transición”. *Ágora - Revista de Ciencias Sociales* n. 13, 2005.

IDEAS INTRODUCTORIAS SOBRE EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Aquiles Ricardo Sotillo Antezana

Máster en Derecho Constitucional y Procedimientos

Constitucionales por la Universidad Mayor de San Andrés, es docente tiempo completo de la carrera de Derecho de la Universidad Católica Boliviana. Santa Cruz, Bolivia. ricardosotilloantezana@gmail.com

William Herrera Añez

Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia, España Profesor titular de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno. Santa Cruz, Bolivia. william@herrerabogados.com

Recibido: agosto 15, 2017

Aceito: outubro 10, 2017

Ideias introdutórias sobre o novo constitucionalismo latino-americano

Introductory ideas on the new Latin American constitutionalism

RESUMEN

La elaboración y vigencia de las Constituciones de Colombia de 1991, Venezuela de 1999, Ecuador de 2008 y Bolivia 2009, han puesto de manifiesto un nuevo constitucionalismo latinoamericano. Este nuevo constitucionalismo se erige como la última generación del constitucionalismo debido a que aporta entendimientos novedosos sobre la teoría constitucional sobre la base de un renovado concepto de soberanía popular, entre otras características propias que hacen a la discusión actual del Derecho Constitucional. De esa manera, en el presente ensayo se presentan elementos introductorios sobre este nuevo momento del constitucionalismo en Latinoamérica, estableciendo sus fundamentos, alcances y principales características.

Palabras clave: Constitución, constitucionalismo, soberanía popular, Latinoamérica.

Resumo

A elaboração e vigência das Constituições da Colômbia (1991), Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009) revelaram um novo constitucionalismo latino-americano. Este novo constitucionalismo surge como a última geração do constitucionalismo devido a seus novos entendimentos aportados à teoria constitucional, baseados em um conceito renovado de soberania popular, entre outras características próprias da discussão contemporânea do Direito Constitucional. Assim, no presente artigo se apresentam elementos introdutórios sobre este novo momento do constitucionalismo na América Latina, estabelecendo seus fundamentos, alcances e características principais.

Palavras-chave: Constituição, constitucionalismo, soberania popular, América Latina.

Abstract

The elaboration and validity of the constitutions of Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (2008) and Bolivia (2009) have revealed a new latin american constitutionalism. This new constitutionalism arises as the last generation of constitutionalism due to its contributions of novel understandings on constitutional theory. These contributions are based on a renewed conception about popular sovereignty, among other singular characteristics presently discussed in Constitutional Law. Thus, in the present paper we present some introductory elements of this new moment of constitutionalism in Latin America by establishing its foundations, scope and main characteristics.

Keywords: Constitution, constitutionalism, popular sovereignty, Latin America.

1. DESARROLLO

1.1 Constitucionalismo de adaptación

Los países latinoamericanos, conocidos como “países subdesarrollados” o “en vías de desarrollo”, históricamente tuvieron un rezago económico, social, jurídico, cultural, entre otros factores, lo cual generó que los países desarrollados vean como un hecho natural que ellos generen un alto grado de influencia y hasta decisión en aquellos Estados; es decir, que se manifestó desde muchos sectores que los países subdesarrollados debían acatar las órdenes de los países desarrollados para así lograr su desarrollo, esto fue una suerte de colonialismo de facto en pleno siglo XX. Esa influencia que al final del día no es más que una injerencia de característica colonial se manifestó en todos los ámbitos de la vida social, desde la economía hasta la cultura, donde el derecho y el constitucionalismo no estuvieron por fuera.

[...] si bien los denominados países desarrollados no impusieron por la fuerza o de forma violenta leyes o Constituciones, fueron lo suficientemente hábiles para que los gobernantes de los países en vías de desarrollo, junto a sus asesores y expertos, adapten y copien Constituciones y leyes que estaban en disonancia con la realidad.

Para Gargarella¹ los “trasplantes constitucionales” o las “Constituciones importadas” han sido una realidad en la historia latinoamericana siendo un hecho inevitable, lo cual ha generado un amplio debate en la actualidad sobre su incidencia en la historia constitucional latinoamericana. Siendo que, históricamente, tanto políticos como teóricos que renegaron de dichas adaptaciones al final en la práctica terminaron adaptando de una manera institutos a las Constituciones latinoamericanas.

De esa manera, si bien los denominados países desarrollados no impusieron por la fuerza o de forma violenta leyes o Constituciones, fueron lo suficientemente hábiles para que los gobernantes de los países en vías de desarrollo, junto a sus asesores y expertos, adapten y copien Constituciones y leyes que estaban en disonancia con la realidad. Martínez Dalmau² denomina a este periodo como un constitucionalismo de opulencia o adaptación por el cual éstos países copiaron las Constituciones foráneas y forzosamente las adaptaron a realidad y sociedad totalmente diferentes.

Es en estos países donde la Constitución sólo se dedicó a promover el ejercicio de algunas libertades y espacios de participación dejando de lado el desarrollo y bienestar de grandes sectores de la sociedad. Por esa razón, en estos países se veía a la Constitución como una parte integrante de aquella estructura o *establishment* que permitía el ejercicio de poder a una oligarquía fomentada por los grandes grupos económicos multinacionales.

De esa manera, la sociedad latinoamericana comenzó a plantear la necesidad de un nuevo constitucionalismo que responda y plantee soluciones a los grandes problemas estructurales de sus sociedades mediante una mitigación del gran individualismo normativo, no sólo reconociendo, sino haciendo verdaderamente efectivos a los derechos sociales mediante una recuperación de los recursos naturales en favor del Estado y la distribución equitativa de la riqueza.

¹ GARGARELLA, 2010.

² MARTINEZ DALMAU, 2008.

1.2 Formación del nuevo constitucionalismo latinoamericano

El nuevo constitucionalismo latinoamericano contrasta con el constitucionalismo tradicional, y se erige como una forma de Constitucionalismo democrático. Su denominación engloba una serie de experiencias que han intentado de avanzar y actualizar los problemas del siglo XXI dentro de constitucionalismo democrático, es experiencia en varios Estados que se inicia con la Constitución colombiana de 1991, Venezuela 1999, Ecuador 2008 y Bolivia 2009. Las razones por las cuales aparece este constitucionalismo se pueden identificar por la crisis del Estado social democrático de derecho en América Latina porque nunca hubo ese pacto social entre las élites y la ciudadanía, generando insatisfacción social porque el constitucionalismo tradicional no daba soluciones a la realidad social; es decir, existían Constituciones no normativas porque no se cumplen en la realidad social. La reacción a ese constitucionalismo tradicional no se produce en el mundo académico y jurídico, quienes aceptaban y defendían sus deficiencias en base a teorías del desarrollo social, siendo una característica en los orígenes de este nuevo constitucionalismo el divorcio entre el mundo académico y la sociedad.

Viciano y Martínez Dalmau³ establece que el tradicional constitucionalismo latinoamericano del siglo XIX y XX fue excluyente y muy alejado de la democracia, siendo Constituciones nominales pero sin una aplicación real. Así, la historia del constitucionalismo latinoamericano aporta como elementos centrales hasta fines del siglo XX de una ausencia de democracia lo cual generó exclusión social y pobreza económica, por lo que el NCL tiene como reto la retoma de una democracia real donde se empodere a la ciudadanía en la toma de decisiones del Estado.

Entonces, se puede afirmar que el nuevo constitucionalismo latinoamericano no tiene una construcción teórica previa a la implementación su modelo porque surge a impulsos y experiencias de la sociedad. Es decir, que este nuevo momento del constitucionalismo surge de la agregación y suma de teorías y propuestas constitucionales concretas, además de elaboraciones de los movimientos sociales que aportan respuestas constitucionales

³ VICIANO Y MARTINEZ DALMAU, 2011.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano se manifiesta a través de los procesos constituyentes que se han producido en América Latina a fines del siglo XX e inicios del siglo XXI, los cuales tienen como objetivo producir un cambio social cambiando las estructuras sociales, económicas y jurídicas que no fueron capaces de resolver problemas estructurales de la sociedad latinoamericana como la pobreza y la exclusión de grandes sectores de la sociedad.

a los problemas de la realidad. Así, se pueden identificar como elementos comunes que promovieron la generación de este constitucionalismo en América Latina a:

- Descontento con el sistema político tradicional
- Ausencia de mecanismos expeditos para la defensa de los derechos fundamentales
- Preocupación por medio ambiente
- Ineficiencia y corrupción en la administración de justicia
- Políticas económicas contra sectores populares
- Exclusión de grandes mayorías sociales en la toma de decisiones estatales

El nuevo constitucionalismo latinoamericano se manifiesta a través de los procesos constituyentes que se han producido en América Latina a fines del siglo XX e inicios del siglo XXI, los cuales tienen como objetivo producir un cambio social cambiando las estructuras sociales, económicas y jurídicas que no fueron capaces de resolver problemas estructurales de la sociedad latinoamericana como la pobreza y la exclusión de grandes sectores de la sociedad.

El sistema neoliberal imperante de la región, reinante desde la recuperación de la democracia, no había sido capaz de asegurar las condiciones de igualdad entre los diferentes grupos de la sociedad y más bien fomentó, en muchos casos desde la institucionalidad estatal, que pequeñas élites se adueñen del Estado por décadas incluso desde el final de la colonización española.

En ese sentido, el nuevo constitucionalismo latinoamericano se erige como un nuevo momento dentro de la evolución histórica del constitucionalismo por lo que significa que muchas de las características e institutos del Neoconstitucionalismo, han servido de inspiración para este último momento de la ciencia constitucional. Es por ello, que para cierta parte de la teoría el nuevo constitucionalismo latinoamericano no es más que el desarrollo del Neoconstitucionalismo, no representando necesariamente una evolución del mismo.

MartínezDalmáu⁴ establece que durante décadas el constitucionalismo de América Latina ha sido estudiado desde visiones extranjeras con

⁴ MARTINEZ DAMAU, 2008.

cierto desdén restando importancia a sus características propias, por lo que es importante hacer un estudio de este nuevo constitucionalismo latinoamericano y la manera de cómo está aportando nuevas teorías para la mejor aplicación y entendimiento de la Constitución. Tradicionalmente, este constitucionalismo se ha desarrollado, adaptando y copiando los institutos y conceptos del constitucionalismo liberal sin comprender que la realidad latinoamericana es muy diferente a las revoluciones liberales, incluso a la academia occidental liberal. Este hecho generó ciertas disfuncionalidades, creando un descontento social por ese tipo de Constituciones.

Es en esa situación y con ese antecedente, que se puede identificar el inicio de la formación del nuevo constitucionalismo latinoamericano como respuesta al tradicional constitucionalismo de adaptación que no pudo resolver los problemas estructurales de las sociedades latinoamericanas. Por su parte, para Villabella⁵ el NCL tienen que establecer un ambiente propicio para construir y consolidar una democracia social por medio de la cual el concepto clásico de democracia sale de su clásico sitio de la política y para ejercerse también en el plano social y económico. De esa manera, se puede identificar un mandato social para el nuevo constitucionalismo latinoamericano el cual es generar una normatividad constitucional que resuelva los diferentes problemas sociales, lo cual establece que la sociedad latinoamericana todavía cuenta con una fe en que la Constitución es un instrumento para desarrollar a la sociedad, tal como lo planteaban los revolucionarios europeos del siglo XVIII. Es decir, que a diferencia de otras sociedades actuales, muchas de las sociedades latinoamericanas han identificado una necesidad de cambio, de transformación social por una ineficiencia de los sistemas políticos y normativos por lo que hay dos vías para transformar la sociedad una violenta a través de una revolución y otra pacífica a través de la elaboración de nuevas Constituciones mediante la activación popular del poder constituyente.

1.3 Objetivos del nuevo constitucionalismo latinoamericano

El estudio sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano debe ser desarrollado sobre un entendimiento del constitucionalismo

⁵ VILLABELLA, 2014.

Todo Estado puede mejorar las condiciones de vida de las personas mediante un desarrollo siempre y cuando exista un constitucionalismo fuerte donde se constitucionalice el ordenamiento jurídico que tenga la suficiente fuerza de proteger al Estado Social.

liberal desarrollado en América Latina a partir del movimiento independentista de la corona española para advertir la importancia de este nuevo momento constitucional en algunos países de América Latina. Así, a este constitucionalismo liberal también se lo denominó constitucionalismo de adaptación, criollo o en palabras de Martínez Dalmau⁶ un constitucionalismo de la opulencia, el cual lejos de transformarse con los postulados del constitucionalismo social y Neoconstitucionalismo mantuvo un *status quo* sobre la normatividad constitucional bajo el viejo entendimiento de que sólo es un medio de limitación del poder político. Es decir, que los diferentes estados de esta parte del mundo reconocieron formalmente los institutos de los diferentes momentos históricos del constitucionalismo sin embargo nunca tuvieron una vigencia en la realidad, existía una Constitución formal que no tenía ninguna fuerza reguladora en la realidad material; en muchos Estados se reconoció constitucionalmente la vigencia del Estado social de derecho o al Estado social y democrático de derecho sin embargo los niveles de pobreza y exclusión siempre fueron altísimos en la región, por lo que el orden constitucional sólo sirvió para proteger los intereses de pequeñas oligarquías a través de este constitucionalismo de la opulencia.

Todo Estado puede mejorar las condiciones de vida de las personas mediante un desarrollo siempre y cuando exista un constitucionalismo fuerte donde se constitucionalice el ordenamiento jurídico que tenga la suficiente fuerza de proteger al Estado Social. En el caso latinoamericano se puede decir que materialmente nunca existió un Estado social debido a que nunca se dieron las condiciones económicas para su vigencia, hasta ahora no existe un desarrollo industrial que permita la generación de riqueza y la constitución de un verdadero Estado de bienestar. En ese sentido, el rol de la Constitución no es distribuir la riqueza sino sentar las bases de la creación de riqueza tal como lo hace el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Lo que se quiere establecer es que los diferentes momentos del constitucionalismo a nivel mundial nunca experimentaron materialmente en las sociedades latinoamericanas ya que las Constituciones en esta parte del mundo se remitieron a organizar el poder público sin involucrarse

⁶ MARTINEZ DALMAU, 2010.

en la realidad y las necesidades de las y los ciudadanos, generando un divorcio entre la sociedad y su Constitución donde la misma era una expresión de un modelo liberal que sólo creó pobreza y exclusión en muchos casos. Por esa razón, puede establecerse que la irrupción del nuevo constitucionalismo latinoamericano es producto de la decadencia del constitucionalismo liberal y el Estado liberal capitalista en América Latina.

Al igual que otros momentos históricos en otras partes del mundo, el nuevo constitucionalismo latinoamericano es un constitucionalismo necesario, para diferentes países de América Latina que lo están desarrollando y para los que pronto lo harán, para no sólo cambiar sino transformar no sólo a las instituciones estatales sino a la sociedad en su conjunto respondiendo así a las demandas históricas del pueblo latinoamericano. Es decir, en palabras de Viciano y Martínez Dalmau⁷, el concepto de Constitución cambia en el NCL ya que deja de ser exclusivamente un medio de límite al poder del gobernante para erigirse como mecanismo idóneo de la voluntad popular, la función de la Constitución adquiere una connotación más amplia y profunda.

Ese momento de crisis del Estado liberal revolucionario y del constitucionalismo liberal encuentra nuevos bríos en la activación popular del poder constituyente en las experiencias de Colombia en 1991, Venezuela en 1999, Ecuador en 2008 y Bolivia 2009, constituyéndose estas experiencias como la actual vanguardia del constitucionalismo.

De esa manera, los objetivos del nuevo constitucionalismo latinoamericano son la generación de riqueza y bienestar económico así como la inclusión de las mayorías excluidas del ejercicio del poder público. Por su parte, uno de los rasgos significativos y característicos del desarrollo del nuevo constitucionalismo latinoamericano es la activación del poder constituyente con la participación y protagonismo del pueblo, que se ha caracterizado por movilizaciones sociales de protesta, generalmente espontáneas y sin un orden orgánico, contra el modelo institucional y económico vigente quienes al no encontrar soluciones en la institucionalidad vigente se decantan por los procesos constituyentes.

⁷ VICIANO Y MARTINEZ DALMAU, 2011.

2. FORMACIÓN HISTÓRICA DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Se pueden identificar tres momentos históricos que permitieron la formación del nuevo constitucionalismo latinoamericano:

- La propuesta de la papeleta adicional en el referendo colombiano de 1991
- El “Caracazo” de 1989 en Venezuela
- Las guerras del agua y del gas en Bolivia a inicios del siglo XXI

Con estas protestas históricas de los diferentes movimientos sociales, los procesos constituyentes se erigen como una respuesta a esas demandas pero desde una vía institucional y democrática que tiene como mandato ser un espacio de debate y reflexión de todos los actores y actrices de la sociedad donde se ponga en discusión no solo las demandas sociales sino plantear cómo desde un texto constitucional democrático se va a dar una respuesta institucional a esas demandas. Es decir, conforme lo señalado anteriormente, para hablar del nuevo constitucionalismo latinoamericano se debe analizar las experiencias de reforma constitucional que se han desarrollado a través de asambleas constituyentes porque son la expresión máxima del poder constituyente popular, así para Martínez Dalmau⁸ los procesos de reforma constitucional de Brasil en 1988, Perú en 1993 y Argentina en 1994 no son parte de este cuarto momento en la historia del constitucionalismo.

De esa manera, se puede establecer como el nacimiento del nuevo constitucionalismo latinoamericano al proceso constitucional de Colombia en 1991. El origen del proceso constituyente colombiano se dio gracias a la activación directa de la soberanía popular donde estudiantes y docentes universitarios establecieron una asamblea constituyente en Colombia.

Hasta ese momento, en América Latina los procesos constituyentes se habían desarrollado conforme las experiencias europeas donde no existe una participación directa de la población sino que existe todavía la aplicación del concepto poder constituyente constituido donde los partidos políticos tienen la exclusividad de ejercer

⁸ MARTINEZ DALMAU, 2010.

Tras la experiencia constituyente colombiana, en Ecuador también existieron movimientos sociales que pedían la instalación de una asamblea constituyente a mediados de la década de los noventa.

la soberanía. Noguera⁹ señala que la asamblea constituyente colombiana de inicios de la década de los 90 se constituyó como un antes y un después en las formas constituyentes latinoamericanas.

El resultado de la asamblea constituyente colombiana inició una revolución constitucional en Colombia que tuvo efecto a nivel internacional rescatando el concepto de soberanía popular y actualizando la teoría del poder constituyente para su entendimiento a inicios del siglo XXI. Como todo proceso constituyente hubo el debate social si era realmente necesario cambiar todo el texto constitucional o bastaba solamente con hacer reformas parciales al texto constitucional de 1886, la asamblea constituyente optó por el cambio total de la Constitución a través de la redacción de un nuevo texto constitucional.

Entre las innovaciones de la Constitución colombiana de 1991, que tiempo después serán las bases del desarrollo teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano, pueden destacarse la incorporación de mecanismos de democracia participativa como la revocatoria de mandato, mayor reconocimiento de derechos fundamentales, regulación constitucional del papel del Estado en la economía. Sin embargo, lo fundamental del proceso constituyente colombiano fue el reconocer la necesidad de contar con un proceso de esas características para debatir los problemas sociales y plantear sus soluciones desde un texto constitucional. Además mediante la Constitución colombiana de 1991 la Corte Constitucional de aquel país ha hecho un desarrollo jurisprudencial de los diferentes temas especialmente del ejercicio de los derechos fundamentales que ha sido guía para diferentes órganos constitucionales alrededor del mundo.

Tras la experiencia constituyente colombiana, en Ecuador también existieron movimientos sociales que pedían la instalación de una asamblea constituyente a mediados de la década de los noventa. Este proceso no cumplió con las expectativas depositadas por el pueblo terminando con la redacción de la Constitución ecuatoriana de 1998. Tomando en cuenta que ese proceso constituyente quedo inconcluso, nueve años después en 2008 se convoca nuevamente a una asamblea constituyente que se enmarcó en los elementos formales aportados por la Constitución colombiana de 1991 como

⁹ NOGUERA, 2010.

ser la amplitud y complejidad de su articulado, amplitud en el catálogo de derechos sociales, reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas y sectores vulnerables, y el reconocimiento de institutos de democracia participativa.

Sin perjuicio de lo anterior, según Martínez Dalmau¹⁰, el ejemplo más rotundo del nuevo constitucionalismo latinoamericano, lo encarna la aprobación mediante voto popular de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela el 15 de diciembre de 1999; fue un hito importante para el análisis de cómo el pueblo ejerce directamente la soberanía popular. Como se mencionó, el denominado “Caracazo” de 1989 fue recogido por el ex presidente Hugo Chávez a través de la instalación de una asamblea constituyente pese al rechazo y oposición del poder constituido. Y como todo proceso constituyente, el venezolano no fue nada fácil porque se estaba en los albores de un nuevo sistema político que se reconoció en la Constitución de 1999, y aportó innovaciones en el ejercicio de derechos sociales, cambios institucionales, la regulación de los partidos políticos, inclusión de mecanismos de democracia participativa y la constitucionalización del papel del Estado en la economía, son los elementos más destacados de ese texto constitucional, sin olvidar del establecimiento del referendo popular siempre que haya una reforma constitucional sea total o parcial. Con esa última característica se advierte el carácter central que tiene la soberanía popular en el nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Sobre el caso boliviano se puede afirmar que los niveles de pobreza y exclusión que han caracterizado la historia boliviana generaron una constante necesidad constituyente que los pueblos indígenas de tierras bajas plantearon por primera vez en la Marcha por la dignidad y el territorio en 1990, fue allí que por primera vez se planteó la necesidad de instalar una asamblea constituyente en Bolivia. Pese a esta necesidad, los partidos políticos que gobernaron Bolivia luego de la recuperación de la democracia en 1982 nunca se animaron a recoger este pedido social y dieron largas mediante reformas constitucionales (1994 y 2004) meramente formales que tenían una característica refundacional del Estado. De esa manera, en la elección presidencial del año 2005 el entonces candidato Evo

¹⁰ MARTINEZ DALMAU, 2010.

Morales manifestó que la convocatoria a una asamblea constituyente sería una de las primeras prioridades en su gobierno, de modo que mediante la Ley N° 3464 se convocó a la asamblea constituyente y terminó plasmando una Constitución, que es motivo de estudio en otras latitudes.

Esta asamblea constituyente, no obstante, tuvo una fuerte oposición tanto del poder constituido como de los poderes económicos que no querían una nueva Constitución y, por tanto, se buscó cómo opacar ese proceso histórico o generando discusiones poco constructivas como si el poder constituyente de la asamblea era originario o derivado, el pedido de que todos los artículos sean aprobados por dos tercios, entre otros, de modo que se generó tal nivel de conflictividad en su sede al extremo que las y los asambleístas se trasladaron a la ciudad de Oruro, donde el 14 de diciembre de 2007 aprobaron en grande, detalle y revisión el proyecto de Constitución.

Sin embargo ese proyecto de Constitución tuvo que ser modificado tanto política como en el extinto congreso nacional, hasta que finalmente se pudo aprobar mediante referendo, celebrado en diciembre de 2008 con más del 55% del electorado boliviano; la nueva Constitución boliviana fue promulgada el 09 de febrero del 2009.

3. CARACTERÍSTICAS DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Para Martínez Dalmau¹¹ se pueden identificar 10 características del nuevo constitucionalismo latinoamericano 6 características materiales y 4 características formales. Entre las características materiales se encuentran:

- Naturaleza transitoria
- Recuperación de la soberanía popular
- Consolidación de la democracia participativa
- Carácter social integrador
- Establecimiento del papel estatal en la economía
- Nuevas formas de integración de nivel regional

¹¹ MARTINEZ DALMAU, 2008.

Sobre el carácter social integrador de este constitucionalismo se encuentra el reconocimiento formal y también de derechos a grandes sectores de la población que tradicionalmente han sido excluidos del estado como lo fueron los pueblos indígenas y otras minorías sociales [...]

Sobre estas características materiales se puede advertir que dichas Constituciones tienen un carácter transitorio o temporal porque tienen como finalidad sentar las bases para que las sociedades se transformen y aporten nuevas formas de desarrollo y de organización; es decir, el nuevo constitucionalismo latinoamericano pretende ser la semilla de un gran cambio social en América Latina donde la punta de lanza es la redacción de Constituciones democráticas con altos grados de participación popular. Respecto a la recuperación del concepto de soberanía popular lo que realiza este nuevo constitucionalismo es devolver el poder político al pueblo debido a que durante décadas ese poder en muchos países latinoamericanos fue detentado por oligarquías y pequeños grupos de poder que manejaron y redactaron Constituciones para proteger sus intereses, de esa manera se retoma el poder del pueblo para que este de forma soberana decida y ejerza el poder político a través de mecanismos de participación de democracia participativa.

Sobre el carácter social integrador de este constitucionalismo se encuentra el reconocimiento formal y también de derechos a grandes sectores de la población que tradicionalmente han sido excluidos del estado como lo fueron los pueblos indígenas y otras minorías sociales; así, las Constituciones pretenden no sólo reconocer sino empoderar a estos sectores sociales para que puedan ejercer sus derechos de forma plena y sin condicionamientos.

Una de las innovaciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano se puede encontrar en su quinta característica formal referida al reconocimiento constitucional del papel estatal en la economía, donde el constituyente establece las formas sobre cómo se va a desarrollar la economía haciendo énfasis en la propiedad del pueblo sobre los recursos naturales y formas interesantes de distribución de la riqueza. Y por último, se encuentra la previsión de este constitucionalismo sobre la integración latinoamericana que evidentemente no tiene nada de novedoso en relación a su intención pero sí en relación a su incorporación al texto constitucional. Ya Francisco de Miranda, Simón Bolívar o José Martí identificaron la necesidad de una integración latinoamericana como punto de poder de la región ante el mundo, por ello este constitucionalismo prevé que los Estados deban desarrollar políticas de integración regional o, tal el

caso boliviano en su artículo 410, el reconocimiento de la supremacía constitucional a las normas del derecho comunitario.

- Respecto a las características formales se encuentran:
- Originalidad
- Amplitud en el articulado
- Complejidad
- Rigidez constitucional

Estas características materiales demuestran que el nuevo constitucionalismo latinoamericano es un avance dentro de la ciencia constitucional ya mediante su complejidad o amplitud de los articulados constitucionales el mencionado constitucionalismo apunta a una efectividad constitucional, a que la Constitución sea la fuente principal y el centro de la normatividad por lo cual procura regular todos los aspectos de la vida social no sólo limitándose a poner límites al poder sino también a establecer mandatos al poder constituido para desarrollar la sociedad económica y culturalmente.

Respecto a la amplitud del contenido se advierte 380 artículos de la Constitución colombiana, 284 de la Constitución ecuatoriana, 350 de la Constitución venezolana y los 411 de la Constitución boliviana, se erigen como una característica propia de este constitucionalismo donde la razón de contar con textos constitucionales ampulosos es la protección de la voluntad constituyente evitando así que el poder constituido pueda modificar o interpretar de maneras diferentes a sus orígenes. Asimismo, esta amplitud de artículos en el texto constitucional implica necesariamente su complejidad debido a la introducción de aspectos técnicos que el constituyente ha previsto su introducción para regular aspectos centrales de la sociedad como el régimen económico. Además, respecto a esta amplitud Noguera¹² está vinculada con la inclusión de más derechos y garantías, el cual también es un rasgo característico del NCL.

Sobre la rigidez constitucional se puede advertir que mediante el mismo el nuevo constitucionalismo latinoamericano elimina el concepto de poder constituyente constituido o derivado donde las reformas constitucionales se las encargaba al parlamento vedando la

¹² NOGUERA, 2010.

participación del pueblo. En ese sentido, el nuevo constitucionalismo implica que cualquier tipo de reforma constitucional, sea total o parcial, deba tener la participación y aprobación popular reforzando así el concepto de soberanía popular que reside en el pueblo mismo y no en sus representantes.

Otro aspecto importante es que en el texto constitucional se introducen provisiones económicas y fiscales, también denominada Constitución económica. En el constitucionalismo social el criterio que se seguía era el de establecer líneas básicas o genéricas sobre las cuales el poder constituido desarrolle políticas sociales y económicas procurando siempre regular lo menos posible para que la Constitución no sea una camisa de fuerza para los gobiernos o mayorías parlamentarias. Por ello, con las nuevas Constituciones latinoamericanas se rompe con este paradigma, donde es el poder constituyente, el pueblo, quien establece las formas y las políticas que el Estado debe desarrollar en la economía, aparece así la introducción de la Constitución económica como un integrante indispensable en toda Constitución, donde la regulación constitucional es amplia y expresa sobre cuáles y cómo el Estado debe llevar a cabo las políticas económicas haciendo énfasis en la explotación y uso de los beneficios de los recursos naturales. Así, el margen de gestión del poder constituido es bastante limitada, estableciendo desde los textos constitucionales los sistemas de distribución de la riqueza y manifestando que no todo disponible o comerciable en la sociedad.

Respecto a la relación de la Constitución con los tratados internacionales, éstos estaban sometidos a la Constitución no pudiendo contradecirla fiel al principio de supremacía y jerarquía constitucional. Actualmente, señala Tremolada¹³ la tradicional infra constitucionalidad de los tratados internacionales ha sufrido cambios dentro del nuevo constitucionalismo latinoamericano principalmente por 2 factores: la consolidación de los procesos de integración y la suscripción de numerosos instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos.

En relación a los Instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos tanto el constitucionalismo liberal como social señalaban que éstos son normas complementarias de interpretación

¹³ TREMOLADA, 2006.

a la Constitución, son normas subsidiarias, accesorias que no pueden contradecir el texto constitucional. Mientras que en los procesos constituyentes latinoamericanos de fines del siglo XX e inicios del siglo XXI se plantea ir más allá en la funcionalidad de éstos instrumentos permitiendo que cuando reconocen derechos que no están dentro de la Constitución o reconocen derechos más favorables a los contenidos en el texto constitucional, en la labor interpretativa constitucional los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos tendrán un rango supraconstitucional, tal como lo reconoce el artículo 256 de la Constitución boliviana.

**En definitiva,
el nuevo
constitucionalismo
latinoamericano
ha supuesto una
revalorización
de los institutos
clásicos de
la ciencia
constitucional.**

4. CONCLUSIONES

En definitiva, el nuevo constitucionalismo latinoamericano ha supuesto una revalorización de los institutos clásicos de la ciencia constitucional. Este nuevo constitucionalismo no sólo se ha desarrollado en América Latina sino que ha tenido una influencia e impacto en otras latitudes. Si bien se puede identificar varias características sobre este nuevo momento del constitucionalismo, se advierte que la retoma y vigorosidad de la soberanía popular y la introducción de mecanismos constitucionales para el ejercicio pleno de los derechos fundamentales son los temas centrales que denotan lo importante de este nuevo constitucionalismo. Estas características exigen su estudio y discusión y al mismo permite que la Constitución mantenga su vigencia y sea el motor de transformación social las sociedades latinoamericanas.

El reto que tienen estos textos constitucionales es de constituirse en Constituciones vivas para que no sigan la suerte de sus predecesoras y ser textos meramente nominales; para ello es necesario cuidar su carácter democrático, la vigencia de los derechos y garantías, y el respeto de la soberanía popular, para evitar que sucesos como los que están ocurriendo en Venezuela y está iniciando en Bolivia vacíen de contenido al nuevo constitucionalismo latinoamericano que lejos de ser el constitucionalismo de última generación puede llegar a ser un intento fallido por culpa de sus gobernantes de turno.

REFERENCIAS

- BOLIVIA. *Nueva Constitución Política Del Estado*. 2009
- COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia*. 1991
- DALMAU, Rubén Martínez. *El proceso constituyente boliviano (2006-2008) en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Oxfam Gran Bretaña, La Paz, 2008.
- ECUADOR. *Constitución de la República del Ecuador*. 2008
- GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Algunas reflexiones preliminares*. En: *Crítica y Emancipación*, Año II, n. 3. Buenos Aires: CLACSO, 2010
- NOGUERA, Albert. *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2010.
- OSSORIO, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2003.
- TREMOLADA, Eric. *El Derecho Andino en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.
- VALENCIA, Alipio. *Manual de Derecho Constitucional*. La Paz: Editorial Juventud, 1983.
- VENEZUELA. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. 1999
- VICIANO PASTOR, Roberto; DALMAU, Rubén Martínez. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal. *Revista General de Derecho Público Comparado*, n. 9, 2011.
- VILLABELLA, Carlos Manuel. *Nuevo constitucionalismo latinoamericano ¿un nuevo paradigma?* México: Mariel, 2014.

EVALUACIÓN DE LAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÁNEAS BAJO LOS EFECTOS DE LA CRISIS ECONÓMICA

Carlos Garcia-Rivero

Profesor de Ciencias
Políticas y de la
Administración, Facultad
de Derecho, Universidad
de Valencia, España.
Centre for International
and Comparative
Politics, Universidad de
Stellenbosch, Sudáfrica.
garancar@uv.es

Hennie Kotzé

Profesor y Investigador en
el Centre for International
and Comparative
Politics, Universidad de
Stellenbosch. Stellenbosch,
Sudáfrica, ZA. hjk@sun.
ac.za

Recibido: maio 27, 2017

Aceito: agosto 21, 2017

Evaluation of contemporary
democracies under the effects of
economic crisis

Avaliação das democracias
contemporâneas sob os efeitos da
crise econômica

RESUMEN

Históricamente ha habido un debate sobre el resultado del proceso democrático que se centra en si el producto de las democracias deben ser derechos políticos y libertades civiles o por el contrario deben ser bienes y servicios básicos a los ciudadanos. La crisis económica global que comenzó en 2007 ha tenido un impacto en las políticas económicas de los gobiernos que han tenido que aplicar medidas de ajuste, a veces impuestas por organismos internacionales no sujetos a control ciudadanos de los países donde se aplicaban dichas medidas, generando protestas y revueltas y la aparición de nuevos partidos políticos. En este escenario la crisis económica proporciona una oportunidad única para evaluar las expectativas de la democracia tanto de la ciudadanía como de las elites que las representan. Este artículo realiza un análisis sobre cinco democracias contemporáneas (Polonia,

Chile, Suecia, Turquía y Sudáfrica) sobre las expectativas de la ciudadanía y las elites en 2006, al comienzo de la crisis y en 2013, cuando lo peor de la misma parecía haber pasado. Los resultados indican que existe una demanda tanto de la ciudadanía como de las elites de todos los países, principalmente de factores políticos (derechos políticos) quedando los aspectos económicos relegados a un segundo plano.

Palabras clave: Crisis Económica Global. Democracias Contemporáneas. Derechos Políticos.

Abstract

Historically the debate about the results of the democratic process has focused on whether its results should grant political rights and civil liberties or goods and basic services to citizens. The 2007 global economic crisis affected the economic policies of governments around the world. Many of the adopted policies consisted in adjustment programmes imposed by international organisms, not subject to citizen control, which led to protests, riots and the rise of new political parties. In this scenario the economical crisis provides an unique opportunity to assess citizens and elite expectations of democracy and what it represents. This article provides an analysis of the citizens and elites expectations of democracy in five contemporary democracies (Poland, Chile, Sweden, Turkey and South Africa) in 2006 and 2013. The results showed that both citizens and elites, in all countries examined, claim for more political rights, relegating the economical aspect to a secondary place.

Keywords: Global Economic Crisis, Contemporary Democracies, Political Rights.

Resumo

Historicamente, houve um debate sobre o resultado do processo democrático que se concentra no fato de o produto das democracias serem direitos políticos e liberdades civis ou devem ser bens e serviços básicos para os cidadãos. A crise econômica global que começou em 2007 teve impacto nas políticas econômicas dos governos que tiveram que implementar medidas de ajuste, às vezes impostas por agências internacionais não sujeitas ao controle do cidadão nos países onde as medidas foram aplicadas, gerando protestos e revoltas e o surgimento de novos partidos políticos. Nesse cenário, a crise econômica oferece uma oportunidade única para avaliar as expectativas de democracia tanto dos cidadãos como das elites que os representam. Este artigo examina cinco democracias contemporâneas (Polônia, Chile, Suécia, Turquia e África do Sul) sobre as expectativas de cidadania e elites em 2006, no início da crise e em 2013, quando o pior parecia ter passado. Os resultados indicam que existe uma demanda tanto dos cidadãos como das elites de todos os países, principalmente de fatores políticos (direitos políticos), deixando os aspectos econômicos relegados a um segundo plano.

Palavras-chave: Crise Econômica Global. Democracias Contemporâneas. Direitos Políticos

1. INTRODUCCIÓN

Una característica básica de democracia es el gobierno del pueblo. Es más “en regímenes democráticos el poder de toma de decisiones final, decisivo en asuntos públicos es otorgado no al gobernante sino al gobernado [...] Esta distribución estructural de poder también da lugar a otra característica básica del proceso democrático: el apoyo es adquirido por persuasión y convencimiento, y no por imposición”¹. Este convencimiento se realiza en base a las expectativas que el ciudadano tiene respecto al funcionamiento del régimen democrático, ya sean estas de carácter político o económico.

Las democracias contemporáneas han disfrutado de décadas de crecimiento y prosperidad y, por ende, sin capacidad para evaluar el verdadero impacto de la falta de riqueza económica sobre la salud democrática de los países. Sin embargo, esta situación cambió con la reciente recesión económica mundial. La crisis global financiera que materializó su impacto en la economía real hacia 2008 forzó a los gobiernos a la puesta en marcha de medidas de austeridad y programas de reformas estructurales del Estado de Bienestar y el mercado de trabajo como nunca en la historia reciente. En gran parte, estas políticas de recorte y ajustes fueron explícitamente impuestas por actores externos que dejaron a los gobiernos y parlamentos nacionales poco o nulo margen de maniobra en la política y economía nacional y, dejando, en última instancia, a los ciudadanos sin la capacidad de decisión final². El efecto de las medidas de austeridad de los gobiernos ha sido principalmente malestar y agitación social e inestabilidad política amén del impacto en el nivel de legitimidad de las democracias.

La aceptación de los ciudadanos y organizaciones de sociedad civil tuvo poca o ninguna relevancia para la aplicación de estas políticas de reforma estructural, fiscal y social impuestas. En algunos países como España, Italia o Grecia, el malestar social dio lugar a los nuevos partidos políticos que reclamaban ser los verdaderos representantes de la sociedad civil y ciudadanía, mostrando así la fractura entre la sociedad civil y el Estado.

¹ STEENEKAMP Y DU TOIT, 2017, p. 2

² BECKERT Y STREECK, 2012

La pregunta que surge en este contexto es si esta interferencia masiva externa en la capacidad de toma de decisiones de los parlamentos y gobiernos nacionales en muchos países erosiona el apoyo de los ciudadanos a democracias nacionales, o la propia concepción que los mismos tienen de lo que debe ser y lo que debe producir un sistema político democrático, hasta el punto que puede que la ciudadanía no considere dichos sistemas – donde las decisiones se aplican de forma impuesta por gobiernos nacionales pero diseñadas por actores externos sin control ciudadano – como democráticos.

En definitiva, se ha forzado a las élites nacionales a poner en práctica políticas económicas “amargas” que han dado lugar a disturbios y protestas como muestras de rechazo por parte de la ciudadanía. La segunda duda que surge es si existen diferencias de criterio entre la ciudadanía y las élites de los respectivos países en lo referente a cómo una democracia debería funcionar y ser gestionada.

Ante este panorama, este artículo analiza en qué medida los ciudadanos y las élites de cinco países consideran que sus respectivos países están gobernados de forma democrática, en 2006, antes del principio de crisis corriente económica y en 2013 cuando, al parecer, lo peor de la misma, parece haber pasado. Por un lado, se analiza la percepción de ciudadanos y élites sobre si el régimen en el que viven es una democracia en 2006 y 2013; y, por otro, analiza los factores que determinan dicha evaluación de la democracia.

La investigación es un análisis cuantitativo basado en el Estudio Mundial de Valores³ y en una encuesta a las Élites de dichos países realizadas ambas en 2006 y 2013. La encuesta de elites⁴ se basa en parlamentarios de los respectivos países. El lapso entre ambas fechas permite el análisis del posible efecto de la peor recesión económica de los últimos 50 años sobre las expectativas de la democracia. Los países analizados son Sudáfrica (África); Chile (América Latina); Suecia (Europa Occidental); Polonia (Europa del Este) y Turquía (Euroasia). La selección de casos es representativa de una amplia gama de diversidad política, social y cultural (países católicos, protestantes y de mayoría musulmana; viejas y nuevas democracias, presidenciales y parlamentarias).

³ Los datos del Estudio Mundial de Valores pueden consultarse aquí: <<http://www.worldvaluessurvey.org/wvs.jsp>>. Acceso en: 02 Sept. 2017.

⁴ Detalles técnicos de la encuesta de las elites puede verse en VAN BEEK, 2010, p. 309-310.

En primer lugar, se muestra la literatura más relevante, seguida de la metodología y datos, después se presenta el análisis, para finalmente presentar las conclusiones alcanzadas.

2. ELITES, CIUDADANOS Y LAS BASES DE LA DEMOCRACIA: EL DEBATE

Existe un amplio consenso sobre una de las características básicas de la democracia: el gobierno del pueblo. En este sentido, las élites tienen que compartir los principios de la ciudadanía a la que dirigen desde las instituciones estatales, si se pretende dar estabilidad al régimen democrático. Este acuerdo generalizado sobre la necesidad de apoyo de la ciudadanía y de las elites a los principios democráticos contrasta, sin embargo, con el escaso acuerdo sobre cuál debería ser el resultado del proceso democrático. Para algunos, el *output* debe ser exclusivamente político, como derechos políticos y libertades civiles. Otros van más allá y esperan que la democracia produzca resultados económicos, reduzca la desigualdad social y proporcione bienestar social y económico a los ciudadanos⁵.

Por otro lado, la importancia del estudio de las élites en los estudios sobre democracia ha sido ampliamente evidenciada. De hecho “la teoría elitista de democracia”, también llamado “elitismo democrático” asume que “el apoyo a valores democráticos está más focalizado en un segmento particular de sociedad: las élites”⁶. Del mismo modo, las élites han sido descritas como “los guardianes de democracia”⁷. Ciertamente, hay evidencias de que las élites muestran niveles más altos de apoyo a la democracia que las ciudadanías. Esta diferencia en el apoyo democrático queda particularmente evidenciada en temas como la extensión de derechos a grupos aislados o excluidos. Aquí la defensa de democracia es firmemente en las manos de los que toman las decisiones, las elites. Por consiguiente, cualquier estudio sobre el apoyo de democracia tiene que incorporar la comparación entre ciudadanos y élites especialmente desde que 1989, como nunca antes en la historia, muchos regímenes autoritarios se derrumbaron y se reestructuraron hacia esquemas democráticos⁸.

⁵ VÉASE BRATTON Y MATTES, 2001

⁶ GIBSON Y DUCH, 1991, p. 192

⁷ FLETCHER, 1989, p. 225; PROTHO Y GRIGG, 1960; MCCLOSKEY, 1956

⁸ MAIR, 2008; MØLLER, 2007; SCHMITTER Y TRESCHER, 2004

Existe un amplio consenso sobre una de las características básicas de la democracia: el gobierno del pueblo. En este sentido, las élites tienen que compartir los principios de la ciudadanía a la que dirigen desde las instituciones estatales, si se pretende dar estabilidad al régimen democrático.

Esta relación entre elites, ciudadanía y democracia se materializa al convertirse, las actitudes y valores prodemocráticos de la ciudadanía en presiones para que las elites acepten y canalicen dicha demanda o dichas elites sean sustituidas por otras con valores y actitudes más cercanos a los de la ciudadanía⁹.

Históricamente, los investigadores han afirmado que la estabilidad de una democracia depende de si las expectativas de la ciudadanía sobre las instituciones coinciden con el funcionamiento de dichas instituciones políticas¹⁰. Básicamente, se puede afirmar que la democracia se estabiliza cuando la demanda ciudadana y la oferta institucional desde la democracia alcanzan un equilibrio¹¹.

Expresado de forma simple, la pregunta a responder en este artículo es, en palabras de Bratton y Mattes¹², si la concepción ciudadana de democracia es *intrínseca*, es decir, una concepción de la democracia basada en aspectos políticos como derechos y libertades; o, *instrumental*, es decir, basada en aspectos económicos como la mejora de nivel de vida y acceso a bienes y recursos económicos. De hecho, hay un antiguo debate sobre el impacto de resultados económicos, la confianza institucional y derechos políticos sobre el apoyo y la concepción de la democracia que tiene la ciudadanía. Al mismo tiempo, este debate se amplía al incorporar a las elites a la ecuación: Si la concepción de las élites de la democracia está basada en los mismos factores en los que se basa la ciudadanía.

Existen grandes diferencias respecto a lo que entienden los ciudadanos por democracia¹³. Algunos ciudadanos basan su concepción de democracia principalmente en términos de los resultados económicos (la reducción de desigualdad y provisión de bienes y servicios básicos económicos), mientras que otros definen la democracia en términos de los procedimientos y derechos políticos (elecciones, competencia partidista, formación de gobierno después de unas elecciones) y los derechos políticos y libertades civiles que

⁹ LASSWELL, 1951; LIPSET, 1959; ECKSTEIN, 1966

¹⁰ ALMOND Y VERBA, 1963; ECKSTEIN, 1966, 1998; CLEARY Y STOKES, 2006; GILLEY, 2009; INGLEHART, 2003

¹¹ DALTON Y SHIN, 2006; GRINDLE, 2000; INGLEHART Y WELZEL, 2005; MATTES Y BRATTON, 2007; MATTES Y BRATTON, 2007; MISHLER Y ROSE, 2001.

¹² BRATTON Y MATTES, 2001

¹³ SCHEDLER Y SARFIELD, 2007; MILLER, HESLI Y REISINGER, 1997; DOHERTY, Y MECELLEM, 2012

emanan de la misma (libertad de expresión, movimiento, reunión, etc.). Si la concepción de democracia reside en las expectativas de cambios sustanciales de la política redistributiva o condiciones económicas, el apoyo al régimen puede verse afectado si las expectativas económicas, ante crisis económicas, por ejemplo, no son satisfechas y el apoyo democrático disminuirá.

A tenor de lo expuesto, parece necesario, entonces, “dividir el funcionamiento de régimen en distintas *cestas*: una *cesta* económica, que incluye la valoración económica, como el empleo y una serie de servicios sociales básicos y, una *cesta* política, que contiene paz, libertades civiles, derechos políticos, dignidad humana e igualdad antes de la ley”¹⁴. En otras palabras, dos son las posibilidades: Una, la democracia queda restringida a aspectos políticos como derechos políticos y libertades civiles y, dos, la democracia debería producir beneficios sociales y progreso económico.

2.1 Factores económicos

Está ampliamente demostrado que el desarrollo económico, unido a la urbanización, el crecimiento de PIB y nivel de vida, etc. eleva las expectativas políticas de la gente respecto a la actuación de gobierno en términos de mayor responsabilidad mayor, la transparencia y democracia, así como bienes y servicios¹⁵. En la misma medida, surge la tendencia opuesta: la recesión económica y sus efectos como una disminución en el ingreso, aumenta la probabilidad de desafección, pérdida de legitimidad y, consecuentemente, hundimiento de regímenes, sobre todo democracias¹⁶.

En realidad, “además de los numerosos estudios sobre la importancia de factores económicos sobre la expectativa de las democracias antes mencionada, no menos importante es la abundante bibliografía sobre el voto económico en la que se refleja la importancia de las evaluaciones subjetivas económicas y su impacto en la satisfacción por y apoyo a la democracia”¹⁷.

La reciente crisis económica sufrida en todo el mundo desde 2007 – lamentablemente – proporciona una oportunidad única para probar

¹⁴ BRATTON Y MATTES, 2001

¹⁵ LIPSET, 1960

¹⁶ PRZEWORSKI ET AL. 2000, p. 109; DIAMOND, 2011: 17-18; MISHLER Y ROSE, 2005

¹⁷ LAM, 2013: 215; HESLIE Y BASHKIROVA, 2001, WU Y CHU, 2007

el impacto de dicha crisis sobre la concepción y expectativas que la ciudadanía y las elites tienen de la democracia.

2.2 Factores políticos

Junto a derechos políticos y libertades civiles, la confianza institucional se considera una condición necesaria tanto para el desarrollo de una sociedad civil fuerte y bien vertebrada, como para la estabilidad del sistema democrático. De hecho, “sin confianza institucional, la participación libre es inexistente y la expresión libre de minorías es nula o mínima. Si estas minorías temen represión por parte de las instituciones, su participación activa en el sistema político es improbable. Esto puede producir formas alternativas no pacíficas de participación política fuera del sistema. En otras palabras, sin confianza en sus instituciones, el sistema democrático tiene poca posibilidad de supervivencia¹⁸”.

¿Pero qué es la confianza institucional? Por confianza institucional se entiende “el convencimiento de un ciudadano de que el sistema político o sus partes serán capaces de producir los resultados necesarios esperados, aun cuando aquella persona no participe en la producción de dichos resultados”¹⁹. Desde el clásico estudio de Almond y Verba²⁰ a los influyentes trabajos de Inglehart²¹; Rose²²; Putnam²³ o Rice y Feldman²⁴, todos han considerado la confianza institucional como una dimensión esencial en el eslabón entre la cultura política y la democracia. Bajos niveles de confianza institucional provocarán el rechazo hacia el sistema político existente y aumentarán el apoyo a partidos extremistas tanto a la izquierda como a la derecha del espectro ideológico²⁵.

En las democracias contemporáneas, como apunta Rose²⁶, “la ciudadanía no gobierna directamente, sino depositando su confianza a través de delegados e instituciones que ostentan la representación de

Bajos niveles de confianza institucional provocarán el rechazo hacia el sistema político existente y aumentarán el apoyo a partidos extremistas tanto a la izquierda como a la derecha del espectro ideológico.

¹⁸ GARCÍA-RIVERO, KOTZÉ Y DU TOIT, 2002: 168; VÉASE TAMBIÉN GIBSON, 2001

¹⁹ EASTON 1975, p. 443

²⁰ ALMOND Y VERBA, 1963

²¹ INGLEHART, 1990

²² ROSE, 1994

²³ PUTNAM, 1993

²⁴ RICE Y FELDMAN, 1997

²⁵ INGLEHART 1988

²⁶ ROSE, 1994, p. 18

los intereses y las preferencias de la ciudadanía. Aquí se incluyen tanto los miembros del Parlamento como representantes de sindicatos, asociaciones empresariales, iglesias, y universidades, etc. Estas organizaciones son la parte de sociedad civil y disfrutan de la independencia relativa del estado. Destacan sobremanera, los partidos políticos por su especial relevancia para el funcionamiento correcto de un gobierno democrático, “creando los canales de doble dirección de comunicación tanto entre los niveles de ciudadanía como entre de la elite/instituciones”. Es por ello necesario para cualquier democracia, una sociedad civil fuerte y sólida para contrarrestar los posibles excesos del Estado.

Básicamente, la confianza política refleja la confianza de la ciudadanía en el proceso político dentro del sistema democrático (como el relevo en el gobierno, la competencia partidista, los derechos civiles y políticos, y la libertad de asociación y expresión) que produce un resultado justo y transparente²⁷.

Según todo lo expuesto, las variables dependientes serán divididas en dos bloques. Por un lado, un bloque de derechos políticos que incluyen confianza en instituciones del Estado y en la sociedad civil y, por otro, un segundo bloque que incorpora valoración de la expectativa económica. Estos bloques se explican en la siguiente sección de metodología.

3. METODOLOGÍA. DATOS Y SELECCIÓN DE CASOS

Muchos investigadores ya han mostrado la complejidad de medir el significado de la democracia. De hecho, la mayoría de los estudios se centran en el apoyo a la democracia, sin indagar previamente qué se entiende por ese régimen llamado democracia cuyo apoyo quieren medir²⁸. La mayoría de las investigaciones empíricas se basan en estudios de encuesta midiendo la respuesta del encuestado ante preguntas como “la democracia puede tener problemas, pero es mejor que cualquier otra forma de gobierno” y “tener un sistema político democrático es la mejor opción”²⁹.

²⁷ DUCH, 2001; HETHERINGTON, 1998; MATTES Y BRATTON, 2007; DUCH, 2001; MATTES Y BRATTON, 2007

²⁸ RIZZO, ABDEL-LATIF, Y MEYER, 2007; SPIERINGS, 2014

²⁹ HOFMANN, 2004

Este estudio se centra en los requisitos que un sistema debe tener y cómo debería ser gobernado para ser considerado democracia por los ciudadanos. El análisis se realiza tanto a nivel de ciudadanía como de elites.

La democracia “es un término de contenido disputado y a la vez normativo”³⁰, y las respuestas de personas sobre la conveniencia de un sistema llamado democracia podrían tener significados muy distintos en diferentes países³¹, especialmente en países con una breve historia democrática, donde los ciudadanos han mezclado ideas muy dispares sobre lo que la democracia debe ser³².

Este estudio se centra en los requisitos que un sistema debe tener y cómo debería ser gobernado para ser considerado democracia por los ciudadanos. El análisis se realiza tanto a nivel de ciudadanía como de elites. Por consiguiente, la variable dependiente consiste en una pregunta del cuestionario donde se pregunta al encuestado “hasta qué punto está este país siendo gobernado de forma democrática”. Paralelamente se han seleccionado dos conjuntos de variables, uno relacionado con variables independientes políticas y un segundo grupo de variables independientes económicas.

Como se ha apuntado con anterioridad, los estudios sobre legitimidad democrática se han centrado en apoyo al régimen y no en el significado o contenido esencial del régimen democrático, usando variables del tipo “la democracia es siempre preferible a cualquier otra forma de gobierno”; o “para la gente como yo, es lo mismo si el gobierno es democrático o no”³³; “¿piensa usted que la democracia es conveniente para nuestro país?”³⁴; “la Democracia puede tener problemas, pero es el mejor sistema político” y el deseo “de tener un sistema democrático político”. Otros operacionalizan el apoyo a la democracia como actitudes positivas hacia un conjunto de normas e instituciones democráticas³⁵. También se ha utilizado la variable “la satisfacción con el funcionamiento de la democracia”³⁶. Otra opción es la construcción de un índice incluyendo las preferencias de los ciudadanos para el régimen democrático; dictadura civil y gobierno militar; y “la importancia vivir en una sociedad democrática”³⁷.

³⁰ BRATTON, 2010, p. 106

³¹ BRATTON, 2010; TEZCÜR ET AL. 2012

³² SCHEDLER Y SANSFIELD, 2007

³³ LAM, 2013

³⁴ DUCH, 2001; MATTES Y BRATTON, 2007

³⁵ ALMOND Y VERBA, 1963; DAHL, 1971; GIBSON, 1995; CHEN Y ZHONG, 1998

³⁶ ARMINGEON Y KAI, 2014

³⁷ CHO, 2014

En este estudio, la variable dependiente consiste en la respuesta a la pregunta: “Hasta qué punto este país está gobernado democráticamente hoy” en la encuesta a la elite y en la encuesta de la ciudadanía la pregunta es “Nivel de democracia en la forma de gobierno en este país hoy”. En ambos estudios las respuestas posibles son una escala que oscila entre 1 “nada democrático” a 10 “completamente democrático”.

Las variables independientes se dividen en variables políticas, por un lado, y variables económicas, por otro, tanto para el análisis de la elite como el de la ciudadanía. El bloque de factores políticos se compone por i) confianza en instituciones del Estado³⁸, ii) confianza en la sociedad civil; y, iii) la Percepción de nivel de respeto para Derechos humanos en el país.

Las variables incluidas en el bloque de factores económicos son las tres siguientes: A favor o en contra de la expresión: “Democracia implica: Los gobiernos graban a los ricos y subsidian al pobre”; “Democracia implica: Las personas reciben subsidios estatales por desempleo” y, para el estudio de 2006 la variable “Democracia implica: La economía prospera” y para el estudio de 2013 “Evaluación positiva del estado actual de la economía”.

La relevancia o impacto de cada bloque, político y económico, se mide por la varianza explicada de cada bloque (la R² y la variación de ésta del primer modelo de factores políticos, al segundo, de factores económicos). Las variables explicativas están marcadas, en su coeficiente Beta, con asteriscos. El número de asteriscos determina su nivel de significación.

Los países seleccionados son Chile, Polonia, Sudáfrica, Suecia y Turquía. Esta selección ha sido hecha según la disponibilidad y la comparabilidad de datos e incluye América, Europa, África y Asia lo que implica una gran representación de diferencias políticas, económicas y culturales.

El periodo de tiempo cubierto es de 2006, a comienzos de la crisis económica, a 2013 cuando lo peor de la recesión parece haber pasado. Este período permite a la medición si el factor económico tiene un impacto en la ciudadanía y actitudes de élites y expectativas de la democracia.

³⁸ Sobre la construcción de los índices véase el apéndice.

4. ANÁLISIS

La primera tabla muestra la evolución y la comparación de la percepción de la elite y la ciudadanía del grado de gobierno democrático existente en el país.

Tabla 1. Nivel de democracia en la forma de gobierno en este país hoy

País	2006				2013			
	Ciudadanía		Elites		Ciudadanía		Elites	
	Media	D.T.	Media	D.T.	Media	D.T.	Media	D.T.
Chile	7,0	2,1	7,9	1,6	6,2	2,3	8,1	1,6
Polonia	5,7	2,0	7,0	2,3	5,9	2,2	7,4	2,3
Sudáfrica	7,4	2,2	8,0	1,9	6,7	2,1	7,2	2,4
Suecia	7,5	1,8	9,0	1,1	7,5	1,9	9,0	1,1
Turquía	6,7	2,5	6,7	1,9	6,4	2,3	6,0	2,9
Total	6,7	2,2	7,7	1,8	6,6	2,2	7,3	2,3

D.T. Desviación Típica . Valores 1: Mínimo; 10: Máximo

La tabla 1 muestra que a escala global no hay grandes diferencias entre 2006 y 2013, las medias oscilan de 6,7 en 2006 a 6,6 en 2013 para la ciudadanía y 7,7 para las élites en 2006 a 7,3 en 2013. Básicamente ya se percibe que la crisis económica global no ha afectado la percepción de gobierno democrático en estos países. Otro punto importante son las diferencias entre la ciudadanía y élites tanto en 2006 como en 2013. Son las élites las que perciben los niveles más altos de gobierno democrático en sus respectivos países. En dos países, Chile, Sudáfrica hay algunas diferencias entre 2006 y 2013: en 2013 el dato es inferior al del 2006, mostrando cierto retroceso en la percepción de gobierno democrático de sus respectivos países. En el nivel de la elite también hay algunas diferencias, pero en general no son significativas. Sólo en Sudáfrica parece haber una disminución tanto en la élite como niveles de ciudadanía de 2006 a 2013. Esto se analiza a continuación caso a caso.

Las tablas siguientes analizan país por país en los niveles de ciudadanía y de la elite, en 2006 y 2013. La técnica usada es una regresión lineal. El primer modelo incorpora variables políticas y el segundo introduce variables económicas. Esto permite detectar qué modelo explica un porcentaje más alto de varianza (R²). En otras palabras, qué debe proporcionar una democracia para ser

considerada como tal: derechos políticos (bloque *factores políticos*) o derechos económicos (bloque *factores económicos*). El primer país analizado es Chile. La tabla 2 muestra los resultados de 2006 y 2013.

Tabla 2. Democracia en Chile

	CIUDADANÍA				ELITE			
	Modelo 1		Modelo 2		Modelo 1		Modelo 2	
	Beta	E.T.	Beta	E.T.	Beta	E.T.	Beta	E.T.
2006								
Factores políticos								
Confianza en el Estado	-,013	,028	-,008	,027	,295***	,023	,293***	,023
Confianza en la Sociedad Civil	,126**	,042	,118**	,042	,024	,04	,025	,04
Respeto por los Derechos Humanos	,270***	,088	,279***	,086	,355***	,092	,356***	,093
Factores Económicos								
En democracia: El gobierno graba a los ricos y da subsidios a los pobres			,02	,027			,017	,029
En democracia: Las personas reciben subsidios estatal por desempleo			,073	,033			-,044	,044
En democracia: La economía prospera			,155***	,033			,038*	,047
R	,306		,367		,424		,476	
R2	,094		,130		,180		,226	
2013								
	Modelo 1		Modelo 2		Modelo 1		Modelo 2	
	Beta	E.T.	Beta	E.T.	Beta	E.T.	Beta	E.T.
Factores políticos								
Confianza en el Estado	,144***	,025	,144***	,025	,492***	,063	,176	,07
Confianza en la Sociedad Civil	,178***	,037	,181***	,037	-,209*	,076	-,061	,072
Respeto por los Derechos Humanos	,341***	,099	,340***	,100	,314***	,268	,261***	,239
Factores Económicos								
En democracia: El gobierno graba a los ricos y da subsidios a los pobres			-,011	,030			-,143	,082
En democracia: Las personas reciben subsidios estatal por desempleo			,052	,035			,1	,095
En democracia: La economía prospera			,025	,037			,469***	,111
R	,500		,503		,638		,743	
R2	,250		,253		,408		,553	

*Beta es el coeficiente de regresión estandarizado. E.T. El error típico. * significativo al nivel .05; ** significativo al nivel .005 y *** significativo al nivel .000. Variable dependiente: Hasta qué punto este país está siendo gobernado democráticamente.*

El modelo 1 muestra una relación significativa de las variables confianza en la sociedad civil y nivel de respeto para derechos humanos en el país para la ciudadanía y la variable confianza en

el Estado y el respeto de derechos humanos para la elite. El valor de R2 es .094 para factores políticos y sólo sube a .130 cuando se incorpora el bloque económico – un incremento de sólo .036 por los factores económicos en el caso de la ciudadanía. En el caso de las élites, la R2 llega a .180 por los factores políticos y aumenta a ,226 al incorporar los factores económicos, lo que significa un aumento de .046 producto de la incorporación al análisis de los factores económicos. Consecuentemente, tanto para la ciudadanía como para la elite, los factores económicos parecen tener un impacto, pero débil comparado con el impacto de factores políticos.

En 2013 el impacto de factores políticos, para la ciudadanía, es mucho más alto (valor de R2 de .250) siendo la confianza en el Estado, la confianza en la sociedad civil y el nivel de respeto para derechos humanos casi tres veces más explicativas que en 2006. A nivel de la elite, el impacto de variables políticas también ha aumentado (valor de R2 de .408). Sin embargo, en 2013, las élites parecen estar más preocupadas por factores económicos que en 2006, antes de la crisis, como muestra el porcentaje de varianza explicada. Valor de R2 sube de .226 en 2006 a .553 en 2013 para factores políticos. El incremento una vez se han introducido los factores políticos es de .408 sólo con factores políticos a .553 cuando se incorporan factores económicos. Parece que la crisis económica sí ha tenido un efecto en la valoración de la democracia para la elite chilena.

En la Chile de Allende la crisis económica y su impacto en las clases medias tuvo a ciencia cierta un impacto en el apoyo de determinados sectores sociales al golpe de Estado de Pinochet. El impacto en el sistema político de una crisis económica al parecer está presente en el recuerdo de la elite del país.

El siguiente país analizado es Polonia. La tabla 3 presenta los resultados para tanto de 2006 y como 2013. De nuevo factores políticos, como la confianza en el Estado y el respeto a los derechos humanos son los factores más importantes tanto para las élites como para la ciudadanía. En 2006, para la ciudadanía, el valor de R2 para factores políticos es de ,189 y sube a ,200 con los factores económicos, lo que implica un incremento mínimo. Para la elite, el valor de R2 es de ,548 y sube a ,558, lo que de nuevo implica un valor mínimo también. Ningún factor económico parece significativo (asteriscos). Como en casos anteriores la confianza en el Estado y el

respeto a los derechos humanos son requisitos fundamentales para que un régimen político sea considerado como democrático para la ciudadanía como para la elite.

Tabla 3. Democracia en Polonia

	CIUDADANÍA				ELITE			
	Modelo 1		Modelo 2		Modelo 1		Modelo 2	
2006	Beta	E.T.	Beta	E.T.	Beta	E.T.	Beta	E.T.
Factores políticos								
Confianza en el Estado	,116*	,029	,116*	,029	,563***	,105	,600***	,064
Confianza en la Sociedad Civil	,097*	,045	,092*	,045	-,255*	,116	-,268*	,082
Respeto por los Derechos Humanos	,345***	,119	,341***	,118	,405***	,314	,393***	,324
Factores Económicos								
En democracia: El gobierno graba a los ricos y da subsidios a los pobres			-,012	,029			-,075	,092
En democracia: Las personas reciben subsidios estatal por desempleo			,054	,032			-,04	,107
En democracia: La economía prospera			,071	,036			,07	,095
<i>R</i>	,435		,447		,740		,747	
<i>R</i> ²	,189		,200		,548		,558	
2013	Modelo 1		Modelo 2		Modelo 1		Modelo 2	
	Beta	E.T.	Beta	E.T.	Beta	E.T.	Beta	E.T.
Factores políticos								
Confianza en el Estado	,179***	,033	,179***	,033	,445***	,053	,258***	,052
Confianza en la Sociedad Civil	-,103*	,05	-,105*	,05	-,161*	,065	-,111*	,059
Respeto por los Derechos Humanos	,330***	,146	,311***	,15	,339***	,237	,261***	,218
Factores Económicos								
En democracia: El gobierno graba a los ricos y da subsidios a los pobres			,066	,032			,004	,052
En democracia: Las personas reciben subsidios estatal por desempleo			,01	,032			,116	,059
En democracia: La economía prospera			,074*	,038			,428***	,07
<i>R</i>	,399		,411		,694		,780	
<i>R</i> ²	,159		,169		,481		,609	

*Beta es el coeficiente de regresión estandarizado. E.T. El error típico. * significativo al nivel .05; ** significativo al nivel .005 y *** significativo al nivel .000. Variable dependiente: Hasta qué punto este país está siendo gobernado democráticamente.*

En 2013, sin embargo, factores económicos aparecen como relevantes tanto para las élites como para la ciudadanía. Esto es sobre especialmente relevante en el caso de las élites donde el porcentaje de varianza explicada aumenta bastante cuando los factores económicos son incluidos en el análisis (*R*² sube de ,481

En los países de la antigua órbita soviética de Europa Oriental, la transición a la democracia se realizó de forma paralela a la transición a la economía de mercado.

a ,609 en el caso de las elites, cuando se incorporan factores económicos, lo que implica un crecimiento de ,128 atribuible a los factores económicos). En cualquier caso, los factores políticos tienen aún un impacto mayor sobre la variable dependiente, que los económicos (mayor R2 de los factores políticos).

En los países de la antigua órbita soviética de Europa Oriental, la transición a la democracia se realizó de forma paralela a la transición a la economía de mercado. Esto explica que, al menos para las elites, en tiempos de dificultad económica, la economía aparezca como un factor relevante a la hora de explicar las expectativas de un gobierno democrático.

El siguiente país analizado es Sudáfrica y los datos se presentan en la tabla 4. En Sudáfrica hay diferencias importantes respecto a países presentados anteriormente especialmente en el caso de las elites ya que los factores económicos son de gran relevancia para las mismas. Para la ciudadanía, el valor de R2 es de ,256 con factores políticos y sólo sube a ,286 cuando se incorporan los factores económicos. En el caso de la elite, el valor de R2 es de ,373 con factores políticos y sube a ,457, lo que supone un incremento de ,084 atribuibles a los factores económicos, implicando un incremento más significativo que para la ciudadanía, denotando una mayor importancia de factores económicos para las elites. Aun así, los factores políticos son más relevantes (R2 mayor).

Tabla 4. Democracia en Sudáfrica

	CIUDADANÍA				ELITE			
	Modelo 1		Modelo 2		Modelo 1		Modelo 2	
2006	Beta	E.T.	Beta	E.T.	Beta	E.T.	Beta	E.T.
Factores políticos								
Confianza en el Estado	,339***	,025	,320***	,024	,601***	,057	,512***	,057
Confianza en la Sociedad Civil	,087	,042	,073	,045	-,326***	,072	-,328***	,07
Respeto por los Derechos Humanos	,318***	,090	,308***	,088	,125	,231	,097	,222
Factores Económicos								
En democracia: El gobierno graba a los ricos y da subsidios a los pobres			,087*	,025			,174*	,069
En democracia: Las personas reciben subsidios estatal por desempleo			,071*	,032			,217*	,107
En democracia: La economía prospera			,081*	,034			-,053	,094
R	,506		,534		,616		,676	
R2	,256		,286		,373		,457	
2013	Modelo 1		Modelo 2		Modelo 1		Modelo 2	
	Beta	E.T.	Beta	E.T.	Beta	E.T.	Beta	E.T.
Factores políticos								
Confianza en el Estado	,117*	,025	,113*	,024	,559***	,065	,527***	,066
Confianza en la Sociedad Civil	,060	,039	,047	,038	-0,17	,096	-,191	,097
Respeto por los Derechos Humanos	,231***	,081	,191***	,079	,252**	,278	,222**	,279
Factores Económicos								
En democracia: El gobierno graba a los ricos y da subsidios a los pobres			,004	,028			,016	,072
En democracia: Las personas reciben subsidios estatal por desempleo			,138***	,030			,015	,077
En democracia: La economía prospera			,207***	,029			,196*	,091
R	,399		,411		,694		,780	
R2	,159		,169		,481		,609	

Beta es el coeficiente de regresión estandarizado. E.T. El error típico. * significativo al nivel .05; ** significativo al nivel .005 y *** significativo al nivel .000. Variable dependiente: Hasta qué punto este país está siendo gobernado democráticamente.

En 2013 la situación permanece intacta con factores económicos como políticas significativas sobre todo para la ciudadanía. La relevancia de los factores económicos para la elite aumenta en 2013 pero siguen siendo de menor importancia que los políticos. El valor de R2 para la ciudadanía es de ,159 y sube a ,169 cuando se incorporan factores económicos. Para la elite el valor sube de ,481 a ,609 siendo este aumento más significativo en el caso de las élites que en el de la ciudadanía.

Las décadas de exclusión y pobreza pueden explicar la importancia paralela de factores económicos y políticos. La democracia en Sudáfrica no sólo llevó derechos políticos a toda la ciudadanía sino la esperanza de un mejor nivel de vida. Las elites en Sudáfrica son más conscientes de ello.

Tabla 5. Democracia en Suecia

	CIUDADANÍA				ELITE			
	Modelo 1		Modelo 2		Modelo 1		Modelo 2	
2006	Beta	E.T.	Beta	E.T.	Beta	E.T.	Beta	E.T.
Factores políticos								
Confianza en el Estado	,361***	,025	,340***	,025	,431***	,042	,436***	,043
Confianza en la Sociedad Civil	,016	,04	,024	,039	-,044	,053	-,011	,053
Respeto por los Derechos Humanos	,206***	,101	,207***	,1	,160	,184	,149	,184
Factores Económicos								
En democracia: El gobierno graba a los ricos y da subsidios a los pobres			,123***	,025			-,052	,044
En democracia: Las personas reciben subsidios estatal por desempleo			,014	,026			-,219	,043
En democracia: La economía prospera			-,121***	,02			,214*	,042
R	,464		,488		,551		,556	
R2	,215		,238		,261		,309	
2013	Modelo 1		Modelo 2		Modelo 1		Modelo 2	
	Beta	E.T.	Beta	E.T.	Beta	E.T.	Beta	E.T.
Factores políticos								
Confianza en el Estado	,328***	,027	,307***	,027	0,275**	0,047	0,22*	0,047
Confianza en la Sociedad Civil	,018	,042	,007	,042	-,0114	0,051	-,045	0,056
Respeto por los Derechos Humanos	,310***	,109	,301***	,108	0,257*	0,184	0,225*	0,183
Factores Económicos								
En democracia: El gobierno graba a los ricos y da subsidios a los pobres			,04	,026			-,0203*	0,042
En democracia: Las personas reciben subsidios estatal por desempleo			,039	,028			-,0075	0,039
En democracia: La economía prospera			,162***	,027			0,027	0,049
R	,529		,556		,467		,524	
R2	,280		,309		,218		,275	

Beta es el coeficiente de regresión estandarizado. E.T. El error típico. * significativo al nivel .05; ** significativo al nivel .005 y *** significativo al nivel .000. Variable dependiente: Hasta qué punto este país está siendo gobernado democráticamente.

La tabla 5 presenta los datos para Suecia con resultados similares en 2006 y 2013. Para la ciudadanía los factores políticos tanto en 2006 como en 2013 son los más relevantes, a tenor del valor de R2 y su tenue incremento cuando se incorporan los factores económicos.

Para la elite también los factores políticos son más relevantes pero los económicos tienen un mayor – aunque mínimo – peso que para la ciudadanía. El valor de la R2 para la elite en 2006 pasa de ,261 a ,309 al incorporar factores económicos y en 2017 pasa de ,218 a ,275 al incorporar los factores económicos. Décadas de intervención estatal en la economía pueden estar detrás de la relevancia de los factores económicos, para las elites.

Finalmente, el último país examinado es Turquía y se presenta en la tabla 6.

Tabla 6. Democracia en Turquía

	CIUDADANÍA				ELITE			
	Modelo 1		Modelo 2		Modelo 1		Modelo 2	
2006	Beta	E.T.	Beta	E.T.	Beta	E.T.	Beta	E.T.
Factores políticos								
Confianza en el Estado	,295***	,023	,293***	,023	,286***	,064	,288***	,066
Confianza en la Sociedad Civil	,024	,04	,025	,04	,032	,064	,050	,067
Respeto por los Derechos Humanos	,355***	,092	,356***	,093	,391***	,223	,380***	,228
Factores Económicos								
En democracia: El gobierno graba a los ricos y da subsidios a los pobres			,017	,029			,024	,056
En democracia: Las personas reciben subsidios estatal por desempleo			-,044	,044			-,074	,083
En democracia: La economía prospera			,038	,047			,011	,083
R	,525		,527		,597		,601	
R2	,276		,278		,356		,361	
2013	Modelo 1		Modelo 2		Modelo 1		Modelo 2	
	Beta	E.T.	Beta	E.T.	Beta	E.T.	Beta	E.T.
Factores políticos								
Confianza en el Estado	,207***	,022	,206***	,022	,325***	,048	,290***	,0046
Confianza en la Sociedad Civil	-,034	,037	-,033	,037	-0,040	,063	-0,06	,0061
Respeto por los Derechos Humanos	,381***	,083	,369***	,082	,597***	,165	,358***	,0217
Factores Económicos								
En democracia: El gobierno graba a los ricos y da subsidios a los pobres			-,047	,029			,042	,0048
En democracia: Las personas reciben subsidios estatal por desempleo			,002	,034			,002	,0055
En democracia: La economía prospera			,113***	,034			,317***	,0084
R	,467		,482		,850		,870	
R2	,218		,232		,722		,756	

Beta es el coeficiente de regresión estandarizado. E.T. El error típico. * significativo al nivel .05; ** significativo al nivel .005 y *** significativo al nivel .000. Variable dependiente: Hasta qué punto este país está siendo gobernado democráticamente.

En Turquía en 2006 tanto para élites como para ciudadanía sólo los factores políticos mostraron un efecto relevante y ninguna variable económica aparece como significativa. El valor de R2 se mantiene prácticamente intacto cuando se incorporan los factores económicos, tanto para la elite como para la ciudadanía. En 2013 después de lo peor de la crisis, los factores económicos también muestran un efecto en la variable dependiente, aunque, todavía los factores políticos son mucho más relevantes, en términos de varianza explicada. La R2 oscila de ,218 con factores exclusivamente políticos a ,232 cuando se incorporan los factores económicos, para la ciudadanía y de ,722 a ,756 con factores económicos para la elite. La variable “En democracia: La economía prospera” aparece como significativa tanto para elite como par ciudadanía.

En general, los resultados claramente indican que tanto ciudadanos como élites tienen expectativas principalmente políticas de un gobierno democrático. Para que el gobierno de un país sea considerado como democrático, tanto las elites como los ciudadanos, demandan unas instituciones y sociedad civil en las que confiar (confianza en el Estado y confianza en la sociedad civil) y derechos políticos (Respeto a los Derechos Humanos) en mayor medida que aspectos económicos (prestación de servicios por parte del Estado). El hecho de que esto ha sido probado después de la peor crisis económica y que sufre todavía desde la segunda Guerra Mundial refuerza la idea que tanto ciudadanos como élites entienden la democracia como un régimen que debería producir derechos políticos más que prestaciones económicas.

Finalmente, aunque las elites parecen más preocupadas por el rendimiento económico de la democracia que la ciudadanía, especialmente cuando los efectos de la crisis ya han hecho estragos, en 2013, el efecto de los factores económicos sigue siendo menor que los factores políticos.

5. CONCLUSIÓN

Actualmente no hay duda de que la democracia es la forma más legítima de gobierno. De hecho, de Norte a Sur y de Este a Oeste todo tipo de regímenes políticos se autodenominan democráticos. Sin embargo, no hay ningún acuerdo general sobre lo que la democracia debería producir y lo que los ciudadanos deberían esperar de la democracia. Por un lado, algunas interpretaciones

Este estudio ha realizado un análisis comparativo entre elites y ciudadanía comparando datos de 2006, antes del principio de la peor recesión económica desde la segunda Guerra Mundial y en 2013, cuando lo peor de la crisis parece haber pasado.

restringen la democracia a factores políticos (derechos y libertades) y por otro, otras aproximaciones al concepto de democracia amplían el foco y esperan que la democracia tenga un impacto económico y provea de bienes y servicios básicos a la ciudadanía como requisito fundamental para que un régimen sea considerado democracia.

Al mismo tiempo, hay también un acuerdo general de que en todas las sociedades hay un pequeño grupo de personas que en el día a día toma las decisiones: las élites, y en democracias, élites y ciudadanía deberían compartir los mismos valores ya que las primeras representan y son elegidos por la segunda. Este estudio ha realizado un análisis comparativo entre elites y ciudadanía comparando datos de 2006, antes del principio de la peor recesión económica desde la segunda Guerra Mundial y en 2013, cuando lo peor de la crisis parece haber pasado. Este lapso de tiempo permite evaluar el verdadero impacto que las necesidades económicas tienen en las expectativas del funcionamiento de un régimen democrático.

Después del análisis de 5 países se han alcanzado las siguientes conclusiones:

1. Los niveles de percepción de gobierno democrático en los países analizados son altos tanto en 2006 como en 2013. La crisis económica no parece haber alterado de forma importante la percepción de gobierno democrático existente en dichos países. Los niveles de percepción de gobierno democrático existentes, según la Tabla 1, se mantienen en 2013 de forma similar a 2006, salvo en Chile y Sudáfrica, pero en ambos casos, el nivel decrece de forma poco significativa.
2. Las elites perciben un mayor nivel de gobierno democrático en sus países que la ciudadanía (Tabla 1).
3. Los factores políticos son más relevantes que los factores económicos, a la hora de explicar la percepción de gobierno democrático tanto para la elite como para la ciudadanía.
4. Para las elites, los factores económicos, sin ser los más relevantes, pesan más que para la ciudadanía (Chile, Suecia, Sudáfrica, y Polonia) especialmente después de la crisis económica. Posiblemente esto se deba a que las elites son mejores conocedores, por su mejor acceso a la información, de las consecuencias sobre el sistema político que las crisis económicas pueden tener.

REFERÊNCIAS

ALMOND, Gabriel. VERBA, Sidney. *The civic culture: Political attitudes and democracy in five nations*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1963.

ARMINGEON, Klaus. KAI, Guthmann. Democracy in crisis? The declining support for national democracy in European countries, 2007–2011. *European Journal of Political Research* 53: 423–442, 2014.

BECKERT, Jens. STREECK, Wolfgang. Die Fiskalkrise und die Einheit Europas. *Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament*, 4, p. 7-17, 2012.

BRATTON, Michael. MATTES, Robert. Support for Democracy in Africa: Intrinsic or Instrumental? *British Journal of Political Science* 31(3): 447-474, 2001.

BRATTON, Michael. Anchoring the “D-Word” in Africa. *Journal of Democracy*, 21: 106–113. 2010.

CHEN, Jie. ZHONG, Yang. Defining the political system of post-Deng China: Emerging public support for a democratic political system. *Problems of Post-Communism* v.45, p. 30-42. 1998.

CHO, Youngho. To Know Democracy Is to Love It/ A Cross-National Analysis of Democratic Understanding and Political Support for Democracy. *Political Research Quarterly*, 67(3): 478–488, 2014.

CLEARY Mathew R. STOKES, Susan. *Democracy and the Culture of Skepticism: Political Trust in Argentina and Mexico*. New York: Russell Sage Foundation, 2006

DAHL, Robert A. *Polyarchy: Participation and opposition*. New Haven, CT: Yale University Press, 1971.

DALTON, Russell J. SHIN, Doh C (eds). *Citizens, Democracy, and Markets around the Pacific Rim*. New York: Oxford University Press, 2006.

DIAMOND, Larry. Why democracies survive? *Journal of Democracy*, 22(1) p. 17–31, 2011.

DOHERTY, David. MECELLEM, Jessica. Procedural and Substantive Conceptions of Democracy in Four Arab Populations *20th Annual Illinois State University Conference for Students of Political Science*, Normal, Illinois, 2012.

DUCH, Raymond M. A developmental model of heterogeneous economic voting in new democracies. *American Political Science Review*, 95, 895-910, 2001.

EASTON, David. A Reassessment of the Concept of Political Support, *The British Journal of Political Science*, n. 5 p. 435–57, 1975.

ECKSTEIN, Harry. *Division and Cohesion in Democracy: A Study of Norway*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1966.

ECKSTEIN, Harry. *Can Democracy Take Root in Post-Soviet Russia? Explorations in State–Society Relations*. Lanham, MD: Rowman and Littlefield Publishers, 1998.

FLETCHER, Joseph F. Mass and elite attitudes about wiretapping in Canada: implications for democratic theory and politics, *Public Opinion Quarterly* v. 53, n. 2: 225-245, 1989.

GARCÍA-RIVERO, Carlos. KOTZÈ, Hennie. DU TOIT, Pierre. Political Culture and Democracy: The South African case, *Politikon. South African Journal of Political Science*, 29(2): 163-181, 2002.

GIBSON, James. ‘Social Networks, Civil Society, and the Prospects for Consolidating Russia’s Democratic Transition’, *American Journal of Political Science*, v. 45, n. 1, p. 51–68, 2001.

GIBSON, James L. The resilience of mass support for democratic institutions and processes in nascent Russian and Ukrainian democracies. *Political culture and civil society in Russia and the new states of Eurasia*, ed. Vladimir Tismaneanu, 53-111. Armonk, NY: M. E. Sharpe, 1995.

GIBSON, James L. DUTCH, Raymond. “Elitist Theory and Political Tolerance in Western Europe.” *Political Behavior*, v.13, no. 3: 191-212, 1991.

GILLEY, Bruce. *The Right to Rule: How States Win and Lose Legitimacy*. New York: Columbia University Press, 2009.

GRINDLE, Marilee. *Audacious Reforms: Institutional Invention and Democracy in Latin America*. Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press, 2000.

HESLIE, Vicki. BASHKIROVA, Elena. The impact of time and economic circumstances on popular evaluations of Russia’s president. *International Political Science Review*, 22: 379–398, 2001.

HETHERINGTON, Marc. The political relevance of political trust. *American Political Science Review*, 92: 791-808, 1998.

HOFMANN, Steven. Islam and Democracy: Micro-Level Indications of Compatibility. *Comparative Political Studies* 37: 652–676, 2004.

INGLEHART, Robert. How solid is mass support for democracy and how do we measure it? *PS: Political Science and Politics* 36(1): 51–7, 2003.

INGLEHART, Robert. WELZEL, Christian. *Modernization, Cultural Change, and Democracy: The Human Development Sequence*. New York: Cambridge University Press, 2005.

INGLEHART, Ronald. The Renaissance of Political Culture, *American Political Science Review*, 82 (4): 1203–30, 1988.

INGLEHART, Ronald. *Cultural Shift in Advanced Industrial Societies*. Princeton: Princeton University Press, 1990.

LAM, Wai-man. Impact of competing values and choices on democratic support in Hong Kong, *Soc Indic Res* 113:213-234, 2013.

LASSWELL, Harold. *The Political Writings of Harold D. Lasswell*. Glencoe, IL: The Free Press, 1951.

LIPSET, Seymour M. Some social requisites of democracy: economic development and political legitimacy. *American Political Science Review* 53(1): 69–105, 1959.

LIPSET, Seymour M. *Political man: The social bases of politics*. Baltimore: John Hopkins University Press, 1960.

MAIR, Peter. Democracies. In: Caramani D (ed.) *Comparative Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

MATTES, Robert. BRATTON, Michael. Learning about democracy in Africa: Awareness, performance, and experience. *American Journal of Political Science*, 51, 192-217, 2007.

MCCLOSKEY, Herbert. Consensus and ideology in American politics, *American Political Science Review* v. 58, n. 2, p.361-382, 1956.

MILLER, Arthur H. HESLI, Vichi L. REISINGER, William M. Conceptions of Democracy Among Mass and Elite in Post-Soviet Societies. *British Journal of Political Science*, v. 27, n. 2, p. 631-633, 1997.

MISHLER, William. ROSE, Richard. What Are the Origins of Political Trust? Testing Institutional and Cultural Theories in Post-communist Societies. *Comparative Political Studies*, Volume: 34 issue: 1, p.30-62, 2001.

MISHLER, William. ROSE, Richard. What are the political consequences of trust? A test of cultural and institutional theories in Russia. *Comparative Political Studies*, 38(9), p. 1050-1078, 2005.

MØLLER, Jørgen. The gap between liberal and electoral democracy revisited. Some conceptual and empirical clarifications. *Acta Politica* v. 42, n. 4, p. 380–400, 2007.

PROTHO, James. GRIGG, Charles M. Fundamental principles of democracy: bases of agreement and disagreement, *Journal of Politics* v. 22, n. 9, p. 276-294, 1960.

PRZEWORSKI, Adam, et al. *Democracy and development: Political institutions and well-being in the world, 1950–1990*. New York: Cambridge University Press, 2000.

PUTNAM, Robert D. *Making Democracy Work*, Princeton: Princeton University Press, 1993.

RICE, Tom W. FELDMAN, Jan L. Civic Culture and Democracy from Europe to America, *The Journal of Politics*, v. 59, n. 4 p. 1144, 1997.

RIZZO, Helen. ABDEL-LATIF, Abdel-Hamid. MEYER, Katherin. The Relationship between Gender Equality and Democracy: A Comparison of Arab versus Non-Arab Muslim Societies. *Sociology* v. 41, p. 1151–1170, 2007.

ROSE, Richard. Rethinking Civil Society: Post Communism and the problem of trust, *Journal of Democracy*, v. 5, n. 3, p. 18–30, 1994.

SCHEDLER, Aandreas. SARSFIELD, Rudolpho. Democrats with adjectives: Linking direct and indirect measures of democratic support. *European Journal of Political Research* v. 46, p. 637–659, 2007.

SCHMITTER, Philipe. TRESCHER Alexandre. *The Future of Democracy: Trends, Analyses and Reforms*. Strasbourg: Council of Europe, 2004.

SPIERINGS, Niels. The Influence of Islamic orientations on democratic support and tolerance in five Arab Countries. *Politics and Religions* 7: 706-733, 2014.

STEENEKAMP C. DU TOIT P. The evolution of support for democratic regime principles and its alternatives. *J Public Affairs*. v. 17, n. 1-2, 2017.

TEZCÜR, Gûneç. AZADARMAKI, Taghi. BAHAR, Mehri. NAYEBI, Hooshang. Support for democracy in Iran. *Political Research Quarterly* 65: 235–247, 2012.

VAN BEEK, Ursula. (Ed). *Democracy under Scrutiny: Elites, Citizens, Cultures*. Opladen: Barbara Budrich Publisers, 2010.

WU, Chien. CHU, Yun-han. Income inequality and satisfaction with democracy: Evidence from East Asia. *Working paper series no. 42, Asian Barometer*, 2007.

APÉNDICE METODOLÓGICO

Confianza en el Estado incluye confianza en las siguientes instituciones: Fuerzas Armadas, Policía, Parlamento, Administración Pública, Gobierno y Jueces y Confianza en la Sociedad Civil incluye confianza en las siguientes organizaciones: Iglesia, Prensa, Sindicatos, Grandes Empresas. (Alpha Crombach entre paréntesis): **2006**: Ciudadanía: **Chile**: Confianza en el Estado (0,788); Confianza en la Sociedad Civil (0,612); **Polonia** Confianza en el Estado: (0,851); Confianza en la Sociedad Civil: (0,880); **South África** Confianza en el Estado: (0,876); Confianza en la Sociedad Civil: (0,833); **Suecia** Confianza en el Estado: (0,876); Confianza en la Sociedad Civil (0,737); **Turquía** Confianza en

el Estado: (0,851); Confianza en la Sociedad Civil: (0,793); Elite: **Chile** Confianza en el Estado: (0,725); Confianza en la Sociedad Civil: (0,595); **Polonia** Confianza en el Estado: (0,655); Confianza en la Sociedad Civil: (0,465); **South África** Confianza en el Estado: (0,796); Confianza en la Sociedad Civil: (0,593); **Suecia** Confianza en el Estado: (0,618); Confianza en la Sociedad Civil: (0,450); **Turquía** Confianza en el Estado: (0,684); Confianza en la Sociedad Civil: (0,683). **2013:** Ciudadanía: **Chile** Confianza en el Estado (0,828); Confianza en la Sociedad Civil (0,645); **Polonia** Confianza en el Estado: (0,805); Confianza en la Sociedad Civil: (0,555); **South África** Confianza en el Estado: (0,825); Confianza en la Sociedad Civil: (0,642); **Suecia** Confianza en el Estado: (0,814); Confianza en la Sociedad Civil: (0,532); **Turquía** Confianza en el Estado: (0,849); Confianza en la Sociedad Civil: (0,659); Elite: **Chile** Confianza en el Estado: (0,725); Confianza en la Sociedad Civil: (0,595); **Polonia** Confianza en el Estado: (0,783); Confianza en la Sociedad Civil: (0,406); **South África** Confianza en el Estado: (0,836); Confianza en la Sociedad Civil: (0,519); **Suecia** Confianza en el Estado: (0,618); Confianza en la Sociedad Civil: (0,450); **Turquía** Confianza en el Estado: (0,821); Confianza en la Sociedad Civil: (0,580)

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Clara Cardoso

Machado Jaborandy

Doutora em Direito pela
Universidade Federal da
Bahia. Aracaju, SE, Brasília.
claracardosomachado@
gmail.com

Matheus Macedo

Lima Porto

Graduando em Direito pela
Universidade Tiradentes e
em Relações internacionais
pela Universidade Federal
de Sergipe. Aracaju, SE,
Brasília. matheusporto@
icloud.com

Recebido: maio 29, 2017

Aceito: agosto 26, 2017

The dignity of the human person and the unconstitutional state of things in Latin American constitutionalism

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar o tratamento jurídico da dignidade da pessoa humana a partir do constitucionalismo latino americano. Num primeiro momento, verificar-se-á a essência da dignidade humana para o direito através de uma rápida evolução conceitual com base na história e na filosofia. Num segundo momento, o artigo abordará o movimento do chamado novo constitucionalismo latino-americano, a fim de verificar as possibilidades de inserção da Constituição brasileira de 1988. Por fim, far-se-á uma análise crítica da forma que a dignidade da pessoa humana vem sendo interpretada no instituto denominado Estado de Coisas Inconstitucional, especialmente nas decisões da Corte Constitucional da Colômbia e do Supremo Tribunal Federal. O desfecho da investigação pretende comprovar que há um simbolismo na decisão que adota o Estado de coisas inconstitucional em prol do respeito à dignidade humana.

Palavras-chave: constitucionalismo; América Latina; dignidade da pessoa humana.

Abstract

The present work is intended to analyse the legal treatment of the dignity of the human being from the Latin American constitutionalism. In the first instance, an essence of human dignity will be verified for the right through a rapid conceptual

evolution based on history and philosophy. In a second moment, the article approaches the movement of the new Latin American constitutionalism, objecting to verify the possibilities of insertion of the Brazilian Constitution of 1988. Finally, it will be done a critical analysis of the form that a dignity of the human person has been interpreted, especially in the decisions of Constitution Court of Colombia and the Supreme Court of Brazil. The outcome of the investigation is intended to prove that there is a symbolism in the decision that adopts the unconstitutional state of affairs in favour of respect for human dignity.

Keywords: Constitutionalism; Latin America; dignity of the human person.

1. INTRODUÇÃO

Com o fim da II Guerra Mundial e as tragédias causadas pelos regimes totalitários, a sociedade internacional, de modo geral, entendeu que não deveria deixar a tutela dos direitos fundamentais exclusivamente a cargo dos Estados soberanos. É a partir desse momento que nasce o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Pressupõe esse movimento que é dever dos entes estatais garantir aos seus tutelados direitos e liberdades fundamentais que lhe são inerentes. Assim, diante do descumprimento de sua obrigação, estariam eles sujeitos à responsabilização internacional.

Apesar de se observar como marcos fundamentais e de maior proporcionalidade na contemporaneidade os eventos citados, é amplamente conhecido que a dignidade humana já era um valor consagrado tanto nas sociedades quanto nas cartas políticas – ainda que entendida de distintos modos – antes dos desastres mundiais do pós-Guerra. Muitos são os autores que atribuem o “valor intrínseco da pessoa humana” ao pensamento clássico (tanto filosófico quanto político) e ao pensamento cristão, por exemplo. No intuito de sistematizar essa construção do conceito de dignidade humana far-se-á uma análise em seguida.

No Brasil, a afirmação da dignidade da pessoa humana é consagrada na Constituição Federal de 1988, que preceitua em seu art. 1º que esse é um dos fundamentos que regem essa República Federativa. Tal fenômeno é inédito no constitucionalismo pátrio haja vista que nenhuma das Constituições anteriores colocaram a dignidade entre seus princípios fundamentais já no primeiro artigo da Lei Fundamental. O artigo 5º em seus diversos incisos revelam o querer

do constituinte em assegurar direitos e garantias fundamentais aos brasileiros e aos estrangeiros.

Assim como no estado brasileiro, diversos são os países da América Latina que assumem compromissos em suas constituições com os direitos humanos de modo geral e com a dignidade humana em particular. Esse é um dos fundamentos do chamado constitucionalismo latino-americano, que tem em suas constituições um caráter axiológico vasto, visando privilegiar vida digna à pessoa humana como objetivo fundamental do Estado.

Assim, pode-se enfatizar a Constituição brasileira de 1988 como a pioneira das Constituições da América Latina em instituir um Estado Social democrático de Direito (ainda que não formalmente), marcado fundamentalmente pelo objetivo de garantir ao indivíduo uma vida em sociedade mais justa, digna e fraterna. Semelhante à experiência brasileira tem-se a Constituição da Colômbia de 1991 que não só preceitua a dignidade humana como valor fundamental, mas também institui verbalmente o Estado Social de Direito em seu art. 1º.

Com base nessas premissas, esse trabalho examinará especificamente a relação entre dignidade da pessoa humana com o intuito de verificar o tratamento da dignidade da pessoa humana na jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia e do Supremo Tribunal Federal, especificamente diante do instituto jurídico do Estado de Coisas Inconstitucional.

2. A CONSTRUÇÃO HISTÓRICO-FILOSÓFICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Muito tem se falado da dignidade da pessoa humana no discurso jurídico nacional e internacional. Em alguns casos, pode-se até dizer que a reprodução de tal conceito tem sido feita de forma banalizada, assim, comprometendo até mesmo sua preciosa significância para interpretação e formação do direito.

No entanto, a dignidade não é um conceito contemporâneo. Aliás, pode-se afirmar que é um dos conceitos mais antigos do direito e que tem passado por diversas transformações com o passar dos anos. A compreensão que se tem hoje conduz a uma convergência de concepções consagradas na cultura ocidental através dos tempos e que vão, de modo geral, atribuir ao homem valores inerentes a sua condição.

Mas nem sempre foi assim. Nos tempos da Roma Antiga e da Antiguidade Clássica, por exemplo, o sentido de dignidade esteve associado a um status próprio daqueles que exerciam papéis considerados superiores na sociedade, havendo a possibilidade de se considerar algumas pessoas mais dignas que outras. Nesse sentido, percebe-se que o conceito romano de *dignitas hominis* estava intrinsecamente relacionado a uma concepção de sociedade hierarquizada.¹

O conceito, tal como vem sendo acolhido atualmente por diversos documentos, tratados internacionais, constituições, dentre outros, encontra fundamento na tríade da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. Em verdade, seu desenvolvimento é bem anterior ao acontecimento político, mas esse tem grande significado pois é a partir dele que se encontram as bases de formação de uma sociedade democrática, que constitui um dos pressupostos para efetivar direitos fundamentais.

Pode-se elencar, pelo menos, três momentos marcantes para a construção do conceito de dignidade. São eles: a tradição judaico-cristã, o Iluminismo e o pós II Guerra Mundial.² No aspecto da tradição cristã, pode-se considerar a sacralidade do corpo a partir da compreensão de que ele seria templo do Espírito. Ingo Wolfgang Sarlet³ aduz importância para as contribuições da obra de Boécio e de Tomás de Aquino no pensamento medieval. O primeiro⁴ caracterizou a ideia de pessoa como substância individual de natureza racional. O segundo⁵ atribui o fundamento da dignidade ao fato de que o ser humano foi constituído em semelhança à imagem de Deus e na capacidade de autodeterminação inerente à sua natureza.

Convém considerar ainda a obra de outros dois pensadores como fundamentais para o desenvolvimento da dignidade humana: Marco Antônio Cícero e Giovanni Pico Della Mirandola. Ao primeiro, inclusive, é que se atribui o uso da expressão dignidade que, no seu entender, seria composta de duas asserções: o sentido moral (virtudes pessoais e por já estar na mais alta hierarquia da natureza por ser um ser racional) e o sociopolítico (o homem pode mudar de posição na

¹ BARROSO, 2012, p. 13-14.

² BARROSO, 2012, p. 15.

³ SARLET, 2011, p. 37.

⁴ ÁVILA, 2014, p.71.

⁵ AQUINO, 2001, p. 327.

sociedade na qual está inserido).⁶ Já em relação ao segundo, encontra-se o manifesto fundador do humanismo renascentista na obra *Discurso Sobre a Dignidade do Homem* em que é afirmada a importância da busca pelo conhecimento como fator importante para autodeterminação, que articuladas com a ética e metafísica constituem a substância de seu entender de dignidade.⁷ No entanto, apesar de tentar afastar-se dum sacralismo, seu conceito de dignidade humana ainda está associada a uma ideia do divino.⁸

É na evolução do pensamento jusnaturalista que a dignidade da pessoa humana ganha um aspecto mais racional e laico, fundamentando-se na igualdade dos homens de forma livre. No entender de Ingo Sarlet⁹, Samuel Pufendorf, por exemplo, credita à dignidade a base que sustenta a liberdade e a igualdade entre os homens. Ela se constituiria na liberdade moral: respeitar a liberdade de opção que o ser humano tem e que faz através do seu entendimento e razão. Mas é verdadeiramente com o processo de secularização, principalmente em Immanuel Kant, que a dignidade se consagra de maneira mais semelhante à compreensão contemporânea.

Kant¹⁰ imerge-se da ideia de que as pessoas são seres racionais e que sua existência depende da natureza. Como essa já os condicionou à qualidade de fins em si mesmos, esses não podem ser empregados como meios para satisfação de outrem, devendo-se, assim, garantir o respeito à pessoa humana. Em sua *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, por exemplo, atribui a autonomia da vontade a capacidade de determinação como inerente aos seres racionais.¹¹

Segundo Kurt Seelman¹², para o sistema ético kantiano, a dignidade mais do que um conceito em si, constitui-se num dever de respeito. Esse respeitar estaria no liame entre um dever jurídico e um dever de virtude. No primeiro sentido, assemelha-se a uma conduta negativa: a ninguém lesar seus direitos.¹³ No segundo, vincula-se a uma conduta positiva: a assistência positiva do imperativo de amor ao próximo.

⁶ SARLET, 2011, p. 35-36.

⁷ MIRANDOLA, 2008.

⁸ MACHADO, 2017, p. 69.

⁹ SARLET, 2011, p. 38-39.

¹⁰ KANT, 2004, p. 65.

¹¹ SARLET, 2011, p. 40-41.

¹² SEELMAN, 2009, p. 106-107.

¹³ Remete-nos a célebre frase atribuída a Ulpiano: “Tais são os preceitos do Direito: viver honestamente, não ofender ninguém, dar a cada um o que lhe pertence”.

A necessidade de se colocar formalmente em textos jurídicos nacionais e internacionais o respeito pelos direitos humanos e, particularmente, a dignidade da pessoa humana vieram com o intuito de não permitir que o Direito e a lei fossem usados como instrumentos de legitimação da barbárie, tal como ocorreu no nazismo, por exemplo.

Como se afirmou, o respeito tem uma singularidade no pensamento kantiano. Béatrice Maurer¹⁴ disserta a respeito de duas dimensões: o direito de que o indivíduo tenha sua dignidade respeitada e o dever de respeitar a sua e a de outrem. Para Kant, a dignidade é um pressuposto da própria igualdade, de modo que não havendo uma, a outra também não existirá. Assim, é por ser o homem dotado de dignidade que todos são iguais. Não é possível hierarquizá-la, pois o fazendo, destituiríamos o princípio da igualdade dos seres humanos. Nesse sentido, a dignidade é absoluta.

Diante do desenvolvido até o momento é preciso enfatizar a respeito da dignidade compreendida no pós Segunda Guerra Mundial. Com as truculências que os regimes totalitários causaram no mundo, o discurso da democracia, da paz e dos direitos humanos ganharam notório destaque na agenda internacional em geral e no discurso jurídico em particular. Luís Roberto Barroso¹⁵ atribui dois fatores a essa conjuntura jurídica: a referência textual à dignidade em tratados, declarações e constituições e a emergência do pós-positivismo.

De certa forma, entende-se esses fatores como correlacionados. A necessidade de se colocar formalmente em textos jurídicos nacionais e internacionais o respeito pelos direitos humanos e, particularmente, a dignidade da pessoa humana vieram com o intuito de não permitir que o Direito e a lei fossem usados como instrumentos de legitimação da barbárie, tal como ocorreu no nazismo, por exemplo. O pós-positivismo também é um reflexo dessa preocupação. Isto é, que a lei não cegue o operador do direito: não no sentido de descumpri-la, mas de extrair dela o conteúdo que garanta de forma mais ampla a dignidade humana.

Nesse sentido, o conceito de banalidade do mal de Hannah Arendt reflete bem a necessidade da consagração desses valores formal e materialmente nos documentos jurídicos. A pensadora judia, ao conhecer o nazista Eichmann em seu julgamento em Jerusalém, mudou a concepção que tinha desenvolvido do nazismo em seu *Origens do Totalitarismo*. Antes, ela usara as palavras de “mal absoluto” no sentido de que esse acontecimento mostrou a natureza mais radical do mal. Depois, a classificação do mal banal, no sentido de que

¹⁴ MAURER, 2009, p. 136-137.

¹⁵ BARROSO, 2012, p. 18-19.

Eichmann cumpria apenas ordens de um Estado soberano para garantia de seu emprego; nesse sentido, a sua própria capacidade de pensar estava destituída. E tudo isso estava legitimado por uma lei e uma interpretação técnica do Direito.¹⁶

3. O MOVIMENTO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Ubi societas, ibi ius. Para os juristas, não há que se pensar em Estados sem constituições, ainda que essas sejam entendidas de modos distintos. Assim, por exemplo, os estados totalitários e os absolutistas, de modo expresso ou não, teriam um conjunto de valores ideológicos que dariam ensejo ao regime do soberano. A tarefa de nomear esses valores na Constituição é própria do constitucionalismo que, de modo geral, deve o fazer com fins de preservar os direitos e liberdades individuais da pessoa humana.¹⁷

Observando a história do Direito Constitucional, pode-se dividir em quatro momentos paradigmáticos do poder constituinte para o movimento do constitucionalismo. O primeiro, foi o surgimento do constitucionalismo liberal durante as revoluções burguesas (séc. XVIII). O segundo, marcado pela evolução da visão conservadora à visão revolucionária ao positivismo e os conceitos de estado de direito. O terceiro, o constitucionalismo democrático, fruto da resistência as ameaças políticas, sociais e econômicas do estado liberal-conservador. Por fim, o quarto momento diz respeito ao constitucionalismo social que objetivava garantir direitos sociais por meio de políticas de bem-estar social e que, no entanto, não consolidou todas suas ambições.¹⁸

Como observou-se, o surgimento do movimento do Constitucionalismo de origem europeia passou por diversas fases, cada uma com um objetivo. Na América Latina, percebe-se que durante anos houve reproduções dos mesmos padrões concebidos pelo Mundo Antigo. No entanto, a partir do fim da década de 1980 e, de maneira mais marcante na década de 1990, surge o que se chama de novo constitucionalismo latino-americano.

¹⁶ OLIVEIRA, 2012, p. 93-101.

¹⁷ BOBBIO, 2000, p. 247.

¹⁸ PASTOR; DALMAU, 2011, p. 309.

O movimento de afirmação de um novo constitucionalismo na América Latina nasce à margem das suas academias jurídicas. É, verdadeiramente, produto de reivindicações populares e de movimentos sociais, nesse sentido, apresenta algumas carências de coesão para proposição de um modelo constitucional – diga-se antecipadamente, em fase de construção teórica.

O movimento de afirmação de um novo constitucionalismo na América Latina nasce à margem das suas academias jurídicas. É, verdadeiramente, produto de reivindicações populares e de movimentos sociais, nesse sentido, apresenta algumas carências de coesão para proposição de um modelo constitucional – diga-se antecipadamente, em fase de construção teórica. No entanto, apesar de reconhecer que não há uma panaceia capaz de resolver todas questões das nações latino-americanas, apresenta características para podermos afirmar a existência dum constitucionalismo comum.¹⁹

O novo movimento tem um caráter radical do constitucionalismo democrático: credita-se à Constituição como fonte de avanço e emancipação dos povos a fim de prosseguir no estabelecimento da justiça social, igualdade e bem-estar. Nesse sentido, isso somente pode ocorrer diante de um poder constituinte democrático e que foi verdadeiramente legitimado.²⁰ Nesse sentido, são elucidativas as ideias de Pastor e Dalmau²¹:

[...] a assembleia constituinte colombiana representou um antes e um depois nas formas constituintes latino-americanas. A partir do início do processo constituinte ativado democraticamente pelo povo, até a sentença da Corte Suprema que declarava o caráter originário da assembleia constituinte, passando pelas particularidades do processo e, certamente, seu resultado, começou na Colômbia uma revolução constitucional que resgatou os princípios de soberania popular e reivindicou a doutrina clássica do poder constituinte e que, como já se afirmou, foi continuada pelos processos constituintes latino-americanos posteriores.

Assim, segundo o entendimento desses autores, a Constituição do Brasil de 1988 estaria excluída do movimento por uma razão: sua Assembleia Constituinte não atende aos preceitos da soberania popular, isto é, nossos constituintes não foram escolhidos pelo povo. Foram constituintes aqueles que já estavam constituídos, por força da dicção do art. 1º da Emenda Constitucional n. 26, de 17 de novembro de 1985, contrariando, assim, a tradicional teoria do poder constituinte em que esse deve ser escolhido através da soberania do povo.

¹⁹ PASTOR; DALMAU, 2011, p. 312.

²⁰ PASTOR; DALMAU, 2011, p. 313.

²¹ PASTOR; DALMAU, 2013, p. 51.

Em sentido distinto, além da já citada Constituição Colombiana de 1991, Wolkmer²² entende que a Constituição Brasileira de 1988 faz parte do rol dos textos magnos precursores do novo constitucionalismo sul-americano. Se não dissermos que a Constituição Cidadã, na expressão do presidente da Assembleia Constituinte, Ulysses Guimarães, faça parte do movimento, minimamente podemos dizer que ela é um paradigma das Cartas políticas pluralistas no âmbito da América Latina. Não obstante não preencha todas as características do também chamado constitucionalismo “andino”, traz consagradas características que nos permitem relacionar de forma muito particular ao movimento.

Uma das características é a ampliação do rol de direitos fundamentais e a possibilidade de ingresso dos direitos humanos na ordem jurídica interna via tratados internacionais. Nesse sentido, leciona Flávia Piovesan²³:

[...] a sistemática constitucional introduzida pela Carta brasileira de 1988 se situa num contexto que inúmeras Constituições latino-americanas buscam dispensar aos preceitos constantes dos tratados internacionais de direitos humanos uma natureza jurídica privilegiada.

É observável tal fenômeno nas leis fundamentais da América do Sul, notadamente após o exemplo do magno texto brasileiro, que consagrou no §2º do art. 5º a cláusula extensiva de direitos fundamentais a ser aplicada no direito pátrio, originariamente. Na Venezuela, a carta política de 1999 em seu art. 23 dá aos tratados internacionais de direitos humanos hierarquia constitucional, prevalecendo na ordem interna se essas forem mais benéficas dos que as estabelecidas na Constituição. A Lei Maior do Peru de 1993, assegura que os direitos constitucionais devem ser interpretados conforme a Declaração Universal de Direitos Humanos e tratados de direitos humanos ratificados. No mesmo sentido também fazem as Constituições da Colômbia de 1991 e da Bolívia de 2009, ao designar hierarquia especial, havendo preponderância diante do direito interno das normas de direitos humanos. A Constituição do Equador de 2008, reconhece que a interpretação das normas constitucionais deve ser feita tendo em vista “pro ser humano”.²⁴

²² WOLKMER, 2013, p. 30.

²³ PIOVESAN, 2015, p. 152.

²⁴ PIOVESAN, 2015, p. 152-155.

Outra característica fundamental do novo constitucionalismo consiste na necessidade de consolidar uma democracia participativa garantindo-se soberania popular, como já foi dito. Nesse sentido, é lapidar o conteúdo do art. 1º da Constituição Colombiana de 1991 que preza por uma democracia participativa e plural, prevalecendo os valores da dignidade da pessoa humana, do trabalho e da solidariedade.²⁵ No texto magno brasileiro em vigor também se pode encontrar diversos modos de efetivar uma participação política da sociedade muito embora nosso constituinte não tenha instituído formalmente em nossa carta política a modalidade participativa. Exemplificando, podemos observar o art. 14 que dispõe algumas maneiras de se exercer a soberania popular, a saber, através do plebiscito, referendo e iniciativa popular.

No mesmo sentido, a carta venezuelana de 1999 dispõe que aquele Estado seja Democrático e Social de Direito e Justiça. Interessante o feito dessa Lei Fundamental que institui além da clássica fórmula de Montesquieu da tripartição dos poderes, o chamado Poder Cidadão e Eleitoral que é autônomo e tem, de modo geral, a função de zelar pelo bom uso do erário, prevenindo e punindo atos de improbidade.²⁶ O Equador segue na mesma linha estabelecendo-se como um Estado plurinacional, reconhecendo, assim, a diversidade de povos que formam sua sociedade, como os indígenas.²⁷ Esse mesmo compromisso também é selado pela Lei Fundamental na Bolívia que chega até mesmo a consagrar maior preocupação em garantir a efetiva-

²⁵ Art. 1º: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

²⁶ Art. 273. “ El Poder Ciudadano se ejerce por el Consejo Moral Republicano integrado por el Defensor o Defensora del Pueblo, el Fiscal o la Fiscal General y el Contralor o Contralora General de la República. Los órganos del Poder Ciudadano son la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República, uno o una de cuyos o cuyas titulares será designado o designada por el Consejo Moral Republicano como su Presidente o Presidenta por períodos de un año, pudiendo ser reelegido o reelegida. El Poder Ciudadano es independiente y sus órganos gozan de autonomía funcional, financiera y administrativa. A tal efecto, dentro del presupuesto general del Estado se le asignará una partida anual variable. Su organización y funcionamiento se establecerá en ley orgánica. ”

Art. 274: “ Los órganos que ejercen el Poder Ciudadano tienen a su cargo, de conformidad con esta Constitución y con la ley, prevenir, investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa; velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público, el cumplimiento y la aplicación del principio de la legalidad en toda la actividad administrativa del Estado, e igualmente, promover la educación como proceso creador de la ciudadanía, así como la solidaridad, la libertad, la democracia, la responsabilidad social y el trabajo ”

²⁷ OLIVEIRA; GOMES, 2011, p. 337-338.

ção de direitos fundamentais também aos povos indígenas, fruto de seu Estado Social de Direito²⁸

Diante dos avanços em direitos fundamentais e do tão almejado pluralismo, as Constituições dessas nações assumem um caráter normativo superior nesses ordenamentos, privilegiando o controle concentrado de constitucionalidade com suas ações diretas, fundamentais para consolidação da democracia²⁹ Flávia de Ávila³⁰ entende que tal fenômeno constitucional nos países latino-americanos, que passaram por um momento de redemocratização de seus governos após períodos de autoritarismo, corroboram para formação de novo conceito de unidade nacional e incremento à participação popular.

Nesse sentido, diante do controle concentrado de constitucionalidade, são criados Tribunais Constitucionais com traços que privilegiam cada vez mais a participação cidadã. Na Colômbia, os juízes têm um mandato e não podem se reeleger. Na Venezuela, também há mandato limitado e qualquer cidadão venezuelano pode se opor a sua candidatura ao Tribunal Supremo, reclamando no *Comité de Postulaciones Judiciales a Asamblea Nacional*. No Equador, os juízes têm o mandato de 9 anos estando impossibilitados de mandato imediatamente sucessivo. Já na Bolívia, o Tribunal Plurinacional tem seus juízes escolhidos mediante sufrágio universal, acolhendo-se também os indígenas como parte da composição da Corte Excelsa³¹

Assim, pode-se delinear alguns pontos comuns as Constituições da América Latina observando-se seus textos normativos, principalmente a partir do fim da década de 1980. São esses: o aumento do rol de direitos fundamentais e a inserção dos direitos humanos por meio dos tratados internacionais, a responsabilidade do Estado e a necessidade de efetivação dos Direitos sociais, os pluralismos (social, cultural, político, jurídico), a necessidade de garantir uma democracia participativa com a criação de instrumentos para tanto.

²⁸ Art. 1º: “Bolívia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolívia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país. ”

²⁹ PASTOR; DALMAU, 2011, p. 327.

³⁰ ÁVILA, 2014, p. 284-285.

³¹ OLIVEIRA; GOMES, 2011, p. 343-344.

Ao se observar a categoria de direitos fundamentais elegidas pelas Constituições democráticas a partir de 1988, percebe-se a preocupação com o respeito à dignidade da pessoa humana. Na América Latina, de modo particular, observa-se que tal direito nem sempre esteve vinculado a um objetivo fundamental do Estado e, para que ele fosse conquistado, necessitou-se que diversas lutas sociais acontecessem. Ao observar as decisões que dizem respeito ao instituto jurídico do Estado de coisas inconstitucional, percebe-se que esse é o direito fundamental argumentado exaustivamente nas sentenças. Nesse aspecto, é elucidativo o seguinte teor oriundo da decisão T-388/2013 a respeito do sistema carcerário:

Desde 1992, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la dignidad humana es un concepto fundante del estado social y democrático de derecho, cuyo “[...] respeto [...] debe inspirar todas las actuaciones del Estado”.^[281] Todos los funcionarios públicos tienen la obligación de tratar a toda persona “[...] sin distinción alguna, de conformidad con su valor intrínseco [...], la integridad del ser humano constituye razón de ser, principio y fin último de la organización estatal.”^[282] La información sometida a consideración de esta Sala, evidencia que el Sistema penitenciario y carcelario no puede asegurar el respeto, la protección y la garantía del goce efectivo del derecho a la dignidad humana de una parte considerable de las personas privadas de la libertad. Sin duda, se trata de un problema grave en un estado social y democrático de derecho, que requiere ser solucionado con urgencia.³²

Na mesma toada de tal sentença, em 2015, a Corte constitucional se posicionou novamente a respeito da dignidade associando tal conceito a um pluralismo observador de diferenças culturais. Na sentença T-208/15, reafirmou-se os compromissos constitucionais no que diz respeito à pluralidade social existente na sociedade colombiana e da necessidade do direito em garantir o convívio fraterno entre os diversos grupos. A mencionada decisão remete ao Estado de coisas inconstitucional referente ao cárcere e trata da violação de diversos direitos fundamentais dos indígenas nele. Dentre os pontos relevantes, necessário dizer que a legislação da Colômbia assegura foro especial na justiça indígena para julgamento e cumprimento de decisões.

³² Sentencia T-388/2013.

Apesar disso, é de se ressaltar que não se atribui a jurisdição indígena poderes ilimitados. Nesse sentido, a corte afirma que há

[...] la necesidad de armonizar el amplio margen de autonomía que tienen las autoridades para imponer y ejecutar las penas de conformidad con su cultura, con la finalidad de garantizar que se cumpla la función resocializadora de la pena. La armonización concreta impide que se sacrifiquen innecesariamente la autonomía de las autoridades indígenas o el deber resocializador del Estado. Así, si bien las autoridades indígenas gozan de un amplio margen de discrecionalidad en la imposición de las penas, y en la manera como deciden que dichas penas se ejecuten, tienen el deber de proveer los medios necesarios para permitirles la resocialización a los indígenas que cumplan penas en el sistema carcelario ordinario.³³

Diante do desenvolvido aqui, pode-se dizer que o novo constitucionalismo latino-americano objetiva implementar uma democracia mais cidadã, participativa e plural, por meio da efetivação que J. J. Gomes Canotilho nomeia de liberdade igual, isto é, a possibilidade igual de ter acesso efetivo a bens, no âmbito da justiça social.

Assim, é notável que, mesmo diante da necessidade de respeitar a pluralidade cultural oriunda da diversidade dos seus povos, o respeito à dignidade da pessoa humana é elegido como valor fundamental para decidir. Desse modo, no presente caso, percebe-se que a finalidade do Estado social de direito é a integração dos povos, em sua diversidade, mas respeitando-se suas diferenças a fim de se atingir a ressocialização social.

Diante do desenvolvido aqui, pode-se dizer que o novo constitucionalismo latino-americano objetiva implementar uma democracia mais cidadã, participativa e plural, por meio da efetivação que J. J. Gomes Canotilho nomeia de liberdade igual, isto é, a possibilidade igual de ter acesso efetivo a bens, no âmbito da justiça social.³⁴ Para isso, necessário dizer que devem estar em harmonia os pluralismos e o respeito cultural as diversidades dos povos (na medida em que e como forma de aprofundar a garantia de Direitos Humanos) como fundamento maior da República – a soberania popular.

4. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E DIGNIDADE HUMANA NA JURISPRUDÊNCIA LATINO-AMERICANA

Nas duas primeiras partes deste trabalho discorreu-se a respeito do conceito de dignidade humana e do movimento constitucional latino-americano. Observa-se que, de modo geral, os países sul-americanos têm eleito em seus textos magnos uma verdadeira defesa da dignida-

³³ Sentencia T-208/2015.

³⁴ MELO, 2013, p. 72.

de da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos como fundamentos e anseios a serem conquistados por suas nações. Nesse momento, verificaremos como o Brasil e a Colômbia têm usado da dignidade da pessoa humana, valores fundamentais elegidos no art. 1º de ambas as constituições através do conceito do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) criado pela Corte colombiana e recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal através de medida cautelar na ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 347, refletindo a respeito da situação do sistema carcerário no país.

Em primeiro lugar, faz-se necessário esclarecer o que seria o Estado de Coisas Inconstitucional. Tal instituto consiste numa espécie de reconhecimento feito pelas cortes supremas declarando a existência de violação significativa de direitos fundamentais devido a inércia do Estado em agir e, com base nisso, incumbir aos responsáveis a tomar diligências que norteiem a transformação da situação de inconstitucionalidade. Além disso, atribui-se a esses casos um caráter estrutural por afetarem um número amplo de pessoas que tiveram seus direitos violados que, se fossem buscar o poder judiciário individualmente, causariam um congestionamento na Justiça.³⁵

O ECI origina-se das decisões SU-559 de 1997 e T-068, oriundas da Corte Constitucional colombiana e verdadeiramente se consolida com a decisão T-153/98. Sua origem está atrelada a um modo encontrado pela Corte da Colômbia, dentro do controle de constitucionalidade, com o intuito de decidir casos de grande repercussão social de modo mais efetivo, atribuindo aos responsáveis por violações e atos contrários à Constituição a responsabilidade e determinando que as medidas cabíveis pudessem ser tomadas cooperativamente a fim de sanar os problemas.

Segundo o ensinamento de Rodríguez Garavito, as condições necessárias para se atribuir um Estado de Coisas Inconstitucional podem ser divididas em duas: as de processo e as de resultado. A primeira, diz respeito à necessidade de haver falhas estruturais nas políticas públicas do país. Já na segunda, é preciso que haja uma violação massiva e sistematizada de direitos fundamentais de um número indeterminado de pessoas.³⁶ Nesse sentido, a decisão T-025 de 2004 proferida pela corte colombiana é paradigmática ao demonstrar os

³⁵ SANTOS et al, 2015, p. 2599.

³⁶ LYONS et al, 2016, p. 72.

requisitos que aquele tribunal considerou para o reconhecimento da situação de descompasso com os preceitos constitucionais que estavam sendo enfrentados (naquele caso, devido à violação de direitos da população que vive uma situação de deslocamentos forçados). Dentre as razões, destaque-se: a violação de direitos fundamentais, prolongada omissão das autoridades públicas em cumprir suas obrigações, omissão legislativa inconstitucional e a existência de um problema que demanda solução cooperativa de várias entidades.³⁷

Assim, observa-se que o ECI não é um problema do direito, mas uma ferramenta que objetiva direcionar a produção de políticas públicas que visem dar soluções enérgicas, imediatas às violações estruturais de direitos humanos.³⁸ Não obstante verifique-se o objetivo das medidas adotadas no instituto, é necessário que os responsáveis envolvidos nas violações reconheçam a legitimidade de tal instrumento sob o risco de não se alcançar a efetividade daquilo que as medidas determinadas pelos tribunais objetivam.

Observando-se a jurisprudência da Corte Colombiana, percebe-se que essa tem sido uma alternativa que visa efetivar direitos fundamentais, notadamente os de 1ª e 2ª geração. Nos de primeira, os civis e políticos, o instrumento já foi utilizado diante da necessidade de proteção da vida de defensores de direitos humanos e a tutela do direito à igualdade de aspirantes à carreira notarial. Já em relação aos de segunda geração, os econômicos, sociais e culturais, para declarar a proteção dos direitos dos pensionistas, a situação da população carcerária e a decisão em relação à população deslocada devido aos vários conflitos no interior do país.³⁹

No entanto, o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional não se restringe apenas à Corte Colombiana. No Brasil, o Supremo Tribunal

³⁷ Sentencia T-025/2004. “ Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial. ”

³⁸ BUSTAMANTE, 2011, p. 9-10.

³⁹ Idem, p. 12-13.

Federal adotou essa tese diante do julgamento da ação de descumprimento de preceito fundamental 347. Diante da grave violação de direitos humanos, a dignidade da pessoa humana é referenciada em *prima face* em quase todas as decisões em que os tribunais decidem aplicar o instituto do ECI. Assim, por exemplo, no teor da sentença T-153 de 1998 o posicionamento foi o de que as graves violações de direitos fundamentais decorriam do encarceramento e da adoção de políticas criminais falhas que impossibilitavam uma vida digna dentro do cárcere e, por isso, uma atuação mais ativa do tribunal era necessária.

Em 2013, a corte colombiana manifestou-se novamente por um conjunto fático completamente contrário à Constituição no tocante ao estado do sistema carcerário. No entanto, a mesma corte esclareceu que tal estado de coisas era distinto daquele que foi proclamado no ano de 1998.⁴⁰ Foi relatado que, devido à implementação de diversas medidas determinadas pela corte, a situação se afastaria daquela de caos do fim do século XX. No entanto, ainda assim, o descompasso com a ordem constitucional constatou-se.⁴¹ E, novamente, em 2015, a mesma corte

⁴⁰ A respeito dos direitos violados dos encarcerados, na Sentencia T-153-98: “*En efecto, tanto el derecho a la dignidad como el de no recibir tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se ven quebrantados por el hacinamiento y las malas condiciones de la estructura física y de servicios públicos que se encuentra en los centros de reclusión ; los derechos a la vida y la integridad física son vulnerados o amenazados de manera inminente por el mismo hacinamiento, por la mixtura de todas las categorías de reclusos y por la carencia de los efectivos de guardia requeridos ; el derecho a la familia es quebrantado por la sobrepoblación carcelaria y las deficiencias administrativas, condiciones éstas que implican que los visitantes de los reclusos han de soportar prolongadas esperas, bajo las inclemencias del clima, para poder ingresar al centro, y que dificultan en grado extremo las visitas conyugales y familiares ; el derecho a la salud se conculca dadas las carencias infraestructurales de las áreas sanitarias, la congestión carcelaria, la deficiencia de los servicios de agua y alcantarillado y la escasez de guardia para cumplir con las remisiones a los centros hospitalarios ; los derechos al trabajo y a la educación son violados, como quiera que un altísimo porcentaje de los reclusos no obtiene oportunidades de trabajo o de educación y que el acceso a éstos derechos está condicionado por la extorsión y la corrupción ; el derecho a la presunción de inocencia se quebranta en la medida en que se mezcla a los sindicados con los condenados y en que no se establecen condiciones especiales, más benévolas, para la reclusión de los primeros, etc.*”

⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-388-13 “*En síntesis, el Sistema penitenciario y carcelario se encuentra nuevamente en un estado de cosas inconstitucional. Se trata de una situación que si bien no es idéntica a la vivida en 1998, en especial por el rol y las actuaciones estatales frente al problema, se ha desarrollado poco a poco, con una clara tendencia a agravarse. Es un estado de cosas que compromete, principalmente, la dignidad humana, reconocida por igual a toda persona, tal como lo ha resaltado la jurisprudencia constitucional vigente. Las personas privadas de la libertad están en una relación de sujeción que faculta a las autoridades penitenciarias y carcelarias a restringir ciertos derechos, de forma razonable y ponderada. Pero a la vez, la condición de reclusión bajo la autoridad del Estado, impone en éste la carga de garantizar el goce efectivo de dimensiones básicas y mínimas de los derechos fundamentales, de forma inmediata e inaplazable, a pesar de que en ocasiones se impongan gastos. Hay ciertas condiciones de indignidad que un estado respetuoso de la Carta Internacional de Derechos no puede, bajo ninguna circunstancia justificar. Por supuesto, la ausencia de capacidad económica es uno de esos argumentos que no puede justificarse para desconocer los mínimos de respeto más básicos que merece un ser humano.*”

Assim como a Colômbia, o Brasil também vem passando por sistemáticas violações de direitos humanos fundamentais nos diversos setores de suas sociedades. No tocante à situação das penitenciárias e dos encarcerados, particularmente, observa-se que atingimos um nível limite em que a necessidade de o Estado atuar com urgência e efetividade é primordial.

reconheceu o sistema carcerário na mesma situação devido a falhas na condução e desenvolvimento de políticas criminais, falta de recursos financeiros, indistinção no encarceramento de pessoas indiciadas e condenadas e também falhas no combate ao encarceramento.⁴²

Mesmo havendo críticas à adoção desse instituto pelas cortes superiores, seu emprego encontra embasamento não só jurisprudencial, mas constitucional.⁴³ No caso colombiano, dentre as normas constitucionais que legitimam o uso do ECI pode-se elencar a outorga dada à Corte Constitucional da guarda e proteção da integridade da Constituição, a proteção do estado social e democrático de direito que obriga o poder público a responder às demandas sociais, a primazia dos direitos humanos e o cumprimento das obrigações internacionais do Estado em matéria de direitos fundamentais.⁴⁴ Já no caso brasileiro, encontra-se com similaridade na Constituição de 1988 aquilo que foi referido como normas constitucionais da Colômbia. A título de exemplificação, o artigo 1º, inciso III que elege a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, o artigo 102 que dispõe da competência do STF da guarda da Constituição, o artigo 4º, inciso II pelo qual o Brasil assume compromisso da prevalência dos direitos humanos, o artigo 5º com seu extenso e não exaurível rol de direitos e garantias fundamentais, dentre outros.

Assim como a Colômbia, o Brasil também vem passando por sistemáticas violações de direitos humanos fundamentais nos diversos setores de suas sociedades. No tocante à situação das penitenciárias e dos encarcerados, particularmente, observa-se que atingimos um nível limite em que a necessidade de o Estado atuar com urgência e efetividade é primordial. Assim, através da ADPF 347 buscou-se que o Supremo Tribunal Federal reconhecesse

[...] o “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, que alega decorrerem de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.⁴⁵

⁴² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-762-15.

⁴³ Criticando o caráter ativista da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal à respeito da adoção do Estado de Coisas Inconstitucional, conferir: STRECK, 2015.

⁴⁴ BUSTAMANTE, 2011, p. 10.

⁴⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal.

A situação evidenciada na ação no STF permite uma análise conjunta à situação dos cárceres colombianos. Não só por causa do conceito jurídico utilizado pelos tribunais, mas também pela situação vivenciada após as decisões desses. Observa-se no Brasil uma situação extremamente grave diante de uma atitude estatal ineficaz. Na Colômbia, apesar de algumas melhorias, percebemos que 20 anos após a tese do ECI a situação de superlotação das prisões e suas condições sub-humanas revelam-se preocupantes. Conforme dados do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, o número de encarcerados nas prisões supera em 55% o número de vagas existentes.⁴⁶ Assim, desde já, importa-se dizer que as decisões no tocante as questões de encarcerados, num aspecto realístico, substanciam-se dum simbolismo.

A previsão da carta magna colombiana aproxima-se em muito da brasileira no tocante à garantia de direitos fundamentais. Como já foi dito, há uma especial primazia dos direitos humanos na Colômbia, devendo os direitos constitucionais estarem de acordo com esses. No Brasil, a especial recepção no texto maior dos tratados de direitos humanos, garante-lhes hierarquia constitucional e ainda permite uma hermenêutica ampla e garantista de direitos humanos fundamentais, não adstringindo o intérprete àqueles positivados na carta magna.

No entanto, apesar de toda a preocupação constituinte em dar efetividade a tais garantias, verifica-se que os direitos consagrados na carta colombiana constituem letra morta. É amplamente aceito e conhecido no âmbito do direito criminal que a pena assume uma múltipla função: ressocializadora, preventiva e retributiva. Observa-se o descumprimento sistemático da preocupação em tornar real a ressocialização de modo que as prisões se tornam depósitos de pessoas em que o Estado tem atuado apenas em situações limite. Assim, diante de condições sub-humanas e ausência dos entes estatais, abre-se espaço para o fortalecimento de facções que verdadeiramente institucionalizam a corrupção, a extorsão e a violência nesses ambientes, predominando a lei do mais forte.

Outro motivo para necessidade de uma atuação proativa do Estado é o fato de os encarcerados constituírem um grupo de pouca voz, abandonados do debate social e marginalizados da preocupação da

⁴⁶ Colômbia: os desafios humanitários de 2016.

sociedade que, muitas vezes, apenas lembra-se deles como forma de exigir do Estado uma justiça impregnada de populismo punitivo. A democracia plural, objetivo fundamental do Constitucionalismo latino-americano, não abre espaços para tirania da maioria. Isso acontece porque o direito internacional (através do princípio da solidariedade, por exemplo) e os direitos humanos asseguram aos restritos de voz social direitos fundamentais que devem ser preservados pelo Estado.

Assim, firma-se o entendimento de que às cortes constitucionais cabe a incumbência de zelar pelas garantias fundamentais, exercendo, se necessário, um papel contra majoritário e impondo-se, desse modo, até mesmo um limite às maiorias. Nesse sentido, objetivando dar efetividade a prevalência dos direitos humanos em sua ordem constitucional, a corte colombiana enumerou diversas medidas a serem tomadas ativamente por diversos entes do Estado. Por exemplo, a comunicação do ECI aos presidentes da Câmara, da República e do Senado, da Sala Penal da Corte Suprema de Justiça, solicitar um plano do Ministério de Justiça em até três meses para reconstrução dos cárceres a fim de dar condições dignas aqueles que ali estão sob vista da *Defensoria del Pueblo*, dentre outros.

Diante dessa decisão, a Corte reafirmou o princípio da dignidade humana como pedra angular de seu sistema jurídico. Ressaltou o egrégio tribunal que, ainda que o estado democrático de direito abra exceções ao direito à liberdade, seu cerceamento deve garantir uma vida digna e o não fazer do Estado acarreta sua responsabilidade. Assim, no tocante a questão carcerária, o uso da dignidade nesse tribunal é bem ilustrado na síntese de Luís Roberto Barroso⁴⁷:

É por ter o valor intrínseco de cada pessoa como conteúdo essencial que a dignidade humana é, em primeiro lugar, um valor objetivo que não depende de qualquer evento ou experiência e que, portanto, não pode ser concedido ou perdido, mesmo diante do comportamento mais reprovável.

Entendendo a dignidade humana como valor objetivo do sistema jurídico, a questão do encarceramento também afeta o Brasil de modo particular. É notório para toda a sociedade o descumprimento e omissão sistemáticos do poder público, em seus diversos órgãos e

⁴⁷ BARROSO, 2012, p. 77.

poderes, de suas funções constitucionais, caracterizando-se assim o estado de coisas inconstitucional. No pedido da ADPF 347, melhor não seria a definição do que são as prisões brasileiras: masmorras medievais.

A violação de direitos fundamentais é quase uma regra quando se pensa em nosso sistema penitenciário e a decisão do STF, diante de tal situação, objetivou transformar tal realidade. A síntese da postura ideal a ser tomada pela corte é precisa nas palavras do ministro relator Marco Aurélio:

Em síntese, a solução das graves violações de direitos fundamentais dos presos, decorrentes da falência do sistema prisional, presentes políticas públicas ineficientes e de resultados indesejados, não consegue avançar nas arenas políticas ante a condição dos presos, de grupo social minoritário, impopular e marginalizado. Nesse cenário de bloqueios políticos insuperáveis, fracasso de representação, pontos cegos legislativos e temores de custos políticos, a intervenção do Supremo, na medida correta e suficiente, não pode sofrer qualquer objeção de natureza democrática.⁴⁸

Assim, diante da ação, o Supremo proibiu o poder executivo de fazer o contingenciamento de verbas do Fundo Penitenciário Nacional e determinou que juízes e tribunais realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, possibilitando o comparecimento do preso à autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão. Além disso, informar às autoridades do poder público para que tomem medidas cabíveis, firmando-se, assim, o entendimento de que o sistema carcerário brasileiro é de responsabilidade conjunta de diversos órgãos estatais e que a solução desses problemas somente seria efetiva diante dum pacto federativo de comprometimento com tal problemática.

Passados dois anos diante da decisão do Supremo Tribunal Federal e dezenove anos da Corte Constitucional da Colômbia, percebe-se que os efeitos de suas sentenças estão carregados de certo simbolismo. Não que o mérito pudesse ter sido distinto, afinal, o papel desses tribunais é zelar pela guarda da Constituição e dos direitos fundamentais, mas a situação permanece dotada de inefetividade.

⁴⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal.

Na Colômbia, na Sentencia T-762, em 2015, a Corte reafirmou a existência de um Estado de coisas inconstitucional e fez severas críticas à política criminal de seu país, com traços nitidamente populistas e punitivistas.⁴⁹

Observa-se que a legislação penal tem, durante anos, ganhado um caráter de endurecimento de suas penas. Essa manifestação é fruto de uma sensação de impunidade que move as massas a pressionar o Estado com o intuito de que esse atue de forma ativa a fim de promover mais bem-estar social. No entanto, essas transformações de um populismo punitivo entram em conflito com as constituições tanto no Brasil quanto na Colômbia que são eminentemente garantistas, solidárias e democráticas.

Para explicar essa inefetividade, remete-se a tese de Marcelo Neves. Ao analisar o conceito de Kindermann, Neves relata que o surgimento de leis dotadas de simbolismos assume um caráter de álibi porque é uma forma de reconquistar da sociedade a confiança no Estado. Assim, mesmo diante de sua completa inefetividade jurídica, a lei faz com que os reclames populares sejam contidos como forma de os políticos-legisladores se eximirem de sua responsabilidade ou mesmo mostrarem que o Estado é sensível à voz e as necessidades populares.⁵⁰

Observando a atual situação desses países, percebe-se que as decisões a respeito do instituto do ECI têm valor constitucional sólido, devidamente amparados na necessidade de garantir no âmbito interno a universalização de direitos fundamentais e a prevalência dos direitos humanos, compromissos esses que são afirmados em nível internacional. No entanto, tais sentenças têm alcance limitado, seja pelos limites impostos pela jurisdição constitucional, seja pela necessidade de interesse público coletivo para solução da problemática. Por fim, de modo geral, analisa-se o simbolismo da decisão como uma forma de os tribunais mostrarem seu empenho em zelar pelos valores constitucionais, em especial, a dignidade da pessoa humana e também pressionarem os órgãos estatais a cumprirem suas funções.

⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-762/2015.

⁵⁰ NEVES, 1994, p. 37.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através desse trabalho, observamos que a dignidade da pessoa humana constitui conceito que remonta a tempos antigos e que passou por diversas transformações ao longo dos tempos, solidificando-se o entendimento de que é um valor inerente ao ser humano e que não pode ser reduzido. Como marco contemporâneo, podemos atribuir o surgimento do direito internacional dos direitos humanos, o pós II Guerra Mundial e a emergência filosófica do pós-positivismo como elementos essenciais para consagração da dignidade da pessoa humana nos documentos jurídicos de todo o mundo.

No tocante ao movimento do constitucionalismo latino-americano, observamos seu caráter revolucionário, fruto da pressão de movimentos sociais e sociedade civil que anseiam por um Estado fundamentado num pluralismo político, igualdade, bem-estar e justiça social. Percebeu-se que a ampliação do rol de direitos e garantias fundamentais e a especial incorporação de tratados de direitos humanos em sua ordem jurídica interna é um dos pontos e grande relevância na caracterização desse constitucionalismo comum.

Por fim, observou-se que, apesar de Estados como o Brasil e a Colômbia elegerem em seus textos magnos especial respeito e primazia à dignidade da pessoa humana e desenvolverem em sua jurisprudência entendimento firme de respeito aos direitos fundamentais, na prática, o que predomina é o simbolismo de suas decisões. No caso da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário, muitos anos se passaram e a situação não foi solucionada pelo poder público da Colômbia. Aliás, em alguma medida, pode-se dizer que o caminho de agravamento da violação de direitos fundamentais é ascendente. Nesse sentido, percebe-se que, nesse caso, o constitucionalismo latino-americano tem tido atuação insuficiente em garantir a dignidade humana e direitos fundamentais.

Decerto, ainda há muito o que pesquisar e desenvolver nessa temática, mas já é possível perceber a importância do estudo crítico do constitucionalismo latino americano e das decisões das Supremas Cortes para a concretização da dignidade da pessoa humana.

[...] apesar de Estados como o Brasil e a Colômbia elegerem em seus textos magnos especial respeito e primazia à dignidade da pessoa humana e desenvolverem em sua jurisprudência entendimento firme de respeito aos direitos fundamentais, na prática, o que predomina é o simbolismo de suas decisões.

REFERENCES

- AQUINO, Tomás de. *Suma de teologia*. Tradução José Martorell Capó.
4 ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2001.
- ÁVILA, Flávia de. *Direito e direitos humanos: abordagem histórico-filosófica e conceitual*. Curitiba: Appris, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BOLÍVIA. *Nueva Constitución Política Del Estado*(2009). Disponível em: <<http://bolivia.justia.com/nacionales/nueva-constitucion-politica-del-estado/>>. Acesso em: 16 de maio de 2017.
- BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>
- BRASIL. *Emenda Constitucional nº 26*. 27 de novembro de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2017.
- BUSTAMANTE, Gabriel. *Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas*. 108f. Dissertação em Estudos Políticos. Faculdade de Ciência Política e Relações Internacionais. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- COLOMBIA. *Constitución Política de Colômbia* (1991). Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>>. Acesso em: 27 de maio de 2017.
- COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *Colômbia: Os desafios humanitários de 2016*. Disponível em: <<https://www.icrc.org/pt/colombia-os-desafios-humanitarios-de-2016#detenidos>>. Acesso em: 28 de abril de 2017.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-025/2004*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 18 de agosto de 2017.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-153/98*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 14 de maio de 2017.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-208/15*. Disponível em: < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-208-15.htm>>. Acesso em: 20 de agosto de 2017.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-388/13*. Disponível em: < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>>. Acesso em: 20 de agosto de 2017.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-762/2015*. Disponível em: < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>>. Acesso em: 16 de maio de 2017.

ECUADOR. *Constitución de la Republica del Ecuador* (2008). Disponível em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em: 27 de maio de 2017.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LYONS, Josefina Quintero; MONTERROZA, Angélica Matilde Navarro; MEZA, Malka Irina. La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, v. 3, n.1, 2011, p. 69-80,.

MACHADO, Clara. *O princípio jurídico da fraternidade: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana...ou pequena fuga incompleta de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 119-143, 2009. 2ª ed.

MELO, Milena Petters. As recentes evoluções do constitucionalismo na América Latina: neoconstitucionalismo? In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 59-87.

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Edição bilingüe, Lisboa: Edições 70. LDA, 2008.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

OLIVEIRA, Fábio Côrrea Souza de; GOMES, Camila Beatriz Sardo. O Novo Constitucionalismo Latino-americano. In: CARVALHO, Flávia Martins de; VIEIRA, José Ribas. *Desafios da Constituição: Democracia e Estado no Século XXI*. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 2011. p. 337-338.

OLIVEIRA, Luciano. *10 lições sobre Hannah Arendt*. Petrópolis: Vozes, 2012.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Gaceta constitucional*, v. 48, p. 307-328, 2011.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. O processo constituinte venezuelano como marco do novo constitucionalismo latino-americano. In: WOLKER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 43-57.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. Consultor Jurídico: Senso Incomum, v. 24, 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo#_ftnref3>. Acesso em 19 de agosto de 2017.

VENEZUELA. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* (1999). Disponível em: <http://www.cne.gov.ve/web/normativa_electoral/constitucion/indice.php>. Acesso em: 27 de maio de 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SANTOS, Helena Maria Pereira; VIEIRA, José Ribas; DAMASCENO, Luana R. D.; CHAGAS, Tayná T. Estado de coisas inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro. *Revista Quaestio Juris*, v. 8, n. 4, p. 2596-2612, 2015.

SEELMAN, Kurt. Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 105-118, 2009. 2ª ed.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 15 de maio de 2017.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 19-43.

PARTICIPAÇÃO POPULAR NA REFORMA CONSTITUCIONAL: ESTUDO COMPARADO ENTRE BRASIL E BOLÍVIA

**Neyllon Rangel
de Souza**

Especialista em Direito
Público Pontifícia
Universidade Católica
-Minas Gerais. Belo
Horizonte, MG, Brasil.
neyllonr@gmail.com

Clara Pinheiro de Lima

Bacharel em Direito
Universidade Federal do Rio
de Janeiro. Rio de Janeiro,
RJ, Brasil. clara.pinheiro.
lima@gmail.com

**Carolina Machado
Cyrillo da Silva**

Doutorado em Direito
Universidad de Buenos
Aires. Professora da
Faculdade Nacional de
Direito, Universidade
Federal do Rio de Janeiro.
Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
cyrillodasilva@gmail.com

Recebido: maio 31, 2017

Aceito: agosto 21, 2017

Popular participation in
constitutional reform: comparative
study between Brazil and Bolivia

RESUMO

Entre as diversas nações que compõem o constitucionalismo sul-americano, no presente estudo, busca-se analisar os mecanismos de participação popular no âmbito do processo legislativo especial referente às emendas ao texto constitucional de dois países específicos, quais sejam, o Brasil e a Bolívia. A partir de um prisma eminentemente democrático, que outorga ao povo a legitimidade de exercício do poder constituinte derivado reformador, se almeja identificar aspectos convergentes ou discrepantes em ambos os sistemas, considerando nesse desiderato seus distintos marco-teórico filosóficos – no Brasil, o Neoconstitucionalismo e na Bolívia, o Novo Constitucionalismo Latino Americano – os quais implicam nos diversos elementos de expressão do desenvolvimento dos institutos em ambos os fenômenos doravante analisados.

Palavras-chave: Participação Popular; Reforma Constitucional; Novo Constitucionalismo Latino Americano; Neoconstitucionalismo; Brasil; Bolívia.

Abstract

Among the various nations that compose South American constitutionalism, the present study aims to analyse the mechanisms of popular participation in the special legislative process concerning the amendments to the constitutional text of two specific countries, namely Brazil and Bolivia. From an eminently democratic perspective,

which grants to people the legitimacy to exercise the constituent power of reform, it is sought to identify convergent or discrepant aspects in both systems, considering in this desideratum its different philosophies and theoretical frameworks- in Brazil, neo-constitutionalism and in Bolivia, the New Latin American Constitutionalism - which imply in the various elements of development of institutes in both phenomena henceforth analysed.

Keywords: Popular participation; Constitutional Reform; New Latin American Constitutionalism; Neo-constitutionalism; Brazil; Bolivia.

O poder de interferir mais diretamente na construção dos direitos e na organicidade do próprio Estado, concretiza o princípio democrático, bem como confere inegável legitimidade às normas co-produzidas por meio desse exercício dialógico entre as instituições constituídas e o povo – este entendido como o receptor difuso das deliberações daqueles.

1. INTRODUÇÃO

Nas próximas linhas se questionará o sistema de reforma constitucional brasileiro estabelecido pela Constituição da República Federativa do Brasil (1988), na perspectiva da participação popular nesse procedimento legislativo especial, contrapondo-o ao paradigma asentado na Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia (2009), país inserido no seio do que tem sido chamado pela doutrina de “Novo Constitucionalismo Latino Americano”.

Por meio de um exercício de cotejo normativo e teórico-filosófico, se busca esclarecer o desenvolvimento do instituto da participação popular no âmbito do processo legislativo de reforma constitucional em países vizinhos, quais sejam, Brasil e Bolívia, para assim permitir uma maior aproximação acadêmica e intelectual entre ambos os países, evidenciando suas divergências metodológicas formais.

Mormente, diante da importância dos mecanismos de reforma constitucional, para que a Lei Maior se adapte à realidade social, como manifestação do Poder Constituinte derivado reformador, sublinha-se a relevância da participação direta da população neste processo, a fim de que se ateste sua vontade e consentimento.

O poder de interferir mais diretamente na construção dos direitos e na organicidade do próprio Estado, concretiza o princípio democrático, bem como confere inegável legitimidade às normas co-produzidas por meio desse exercício dialógico entre as instituições constituídas e o povo – este entendido como o receptor difuso das deliberações daqueles.

Destarte, a contribuição para a oxigenação do debate acerca de um maior poder decisório nas mãos do povo e da consequente ampliação de legitimidade democrática desse mesmo poder se justifica

em tempos de crise do sistema de representação política indireta, especialmente no caso brasileiro¹, mediante um estudo comparado entre paradigmas de países de contextos históricos marcados pelo colonialismo e pela profunda desigualdade social.

O tema escolhido tem sido objeto de intenso debate na bibliografia nacional e internacional, dentre os quais se destacam, Antônio Carlos Wolkmer, Luís Roberto Barroso, Daniel Sarmiento, José Afonso da Silva, Carolina Machado Cyrillo da Silva, Eugenio Raul Zaffaroni, Fábio Corrêa de Souza Oliveira, Roberto Gargarella, José Ribas Vieira, Lilian Márcia Balmant Emerique, Raúl Gustavo Ferreira, Siddhartha Legale Ferreira, Roberto Viciano Pastor, Rúben Martínez Dalmau, entre outros.

O tipo de método utilizado para o presente feito é o bibliográfico, por meio da análise do Direito Comparado para melhor compreensão dos institutos a serem estudados, principalmente no que tange à teoria do poder constituinte, à reforma constitucional, aos plebiscitos, referendos e iniciativa popular de emendas, além da revisão constitucional.

Destarte, ao fim, por meio de um cotejo dialético, se demonstrará os resultados alcançados, para que seja apresentada uma avaliação lógica dos princípios, institutos e debates teóricos que circunscrevem o fenômeno em ambos os países.

2. CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: ENTRE O NEOCONSTITUCIONALISMO E NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

A ideia de supremacia da constituição sobre todo o ordenamento jurídico, especialmente a sua concepção normativa, além da dimensão de carta política, é relativamente recente na história do constitucionalismo.

A fundação do Estado Democrático de Direito só é possível de ser reconhecida no século XX após a Segunda Grande Guerra, quando se erigiram as discussões sobre as fontes do poder, procedimentos

¹ O Brasil tem vivido um período de intensa crise política desde o impeachment contestado da presidente Dilma Rousseff, sendo inclusive ranqueado como um país de “democracia defeituosa” pela Economist Intelligence Unit (EIU), departamento de pesquisa e análise do Grupo “The Economist”, do Reino Unido, por meio do seu “Democracy Index 2016”.

de decisão e acerca do conteúdo das obrigações em seus aspectos negativos e positivos dos órgãos de poder, questionando-se a legitimidade deste mesmo poder e a representação política popular.

Nesse sentido, o Estado erigido neste âmbito exige, ao menos, três esferas de limitação do poder: na vertente material, pela presença de valores básicos e direitos fundamentais; orgânica, pela divisão em três poderes autônomos, independentes e com controle recíproco por meio de freios e contrapesos; e processual, ante a necessidade de observação do devido processo legal pelos órgãos do poder.

Assim, a aproximação entre constitucionalismo e democracia, capaz de reorganizar a política e constituir o Estado Democrático de Direito, deu-se como reação a regimes políticos autoritários. Nesse contexto, introduziu-se no ordenamento valores morais compartilhados pela sociedade sob a forma de princípios.

Esse fenômeno constitucional foi denominado de neoconstitucionalismo, destacando-se algumas características comuns aos diversos teóricos autodenominados “neoconstitucionalistas”, tais como: a) distinção entre princípios e regras; b) adoção da ponderação como teoria argumentativa em detrimento da subsunção; c) subordinação de todo o ordenamento jurídico às normas constitucionais; e, d) defesa da interpretação criativa dos juízes, figurando inclusive, como legisladores negativos.

Nesse contexto, observa-se que tal paradigma constitucional priorizou a supremacia formal da constituição no ordenamento jurídico, sem valorar se a origem do texto constitucional deu-se em moldes democráticos, ou seja, não foi objeto de análise o contexto político, as condições históricas, a natureza jurídica das assembleias constituintes na gênese das constituições antes de elevá-las ao topo da hierarquia das fontes do direito. Tipologia de cunho extrajurídico, mas fundamental para a interpretação teleológica dos textos ulteriormente postos.

Além disso, como bem sublinhado por Luigi Ferrajoli², a defendida técnica argumentativa da ponderação tem duplo prejuízo: amplia o poder discricionário dos magistrados na aplicação da constituição, funcionando como um poder de criação, como legislador negativo, o que viola a separação de poderes, base da organização do Estado

² FERRAJOLI, 2010.

Democrático de Direito e carece de legitimidade democrática, afetando a segurança jurídica, bem como eleva a jurisprudência como fonte do Direito em detrimento da legislação e esvazia a normatividade da constituição e sua consequente aplicação.

Por outro lado, a América do Sul passou por um período recente de reconstitucionalização após regimes autoritários ditatoriais que ensejaram a defesa de um novo momento do constitucionalismo regional, que não se confunde com o neoconstitucionalismo.

De acordo com Dalmau e Pastor³, esse novo constitucionalismo mantém a necessidade de constitucionalização do ordenamento jurídico com o mesmo rigor que a concepção constitucional precedente na Europa constitucional.

Contudo, dela se difere, porque preocupa-se com a legitimidade democrática da constituição antes de sua dimensão jurídica, tendo em vista que concebe a constituição como fonte do poder instituído por ser a manifestação da vontade soberana constituinte originária. Seja na convocação das Assembleias constituintes, seja durante o seu procedimento deliberativo ou ao fim, quando da convocação do referendo ativador para a promulgação do texto estabelecido.

Destacam, nesse âmbito, que o primeiro elemento marcante do novo paradigma é o processo constituinte legitimamente democrático. Dentre os elementos materiais comuns às novas constituições, há a intensa presença nos textos de mecanismos de participação popular que legitimem e controlem o poder constituído.

No entanto, dentre os países da América do Sul, é possível perceber que a participação popular não é um elemento necessariamente novo, tampouco exclusivo das constituições tidas como expressões do novo constitucionalismo sulamericano. O Uruguai, a título de exemplo, já previa elementos para assegurar a expressão da vontade popular direta, desde a promulgação de sua Constituição de 1967.

Com efeito, ainda assim, é inegável que essas manifestações constitucionais mais recentes aprimoram e recuperam a soberania popular com a refundação do Estado nacional, especialmente, no cotejo analítico realizado entre Brasil e Bolívia.

³ DALMAU; PASTOR, 2012.

Nesse sentido, adotou-se a concepção de democracia constitucional, através do reconhecimento da igualdade como pressuposto comum à ambos, na ideia de que todas as pessoas necessitam de iguais condições e respeito aos direitos fundamentais, bem como estruturas de decisão democrática aptas a garantir o mesmo valor às opiniões ideológicas.

Assim, admite-se que a democracia só se realiza mediante a presença de determinadas condições jurídicas, quais sejam, os princípios e regras estabelecidas pela constituição: o constitucionalismo organiza o processo democrático por meio de limites a ele impostos.

Assim, admite-se que a democracia só se realiza mediante a presença de determinadas condições jurídicas, quais sejam, os princípios e regras estabelecidas pela constituição: o constitucionalismo organiza o processo democrático por meio de limites a ele impostos.

Para isso, aposta-se em constituições rígidas que vinculem e submetam todos os poderes, enquanto que constituídos, a fim de assegurar a vontade do poder constituinte manifestado em sua soberania latente.

Em suma, o conceito de constitucionalismo apenas como limitador da soberania popular e do autogoverno, é substituído por uma fórmula democrática, por meio da qual o poder constituinte se expressa e se mantém latente. Em termos estruturais, a democracia é resguardada pela constituição⁴.

Destarte, ao outorgar à constituição mecanismos de consecução democrática, tais textos ganham em vigor e legitimidade, ao permitir uma maior representação social em sua institucionalização. Tal fenômeno tende a permitir maior longevidade aos textos constitucionais, sem que as gerações futuras estejam submetidas de modo perpétuo aos dogmas volitivos e axiológicos das gerações passadas.

⁴ “Así, democracia- como cuestión de procedimiento- queda conectada con la idea de que no hay otro titular del poder constituyente más que el pueblo, porque democracia es gobierno ejercido en nombre del pueblo. Desde esta perspectiva, la soberanía viene de abajo, de los individuos que, en tanto ciudadanos, componen el pueblo. Segundo, postular que la Constitución Nacional es el cauce de un poder democrático renovado intergeneracionalmente, no constituye una cuestión lingüística ni de buenos modales. El concepto de poder constituyente tiene una vital relevancia práctica. Dentro de este contexto, si la democracia necesita ser protegida por la Constitución, se analiza desde el punto de vista estructural cómo resuelve el propio sistema constitucional argentino sus pretensiones de inmanencia y trascendencia por intermedio de las garantías, elementos previstos para el respaldo de sus reglas. Tercero, si el análisis de la colección de partes de la Constitución evidencia que la interpretación-vía control judicial de constitucionalidad- y la reforma son piezas insustituibles para su mantenimiento y/o cambio, es pertinente describir los mecanismos que hacen funcionar estos elementos.” FERREYRA, 2004.

3. ASSEMBLEIAS CONSTITUINTES

É importante explicitar o momento constitucional vivido por esses dois países em cotejo. Mormente, porque passaram por realidades históricas e normativas muito diferentes na elaboração de suas Cartas Políticas, o que ensejou os diferentes resultados.

Ademais, a origem da Carta Magna diferencia os marco-teóricos filosóficos constitucionais, como defendido por Pastor e Dalmau, além de, segundo os autores espanhóis, o Brasil não poder ser classificado como uma expressão do *Nuevo Constitucionalismo Latino Americano*.

Alinham-se os autores citados alhures neste feito, ao entendimento de que a Assembleia Constituinte Brasileira de 1987-1988 não pode ser considerada poder constituinte tipicamente originário, por possuir natureza jurídica de poder constituinte reformador em relação à Constituição Brasileira de 1967, por meio da Emenda Constitucional nº 26/85, a qual delimitou os moldes e limites dos trabalhos constituintes, inclusive em relação à composição da assembleia⁵.

De fato, o que ocorreu foi a transformação do Congresso Nacional ordinário (sob a égide da Constituição de 1967) com atribuições de Assembleia Nacional Constituinte. Bem como recepcionou a Lei de Anistia de 1979 à nova ordem constitucional erigida a partir da Constituição da República Federativa de 1988.

A previsão de limites à assembleia constitui violação à teoria clássica do Poder Constituinte originário e seus requisitos: inicial, ilimitado e incondicionado. Além disso, não houve a convocação de referendo popular para ratificação do texto, para lhe conceder legitimidade democrática e viabilidade política.

De outra senda, o processo constitucional boliviano, iniciado em 2007, teve sua origem atrelada à crise na democracia representativa (denominada como forma de governo “partidocrático”) somada à questões sociais de exclusão e marginalização histórica de boa parte da população majoritariamente indígena, além do poder concentrado nos acordos entre os partidos políticos representantes de uma elite de origem europeia crioula minoritária.

Nesse sentido, duas manifestações populares se destacaram nesse

⁵ CYRILLO DA SILVA (cedido pela autora).

processo, quais sejam, a Guerra do Gás (2003) e da Água (2000), uma vez que postulavam a inserção dos movimentos populares na gestão dos recursos naturais privatizados pelos governos neoliberais da década de 1990.

Com a politização das demandas sociais, o discurso foi ampliado e instaurou-se um verdadeiro “momento constituinte”, buscava-se refundar a perspectiva político-jurídica para criação de um Estado gerido pela sociedade. Como destacou Lucas Fagundes:

(...) verifica-se que existia um contexto de luta entre um modelo de Estado neoliberal elitizado contra um modelo de Estado gerenciado no seio dos movimentos populares, os quais transformaram suas lutas pontuais em exigibilidades mais amplas, num horizonte de transformação, ao invés de reforma do velho sistema. Isso é representativo do chamado esgotamento e crise do Estado moderno com seus modos de manifestação políticas. Quando emergiu nas demandas populares a ideia de assembleia constituinte, ficou clara a intencionalidade de refundar outra perspectiva político-jurídica em que os sujeitos sociais, até então ausentes, pudessem ter vez e voz no processo de construção daquilo que gera consequência em seus próprios interesses; trata-se de realocar os interesses de empresas privadas (muitas multinacionais) para interesses coletivos de maiorias subjugadas e marginalizadas⁶.

Ainda que a necessidade de implantação de nova ordem constitucional tenha sido suscitada no seio dos movimentos sociais, vale destacar que a assembleia constituinte se deu pelo poder constituído, pois delegou funções constituintes aos representantes eleitos em 2006, o que comprometeu a “procedimentabilidade” dos trabalhos constituintes frente às tensões políticas.

No entanto, o texto constitucional final foi referendado pelo povo para lhe garantir legitimidade (conhecido como referendo ativador). O processo constituinte da Bolívia de 2009 se apresentou como o mais complexo dentre os últimos analisados na região da América do Sul, segundo Dalmau:

No sólo por su extensión, sino también por sus elementos endógenos – mal planteamiento de la hipótesis constituyente, difíciles condiciones de trabajo de la Asamblea Constituyente – y, principalmente,

⁶ FAGUNDES, 2013.

por lo exógenos: los obstáculos planteados por grupos minoritarios que han apostado por el fracaso del proceso desde un primero momento, y por el mantenimiento del status quo en el país. Un proceso que ha legitimado una constitución, la boliviana de 2009, que, a pesar de los cambios de última hora introducidos por el poder constituido, se convertirá en un texto de referencia en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano⁷.

Assim, a doutrina do *nuevo* constitucionalismo latino-americano pretende demonstrar que há dois evidentes objetivos nos processos constitucionais da Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia, quais sejam: recuperar e adequar o conceito de poder constituinte democrático e solucionar os problemas históricos de legitimidade do sistema constitucional social.

Para tanto, entendem que a supremacia da constituição em dado ordenamento jurídico só pode ser consagrada quando a origem do processo constituinte for democrática, por meio de iniciativa popular de ativação, quando o exercício desse poder fundante ocorrer por meio de uma assembleia constituinte participativa e plural, bem como pela aprovação direta do texto constitucional pelo povo sob consulta popular ulterior.

Nesse diapasão, a preocupação desse novo paradigma é a recuperação da legitimidade democrática da Constituição, contrapondo-se ao neoconstitucionalismo, como vertente teórica obstinada a valorar a constituição, cuja análise limita-se à dimensão positiva de seu texto normativo, sem a necessidade de averiguar as condições de legitimidade democrática e como a vontade constituinte foi transladada à vontade constituída⁸.

4. PARTICIPAÇÃO POPULAR NA REFORMA CONSTITUCIONAL

A reforma constitucional é manifestação do poder constituinte derivado reformador, que visa modificar o sistema constitucional constituído. O poder constituinte originário estabelece a ordem jurídica; por outro lado, o poder constituinte derivado de reforma modifica a norma constituída.

⁷ DALMAU, 2011b.

⁸ DALMAU; PASTOR, 2013, p. 69-72.

[...] o poder reformador tem por escopo possibilitar a adequação do texto constitucional à realidade social dinâmica, adaptando o texto a novos âmbitos políticos e sociais, mas lhe assegurando a força normativa, bem como a continuidade e identidade com o Poder Constituinte Originário.

Não obstante, a despeito da divergência doutrinária quanto à natureza do poder constituinte de reforma, adota-se a classificação de Raúl Gustavo Ferreyra⁹, classificando-o como poder político, porque cria ou modifica o direito constitucional submetidos a regras antes determinadas. Para o autor, a constituição não pode ser eterna ou permanente, por isso deve estar aberta para as novas gerações.

Em decorrência de seu caráter político, a reforma constitucional pode ser entendida como regular exercício da democracia, uma vez que possibilita aos cidadãos se submeterem às suas próprias leis, que não lhes são impostas ou herdadas do período anterior, porém almeçadas e escolhidas por ato de vontade popular mediante a reforma da ordem jurídica¹⁰.

Nesse sentido, o poder reformador tem por escopo possibilitar a adequação do texto constitucional à realidade social dinâmica, adaptando o texto a novos âmbitos políticos e sociais, mas lhe assegurando a força normativa, bem como a continuidade e identidade com o Poder Constituinte Originário.

Doravante, a fim de promover o caráter político da reforma constitucional e seu vínculo indissolúvel com a democracia, analisa-se a participação popular na reforma constitucional prevista nos textos constitucionais do Brasil e Bolívia.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 concedeu a titularidade da reforma constitucional ao Congresso Nacional, em seu artigo 59, no título *das leis*, como uma espécie legislativa.

Assim, o procedimento de reforma constitucional previsto no artigo 60 da CRFB/88¹¹ estabelece, para propositura de proposta de emenda, o seguinte rol de legitimados: i) um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; ii) Presidente da República; iii) mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

⁹ FERREYRA, 2008, p. 781.

¹⁰ CYRILLO DA SILVA, 2015.

¹¹ Constituição Brasileira de 1988: “Art. 60: A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I- de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II- do Presidente da República; III- de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.”

Portanto, o texto constitucional não abarca a participação popular direta no processo de reforma, tendo em vista que os legitimados para apresentar projetos são os detentores do poder legislativo e do Poder Executivo, compondo a democracia representativa. Para a maioria da doutrina, esse rol é taxativo, não admitindo a iniciativa popular de emenda.

Em visão minoritária, José Afonso da Silva, e também Daniel Sarmiento, não se filiam a esse entendimento, sustentando que há possibilidade de proposta de emenda à Constituição pela iniciativa popular, observando o procedimento previsto no artigo 61, §2º¹² da Lei Maior que trata do processo legislativo para leis ordinárias e complementares e não de reforma.

Esses autores alegam que o argumento topológico não se sustenta, uma vez que, em respeito ao princípio da soberania popular e à democracia, o titular do Poder Constituinte – o povo – não pode ser privado de propor emendas à Constituição¹³.

No entanto, essa possibilidade de iniciativa popular de emenda à Constituição não decorre do texto constitucional, mas deriva de elucubrações doutrinárias em postura principiológica, as quais, em diversos momentos, mostram-se incompatíveis com o rigor sistemático.

Assim explica Paulo Bonavides:

O povo tem na formação das leis, segundo a Constituição de 1988, a iniciativa de legislador ordinário, mas não tem a de legislador constituinte. Essa derradeira iniciativa é a mais importante, a mais fundamental, a mais sólida por garantir o exercício de sua capacidade legitimadora da ordem normativa, debaixo da qual se organizam e repousam as instituições do ordenamento jurídico nacional. Sem embargo de haver o parágrafo único do art. 1º da Carta Magna proclamado em termos taxativos a presença normativa do povo na elaboração da vontade governante em virtude de ser ele no regime estabelecido – e

¹² Constituição de 1988: “Art. 61, §2º: A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.”

¹³ “Sendo o povo titular do poder constituinte, não deve ser ele privado da faculdade de deflagrar, diretamente, o processo de mudança na Constituição. Uma interpretação da Constituição de 88 atenta ao seu profundo compromisso com a democracia e com a soberania popular respalda esse entendimento.” SARMENTO; SOUZA, 2012, p. 287; SILVA, 2011, p. 64.

não a intermediação representativa a que indissolavelmente se ligou – o verdadeiro titular do poder soberano da nação, essa presença, de extrema relevância, ficou todavia amesquinhada e diminuída em dois lugares contraditórios da Constituição [a regulamentação do artigo 14 da CRFB/88 pela Lei nº 9.709/98 e a exclusiva competência do Congresso Nacional para autorizar referendo e plebiscito, na forma do artigo 49, VX]. Nestes houve redução de força participativa, de capacidade revisora, de energia criadora do povo, como supremo órgão autenticador da legitimidade dos poderes¹⁴.

Por outro lado, conforme estabelece a Constituição da Bolívia de 2009, os cidadãos têm legitimidade para propor emenda constitucional por meio do quórum de vinte por cento do eleitorado, com necessidade de referendo para validação de qualquer reforma¹⁵.

Destarte, depreende-se da análise do texto da Constituição do Estado Plurinacional boliviano que ao povo é outorgado o protagonismo no que tange ao processo de emenda ao texto constitucional.

Haja vista ser esta a primeira hipótese de legitimação ativa prevista pelo legislador constituinte para desencadear o processo de emenda normativa. Outrossim, ao povo, e só ao povo, cabe o poder ratificador desta espécie do processo legislativo, malgrado tratar-se de iniciativa originária popular ou do poder legislativo constituído.

Além disso, outro ineditismo do texto constitucional boliviano é a previsão expressa de deflagração popular da Assembleia Constituinte plenipotenciária como manifestação latente do poder constituinte originário. Em seu artigo 411, I a Lei Maior da Bolívia prevê a hipótese de convocação da assembleia por iniciativa popular de ao menos vinte por cento do eleitorado, por maioria absoluta da Assembleia Legislativa Plurinacional, além da presidenta ou do presidente do Estado.

14 BONAVIDES, 2008a.

15 Constituição da Bolívia de 2009: “Art. 411, II: La reforma parcial de la Constitución podrá iniciarse por iniciativa popular, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; o por la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante ley de reforma constitucional aprobada por dos tercios del total de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Cualquier reforma parcial necesitará referendo constitucional aprobatorio.” Em 21/02/2016, os bolivianos rejeitaram por meio de referendo a proposta de emenda constitucional de iniciativa do atual presidente Evo Morales com o objetivo de permitir reeleição para terceiro mandato sucessivo após a vigência da Constituição de 2009. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2016/02/24/internacional/1456274986_514912.html. Acessado em 19/10/16.

Não obstante declarar que a assembleia constituinte seja incondicionada, o texto faz expressa previsão formal de aprovação do texto final por maioria absoluta dos membros da assembleia, sendo sua validade condicionada a referendo ativador¹⁶.

5. CONCLUSÃO

Ao fim, pela simples análise dos textos constitucionais, se infere que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não prevê a hipótese de participação popular direta no processo de reforma constitucional via proposta de emenda à constituição, tampouco se ocupa da legitimação dessas alterações do texto da lei maior por meio de referendo após o processo legislativo.

Ao seu turno, o procedimento de emenda à constituição previsto pelo texto da Carta Política do Estado Plurinacional boliviano é extremamente capilarizado no que tange à participação popular nesse procedimento legislativo especial.

De modo que, indubitavelmente, ao povo é concedida a legitimidade máxima para o exercício do poder constituinte, seja para iniciar o procedimento ou ratificá-lo, como condição de validade, inclusive para a total revogação do texto da Lei Maior, por meio de convocação da Assembleia Constituinte.

Inegavelmente, tais mecanismos não são e nunca foram observados no desenvolvimento da cultura constitucional brasileira, tratando-se, portanto, de inovação típica do marco teórico-filosófico do Novo Constitucionalismo Latino-americano. O que implica, no caso brasileiro, em um distanciamento constante entre a vontade popular e a aprovação de emendas à constituição ilegítimas.

Outrossim, destaca-se que tais instrumentos encontram-se em plena atividade no moderno Estado plurinacional de maioria indígena

[...] a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não prevê a hipótese de participação popular direta no processo de reforma constitucional via proposta de emenda à constituição, tampouco se ocupa da legitimação dessas alterações do texto da lei maior por meio de referendo após o processo legislativo.

¹⁶ Constituição da Bolívia de 2009: “Artículo 411. I. La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. La convocatoria del referendo se realizará por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional; o por la Presidenta o el Presidente del Estado. La Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes. La vigencia de la reforma necesitará referendo constitucional aprobatorio. (...)”

quíchua e *aimará*. Como exemplo, em fevereiro de 2016 o presidente Evo Morales teve sua proposta de emenda à constituição rejeitada, após almejar um quarto mandato consecutivo - o qual está no poder desde 2006, exercendo, após a promulgação da nova constituição em 2009, três mandatos consecutivos, se mantendo no poder até 2020.

O resultado apertado, de 51,31% dos votos a favor do “não” contra 48,69% pelo “sim”¹⁷, foi divulgado pelo Organismo Eleitoral Plurinacional, por meio de sua presidente, Katia Uriona, confirmando a derrota do regime de Morales, o qual, prontamente, aceitou o resultado do sufrágio.

Nesse sentido, tal episódio, em uma nação embora marcada pela forte instabilidade política¹⁸, demonstra força institucional, além da efetividade e eficácia do texto constitucional e do processo democrático de participação popular na reforma do seu texto, mesmo quando contrária à agenda do regime estabelecido, com aprovação de 49%¹⁹.

A Constituição da Bolívia, inserida no marco teórico do *nuevo constitucionalismo latinoamericano* aposta no fortalecimento da organização popular com instituições paralelas de controle do poder público para que a legitimidade política seja mantida e, conseqüentemente, a vontade soberana do povo. Por isso promulgou constituição rígida e prevê mecanismos de participação popular como forma de controlar o poder delegado aos representantes, assentada no modelo de democracia representativa participativa, pelo qual, o povo é chamado por diversas vezes a legitimar as decisões durante os mandatos.

Em contrapartida, o caso brasileiro destoa dessa sistemática, em que pese os países sob análise tenham adotado a forma de governo presidencialista. Pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os mecanismos de controle foram delegados ao Congresso Nacional, inclusive a iniciativa para consultas populares, o que subverte a participação popular, consagrando-se a democracia representativa em detrimento da participativa.

¹⁷ Órgano Electoral Plurinacional (OEP). Resultados Preliminares de Cómputo. Referendo Constitucional 2016. 21 de Febrero de 2016.

¹⁸ Revolução de 1952; Golpe Militar de 1964; Golpe de Estado de 1971. Junta militar de 1978. Renúncia de Lozada em 2003; Renúncia de Mesa em 2005.

¹⁹ Encuesta realizada por la encuestadora Ipsos para la red de televisión privada RTP, entre el 1 y 12 de diciembre, consultó a 1.060 personas entre 18 y 70 años en cuatro principales ciudades: La Paz y El Alto, Cochabamba y Santa Cruz, con un margen de error de 3 puntos porcentuales.

[...] é imperioso concluir que a ausência de mecanismos de participação popular direta e semidireta é um problema no sistema constitucional brasileiro em comparação com o texto constitucional da Bolívia [...].

É forçoso concluir que o Brasil, em comparação com a Constituição boliviana, está mais próximo do que a doutrina nomeia de neoconstitucionalismo, tendo em vista a resistência hostil à participação popular no seu texto constitucional de 1988, ao desconsiderar o elemento extrajurídico da legitimação popular do poder constituinte derivado de reforma.

O Brasil, como elucidado por Paulo Bonavides, padece de crise constituinte²⁰, quando o Poder Constituinte, com manifestação insuficiente, tanto de reforma, como de elaboração, não prestou a resolver as mazelas sociais e reorganizar as instituições. No mesmo sentido, Gilberto Bercovici entende que a crise constituinte brasileira está estritamente ligada aos bloqueios à manifestação da soberania popular plena²¹, desde os trabalhos constituintes até a consolidação da democracia constitucional.

Por fim, é imperioso concluir que a ausência de mecanismos de participação popular direta e semidireta é um problema no sistema constitucional brasileiro em comparação com o texto constitucional da Bolívia, no marco do *nuevo constitucionalismo latino americano*, justificado pelo desenho institucional dialógico construído em ambos os países.

O método comparativo e descritivo utilizado é um meio para perceber as experiências e dilemas constitucionais comuns, estimulando as reflexões para a materialização de um projeto constituinte que busque tutelar a vontade soberana do povo e o processo democrático legítimo.

²⁰ “A crise constituinte tem sido aliás desde as origens do Estado brasileiro a crise que ainda não se resolveu.” BONAVIDES, 2008b, p. 383-384.

²¹ “O problema central, ignorado pela maior parte de nossos doutrinadores, é o fato de que a soberania brasileira, como soberania de um Estado periférico, é uma soberania bloqueada, ou seja, enfrenta severas restrições externas e internas que a impedem de se manifestar em toda sua plenitude. (...) em verdade, jamais tivemos uma Assembleia Nacional Constituinte, dotada de liberdade, exclusividade e plenitude de poderes, pelo menos daqueles com que a teoria revolucionária do século XVIII sempre armara esses parlamentos, a fim de que, providos da suprema vontade da Nação, pudessem refazer as instituições desde os seus fundamentos.” BERCOVICI, 2013, p. 305-325.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. O Poder Constituinte do Povo no Brasil: Um Roteiro de Pesquisa sobre a Crise Constituinte. *Lua Nova*, n.88, p. 305-325, 2013.

BOLIVIA. Constitución Política del Estado Bolivia de 2009. Disponível em < https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2017.

BONAVIDES, Paulo. A Primeira emenda à Constituição por iniciativa popular. *Revista de informação legislativa*, v. 45, n. 179, p. 53-55, 2008a. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/224179>>.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008b.

BRASIL. República Federativa do Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil: texto promulgado em de 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais nos 1/92 a 91/2016. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> . Acesso em: 30 ago. 2017.

CYRILLO DA SILVA, Carolina Machado. ¿Poder Constituyente Originario en la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988? (texto cedido pela autora).

CYRILLO DA SILVA, Carolina Machado. Reforma Constitucional e Participação Popular nas Constituições da América do Sul. In: *Congresso Ibero-americano de derecho constitucional*. Bogotá: Universidade Externado, 2015. Disponível em: <<http://campusvirtual.contraloria.gov.co/campus/memorias/derConstituCarolinaMachadoCyrillo.pdf>>.

DALMAU, Rubén; PASTOR, Roberto Viciano. Fundamentos Teóricos y Prácticos del Nuevo Constitucionalismo. In: *Gaceta Constitucional*, nº 48, p. 307-328, 2011. Disponível em: <<http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc-sum/GC%2048%20Roberto%20VICIANO%20y%20Ruben%20MARTINEZ.pdf>>.

DALMAU, Rúben Martínez; PASTOR, Roberto Viciano. La Constitución Democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo. In: *El outro Derecho*, nº 48, p. 63-84, 2013. Disponível em: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr048/2.pdf>.

FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo*. Tradução de André Karam Trindade.

In: *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst*. Curitiba: ABDConst, 2011. p. 95-113. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>>.

FERREYRA, Raúl Gustavo. Poder, democracia y configuración constitucional. Cuestiones Constitucionales. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, [S.l.], jan. 2004. Disponível em: <<http://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5709/7478>>.

FERREYRA, Raúl Gustavo. Patología del proceso de reforma. Sobre la inconstitucionalidad de una enmienda en el sistema constitucional de la Argentina. In: *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, tomo VIII, cap. XXVI, México, D.F, Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, p. 781, 2008.

SARMENTO, Daniel; SOUZA, Cláudio Pereira. *Direito Constitucional – Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, p. 287, 2012.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros Editores, p. 64, 2011.

EL PUEBLO LEGISLADOR: INICIATIVA POPULAR Y REFERÉNDUM EN PERSPECTIVA COMPARADA

Silvia Bagni

Professora Università di
Bologna. Itália
silvia.bagni@unibo.it
Autora Convidada

O povo legislador: iniciativa popular e referendo em perspectiva comparada

RESUMEN

El objetivo de esta investigación es analizar dónde y cómo el pueblo puede legislar directamente, fuera del circuito institucional representativo, constituido por el eje Parlamento-Ejecutivo. Primero, se define la clase del «pueblo-legislador», estableciendo los límites conceptuales del análisis comparado. Después, se describen los datos normativos derivados de la investigación empírica, deconstruyendo la clase del «pueblo-legislador», comparando sus elementos fungibles. Finalmente, se subrayan algunas implicaciones metodológicas en la clasificación de objetos que se sitúan en la frontera entre política y derecho y se proponen algunas explicaciones acerca de la limitada circulación de la tipología, que sin embargo caracteriza un modelo peculiar de convivencia entre la democracia representativa y la democracia directa.

Palabras claves: Democracia directa; derecho comparado; referéndum; iniciativa popular; clasificaciones

Resumo

O objetivo desse trabalho é analisar onde e como o povo pode legislar diretamente, fora do circuito institucional representativo, constituído pelo eixo Parlamento-Executivo. Primeiro, define-se a categoria “povo-legislador”, estabelecendo os limites conceituais da análise comparativa. Na sequência, descrevem-se os dados normativos derivados da investigação empírica, desconstruindo a categoria “povo-legislador”, comparando seus elementos fungíveis. Finalmente, destacam-se algumas implicações metodológicas na classificação de objetos que se situam na fronteira

entre política e direito e propõem-se algumas explicações sobre a circulação limitada dessa tipologia, que, apesar disso, caracteriza um modelo peculiar de convivência entre a democracia representativa e a democracia direta.

Palavras-chave: Democracia direta; direito comparado; referendo; iniciativa popular; classificações.

1. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

Cuando en la doctrina, sobre todo en la ciencia jurídica, se habla de la difusión de la democracia directa en el mundo, da la impresión de una cierta aproximación del discurso en un doble sentido. Primero, porque no hemos encontrado ningún jurista que proporcione los datos positivos completos a nivel global, es decir, que haya verdaderamente analizado la normativa de todos los ordenamientos jurídicos (a lo mejor, se re-envía a investigaciones de ciencia política); segundo, porque hay una cierta confusión semántica sobre qué entender con la expresión “democracia directa”, así que en la caldera terminan conviviendo instituciones bastante distintas entre sí, como las formas de participación al procedimiento administrativo y la revoca del mandato.

El objetivo del presente escrito es dar cuenta de una investigación jurídica de larga escala, con la cual hemos intentado anular esta deuda de aproximación en los dos lados¹: primero, a través de una macro-comparación a nivel mundial, intentar comprender la real portada del fenómeno analizado; segundo, por medio de los instrumentos metodológicos de la comparación analítica, proponer unas reflexiones sobre una clase de ordenamientos derivada de la aplicación de *fundamenta divisionis*² de naturaleza jurídica, es decir, abandonando la sujeción que el Derecho normalmente vive en este ámbito de estudios respecto de la Ciencia política, con el fin de obtener una clasificación más homogénea.

Los objetivos que venimos a esbozar esconden un problema metodológico y un riesgo crítico entre sí relacionados. La perspectiva macro-comparativa presupone diferencias substanciales profundas entre los ordenamientos considerados. A pesar de que este enfoque

¹ BAGNI, 2017a.

² MARRADI, 1992, p. 22.

ha sido justificado por Constantinesco y su teoría de los elementos determinantes dentro de la clasificación de las formas de Estado³, el hecho de incluir en la investigación países pertenecientes a formas de Estado autocráticas puede ser criticado por falta de comparabilidad.

En las reflexiones metodológicas de la doctrina comparada, el riesgo sobre el buen éxito de una comparación entre institutos de formas de Estado diferentes ha sido aceptado, con la recomendación del uso de un particular cuidado en la interpretación de los datos por parte del investigador. Además, es nuestra personal opinión que en estudios jurídicos sobre la democracia directa, donde por supuesto se debe tomar en cuenta también la efectividad de las instituciones, hay una necesidad inicial de considerar los datos que provienen del “deber ser”, es decir el dato normativo positivo, propio para diferenciarse de estudios de ciencias políticas, que solo toman en cuenta el criterio factual. Por las razones expuestas, nuestra investigación ha incluido todos los ordenamientos que disciplinan a nivel constitucional instrumentos de democracia directa, sin limitarse a la forma de Estado liberal-democrática.

Dentro del conjunto que así se va formando (y ya estamos en la segunda fase de la operación clasificatoria), vamos a seleccionar un *taxon* restringido y homogéneo, bajo la definición de lo que entendemos por «democracia directa» a los fines de esta investigación.

El tema es uno de los más difíciles, podríamos decir con un poco de énfasis, para la humanidad entera: definir cuando hablamos de democracia, con y sin adjetivos. El tamaño de este trabajo (pero no solo esto, sino también las limitadas capacidades argumentativas de quien escribe) no permiten ni abordar el tema desde la perspectiva filosófica (¿qué es la democracia?), ni dar cuenta de manera exhaustiva del debate politológico y jurídico sobre las fronteras entre democracia directa y representativa. La ciencia política propone clasificaciones del referéndum centrándose en sus efectos en relación al sistema político y partidario⁴. Desde una perspectiva jurídica, no se puede clasificar utilizando la categoría del “control”, ni tampoco fundarse en los efectos sociales, porque el referéndum no se propone con motivos de vicios de legitimidad

³ CONSTANTINESCO, 2000.

⁴ MÖCKLI, 1994, p. 49 ss. BUTLER; RANNEY, 1994; ULERI, 2003, p. 64; ALTMAN, 2011, p. 9; HUG; TSEBELIS, 2002, pp. 465-515; SERDÜLT; WELP, 2012, pp. 69-92; QVORTRUP, 2014, p. 51 ss.

Nuestra propuesta quiere, de un lado, seguir centrándose en el núcleo semántico del concepto de democracia, es decir la participación popular en la gestión de la sociedad; del otro, no utilizar criterios basados sobre la medición de la efectividad de la participación y de sus efectos sobre el sistema político, en cuanto elementos propios de la ciencia política, además difícilmente definible científicamente.

o legalidad, sino por cuestiones sustanciales. Generalizando, podemos decir que en la ciencia política se consideran solo las experiencias de democracia liberal y los criterios clasificatorios utilizados para analizar los instrumentos de democracia directa atribuyen un peso central al efecto que las decisiones participadas de manera más o menos amplia por los ciudadanos producen en el sistema político.

En la ciencia jurídica, las clasificaciones se basan sobre las características normativas del instituto y hay una tendencia en crear clases dicotómicas bajo: el objeto (sobre actos normativos o sobre cuestiones generales; constitucional, legislativo, administrativo); los efectos frente al órgano representativo o ejecutivo (vinculante o no vinculante); los efectos sobre el acto normativo (propositivo, modificativo, abrogativo), la iniciativa (institucional o popular; obligatorio o facultativo), el momento (preventivo o posterior), etc.⁵. Sin embargo, en el marco conceptual que venimos a definir, estos criterios (por ej. el de la iniciativa, utilizado por Hamon, quien distingue entre «des référendums “d’en haut” et des référendums “d’en bas”»⁶) no son suficientes para describir la clase del pueblo legislador, porque no garantizan al pueblo la “soberanía” sobre el contenido del texto normativo.

Nuestra propuesta quiere, de un lado, seguir centrándose en el núcleo semántico del concepto de democracia, es decir la participación popular en la gestión de la sociedad; del otro, no utilizar criterios basados sobre la medición de la efectividad de la participación y de sus efectos sobre el sistema político, en cuanto elementos propios de la ciencia política, además difícilmente definible científicamente. Por eso, proponemos como *tertium comparationis* la titularidad de la función legislativa al pueblo (cuerpo electoral).

Se puede decir que hay verdadera titularidad de la función cuando el pueblo puede ejercer de manera exclusiva el poder legislativo. El énfasis se encuentra en el adjetivo “exclusivo”, que implica dominar todas las fases del procedimiento normativo, desde la iniciativa hasta la decisión final. Si aún en una sola fase el poder decisorio traslada a otros sujetos, que pueden interrumpir el procedimiento o modificar

⁵ Cfr., para un análisis puntual de los demás criterios clasificatorios, VOLPI, 1997, p. 494 ss, en particular pp. 500-503. V. también MOREL, 2012, p. 508.

⁶ HAMON, 2012, p. 25 ss.

substancialmente su contenido, no hay pueblo-legislador. Por eso, no hemos incluido en la clase: las leyes *référendaires* bajo el modelo francés, el referéndum de iniciativa institucional, el referéndum consultivo, la iniciativa popular simple.

Es evidente como el ámbito de nuestra investigación no alcanza todo lo que normalmente se incluye en la categoría de “democracia directa”. Esto es un concepto amplio, que incluye por ej. la revocatoria de los funcionarios elegidos que prevé una votación popular, pero no como ejercicio de función legislativa, elemento determinante de la clase del pueblo-legislador.

En segundo lugar, nos referimos a la función legislativa en sentido estricto: por eso no se incluye en el análisis el referéndum constitucional, que tiene una distinta naturaleza respecto al legislativo.

Finalmente, la investigación no incluye las formas de “democracia participativa”, que involucran el pueblo en los procesos decisorios, pero como participantes, no como titulares de funciones (piénsese por ejemplo en el *débat public* francés o en el presupuesto participativo).

Tomando en cuenta tanto la fase de iniciativa como la deliberativa, hablamos de: *initiative*, según la terminología norteamericana⁷, para la propuesta legislativa de iniciativa popular, directa o indirectamente sometida a votación popular; referéndum legislativo, para la iniciativa popular, modificativa o abrogativa de un acto ya vigente. Se quedan fuera de esta partición dos casos intermedios: las ya mencionadas *lois référendaires* francesas, donde la iniciativa es siempre institucional y la votación exclusivamente popular, y el referéndum confirmativo o suspensivo, donde la iniciativa puede ser tanto institucional cuanto popular, hay una votación del proyecto de ley primero parlamentaria y luego popular, pero sin ninguna posibilidad por los ciudadanos de modificar el texto normativo. Un caso particular incluido en la clase es el de la iniciativa que se transforma en *initiative*, si el Parlamento no la discute o no la aprueba en los términos previstos, como en Ecuador.

⁷ La elección por la palabra inglesa se justifica solamente por la necesidad de eliminar la posible sobreposición con la iniciativa popular simple, es decir cuando el pueblo sólo tiene legitimación a promover la iniciativa de un proyecto de ley, sin el poder de votarlo.

2. CONSTRUYENDO LA CLASE DEL PUEBLO-LEGISLADOR

Hemos analizado todos los ordenamientos, excluyendo sólo los micro-Estados. Hemos incluido también Países no democráticos (Estados autoritarios, dictaduras, Estados comunistas), porque la previsión del instituto es un dato sobre el cual hay que reflexionar. No nos enfocamos aquí sobre los dos ordenamientos arquetípicos, EE.UU. y Suiza: la tradición plurisecular de estos Estados en materia escondería la relevancia de las otras experiencias emergentes, que son las que nos interesan más, porque queremos subrayar los ejes de circulación del modelo de participación popular y profundizar sus causas.

Renviando a la obra monográfica por los datos analíticos sobre cada País, nos limitamos aquí a mencionar los ordenamientos que cumplen con los requisitos puestos en el § precedente para pertenecer a la clase del “pueblo-legislador”: en Europa occidental, Italia; en Europa oriental, Albania, Bulgaria, Eslovaquia y Hungría; entre los Países de la ex Yugoslavia: Croacia, Macedonia, Serbia y Eslovenia; entre las ex Repúblicas soviéticas: Bielorrusia, Letonia, Lituania, Moldavia, Ucrania y Kirguizistán; en África, Togo; en Asia, las Filipinas; en América latina: Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Perú, Uruguay y Venezuela.

El análisis siguiente se desarrolla hacia dos ejes distintos: el primero es el macro-comparativo, es decir, contraponiendo este grupo y los demás Países, para averiguar la circulación de un modelo de hibridación fuerte entre democracia directa y representativa; el segundo nivel es el micro-comparativo, es decir buscando las diferencias al interior del conjunto, para detectar sub-sistemas y tipologías.

En el nivel macro, una falta golpea de pronto: la ausencia casi total de instrumentos de legislación popular en África, Asia y Oceanía. En los primeros dos casos, es lícito explicar el dato simplemente en términos de ausencia de las condiciones mínimas para el desarrollo democrático, en cuanto se trata de Países que, en los *ranking* mundiales sobre la democraticidad de las instituciones, son clasificados como “autoritarios” o “no libres”. Sin embargo, también dentro de la clase del pueblo-legislador hay Países considerados no democráticos que prevén instrumentos de legislación popular, así que la explicación no es totalmente dirimente por la cuestión.

La Oceanía debe ser considerada junto con América del Norte y Europa occidental, es decir, entre los Países donde prevalece el modelo representativo. La tradición liberal, con su principio fundamental de soberanía popular, que se expresa en el Parlamento, sigue influyendo profundamente sobre estos ordenamientos. A pesar de la forma de gobierno, del tipo de Estado, de la familia jurídica de pertenencia, es el formante cultural, en particular doctrinal, que determina la elección hacia la democracia representativa.

En general, los ordenamientos que prevén institutos de legislación popular son pocos: sobre 127 Constituciones analizadas, sólo 23, que corresponden al 18% del total. La mayor difusión se ha producido con el ciclo constitucional después del colapso de la Unión soviética y con el ciclo del *nuevo constitucionalismo* latinoamericano, en particular en los Andes (excluido Chile), en Uruguay y Costa Rica.

Por la mayoría, el instituto más contemplado es el referéndum legislativo (modificativo o abrogativo), mientras que solo en 11 Países hay verdadera *initiative* (Macedonia, Serbia, Bielorrusia, Letonia, Lituania, Moldavia, Ucrania, Togo, Filipinas, Bolivia, Costa Rica) y en Ecuador y Perú una iniciativa popular que puede transformarse en *initiative*.

A nivel microcomparativo, la clase del pueblo-legislador puede ser de-construida utilizando distintos elementos fungibles. Enseguida, mencionamos los que entendemos como más significativos.

1. Calidad y número de firmas: dos ordenamientos, ambos latinoamericanos, reconocen el derecho de participación política también a los extranjeros: Ecuador y Uruguay, donde pueden inscribirse al padrón electoral los extranjeros residentes, en Ecuador desde 5 años (art. 63, c. 2), en Uruguay de 15 (art. 78, ya desde el 1934!⁸). En Ecuador, la base jurídico-filosófica para justificar esta elección es el principio de ciudadanía universal, reconocido en el art. 416, c. 1, n. 6 const: «Propugna el principio de ciudadanía universal, la libre movilidad de todos los habitantes del planeta y el progresivo fin de la condición de extranjero como elemento transformador de las relaciones desiguales entre los países, especialmente Norte-Sur»⁹.

En cuanto a la cantidad de firmas requeridas para presentar una iniciativa, hay varios modelos: un número fijo, que garantiza igualdad de

⁸ CORREA FREITAS, 2015, p. 50; GROS ESPIELL, 2002, en particular p. 296.

⁹ Cfr. RAMÍREZ GALLEGOS, 2013, pp. 261-286, en particular p. 276.

trato y certidumbre del derecho: 15 Países han elegido esta fórmula (todos, excepto los Países latinoamericanos y Croacia, Letonia, Filipinas, los cuales todos requieren el 10% del electorado); una fracción o un porcentaje del padrón electoral. En ambos modelos, la medida es el 7,5% del electorado, pero entre los Países latinoamericanos sube hasta el 11,5%, con gran variabilidad en el máximo, como en Bolivia (20%) y Uruguay (25%), y en el mínimo, como en Ecuador (0,25%), mientras que los Países que facilitan más la recolección de las firmas se sitúan entre 1 y 2% (Italia, Albania, Hungría, Serbia y Eslovenia).

En algunos ordenamientos, la recolección es más difícil porque se requiere un umbral mínimo obligatorio en cada repartición territorial del Estado: en Bolivia (15% de cada Departamento), Bielorrusia (el porcentaje debe ser cumplido en cada *Oblast* y en la Capital), Filipinas (3% de los Distritos electorales); Ucrania (2/3 de los *Oblast*); Togo (más de la mitad de las Prefecturas, cada una por no más de 50mil firmas).

2. Plazo para la recolección: va de un año, en Uruguay y Letonia, 11 meses en Albania, 9 meses en Costa Rica, a un tiempo intermedio como 6 meses en Colombia y Ecuador, hasta un plazo corto de 3 meses en Bulgaria, Italia, Lituania, Macedonia, Moldavia, Kirguizistán o 2 meses en Bielorrusia; un periodo ultra-reducido, de sólo 7 días en Serbia, 15 en Croacia, 35 en Eslovenia, 40 en Ucrania. En algunos países no se menciona algún plazo. Puede ser porque efectivamente no hay ninguno (por ej. en Hungría, como herencia de la disciplina anterior, o en las Filipinas, como elección para facilitar el ejercicio del instrumento); puede ser porque se va a determinar cada vez, y eso atribuye mucho poder al órgano competente.

3. Quorum: hay heterogeneidad también entre los quorum de votación. Sólo en Albania no hay ningún quorum predeterminado, así que podemos decir que el País es uno entre los más favorables para el ejercicio de función normativa directa por el pueblo, también considerando el muy bajo umbral de firmas (1,5%) y el largo plazo de recolección (11 meses).

Un primer obstáculo al buen éxito de una *initiative* o de un referéndum es la previsión de un quorum deliberativo de la mayoría entre los votantes, y no entre los votos válidos, como en Bolivia, Costa Rica, Ecuador, Italia, Perú, Eslovenia, Uruguay. Pero más relevante

es la previsión de un quorum participativo. Solo Albania, Ecuador, Filipinas, Ucrania y Uruguay no requieren quorum participativo. Por eso, y en consideración también de un umbral de firmas muy bajo (0,25%), el ordenamiento ecuatoriano puede sumarse al albanes como uno entre los más favorables a la legislación popular.

Un expediente para equilibrar el límite derivado del quorum participativo es medirlo con respecto a la participación electoral en las precedentes elecciones, como en Bulgaria y Letonia (y en muchos Estados miembros de los EE.UU). Normalmente, en cambio, el umbral es determinado en relación al padrón electoral: más alto en Moldavia, donde corresponde a los 3/5 de los electores; 50% de los electores en Italia, Eslovaquia, Hungría, Macedonia, Serbia, Bielorrusia, Lituania, Kirguizistán, Bolivia; un poco más bajo en Venezuela (40%); aún más bajo en Costa Rica y Perú, donde es el 30% de los electores, en Colombia, donde corresponde a 1/4 de los inscritos en el padrón electoral, y finalmente el más bajo en Eslovenia, 1/5 de los electores. El “modelo” italiano es el más imitado, entonces, pero en América latina hay un *trend* hacia umbrales más bajos.

Para entender si un ordenamiento favorece o no la legislación popular, una solución es evaluar los quorum referendarios proporcionalmente a los quorum en el proceso legislativo parlamentario.

En Italia, hay una casi perfecta correspondencia entre el porcentaje de electores que el voto de un parlamentario representa y el porcentaje de población requerido para presentar una iniciativa de ley popular: alrededor de 50mil ciudadanos. Hay desproporción, en contra, en el referéndum, donde se requieren 500mil firmas para la iniciativa; además, el referéndum, para ser aprobado, debe obtener la mayoría absoluta de votos validos, mientras que no es así para aprobar una ley ordinaria. Esto significa que el procedimiento legislativo popular italiano es construido sobre el principio de supremacía del modelo representativo de democracia. La intervención popular es meramente correctiva de la voluntad del Parlamento: para oponerse a esta se requiere a los ciudadanos un esfuerzo 10 veces más grande que a un diputado para proponer una ley de enmienda o de abrogación.

Casi todos los países que prevén quorum participativos siguen este modelo, a veces aún en sentido peyorativo. Costa Rica es la única

excepción: la proporción baja hasta 1 a 3, y el quorum participativo es menor que en el Parlamento. Por eso, podemos añadir Costa Rica al listado de países “people-lawmaker-friendly”.

4) Maté-rias ex-cludidas: la soberanía parlamentaria no tiene límites de materia. Solo puede ser limitada a través de la previsión de un procedimiento agravado. En cambio, hay materias prohibidas al pueblo. Todos los ordenamientos prevén límites.

4. **Materias excludidas:** la soberanía parlamentaria no tiene límites de materia. Solo puede ser limitada a través de la previsión de un procedimiento agravado. En cambio, hay materias prohibidas al pueblo. Todos los ordenamientos prevén límites. El listado casi siempre incluye la materia fiscal y tributaria, excepto en Croacia y Lituania. De nuevo, Ecuador y Filipinas son los dos Países que tienen el listado de materias excludidas más corto: en las Filipinas, leyes aprobadas con urgencia, hasta los primeros 90 días de su eficacia; en Ecuador, crear, modificar o eliminar impuestos, aumentar los gastos públicos, modificar la organización territorial administrativa del Estado. En este único caso, Albania es el país que no prima porque tiene la Constitución con el listado más extenso.

5. **Garantías:** puede estar previsto un control de admisibilidad (sobre los requisitos de forma) y/o un control de legitimidad constitucional (sobre los límites previstos en Constitución, usualmente de materia). En la práctica, podemos clasificar por lo menos tres soluciones distintas:

- doble control previo por dos Cortes distintas, una ordinaria o electoral, la otra constitucional (corresponde al modelo italiano, pero también se encuentra en Albania, Bulgaria, Bolivia, Ecuador). En Eslovaquia, Hungría, Croacia, Serbia y Eslovenia, el control de admisibilidad es sólo eventual.

- control de admisibilidad por el órgano político competente para convocar el referéndum. Esta solución se aplica en Macedonia y en algunas entre las ex Repúblicas soviéticas (Bielorrusia, Lituania, Moldavia).

- control único por el órgano que vigila sobre la organización del referéndum o de la consulta. En Letonia, Ucrania, Kirguizistán y en las Filipinas, son las Comisiones referendarias; en América latina el *poder electoral* (Costa Rica, Perú, Uruguay y Venezuela). Colombia es la única excepción: atribuye el control de admisibilidad a la Corte de justicia administrativa.

El control de constitucionalidad es un instrumento de garantía y balance entre ejercicio de los derechos políticos y tutela de los

derechos de las minorías. Puede ser anterior o posterior, respecto a la consulta; previo o siguiente, respecto a la recolección de las firmas. No vamos a detenernos sobre la primera contraposición, porque no tiene aspectos distintos frente a las tradicionales reflexiones de la doctrina sobre los pros y contras entre modelo preventivo o *a posteriori* de justicia constitucional.

En cambio, tiene un sentido particular la elección entre control de constitucionalidad antes de la recolección de firmas o después, porque, en el segundo caso, puede transformarse en un obstáculo muy duro para los ciudadanos. De hecho, ellos podrían desanimarse de empezar la empresa, por el miedo que sus esfuerzos terminen en una burbuja de jabón. Siempre hay que encontrar el justo nivel de equilibrio. Una solución intermedia podría ser un pronunciamiento de la Corte al principio de la recolección de las firmas, cuando ya el procedimiento esté en trámite, pero no todavía concluido.

6. Relación entre referéndum/ley popular y otras fuentes: ¿el acto normativo que ha recibido el respaldo popular tiene el mismo valor de la ley parlamentaria?

En algunos ordenamientos, la Constitución prohíbe al Parlamento modificar el éxito referendario a lo largo de un plazo determinado: en Colombia por 2 años; en Croacia, Serbia y Eslovenia, por un año. Esta disposición indica un favor hacia la legislación popular y el respeto de la voluntad de los ciudadanos, pero siempre con un límite temporal predeterminado. La soberanía parlamentaria al final siempre se reintegra.

Algunos ordenamientos extienden el valor reforzado del acto también frente a nuevos referéndum (en Croacia, por 6 meses; en Serbia, por un año; en Colombia, por dos). La *ratio* de esta cláusula es más difícil de entender, sino para evitar desperdicio de dinero sobre un asunto que viene justo de ser votado por la ciudadanía.

Ratio similar tiene la prohibición de una nueva proposición de referéndum sobre el mismo tema, antes de un plazo determinado. El valor que se defiende es el de la economicidad de la acción pública. Albania y Eslovaquia, a lo largo de los 3 años siguientes, a pesar del resultado de la votación; en Macedonia, un año; en Bielorrusia, por los 3 años siguientes, pero sólo en caso de desestimación; en Bulgaria, Moldavia y Perú, por 2; en Ucrania y Kirguizistán durante el

año siguiente, a pesar del resultado. Por fin, las consultas populares pueden ser temporalmente limitada en el mismo mandato, como en Bolivia y Venezuela.

Las Filipinas nuevamente son el ordenamiento más favorable, porque no hay ningún vínculo sobre la repetibilidad de la consulta.

7. Control de constitucionalidad de las leyes populares: en el panorama comparado hay modelos que excluyen el control constitucional sobre leyes directamente aprobadas por el pueblo, como en Francia, donde la voluntad popular, según una tradición que remonta a Rousseau, prevalece sobre su representación, pero, dentro de la clase del pueblo-legislador, todos los Países lo prevén. Aquí no estamos hablando del control sobre los requisitos constitucionales de procedimiento, sino de un control de compatibilidad substancial del contenido de la ley frente a los demás derechos constitucionales. Puede ser previo y obligatorio (de hecho, en Italia, pero también Albania, Bolivia y Ecuador) o eventual, como en Croacia, Eslovenia y Serbia; o sucesivo, según el ordinario sistema de control constitucional de los actos normativos. Esto significa que todas las leyes están subordinadas a la Constitución, a pesar de su procedimiento de aprobación.

De la deestructuración de la clase, basándonos en los datos normativos, podemos finalmente seleccionar un subconjunto de Países, constituido por Albania, Costa Rica Ecuador y las Filipinas, que definimos como más *people-friendly*, porque, dentro de los distintos requisitos analizados, reúnen abstractamente las condiciones más favorables al ejercicio de la función normativa por parte del pueblo, es decir: bajo número de subscripciones requeridas, largo plazo de recolección, ausencia de quorum o umbral participativo muy bajo, restringido elenco de materias excluidas.

3. PRIMERAS REFLEXIONES SOBRE UNA NUEVA PROPUESTA CLASIFICATORIA

A continuación, siguen algunas reflexiones derivadas del análisis de la clase del pueblo-legislador bajo aplicación del método comparado. De un lado, nos preguntamos si la construcción de esta clase responde verdaderamente a un proceso científico capaz de llevar aportes en el conocimiento de los institutos de democracia

directa (3.1). Del otro, intentamos proponer algunas explicaciones sobre la circulación de la “idea” de democracia, que sólo dentro de las limitadas experiencias incluidas en la clase analizada se ha concretizado en la protagonización del pueblo en el ejercicio de función normativa (3.2).

3.1. Clasificar los institutos de participación popular en la función legislativa: un desafío por la ciencia jurídica comparada

La ciencia del derecho constitucional comparado tiene entre sus finalidades cognitivas específicas «[...] enuclear clases y categorías, crear modelos, analizar su funcionamiento, su aptitud a ser importado o exportado, evaluar las razones de su circulación, validar los conocimientos, etc.»¹⁰. Como ha aclarado con eficacia Foucault, en su obra *Las palabras y las cosas*, un tipo de conocimiento formalizado y esquemático, inspirado por el modelo matemático, era típico del pensamiento clásico: «cada conocimiento procedía de la instauración de una orden, por medio de la institución de diferencias, y definía las diferencias por el trámite de la instauración de una orden»¹¹. A partir del siglo XIX, la epistemología ha cambiado, porque, al lado de las ciencias matemáticas y físicas, se han fortalecido la biología, la economía y la lingüística y finalmente las “ciencias humanas”, es decir, las ciencias que tienen por objeto el hombre, no como “especie biológica”, sino como conjunto de relaciones que producen efectos sobre la vida del ser humano en cada ámbito específico. Estas no tienen mucho que ver con el pensamiento matemático, aunque intentan a menudo traducir sus resultados en forma sistémica, para conferirles una justificación más científica.

El derecho pertenece a esta última categoría: no es por casualidad que una buena parte de la terminología jurídica ha sido tomada en préstamo de la matemática (pensamos, sólo para empezar, en “ordenamiento” o “sistema” jurídico) y, en derecho comparado, de la lingüística (formante y criptotipo, por ejemplo). Sin embargo, la naturaleza del objeto de nuestro estudio raramente permite resultados taxonómicos con perfiles netos, tanto que recientemente mu-

[...] no es por casualidad que una buena parte de la terminología jurídica ha sido tomada en préstamo de la matemática (pensamos, sólo para empezar, en “ordenamiento” o “sistema” jurídico) y, en derecho comparado, de la lingüística (formante y criptotipo, por ejemplo).

¹⁰ PEGORARO; RINELLA, 2013, p. 21, y también PEGORARO, 2014, p. 143 ss.; PEGORARO; RINELLA, 2017, p. 26 ss.

¹¹ FOUCAULT, 1998, p. 371.

chos comparatistas han señalado la oportunidad de volverse hacia métodos de clasificación débil, cómo la *fuzzy logic* o lógica de los conjuntos débiles. Mientras que la teoría clasificatoria clásica se basa en la lógica aristotélica del principio de no contradicción, por lo que, aplicando un determinado criterio distintivo, un objeto pertenece a uno y un solo conjunto, y responde a requisitos de exclusividad y exhaustividad, el método *fuzzy* se fundamenta en la idea que «objects can belong to the classes only to a certain extent [...] This theory conceives that an object can be part of a class in a partial way, neither fully inside nor fully outside»¹². La teoría se alimenta de la distinción entre categorías nomotéticas y politéticas: las primeras requieren que todos los elementos pertenecientes a una clase poseen las mismas propiedades comunes; las segundas admiten que los elementos de un conjunto puedan compartir tan sólo algunas propiedades, y no todas. Este método es muy útil para poder seguir profundizando las relaciones entre institutos de ordenamientos jurídicos distintos que persiguen la misma finalidad, aunque no presenten las mismas estructuras formales (pensamos, por ej. a las instituciones de derecho procesal constitucional)¹³.

En la presente investigación, al principio hemos elaborado una clasificación intencional: «el objetivo de la operación es definir la intención de cada una de las clases que se construyen, es decir, explicar la clase como concepto, y denominarla con una palabra o una expresión apropiada»¹⁴. Esta fase corresponde a la definición inicial de los elementos determinantes para la clase del pueblo-legislador. Enseguida, cada objeto ha sido analizado para verificar su pertenencia a la clase e incluirlo en el conjunto. Se trata de un «proceso de explicación o clarificación conceptual»¹⁵.

Luego, hemos realizado una clasificación extensional, que corresponde a la fase de de-construcción, tomando el conjunto de los

¹² BALDIN, 2017b, p. 140 s.

¹³ «En conclusión, la teoría de los conjuntos débiles que se esconde detrás de las categorías politéticas puede constituir un valioso instrumento gnoseológico a los comparatistas que quieren dedicarse a las actividades clasificatorias. Puede también representar la ocasión para volver a ver con lentes nuevas modelos que ya no se encuentran – ¿o nunca lo han sido? – fieles a la realidad, los cuales, aplicando la *fuzzy sets theory*, podrían encontrar un cánone epistémico que los rehabiliten como categorías conceptuales todavía valiosos en el plan eurístico» (BALDIN, 2012, pp. 1-20, en particular p. 16)

¹⁴ MARRADI, op. cit., p. 22.

¹⁵ Idem.

ordenamientos del pueblo-legislador y agrupando sus elementos bajo similitudes derivadas de la matriz de los datos normativos.

Dentro de la clase del “pueblo-legislador” se ha creado una ulterior “taxonomía”, es decir se han clasificado los elementos bajo una serie de *fundamenta divisionis* considerados en sucesión. Sin embargo, esta operación ha sido desarrollada de manera incompleta, describiendo sólo el conjunto de Países que se encuentran a un extremo de la línea imaginaria que representa el *continuum* en escala, derivado de la aplicación de las propiedades que hemos considerado las más relevantes, o sea “filéticas” (por Darwin, por ejemplo, eran las que se modificaban con menos rapidez durante la evolución): bajo número de suscripciones requeridas, largo plazo de recolección, ausencia de quorum o umbral participativo muy bajo, restringido elenco de materias excluidas. Nos hace falta una fórmula matemática para medir de manera científica el nivel de posesión de las distintas propiedades en cada ordenamiento. En términos técnicos se trata de la «función distancia»¹⁶, es decir «combinar las diferencias entre las varias propiedades consideradas en una única medición de la distinción entre dos objetos o eventos». Aquí nos encontramos con el límite, antes descrito, de la naturaleza de la ciencia jurídica en cuanto ciencia humana, de un lado, y con el problema de donde poner la frontera entre ser y deber ser, en análisis que tienen como objeto institutos incluidos dentro del concepto de “democracia”. Es decir, que aunque todos los ordenamientos incluidos en la clase del pueblo-legislador presentan, desde una perspectiva formal y normativa, los requisitos predeterminados (que entre ellos cambian sólo a nivel cuantitativo), la clase no es prescriptiva, porque el concreto funcionamiento y la eficacia de los institutos dentro del sistema democrático varía inevitablemente de experiencia en experiencia, dependiendo de variables extra-jurídicas.

3.2. Propuestas interpretativas sobre la circulación de una idea

Una clasificación no es en sí misma una explicación¹⁷. Hay que tomar en cuenta que el trabajo del comparatista no siempre termina con

¹⁶ Ibidem, p. 24.

¹⁷ BOWKER; LEIGH STAR, 2000, p. 319.

La investigación ha subrayado una amplia difusión de institutos de legislación popular en América latina y entre los Países ex comunistas. Entre ellos, hay muchos que, según los ranking sobre democracia, son considerados autoritarios o no libres.

la propuesta clasificatoria y esta afirmación es aún más verdadera cuando el objeto de investigación, como en el caso presente, es constituido por normas, es decir significados derivados de la interpretación y aplicación dentro un sistema jurídico viviente, influenciado por múltiples variables extra-normativas.

Una clasificación normativa tiende a producir un efecto prescriptivo, aunque elaborada por la doctrina, que en la mayoría de los casos no es un formante activo del ordenamiento jurídico. La motivación de este fenómeno ha sido profundizada por las ciencias sociales¹⁸, que han estudiado las clasificaciones en las estructuras organizativas de la sociedad: «Although the classification does not provide psychological depth, it does tie the person into an infrastructure – into a set of works, practices, beliefs, narratives, and organizational routines [...] Classification does indeed have its consequences—perceived as real, it has real effect»¹⁹. Es decir, como nos recuerda Humpty Dumpty hablando con Alicia en *A través el espejo*, que el sentido de las palabras es una cuestión de poder, y no sólo de efectividad. Se trata de un fenómeno psicológico que de vez en cuando los Gobernantes intentan disfrutar políticamente frente al electorado. Por supuesto, el trabajo clasificatorio del comparatista no puede avalar esta ficción, así que, en nuestro caso, hay que liberarse de la idea que la constitucionalización de instrumentos de participación ciudadana transforme automáticamente la forma de Estado en democrática.

En el ámbito mundial, el número de los ordenamientos que regulan referéndum legislativos e *initiative* es sin lugar a duda limitado, aunque en crecimiento. La investigación ha subrayado una amplia difusión de institutos de legislación popular en América latina y entre los Países ex comunistas. Entre ellos, hay muchos que, según los *ranking* sobre democracia, son considerados autoritarios o no libres²⁰.

Avanzamos dos hipótesis explicativas de este fenómeno circulatorio. La primera es concedida: la constitucionalización de instrumentos de legislación directa por muchos Países es el boleto para entrar en

¹⁸ Cfr. por ej. BURROWS, 2007.

¹⁹ Idem.

²⁰ Cfr. Democracy Index 2015, www.eiu.com, o el ranking 2015 en el sitio democracyranking.org.

el “club” de las democracias después de años de autoritarismo. Sin embargo, estos instrumentos se quedan formales y escasamente utilizados. Günter Frankenberg ha denominado este fenómeno “constitucionalismo IKEA”. Según él, la tendencia actual hacia una estandarización de las Constituciones no se explica bajo la idea del constitucionalismo global, con sus grandes valores compartidos, sino, muy simplemente, a través de un mecanismo de “compraventa” de lenguaje, términos e instituciones constitucionales que, como dentro un supermercado («IKEA warehouse as a universally or globally accessible and applicable constitutional commodity»), cada Estado toma de los estantes en su nueva fase constituyente²¹. Al final, Frankenberg afirma: «At this point, it may suffice to summarize that, contrary to a widespread belief, constitutions are not “largely invented” by societies. To be more precise, they are, by and large, constructed by constitutional elites and experts on the basis of transnational transfers, involving a great deal of *bricolage*. So, the interesting question is not really whether legal transplants are possible (they are not), but *how* legal transfer happens»²². Esta pregunta se relaciona directamente con el tema que estamos profundizando aquí.

¿Quiénes han sido los autores de las disposiciones constitucionales que venimos a analizar? ¿Se puede detectar algo distinto del “IKEA shopping” descrito por Frankenberg en los procesos constituyentes de los Países de la clase del pueblo-legislador? Nosotros creemos que sí, en parte porque, sobretudo en América latina, se ha tratado de procesos constituyentes participados²³, y en parte porque defendemos la tesis de la re-emersión de un criptotipo propio de las tradiciones culturales originarias, de un lado la tradición comunitaria indígena, del otro, la concepción de la democracia socialista y de su utopía de gobierno popular²⁴.

²¹ Cfr. FRANKENBERG, 2010, pp. 563-579, en particular p. 570 ss. Véase también CARDUCCI, 2017, p. 169 ss.

²² Ibidem, p. 579.

²³ Véase BAGNI, 2013b, pp. 1-37 y RAMÍREZ GALLEGOS, 2013, p. 103 ss.

²⁴ Hemos defendido estas tesis en precedentes escritos a los cuales reenviamos: BAGNI, 2013a, pp. 19-59 y BAGNI, 2017a. El mismo Frankenberg, en un ensayo más reciente, focaliza su atención precisamente sobre los “elementos extraños” de algunas experiencias constitucionales, interpretandolos no como productos no comerciables, sino como «moments of anti-hegemonic rebellion and institute alternative constitutional visions and traditions» (FRANKENBERG, 2013, p. 3).

A pesar de que la simple inclusión de instrumentos de legislación popular no implica necesariamente una participación efectiva del pueblo en el gobierno de la sociedad, en perspectiva jurídica se puede también evaluar su función dentro de la teoría del Estado constitucional de derecho.

No por casualidad, muchos de los Países que han constitucionalizado de manera amplia institutos participativos, incluso instrumentos de legislación popular como el referéndum y la iniciativa legislativa, han previsto también sistemas de justicia constitucional entre los más abiertos a la inclusión de los ciudadanos en la garantía de la Constitución, por ej. por el trámite de acciones populares, iniciativa directa, formas de recursos individuales, *amicus curiae*, conceptos, etc.

Luego, de una perspectiva más original, se podría intentar una lectura económica contra-hegemónica. A partir del ciclo constitucional de la descolonización, la democracia directa se ha difundido junto con la afirmación de fuerzas políticas que han asumido una postura crítica frente al sistema económico global, capitalista, neoliberal y neocolonizador, que apoya la *deregulation* del mercado, la primacía de la *soft law* en las relaciones comerciales, la *flexicurity*, etc., es decir, el fracaso del Estado social de derecho. En particular, después de la crisis de 2008, las organizaciones transnacionales se han sustituido a las instituciones democráticas en la definición de la política económica internacionales e interna de cada Estado, aún pasando por arriba de la voluntad popular, como sucedió a Grecia. Es evidente que esta *governance* no puede apoyar formas de participación política y de co-decisión, porque estos instrumentos implican una fuerte inversión en tiempo, debates, comunicación, transparencia.

A pesar de que la simple inclusión de instrumentos de legislación popular no implica necesariamente una participación efectiva del pueblo en el gobierno de la sociedad, en perspectiva jurídica se puede también evaluar su función dentro de la teoría del Estado constitucional de derecho. El constitucionalismo nace como filosofía de la limitación del poder absoluto. El principio de la separación entre los poderes es uno de sus fundamentos. En nuestra opinión, los procedimientos de legislación popular son instrumento de garantía para la actuación de este principio.

En los sistemas presidencialistas de América latina, Bielorrusia y de las Filipinas, el pueblo legislador, con su iniciativa autónoma, representa un contra-poder frente a la excesiva concentración de prerrogativas en el Presidente, directamente elegido²⁵.

²⁵ Véase S. BAGNI, 2017b, pp. 471-489.

En los sistemas semi-presidencialistas de las Repúblicas ex soviéticas, la legislación popular asegura un mejor balance entre Presidente y Ejecutivo/mayoría parlamentaria²⁶, en tanto mecanismo para solucionar las crisis políticas internas.

En los regímenes parlamentarios, los instrumentos de legislación popular no representan solamente un arma para la oposición, sino también un medio para influenciar la agenda política, que la ciudadanía puede utilizar en contra de partidos que no entienden las necesidades sociales, para dinamizar la sociedad civil y expresar el pluralismo cultural.

Por fin, son instrumentos de garantía que encuentran límites dentro del sistema constitucional, que a la ocurrencia, puede desactivar su potencial carga subversiva. Si la legislación popular amenaza derechos constitucionales, la justicia constitucional puede intervenir, tanto anteriormente, sobre la iniciativa popular, cuanto posteriormente, sobre la ley aprobada; en cambio, cuando la amenaza proviene de los órganos representativos, *initiative* y referéndum representan un instrumento de tutela para las minorías, en particular cuando falta la legitimación popular directa frente al órgano de justicia constitucional, como en Italia.

Por todas estas razones, consideramos la previsión de tales institutos democráticamente relevante, aún cuando las estadísticas nos dicen que hay un uso escaso de estos instrumentos. De hecho, las estadísticas no toman en consideración los efectos indirectos que la sola posibilidad de utilización de la legislación popular puede provocar (proyectos de leyes aprobados, modificados o renunciados para evitar un referéndum o una *initiative*)²⁷.

Una oportunidad de innovación ha sido tal vez hasta la fecha desaprovechada en los nuevos ciclos constitucionales de integración de la democracia directa a la representativa: la de abandonar la relación obligada entre derechos políticos y ciudadanía. Hay solo dos excepciones latinoamericanas, Ecuador y Uruguay, que han permitido

²⁶ Refiere esta tendencia Mario Ganino en DI GREGORIO; FILIPPINI; GANINO, 2012, pp. 8-9.

²⁷ En las ciencias sociales, para garantizar la comparabilidad, ha sido sugerido de «abandonar la búsqueda de mediciones equivalentes (comparables) e intentar, en cambio, mediciones diferentes, que tomen en consideración el contexto social, llegando así a una mayor equivalencia de significado» (SMELSER, 1992, p. 115).

a los extranjeros residentes de largo plazo de participar activamente en la política del país.

La investigación ha demostrado que la contraposición entre democracia representativa y directa es agotada y que los instrumentos de legislación popular son valiosos correctivos al paradigma democrático representativo.

El valor pedagógico y garantista de la participación popular en la función legislativa sugiere una mayor recepción de estos institutos.

REFERENCIAS

ALTMAN, D. *Direct Democracy Worldwide*. New York: Cambridge University Press, 2011 (*paperback edition*, 2014), p. 9.

BALDIN, S. Classifications and fuzzy logic: a comparative law perspective. In S. BAGNI, G.A. Figueroa Mejía, G. Pavani (coords). *La ciencia del derecho Constitucional comparado. Libro homenaje a Lucio Pegoraro, tomo I. México: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 140 s.*

_____. Riflessioni sull'uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà. In *RGDPC*, n. 10, 2012, pp. 1-20, en particular p. 16.

BAGNI, S. Dal Welfare State al Caring State? In S. Bagni (a cura di) *Dallo Stato del benessere allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano, Filodiritto, Bologna, 2013a, pp. 19-59*

_____. *Il popolo legislatore*. Bologna: BUP, 2017a.

_____. Procesos contituyentes participados y forma del Estado. In *Revista General de Derecho Público Comparado*, vol. 13, 2013b, pp. 1-37.

_____. Riforme costituzionali e supermaggioranze parlamentari: per un aggravamento variabile del procedimento di revisione, In E. Álvarez Conde (dir.), M. Álvarez Torres (coord.), *Reflexiones y propuesta sobre la reforma de la Constitución española, Granada: Comares, 2017b, pp. 471-489.*

BOWKER, G.C; LEIGH STAR, S. *Sorting Things Out. Classification and Its Consequences*. Cambridge: The MIT Press, 2000, p. 319.

BURROWS, R. Classification, In G. Ritzer (ed.), *Blackwell Encyclopedia of Sociology*, Blackwell Publishing, 2007, Blackwell Reference Online,. Disponível em <http://www.blackwellreference.com.ezproxy.unibo.it/subscriber/tocnode.html?id=g9781405124331_chunk_

- g97814051243319_ss1-56>. Acesso em: 04 Ago. 2017.
- BUTLER, D; RANNEY, A. *Referendums around the World. The Growing Use of Direct Democracy*. Washington: Macmillan, 1994.
- CARDUCCI, M. Eurocentrismo y comparación constitucional. In S. Bagni, G.A. Figueroa Mejía, G. Pavani (coords), *La ciencia del derecho Constitucional comparado. Libro homenaje a Lucio Pegoraro, tomo I. México: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 169 ss.*
- CONSTANTINESCO, L. *Il metodo comparativo*. Torino: Giappichelli, 2000 (título original: *Die Rechtsvergleichende Methode, Band II, Rechtsvergleichung*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1972).
- CORREA FREITAS, R. *Constitución de la República oriental del Uruguay de 1967 con las reformas de 1989, 1994, 1997 y 2004*, 4ª ed. Montevideo: Fcu, 2015, p. 50.
- DI GREGORIO, A.; FILIPPINI, C; GANINO, M. *Governi e Parlamenti nei Paesi dell'Europa orientale (Polonia, Lituania, Ungheria, Repubblica Ceca): l'equilibrio innanzitutto*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 8-9.
- FOUCAULT, M. *Le parole e le cose. Un'archeologia delle scienze umane*. Milán: BUR Saggi, 1998, p. 371.
- FRANKENBERG, G. Constitutional transfer: The IKEA theory revisited. In *ICON*, n. 8, 2010, pp. 563-579, en particular p. 570 ss.
- _____. Constitutions as Commodities: Notes on a Theory of Transfer. In *Comparative Law Review*, vol. 4, n. 1, 2013, p. 3.
- GROS ESPIELL, H. La democracia semidirecta y el sistema representativo en el derecho constitucional uruguayo. In H.A. Concha Cantú (coord.) *Sistema representativo y democracia semi-directa. Memoria del VII Congreso iberoamericano de derecho constitucional*, México: Instituto de Investigaciones jurídicas, 2002, p. 296.
- HAMON, F. *Le referendum. Étude comparative*. 2ª ed. Paris: LGDJ, 2012, p. 25 ss.
- HUG, S; TSEBELIS, G. Veto players and referendums around the world. In *Journal of Theoretical Politics*, vol. 14, n. 4, 2002, pp. 465-515.
- MARRADI, A. Classificazioni, tipologie, tassonomie. In: *Enc. Scienze social*, vol. II, Roma: Treccani, 1992, p. 22.
- MÖCKLI, S. Nove democrazie a confronto. In M. Cacigli, P.V. Uleri (a cura di), *Democrazie e referendum*, Bari-Roma: Laterza, 1994, p. 49 ss.
- MOREL, L. Referendum, In M. Rosenfeld, A. Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 508.

PEGORARO, L. *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bup, Bologna, 2014, p. 143 ss.

PEGORARO, L; RINELLA, A. *Diritto costituzionale comparato. Aspetti metodologici*, Padúa: Cedam, 2013, p. 21.

_____. *Sistemi costituzionali comparati*. Turín: Giappichelli, 2017, p. 26 ss.

QVORTRUP, M. Referendums in Western Europe. In M. Qvortrup, *Referendum Around the World. The Continued Growth of Direct Democracy*. Hampshire-New York: Palgrave Macmillian, 2014, p. 51 ss.

RAMÍREZ GALLEGOS, J. Construyendo más Democracia. Análisis del sufragio migrante en Ecuador. In *Democracia*, vol. 1, 2013, pp. 261-286, en particular p. 276.

_____. Processo costituente ecuatoriano e legittimazione democratica: un contrappunto andino. In S. Bagni (a cura di), *Dallo Stato del benessere allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Bologna: Filodiritto, 2013, p. 103 ss.

SERDÜLT, U; WELP, Y. Direct Democracy Upside Down. In *Taiwan Journal of Democracy*, vol. 8, n. 1, 2012, pp. 69-92.

SMELSER, N.J. Comparativo, método. In *Enc. Scienze Soc.*, vol. II. Roma: Treccani, 1992, p. 115.

ULERI, P.V. *Referendum e democrazia. Una prospettiva comparata*. Bologna: il Mulino, 2003, p. 64.

VOLPI, M. Referendum nel diritto costituzionale. In *Dig. disc. pubb.*, XII, Torino: Utet, 1997, p. 494 ss., en particular pp. 500-503.

“WE THE PEOPLE”, “THEY THE PEOPLE” E O ENIGMA DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

Tradução de:

Karina Denari

Gomes de Mattos

Doutoranda em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – FND/UFRJ. Gestora acadêmica do Programa de Pós-Graduação Lato Sensu da FGV DIREITO SP (GVlaw). São Paulo, SP, Brasil. karinadenari@usp.br

Samir Ramos Zaidan

Mestre em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – FND/UFRJ, pesquisador e advogado. Rio de Janeiro, RJ, Brasil. samir.dir.ufv@gmail.com

We the people, they the
people and the puzzle of
democratic constitutionalism

Autor: David A. Strauss

Professor de Direito na Universidade de Chicago (*Gerald Ratner Distinguished Service Professor of Law*), autor de diversos artigos e da recente obra *The Living Constitution* (2010).

Este ensaio foi escrito para o “*Symposium on Constitutional Foundations*”, ocorrido na Faculdade de Direito da Universidade do Texas, aos 15 e 16 de fevereiro de 2013. Sou grato aos participantes do Simpósio e à plateia pelos comentários, e ao “*Burton and Adrienne Glazov Faculty Fund*” da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago pelo apoio financeiro.

1. A ILUSÃO DO “WE THE PEOPLE”¹

A Constituição, é claro, anuncia que foi ordenada e estabelecida pelo “*We the People*”². A ideia de que a Constituição é, de alguma maneira, o resultado do trabalho do “povo” – que tem um significativo

¹ Nota dos Tradutores: Optamos por manter a expressão original “We the People” tendo em vista a controvérsia desenvolvida no debate acadêmico sobre o termo. Brevemente, “We the People” é a expressão que abre o preâmbulo da Constituição norte-americana, estabelecendo as fundações da vontade popular na concepção própria do constitucionalismo. Essa concepção será questionada pelo autor ao longo do texto, dando margem à sua antítese “They the People”, proposta que questiona a representatividade popular do texto de 1787 nos dias de hoje.

² US CONSTITUTION, 1787, preâmbulo.

suporte democrático – é sedutora. Mas em que medida a Constituição que nós vivenciamos hoje é, de fato, produto do “*We the People*”?

Há várias questões. Uma delas é a de que os indivíduos responsáveis pela elaboração da Constituição original podem não ter sido fielmente representativos nem mesmo em seu próprio tempo³. A segunda questão diz respeito a um problema familiar de que, mesmo supondo o texto original como um produto de determinado povo em determinada época, este povo (deixando de lado as recentes emendas constitucionais) não está mais entre nós já há algum tempo. Entretanto, ainda estamos vinculados a sua obra, de algumas maneiras – o que significa que nos referimos a “*They the People*”, e não ao “*We the People*”, e isso não soa muito democrático⁴. Uma terceira questão está relacionada aos pontos de partida e aos pontos de chegada das gerações responsáveis pelas retificações e ementas. Isso significa que nós estamos, possivelmente, agindo de forma incompatível com o que o povo ordenou e estabeleceu, originariamente. Mas, talvez, essas atualizações façam a Constituição mais democrática; eu sustento que, ao menos potencialmente, elas o façam. Por fim, há a questão de saber por que vale a pena investigar o quão a Constituição é democrática. Ou – talvez essa seja uma outra maneira de colocar a mesma questão – qual sentido de “democracia” seria adequado para que uma Constituição possa ser considerada democrática.

Tentarei responder a essas questões para o constitucionalismo dentro de um sistema de *common law*. Acredito que esse seja nosso sistema; mas mesmo que não o seja, ou na medida em que isso não ocorra, penso que nós podemos avançar com essas questões considerando-as relacionadas com tal sistema. No constitucionalismo de *common law* nós resolvemos as questões controversas do direito constitucional não pela análise do texto da Constituição, mas sim com base nos precedentes (judiciais e extrajudiciais) ponderados pela equidade e por políticas adequadas – isto é, tratar essas ques-

Por fim, há a questão de saber por que vale a pena investigar o quão a Constituição é democrática. Ou – talvez essa seja uma outra maneira de colocar a mesma questão – qual sentido de “democracia” seria adequado para que uma Constituição possa ser considerada democrática

³ Veja Larry G. Simon, 1985 (estimando isso, porque apenas os homens brancos adultos que possuíam a propriedade eram emancipados e nem todos apoiaram a ratificação, apenas 2,5% da população dos Estados Unidos na época votou em favor da ratificação da Constituição).

⁴ É claro que a Constituição pode ser alterada, veja a US CONSTITUTION, 1787, art. V, mas uma proposta de emenda pode ser bloqueada mesmo por uma pequena minoria – apenas mais de um terço da Câmara dos Congressos (a não ser que dois terços dos Estados reivindiquem a aceitação) ou apenas mais de um quarto dos estados.

tões da maneira que os juízes no sistema de *common law* tratam⁵. No que diz respeito à solução de controvérsias constitucionais, o texto constitucional desempenha um papel limitado.

Qualquer dispositivo constitucional objeto de litígio frequente servirá como exemplo. O voto padrão da Suprema Corte cita o texto do dispositivo, mas na sequência, sem maior atenção com o seu conteúdo, afirma coisas do tipo “Nós interpretamos esse dispositivo querendo significar...”. Depois disso, apresenta uma profunda discussão sobre os precedentes⁶. Se existir qualquer margem de manobra, a Corte solidifica a interpretação do texto normativo com base nos precedentes, de acordo com suas concepções do que seja justo ou razoável⁷. Nas instâncias inferiores, a ênfase no precedente é ainda maior visto que elas estão vinculadas às decisões da Suprema Corte e ao seu âmbito de influência. Além disso, assim como o *common law* não se resume apenas aos precedentes judiciais – legislação, costumes, e até mesmo tendências gerais na sociedade formam as fontes do direito que os juízes do *common law* consideram⁸ – da mesma maneira o constitucionalismo no *common law* considera os precedentes extrajudiciais, além dos judiciais⁹.

Para ficar claro, a marca do constitucionalismo no *common law* não é que o texto da Constituição seja dispensável. É uma premissa em

⁵ Para uma descrição e defesa do constitucionalismo de *common law*, veja geralmente STRAUSS, 2010 e STRAUSS, 1996.

⁶ Veja US SUPREME COURT, 2011. *Snyder v. Phelps* (Citando o texto da Cláusula de Liberdade de Expressão da Primeira Emenda, mas depois discutindo numerosos precedentes sem qualquer referência ao texto).

⁷ Veja US SUPREME COURT, 2011, p. 1220 (afirmando que “um discurso prejudicial sobre questões públicas” deve ser protegido “para garantir que não sufoquemos o debate público”).

⁸ Veja CARDOZO, 1921. O juiz Cardozo observou que: quando a lei deixou a situação descoberta por qualquer regra pré-existente, não há nada a fazer senão ter [o juiz] declarar que homens justos e razoáveis, conscientes dos hábitos de vida da comunidade e os padrões de justiça e comércio justo que prevalecem entre eles, em circunstâncias normais, sem regras, exceto as de costume e de consciência, para regular sua conduta. *Ibid.* em 142-43.

⁹ Para um exemplo de um argumento baseado principalmente em precedentes não judiciais, veja as opiniões do Escritório de Conselheiro Jurídico do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, concluindo que o Presidente pode fazer nomeações sob a Cláusula de Nomeação de Recesso durante um recesso intrasessão no Congresso. A opinião mais recente, citando outros, é a *Lawfulness of Recess Appointments During a Recess of the Senate Notwithstanding Periodic Pro Forma Sessions* (US OFFICE OF LEGAL COUNSEL, 2012). Esta posição foi desaprovada pelo Circuito do Distrito de Columbia em *Noel Canning v. NLRB* (2013). Contra, *Evans v. Stephens* (2004) (sustentando que o recesso do Senado, na acepção da Cláusula de Nomeação de Recesso, inclui intrasessão).

Determinados aspectos constitucionais – dispositivos claros e não sujeitos a séria disputa – suscitam questões peculiares e interessantes sobre a democracia. Você certamente poderia perguntar, para tomar um exemplo notável, em que medida manter a existência do Senado é democrático.

nosso sistema constitucional que o texto não pode ser ignorado¹⁰. Ninguém pode sustentar que a Constituição demanda ou veda algo sem citar o dispositivo constitucional que dê suporte àquela demanda. Também é inaceitável dizer que determinado dispositivo constitucional é obsoleto e que, por consequência, deve ser desconsiderado (como se faz quando um precedente está desatualizado e deve ser superado). Para além dessa função, existem outras situações nas quais o texto é muito importante, sobretudo em situações não controversas: o texto pode estabelecer marcos que precisam ser fixados, de um jeito ou de outro. É fundamental que saibamos a data de término do mandato do Presidente da República, por exemplo. Seria perturbador se nós tivéssemos que solucionar uma questão como essa em cada caso concreto.

Determinados aspectos constitucionais – dispositivos claros e não sujeitos a séria disputa – suscitam questões peculiares e interessantes sobre a democracia. Você certamente poderia perguntar, para tomar um exemplo notável, em que medida manter a existência do Senado é democrático¹¹. Ao menos, no que diz respeito à atuação dos tribunais, as questões sobre a natureza democrática do constitucionalismo normalmente surgem quanto há uma disputa sobre o que deseja a Constituição – em casos, por exemplo, nos quais os tribunais declaram a inconstitucionalidade de leis que têm um significativo suporte popular¹². O problema parece ser particularmente agudo para o constitucionalismo do *common law*, já que esse sistema, na forma em que se desenvolveu na Inglaterra e nos Estados Unidos, foi, via de regra, subordinado à legislação. Poderia ser contestado que utilizar essa forma de abordagem no direito constitucional geraria problemas especiais de legitimidade democrática, uma vez que, – em oposição à tradição do *common law* [subordinado ao

¹⁰ Veja BREST, 1980. (“O texto da Constituição é autoritário, mas muitas das suas disposições são tratadas como inerentemente de textura aberta”); FALLÓN, 1987 (“Argumentos do texto desempenham um papel universalmente aceito no debate constitucional”).

¹¹ Veja LEVINSON, 2006 (observando o poder desproporcional de pequenos estados no Senado e concluindo que “simplesmente não há defesa para este senão o fato de que a representação igual dos estados foi considerada necessária em 1787 para criar uma Constituição que seria ratificada pelos pequenos estados” e que a atual divisão de poder no Senado “literalmente nada a ver com a medição do sentimento da maioria nacional”).

¹² Veja US SUPREME COURT, 2010, *Citizens United v. FEC* (invalidando parte da Lei de Reforma da Campanha Bipartidária sobre os fundamentos da Primeira Emenda); US SUPREME COURT, 2000, *United States v. Morrison* (derrubando a parte dos remédios civis federais do Ato da Violência Contra as mulheres), veja também PILDES, 2011 (“Julgados de várias maneiras, *Citizens United* parece ser o ato mais contramajoritário da Corte em muitas décadas.”)

legislativo] – o constitucionalismo no *common law* permite ao Poder Judiciário sobrepor o papel dos legisladores eleitos¹³.

Eu penso que essa objeção particular é baseada numa ilusão, embora não se possa negar que questões possam ser colocadas sobre se o constitucionalismo no *common law* é suficientemente democrático. A ilusão decorre da fascinação pelo “*We the People*”. Se o constitucionalismo inclui a revisão judicial¹⁴ – se juízes que não estão sujeitos a prestar contas politicamente podem se negar a aplicar leis produzidas pelos representantes eleitos – logo, há uma questão sobre o quanto o constitucionalismo é antidemocrático¹⁵. Essa questão surge visto que juízes, que são menos responsivos¹⁶ ao eleitorado, estão desfazendo o trabalho dos representantes eleitos, que são mais responsivos¹⁷. A questão sobre a democracia é um produto da revisão judicial, e não de determinada abordagem da Constituição pelo *common law*. Por que é relevante questionar se juízes não eleitos aplicam comandos estabelecidos pelas pessoas que arquitetaram a Constituição há um século ou mais, ou aplicam um precedente, ou com esses pretextos apenas reforçam suas próprias convicções políticas? Juízes não eleitos estão se opondo a representantes eleitos. Isso levanta a questão sobre a democracia.

A ilusão está na crença de que a abordagem da Constituição no *common law* é mais antidemocrática do que a aplicação do texto da Constituição, uma vez que o texto da Constituição é o produto do “*We the People*” e dessa forma tem um suporte democrático¹⁸. Assim, quando os tribunais aplicam esse texto, eles estão na verdade aplicando a vontade do povo; não agindo, assim, de forma

¹³ Para uma objeção ao longo dessas linhas, veja, por exemplo, BALKIN, 2011 (afirmando que o constitucionalismo de *common law* “não é uma explicação de por que a tomada de decisões judiciais... tem alguma conexão com a soberania popular” porque “juízes são elites profissionais e os precedentes dos juízes anteriores são as decisões das elites passadas”).

¹⁴ Nota dos Tradutores: traduzimos para “revisão judicial” a expressão *judicial review* uma vez que se refere especificamente ao Controle de Constitucionalidade norte-americano, e não a uma teoria geral de controle de constitucionalidade.

¹⁵ Este é, é claro, um tema persistente, mas provavelmente a discussão mais conhecida é BICKEL, 1962.

¹⁶ Responsivo aqui aparece como tradução de *accountable*. A ideia de *accountability* relaciona-se com o dever dos agentes públicos prestar contas ao eleitorado, permitindo maior transparência, controle e fiscalização.

¹⁷ *Ibid.*, p. 16-17.

¹⁸ Veja BALKIN, 2011 (afirmando que os juízes que usam uma abordagem de *common law* para a Constituição “não estão envolvidos na construção constitucional que implementa um plano escrito adotado por “*We the People*”, mas sim está criando a Constituição através de métodos comuns de *common law*”).

antidemocrática. Esse tipo de argumento encontra-se presente no ensaio *O Federalista n° 78* de Alexander Hamilton. Este autor rejeitou a falsa ideia de que dar aos tribunais o poder de afastar a aplicação das leis “implicaria na superioridade do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo”¹⁹. Ao invés disso, afirma Hamilton, o poder da revisão judicial é apenas uma forma de vindicar o princípio de que “os representantes do povo” não podem ser “superiores ao próprio povo”²⁰. Os tribunais “foram desenhados para ser um corpo intermediário entre o povo e o Legislativo para que, dentre outras coisas, possa manter esse último dentro dos limites de sua autoridade”²¹. Dar esse poder aos tribunais “não significa de forma alguma a superioridade do Judiciário sobre o Legislativo”²². Ao contrário, Hamilton conclui que a revisão judicial “apenas supõe que o poder do povo é superior a ambos, e que quando a vontade do Legislativo, consubstanciada nas leis, entra em conflito com a vontade do povo, declarada na Constituição, os juízes devem ser governados mais pela última do que pela primeira”²³.

Se nós estivéssemos lidando com uma disposição constitucional produzida recentemente – elaborada pelo “*We the People*”, não pelo “*They the People*” – então esse argumento seria razoável. A vontade do povo, consagrada numa emenda constitucional recente, deveria prevalecer sobre a vontade do legislador. É claro que as questões não assim tão simples, mesmo no que diz respeito às disposições adotadas recentemente. Ninguém duvida que a Constituição prevalece sobre leis ordinárias; as questões são sempre sobre a interpretação adequada da Constituição. Porém, o ponto central é que a Constituição escrita que nós, de fato, hoje temos, incluindo as emendas que criam a maior parte das disputas, foi, como dito, elaborada por uma geração morta há muito tempo. O povo na obra de Hamilton, nesse momento da história, representa o “*They the People*”, e não o “*We the People*”. Logo não fica claro por que a revisão judicial que é baseada no texto é mais democrática do que a revisão judicial baseada nos precedentes.

¹⁹ HAMILTON, MADISON, JAY, 2011.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

2. COMO O CONSTITUCIONALISMO NO COMMON LAW PODE SER DEMOCRÁTICO

Assumindo, contudo, que a revisão judicial é em algum grau antidemocrático, nós devemos investigar o quão ele é antidemocrático. Seria importante para a revisão judicial que o Judiciário pudesse apoiar-se em alguma forma de legitimidade democrática – de forma a ter alguma responsividade ao *“We the People”*. Mas qual seria o conceito de democracia nesse contexto?

Ainda que a democracia se refira apenas a alguma versão de regra da maioria, ainda assim, é claro, existem sérios problemas. Nós teríamos que decidir como as diversas opiniões da maioria seriam determinadas. Se existe um sistema de representação, como os representantes seriam escolhidos – seriam eles eleitos por distritos ou pela totalidade da nação? Se eles forem eleitos por distritos, como seriam identificados esses distritos? De quanto tempo seria o mandato dos representantes? Existem também questões sobre como os votos dos cidadãos serão agregados. O sistema seria proporcional ou majoritário, com primeiro e segundo turno de votação – se necessário? Quais papéis os partidos políticos desempenhariam, dentro e fora das respectivas Casas Legislativas? Como seria organizada a agenda política? As Casas seriam unicamerais ou bicamerais? O Executivo seria separado do Legislativo? E ainda há questões fundamentais no que diz respeito ao processo de eleição: questões como, por exemplo, a dimensão da liberdade de expressão e a regulação dos meios de influenciar a eleição, tais como as fontes de financiamento das campanhas e os gastos dos candidatos.

A multiplicidade dessas questões, e a dificuldade de respondê-las, demonstra que não é óbvio o que constitui um verdadeiro regime democrático de governo. Isso por si só já é capaz de nos gerar dúvidas sobre a possibilidade de contrastar um governo eleito “democraticamente” com um a revisão judicial “antidemocrática”. Dito isso, de qualquer forma, num sistema com algo semelhante à revisão judicial sempre haverá elementos que são manifestamente antidemocráticos no sentido de que eles não estão sujeitos aos procedimentos majoritários usuais. Os juízes estão protegidos da opinião pública: juízes federais, ao menos, são indicados, não eleitos, e “mantêm seu cargo enquanto mantiverem o bom

Ainda que a democracia se refira apenas a alguma versão de regra da maioria, ainda assim, é claro, existem sérios problemas. Nós teríamos que decidir como as diversas opiniões da maioria seriam determinadas.

comportamento”²⁴. Os entendimentos convencionais, não com base em texto expreso da Constituição, reprovariam aqueles juízes que se veem simplesmente como agentes da vontade popular.

Dessa forma, ao invés de descrever a revisão judicial como “contra-majoritária”²⁵ – como se ele fosse a antítese do governo democrático – seria melhor dizer que existe uma relação de continuidade. Juízes vitalícios são diferentes de representantes eleitos, é claro, porém se você pensar em um representante que possui alguma garantia no cargo, e cujas chances de perder uma eleição são mínimas, ou ainda num representante que não tem a pretensão de se candidatar para uma reeleição, a diferença com os juízes – com relação às credenciais democráticas – não são tão acentuadas. Talvez, e mais importante, todos representantes mantêm algum grau de afastamento de seus representados; alguns deles (tais como os Senadores dos Estados Unidos) são titulares de mandatos relativamente longos²⁶, e não há acordo de que os representantes devem responder a cada mudança na opinião pública constitutiva²⁷. Isso sugere que uma boa ordem constitucional tenha elementos que são altamente sensíveis à opinião pública e elementos que são designados para ser menos sensíveis²⁸. Nesse sentido, qualquer sistema constitucional plausível é, em certo grau, antidemocrático.

Quando os tribunais se sobrepõem aos poderes eleitos em nome da Constituição – não importando se usam uma abordagem de *common law* ou não – elas comportam-se, nesse sentido, de maneira antidemocrática. Entretanto, uma vez que todo sistema

²⁴ US CONSTITUTION, 1787, art. III, § I.

²⁵ Veja BICKEL, 1962 (discutindo a “dificuldade raiz” da natureza “contramajoritária” da revisão judicial).

²⁶ Veja LEVINSON, 2006, p. 50 (“Eu suspeito que o país provavelmente tenha sido razoavelmente bem servido pelo termo de seis anos. Ele encoraja a ter uma visão mais longa do que os membros da Câmara, que estão constantemente conscientes de que enfrentarão uma nova eleição literalmente dentro de vinte e dois meses de tomar seus juramentos de escritório.”); ESKRIDGE, FEREJOHN, 2009 (observando que “o Senado, com distritos de longo prazo e estadual, é esperado para ser um corpo ‘seleto e estável’”).

²⁷ Veja REHFELD, 2009 (observando que “ninguém espera que exista uma correspondência exata” entre as leis de uma nação e as preferências dos cidadãos governados por eles, porque as preferências dos cidadãos não são coerentes com “os níveis individuais e coletivos” podem não corresponder a seus “verdadeiros interesses” e podem ser superados por “princípios mais importantes” como direitos das minorias).

²⁸ Veja ESKRIDGE, FEREJOHN, 2009 (argumentando que “cada parte do processo de lei desempenha um papel deliberativo diferente”, sendo a Câmara dos Deputados “mais sensível às atitudes e demandas populares” e o Senado “aplica [considerações] a longo prazo de” razão e justiça “para Medidas urgentemente procuradas pela Câmara “); cf. FLEMING, 2009 (concluindo “tentativas de tornar o Congresso mais democrático” não resolveria os problemas da instituição).

constitucional plausível possui elementos antidemocráticos, esse tipo de comportamento, por si só, não coloca em cheque a revisão judicial. As questões importantes sobre a interpretação constitucional e a revisão judicial dizem respeito à natureza e à extensão desses elementos antidemocráticos. Qual é o papel dessas instituições (relativamente) antidemocráticas? Deveriam os tribunais intervir somente na defesa de determinadas minorias? Na defesa de alguns supostos valores nacionais duradouros ou das tradições? Na defesa de princípios supostamente implícitos no texto da Constituição? Essas intervenções serão, de certa forma, antidemocráticas, mas esse não é necessariamente o problema. Com efeito, essa intervenção até pode ser benéfica.

Deve existir uma forma de demonstrar que o constitucionalismo, inclusive com a revisão judicial, é democrático.

Não acredito, contudo, que nós devamos parar por aqui. Deve existir uma forma de demonstrar que o constitucionalismo, inclusive com a revisão judicial, é democrático. Isto é, deve existir uma explicação para que a Constituição que seja aplicada contra as instituições majoritárias seja ainda o produto do *“We the People”*. Mas essa explicação deve ser realista, que não supõe que nós sejamos as mesmas pessoas de 220 ou 150 anos atrás.

Antes que eu possa desenvolver essa explicação, cumpre aqui endereçar uma teoria que parece resolver este problema habilmente. Esta teoria é usualmente chamada de democracia dualista²⁹. A ideia central é que a Constituição é produto do processo democrático que seja superior ao ordinário dia-a-dia dos processos majoritários³⁰. Estes processos ordinários são mais fortemente influenciados pelos grupos de interesse ou pelas elites - não verdadeiramente pelo

²⁹ As declarações contemporâneas mais conhecidas estão em ACKERMAN, 1991, que diferencia as raras decisões tomadas pelas pessoas - “leis legislativas mais elevadas” - e decisões tomadas com mais frequência pelo governo - “legislar normal” - e ACKERMAN, 1998 que descreve a legislação superior como tendo lugar sob um “senso aumentado de legitimidade democrática” e a legislação normal como “inúmeras decisões tomadas na ausência de sentimento de maioria mobilizado e politicamente autoconsciente”. Veja também a discussão sobre a natureza dualista da democracia constitucional em RAWLS, 2005, que traça a ideia central para os *Dois Tratados de Governo* de John Locke e refere a “distinção de Locke ... entre o poder constituinte do povo para estabelecer um novo regime e o poder ordinário dos oficiais de governo e do eleitorado exercido no dia-a-dia política”.

³⁰ Veja ACKERMAN, 1991, p. 6 (argumentando que a Constituição “concede às decisões feitas pelo Povo” apenas quando um “número extraordinário” de cidadãos toma uma proposta a sério, os oponentes da decisão têm “uma oportunidade justa de organizar”, e a maioria dos americanos “apoia [a] iniciativa como seus méritos são discutidos, uma e outra vez, nos fóruns deliberativos previstos para “leis superiores”). Para uma conta algo semelhante, veja WHITTINGTON, 1999, p. 151 (“A formação da Constituição dependia da deliberação popular, e foi redigida e ratificada com base na persuasão do todo, e não na afirmação de uma parte”).

povo, que estão mais engajados com suas próprias vidas – e não muito com os negócios do governo³¹. Mas, de tempos em tempos, de acordo com essa teoria, o povo se mobiliza, e isso permite que uma sensibilidade democrática superior prevaleça³². A Constituição, nessa linha, é o produto destes períodos³³. Os juízes deveriam tratar como Constituição as decisões que são produto destes períodos elevados de engajamento político popular, os chamados momentos constitucionais³⁴. Na história norte-americana, o enquadramento da Constituição escrita foi um desses momentos constitucionais, mas não foi o único. Outros possíveis candidatos são o período após a Guerra Civil e o *New Deal*.³⁵ Precisamos de algum critério para determinar quando os momentos constitucionais ocorreram, e precisamos de um meio de identificar as decisões que serão atribuídas a esses períodos de elevado engajamento. Só então tais decisões, sendo verdadeiramente as decisões do “*We the People*” podem, de acordo com a teoria da democracia dualista, serem reforçadas nos períodos comuns, contra as decisões menos democráticas dos grupos de interesse e das elites³⁶.

Esta teoria resolve o problema da suposta natureza antidemocrática da revisão judicial ecoando a discussão de Hamilton no ensaio *O Federalista n. 78*³⁷. Quando juízes aplicam a Constituição, eles estão vindicando, e não frustrando, a verdadeira vontade popular. Isto

³¹ Veja ACKERMAN, 1991, p. 243-51 (identificando burocracias, grupos de interesse públicos e privados, meios de comunicação de massa e partidos políticos como os principais veículos da política normal).

³² Veja AECKERMAN, 1991, p. 266-67 (descrevendo um período de “deliberação popular mobilizada” em que as “propostas transformadoras do movimento são testadas uma e outra vez dentro do sistema legislativo superior”).

³³ Veja AECKERMAN, 1991, p. 267 (descrevendo a fase final de legislação superior, codificação legal, na qual “o Supremo Tribunal começa a tarefa de traduzir a política constitucional em direito constitucional, fornecendo os princípios doutrinários convincentes que orientarão a política normal por muitos anos”).

³⁴ Veja AECKERMAN, 1984 (“Embora a política constitucional seja o maior tipo de política, deve-se permitir dominar a vida da nação somente durante períodos raros de consciência política aumentada. Durante os longos períodos entre esses momentos constitucionais, uma segunda forma de atividade- devo chamar isso de normal política-prevalece. “[ênfase adicionado]).

³⁵ Veja ACKERMAN, 1991, p. 58 (identificando os “três grandes pontos decisivos da história constitucional” como a Fundação, a Reconstrução e o *New Deal*).

³⁶ Veja ACKERMAN, 1991, p. 6-7 (descrevendo “a ideia básica” de uma democracia dualista como aquela em que a legislação normal cede ocasionalmente a uma legislação mais avançada, através da qual uma população mobilizada sinaliza ao governo “novas ordens de marchas”, finalmente “culminando na proclamação de lei superior no nome de *We the People*”).

³⁷ Veja HAMILTON, MADISON, JAY, 2011 (afirmando que “os tribunais foram concebidos para ser um órgão intermediário entre as pessoas e a legislatura, entre outras coisas, para manter o último dentro dos limites atribuídos à sua autoridade”).

Não é óbvio que coisas como, por exemplo, uma alta participação eleitoral ou maior participação em organizações políticas seja suficiente para estabelecer uma legitimidade democrática maior, no sentido que necessitamos.

ocorre, pois, a verdadeira vontade popular está expressa nas decisões tomadas durante os momentos constitucionais, não no produto rotineiro do sistema político. Os juízes invalidam este último quando se apresenta inconsistente diante do primeiro.

Eu não creio que esta teoria funcione por diversos motivos. Há o problema da identificação destes períodos de engajamento democrático elevado. Não é óbvio que coisas como, por exemplo, uma alta participação eleitoral ou maior participação em organizações políticas seja suficiente para estabelecer uma legitimidade democrática maior, no sentido que necessitamos. A teoria deveria identificar, com especificidade, os problemas que afligem os processos majoritários regulares e só então mostrar como estes problemas são superados quando algumas condições são identificadas. Esse tipo de demonstração apresenta sérias dificuldades normativas e empíricas – questões normativas como quais tipos de participação política carregam essa superioridade democrática, e questões empíricas relacionadas às circunstâncias que produzem esse tipo de participação. As circunstâncias que envolvem as pessoas na política podem não ser propícias à melhora na qualidade decisória³⁸. Na verdade, o contrário pode ser verdade: os períodos de crise podem precipitar um grande envolvimento político, mas também mostrar o pior das pessoas. Mas, mesmo que fosse possível identificar momentos constitucionais no passado, quando a vontade autêntica do povo foi expressa, a teoria da democracia dualista ainda não tornaria a revisão judicial democrática³⁹. Por um lado, a menos que os momentos constitucionais fossem no passado recente, ainda são “*They the People*”, não “*We the People*”. A pessoa mais nova que votou em Franklin Roosevelt em 1936 tem 98 anos hoje⁴⁰. Ser governado pelas decisões da geração *New Deal* não é particularmente democrático. E mesmo além dessa dificuldade – e novamente assumindo que identificamos verdadeiros momentos constitucionais – existe o problema de descobrir quais decisões foram tomadas pelo “povo”

³⁸ Veja ELSTER, 2012 (“A constituição real é muitas vezes um negócio bagunçado, desencadeada por crises de um tipo ou de outro e raramente avaliada pelo ‘meio tranquilo e sedativo da razão’”).

³⁹ Veja KLARMAN, 1992 (argumentando que um proponente da democracia dualista “não pode fazer uma escolha de princípio entre a voz desinteressada de um povo há muito tempo morto e a voz dos meios vivos de hoje”).

⁴⁰ SUAREZ, 2012.

durante esses períodos. Esse problema é bastante difícil quando o momento constitucional produz uma Constituição escrita completa, juntamente com extensos registros de debates de redação e ratificação. Mesmo quando temos esses materiais, muitas vezes não há consenso sobre o que as pessoas decidiram durante o momento constitucional: temos os debates já conhecidos sobre os entendimentos originais. Quando o processo não é explícito – quando nenhum texto canônico emerge do momento constitucional – temos que determinar quais decisões atribuir a um povo que, sem dúvidas, foi dividido em muitas questões, apresentou múltiplas preocupações e, provavelmente, não percebeu que estavam envolvidos em um processo constituinte. Essa determinação não será fácil. Deverá ser feita por alguém – um juiz, por exemplo. E isso apenas reproduz o mesmo problema sobre a base democrática da revisão judicial⁴¹.

Finalmente, a democracia dualista não é uma descrição precisa de nosso sistema, penso eu. Muitos desenvolvimentos constitucionais importantes não surgiram de uma só vez como o produto de algo que poderia ser plausivelmente descrito como um conjunto unificado de decisões de uma população politicamente engajada. Esses desenvolvimentos aconteceram ao longo do tempo, muitas vezes em ajustes e recomeços. Não é possível, por exemplo, identificar um período de dois, três, cinco, ou mesmo dez anos, em que a igualdade racial surgiu como um princípio governamental no direito constitucional americano; havia antecedentes importantes para a decisão de 1954 em *Brown v. Board of Education*⁴² (incluindo o período pós-Guerra Civil, é claro, bem como eventos no século XX), e a Lei de Direitos Civis de 1964 dificilmente marcou o fim do processo⁴³. O mesmo se aplica à liberdade de expressão⁴⁴, à igualdade das mulheres⁴⁵, ao crescimento do estado administrativo⁴⁶,

⁴¹ Veja KLARMAN, 1992, p. 770 (“Mesmo tendo estabelecido que ocorreu um momento constitucional, os tribunais ... ainda precisariam verificar seu conteúdo”).

⁴² US SUPREME COURT, 1954, *Brown v. Board of Education of Topeka*.

⁴³ Veja STRAUSS, 2010, p. 85-92 (discutindo como eventos anteriores influenciaram a decisão do Tribunal em *Brown*), veja geralmente OGLETREE, 2009 (descrevendo eventos e casos históricos do Supremo Tribunal em relação à igualdade racial a partir de meados dos anos 1800 até o presente).

⁴⁴ Veja STRAUSS, 2002 (atribuindo o estado atual da lei de liberdade de expressão a uma evolução decorrente de “decisões judiciais e desenvolvimentos extrajudiciais”).

⁴⁵ Veja SIEGEL, 2002 (ratificando a Décima nona Emenda em uma história que começou com a elaboração da Décima Quarta Emenda).

⁴⁶ Veja SKOWRONEK, 1982 (descrevendo a criação e o crescimento de agências administrativas federais).

à expansão do poder federal sobre a economia nacional⁴⁷ e ao surgimento do domínio presidencial nos assuntos de segurança nacional⁴⁸. Não é realista atribuir esses desenvolvimentos a um único ato decisivo (ou a um conjunto intimamente relacionado de atos decisivos) pelo eleitorado. Esses desenvolvimentos constitucionais foram o produto de um processo muito mais evolutivo.

Existe, então, uma maneira significativa em que uma constituição que é aplicada contra decisões majoritárias pode ser chamada de democrática? Como eu disse, considerarei um sistema constitucional de *common law*, embora eu pense que o argumento tem uma aplicação para além desse sistema. Por motivo de exposição, eu considerarei um modelo simples que parece relativamente antidemocrático: os princípios constitucionais são desenvolvidos por meio de precedentes judiciais isolados e depois utilizados por juízes federais para invalidar as leis promulgadas pelo Congresso e pelos legisladores estaduais. Devo enfatizar que este não é todo o constitucionalismo de *common law*. Outros atores além de juízes - legisladores, funcionários do poder executivo e cidadãos - também dependem de precedentes. E os juízes (assim como esses outros atores) invocam precedentes não-judiciais, produtos não apenas do trabalho dos juízes. Mas o constitucionalismo de *common law* é mais antidemocrático quando os juízes dependem apenas de precedentes judiciais. Então, se esse tipo de sistema é suficientemente democrático, segue *a fortiori* que o constitucionalismo de *common law* como um todo é adequadamente democrático.

Existem pelo menos três formas pelas quais um sistema centrado no juiz, ao contrário das aparências, é democrático⁴⁹. O primeiro - provavelmente o mais óbvio - é que, embora os juízes federais não se candidatem ao cargo e não possam ser facilmente removidos do cargo, eles estão incorporados em um sistema democrático. Eles são selecionados e confirmados por representantes eleitos. As nomeações judiciais podem, naturalmente, ser usadas para tentar consolidar os pontos de vista de uma coalizão governamental por um

⁴⁷ Veja KRAMER, 1996 (“O New Deal exigiu uma expansão significativa da autoridade federal, com certeza, mas de uma perspectiva constitucional, o aumento foi quantitativo e não qualitativo”).

⁴⁸ Para uma discussão abrangente, veja BARRON, LEDERMAN, 2008.

⁴⁹ Muitos outros sugeriram, de várias maneiras, que a revisão judicial é menos contramajoritária do que parece. Veja, por exemplo, FRIEDMAN, 2009; ROSEN, 2006 e LAIN, 2012.

Existe, então, uma maneira significativa em que uma constituição que é aplicada contra decisões majoritárias pode ser chamada de democrática?

tempo até mesmo maior depois que a coalizão perca o poder⁵⁰. Mas pelo menos no momento da sua nomeação, a maioria dos juízes terá pontos de vista que estão em linha com o sentimento popular⁵¹. Em suas perspectivas e sensibilidades gerais, é provável que sejam figuras comuns⁵² (o que pode ser bom ou ruim, mas é mais democrático do que a visão convencional dos juízes, como atores “contramajoritários”). E mesmo as opiniões de uma coalizão extinta provavelmente ainda terão muitos adeptos.

Além disso, o judiciário é uma instituição multi-membros; reduz a chance de que membros com opiniões atípicas que se distanciam daquelas do processo de nomeação majoritário possam vir a ter muita influência. E os juízes não servem para sempre. Estarão, pelo menos, dentro de uma ou duas gerações das pessoas que são imediatamente afetadas por suas decisões - o que é mais do que pode ser dito sobre as pessoas que elaboraram e ratificaram a maior parte da Constituição escrita ou participaram dos principais candidatos para os momentos constitucionais.

Em segundo lugar, o precedente reflete o sentimento popular até certo ponto. Isso é fácil de ver se considerarmos “precedentes” não judiciais que incluam desenvolvimentos na sociedade como um todo. Por exemplo, as decisões que interpretam a Constituição para proibir muitas formas de discriminação contra as mulheres poderiam, de acordo com o *common law*, obter apoio legítimo nas tendências da sociedade em grande escala que apontaram para a igualdade das mulheres – mudanças no direito não constitucional e mudanças na economia e sociedade também. Mas mesmo um precedente estritamente judicial terá um tempo mais difícil de sobreviver se estiver muito longe de contato com o sentimento popular. Os representantes eleitos resistirão aos precedentes que são altamente impopulares – ou seja, mesmo que os representantes obedeçam às ordens específicas dos tribunais, eles podem se recusar a reconhecer algumas decisões como interpretações apropriadas da Constituição, a menos que sejam especificamente ordenados a

⁵⁰ Veja GILLMAN, 2006.

⁵¹ *Ibid.*, p.142-43 (“Os juízes [...] tendem a representar a agenda política mais saliente no momento da sua nomeação”).

⁵² Veja LAINM 2012, p. 164 (“Como o resto de nós. Os juízes do Supremo Tribunal são um produto de seu tempo”).

fazê-lo⁵³. Além disso, precedentes impopulares serão submetidos a pressão de novos nomeados judiciais, incluindo juízes em tribunais inferiores que os implementarão de má vontade. Os cidadãos também podem resistir a eles, se tiverem a oportunidade. Todas essas forças tenderão a manter os precedentes não muito distantes da opinião pública.

Finalmente, a revisão judicial em si tornar-se-á vulnerável se os tribunais se desviarem da opinião pública demais e muitas vezes. Em um sistema democrático regular, as instituições que são inaceitáveis para um grande número de pessoas terão problemas para sobreviver de fato, se não teoricamente. A aceitação geral a longo prazo da revisão judicial – que, se eu tiver razão, opera por meio de uma abordagem de *common law* – é um sinal de que essa abordagem é, pelo menos, não muito censurável para muitas pessoas. Claro, nenhuma dessas coisas demonstra que a maioria das pessoas sempre apoie a revisão judicial, ou o constitucionalismo de *common law*, não importa o que os tribunais façam. Mas o apoio da maioria não é o ponto; se o fosse, os juízes seriam eleitos como são os legisladores e os chefes de governo. O ponto é apenas que existe um sentido significativo em que o constitucionalismo de *common law* é democrático.

Este último ponto se aplica não apenas à revisão judicial, mas a outros aspectos do sistema – elementos indiscutivelmente antidemocráticos, como o Senado⁵⁴, ou elementos que são difíceis de classificar como democráticos ou não, como o requisito de que as eleições presidenciais se realizem a cada quatro anos ao invés de qualquer outro intervalo⁵⁵. Se o sistema como um todo responde amplamente ao sentimento popular, então elementos específicos do sistema não poderão sobreviver se encontrarem desaprovação popular maciça. Obviamente, isso não significa que eles sejam idealmente democráticos, assumindo que sabemos o que “idealmente democrático” significa. Mas coloca um chão debaixo deles; limita o quão antidemocrático essas instituições podem se tornar.

⁵³ Veja BICKEL, 1962, p. 258-64 (descrevendo reações dos presidentes Jackson, Lincoln e Franklin Roosevelt às decisões que desaprovaram).

⁵⁴ Veja LEVINSON, 2006 (criticando o “Senado ilegítimo” por seu sistema de representação desigual e a redistribuição resultante de recursos de grandes estados para pequenos estados).

⁵⁵ *Ibid.* p. 116-18 (sugerindo que a rigidez do mandato do presidente pode ser antidemocrática à luz da incapacidade de termos fixos para garantir uma boa política ou servir como medida de estabilidade política).

Não há uma única teoria da democracia que seja obviamente correta e, por essa razão, entre outras, nenhuma maneira única de estabelecer, além da disputa, as credenciais democráticas da revisão judicial e do constitucionalismo de *common law*. Mas essas credenciais existem.

Claro, ainda é verdade que o sistema pode ser melhorado. As melhorias podem ser feitas em nome de uma visão normativa específica sobre o aspecto de uma democracia que funciona bem. Assim, pode-se argumentar pela eleição popular do presidente, por exemplo, em preferência à eleição do Colégio Eleitoral. No caso da revisão judicial, o argumento seria que a melhor concepção da democracia exige que os tribunais defiram mais para certas decisões legislativas e executivas do que para outras. Este tipo de argumento prevaleceu em meados da década de 1930, quando o Tribunal abandonou o devido processo econômico e começou a seguir a abordagem da Constituição descrita na nota de rodapé do caso *Carolene Products*⁵⁶. A afirmação, na época, era que o papel judiciário apropriado em uma democracia é o descrito na nota de rodapé, por implicação, a abordagem que o Tribunal tinha tomado antes era insuficientemente democrática. Em alguma medida, a revisão no papel dos tribunais provavelmente foi motivada pela opinião da elite, mas a Suprema Corte, pelo menos, também respondeu a algumas das forças democráticas que descrevi⁵⁷. Isso foi pressionado pela opinião popular, e a sua adesão mudou; novos nomeados foram escolhidos por um presidente popular que queria reformular o papel do Tribunal.

Não há uma única teoria da democracia que seja obviamente correta e, por essa razão, entre outras, nenhuma maneira única de estabelecer, além da disputa, as credenciais democráticas da revisão judicial e do constitucionalismo de *common law*. Mas essas credenciais existem. A Constituição que está nos Arquivos Nacionais foi o trabalho do “*They the People*”. Mas a Constituição que realmente temos - uma evolução, não uma que está sob o vidro - na verdade é, de maneira importante, o trabalho do “*We the People*”.

⁵⁶ US SUPREME COURT, 1938, *United States v. Carolene Products Co.* (propondo um padrão elevado de revisão judicial, entre outras coisas, de legislação voltada para “minorias discretas e insulares”).

⁵⁷ Para uma discussão histórica sobre os eventos significativos que antecederam *United States v. Carolene Products Co.* e o impacto desse evento na jurisprudência do Tribunal, ver o documento FRIEDMAN, 2009, p. 46.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. *We The People: Foundations*. Cambridge: Belknap Press, 1991.
- _____. *We The People: Transformations*. Cambridge: Belknap Press, 1998.
- _____. The Storrs Lectures: Discovering the Constitution, *Yale Law Journal*, vol. 93, p. 1013-1072, 1984.
- BALKIN, Jack M. *Living Originalism*. Cambridge: Belknap Press, 2011.
- BARRON, David J.; LEDERMAN, Martin S. The Commander in Chief at the Lowest Ebb—A Constitutional History, *Harvard Law Review*, v. 121, p. 941, 2008.
- BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*. New Haven: Yale University Press, 1962.
- BREST, Paul. The Misconceived Quest for the Original Understanding. *Boston University Law Review*, v. 60, p. 204-205, 1980.
- CARDOZO, Benjamin N. Adherence to Precedent. The Subconscious Element in the Judicial Process, *The nature of the Judicial Process*. New Haven: Yale University Press, 1921.
- ELSTER, Jon. The Optimal Design of a Constituent Assembly. In: LANDEMORE, Hélène; ELSTER, Jon (eds.). *Collective Wisdom: Principles and Mechanisms*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- ESKRIDGE, William N. Jr; FERREJOHN, John. Constitutional Horticulture: Deliberation-Respecting Judicial Review, *Texas Law Review*, v. 87, p. 1273 e 1281. 2009.
- FALLÓN Jr., Richard H. A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation. *Harvard Law Review*, v. 100, p. 1189 e 1195, 1987.
- FLEMING, James E. Toward a More Democratic Congress? *Boston University Law Review*, v. 89, p. 629 e 640. 2009.
- FRIEDMAN, Barry. *The Will Of The People: How Public Opinion Has Influenced The Supreme Court And Shaped The Meaning Of The Constitution*. New York: Farrar Straus Giroux, 2009.
- GILLMAN, Howard. Party Politics and Constitutional Change: The Political Origins of Liberal Judicial Activism. In: KAHN, Ronald; KERSH, Ken I. (Eds.). *The Supreme Court And American Political Development*. Lawrence: University Press of Kansas, 2006.
- HAMILTON, MADISON, JAY. *O Federalista*. Portugal: Ed. Calouste Gulbekian, 2011.
- KLARMAN, Michael J. Constitutional Fact/Constitutional Fiction: A Critique of Bruce Ackerman's Theory of Constitutional Moments, *Stanford Law Review*, v. 44, p. 759 e 765, 1992.

KRAMER, Larry. What's a Constitution For Anyway? Of History and Theory, Bruce Ackerman and The New Deal, *Case Western Reserve Law Review*, v. 46, p. 885 e 921, 1996.

LAIN, Corinna Barret. Upside-Down Judicial Review, *The Georgetown Law Journal*, v. 101, p. 113, 2012.

LEVINSON, Sanford. *Our Undemocratic Constitution: Where The Constitution Goes Wrong (And How We The People Can Correct It)*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

OGLETTREE JR., Charles J. From Dred Scott to Barack Obama: The Ebb and Flow of Race Jurisprudence, *Harvard Blackletter Law Journal*, v. 25, 2009.

PILDES, Richard H. Is the Supreme Court a "Majoritarian" Institution? *The Supreme Court Review*, v. 2010, p. 103 e 105. 2011.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 2005.

REHFELD, Andrew. Representation Rethought: On Trustees, Delegates, and Gyroscopes in the Study of Political Representation and Democracy, *AM. POL. SCI. REV*, v. 103, p. 214. 2009.

ROSEN, Jeffrey. *The Most Democratic Branch: How The Courts Serve America*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

SHOWRONEK, Stephen. *Building A New American State: The Expansion Of National Administrative Capacities 1877-1920*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

SIEGEL, Reva B. She The People: The Nineteenth Amendment, Sex Equality, Federalism, and the Family, *Harvard Law Review*, v. 115, 2002.

SIMON, Larry G. The Authority of the Framers of the Constitution: Can Originalist Interpretation Be Justified? *California Law Review*, v. 73, p. 1482; 1498; 1499-1500. 1985.

STRAUSS, David A. Common law Constitutional Interpretation. *U. Chicago Law Review*, v. 63, p. 877, 1996.

_____. Freedom of Speech and the Common-Law Constitution. In: STONE, Geoffrey R.; BOLLINGER, Lee C (Eds). *Eternally Vigilant: Free Speech In The Modern Era*. Chicago: Chicago University Press, 2002.

_____. *The living constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

SUAREZ, Ray. Interview by Ray Suarez with Elzena Johnson, Delegate to the 2012 Democratic Nat'l Convention, in Charlotte, N.C. (Sept. 6, 2012). Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=tbk5NsA3Cyw>>. Acesso em: 06 set. 2017.

US CONSTITUTION, 1787.

US OFFICE OF LEGAL COUNSEL. Lawfubess of Recess Appointments During a Recess of the Senate Notwithstanding Periodic Pro Forma Sessions. *Opinions of the Office of Legal Counsel*, Vol. 36, p. 5-9, 2012. Disponível em: <<http://justice.gov/olc/2012/pro-fonna-sessions-opinion.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2017.

US SUPREME COURT. *Snyder v. Phelps*, 131 S. Ct. 1207, 1215-19 (2011). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/562/443/>>. Acesso em: 02 set. 2017.

_____. *Citizens United v. FEC*, 130 S. Ct. 876, 913 (2010). Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-205.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2017.

_____. *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598, 602, 605 (2000). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/529/598/case.html>>. Acesso em: 02 set. 2017.

_____. *Noel Canning v. NLRB*, 705 F.3d 490, 499-507 (D.C. Cir. 2013). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/12-1281>>. Acesso em: 02 set. 2017.

_____. *Evans v. Stephens*, 387 F.3d 1220, 1224-26 (11th Cir. 2004). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/04-828.ZA.html>>. Acesso em: 02 set. 2017.

_____. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>>. Acesso em: 02 set. 2017.

_____. *United States v. Carolene Products Co.* 304 U.S. 144 (1938). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/case.html>>. Acesso em: 02 set. 2017.

WHITTINGTON, Keith E. *Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*. Lawrence: University Press of Kansas, 1999.

RECENSIÓN DEL LIBRO: SUIZA. SOBRE CÓMO SE GOBIERNAN LOS SUIZOS

Ignacio Durbán Martín
Investigador y candidato a doctor del Departamento de Derecho Constitucional, Ciencia Política y de la Administración de la Universitat de València-Estudi General. València, Espanha. durmarig@uv.es
Autor convidado

Frecuentemente tenemos noticia, a través de los medios de comunicación, de que en Suiza se ha sometido a referéndum alguna cuestión de trascendencia para la vida pública del país. Así, por ejemplo, fue particularmente sonado hace unos años el referéndum sobre la construcción de minaretes en las mezquitas. También la consulta sobre la limitación salarial de los grandes ejecutivos atrajo una gran atención mediática en su momento. Lo mismo puede decirse del reciente referéndum sobre la prohibición a la banca comercial de crear dinero o el de la limitación de cupos de inmigración que ha puesto en entredicho los acuerdos con la propia Unión Europea. Y así podrían citarse muchos otros casos que ejemplifican el grado de curiosidad y desconcierto que genera en nuestro país una práctica política que, sin embargo, nada tiene de excepcional ni de controvertida para los suizos. Se trata, en realidad, de una de tantas manifestaciones cotidianas de su particular forma de concebir la democracia constitucional.

Pues bien, esas reacciones de curiosidad y desconcierto a las que me he referido también tienen lugar a menudo en el ámbito académico español. Y esto trae causa de que el modelo suizo resulta bastante más desconocido para nuestra doctrina científica de lo que a primera vista cabría esperar. Piénsese, por ejemplo, que de manera frecuente los especialistas en instituciones de democracia directa parecen encontrarse más cómodos, a la hora de ilustrar sus explicaciones, estableciendo analogías con la Atenas de Pericles que con sistemas más próximos a nosotros – en el tiempo y en el espacio-

El motivo que a mi parecer explica que el mundo académico marque una distancia tan acusada con Suiza (hasta el punto de que, en ocasiones, uno tiene la sensación de que se trata de un país ajeno a nuestro entorno) es que se intuye – sin duda con acierto – la enorme complejidad inherente al funcionamiento de sus estructuras democráticas.

como lo es el suizo. Y adviértase también que cuando los estudios sobre el Estado autonómico recurren al derecho comparado – ya sea para explicar nuestra peculiar estructura territorial, ya sea para mostrar distintos elementos en los que podría inspirarse su reforma – produce un llamativo contraste entre las numerosas referencias que suelen realizarse a modelos como el alemán o el canadiense y las escasas (o nulas) alusiones al sistema suizo.

El motivo que a mi parecer explica que el mundo académico marque una distancia tan acusada con Suiza (hasta el punto de que, en ocasiones, uno tiene la sensación de que se trata de un país ajeno a nuestro entorno) es que se intuye – sin duda con acierto – la enorme complejidad inherente al funcionamiento de sus estructuras democráticas. Expresándolo en otros términos podría decirse que el intrincado conjunto de particularidades que caracterizan al modelo suizo – fruto de avatares históricos con difícil parangón en el plano comparado – es la causa de que no exista especial ánimo o interés entre los especialistas por aproximarse a este sistema a fin de explorarlo y entenderlo.

Pues bien, teniendo en cuenta todo lo anteriormente apuntado, no cabe duda de que es una extraordinaria noticia – tanto para la doctrina, como para el público en general – que el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales haya publicado recientemente una monografía de Sergio Gerotto, profesor de la Universidad de Padova, centrada en el examen del sistema jurídico-político por el que se rige la confederación suiza. Una obra muy interesante y curiosa a la que podemos dar la bienvenida por la traducción al castellano que ha realizado Remedio Sánchez Ferriz.

La virtud fundamental de este libro – titulado *Suiza* y subtítulo *Sobre cómo se gobiernan los suizos* – es que combina la capacidad de síntesis (la edición que aquí se presenta consta de un total de 160 páginas) con la exhaustividad y el rigor a la hora de abordar los distintos aspectos de los que se ocupa. Los nueve capítulos que conforman la obra delinean un completo recorrido que transita por cada uno de los elementos clave para entender las principales dinámicas normativas e institucionales del país alpino.

Su punto de partida es una amplia contextualización que permite al lector tomar conciencia del cúmulo de factores geográficos,

económicos y culturales que condicionan el funcionamiento del sistema político suizo. En sus primeros compases el trabajo contiene, además, un conjunto de nociones históricas necesarias para comprender el lento proceso de formación de la actual confederación; ello, que también difiere tanto de nuestros estudios de Derecho Constitucional, resulta peculiar en el tratamiento constitucional de dicho sistema que siempre, cualquiera que sea el autor, se inicia con referencias históricas amén de no pocas explicaciones del mismo carácter que a la hora de comprender y explicar cualquiera de sus instituciones hallaremos en todo estudio sobre el sistema suizo.

Una vez fijadas estas coordenadas – que permiten el correcto encuadre de los contenidos abordados en los restantes capítulos – el estudio se centra en el análisis de los aspectos más reseñables de este modelo constitucional. El primer elemento examinado es el sistema federal instituido al amparo del ordenamiento vigente en materia territorial. El autor da cuenta tanto de su compleja estructura multinivel como de los principales problemas que padece en la actualidad. Las páginas inmediatamente posteriores se centran en la descripción de algunos de los rasgos definitorios de la escena política del país. En concreto, se expone cuáles son los distintos partidos políticos con incidencia en el ámbito de las instituciones y se muestra un análisis de sus resultados electorales en perspectiva histórica. También se hace una sucinta mención a las asociaciones de intereses y movimientos sociales en tanto que actores relevantes de este particular sistema democrático hasta el punto de ser llamados a consultas siempre que se plantea la redacción y estudio de una nueva ley de relevancia constitucional y, por supuesto, también en toda reforma del texto fundamental.

El autor se ocupa después de la forma de gobierno directorial que representa un supuesto único en el mundo democrático. En este sentido, expone cuál es el juego de relaciones entre los poderes legislativo y ejecutivo centrando la atención, especialmente, en la peculiar composición y lógica de funcionamiento del segundo que, tal vez por la dificultad de entenderse desde la perspectiva de los países democráticos de nuestro entorno, se sintetiza con la expresión de “fórmula mágica”. Reflexiona también, en este punto, sobre el concepto de democracia consensual que tan a menudo se identifica con Suiza.

Posee una particular importancia e interés el capítulo dedicado a los instrumentos de democracia directa toda vez que se trata – como he apuntado al principio – del elemento que más sorprende al observador extranjero por cuanto constituye un caso único en el mundo. Esta parte del trabajo no solamente contiene un repaso de los distintos mecanismos existentes en cada nivel de gobierno sino que, en el transcurso de sus páginas, el autor detalla cuál es su regulación actual y qué problemas se derivan de su aplicación práctica.

Se reserva un capítulo específico a la cuestión del reconocimiento de los derechos fundamentales y las libertades públicas en el ordenamiento jurídico suizo. En él se relata el proceso de codificación de que fueron objeto hace casi dos décadas y se abordan, además, una serie de aspectos adicionales entre los que destaca el dificultoso proceso de recepción del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Justamente la sistematización de las novedades jurídicas en materia de derechos y libertades, en parte introducidas por la jurisprudencia del Tribunal Federal y en concreto en la aplicación por el mismo del Convenio Europeo, constituyó una de las razones de la reforma constitucional total llevada a cabo en 1999.

El sistema judicial es también uno de los elementos conformadores del Estado a los que se presta atención en este trabajo. Son particularmente interesantes, en este apartado, las reflexiones dedicadas a la ausencia de un control de constitucionalidad de las leyes sustituido sin embargo, tal como se acaba de aludir, por el llamado control de convencionalidad en la medida en que el Convenio Europeo sí había sido aplicado afectando a la interpretación de las leyes suizas.

Y, por último, el libro concluye con un interesante capítulo que describe cuál es la compleja situación de Suiza en el contexto de las relaciones internacionales; su tradicional neutralidad, con ser un punto indiscutible, no ha dejado de plantear polémica en especial a la hora de determinar su posición respecto de la Unión Europea con la que, si bien es cierto que se ha mantenido en un difícil equilibrio en base a pactos bilaterales, nada impide que la permanente intervención popular en todo tipo de decisiones pueda generar problemas como en la realidad y muy recientemente se ha producido con el referéndum sobre el control de la inmigración.

A la vista de cuanto antecede puede decirse que el trabajo de Sergio Gerotto constituye una valiosa contribución académica. Y no lo es simplemente porque aborde una materia escasamente trabajada por nuestra doctrina, sino porque el planteamiento de su estudio es, a un mismo tiempo, riguroso y ameno. Se trata, en suma, de una obra de inexcusable lectura para todos aquellos que (desde dentro o fuera del ámbito académico) tengan interés en conocer cómo se gobiernan los suizos. Pero lo es también en cuanto constituye el más completo y a la vez sintético estudio en nuestra lengua. No es de ignorar el reciente interés entre nosotros que cabe comprobar en recientes publicaciones¹.

Pero en términos generales podríamos observar que los trabajos publicados constituyen estudios de concretas instituciones o de fenómenos aislados (como el de la secesión del Cantón del Jura) cuya comprensión requiere de su específica integración en la complejidad del sistema. Es justamente esa perspectiva de conjunto expuesta con lenguaje claro y directo lo que constituye la principal aportación de Sergio Gerotto quien justamente presenta su obra con el propósito de contribuir a la comprensión del sistema político suizo pero, sobre todo, con la esperanza que su lectura incite a continuar el interés por el mismo.

¹ Sin perjuicio de algunas contribuciones con las que esporádicamente prestamos atención a tan curioso sistema con ocasión de un acontecimiento relevante para el mismo como es la reforma constitucional de 1999 (ej. JARIA Y MANZANO, Jordi. El federalismo suizo. Una respuesta a una sociedad plural. RVAP, núm. 61, 2001, o SANCHEZ FERRIZ, Remedio y GARCIA SORIANO, María Vicenta, Suiza (Una realidad histórica para el siglo XXI). Madrid, CEPC, 2001). Recientemente sí parece haberse extendido algo más tal interés: Así, BELTRÁN ADELL, Francisco. El republicanismo en Suiza, en ISEGORIA 33/ 2006, ARENAS RAMIRO, M. «La reforma constitucional suiza: el origen de la regla de oro fiscal», en Teoría y Realidad Constitucional, n.º 30, 2.º semestre de 2012, BILBAO UBILLOS, Juan María, “El proceso de gestación de un nuevo cantón de la confederación Helvética: La secesión del Jura”; en Historia constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional, n.º. 7, 2006. RUIZ VIEYTEZ, Eduardo J. “¿Derecho a decidir en clave interna? El conflicto del Jura y el referéndum de 2013”, en REAF núm. 20, octubre 2014. COLINO, César, “Suiza y la Unión Europea: condicionantes institucionales internos, retos y perspectivas de la “relación especial””. Real Instituto El Cano. Documento de Trabajo 51/2009.

REFERÊNCIAS

ARENAS RAMIRO, Mónica. La reforma constitucional suiza: el origen de la regla de oro fiscal. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 30, 2012

BELTRÁN ADELL, Francisco. El republicanismo en Suiza. *Isegoría*, n.33, 2005.

BILBAO UBILLOS, Juan María. El proceso de gestación de un nuevo cantón de la confederación Helvética: La secesión del Jura. *Historia constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, n. 7, 2006.

COLINO, César. Suiza y la Unión Europea: condicionantes institucionales internos, retos y perspectivas de la “relación especial. Real Instituto El Cano. Documento de Trabajo 51/2009.

GEROTTO, Sergio. *Suiza. Sobre como gobiernan los suizos*. Madrid:Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2015

JARIA Y MANZANO, Jordi. El federalismo suizo. Una respuesta a una sociedad plural. *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 61, 1, 2001.

RUIZ VIEYTEZ, Eduardo J. ¿Derecho a decidir en clave interna? El conflicto del Jura y el referéndum de 2013. *Revista d'Estudis Autònoms i Fedarals*. n. 20, octubre 2014.

SANCHEZ FERRIZ, Remedio; GARCIA SORIANO, María Vicenta. *Suiza (Una realidad histórica para el siglo XXI)*. Madrid: CEPC, 2001.

POLÍTICA EDITORIAL E NORMAS DE PUBLICAÇÃO

Os manuscritos submetidos às Seções Geral e Especial passam por um controle prévio de originalidade e pertinência à linha editorial, realizado pelos próprios editores. Em seguida, passam por um processo de revisão duplamente anônima, realizado por pesquisadores experientes e familiarizados com o tema específico do manuscrito submetido. O processo é duplamente anônimo porque nem o autor sabe quem é o revisor, nem o revisor sabe quem é o autor -- suas identidades não são reveladas. No processo de revisão duplamente anônima, a qualidade do manuscrito é avaliada de acordo com os seguintes critérios: clareza, precisão, consistência e concisão; adequação da metodologia adotada; solidez e originalidade do(s) argumento(s) apresentado(s); relevância científica; atualidade das referências. Os avaliadores são recrutados na comunidade jurídico-acadêmica do país e do exterior que se dedica aos estudos de Teoria Jurídica Contemporânea. O critério para a seleção de avaliadores segue padrões internos rigorosos, dada sua importância para a qualidade do trabalho editorial. Em casos excepcionais, o avaliador é um pesquisador mais novo que possui competência específica para a avaliação do texto. O tempo esperado para a conclusão da avaliação é de aproximadamente 2 meses. Excepcionalmente, artigos de autores convidados podem ser publicados nas Seções Geral e Especial.

Os autores devem seguir as seguintes diretrizes:

1. Não é permitida qualquer referência que indique autoria.
2. Não será aceita a submissão simultânea de mais de uma proposta de artigo sob a mesma autoria. Caso isso ocorra, a segunda submissão não será avaliada.

3. Recomenda-se que os manuscritos submetidos não ultrapassem a quantidade de 20 páginas em fonte Times New Roman, tamanho 12 e espaçamento entre linhas 1.5.

4. As notas devem ser numeradas sequencialmente em números arábicos e colocadas em pé de página (rodapé).

5. As notas de pé de página que incluem informações de conteúdo devem ser breves e focadas em apenas um assunto. As notas de conteúdo podem também apontar o leitor para outras fontes.

6. O artigo deve incluir um resumo, com aproximadamente 10 linhas, além de indicar no mínimo 3 e no máximo 6 palavras-chave.

7. As palavras-chave são fundamentais para a correta indexação do trabalho. É recomendável incluir a palavra indicativa da subárea na qual se insere o trabalho. Recomenda-se ainda verificar a ocorrência das palavras em bases de dados nacionais e internacionais, como o vocabulário de autoridades da Biblioteca Nacional (http://acervo.bn.br/sophia_web/).

8. Quando o texto for redigido em português, o título, o resumo e as palavras-chave devem ser traduzidos para o inglês; quando redigido em inglês ou espanhol, para o português.

9. Citações diretas que não excedam três linhas devem permanecer no corpo do texto, entre aspas – sem itálico ou negrito. Citações diretas que excedam três linhas devem ser destacadas e recuadas da margem esquerda – sem itálico ou negrito.

10. Títulos de livros devem aparecer em itálico; títulos de artigos devem aparecer entre aspas. Palavras em latim ou língua estrangeira – tendo como referência a língua na qual o texto foi redigido – devem aparecer em itálico. O itálico também pode ser utilizado como recurso de ênfase pelo próprio autor. Jamais utilizar o negrito no corpo do texto.

11. As referências de citações diretas e indiretas devem aparecer em nota de rodapé e indicar somente o sobrenome do(s) autor(es), em caixa alta, seguido do ano de publicação e (quando for o caso) da página. Exemplo: HART, 1961, p. 15.

12. As referências completas devem ser indicadas em seção separada, após a conclusão, seguindo as regras técnicas da norma NBR 6023 (Associação Brasileira de Normas Técnicas).

13. Os editores recomendam o uso de linguagem clara, precisa e consistente. O uso de linguagem inclusiva de gênero fica a critério do autor.

Este periódico possui diretrizes destinadas a promover uma política de integridade ética aplicável à atividade científica em toda a sua extensão – desde a concepção e realização de pesquisas à comunicação dos resultados. As diretrizes a seguir foram elaboradas tendo como referência as Diretrizes Básicas para a Integridade na Atividade Científica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq); o Código de Boas Práticas Científicas da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP); a Declaração Conjunta sobre Integridade em Pesquisa resultante do II Encontro Brasileiro de Integridade em Pesquisa, Ética na Ciência e em Publicações (II BRISPE); e o documento Cooperação entre Instituições de Pesquisa e Periódicos em Casos de Integridade em Pesquisa: Orientação do Comitê Internacional de Ética em Publicações elaborado pelo do Committee on Publication Ethics.

Para mais informações sobre nossas diretrizes, consulte nossa plataforma em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/index>.

