

Organizadores: **Martín Almada**
Antonio Moreira Maués

Verdade, Justiça e Reparação na América Latina

Autores:

Alejandra Pascual
Ana Maria D'Ávila Lopes
Carolina Vergel Tovar
Elisabete Maniglia
Fernanda Frizzo Bragato
Helena Esser dos Reis
Luciana Araújo de Paula
Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
Pablo Perel
Paulo Sérgio Weyl Albuquerque Costa
Yanira Zúñiga



Lumen Juris

Direito

Lumen Juris | Editora

www.lumenjuris.com.br

Editores

João de Almeida
João Luiz da Silva Almeida

Conselho Editorial

Adriano Pilatti
Alexandre Morais da Rosa
Ana Alice De Carli
Beatriz Souza Costa
Bleine Queiroz Caúla
Caroline Regina dos Santos
Daniele Maghelly Menezes Moreira
Diego Araujo Campos
Emerson Garcia
Firly Nascimento Filho
Flávio Ahmed
Frederico Price Grechi
Geraldo L. M. Prado

Gina Vidal Marcilio Pompeu
Gisele Cittadino
Gustavo Noronha de Ávila
Gustavo Sénéchal de Goffredo
Helena Elias Pinto
Jean Carlos Fernandes
Jerson Carneiro Gonçalves Junior
João Carlos Souto
João Marcelo de Lima Assafim
João Theotônio Mendes de Almeida Jr.
José Emílio Medaur
Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha
Lúcio Antônio Chamon Junior

Luigi Bonizzato
Luis Carlos Alcoforado
Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Manoel Messias Peixinho
Marcellus Polastrí Lima
Marcelo Ribeiro Uchôa
Marco Aurélio Bezerra de Melo
Ricardo Lodi Ribeiro
Roberto C. Vale Ferreira
Sérgio André Rocha
Victor Gameiro Drummond
Sidney Guerra

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

Conselho Consultivo

Andreya Mendes de Almeida Scherer Navarro
Antonio Carlos Martins Soares
Artur de Brito Gueiros Souza

Cajo de Oliveira Lima
Francisco de Assis M. Tavares
Ricardo Máximo Gomes Ferraz

Filiais

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

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

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

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

Martín Almada
Antonio Moreira Maués
(Organizadores)

Verdade, Justiça e Reparação na América Latina

Editora Lumen Juris
Rio de Janeiro
2015

Copyright © 2015 by Martín Almada
Antonio Moreira Maués

Categoria: Direitos Humanos

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Bianca Callado

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer
meio ou processo, inclusive quanto às características
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

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

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

V483 Verdade, justiça e reparação na América Latina / Martín Almada,
Antonio Moreira Maués (organizadores). – Rio de Janeiro : Lumen
Juris, 2015.
214 p. ; 21 cm.

Inclui bibliografia.
Trabalhos apresentados no V Seminário
Latino-Americano de Direitos Humanos, realizado na Universidad
Nacional de Asunción, de 26 a 28 de novembro de 2014.

ISBN 978-85-8440-159-8

1. Direitos humanos – América Latina. 2. Direitos fundamentais
– América Latina. 3. Justiça de transição – América Latina. I.
Almada, Martín. II. Maués, Antonio Moreira.

CDD 323.4098

Sumário

Apresentação	1
<i>Martín Almada</i>	
<i>Antonio Moreira Maués</i>	
Prefácio	3
<i>Martín Almada</i>	
Género y Justicia Transicional: la Violencia Contra la Mujer en el Marco de los Conflictos Armados	11
<i>Ana Maria D'Ávila Lopes</i>	
<i>Martonio Mont'Alverne Barreto Lima</i>	
Quando América Latina Quer Ser Ela Mesma: por um Direito da Libertação para América Latina.	35
<i>Alejandra Pascual</i>	
La Apropiación de las Nociones de Verdad, Justicia, Reparación y Memoria en la Causa de las Mujeres Víctimas del Conflicto Armado en Colombia	53
<i>Carolina Vergel Tovar</i>	
Debates e Direitos Humanos no Meio Agrário Brasileiro: Justiça de Transição no Campo: Inconclusa e Falaciosa. A Busca da Verdade Real	85
<i>Elisabete Maniglia</i>	
Memória como Direito Humano e Exigência de Justiça	113
<i>Fernanda Frizzo Bragato</i>	
<i>Luciana Araújo de Paula</i>	

- Da Igualdade ao Compromisso: Discussões Sobre
a Construção da Democracia e dos Direitos Humanos.....** 129
Helena Esser dos Reis
- Democracia y Revisión Judicial. La compleja Trama.** 149
Pablo Perel
- Da Jurisprudência Clássica à Ciência do Direito:
Os Direitos Humanos Frente a Perda da Prudência
no Conhecimento do Direito.....** 161
Paulo Sérgio Weyl Albuquerque Costa
- Derechos Sexuales y Reproductivos en América Latina** 181
Yanira Zúñiga

Apresentação

Este livro reúne os trabalhos apresentados no V Seminário Latino-Americano de Direitos Humanos, realizado pelo Consórcio Latino-Americano de Pós-Graduação em Direitos Humanos, na Universidad Nacional de Asunción (UNA), de 26 a 28 de novembro de 2014. Sob o tema geral “Avances y Retrocesos de los Derechos Humanos en América Latina: Verdad, Justicia y Reparación”, o V Seminário buscou analisar de que modo os países da região têm reagido às graves violações de direitos, enfocando, especialmente, os pressupostos teóricos do direito à memória e as violações que afetam mulheres e populações rurais.

Criado em 2008, o Consórcio Latino-Americano de Pós-Graduação em Direitos Humanos (www.consorciodh.ufpa.br) é formado hoje por 16 universidades de 7 países: Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Austral de Chile, Universidad de Buenos Aires, Universidad Diego Portales (Chile), Universidad Externado de Colombia, Universidad Iberoamericana (México), Universidad Nacional de Asunción, Universidad Nacional de La Plata (Argentina), Universidad Nacional de Lanús (Argentina), Universidade de Brasília, Universidade de Fortaleza (Brasil), Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Brasil), Universidade Estadual Paulista (Brasil), Universidade Federal da Paraíba (Brasil) e Universidade Federal de Goiás (Brasil). A Universidade Federal do Pará, por meio de seu Programa de Pós-Graduação em Direito, exerce a Secretaria do Consórcio.

Contando com o apoio da Fundação Ford desde o início de suas atividades, o Consórcio objetiva promover a cooperação científica no campo do ensino e da pesquisa em direitos humanos e sua organização está baseada em cinco grupos de pesquisa: Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Género y Derechos Humanos; Diversidad Étnica y

Derechos Humanos; Filosofía y Derechos Humanos; Protección Interna e Internacional de los Derechos Humanos. Os resultados das atividades do Consórcio encontram-se publicados nos livros “Direitos Humanos e Integração Latino-Americana” (Porto Alegre: Entrementes, 2011) e “A Eficácia Nacional e Internacional dos Direitos Humanos” (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013), além da revista eletrônica Hendu – Revista Latinoamericana de Derechos Humanos (www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu), editada semestralmente. Todas essas publicações encontram-se disponíveis na página do Consórcio na internet.

Por fim, queremos expressar nosso mais profundo agradecimento àquelas pessoas cujo apoio foi indispensável para o êxito do Seminário: o Magnífico Reitor da UNA, Prof. Dr. Froilán Enrique Peralta Torres, a Sra. Lourdes Fernández, Diretora de Comunicação da UNA, e os Profs. Pablo Perel, da Universidad de Buenos Aires, e Federico di Bernardi, da Universidad Nacional de La Plata.

Martín Almada

Antonio Moreira Maués

Prefacio

Avances y Retrocesos de los Derechos Humanos en Paraguay: Verdad, Justicia y Reparación.

Durante los 35 años de dictadura en Paraguay era normal escuchar en boca de los especialistas de la educación que ésta era el motor del desarrollo, y que la educación era neutra porque en ella supuestamente no había, ni puede haber, contenido ideológico. Pero Paulo Freire, el gran educador brasileño, apareció con esta contundente afirmación: “LA EDUCACION NO ES LA PALANCA DE LA TRANSFORMACIÓN, PERO LA TRANSFORMACIÓN SOCIAL NECESITA DE LA EDUCACIÓN”.

Durante la época del TERRORISMO DE ESTADO, nuestra educación sufrió una herida mortal: miles de libros, revistas y diarios fueron convertidos en cenizas por considerarse “instigadores de la subversión”.

Los artífices del terrorismo de Estado -que se autodeclaran defensores de la civilización occidental y cristiana-, se animaron incluso a quemar la Biblia, en particular la edición latinoamericana. Aquel fue el comienzo de un programa sombrío que sufrieron nuestros pueblos, y hoy son lecciones que debemos de aprender y no debemos olvidar.

La dictadura trabó una lucha encarnizada contra el pensamiento crítico, asesinando intelectuales, estudiantes, docentes y jóvenes, dentro y fuera de las universidades. “Mataban palabras y mataban personas”, como sostuvo la gran escritora argentina, Laura Devetach. Junto a las hogueras de libros pensantes, las dic-

taduras del Cono Sur alimentaban su esperanza en un mundo dominado por el silencio, el miedo y la opresión.

La dictadura argentina trataba de emular a sus vecinos, los países del Cóndor (Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay), los cuales estuvieron dispuestos a desprenderse por sus virtudes y acercarse en los espantos de una historia que los vuelve trágicamente parecidos. Miles de libros fueron censurados en estos países, miles incendiados, y sus autores y lectores desaparecidos y brutalmente asesinados por el imperdonable delito de soñar con un mundo más justo, más igualitario y libre.

Como dijo acertadamente el Profesor Sirio López, “se destruyó libro para destruir el futuro”. Pretendieron reducir a ceniza el pensamiento. Trataron de hacerlo; no lo consiguieron y no lo conseguirán jamás.

El enemigo no era Stroessner, sino el sistema monstruoso que creó y nos legó; un sistema basado en el miedo y la ignorancia, que logró que los ciudadanos fuesen privatizados en cuanto se les hizo perder la noción de lo público. El bien común dejó de ser patrimonio de los paraguayos, y así se permitió la práctica *ÑA MANDA HA ÑA MONDA*, es decir, gozar del poder público al solo efecto de saquear las arcas del Estado.

Se prohibieron todo tipo de noticias y comentarios que afectasen negativamente el supuesto prestigio del Poder Ejecutivo y las FF.AA o Policiales, o que atentasen contra la seguridad nacional y el orden público. Se llegó al extremo que la Dirección General de Meteorología no facilitase las temperaturas reales durante el verano porque eso afectaría el mercado del turismo. En el fondo, estaba terminantemente PROHIBIDO PENSAR, mucho menos críticamente.

Había conciencia clara entre los de debajo de que no había nadie que representase sus intereses allá arriba, entre otras cosas porque estaba vigente una legislación liberticida: el de Estado de Sitio, la Ley 294 de la Defensa de la Democracia, y la ley 209 de la Defensa de la Paz Pública y Libertad de las personas.

Paraguay es un país que no ha saldado sus cuentas con el pasado a pesar de contar a partir de 1992 con una nueva Constitución Nacional fundamentada en el reconocimiento de la dignidad humana, garantizando con ella el pleno respeto de los Derechos Humanos. En este sentido, es también importante destacar la incorporación del RECURSO DE HABEAS DATA. Sin embargo, estos logros no produjeron el soñado cambio de paradigma de Estado represor a Estado garante de los Derechos Humanos.

Es imposible imaginar que una sociedad mayoritariamente católica no pueda conocer el destino final de sus detenidos y desaparecidos, que no pueda tener la posibilidad de saber en qué lugar debemos rendirles nuestro homenaje, y que se vea abocada al mismo tiempo a soportar la impunidad de todos los responsables del TERRORISMO DE ESTADO que imperó en el país durante 60 años.

No se pueden cometer semejantes atrocidades y luego pretender vivir en paz y en democracia, tan sólo escondiendo el pasado; en Paraguay, el futuro nos tortura y el pasado nos encadena.

En esa época del obscurantismo, nuestra Universidad Nacional se vio inmersa en un absoluto silencio tanto frente a la situación política represiva, como en lo referente a los problemas y necesidades sociales existentes en las comunidades. La Universidad Nacional generó un modelo de egresado ajeno a los debates esenciales de su tiempo.

Para ejercer la docencia, incorporarse en la milicia, o trabajar en la Administración Pública, era condición sine qua non contar con la carta de fidelidad al régimen, lo que aquí se llama comúnmente la “afiliación”. De aquella situación proviene la actual mediocridad, la pauperización de las ideas.

Ser inteligente no era entonces una buena carta de presentación; hacer una tesis con contenido crítico era impensable. Mi delito fue justamente ese, y en consecuencia fui considerado “terrorista intelectual”. Mi pecado fue tremendo porque “quise poner estrellas en el corazón del hombre libre” como dijo acertadamen-

te el escritor español Marcos Ana, poeta que conoció la cárcel cuando tenía 19 años y permaneció encarcelado durante 23 años simplemente por defender la causa de los oprimidos. Marcos Ana fue uno de los primeros presos políticos españoles ayudado por Amnistía Internacional, a quien, como a mí, salvaron la vida.

Hubo una reducción de recursos para la educación en todos los niveles, así como asfixia a la investigación científica y tecnológica, preparando el terreno para la alienación, la comercialización de la cultura y la educación.

Sabíamos, pero no podíamos decir, que educar no es sólo una apuesta del futuro, es la única esperanza del presente.

Además, nos preguntábamos si la UNIVERSIDAD debía de continuar educando a los hijos de los pobres con valores morales, honrados, o educar a hombres de éxito, a pesar de que fueran corruptos ciudadanos.

La cuestión agraria nunca ha sido resuelta porque la dominación del latifundio (ganadero y sojero), articulado con la política y los medios de comunicación, siempre consiguió debilitar, aislar y fragmentar las organizaciones populares del mundo rural; valga de ejemplo el caso de las Ligas Agrarias Cristianas...

La explosión de la memoria.

El 22 de diciembre de 1992 fue un día con violento despertar para los paraguayos y para millones de latinoamericanos, gracias al histórico descubrimiento del archivo de la represión dictatorial, lo que la prensa llamó el ARCHIVO DEL TERROR o la OPERACIÓN CÓNDOR.

Ese no fue un día de fiesta, fue un día de MEMORIA, de perseverancia y de esperanza en la justicia. Fue exclusivamente fruto del esfuerzo de los sobrevivientes de la dictadura. Sin embargo, no puede olvidarse la conducta ejemplar de un joven y valiente Juez Penal:

JOSÉ AGUSTÍN FERNANDEZ, que apoyó con firmeza el recurso de HABEAS DATA solicitado por una de las víctimas del stronismo.

Fue el comienzo del esclarecimiento de la verdad histórica: se pudieron analizar los hechos, sus antecedentes y sus consecuencias. Una magnífica oportunidad para extraer conclusiones. Hemos comprobado con este hallazgo que toda dictadura tiene una existencia efímera en relación con el tiempo, y este logro fue el resultado de 15 años de esfuerzo para arrojar luz donde se pretendía que reinase la obscuridad.

Los“Archivos del Terror”,60 años de historia oculta que nunca integró el discurso oficial, contienen mas de 700.00 folios ,todas las comunicaciones escritas entre autoridades policiales y militares de Paraguay -principalmente-, pero también de Argentina,Brasil,Bolivia, Chile y Uruguay, durante las dictaduras militares gobernantes entre 1970 y 1980, con el fin de reprimir a la sociedades de dichos países.

Estos archivos con mas de 600 libros encuadernados, incluyen diversos informes sobre intercambio y traslado de presos políticos, espionaje y control de actividades civiles; contienen incluso informes de reuniones familiares o de simples charlas de amigos. Además, se mencionan sesiones de torturas por los más diversos y inhumanos medios. Los “Archivos del Terror” reflejan cómo se planificó el terrorismo de Estado, orquestado desde Estados Unidos a Sudamérica y utilizado desde los ejércitos y la policía contra la población. Reflejan un sistema de control social propio de una “sociedad orwelliana”, donde la más mínima manifestación de inconformidad y rechazo hacia el Gobierno y la situación social se consideraba un acto subversivo que debía ser y era reprimido de forma extrajudicial, sumaria y secreta; mediante asesinatos, secuestros, torturas sistemáticas o desaparición forzosa de personas, las dictaduras del Cono Sur controlaron el desordenamiento de sus privilegios y sus tropelías.

El resurgir de la memoria: cuando los documentos y las palabras llegan.

La OPERACIÓN CÓNDOR, pacto militar criminal, fue creada en Santiago de Chile a fines de noviembre de 1975 para acallar todas las voces que se levantasen contra la imposición del modelo neoliberal de concentración de la riqueza.

Pero cuando en 1992 se derribó en Asunción el muro del silencio, se cumplió por fin la frase acuñada por Abraham Lincoln: “No se puede engañar a todo el pueblo todo el tiempo”. La primera reacción de la justicia latinoamericana (aunque no en todos los países) fue entender que para el delito de lesa humanidad no procede amnistiar ni prescribir.

Después del 22 de diciembre de 1992, el gobierno paraguayo aceptó la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Y adoptó los principales instrumentos internacionales en materia de estos derechos.

Consecuencia del descubrimiento en esa fecha del ARCHIVO DEL TERROR, fue la creación de diversas instituciones:

1) El ARCHIVO DEL TERROR, que funciona en el Palacio de Justicia.

2) El MUSEO DE LAS MEMORIAS: DICTADURA Y DERECHOS HUMANOS, a partir del 2002 como Museo itinerante.

3) La COMISIÓN DE VERDAD Y JUSTICIA 2004/2008, cuyas conclusiones y recomendaciones no fueron atendidas hasta la fecha por el Ministerio Público.

4) La Dirección de VERDAD, JUSTICIA Y REPARACION, dependiente de la Defensoría del Pueblo.

La jurisdicción de la justicia universal.

El Principio de Jurisdicción Universal obliga a investigar y, en su caso, enjuiciar por los tribunales internos que lo reconozcan -en interés

de la comunidad internacional-, los delitos graves de Derecho Internacional con independencia del lugar donde se hayan cometido, la nacionalidad del sospechoso, de las víctimas, o de la existencia de cualquier otro vínculo de conexión con el Estado que ejerza esta jurisdicción.

Estos delitos son: genocidio, lesa humanidad, crímenes cometidos en el contexto de un conflicto armado, piratería, esclavitud, desaparición forzada, tortura, ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, y otros actos inhumanos tales como el uso ilegal de la fuerza que constituya una violación manifiesta de la Carta de Naciones Unidas, la cual indica que:

“se aplicará el Derecho Penal Interno e Internacional, siempre que los hechos no hayan sido juzgados en otro tribunal nacional o internacional competente y, en caso de haber sido enjuiciados, no se hubiera respetado el derecho al debido proceso”.

La Justicia Paraguaya consolida hoy la IMPUNIDAD a pesar de contar con tres toneladas de piezas documentales en el ARCHIVO DEL TERROR, con ocho volúmenes de Recomendaciones de la Comisión de Verdad y Justicia, y miles de documentos testimoniales.

Por ese motivo se creó la Comisión denominada “PARAGUAYOS QUERELLANTES EN ARGENTINA”, organismo compuesto por paraguayos que solicitan a la Justicia de ese país que haga justicia en Paraguay.

Propuesta para el avance de los derechos humanos em Paraguay.

Someteremos a consideración de las autoridades de la UNA la necesidad de la elaboración y ejecución de un Proyecto Universitario para la formación de PROMOTORES Y PROMOTORAS JURÍDICOS EN CALIDAD DE VOLUNTARIOS.

Su objetivo será construir espacios articulados e institucionalizados de coordinación, y alianzas entre la sociedad civil

organizada, los gobiernos locales y la Universidad Nacional. Su fin principal será atender los casos de violación de los Derechos Humanos de niños, niñas y adolescentes.

Propuesta para el avance de los derechos humanos en América Latina.

Aceptamos la propuesta de Madrid, a iniciativa de la Fundación Baltasar Garzón, que dice textualmente lo siguiente:

“El Principio de Jurisdicción Universal será aplicable cuando se comete: graves delitos contra la naturaleza y el medio ambiente y crímenes económicos que afecten de manera grave y generalizada a los derechos fundamentales de las personas y de la comunidad, tales como los fraudes alimentarios, la especulación de precios sobre productos de primera necesidad de los que dependen la supervivencia o la salud de una generalidad de personas, la explotación laboral ilegal de menores y sin cumplimiento de los derechos de los trabajadores reconocidos a nivel internacional, la explotación ilícita de recursos naturales que afecten gravemente a la salud, la vida o la convivencia pacífica de las personas”.

Finalmente, somos conscientes de que las Universidades latinoamericanas tienen el derecho y el deber de cambiar para bien este mundo injusto. Lo que no es posible es pensar en transformar este mundo sin un sueño... porque el sueño comanda la vida...

Martín Almada

Género y Justicia Transicional: la Violencia Contra la Mujer en el Marco de los Conflictos Armados

Ana Maria D'Ávila Lopes¹
Martonio Mont'Alverne Barreto Lima²

Introducción

La historia de la humanidad, observa Robles Carrillo (2011, p. XXV), puede ser lamentablemente contada a partir de sus conflictos bélicos³. Pero más lamentable aún es que, en prácticamente todos esos conflictos, la violencia sexual contra la mujer⁴ fue usada como una táctica de guerra.

Recordemos los relatos de Homero sobre la Guerra de Troya o el episodio romano del Rapto de las Sabinas. Sin ir más lejos,

-
- 1 Máster y Doctora en Derecho Constitucional por la Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Profesora Titular del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Becaria de Productividad en Investigación del Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).
 - 2 Máster en Derecho por la Universidade Federal do Ceará (UFC) y Doctor en Derecho por la Universität Frankfurt am Main. Profesor Titular del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Procurador del Municipio de Fortaleza.
 - 3 A pesar de reconocer la diferencia entre las expresiones “conflicto bélico”, “guerra”, “conflicto armado” (Cf. GORDO GARCÍA, 2012, p. 7-8) en el presente texto serán utilizadas como sinónimas.
 - 4 Por cuestiones metodológicas, en el presente trabajo será analizada apenas la violencia sexual contra la mujer, sin pretender, de forma ninguna, silenciar la existencia o disminuir la gravedad de la violencia sexual contra el hombre

recordemos el asalto japonés a Nanking o las guerras civiles en la ex-Yugoeslavia o en Ruanda. En todos esos momentos históricos, la violencia sexual contra la mujer fue utilizada como una arma a más para combatir al enemigo.

El uso de la violencia sexual en las guerras no es, por lo tanto, un fenómeno nuevo ni aislado. Sin embargo, fue sólo en 1998 que una persona fue condenada por el uso de ese tipo de violencia. Fue en ese año que el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (1998, *on-line*) condenó a Jean-Paul Akayesu, ex-alcalde de la ciudad de Taba, a cadena perpetua por permitir y facilitar la violación sexual de cientos de mujeres tutsis, encuadrándose en el crimen de genocidio.

El histórico uso de ese tipo de violencia y la reiterada omisión de la sociedad frente a ella demuestran incontestablemente la fuerza de la discriminación de género contra la mujer.

Cómo, entonces, es posible hablar de justicia transicional si determinadas violaciones de derechos humanos no son ni siquiera discutidas? Cómo hablar de memoria y verdad si grande parcela de las víctimas de un conflicto no es ni siquiera reconocida como tal?

Es ese, justamente, el tema que será abordado en el presente trabajo. Para ello, inicialmente, serán presentados los aspectos básicos conceptuales relativos al uso de la violencia sexual como arma de guerra. Seguidamente, los principales documentos internacionales que regulan la materia serán analizados. Finalmente, la necesidad de incorporar una perspectiva de género en los procesos de justicia transicional será discutida, buscando contribuir para la adopción de medidas eficaces para la salvaguarda de los derechos humanos de las mujeres.

1. La Violencia Sexual Contra la Mujer Como Arma de Guerra

La violencia a la que nos referiremos en este artículo es una violencia de género contra la mujer, es decir, aquella derivada de una estructura social jerárquica en la cual el hombre, amparado por una sociedad impregnada de valores machistas, trata a la mujer como un ser de segunda categoría o, a veces, hasta como un simple objeto (LOPES; LIMA, 2014).

Entre las diversas formas de violencia de género, aquí será estudiada la sexual, considerada la más cruel de todas, debido a atigir lo que de más íntimo tiene un ser humano: su sexualidad (LOPES, 2013).

Esa violencia sexual será trabajada en un contexto de conflicto armado, el cual, en las palabras de Díaz Corvera (2012, p. 213-214), puede ser definido como:

Todo enfrentamiento protagonizado por grupos armados regulares o irregulares con objetivos percibidos como incompatibles en el que el uso continuado y organizado de la violencia: a) provoca un mínimo de 100 víctimas mortales en un año y/o un grave impacto en el territorio (destrucción de infraestructuras o de la naturaleza) y la seguridad humana (ej. población herida o desplazada, violencia sexual, inseguridad alimentaria, impacto en la salud mental y en el tejido social o disrupción de los servicios básicos); b) pretende la consecución de objetivos diferenciados de los de la delincuencia común y normalmente vinculados a: demandas de autodeterminación y autogobierno, o aspiraciones identitarias; la oposición al sistema político, económico, social o ideológico de un Estado o a la política interna o internacional de un gobierno, o que en ambos casos motiva la lucha para acceder o erosionar al poder; o al control de los recursos o del territorio.

El uso de la violencia sexual es una táctica eficaz de guerra para sembrar el terror individual y colectivo, por eso que puede ser encontrada en prácticamente todos los conflictos bélicos (DÍAZ CORVERA, 2012, p. 214).

Sin embargo, a lo largo de la historia, ha sido una problemática silenciada por la sociedad. Así, en los cientos de documentos del juicio de Nuremberg, no hay ninguna mención a las palabras “mujer” o “violación”. En los 22 volúmenes de los juicios de Tokio, la violación sexual de mujeres es apenas tímidamente mencionada, siendo que nadie llegó a ser condenado por ello (Leatherman, 2013, p. 48-49). En ninguno de los dos casos, hay cualquier referencia a las otras formas de violencia sexual que también fueron perpetradas (esclavitud sexual, mutilación, sexual, violación colectiva, etc.).

Son esos apenas dos ejemplos que muestran la omisión de la sociedad frente al uso de la violencia sexual como arma de guerra. Cabría, entonces, inquirir el motivo de ese silencio.

Podemos señalar seis razones:

a) La sexualidad constituye, para la mayoría de las culturas, un tabú. De esa forma, sobre sexo no se habla en público;

b) Las formas de violencia sexual que son perpetradas durante un conflicto bélico son tan inimaginablemente crueles, que se prefiere no hablar de ellas, pues revelan cuán despiadado puede llegar a ser un ser humano, es decir, revelan nuestra propia monstruosidad e imperfección;

c) Muchas de las víctimas prefieren mantener en secreto el hecho de haber sido violadas para evitar que maridos o enamorados las abandonen, o que nadie quiera casarse con ellas, ya que, en las sociedades machistas, una mujer violada carga el estigma de la impureza;

d) Durante un conflicto bélico, la violencia sexual no necesariamente envuelve el uso de la fuerza física. Muchas víctimas se someten, sin ofrecer resistencia, a los deseos sexuales de los agresores para sobrevivir o proteger sus familias. Esta situación ha sido

histórica y erróneamente interpretada como una forma de “consentimiento”. Nada más incorrecto que ello. No hay ninguna duda de que el “consentimiento” de la víctima en un contexto bélico se encuentra totalmente viciado, no debiendo, por lo tanto, ser considerado válido. Lo cierto es que, en este tipo de situación, no sólo erróneamente la sociedad no las considera víctimas, sino que, lamentablemente, ellas mismas no se identifican como tales;

Hay que añadir que el proceso posterior a la violencia sexual suele estar caracterizado por la marginación y la estigmatización de las mujeres que han sido víctimas de esta violencia, a las que se culpabiliza y responsabiliza de lo ocurrido, de no haber sido capaces de evitarlo, acusándolas incluso de haber experimentado disfrute de la experiencia sexual [...] Esta estigmatización refuerza la invisibilidad en la que se acostumbra a tener lugar la violencia sexual, puesto que apenas es denunciada por el temor de las víctimas a ser consideradas culpables. (DÍAZ CORVERA, 2012, p. 217)

e) Las modalidades de violencia sexual son tan atterradoramente crueles que muchas de las víctimas tardan años, y a veces hasta décadas, para reunir la fuerza psicológica necesaria para hablar sobre ello,

Otras formas de violaciones incluyen el desmembramiento, abrir en canal a mujeres embarazadas extrayendo el feto y violándolo también. La violación sexual contra hombres en los conflictos, denunciada en las guerras en Yugoslavia, por ejemplo, incluyó, la castración de prisioneros incluso forzando a otros internos a arrancar a mordiscos los testículos de otro prisionero [...] (Leatherman, 2013, p. 70)

f) La mayoría de las víctimas de violencia sexual son mujeres, quienes, para muchas sociedades machistas, son seres de segunda clase. En esas sociedades, no se pierde tiempo ni dinero investi-

gando, juzgando ni sancionando crímenes contra mujeres. El famoso Caso Campo Algodonero vs. México es una clara muestra de esa concepción discriminatoria (CORTE IDH, *on-line*).

Hay también teorías que buscan explicar el motivo de esa omisión. Así, Leatherman (2013, p. 37-44) hace referencia a tres de ellas:

a) Teoría Esencialista: la violencia sexual es parte intrínseca de la guerra, es decir, es apenas uno de sus inevitables efectos colaterales;

[...] este tipo de violencia ha sido minimizado como un efecto lamentable, pero inevitable, de la guerra. Una fatalidad atribuida al deseo sexual irrefrenable de los combatientes, obligados a pasar largos periodos sin mujeres y alejados por la propia lógica de la guerra de las sanciones sociales ordinarias que repudian la violación [...] (FRYERO LARA, 2012, p. 68)

b) Teoría Estructuralista: la violencia sexual es apenas un reflejo de los valores machistas vigentes en las sociedades envueltas en el conflicto, siendo que la guerra no hace más que reforzarlos o revelarlos abiertamente;

Sería reduccionista pensar que la violencia hacia las mujeres es un fenómeno espontáneo que se activa en situaciones límite. [...] La violencia es un comportamiento aprendido, aprehendido, interiorizado y aceptado como parte de la paz que se interpreta, insisto, como ausencia de guerra.

El conflicto armado no inventa la violencia, se limita a reescribir diferentes versiones de la misma. No podría ser de otro modo si consideramos que, en muchas sociedades, las mujeres están, aún hoy, declaradas de hecho y de derecho ciudadanas de segunda categoría. En otras ni siquiera llegan a ser ciudadanas (RAMOS JURADO, 2012, p. 118).

c) Teoría Constructivista: la violencia sexual contra la mujer y la omisión de la sociedad frente a ella no es consecuencia del patriarcado, sino de una masculinidad hegemónica o hipermasculinidad

[...] que necesita una constante demostración de la misma, a riesgo de ser perdida, pues la masculinidad no es un bien que se tiene y punto, es un bien que se consigue, que se conquista día a día. Por eso no basta con el hecho salvaje de la violación, es necesario ensañarse con la mujer, humillarla, someterla, vejarla, hacerle entender quien manda (RAMOS JURADO, 2012, p. 120).

Esa masculinidad hegemónica puede estar presente tanto en el hombre como en la mujer, ya que el género es una construcción social que influencia los dos. Defender que sólo los hombres discriminan a las mujeres, aparte de ser incorrecto, oculta el hecho de que algunas de las responsables por el uso de la violencia sexual en las guerras son también mujeres.

Ejemplos tristemente famosos de ello son los casos de Agnes Ntamabyariro, ex-Ministra de Justicia de Ruanda, condenada a cadena perpetua por haber planeado e incitado la violencia sexual contra millares de mujeres tutsis, y el de la soldado americana Lynndie Rana England, cuyas fotos torturando y humillando sexualmente prisioneros en Abu Ghraib rondaron el mundo entero (Leatherman, 2013, p. 66-68).

Esas situaciones nos remiten a la discusión sobre los tipos de violencia sexual que son perpetrados, los cuales pueden ser clasificados de la siguiente manera:

a) Físicas: penetración vaginal, anal y oral, mutilaciones (especialmente las asociadas a la feminidad, como órganos genitales,

senos, nalgas, rostro, etc.), canibalismo, embarazos o abortos forzados, esterilizaciones, enfermedades de transmisión sexual, etc.⁵

El Dr. Denis Mukwege Mukengere, director del hospital Panzi en Bukavu, región oriental de la República Democrática del Congo, afirma que la mayoría de las supervivientes que su hospital trata no sólo han sido violadas sino que tienen sus genitales mutilados. Dice que la práctica es común y los agresores la utilizan para incrementar las posibilidades de que estas mujeres contraigan el VIH/SIDA (DÍAZ CORVERA, 2012, p. 218).

b) Psicológicas: amenazas, torturas, esclavitud sexual (caso famoso es el de las cientos de miles de mujeres que fueron esclavizadas por Japón durante la Segunda Guerra Mundial y que fueron eufemísticamente llamadas “mujeres confort”), imposición de incestos (abuelos, padres o hermanos obligados a violar las mujeres de su propia familia), violaciones colectivas, etc.

c) Morales: humillaciones en público (como la violación pública o la exposición pública de la persona desnuda), imposición de prácticas homosexuales (lo que en algunas culturas y religiones constituye una gravísima ofensa), etc.

Los tipos de violencia tienen relación con su finalidad. Así, la violencia puede ser utilizada para:

a) Reforzar el sentimiento de triunfo: violar una mujer representa, para muchos agresores, la conquista de su pureza, lo que en muchas culturas tiene un significado especial;

b) Maximizar el daño: violar una mujer no sólo significa “manchar la honra” de la víctima, sino también la de su familia y hasta la de su propia comunidad por no haber sido capaces de cuidarla

5 Se estima que 70% de las mujeres tutsis fueron contagiadas de VIH/SIDA (LEATHERMAN, 2013, p. 66).

[...] la violencia sexual tiene una dimensión colectiva muy importante, puesto que mediante su utilización se pretende humillar a toda la comunidad enemiga y no solo a la mujer que es víctima directa de ésta. El cuerpo de la mujer, que es considerado propiedad masculina, es utilizado para transmitir un mensaje de *poder hacia* y de *humillación* para el enemigo. En realidad, mediante el cuerpo de las mujeres no sólo se ejerce un control sobre ellas, sino que este control se hace extensivo a toda la sociedad enemiga. Las mujeres víctimas de la violencia sexual evidencian el poder que sobre su sociedad tiene el enemigo. Los cuerpos de las mujeres se convierten en transmisores de mensajes de humillación, control y poder. De este modo, la violencia sexual, más que motivada por un deseo sexual del victimario hacia la víctima, obedecería a la voluntad de destruir el tejido social y familiar de una comunidad determinada (DÍAZ CORVERA, 2012, p. 216).

c) Dejar una marca: deriva del sentimiento del agresor de mostrar que “estuvo allí como un victorioso”, lo que muchas veces es concretizado por medio de la práctica de mutilaciones, embarazos forzados, etc.

d) Genocidio: en muchos conflictos étnicos, los embarazos o abortos forzados, las esterilizaciones o mutilaciones genitales, tienen el propósito de exterminar una raza.

La violación cometida durante la guerra tiende a ser sistemática y con la intención de aterrorizar a la población, destruir a las familias, a las comunidades y, en algunos casos, cambiar la composición étnica de la siguiente generación. A veces se utiliza, también para que las mujeres de la comunidad agredida no puedan tener más hijos y es que son las mujeres fundamentalmente quienes quedan marcadas con las cicatrices de un conflicto violento (DÍAZ CORVERA, 2012, p. 217).

Finalmente, a pesar de que el objeto del presente texto es analizar la violencia sexual contra la mujer, resulta necesario, aunque sea de forma breve, llamar la atención para las otras víctimas, es decir, los hombres, ancianos(as) y niños(as) (Leatherman, 2013, p. 71-73).

Muchas veces, la violencia sexual se dirige a hombres adultos como una forma de humillar y de fragilizar psicológicamente a la víctima, especialmente en culturas donde las relaciones homosexuales son moral o religiosamente rechazadas.

La violencia sexual contra ancianos(as) obedece a otra lógica. En algunas culturas, los(as) ancianos(as) son considerados los depositarios de la sabiduría de un pueblo, gozando, debido a ello, de un gran respeto social. En ese contexto, violar un(a) anciano(a) simboliza profanar el saber y la respetabilidad de un pueblo.

Ya en el caso de niños(as), la violencia sexual sigue una lógica parecida a la anterior, en la medida en que ellos representan el futuro de un pueblo. Así, violar un(a) niño(a) significa estropear el futuro de una nación.

No es, lamentablemente, la única forma en que los niños son víctimas de la violencia sexual durante un conflicto armado, ya que deben ser incluidos también los niños secuestrados y obligados a incorporarse a los ejércitos, en los cuales son forzados a volverse agresores sexuales. Más cruel aún es la situación de muchos niños nacidos a partir de una violencia sexual, pues no sólo son muchas veces rechazados por sus propias madres, sino por la sociedad. Así, en Ruanda son llamados “niños del diablo”, en Kosovo “niños de la vergüenza”, en Timor Oriental “Los niños del enemigo”, en Nicaragua “bebés monstruos” (Leatherman, 2013, p. 71).

Eso demuestra la perversidad de la violencia sexual, cuyas víctimas continúan sufriendo aún después del cese del fuego.

2. Legislación

La historia de la regulación de la violencia sexual en conflictos armados es una historia de avances y retrocesos.

Díaz Corvera (2012, p. 222-227) relata que el primer documento a tratar, aunque de forma indirecta, la violencia sexual fue la Convención de Ginebra de 1929, que en su art. 3, estableció que las mujeres deberían ser tratadas con todas las consideraciones debidas a su sexo. Fue sólo en el art. 27 de la IV Convención de Ginebra Relativa a las Personas Civiles de 1949 que, por la primera vez, se prohibió la violación de mujeres.

En relación a las otras formas de violencia sexual, el primer documento sobre la materia fue el Protocolo Adicional I de las Convenciones de Ginebra, aprobado en 1977. En el art. 75.2 de ese documento se prohíbe cometer atentados contra la dignidad, en especial tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada o cualquier otra forma de atentado al pudor.

La condenación jurídica de la violencia sexual en el marco de conflictos bélicos ha avanzado mucho desde entonces, gracias, especialmente, a los trabajos desarrollados por los tribunales *ad-hoc* para la ex-Yugoeslavia y Ruanda. Fueron esos tribunales los primeros a condenar perpetradores de violencia sexual, entendida ésta como una forma de crimen de guerra o de lesa humanidad, conforme previsto en los artículos 7 y 8 del Estatuto de Roma de 1998 (ONU, 1998, *on-line*).

Artículo 7

Crímenes de lesa humanidad

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque ge-

neralizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

[...]

g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;

[...]

2. A los efectos del párrafo 1º:

[...]

f) Por “embarazo forzado” se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;

[...]

Artículo 8

Crímenes de guerra

1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”:

[...]

b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco

establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades;

[...]

xxi) Cometer atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra;

[...]

Los últimos años, el Consejo de Seguridad de la ONU ha aprobado diversas resoluciones relativas a la violencia sexual, debido a su alarmante expansión, conforme explica Díaz Corvera (2012, p. 215)

La violencia sexual se ha convertido en una de las armas de guerra más utilizadas en los conflictos armados de la post-guerra fría. En la práctica totalidad de estos conflictos se han documentado episodios de violencia sexual, llegando a alcanzarse proporciones endémicas en algunos casos

Las resoluciones aprobadas son:

a) Resolución 1325

La Resolución 1325 (CONSEJO DE SEGURIDAD, 2000, *online*), aprobada en 2000, marca el momento a partir del cual la violencia sexual contra la mujer durante los conflictos armados pasó a ser considerada un asunto de seguridad internacional. En esta Resolución se reconoció la urgente necesidad de adoptar una perspectiva

de género en las negociaciones para el mantenimiento de la paz. Por otro lado, en este documento, se instó a los Estados-parte de un conflicto a cumplir los documentos internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario y se los exhortó a tomar las medidas necesarias para proteger mujeres y niñas de la violencia sexual.

b) Resolución 1820

La Resolución 1820 (CONSEJO DE SEGURIDAD, 2008, *on-line*), aprobada en 2008, llama inicialmente la atención para el hecho de que la violencia sexual contra la población civil puede agravar aún más un conflicto bélico y dificultar la búsqueda por la paz. Por otro lado, exigió el cese inmediato de ese tipo de agresión y la adopción de medidas efectivas de protección de mujeres y niñas. Finalmente, la parte más relevante se encuentra en el punto 4, en el cual se señaló que la violencia sexual puede constituir crimen de guerra, debiendo ser excluido de acuerdos de amnistía, para que los responsables sean enjuiciados y condenados. La parte que levantó mayores controversias fue la redacción de la siguiente frase “puede constituir crimen de guerra”, es decir, el uso del verbo “puede”, en lugar de “debe”, abrió la posibilidad de la violencia sexual no ser considerada crimen de guerra, constituyendo un retroceso en relación a la Resolución 1325 (2000), en la cual ya se había consolidado la noción de ser siempre un crimen.

c) Resolución 1888

La Resolución 1888 (CONSEJO DE SEGURIDAD, 2009a, *on-line*), aprobada en 2009, enumera diversas medidas para la protección contra la violencia sexual de mujeres y niños. En este documento se pidió al Secretario General de la ONU que nombrase un representante especial para coordinar las acciones y un equipo de expertos para examinar los casos específicos.

d) Resolución 1889 (2009)

La Resolución 1889 (CONSEJO DE SEGURIDAD, 2009b, *on-line*), aprobada en 2009, reafirma el contenido de la Resolución 1325 (2000) y expresa la necesidad de empoderar mujeres y niños contra las acciones de grupos armados.

e) Resolución 1960 (2010)

La Resolución 1960 (CONSEJO DE SEGURIDAD, 2010, *on-line*), aprobada en 2010, pidió al Secretario General de la ONU que enviase informaciones detalladas de los Estados sobre los cuales existían sospechas fundadas de haber cometido violencia sexual y que estableciese medidas para la vigilancia, análisis y presentación de informes sobre el asunto.

f) Resolución 2122 (2013)

La Resolución 2122 (CONSEJO DE SEGURIDAD, 2013, *on-line*), aprobada en 2013, reiteró la importancia de la participación de las mujeres en la prevención y en la resolución de los conflictos y en la construcción de la paz.

La relevancia de esas Resoluciones es aún objeto de muchas discusiones en la doctrina (ROBLES CARRILLO, 2012, p. 159-165). Así, hay teóricos que cuestionan su legitimidad en la medida en que son elaboradas por un órgano no plenario de una organización internacional, cuyo número de miembros (15) es limitado, siendo que algunos (5) tienen derecho a veto. Por otro lado, son documentos con grandes problemas de operatividad, debido a la ausencia de mecanismos efectivos de financiación, información y control. Ello, sumado a las dificultades de precisar el sentido del término *género*, hace que su naturaleza jurídica sea apenas de *soft law*.

A pesar de esos aspectos negativos, no hay cómo desconocer que constituyen un avance. Sólo el hecho de la temática ser parte de la agenda de un órgano internacional demuestra que el dolor y el sufrimiento de las mujeres están finalmente ganando visibilidad.

3. Género y Justicia Transicional

Tal vez el mayor mérito de la Resolución 1325 (2000) de la ONU haya sido el haber reconocido la importancia de incorporar la perspectiva de género en los conflictos armados.

Ese enfoque es fundamental para la construcción de una justicia de transición.

Reconhecer a singularidade da experiência das mulheres durante o conflito é um passo significativo, que repercute sobre toda a estrutura da política transicional. A experiência de outros países revela que, caso a justiça seja dispensada sem referência às desvantagens do género feminino, e a eficácia da reparação seria altamente limitada, por remediar apenas as consequências das atrocidades cometidas, e não abordar causas culturais e sociais que estão relacionadas ao próprio cometimento dessas atrocidades (ROESLER; SENRA, 2013, P. 39)

La justicia transicional surgió al final de los 80´ e inicios de los 90´ con el objetivo de facilitar la transición de varios regímenes políticos en América Latina y Europa Oriental, de forma a superar las violaciones de derechos humanos del pasado y construir un futuro democrático.

De forma muito simplificada, pode-se dizer que a noção de justiça de transição diz respeito à área de atividade e pesquisa voltada para a maneira como as sociedades lidam com o legado de violações de direitos humanos, atrocidades em massa ou outras formas de trauma social severo, ao término de um período de repressão ou conflito armado, com vistas à construção de um futuro mais democrático e pacífico. Tal concepção é pensada em termos de transformação política (de uma ditadura para uma democracia, por

exemplo) e, para que ocorra, são utilizadas diversas estratégias judiciais e não judiciais. (NASCIMENTO, 2008, p. 9)

La justicia transicional no debe ser entendida como una forma de revanchismo, sino como la búsqueda de la verdad para la construcción de la memoria individual y colectiva, en cuanto elementos esenciales para la consolidación de una sociedad justa. “Pensar sobre o direito das vítimas deve significar não o fim do direito dos agressores, não a imposição do desejo de vingança, mas a restauração da verdade, a concretização da justiça” (BARTOLOMÉ RUIZ, 2009, p. 177).

Un futuro construido sobre la base de mentiras perpetua el sentimiento de dolor y de injusticia, los que se van lentamente interiorizando en la sociedad bajo un manto de normalidad, conforme explica Bartolomé Ruiz (2011, p.10-11): “a violência ocultada pelo esquecimento persiste nas instituições sociais e se reproduz na conduta dos indivíduos como um ato de normalidade”, constituyendo una nueva violencia contra las víctimas, “uma segunda injustiça com as vítimas, condenando-as ao desaparecimento definitivo da história”.

Hacer justicia, en el marco de una proceso de transición, exige que la sociedad escuche a las víctimas,

Fazer justiça significa dar voz aos emudecidos pela marcha amnésica do progresso; significa resistir à destruição do diverso e do plural sob a desculpa da unidade, seja ela a da soberania nacional, a do desenvolvimento econômico ou a da razão científica; significa renunciar ao frio e distante ponto de observação neutro, universal e abstrato e dar lugar ao olhar da vítima, pois este nunca é desinteressado e distante, pois este recompõe a realidade esquecida e negada, restaurando a humanidade em quem lhe dá ouvidos (BARTOLOMÉ RUIZ, 2009, 134-135).

De allí también la importancia de las comisiones de verdad, pues constituyen espacios en los cuales las víctimas tienen la posibilidad de hablar y contar su versión de los hechos,

Um dos diferenciais da comissão de verdade é a ênfase na vítima. Enquanto julgamentos criminais procuram analisar os fatos e sua relação causal com o acusado, a comissão permite uma maior atenção aos relatos das vítimas e de seus familiares. Este fato beneficia uma cura psicológica e um alívio dos traumas causados pela violência das violações. O efeito catártico e expurgatório que os achados de uma comissão pode gerar na sociedade não pode ser ignorado (PINTO, 2010, p.130).

Lamentablemente, a lo largo de la historia, no sólo el uso de la violencia sexual contra las mujeres como táctica de guerra fue sistemáticamente silenciado, sino que, durante los procesos de transición, la perspectiva de género fue totalmente ignorada.

Sólo recientemente esa situación viene siendo tímidamente alterada. Marco de esa mudanza paradigmática es la Resolución 1325 (2000) del Consejo de Seguridad de la ONU, en la cual, por la primera vez, se llama oficialmente la atención para la necesidad de adoptar una perspectiva de género en materia de prevención y solución de conflictos, al subrayar la importancia de que las mujeres “participen en pie de igualdad e intervengan plenamente en todas las iniciativas encaminadas al mantenimiento y el fomento de la paz y la seguridad, y la necesidad de aumentar su participación en los procesos de adopción de decisiones en materia de prevención y solución de conflictos”, así como se “insta a todas las partes en un conflicto armado a que adopten medidas especiales para proteger a las mujeres y las niñas de la violencia por razón de género, particularmente la violación y otras formas de abusos

sexuales, y todas las demás formas de violencia en situaciones de conflicto armado” (CONSEJO DE SEGURIDAD, 2000, *on-line*).

Roesler y Senra (2013, p. 43) señalan que la incorporación de una perspectiva de género en la justicia de transición obedece a dos objetivos: a) conformación de la política transicional a las reivindicaciones de la mujeres víctimas de violencia; b) concreción de la igualdad entre hombres y mujeres.

Aparte de esos objetivos, las autoras llaman la atención para tres implicaciones de esa incorporación:

a) considerando que la construcción de la memoria histórica es un espacio de poder, la incorporación de una perspectiva de género es una forma también de reconocer la lucha histórica de las mujeres por sus derechos,

a memória histórica é um espaço de lutas interpretativas que incorpora inúmeras versões parciais do passado de um determinado local. Então, assimilar a história das mulheres em processos oficiais, dar voz às suas histórias e considerar a importância da sua luta é um primeiro aspecto que satisfaz uma demanda por inclusão e reconhecimento das mulheres (Roesler; Senra, 2013, p. 43).

b) la perspectiva de género incorpora nuevos abordajes y reivindicaciones en la formulación de los proyectos y de las políticas de justicia de transición, así, en el plano internacional, han contribuido, por ejemplo, para que las diversas violencias sufridas por las mujeres sean reconocidas como crímenes de guerra gravísimos, las lagunas jurídicas sean suplidas y las víctimas no sean re-victimizadas durante los procesos legales (Roesler; Senra, 2013, p. 47);

c) la perspectiva de género ha permitido que se reconozca que la violencia contra la mujer durante conflictos armados es un reflejo de la discriminación de género que las mujeres vivencian en tiempos

de paz. Así, “constata-se una continuidade, não uma ruptura, entre a violência do passado e do presente” (Roesler; Senra, 2013, p. 49).

Eses enfoques, sin duda, permiten comprender mejor la problemática y atender de forma más satisfactoria las reivindicaciones individuales de justicia, las cuales se concretizan por medio de las reparaciones.

Se debe tener presente que las reparaciones no sólo existen como una forma de “compensar” económicamente el daño sufrido, sino que abarcan políticas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y no repetición (Guillerot, *on-line*). De ese modo, las reparaciones no deben limitarse a restablecer la víctima a la situación en la que encontraba antes del conflicto, o a indemnizarla económicamente por los perjuicios sufridos, o rehabilitarla médica y psicológicamente, sino que deben revelar la verdad de lo sucedido, sancionar a los responsables y, más de que eso, garantizarle - a ella y a la sociedad en general - que esas atrocidades no se volverán a repetir.

Conclusión

El uso de la violencia sexual contra la mujer como arma de guerra constituye la forma más cruel de violación de derechos humanos que se puede cometer contra ella.

A pesar de eso, ese tipo de violencia ha sido prácticamente silenciado durante toda la historia de la humanidad, evidenciando la fuerza de la discriminación de género, que no hace más que cosificar a la mujer.

Sólo recientemente la perspectiva de género viene siendo incorporada en las discusiones sobre la prevención y la construcción de la paz.

Marco paradigmático de ese cambio es la Resolución 1325 (2000) del Consejo de Seguridad de la ONU, en la cual, por la primera vez, se reconoce la necesidad de incorporar un enfoque de género en los conflictos bélicos, así como la necesidad de adoptar medidas efectivas de protección de mujeres y niñas contra la violencia sexual.

Desde esa Resolución hasta los días actuales, otras iniciativas han sido tomadas. Más aún, la perspectiva de género viene siendo también incorporada en algunos procesos de transición, considerando que no hay justicia sin verdad y que la verdad no puede ser solamente la contada por los hombres.

Sin embargo, todas esas tentativas son aún muy exiguas.

Aún es difícil quebrar los preconceptos fuertemente arraigados en las sociedades impregnada de valores machistas, que niegan la cualidad de sujetos de derechos a las mujeres y que menosprecian y silencian su sufrimiento.

En ese contexto, el objetivo del presente trabajo fue contribuir en la discusión para la reversión de esa flagrante injusticia, que vulnera la dignidad de más de la mitad de la humanidad.

Referencias

CARRILLO, Margarita Robles (Coord.). **Género, conflictos armados y seguridad**. La asesoría de género en operaciones. Granada: UnE, 2012.

CONSEJO DE SEGURIDAD. **Resolución 2122 (2013)**. Disponible en: <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/2122\(2013\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/2122(2013))> Acceso en: 17 nov. 2014.

_____. **Resolución 1960 (2010)**. Disponible en: <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1960\(2010\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1960(2010))> Acceso en: 17 nov. 2014.

_____. **Resolución 1889 (2009b)**. Disponible en: <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1889\(2009\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1889(2009))> Acceso en: 17 nov. 2014.

_____. **Resolución 1888 (2009a)**. Disponible en: <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1888\(2009\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1888(2009))> Acceso en: 17 nov. 2014.

_____. **Resolución 1820 (2008)**. Disponible en: <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1820\(2008\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1820(2008))> Acceso en: 17 nov. 2014.

_____. **Resolución 1325 (2000)**. Disponible en: < [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1325\(2000\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1325(2000)) > Acceso en: 17 nov. 2014.

BARTOLOMÉ RUIZ, Castor M.M. Esquecer a violência: uma segunda injustiça às vítimas. **Revista do Instituto Humanitas Unisinos**. São Leopoldo, v. 358, n. 12, p.10-15 , abr. 2011.

_____. **Justiça e memória** - para uma crítica ética da violência. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

CORTE IDH - CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - **González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de Noviembre de 2009. Serie C No.205. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf>. Acceso en: 18 nov. 2014.

DÍAZ CORVERA, Francisco. La lucha contra la violencia de género: normativa y jurisprudencia internacional. In: CARRILLO, Margarita Robles (Coord.). **Género, conflictos armados y seguridad**. La asesoría de género en operaciones. Granada: UnE, 2012, p. 213-237.

FRYERO LARA, Beatriz. Mujeres: objetivo militar. In: CARRILLO, Margarita Robles (Coord.). **Género, conflictos armados y seguridad**. La asesoría de género en operaciones. Granada: UnE, 2012, p. 63-115.

GORDO GARCÍA, Fernando. Perfil y tipología de los conflictos armados actuales. In: CARRILLO, Margarita Robles (Coord.). **Género, conflictos armados y seguridad**. La asesoría de género en operaciones. Granada: UnE, 2012, p. 3-50.

GUILLEROT, Julie. **Los desafíos de una perspectiva de género en un programa de reparaciones**. Disponible en: <<http://escolapau.uab.cat/img/programas/derecho/justicia/seminariojt/tex12.pdf>>. Acceso en: 23 nov. 2014.

LEATHERMAN, Janie L. **Violencia sexual y conflictos armados**. Barcelona: Bellaterra, 2013.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Discriminação de gênero contra as mulheres e a violência sexual. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; MAUÉS, Antonio Moreira. (Org.). **A eficácia nacional e internacional dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 15-25.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Discriminación de género contra la mujer en Brasil: la decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Maria da Penha. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; LEAL, César Barros. (Orgs.). **Igualdad y no discriminación**. Fortaleza: IBDH, 2014, v. III, p. 7-26.

NASCIMENTO, Paulo Cesar. A Justiça de Transição e o 'acerto de contas'. **Jornal da Unicamp**, São Paulo, p. 9, 03 a 09 nov. 2008.

PINTO, Simone Rodrigues. Direito à memória e à verdade: Comissões de verdade na América Latina. **Revista Debates**, Porto Alegre, v. 4, n.1, jan-jun. 2010, p.128-143.

RAMOS JURADO, Mila. La paz desde lo femenino: poder y violencia de género en los conflictos armados. In: CARRILLO,

Margarita Robles (Coord.). **Género, conflictos armados y seguridad**. La asesoría de género en operaciones. Granada: UnE, 2012, p. 117-131.

ROBLES CARRILLO, Margarita. Mujer, paz y seguridad en la ONU. In: CARRILLO, Margarita Robles (Coord.). **Género, conflictos armados y seguridad**. La asesoría de género en operaciones. Granada: UnE, 2012, p. 135-186.

ROESLER, Claudia Rosane; SENRA, Laura Carneiro de Mello. Gênero e justiça de transição no Brasil. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 15, n. 105. fev-mar 2013, p. 35-67.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. **Prosecutor v. Akayesu**, Case No. ICTR-96-4, Judgment (Sept. 2, 1998). Disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/ICTR/AKAYESU_ICTR-96-4/Judgment_ICTR-96-4-T.html> Acceso en: 10 nov. 2014.

Quando América Latina Quer Ser Ela Mesma: por um Direito da Libertação para América Latina.

Alejandra Pascual¹

1. Invasão, extermínio e dominação na América Latina por parte da Europa ibérica.

A partir da conquista ibérica da América Latina começaram dois processos mundiais, articulados entre si, a *Modernidade europeia* e a *organização colonial do mundo*, os quais marcaram profundamente a história da região e determinaram a demarcação de uma nova organização do espaço e do tempo para todas as culturas, povos e territórios, a partir de uma grande narrativa universal, elaborada desde a Europa dominante. (LANDER, 2005, p. 26)

A colonização europeia da América Latina foi uma ação violenta fundada no mito da Modernidade, -na expressão de Dussel-, que em nome dessa Modernidade, massacrou milhões de seres humanos e exterminou civilizações inteiras, como as dos incas e astecas.(CARDOSO, 2003, p. 90)

Nesse sentido, como explica Quijano,

[...] En América Latina, la represión cultural y la colonización del imaginario fueron acompañadas de un masivo y gi-

1 Doutora em Direito (UFSC). Pós-doutora em Filosofia Latino-Americana (UNAM/México). Professora Adjunta na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB)

gantesco exterminio de los indígenas, particularmente por su uso de mano de obra desechable, además de la violencia de la conquista y de las enfermedades. La escalada de ese exterminio (si se considera que entre el área azteca-maya-caribe y el área tawantisuyana fueron exterminados alrededor de 35 millones de habitantes en un periodo menor de 50 años) fue tan vasta que implicó no solamente una gran catástrofe demográfica, sino la destrucción de la sociedad y de la cultura. La represión cultural junto con el genocidio masivo a que las previas altas culturas de América fueron convertidas en subculturas campesinas iletradas, condenadas a la oralidad. Esto es, despojadas de patrones propios de expresión formalizada y objetivada, intelectual y plástica o visual. En adelante –lamenta Quijano- los sobrevivientes no tendrían otros modos de expresión intelectual o plástica formalizada y objetivada, sino a través de los patrones culturales de los dominantes, aún subvirtiéndolos en ciertos casos, para transmitir otras necesidades de expresión. América Latina –afirma Quijano- es, sin duda, el caso extremo de la colonización cultural de Europa. (QUIJANO, 2014, p. 61)

Segundo Dussel (1994, p. 10), o ano de 1492 seria o tempo histórico do “nascimento” da Modernidade como conceito, a “origem” do “mito” de violência sacrificial junto ao processo de “en-cobrimiento” do não-europeio. (DUSSEL, 2014, p. 63)² Para o autor, a Modernidade teve nascimento na época da conquista da América Latina, quando a Europa se confrontou com um “Outro” diferente dela.(DUSSEL, 1994, p. 10).

2 Afirma Dussel: “La modernidad incluye un ‘concepto’ racional de emancipación que afirmamos y asumimos. Pero, al mismo tiempo, desarrolla un mito irracional, una justificación de la violencia genocida. [...]”. Ver: Enrique Dussel Eurocentrismo y modernidad (Introducción a las lecturas de Frankfurt).. In: Walter Mignolo et al. *Capitalismo y geopolítica del conocimiento: el eurocentrismo y la filosofía de la liberación en el debate intelectual contemporáneo*. 2 a. Ed., Buenos Aires: Del Signo, 2014. p.63.

Como explica o próprio Dussel,

De acuerdo a mi tesis central, 1492 es la fecha del “nacimiento” de la modernidad, si bien su gestación envuelve un proceso de reconocimiento “intrauterino” que le precede. La posibilidad de la modernidad se originó en las ciudades libres de la Europa medieval, que eran centros de enorme creatividad. Pero la modernidad como tal “nació” cuando Europa estaba en una posición tal como para plantearse a sí misma contra otro, cuando, en otras palabras, Europa pudo auto-constituirse como un unificado ego explorando, conquistando, colonizando una alteridad que le devolvía una imagen de sí misma. Este otro, en otras palabras, no fue “des-cubierto”, o admitido, como tal, sino disimulado, o “en-cubierto”, como lo mismo que Europa había asumido que había sido siempre. Así, si 1492 es el momento del “nacimiento” de la modernidad como un concepto, el origen de un muy particular mito de violencia sacrificial, también marca el origen de un proceso de ocultamiento o no reconocimiento de lo no-europeo. (DUSSEL, 2014, p. 64)

Para Dussel a primeira época da chegada dos europeus ao continente americano caracterizou-se pelas viagens de reconhecimento geográfico dos territórios, depois do qual os europeus passaram à ocupação e conquista dessas terras e exterminaram ou submeteram à escravidão as populações que nelas habitavam. Depois da época do extermínio e da conquista, começou o momento histórico da colonização do “Outro”, dos sobreviventes, através do domínio dos corpos e da imposição violenta da cultura e da cosmovisão dos europeus. (DUSSEL, 2014, p. 50)

Europa construiu a chamada Modernidade a partir da negação do “Outro”, ignorado sua humanidade e encobrido-o pela imposição do “Mesmo” que o europeu. Com a Modernidade, as culturas passaram a ser julgadas conforme os parâmetros do eurocentrismo

ontológico estabelecido por Hegel, a partir do qual algumas dessas culturas foram consideradas parte da história primitiva da história universal enquanto que as outras foram ignoradas, por insignificantes; nesses casos –para Hegel– caberia ao europeu a missão de “civilizar” a esses povos “primitivos”. (CARDOSO, 2003, p. 89)

Como bem afirma Dussel,

[...] La “colonización” de la vida cotidiana del indio, del esclavo africano poco después, fue el primer proceso “europeo” de “modernización”, de civilización, de “subsumir” (o alienar) al Otro como “lo Mismo” [...] como objeto de una praxis erótica, pedagógica, cultural, política, económica, es decir, del dominio de los cuerpos por el machismo sexual, de la cultura, de tipos de trabajos, dominación del Otro. Es el comienzo de la domesticación, estructuración, colonización del “modo” como aquellas gentes vivían y reproducían su vida humana. Sobre el efecto de aquella “colonización” del mundo de la vida se construirá la América Latina posterior: una raza mestiza, una cultura sincrética, híbrida, un Estado colonial, una economía capitalista (primero mercantilista y después industrial) dependiente y periférica desde su inicio, desde el origen de la Modernidad. El mundo de la vida cotidiana conquistadora-europea “colonizará” el mundo de la vida del indio, de la india, de América. (DUSSEL, 2014, p. 63)

Através dos diferentes recursos históricos usados, tais como a evangelização, a colonização, a civilização, a modernização, o desenvolvimento, a Europa deu sustento à concepção de que existia um padrão civilizatório *normal* e *superior* e que esse padrão de referência universal consistia, por natureza, à especificidade do ser histórico-cultural da Europa. Como consequência, a visão eurocêntrica, transformou as suas categorias, conceitos e perspectivas (economia, Estado, sociedade civil, mercado, classes, etc.) em categorias

universais para a análise de qualquer realidade e estabeleceu proposições normativas que passaram a definir o *dever ser* para todos os seres humanos e povos do planeta. (LANDER, 2005, p. 36-37)

Ao considerar as outras formas de organização da sociedade e de conhecimento como carentes, arcaicas, primitivas, tradicionais ou pré-modernas, a colonização europeia determinou a aniquilação ou a imposição da chamada “civilização” aos outros como único destino possível (LANDER, 2005, p. 35). Como afirma Edgardo Lander, “a construção *eurocêntrica*, pensa e organiza a totalidade do tempo e do espaço para toda a humanidade do ponto de vista de sua própria experiência”. (LANDER, 2005, p. 34)

Lamentavelmente, o processo de modernização europeu realizado na América Latina acabou produzindo, afirma Clodoaldo Cardoso, “destruição das culturas locais, muita opressão e numerosas formas de domínio capitalista em troca de ganhos bastante pífijs em termos de padrão de vida”. (CARDOSO, 2003, p. 133)

2. Reprodução da mentalidade colonial no pensamento atual da América Latina.

Conforme Dussel (2009, p. 303), durante cinco séculos, toda a modernidade permaneceria “adormecida”, sem “sensibilidade” perante a dor do mundo periférico do Sul (DUSSEL, 2009, p. 303). Para o autor, a Modernidade europeia, podia ter mudado o seu rumo, mas –lamenta- “Não o fez e a rota fixou-se inflexível até ao século XXI” (DUSSEL, 2009, p. 303).

Por outro lado, o sociólogo mexicano Leopoldo Zea (2005A, p. 364) considera que na América Latina, à emancipação política não se seguiu a emancipação mental que a poderia ter levado a desfazer-se do passado colonial que a distanciava da sua verdadeira cultura. Ao invés da “emancipação mental” –lamenta o autor-, apareceram

novas formas de subordinação política, econômica e cultural que só mudaram o centro de poder colonizador. Para Zea (2005A, p. 368), a América Latina continuou com a mentalidade imposta em séculos de colonialismo ibero, no início, e, posteriormente, sob novas formas de dependência, no campo econômico, social, político e cultural.

Depois da Península Ibérica, o novo poder imperial passou a ser exercido pela Inglaterra, com a imposição do sistema capitalista no Mundo Ocidental, que abarcaria a Europa ocidental e todo o continente americano. Essa dominação, expandida pelo mundo inteiro ao longo do século XIX -explica Zea (2005B, p. 90-91) - mudaria de poder na segunda metade do século XX, ao finalizar a Segunda Guerra Mundial, quando a Inglaterra passou o cetro imperial a seu herdeiro, os Estados Unidos da América (PASCUAL, 2004, p. 36-37).

Desde que os Estados Unidos assumiram o poder no mundo, a nova palavra de ordem usada nas sociedades capitalistas ocidentais era a de “desenvolvimento”, conforme os padrões determinados pelos donos do poder capitalista. Os padrões de desenvolvimento seriam universalizados e elevados à categoria de *dever ser* em todos os Estados e tipos de sociedades, produzindo substanciais mudanças na forma de vida de milhões de pessoas (LANDER, 2005, p. 42).

Em relação à imposição colonialista e, posteriormente, imperial nas sociedades ocidentais, Grosfoguel (2009, p. 409) afirma:

Nos últimos 510 anos do ‘sistema-mundo patriarcal/capitalista colonial/moderno europeu/europeu-americano’, passamos do ‘cristianiza-te ou dou-te um tiro’ do século XVI para o ‘civiliza-te ou dou-te um tiro’ do século XIX, para o ‘desenvolve-te ou dou-te um tiro’ do século XX, para o recente ‘neoliberaliza-te ou dou-te um tiro’ dos finais do século XX, para o recente ‘democratiza-te ou dou-te um tiro’ dos inícios do século XXI. Não houve respeito nem reconhecimento pelas formas de democracia indígenas, fossem elas africanas, islâmicas, ou outras não

européias. A forma liberal da democracia é a única aceite e legitimada. As formas outras de democracia são rejeitadas. Se a população não europeia não aceita as condições da democracia liberal euro-americana esta é imposta pela força em nome da civilização e do progresso.

Para Boaventura de Souza Santos (2009^a, p. 13), o colonialismo foi também uma dominação epistemológica, “uma relação extremamente desigual de saber-poder que conduziu à supressão de muitas formas de saber próprias dos povos/ou nações colonizados”. Conforme o autor, o pensamento moderno ocidental continua a operar “mediante linhas abissais que dividem o mundo humano do sub-humano”. Ele considera que “[A]s colónias representam um modelo de exclusão radical que permanece atualmente no pensamento e práticas modernas ocidentais tal como aconteceu no ciclo colonial” (SOUZA SANTOS, 2009B, p. 31).

3. A procura de um processo descolonizador para América Latina.

Os Estados latino-americanos constituíram-se em exemplo notório de aplicação de um sistema sócio-político excludente, com graves divergências entre os princípios estabelecidos nas suas Constituições e a aplicação à realidade histórico-social de seus países devido à imposição da cultura, das práticas e dos valores dos grupos sociais dominantes.

Conforme Leopoldo Zea (2005A, p. 471), para proceder à descolonização do pensamento na América Latina seria necessário, em primeiro lugar, que o colonizado tomasse consciência de sua humanidade e, por outro lado, que o colonizador também tomasse consciência de sua inumanidade. Trata-se, para o autor, de uma tarefa árdua e difícil, e aceita a ideia de que poderia ser impossível de rea-

lizar. Nesse mesmo sentido, Grosfoguel (2009, p. 412) considera que deveriam ser imaginadas alternativas descoloniais globais utópicas junto à superação dos modos binários de pensamento.

Para Zea (2005B, p. 335-336), existem muitos povos marginalizados que procuram saber o que são, em um mundo que os considera inferiores e os trata como estranhos; para o autor, trata-se de um problema que afeta povos e culturas tanto da América Latina como de outros locais do mundo, inclusive da própria Europa e dentro dos Estados Unidos.

Conforme afirma Zea, os povos colonizados devem buscar a legitimação de sua identidade, que consistiria em “uma busca de afirmação do distinto, do individual, do pessoal” (2005B, p. 342). Para Zea, há necessidade de buscar “outra forma de civilização que cumpra o que deveria ter sido sua obrigação moral: fazer que os seres humanos convivam entre si, participem, juntos, em tarefas comuns, mas sem renunciar à sua própria peculiaridade.” (ZEA, 2005B, p. 342-343)

Leopoldo Zea considera importante que América Latina assimile seu passado e sua herança cultural na busca de sua peculiar identidade, por meio de um processo que ele chama de “Projeto assuntivo” e que deveria ter “[...] como ponto de partida a própria realidade, por mais negativa que possa parecer, para tratar de construir, sobre ela e com ela, o mundo que se anseia [...]” (BARTHOLO, 2005, p. 21). O projeto assuntivo de Zea “pretende ir além da própria realidade, mas partindo e contando com ela, cavalgando sobre seu conhecimento e sua experiência”. (BARTHOLO, 2005, p. 21)

Num âmbito mais global, Grosfoguel (2009, p. 412) defende a urgência e necessidade de instaurar uma série de medidas “descoloniais”. Para isso o autor considera que seria essencial “transformar os sistemas de dominação e de exploração da atual matriz de poder colonial do sistema-mundo patriarcal/capitalista colonial/moderno”. (GROSFOGUEL, 2009, p. 409)

Grosfoguel (2009, p. 412-413) destaca que o processo descolonizador precisaria, também, da descolonização da economia política do sistema mundo:

[...] a descolonização da economia política do sistema-mundo patriarcal/capitalista colonial/moderno exige a erradicação das contínuas transferências de riqueza do Sul para o Norte e a institucionalização de uma redistribuição global e da transferência de riqueza do Norte para o Sul. Depois de séculos de “*acumulação por espoliação*” (Harvey, 2003), o Norte detém uma concentração de riqueza e recursos inacessíveis ao Sul. Poderiam promover-se mecanismos globais com vista a redistribuir a riqueza do Norte para o Sul, por meio da intervenção direta de organizações internacionais e/ou pela aplicação de impostos sobre os fluxos globais de capital. Contudo, isto exigiria uma luta de poder descolonial e global, com vista a uma transformação da matriz global e colonial de poder e, por consequência, uma transformação do sistema-mundo patriarcal/capitalista colonial/moderno. O Norte mostra-se relutante em partilhar a concentração e acumulação de riqueza gerada pelo trabalho não europeu do Sul depois de anos de exploração e dominação. Ainda hoje, as políticas neoliberais representam uma continuação da “*acumulação por espoliação*” (Harvey, 2003) iniciada pela expansão colonial europeia com a conquista das Américas no século XVI. Muitos países periféricos viram-se privados da sua riqueza e recursos nacionais durante os últimos vinte anos de neoliberalismo à escala mundial, sob a supervisão e intervenção direta do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial. Estas políticas conduziram à bancarrota muitos países da periferia e levaram à transferência da riqueza do Sul para grandes empresas e instituições financeiras transnacionais sediadas no Norte.

4. Por um Direito da Libertação para América Latina: quando América Latina quer ser ela mesma.

Grosfoguel (2009, p. 408) acredita que é possível “começar a imaginar mundos alternativos para lá do eurocentrismo e do fundamentalismo” e defende a necessidade de descolonizar as relações de poder que atualmente prevalecem no mundo. Para tentar alcançar sua proposta de um “diálogo intercultural Norte-sul”, o autor considera que deveria ser implementado um diálogo “de tipo horizontal, por contraposição com o diálogo vertical característico do Ocidente” o qual exigiria a realização de transformações nas estruturas de poder globais do Ocidente. (GROSFOGUEL, 2009, p. 408)

Para Grosfoguel, as propostas de Enrique Dussel contribuiriam na criação de um novo projeto para transcender a versão eurocêntrica da modernidade, pois poderiam concretizar o inacabado e incompleto projeto descolonizador na América Latina.

Conforme afirma Grosfoguel (2009, p. 408),

Em vez de uma única modernidade, centrada na Europa e imposta ao resto do mundo como um desenho global, Dussel propõe que se enfrente a modernidade eurocentrada através de uma multiplicidade de respostas críticas descoloniais que partam das culturas e lugares epistêmicos subalternos de povos colonizados de todo o mundo. [...].

A proposta transmoderna de Dussel propõe, pois, introduzir um discurso que deverá ser um diálogo entre as diversas culturas a fim de desenvolver uma “teoria” ou “filosofia do Diálogo”, como parte do que o próprio Dussel (1994, p. 10-11) chama de “filosofia da Libertação do oprimido, do incomunicado, do excluído, do Outro”.

Para a filosofia da libertação de Dussel, os pensadores críticos de cada cultura teriam que entrar em diálogo com outras culturas, “como

estratégia ou mecanismo conducente a um ‘mundo transmoderno’ descolonizado enquanto projeto universal que nos leve além do eurocentrismo” e do fundamentalismo”. (GROSGOUEL, 2009, p. 408-409)

Como afirma Dussel, a Filosofia da Libertação parte da Alteridade, do excluído (a cultura dominada) e trata de apresentar as possibilidades de dialogar desde a afirmação da alteridade e, ao mesmo tempo, desde a negatividade de que “o-Outro-excluído” e “dominado” possa efetivamente intervir.

Desse modo, conforme Grosfoguel (2009, p. 413),

[...] a necessidade de uma linguagem crítica comum de descolonização requer um tipo de universalidade que já não seja um desenho imperial global/universal monolítico e monorrópico, quer de direita ou de esquerda, imposto ao resto do mundo pela persuasão ou pela força e em nome do progresso ou da civilização.

Grosfoguel (2009, p. 413) defende um projeto de libertação, que chama de proposta de “diversidade anticapitalista descolonial universal radical” e que consistiria em um projeto universal concreto para construir um universal descolonial, “respeitando as múltiplas particularidades locais nas lutas contra o patriarcado, o capitalismo, a colonialidade e a modernidade eurocentrada, a partir de uma variedade de projetos históricos ético-epistêmicos descoloniais.

Grosfoguel (2009, p. 413-414) considera que sua proposta descolonizadora representaria “uma fusão entre a ‘transmodernidade’ de Dussel e a ‘socialização do poder’ de Quijano”.

Nesse sentido, o autor esclarece que:

A transmodernidade de Dussel conduziu-nos ao que Walter Mignolo (2000) caracterizou como “*diversidade enquanto projeto universal*” para descolonizar a modernidade eurocentrada, ao passo que a socialização do poder de

Quijano faz um apelo a um novo tipo de imaginário universal anticapitalista radical que descolonize as perspectivas marxistas/socialistas dos seus limites eurocêntricos. A linguagem comum deverá ser anticapitalista, antipatriarcal, anti-imperialista e contra a colonialidade do poder, rumo a um mundo em que o poder seja socializado sem deixar de se manter aberto a uma diversidade de formas institucionais de socialização do poder assentes nas diferentes respostas ético-epistémicas descoloniais dos grupos subalternos do sistema-mundo. (GROSFOGUEL, 2009, p. 413).

Para Grosfoguel (2009, p. 414), o projeto descolonizador de Dussel é um apelo ao universal concreto, não excludente, que incluiria todas as sociedades, todos os países, todas as culturas, todas as histórias com as suas particularidades epistémicas, na construção de uma “socialização transmoderna e descolonial do poder”. Como afirma Grosfoguel, a proposta de Dussel é condizente com o ditado zapatista: *“lutar por um mundo onde outros mundos sejam possíveis”*.

O projeto de superação do atual colonialismo/imperialismo mundial na proposta de Enrique Dussel em sua Filosofia da Libertação coincide com as propostas apresentadas por Fanon, para quem a descolonização não se resumiria a alcançar a libertação nacional, mas deveria incluir, também, a “criação de uma nova ordem material e simbólica que leve em consideração o espectro completo da história humana, incluindo as suas conquistas e fracassos.” (MALDONADO-TORRES, 2009, p. 349).

Fanon defendia a ideia de que os dominados deviam superar seu sentimento de inferioridade em relação aos colonizadores, através da tomada de consciência “como resposta aos que se encontram aprisionados em posições de subordinação” (MALDONADO-TORRES, 2009, p. 349). A ideia da “tomada de consciência” para o pensamento emancipatório, também está presente em Leopoldo Zea, quando se refere à necessidade de que América

Latina crie um pensamento próprio, descolonizado tanto da Europa como dos Estados Unidos.

Zea (2005B, p. 173) afirma, nesse sentido, que:

A América não é a Europa, a América Latina não é a América saxã, por isto fracassaram todos os esforços por ser como outros, diferentes de si mesmos. A barbárie está em querer ser como outro, a civilização está no ser um mesmo e construir a partir deste ser. O uruguaio José Enrique Rodó mostra, ao término do século XIX e início do XX, o grande erro, o grande equívoco, o querer ser outro diferente de si mesmo. A pretensão de fazer desta América uma cópia da outra América; pretender vencer a suposta barbárie tratando de assemelhar-se a um homem ou a um povo que não se é. Foi este o erro dos civilizadores latino-americanos, querendo fazer desta América outros Estados Unidos. [...] Aceitar outros modelos é a aceitação de inferioridade em relação àquilo que se aceita. Aceitação que implica, por sua vez, nova subordinação por livre que seja.

Nessa perspectiva, deveriam ser procurados novos rumos para outras formas de modelos de convivência entre as diversas sociedades, povos e Estados na realidade sócio-política atual.

5. Conclusões

Zea considera que a igualdade entre seres humanos e entre povos não poderia advir da possibilidade de que um ser humano ou um povo seja a cópia fiel de outro, mas da sua própria peculiaridade. Assim, para ele, um ser humano ou um povo seria semelhante a outro justamente por ser, como eles, distinto, diverso. E seria essa diversidade a que –conforme Zea– lhes faz semelhantes, de modo que cada ser humano ou povo, assemelhar-se-ia a outro por possuir uma identidade, individualidade e personalidade. (2005B, p. 342)

Para Zea (2005B, p. 55):

[...] é esta peculiar maneira de ser dos seres humanos e povos o que deve ser respeitado. Negar ou regatear tal respeito será cair na autêntica barbárie, aquela que pretende rebaixar o ser humano considerando-o coisa, aquela que pretende utilizar a outro ser humano, ou povo, aquela que aceita ser utilizada.

A proposta de Zea consiste em um projeto libertário onde não seria possível a existência de liberdade sem igualdade, pois nenhum ser humano ou povo poderia ser livre sem antes ser reconhecido como igual por outros homens e povos. Para Zea, então, não seria possível renunciar à liberdade pela igualdade porque, para possibilitar a liberdade, seria necessário ter igualdade. Ele defende, então, a criação de “uma vontade que expresse a vontade de todos, não em abstrato, mas em uma cotidiana e permanente afirmação de solidariedade, que nasce da liberdade e não do domínio que é imposto”. (ZEA, 2005B, p. 333)

A relação entre os seres humanos deveria estar pautada, então, por uma atuação solidária entre eles e não poderia ser uma relação de submissão de uma vontade a outra vontade, mas de conciliação entre o que um ser humano quer com o que os outros seres humanos querem. (ZEA, 2005B, p. 49)

Zea defende a criação de uma nova história, onde a relação entre os diversos povos e seres humanos não fosse a continuação da atual relação de domínio de uns e a dependência sofrida por outros; onde não houvesse mais uma relação entre civilização e barbárie, mas, sim, uma relação de mútua compreensão, de um discurso frente a outro discurso. (ZEA, 2005B, p. 333)

Nesse sentido, os processos do chamado Novo constitucionalismo latino-americano, a partir de Equador e da Bolívia, estão dando um exemplo único tanto na história da América Latina como na história do Ocidente, ao propor uma cosmovisão diferen-

te da ocidental, que surge das raízes comunitárias não capitalistas emergidas do chamado “bom viver”. (ACOSTA, 2014, p. 129)

Conforme explica Alberto Acosta (2014, p. 129), essas novas propostas rompem tanto com as lógicas antropocêntricas do capitalismo como civilização dominante, como com os diversos socialismos reais que já existiram. Para o autor (2014, p. 130-131), esse novo constitucionalismo incorpora na sua essência o princípio do “Bom viver”, proposta de pensamento holístico, em permanente construção e reprodução, categoria central da filosofia da vida das sociedades indígenas. Trata-se de objetivar uma transformação civilizatória, sendo que uma de suas tarefas iniciais seria desmercantilizar a Natureza, como explica Acosta (2014, p. 131).

Como afirma o autor,

Los objetivos económicos deben estar subordinados a las leyes de funcionamiento de los sistemas naturales, sin perder de vista el respeto a la dignidad humana procurando la calidad en la vida de las personas. Y esto se logra –continua Costa- con verdaderos procesos de redistribución del ingreso y de la riqueza. (ACOSTA, 2014, p. 132)

O “Bom Viver” surge das comunidades indígenas, mas não nega as vantagens tecnológicas do mundo moderno nem as contribuições de outras culturas e saberes que questionam os pressupostos da modernidade dominante, como afirma Acosta (2014, p. 133). Trata-se de uma nova forma de pensar o Direito e a convivência entre os seres humanos, que inclui o reconhecimento da qualidade de sujeito de direitos à Natureza e, conseqüentemente, o seu direito de ser restaurada quando destruída, verdadeiramente inovador na história do Direito latino-americano e na história da própria Humanidade (ACOSTA, 2014, p. 132)

Trata-se da implementação das ideias de Leopoldo Zea, quando defendia a criação de novas formas de participação que

possibilitaram a convivência igualitária de todos os seres humanos, a participação conjunta em tarefas comuns, mas sem renunciar à sua própria identidade. Afirmar a igualdade a partir da própria peculiaridade.” (ZEA, 2005B, p. 342-343).

6. Referências

ACOSTA, Alberto. El Buen Vivir, una alternativa al desarrollo. In: QUINTERO, Pablo et al. **Crisis Civilizatoria, desarrollo y Buen Vivir**. Buenos Aires: Del Signo, 2014. p. 127-133.

BARTHOLO, Roberto; DELAMARO, Maurício; da Paz, André; Don Leopoldo. Um homem sem menos. Poucas palavras sobre um mestre e sua mensagem. In: ZEA, Leopoldo. **Discurso desde a marginalização e a barbárie; seguido de, a filosofia latino-americana como filosofia pura e simplesmente**. Traduzido por Luis Gonzalo Acosta Espejo e Maurício Delamaro. Rio de Janeiro: Garamond, 2005. p. 7-35.

CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. **Tolerância e seus limites: um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade**. São Paulo: UNESP, 2003.

DUSSEL, Enrique. **El encubrimiento del otro**. Hacia el origen del mito de la modernidad. 3ª. Ed., Quito: Abya-Yala, 1994.

DUSSEL, Enrique. Eurocentrismo y modernidad (Introducción a las lecturas de Frankfurt).. In: Walter Mignolo et al. **Capitalismo y geopolítica del conocimiento: el eurocentrismo y la filosofía de la liberación en el debate intelectual contemporáneo**. 2 a. Ed., Buenos Aires: Del Signo, 2014. p.63-75.

DUSSEL, Enrique. Meditações anti-cartesianas sobre a origem do anti-discurso filosófico da modernidade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Org.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 283-335.

GROSGOUEL, Ramón. Para Descolonizar os Estudos de Economia Política e os Estudos Pós-coloniais: transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Org.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 383-417.

LANDER, Edgardo. Ciências sociais: saberes coloniais e eurocêntricos. In: LANDER, Edgardo (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Traduzido por Júlia César Casarin Barroso Silva. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias sociales, CLACSO, 2005. Pp. 21-53.

MALDONADO-TORRES, Nelson. A Topologia do Ser e a Geopolítica do Conhecimento: modernidade, império e colonialidade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Org.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 337-382.

PASCUAL, Alejandra. **Terrorismo de Estado: a Argentina de 1976 a 1983**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

QUIJANO, Aníbal Quijano. Colonialidad y Modernidad-racionalidad. In: Aníbal Quijano et al. **Textos de fundación**. Buenos Aires: Del Signo, 2014. p. 59-69.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. Introdução. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Org.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009A. p. 9-19.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal; das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Org.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009B. p. 23-71.

ZEA, Leopoldo. A filosofia latino-americana como filosofia pura e simplesmente. In: ZEA, Leopoldo. **Discurso desde a marginalização e a barbárie; seguido de, a filosofia latino-americana como filosofia pura e simplesmente**. Traduzido por Luis Gonzalo Acosta Espejo e Maurício Delamaro. Rio de Janeiro: Garamond, 2005A. p. 355-485.

ZEA, Leopoldo. Discurso desde a marginalização e a barbárie. In: ZEA, Leopoldo. **Discurso desde a marginalização e a barbárie; seguido de, a filosofia latino-americana como filosofia pura e simplesmente**. Traduzido por Luis Gonzalo Acosta Espejo e Maurício Delamaro. Rio de Janeiro: Garamond, 2005B. p. 41-352.

La Apropiación de las Nociones de Verdad, Justicia, Reparación y Memoria en la Causa de las Mujeres Víctimas del Conflicto Armado en Colombia¹

Carolina Vergel Tovar

Docente investigadora – Departamento de
Derecho Constitucional
Universidad Externado de Colombia

Introducción

Partir de la idea de una *apropiación conceptual* supone que las nociones de Verdad, Justicia, Reparación y Memoria (VJRM), tal y como circulan actualmente en el espacio público de opinión, no siempre hicieron parte de las herramientas discursivas (políticas y jurídicas) a propósito del conflicto armado en Colombia. El presente estudio se concentra entonces en analizar algunos elementos fundamentales que permiten hablar de esa apropiación y, más precisamente, de las *circunstancias* en que tuvo lugar, de algunos

1 El presente escrito proviene de una investigación doctoral más amplia acerca del tema, de orden cualitativo, a partir de un trabajo de campo desarrollado en Bogotá y Medellín, entre 2007 y 2011. Entrevistas semi-dirigidas con las personas más importantes y representativas de la causa de las mujeres víctimas del conflicto armado en Colombia, ejercicios de observación etnográfica de espacios e iniciativas de activismo, así como de espacios judiciales, constituyen las principales fuentes de información, fuera del análisis documental.

de los *términos* de dicha apropiación, así como de algunas de sus *consecuencias* en el escenario colombiano.

El análisis propuesto se estructura a propósito de “la causa de las mujeres víctimas del conflicto armado” (en adelante “la causa”). El concepto de “causa” resulta particularmente útil por la doble significación que encarna: suma de intereses comunes y, al tiempo, asunto judicial, haciendo converger las dos dimensiones que dicha problemática representa actualmente en Colombia: una problemática de interés público que además suscita múltiples acciones judiciales. Dos dimensiones que además guardan una relación dinámica y pueden explicarse entre sí (BOLTANSKI L., CLAVIERIE E., OFFENSTADT N., VAN DAMME S., 2007).

De igual manera, este estudio parte de la premisa según la cual resulta interesante analizar en qué momento y de qué forma el derecho constituye una especie de gramática de la acción colectiva, al determinar elementos como “la naturaleza de los colectivos”, “las motivaciones de las personas”, “la racionalidad de sus acciones y las formas que las justifican”² (CEFAÏ, 2007: 20-21). Este enfoque se articula con nuestro interés por analizar el derecho como un fenómeno social y, más concretamente, por las dinámicas y prácticas en las que el derecho juega un rol constitutivo (GUSFIELD, 2009; HUNT, 1993). El presente análisis se detiene sobre los usos conceptuales. No pretende entonces hacer un estudio sobre cómo se entienden o se deben entender las nociones de VJRM según los parámetros de la doctrina, la normatividad o la jurisprudencia. No sólo porque este tipo de análisis abundan en el panorama colombiano (e.g. UPRIMNY, 2006). Sino porque consideramos que una visión que se interese en la manera en la cual los actores sociales,

2 Aspectos presentados por Daniel Cefaï como un “orden de cosas” que permite reconstruir la genealogía de los paradigmas de la acción colectiva; esos elementos operan como “matrices de reglas y categorías que ordenan la puesta en escena, en forma y la construcción de sentido de las acciones colectivas”.

incluyendo los operadores jurídicos y las autoridades públicas, hacen uso de categorías jurídicas aporta visiones complementarias y eventualmente reveladoras acerca de cómo se construye y, al tiempo, de la forma en que se operacionaliza la legitimidad del derecho (EWICK Y SILBEY, 1998). Con respecto al objeto de análisis escogido, la pertinencia de esta perspectiva se refuerza en razón de elementos que podemos clasificar en dos órdenes: teórico y socio-político.

Desde el punto de vista teórico, dada la dificultad para situar intelectualmente a la “justicia transicional”. A pesar de la omnipresencia del concepto, aún es posible preguntarse sobre qué porta exactamente la expresión: si se trata de una teoría (TEITEL, 2000; ELSTER, 2004), de una ecuación que resulta de sumar las nociones mencionadas (VJRM e incluso, reconciliación), si es entonces una suerte de “batería de conceptos” o si se trata más bien de un “modelo de gobernanza”, una nueva experticia (LEVI & HAGAN, 2008) o, incluso, una tecnología funcional a ciertos modelos de cooperación internacional.

Según Collen Duggal (2005: p. vii-xii), la justicia transicional se entiende cada vez más como un “paradigma jurídico” compuesto de cuatro mecanismos: en primer lugar, de acciones judiciales contra los autores individuales de las conductas criminales (a través de tribunales nacionales o internacionales), en segundo lugar, la promoción de iniciativas de búsqueda de la verdad (para esclarecer los abusos del pasado y construir una memoria histórica³), en tercer lugar, la reparación material e inmaterial de las víctimas de violaciones de derechos humanos, en cuarto y último lugar, una serie de reformas institucionales importantes para la gobernabilidad democrática (investigaciones y purgas de funcionarios, militares, etc.).

3 Nótese la relación funcional entre la búsqueda de la verdad y la construcción de una memoria histórica. Para no alejarnos del objeto central de este estudio, basta con decir que la relación entre estos dos conceptos está lejos de ser unívoca y evidente. Al contrario, no escapa a las tensiones y a los debates (Millard, 2014).

Esos mecanismos se resumen generalmente con los términos de “verdad, justicia y reparación” (y a veces, también de reconciliación). Sin embargo, el estatus y el alcance de dichos conceptos no es muy claro tampoco. Las definiciones y aplicaciones de los mismos varían de una forma esencialmente casuística (PARMENTIER, 2004: p. 56-57). ¿Se trata de principios, de parámetros, de objetivos a alcanzar?

La definición de Duggal y su esfuerzo de síntesis tiene también el mérito de reunir casi todos los factores que se le critican a la “justicia transicional”. Algunas señalan su enfoque normativo y prescriptivo (BESSONE & DESPLA, 2009: p. 12), así como su carácter “fundamentalmente teleológico”, que asume a la democracia liberal como un “horizonte ineluctable” y que “sería prisionera de una concepción estrecha de lo político” (MOURALIS, 2008: p. 19-25), que desdibuja el universo social detrás de las estrategias jurídicas o judiciales de los actores. Hay críticas que van aún más lejos para afirmar que la justicia transicional no es ni una “buena política” ni un concepto, en cuanto no designa necesariamente las “mejores prácticas” sino que reúne herramientas muy distintas, a veces contradictorias entre sí (LEFRANC, 2008: p. 61). Está claro que la justicia transicional agrupa a la vez que reenvía a dimensiones diversas. Por todo esto, se insiste, los usos que de ella se hacen, pueden resultar reveladores de dicha diversidad y de algunas de las razones que la explican.

Ahora bien, el enfoque del presente análisis también nos parece pertinente desde el punto de vista socio-político. En efecto, no es difícil constatar la omnipresencia de estas nociones (VJRM) en el lenguaje propio de “la causa” que estudiamos por ejemplo⁴, más allá o a pesar de las múltiples divergencias acerca de su contenido y alcance. A mi juicio, esa omnipresencia se puede explicar, al menos

4 Uno de los esfuerzos pioneros y más representativos en tal sentido fue el Grupo de trabajo « Mujer y género, por la verdad, la justicia, la reparación y la reconciliación » (2008).

en parte, gracias a los usos estratégicos que de ellas han hecho y hacen los diferentes actores y actrices involucrados o que se encuentran en torno a la causa de las mujeres víctimas del conflicto armado en Colombia (y del conflicto en general). Asimismo, en función de aspectos coyunturales que interpelan dichos usos estratégicos y que arrojan resultados particulares según el contexto, en este caso, el conflicto armado colombiano y los esfuerzos por resolverlo.

Teniendo en cuenta estas consideraciones preliminares, el presente análisis se organiza a partir de tres elementos de reflexión. En primer lugar, presentaremos unas consideraciones generales sobre *el contexto* en el que tiene lugar la apropiación de los conceptos de VJRM en Colombia (I). En segundo lugar, analizaremos algunos de los aspectos más importantes de *la entrada* de los conceptos de VJRM *en el universo específico de la causa* de las mujeres víctimas del conflicto armado en Colombia (II). En tercer y último lugar, presentaremos *algunas de las implicaciones* —a nuestro juicio— *más significativas* de esta apropiación, concretamente para el activismo feminista (III).

I. El contexto en el que tiene lugar la apropiación de los conceptos de VJRM en Colombia:

Según la perspectiva del presente análisis, este contexto puede esquematizarse como el encuentro o mejor *el pulso entre dos usos estratégicos de la justicia transicional*: uno de parte del gobierno de Álvaro Uribe Vélez (Presidente de la República entre 2002-2006, reelegido para el período 2006-2010) y otro de parte del movimiento de DDHH.

Del lado del gobierno, el recurso a la justicia transicional buscó sustentar y legitimar el proceso de negociación y desmovilización parcial de grupos paramilitares, agrupados en buena parte en las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC). Este proceso se

concreta a través de la promoción y adopción de una ley muy controvertida, la ley 975 de 2005⁵, llamada por los medios y a partir de allí conocida como “la ley de justicia y paz”. Denominación que ya anuncia su conexión con la lógica propia a ciertos discursos propios de la justicia transicional.

Del lado del movimiento de DDHH, la justicia transicional y, más concretamente, los conceptos de VJRM son empleados como herramientas de evaluación de dicho proceso, señalado por múltiples razones, entre las que se destacan la falta de transparencia y el riesgo de la institucionalización de la impunidad de los crímenes cometidos por los paramilitares⁶. Paradójicamente, el aparataje conceptual movilizado o agrupado en el concepto de justicia transicional resulta funcional a todos esos fines.

En efecto, este marco conceptual le permitió al gobierno Uribe estructurar su política frente al conflicto armado en Colombia, a partir de ejes fundamentales y, en principio, contradictorios: el primero, la *politización de los paramilitares*, en la medida que (por primera vez) son considerados como una contraparte política para efectos de adelantar negociaciones de programas de Desarme, Desmovilización y Reincorporación a la vida civil (DDR). El segundo, la *despolitización del conflicto armado en general*. El gobierno Uribe no sólo niega oficialmente la existencia de un conflicto armado sino que inscribe o recalifica las violencias relativas a la confrontación entre las Fuerzas Militares y las guerrillas en el marco de la “lucha contra el terrorismo”, según los parámetros discursivos y los términos de la cooperación militar estadounidense en este sentido.

Con respecto a la “guerra contra el terrorismo”, el gobierno Uribe va a seguir en efecto la línea del gobierno Bush, según la cual el respeto a los DDHH y al derecho internacional en general puede

5 Diario Oficial. Año CXLI. N. 45980. 25 julio de 2005, p. 14.

6 Notas del trabajo de campo.

verse “relajado” para servir a “la defensa de la seguridad nacional”, y esto evidentemente, a pesar de las múltiples críticas hechas a dicha política y sobre todo, a su laxitud con respecto a los parámetros del derecho internacional (ACKERMAN, 2006). Uribe despliega entonces una campaña diplomática para que los grupos guerrilleros sean inscritos en las llamadas “listas negras” de los grupos terroristas de la Unión Europea y de los Estados Unidos (MASSÉ, 2006). Calificación que les excluye automáticamente del marco legal interno que favorecía hasta ese entonces a los desmovilizados. Con respecto a las negociaciones con los paramilitares, y es, en este sentido que el uso de las herramientas de la justicia transicional es interesante para nosotros, el gobierno impulsa una reforma previa de las normas que exigían el estatus “político” de la contraparte para poder adelantar diálogos de paz (ver el **cuadro anexo** al final de este texto, sobre la evolución de las normas en materia de desmovilizaciones de actores armados ilegales en Colombia hasta la “ley de justicia y paz”).

Podríamos decir que la justicia transicional resulta estratégica en la medida que la “ley de justicia y paz” es presentada por el gobierno antes que nada como una *promesa de judicializar a los paramilitares*. A través de procesos judiciales regidos por parámetros procesales extraordinarios y que prometían sanciones alternativas, mucho menores que las establecidas por el Código Penal colombiano, la “ley de justicia y paz” representa, en todo caso, una ruptura con respecto a los términos de las negociaciones con los actores armados adelantadas en el pasado por diferentes gobiernos, específicamente con las guerrillas, desde 1984 y gracias a las cuales siete grupos guerrilleros dejaron las armas, sin contar los desmovilizados individuales que, según las cifras oficiales, sumaban en 2008 alrededor de 17 mil personas (GOBIERNO COLOMBIANO, 2008: párr. 8, p. 3).

Nos parece evidente que el recurso al derecho y, más precisamente, a la *legitimación a través del derecho de una posición política particular* se convierte en este contexto en un asunto central du-

rante este período. Aunque este tipo de traducción normativa no sea una novedad (ver el **cuadro anexo**), buena parte de los debates al respecto se juega en el terreno jurídico (y casi judicial), en especial en dos dimensiones: la primera, en lo que algunas posturas han denominado la ruptura con “la tradición del delito político” (OROZCO, 2005) para manejar la salida al conflicto armado. La segunda, en materia de las condiciones político-jurídicas para la adopción de nuevas normas en este sentido y del examen de su validez constitucional. Es con esta última dimensión con la cual se conecta el uso de la justicia transicional, en este mismo contexto, pero por parte del movimiento de DDHH. Detengámonos brevemente en cada una de estas dimensiones.

Si se observa con detenimiento el tipo de normas que habrían regulado las negociaciones con actores armados al margen de la ley antes de la “ley de justicia y paz” (presentadas de manera esquemática en el **cuadro anexo**), resulta más claro el por qué se puede hablar de una tradición del uso del “delito político”. El cuadro también resume de qué forma fueron puestas en práctica dichas normas (o dicho de otra forma: para qué sirvieron exactamente, en especial, qué grupos armados dejaron las armas en virtud de dicho marco normativo). Según el análisis del politólogo colombiano Iván Orozco (2005), es fundamentalmente en virtud del cambio global en lo que él llama “la conciencia humanitaria”, que dicha tradición resulta (o se vuelve) incompatible con los postulados actuales condensados en los conceptos de VJRM.

El recurso a la justicia transicional hecho por el movimiento de derechos humanos colombiano a partir de dicho momento nos parece comprobar la lectura de Orozco sobre esta “conciencia humanitaria” globalizada. Descrito según la perspectiva de análisis de nuestro estudio, encontramos que la justicia transicional le resulta estratégica al movimiento de DDHH en lugar de una

tradición cuya aplicación resultaba por lo menos discutible frente a los grupos paramilitares⁷.

Así las cosas, el movimiento de DDHH también termina por aceptar un tratamiento judicializante del conflicto armado, en vez de uno estrictamente político (como el que se había empleado hasta el momento). Pero, y es importante insistir en ello, no como una reacción crítica a las negociaciones y procesos de DDR anteriores, sino como contestación al proceso de “justicia y paz”, el mismo que introdujo la lógica de la justicia transicional.

Ahora bien, la falta de legitimidad del proceso de negociación adelantado con los paramilitares a ojos del movimiento de DDHH colombiano, condiciona también dicha aceptación a que los procesos judiciales de actores armados ilegales respeten no sólo unos parámetros mínimos, sino unos criterios máximos de correspondencia con lo que se entiende deben ser los parámetros de la justicia transicional (INTERNATIONAL CRISIS GROUP, 2008). La línea que va a resultar más funcional en este sentido va a ser la del sistema interamericano, según la cual la verdad, la justicia y la reparación deben ser consideradas como “derechos de las víctimas” (RESTREPO, 2014). El cambio es significativo. En el antiguo modelo los intereses de las víctimas se confunden prácticamente con la exigencia al respeto al DIH. En este nuevo marco la participación de las víctimas es un derecho y un parámetro de validez de los procesos judiciales, al menos en teoría (PCS, 2011).

La adopción de esta postura de la justicia transicional como una especie de “deber ser maximalista”, así como la generalización de las nociones de VJRM se hacen evidentes a lo largo del proceso de discusión del proyecto de ley (PALAU VAN HISENHOVEN, 2006).

7 Esta posición no es exclusiva del movimiento de DDHH. Es más, en 2007, la Corte Suprema de Justicia se pronuncia en contra de una interpretación extensiva del delito político a favor de los paramilitares, considerando que este tipo de estructuras armadas serían responsables al menos del delito de “concierto para delinquir” (ver **cuadro anexo**).

Sin embargo, no serán los criterios estructurantes de la ley finalmente adoptada (APONTE, 2011).

Es aquí en donde entra a jugar la dimensión relativa a las condiciones político-jurídicas para la adopción de nuevas normas en materia de DDR y del examen de su validez constitucional. Si se observa de nuevo el **cuadro anexo**, en especial la tercera columna (relativa a las críticas y a la contestación específicamente jurídica de dichas normas), es fácil notar un elemento diferencial entre la “ley de justicia y paz” y las precedentes. Esta ley muestra el alcance de un nuevo diseño constitucional, en donde la acción pública de inconstitucionalidad⁸ le ha abierto la puerta a la crítica y, en términos más generales, a la participación de la sociedad en este tipo de políticas. El elevado número de demandas de inconstitucionalidad presentadas contra la ley no deja duda del carácter altamente controvertido de la “ley de justicia y paz”. Pero también da cuenta de otros hechos interesantes. Un primer hecho que nos parece que debe ser subrayado es la pérdida del monopolio en la “gestión de la salida a los conflictos” para cualquier gobierno colombiano. Un segundo hecho es la ampliación de los actores concernidos por la puesta en marcha de las políticas de DDR.

En síntesis, el encuentro o la conjunción de los dos usos estratégicos del derecho presentados hizo del proceso de adopción de la justicia transicional en Colombia un ejemplo elocuente de la *judicialización de lo político*, entendida especialmente como una de “las manifestaciones suscitadas por la toma de conciencia de un cambio que está en curso en el régimen de la legalidad” e *in fine* un cuestionamiento al Estado moderno (COMMAILLE Y DUMOULIN, 2009: p. 101), más concretamente al monopolio de la creación de las normas.

8 Introcudica por la reforma constitucional de 1991 (art. 242) de la Constitución Política colombiana.

Nos parece interesante analizar ahora la forma en que tuvo lugar la apropiación conceptual de la justicia transicional en el universo específico de la causa de las mujeres víctimas del conflicto. Si bien la elección caprichosa de una problemática es propia de cada investigación, el presente análisis parte de la premisa de que la situación de las mujeres a propósito de las confrontaciones armadas es un revelador de lógicas de poder social y político particulares y, a la vez, estructurales. Veamos si dicha premisa se confirma en el caso de estudio.

II. La entrada de los conceptos de VJRM en el universo específico de la causa de las mujeres víctimas del conflicto armado en Colombia:

La controversia en torno al proceso de negociación con las AUC se manifestó también en el seno de “la causa”. Son múltiples los fenómenos que dan cuenta del sentido y del alcance de dicha controversia. Para decirlo de otra forma, las múltiples organizaciones de mujeres y/o feministas comprometidas con la causa se muestran todas muy críticas frente al proceso de “justicia y paz” en general. Pero sus actuaciones se dividirán fundamentalmente en dos escenarios: la discusión y adopción de la ley por una parte y la participación en los diálogos entre el gobierno y los paramilitares por otra.

Ahora bien, independientemente de estas divisiones, encontramos que hay factores que nos parecen determinarlas sin embargo de manera transversal. A nuestro juicio, la despolitización del conflicto armado, vía la judicialización del mismo, son procesos que condicionaron fuertemente la posición asumida por las y los militantes de “la causa”, así como los efectos de los procesos judiciales en el marco de la “ley de justicia y paz” para la misma. Este último aspecto será objeto

del punto final del presente escrito. Por lo pronto, nos detendremos entonces en presentar una visión panorámica de algunos de los esfuerzos y características del papel del activismo propio a la causa frente a la ley y al proceso de negociación de “justicia y paz”.

1. La discusión del proyecto de “ley de justicia y paz”: pocas mujeres, menos “género” aún.

El rol desempeñado por las militantes feministas y por las organizaciones de mujeres frente a la adopción y puesta en marcha de esta ley se confrontó a múltiples dificultades, de distinto orden además. Una primera fue la gran diversidad de proyectos de ley. Dar cuenta de dicha diversidad excede los propósitos y necesidades del presente análisis. Baste con decir que, primero, las diferencias entre todos los proyectos se concentraban fundamentalmente en tres aspectos: lo que se esperaba de las declaraciones de las personas desmovilizadas, los términos de las penas alternativas a imponerles y el alcance de las reparaciones a las víctimas de los paramilitares. Segundo, la mayoría de las propuestas respaldadas por las organizaciones de mujeres y feministas en el debate parlamentario no fueron integradas en el texto definitivo de la ley constituido prácticamente por las propuestas del gobierno⁹.

Los más claros ejemplos de todo esto son justamente las cuestiones de las declaraciones de las personas desmovilizadas y la de la reparación. Con respecto al primer aspecto, los proyectos cubrían un extenso abanico de posibilidades que variaban entre la exigencia de una confesión integral so pena de la pérdida de todos los beneficios jurídicos (propuesta respaldada por las organizaciones de mujeres y feministas), hasta aquellas que exigían una simple en-

9 La ley se fue ajustando y limitando vía el control de constitucionalidad.

trevista de los desmovilizados con la Fiscalía General de la Nación (ente acusador de la jurisdicción penal colombiana) o un “diálogo” con las víctimas. El gobierno propuso al respecto una confesión sin pérdida de beneficios por omisión o por perjurio.

A propósito de la reparación, el proyecto de ley respaldado por dichas organizaciones era el único que preveía un fondo “mixto”: compuesto por los bienes de los desmovilizados (adquiridos de forma tanto legal como ilegal) y un « Plan Nacional de Reparaciones » con una asignación propia en el presupuesto nacional. El proyecto del gobierno Uribe previó un fondo constituido solo por los bienes *entregados* por los paramilitares.

Los logros reivindicados a favor de la causa en el texto definitivo de la “ley de justicia y paz” se resumen en cuatro aspectos: 1) el “género” (entendido como género femenino en este caso) y la naturaleza sexual del crimen deben ser criterios a tener en cuenta a la hora de adoptar medidas de protección de la seguridad física y psíquica de la víctima ; 2) la inclusión de una “excepción de privacidad” para las audiencias sobre agresiones de orden sexual, que opera a petición de la víctima; 3) el mandato de protección de la intimidad de las víctimas de violencia sexual en los archivos preservados como « deber de memoria » y 4) el deber de nombrar al menos dos mujeres en la Comisión gubernamental de seguimiento al desarrollo de la ley (NB: lo exigido al comienzo del debate parlamentario era la paridad y no una cuota).

Pero las organizaciones de mujeres y feministas también participaron de las sesiones públicas convocadas por el Congreso colombiano. Dos fases fueron organizadas. En una primera, fueron convocados grupos de (según los términos de las actas): “expertos” nacionales e internacionales, partidos políticos, altos funcionarios del Estado y de ciudadanos inscritos libremente, incluyendo a representantes de las regiones. Ninguna organización de mujeres o feminista fue convocada o participó en esta fase. En la segunda fase (que podría denominarse

como “temática”), fueron previstas sesiones sobre el tema de tierras y de víctimas específicamente. Sólo aquí se hicieron presentes las organizaciones activistas de la causa. Una organización de mujeres campesinas intervino en la de tierras. Pero es en la sesión sobre víctimas que se hizo énfasis en los aspectos relativos específicamente a las mujeres. Es allí en donde reiteraron o explicitaron las posiciones arriba descritas sobre los proyectos de ley en discusión.

Ahora bien, es importante señalar el escaso número de mujeres que, en suma, participaron de estos debates (por ejemplo, de un total de 82 intervinientes de las sesiones de la primera fase, hubo 5 mujeres, es decir un 6%). Es evidente también que el número de mujeres no garantiza *per se* la defensa de intereses de otras mujeres y mucho menos una perspectiva feminista (de cualquier tendencia) de los mismos. Sin embargo, esta cifra permite señalar por lo menos la débil participación de mujeres víctimas con voz propia. Este señalamiento se complementa con aquél sobre la ausencia de una perspectiva de género¹⁰ en la reflexión sobre el conflicto armado a lo largo de todo el debate y en la ley adoptada finalmente. O por lo menos, una reflexión en tal sentido del fenómeno paramilitar y de sus víctimas, objetos centrales de la ley en discusión.

El silencio absoluto acerca de las mujeres combatientes nos parece un ejemplo más que elocuente de la ausencia de esta reflexión en clave de género¹¹. Cabe decir lo mismo acerca de políticas públicas o programas relativos a las mujeres víctimas o combatien-

10 Son largos los debates en torno a este término y a su alcance. Entiéndase « género » aquí como principio ordenador del mundo social entre categorías de lo femenino y lo masculino, no solo forzosamente binarias, sino que establecen una jerarquía según la cual lo masculino prevalece, y dicha prevalencia se reactualiza a través de múltiples procesos sociales.

11 Incluso si se estima que el porcentaje de mujeres combatientes vinculadas a las AUC es muy limitado (en comparación con las guerrillas), según las cifras del proceso de desmovilización, un total de 2410 mujeres paramilitares (6,8% del total), abandonaron las armas desde 2003 (GÓMEZ, 2012).

tes, señal de la debilidad de las mismas en el momento de los debates parlamentarios en cuestión, e incluso de la escasa presencia de mujeres dentro del grupo de altos funcionarios y/o de “expertos”.

Los términos de la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas¹², parecen haber influido muy poco en este primer intento normativo y político en nombre de la justicia transicional en Colombia. Y es precisamente esta Resolución uno de los elementos que motiva a una organización de mujeres a hacerse presente también en los diálogos entre gobierno y las AUC.

2. La participación en los diálogos con los paramilitares: de observar a representar.

El ejemplo más claro de la división de “la causa” frente al proceso de “justicia y paz” lo constituye el hecho de que sólo una organización de mujeres haya decidido hacer presencia en las mesas de negociación entre el gobierno y las AUC¹³. Se trata de la Iniciativa de Mujeres Colombianas por la Paz (IMP), una asocia-

12 Esta es la primera de una serie de Resoluciones del mismo organismo, que reconocen la necesidad de proteger a las mujeres durante los conflictos armados, la inclusión de las mujeres en los procesos de paz, un mandato de « gender mainstream » en las operaciones de mantenimiento de la paz y la integración del género en los programas de consolidación de la paz de la ONU y particularmente del Consejo de Seguridad. Naciones Unidas « UN Security Council Resolution 1325 on Women, Peace and Security (S/RES/1325) » (New York: UN, 31 October 2000), <http://www.un.org/docs/scres/2000/SC2000/htm>.

13 En contraste especialmente con el número de asociaciones que hicieron presencia en los llamados « Diálogos del Caguán », adelantados entre el gobierno Pastrana (1998-2002) y las FARC. La lista y número de asociaciones participantes oscila según la fuente, pero en todo caso suman más de 50 (CORPORACIÓN SISMA MUJER, 2010; TOBÓN, 2003). Estas negociaciones no tuvieron éxito y sus términos (considerados como muy ventajosos para la guerrilla) y el hecho de que fracasaran, son asumidos hoy en día (en el espacio de opinión pública considerada como legítima en Colombia), como una de las razones que explican la pérdida de legitimidad de la solución negociada al conflicto colombiano.

ción de alcance nacional, cuya estructura y liderazgos provienen del activismo feminista en el universo sindical. La documentación producida por la misma organización acerca de dicho proceso da cuenta de las dificultades de dicha participación (IMP, 2005, 2006, 2007). Contextualizar los pormenores de esta participación excede las posibilidades del presente análisis. En todo caso, al respecto, nos parece que la controversia suscitada en el seno de la causa respecto de la posición de la IMP, se resume en una pregunta: ¿cuándo participar significa legitimar? La pregunta tiene sentido porque la presencia y participación de la IMP en los cuestionados diálogos fue leída como una legitimación de un proceso indigno del respaldo del movimiento de DDHH o mejor, como una aceptación (al menos tácita) de la legitimidad del objetivo del gobierno de politizar a dicho actor armado¹⁴.

La apuesta de IMP pone de manifiesto que la pérdida del margen de manejo estrictamente político (entendido por oposición a lo judicial, e.g. GARAPON, 2009), de los mecanismos de salida del conflicto no se predica solamente del gobierno de turno y que, de hecho, afecta o involucra también a los movimientos sociales. Es así como el propósito de hacer una veeduría del proceso de negociaciones, tal y como ellas lo defendieron¹⁵, fue percibido dentro del universo de la causa como “colaboracionista” para algunas visiones o, por lo menos como inocente y, en todo caso, como una posición condescendiente con la empresa política gubernamental. Visto desde el lado de la IMP, la débil presencia del movimiento social en general debilitó las posibilidades de influir en un proceso de negociación en suma poco transparente, en donde los términos y condiciones de la participación eran difíciles de conocer previamente.

14 Notas del trabajo de terreno.

15 Entrevistas realizadas con sus dirigentas y abogadas activistas. Bogotá, sede de IMP, agosto de 2008 y mayo de 2010.

Dicho esto, para nuestro análisis, la capacidad de adaptación de la IMP al proceso es el aspecto en el que reside el interés mismo de esta iniciativa. Su adaptación va implicar elecciones discursivas y una forma de organizar el trabajo de terreno con las mujeres víctimas marcando diferencias significativas con respecto a las estrategias de denuncia empleadas hasta el momento en el marco de la causa de las mujeres víctimas del conflicto armado colombiano.

La « *Mesa Nacional de Incidencia por el derecho a la verdad, la justicia y la reparación con perspectiva de género* » es el nombre del proyecto que enmarcó el trabajo de seguimiento a las desmovilizaciones de los paramilitares. La apropiación conceptual de la justicia transicional es evidente, entendida en principio como “una estrategia de interpelación política” al proceso, en nombre de la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (IMP, 2005: p. 5), que ellas asumen a la vez como una norma para garantizar la participación, así como una herramienta para poder hacerle seguimiento al proceso de negociaciones y de desmovilización. Pero estos objetivos del proyecto de la IMP irán evolucionando: de buscar legitimar una participación política, la organización terminará progresivamente por apoyar a las mujeres que optan por “hacerse reconocer como víctimas” en los procesos judiciales en el marco de la “ley de justicia y paz”.

La “documentación de casos” hecha por la IMP en estos informes marca una diferencia con respecto a la dinámica de “denuncia” acuñada por el movimiento de DDHH y adaptada por ciertas iniciativas feministas, en especial por *la Mesa de mujer y conflicto armado*¹⁶ (VERGEL, 2012). De entrada, es notorio el peso particular de la cuantificación de los casos. El primer informe da

16 Espacio de elaboración de los informes no oficiales (más conocidos como « informes sombra » para ser presentados a la Relatora de violencia contra la mujer de la ONU).

cuenta de 105 “casos y testimonios” (IMP, 2005: p. 22), el segundo de 169 casos (IMP 2006: p. 49) y el tercero de 421 casos (IMP, 2007: p. 17). Al detenerse en esta categoría de “caso” se hace visible que no se trata de una categoría estática, sino que evoluciona con el proceso mismo. En el primer informe corresponde a los relatos “de las mujeres víctimas sobrevivientes”, el segundo reenvía además a las denuncias efectivamente realizadas ante los fiscales encargados de los procesos de “justicia y paz”¹⁷. En el tercer informe, se precisa que se trata de víctimas “acompañadas” por la IMP, quienes han en efecto denunciado ante la Fiscalía algún crimen, en su mayoría mujeres (370 mujeres que representan el 87% de los casos). Sin embargo, ese porcentaje mayoritario de mujeres contrasta con el dato, invariable en los informes, del escaso número de denuncias que conciernen crímenes cometidos directa o particularmente contra las mujeres (12%)¹⁸.

Este rápido recuento permite identificar varios fenómenos interesantes. En primer lugar, está claro que con la evolución del proceso de “justicia y paz”, asistimos a una “judicialización” de la categoría de víctima. Retomando la comparación con la forma de denunciar los efectos del conflicto armado en la vida de las mujeres empleada en la causa hasta el momento, que buscaba –entre otros objetivos- producir una visión panorámica de dichas violencias, se pasa a una narración funcional o mejor, interdependiente de la lógica judicial en donde el fundamento central no es la violación a los DDHH, sino la comisión de un delito tipificado en el Código Penal, endilgable a un paramilitar, inmerso en un proceso judicial especial (en el marco de la “ley de justicia y paz”), en el

17 Se trata del 56% de los casos (IMP, 2006 : p. 49).

18 A propósito de este tema, la IMP subraya que las mujeres denuncian principalmente crímenes sontra sus sérés próximos (especialmente el asesinato de sus parejas, familiares), al mismo tiempo que se les dificulta denunciar los crímenes contra ellas, los cuales rara vez son percibidos como crímenes por ellas mismas (IMP, 2007 : p. 18).

cual la víctima se ha hecho parte (incluso sin concertación previa con la organización).

Este propósito exigirá desarrollar nuevas capacidades en el tipo de “acompañamiento” a las mujeres víctimas de las organizaciones como la IMP, en especial, en el ámbito judicial. Esta es una de las implicaciones principales de la adopción del marco de la justicia transicional en la causa.

III. A manera de conclusión: algunas de las implicaciones de esta apropiación para el activismo feminista y para el aparato estatal

Tratemos de resumir algunos de los elementos discutidos. La adopción del marco de la justicia transicional, entendida fundamentalmente como la promesa o el mandato (según la perspectiva) de la judicialización, implicó una evolución de las categorías de “caso” y de “víctima”, como lo señalamos brevemente antes. Una de las dimensiones de esta evolución se puede describir como una *variación en el objeto* de la causa que nos interesa en este estudio, con respecto a la visión de la problemática de las mujeres víctimas del conflicto armado como una violación a los derechos humanos de las mujeres. En la iniciativa de la IMP, en lugar de recurrir a este tipo de categoría panorámica, es la dinámica de la denuncia la que propone sus propias categorías. Esto no quiere decir que la iniciativa de la IMP no interprete la realidad social o que rechace categorías como la de violación a los DDHH (que de hecho utilizan de manera alternativa a la de “crímenes”). El punto es que su participación se apoya y se legitima antes que nada, y es lo que nos interesa, a partir de su capacidad para traducir los “casos” en de-

nuncias, así como en la capacidad de la organización para apoyar a las denunciantes a lo largo de los procesos judiciales¹⁹.

También cabe subrayar que los “casos documentados” no se refieren sólo a las mujeres. Esto permite comprender al tiempo por qué la categoría de “mujeres sobrevivientes” empieza a ser fundamental en el conteo y, sobre todo, en la noción amplia de “mujeres” en nombre de las cuales se habla en “la causa”. Dicho de otra forma, la judicialización de la causa reactualiza la dificultad de identificar cuáles son los efectos del conflicto armado para las mujeres, en la medida que reúne dos dimensiones relacionadas pero distinguibles: los crímenes cometidos contra ellas *directamente* (en los cuales son las sujetas pasivas del delito) y los que las afectan, si así puede decirse, en razón de los “otros” roles sociales que les han sido asignados. Pero en la medida que, en el marco general de la causa, gran parte del esfuerzo hecho en la denuncia de las violaciones a los DDHH de las mujeres se había concentrado en la singularización de la violencia contra las mujeres y de hecho, en las violencias sexuales (VERGEL, 2012), el hecho de que la mayoría de denuncias espontáneas de las mujeres no dé cuenta de este tipo de violencias, va a despertar el afán por parte de la IMP²⁰ por que las mujeres denuncien *también y sobre todo*, las violencias dirigidas contra ellas.

Este dilema, si así puede llamársele, acerca del alcance y sentido de la “violencia de género” con ocasión de los conflictos armados no es por supuesto exclusivo del caso colombiano (THEIDON, 2007). Lo que resaltamos aquí es su conexión con el fenómeno de la judicialización y la lógica que implica. A la pregunta, ya

19 De hecho, el proyecto de seguimiento a las negociaciones dará lugar posteriormente a otro proyecto específicamente sobre « acceso a la justicia » de las mujeres víctimas, que se traduce en una estrategia específica de acompañamiento y de representación judicial, especialmente de casos de violencia sexual.

20 Y luego de las otras organizaciones involucradas en la causa que optarán también por “acompañarlas” en los procesos judiciales.

compleja, de saber *cuándo* y *cómo* la violencia afecta a las mujeres por el hecho de serlo, se suma la pregunta sobre la relación entre la condición de víctima y el hecho de la denuncia.

Por último, y como elemento clave, es evidente que dentro de la causa en estudio, la capacidad de acompañamiento comienza a implicar concretamente la capacidad de representar judicialmente a las mujeres que denuncian, una actividad históricamente lejana, por decir lo menos, al activismo feminista colombiano. Además de la incursión en el mundo de los *cause lawyers* (SARAT y SCHEINGOLD, 2006), esta nueva dimensión del acompañamiento a las mujeres víctimas las confronta a otros dilemas éticos y políticos, ya no sólo frente al derecho mismo, sino al tipo de casos a representar judicialmente. Esto quiere decir concretamente: a ser las abogadas de la causa de las mujeres “en sentido estricto”, es decir, de los delitos cometidos contra ellas exclusivamente o en general de todo tipo de denuncias hechas por ellas. Narrar y analizar en detalle cómo se dieron estos procesos en el marco de la causa escapa a las posibilidades del presente análisis. Pero dar cuenta de ellos nos parece sin embargo una forma elocuente de concluir, mostrando otra dimensión de la judicialización de “la causa” en estudio, en donde el lugar de las acciones judiciales en el repertorio de la acción colectiva pasó de ser una posibilidad más (y casi la última o extrema) a ser casi la primera, por lo menos en lo relativo al marco discutido aquí de la “ley de justicia y paz”.

Evolución de la legislación en materia de desmovilización,
desarme y reinserción (DDR) en Colombia²¹

Norma	Principales características	Aplicación	Contestación
<p>Ley 77 de 1989</p> <p>Reglamentada a través de las siguientes normas:</p> <p>Decreto 206 de 1990</p> <p>Decreto 213 de 1991</p> <p>Decreto 1943 de 1991</p>	<p>Autoriza el indulto o cesación de investigaciones criminales a los autores y cómplices de actos que constituyan crímenes políticos cometidos antes de la promulgación de la Ley. Los crímenes designados son aquellos tipificados por el Código Penal como: rebelión, sedición y asonada y, además los crímenes conexos a estos tipos penales.</p> <p>El indulto puede ser acordado de manera individual o colectiva cuando, según opinión favorable del gobierno nacional, los rebeldes que hayan hecho el pedido hayan claramente demostrado su voluntad de retorno a la vida civil.</p> <p>El indulto no se aplica a asesinatos fuera de los combates, agravados por actos de crueldad, contra una víctima en situación de indefensión, ni a los actos de barbarie o atrocidad. Tampoco se aplica a aquellos que formen parte de organizaciones <i>terroristas</i>.</p>	<p>El Decreto 206/90 regula el acuerdo de paz firmado por el gobierno y el M-19 el 9 de Marzo de 1990.</p> <p>El Decreto 213/91 introduce medidas que apuntan a reestablecer el orden público. Se incluye la extinción de la pena y la persecución por crímenes políticos y conexos. Acuerdos de Paz firmados en 1991 con el PRT (enero 25), y el EPL (febrero 15) así como con el Movimiento Quintín Lame (mayo 27).</p> <p>El Decreto 1943/91 de indulto y amnistía regula el acuerdo de paz firmado entre el gobierno y los comandos « Ernesto Rojas » (20 Marzo, 1992).</p>	

21 Cuadro elaborado por la autora.

La Apropiación de las Nociones de Verdad, Justicia, Reparación y Memoria en la Causa de las Mujeres Víctimas del Conflicto Armado en Colombia

Ley 104 de 1993	Establece medidas de extinción de la acción penal y de la pena por crímenes políticos y conexos.	Regula los Acuerdos de Paz en 1994 entre el gobierno nacional y la CRS (abril 9), <i>Milicias Urbanas de Medellín</i> (26 de mayo) y el <i>Frente Francisco Garnica de la Coordinadora Guerrillera</i> (30 de junio).	
Ley 241 de 1995	Amplifica, modifica y completa la Ley 104 de 1993, ofreciendo la posibilidad de otorgar beneficios jurídicos a los grupos de autodefensa que hayan dejado voluntariamente las organizaciones y que se hayan rendido a las autoridades.		
Ley 418 de 1997 Decretos 1247 de 1997 y 2087 de 1998	Establece medidas de extinción de la pena para los crímenes políticos y conexos. Extensión del período de aplicación de las leyes 241/95 y 104/93.	Regula los Acuerdos de Paz firmados entre el gobierno y el MIRCOAR (29 julio de 1998), según los Decretos reglamentarios.	
Ley 548 de 1999	Extensión del período de aplicación de la Ley 418 de 1997.		
Ley 782 de 2002 Decreto 128 de 2003	Disposiciones para facilitar “el diálogo y la firma de acuerdos de grupos armados fuera de la Ley para su desmovilización, la reconciliación entre los colombianos y la coexistencia pacífica”. Reglamentación de la desmovilización individual y	En los dos años que siguen el mes de agosto 2002 : 2604 miembros de las FARC, 727 miembros del ELN así como 1176 paramilitares de las AUC se declararon desmovilizados en el marco de este régimen.	El 11 de junio de 2007, en una decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en el caso contra Orlando César Caballero Montalvo,

	<p>colectiva que concede un indulto, la suspensión condicionada de una sentencia, la cesación de procedimientos penales en curso, la resolución de revocación o de abandono de una investigación. Esta ley fue concebida para los casos de paramilitares desmovilizados sobre quienes no existían órdenes de arresto o de acusaciones o investigaciones formales por crímenes de lesa humanidad.</p> <p>Esta ley ofrece un cierto número de beneficios para aquellos que han depuesto las armas. Su familia tiene derecho a una cobertura social y a servicios de salud, (art. 7), a la protección y a la seguridad (art. 8), la persona tiene derecho a una remuneración a cambio de informaciones sobre las actividades ilegales (art. 9) así como por armas restituidas (art. 10).</p>	<p>El 25 de julio de 2007, la Presidencia declara un total de 13.000 desmovilizaciones individuales entre las cuales 7.500 eran de miembros de las FARC.</p> <p>En virtud de estas leyes, se calcula que 89,72% del conjunto de los paramilitares desmovilizados (49.979) se benefició con la aplicación de esta Ley.</p>	<p>paramilitar desmovilizado, se establece que:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) <i>los crímenes de los grupos paramilitares no son crímenes políticos sino delitos comunes</i> ; 2) los paramilitares son responsables, como mínimo, de <i>Concierto para delinquir (CPD)</i> con circunstancias agravantes. <p>La Ley 782 de 2002 se limita a crímenes políticos y el CPD con agravantes no fue incluido en la lista de crímenes aceptados.</p> <p>Esto quiere decir que cerca de 19.000 desmovilizados cayeron en un “limbo jurídico”. El gobierno trató de resolver esta situación con la Ley 1312 de 2009.</p>
<p>Decreto 3360 de 2003 (sólo contiene un artículo)</p>	<p>Para desmovilizaciones colectivas: se especifica que no es necesario que el Comité Operativo para la Dedicación de Armas (CODA), otorgue un certificado de pertenencia de la persona desmovilizada de un grupo armado. Esta certificación</p>		

	<p>puede ser producida por los representantes de los grupos armados concernidos.</p>		
<p>Ley 975 de 2005 (Ley de justicia y paz)</p>	<p>Marco jurídico (de aplicación residual) creado para alentar la desmovilización de grupos armados que ya tenían investigaciones o condenas, incluyendo condenas con respecto a crímenes o violaciones graves de derechos humanos. (NB : en otras palabras, todos aquellos actores que no podían beneficiarse de la Ley 782 de 2002).</p> <p>Para ser considerado admisible a una pena alternativa</p>	<p>Según la Fiscalía General de la Nación, 31.671 miembros de grupos paramilitares se habrían desmovilizado de manera colectiva y 3.682 de manera individual.</p> <p>Del total de personas desmovilizadas solamente el 12,75% habrían sido « <i>postuladas</i> » al procedimiento de la Ley 975 de 2005, es decir 4.511 personas. Sin embargo, y según datos diligenciados por el fiscal, hasta el <u>31 de enero de 2012, solamente 1.032 personas se habían efectivamente sometido a un juicio en el marco de la Ley 975 de 2005.</u></p> <p>Esto quiere decir que del número total de personas desmovilizadas, <i>solamente el 2,9% han sido objeto de un proceso judicial en el marco de la Ley 975 de 2005.</i></p>	<p>900 acciones de inconstitucionalidad cuestionando la Ley fueron presentadas ante la Corte²⁹.</p> <p>Sentencia C-370/2006: a causa de los vicios de procedimiento de adopción de la Ley, la Corte Constitucional declaró inconstitucionales los artículos 70 y 71 de la Ley, (que conciernen la posibilidad de considerar al paramilitarismo como crimen político de sedición).</p> <p>La sentencia también estableció que : los crímenes descubiertos después del juicio y no confesados hacen perder los beneficios de la Ley. La Corte consideró que el tiempo de permanencia en las zonas de concentración</p>

22 Estas dieron lugar a un total de 13 sentencias, en donde la decisión determinante fue pronunciada en la sentencia C-370 de 2006. Una lista completa de las sentencias de inconstitucionalidad con una comparación de detalles técnicos importantes ha sido elaborada por la Corte Constitucional : RELATORÍA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL,

	(entre cinco y ocho años de cárcel) los paramilitares debían cumplir ciertas obligaciones: la plena cooperación para establecer la verdad (concretamente hablando, una confesión completa de los crímenes), la reparación de las víctimas y la garantía de no repetición de los crímenes cometidos.		previamente a los juicios no cuenta como tiempo de aplicación de la pena.
Decreto 4436 de 2006	Este decreto fue emitido para perdonar expresamente a aquellos que se habían sometido al proceso de desmovilización antes de mayo del 2006. El Ministerio de Defensa tenía la obligación de cubrir sus necesidades básicas en materia de vivienda, alimentos, vestimenta y transporte.		
Decreto 3043 de 2006 Decreto 3043 de 2007	Creación de la « <i>Alta Consejería para la reintegración social y económica de personas y grupos alzados en armas</i> ». Se otorga a la « Consejería » la competencia para definir los indicadores de control de respeto a las condiciones de la desmovilización (por ejemplo la no-reincidencia).		

12 de julio de 2007. Documento disponible en: <http://www.constitucional.gov.co/corte/> (Consultado por última vez el 24/08/2007).

Bibliografía

ACKERMAN Bruce, **Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism.** New Haven, CT: Yale University Press, 2006.

APONTE CARDONA, Alejandro. **El proceso penal especial de justicia y paz.** Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional. Monográfico N° 2. Centro Internacional de Toledo para la Paz (CITpax), 2011.

BESSONE Magali y DELPLA Isabelle (ed.), **Peines de guerre.** La justice pénale internationale et l'ex-Yougoslavie. Paris : EHESS, 2009.

BOLTANSKI L. *et al.* (dir.) **Affaires, scandales et grandes causes.** De Socrate à Pinochet. Paris: Stock, 2007.

BURBIDGE Peter, Justice and Peace? – The Role of Law in Resolving Colombia's Civil Conflict. **International Criminal Law Review** v. 8, p. 557–587, 2008.

CEFAÏ, Daniel. **Pourquoi se mobilise-t-on ?** Les théories de l'action collective. Paris: La Découverte, coll. "Recherches", 2007.

COMMAILLE Jacques y DUMOULIN Laurence. Heurs et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines. Une sociologie politique de la « judiciarisation ». **L'Année sociologique.** 2009/1 Vol. 59, p. 63-107. DOI : 10.3917/anso.091.0063

CORPORACIÓN SISMA MUJER-Colombia y MZC-España. **Mujeres en Zona de Conflicto.** Diagnóstico: mujer, paz y seguridad. Los movimientos de mujeres y paz en Colombia. Desde los años noventa hasta hoy. Córdoba : Litopress, 2010.

DUGGAL Colleen. Prólogo In: Angelika RETTBERG (dir.) **Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional**. Bogotá: Ed. Uniandes/CRDI, 2005, p. vii-xii.

ELSTER Jon. **Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective**. New York: Cambridge University Press, 2004. 298 p.

EWICK, Patricia y SILBEY, Susan. **The Common Place of Law: Stories from Everyday Life**. Chicago Series in Law and Society. Language and Legal Discourse. Chicago: The University of Chicago Press, 1998.

FUNDACIÓN IDEAS PARA LA PAZ. Amnistía e indulto en Colombia: 1981–2010. Historia de los procesos de diálogo y negociación en Colombia, In: ROJAS Joanna. **Boletín de Paz 20**. Bogotá: FIP, octubre 2010. Disponible en: <http://www.ideaspaz.org/index.php/publicaciones/boletines/boletines-de-paz/itemlist/category/32-delito-pol%C3%ADtico> (Acceso en 20/11/12).

GOBIERNO COLOMBIANO. **Examen periódico universal. Informe de Colombia**. Bogotá, 1º de septiembre de 2008. Disponible en: <http://www.vicepresidencia.gov.co/index.asp> (Acceso en 20/11/12).

GÓMEZ GIRALDO Marisol. Desmovilizados, obligados al closet. In : **Periódico El Tiempo**, 15 de septiembre del 2012, a partir de las cifras de la *Agencia Colombiana para la Reintegración*. Disponible en: http://www.eltiempo.com/Multimedia/especiales/desmobilizados/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR_MULTIMEDIA-12224351.html (Acceso en 23/11/12)

GRUPO DE TRABAJO « MUJER Y GÉNERO, POR LA VERDAD, LA JUSTICIA, LA REPARACION Y LA RECONCILIACION ». **Recomendaciones para garantizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las mujeres víctimas del conflicto armado en Colombia**. Bogotá: Editorial Antropos, abril de 2008.

GUSFIELD Joseph (trad. Daniel Cefai). **La Culture des problèmes publics**. L'alcool au volant : la production d'un ordre symbolique. Paris: Économica, Coll. « Études sociologiques », 2009.

Hunt Alan. *Explorations in Law and Society: Toward a Constitutive Theory of Law*. New York: Routledge, 1993.

INICIATIVA DE MUJERES COLOMBIANAS POR LA PAZ (IMP). Mesa Nacional de Incidencia. **Por el derecho a la Verdad, la Justicia y la Reparación con Perspectiva de Género**. Documento público No. 1. Bogotá: Julio de 2005.

INICIATIVA DE MUJERES COLOMBIANAS POR LA PAZ (IMP). **Tregua Incierta**. Documento público No. 2 Bogotá: agosto de 2006.

INICIATIVA DE MUJERES COLOMBIANAS POR LA PAZ (IMP). « **Análisis sociodemográfico de las víctimas del conflicto armado: Brechas de género** ». Documento público No. 3. Bogotá: Corporación Casa de la Mujer Trabajadora, Alianza Iniciativa de Mujeres Colombianas por la Paz - IMP, noviembre de 2007.

INTERNATIONAL CRISIS GROUP. **Corregir el Curso: Las Víctimas y la ley de Justicia y Paz en Colombia**. Informe sobre América Latina (N° 29 – 30) octubre de 2008.

LEFRANC Sandrine. La justice transitionnelle n'est pas un concept In: **Mouvements** vol. 1, N° 53, p. 61-69, 2008.

LEVI Ron y HAGAN John. Penser les “crimes de guerre” In: **Actes de la recherche en sciences sociales** vol. 3, n° 173, p. 6-27, 2008.

MASSÉ Frédéric. « Conflictos actuales, terrorismo y Derechos Humanos » In: CIFUENTES María Teresa (ed.) **Memorias Cátedra Democracia y Ciudadanía « Derechos Humanos y conflicto »**. Bogotá: Universidad Distrital Francisco José de Caldas, p. 97-110, 2006.

MILLARD Eric. ¿Por qué un derecho a la memoria? In: **Revista Derecho del Estado** n° 32, Universidad Externado de Colombia, p. 145-156, enero-junio de 2014.

MOURALIS, Guillaume. **Une épuration allemande**. La RDA en procès (1949-2004). Paris: Ed. Fayard, 2008.

OROZCO ABAD Iván. **Sobre los límites de la conciencia humanitaria**. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina. Bogotá, Universidad de los Andes – Temis, 2005. 375 p.

PALAU VAN HISSENHOVEN Nicolás. **Trámite de la ley de justicia y paz**. Elementos para el control ciudadano al ejercicio del poder político. Bogotá: Fundación Social, 2006.

PARMENTIER Stephan. La commission “de vérité et réconciliation” en Afrique du Sud : possibilités et limites de la ‘justice restaurative’ après conflits politiques majeurs. In: SALAS Denis (dir.) **Victimes de guerre en quête de justice**. Faire entendre leur voix et les pérenniser dans l’Histoire. Paris: Ed. L’Harmattan, Coll. Sciences criminelles, 2004.

PROJECT COUNSELLING SERVICE (PCS). **Cómo el marco jurídico para los paramilitares desmovilizados afecta sus incentivos para colaborar con la justicia Colombiana y los derechos de las víctimas**. Bogotá, diciembre de 2011. Disponible en : <http://memoriaydignidad.zettaingenieria.com.co/memoriaydignidad/index.php/site-administrator/extradicion-y-sus-secuelas/85-instrumentos-nacionales/129-marco-juridico-sobre-paramilitarismo/664-incentivos-de-colaborar-derechos-victimas> (Acceso en 23/11/12)

RESTREPO AMARILES David. Reassessing the Boundaries of Transitional Justice: An Inquiry on Political Transitions, Armed Conflicts and Human Rights Violations. In: GALIMI Valeria, ISRAEL

Liora, MOURALIS Guillaume (ed.). **Coming to terms with War and Dictatorship**. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2014.

SARAT Austin y SCHEINGOLD Stuart A. (ed.). **Cause lawyers and social movements**. Stanford, CA: Stanford University Press, 2006.

TEITEL Ruti. **Transitional Justice**. New York: Oxford University Press, 2000.

THEIDON Kimberly. Género en transición: sentido común, mujeres y guerra. In: *Análisis Político* n° 60, Bogotá, p. 3-30, mayo-agosto 2007.

TOBÓN Gloria (ed.). Afirmar la vida, develar la guerra : las agendas de paz desde las mujeres. In: **El tiempo contra las mujeres**. Debates feministas para una agenda de paz. Bogotá: Humanizar, p. 15-26, 2003.

UPRIMNY Rodrigo et al. **¿Justicia transicional sin transición?: Verdad, justicia y reparación para Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006.

VERGEL TOVAR Carolina. La violence sexuelle dans le conflit armé colombien : de la dénonciation au recours à la justice. In: **Problèmes d'Amérique latine**, vol. 2 N° 84, p. 41-59, 2012.

Debates e Direitos Humanos no Meio Agrário Brasileiro: Justiça de Transição no Campo: Inconclusa e Falaciosa. A Busca da Verdade Real

Elisabete Maniglia^{1*}

Introdução

O presente trabalho contempla os 50 anos do Golpe Militar no Brasil, sendo que neste momento se enfatiza o estudo, sobre a justiça de transição, pertinente ao meio rural e suas consequências, para a democratização do país, num recorte especial ao campo e suas mazelas.

Busca, inicialmente, tratar do tema justiça de transição, recorrendo ao passado anterior ao Golpe, buscando desta feita levantar as questões que contribuíram para a instalação da ditadura militar que perdurou ao menos 15 anos no país. Doravante, discute a democracia até os presentes dias.

Muitas pesquisas abordaram a justiça de transição, período que envolveu a transposição da ditadura à democracia, porém quando se fala na questão rural, muito pouco se trabalhou sobre os que, advindos do campo, tombaram na luta por um país melhor, ou foram massacrados em nome do progresso e do crescimento.

1 Professora livre docente em direito agrário na Universidade Estadual Paulista – UNESP/Franca SP. Representante da UNESP no Consorcio. Membro da Associação Brasileira de Direito Agrário. Foi testemunha ocular da ditadura brasileira.

A população rural, desde os primórdios, foi vítima de violência estrutural e real. O passado colonizador sacrificou os índios, primeiramente, para a posteriori, escravizar os negros que trabalhavam no plantio e manejo do gado. Entrementes, a população rural que não se encaixava nestes grupos, também foi vítima do abuso dos senhores de terra que usurpava suas posses, ou os expulsava, cada vez mais para o interior, a fim de fazer crescer seus domínios. O Estado, sempre foi ausente nas políticas públicas de educação, saúde, reforma agrária, segurança e transporte no campo, desde sempre, até os tempos hodiernos.

Em tempos de república antiga, não foi muito diverso o cenário. Os trabalhadores rurais eram massivamente explorados, sem direitos, sem reforma agrária e abusados pelos senhores, numa falaciosa capa de proteção. A primeira lei trabalhista brasileira, em 1943, não contemplou os trabalhadores rurais. Os idos de 50 motivaram a criação da Liga dos Camponeses, movimento social liderado pelo partido comunista brasileiro que clamava por direitos e reforma agrária, e, que obteve a simpatia do presidente Jango, ao longo dos anos, até ao golpe.

Em diferentes compromissos assumidos por este presidente, já na década de sessenta, um deles era a criação do Estatuto do Trabalhador Rural, que foi concluída em 63, mas posteriormente, não posta em prática pela ditadura. Entretanto o compromisso maior era com a reforma agrária e esta promessa de efetivá-la foi proclamada com estrutura de processo expropriatório, no chamado discurso da Central do Brasil em 13 de março de 64. Foi este estopim, entre outros, que desencadeou a ira dos governadores estaduais de direita, de um grupo de militares, de parte da Igreja Católica, do grande empresariado e, sobretudo, dos latifundiários que apoiaram o golpe em 31 de março de 64.

O campo foi causa e logicamente em seguida foi vítima da perseguição militar. Mas não só os militares odiavam os traba-

lhadores camponeses, toda a elite rural, o empresariado e parte da imprensa que apoiava os desmandos militares.

Assim a ditadura foi cruel com o campo. Criou neste momento para amenizar os ânimos o Estatuto da Terra, segunda legislação agrária do país, para dar ares de civilidade ao meio agrário, mas que na realidade serviu somente ao latifúndio.

A Comissão Pastoral da Terra (CPT), órgão da Igreja Católica, oriunda das pastorais eclesiais de base, que trata e trabalha com a violência no campo, somou durante a ditadura aproximadamente mais de 1200 assassinatos, sem contar, as demais violências como estupro, tortura, ameaças, tomada de terras e outros tantos direitos que não foram concretizados, como “represália as suas rebeldias” no dizer do dos poderosos, para com os trabalhadores agrários. Os indígenas foram massacrados retirados à força de suas terras. Os quilombolas ignorados e abandonados.

A transição da ditadura para democracia pouco se dedicou aos estudos rurais. O campo no Brasil foi sempre posto de lado nas questões sociais e hoje também nas ambientais. Apesar das constantes denúncias, apenas foram reconhecidas 29 mortes no meio rural como decorrentes do movimento político dos anos de chumbo. Um retrato da injusta e da falácia criada em torno da ditadura no meio rural.

Este trabalho mais do que descritivo de uma situação de dor injusta e repressão é um depositário da caótica ditadura, existente ainda no meio rural brasileiro, não tendo mais como agentes, os ditadores militares e seus apoiantes. Neste momento ficaram somente os apoiantes, que agora aliados às multinacionais, ainda torturam os trabalhadores camponeses e sustentam as injustiças, com a maior concentração fundiária do mundo, o trabalho análogo ao de escravo, em um total desrespeito à democracia. A justiça de transição para o campo ainda esta inconclusa. A sombra da ditadura do agronegócio, das multinacionais criou um novo tipo de tortura para o trabalhador rural, e a ditadura dos anos repressivos, não trouxeram

o reconhecimento, a indenização, nem a verdade para os que lutaram no campo, contra a repressão e a tirania dos governos militares.

A dívida para com o meio rural é muito alta. Neste momento o que se espera é que a Comissão de Investigação, sobre mortos e desaparecidos políticos, investigue profundamente e busque a verdade real sobre os que tombaram no campo e ainda continuam a morrer após a redemocratização. É sabido que muitos são os mortos por forças policiais, vítimas de execução e ocultação de cadáveres no meio agrário, mesmo pós-constituição de 88.

Desta feita este trabalho pretende levantar as marcas da ditadura no meio rural e para tal feito, divide a questão em três partes: Trata da questão a luz da justiça de transição, percorrendo o caminho da ditadura à democracia, levanta os problemas das mortes e violência no campo e por fim propõe que a Comissão Nacional da Verdade (CNV), que se extingue em dezembro, tenha seu trabalho prorrogado ou que a comissão de desaparecidos políticos herde os poderes da CNV a fim de buscar a justiça no campo.

Metodologicamente este trabalho repousa sobre a investigação bibliográfica, em obras, artigos e dados estatísticos o que motiva o uso de do método indutivo e por vezes do dedutivo, com nuances de sistematização histórica. Há de se conferir que a autora, do artigo, presenciou grande parte de momentos da ditadura como espectadora e outros como estudante, engajada em protestos, o que lhe confere entrar no trabalho, por vezes como testemunha.

1. Justiça de transição entre a ditadura e a democracia

O Brasil viveu mais de uma ditadura. É preciso lembrar que os anos de 1937 a 1945 sob o comando de Getúlio Vargas, também não foram fáceis. Foram períodos conturbados que, da mesma maneira,

que a última ditadura: 1964 a 1979 trouxeram medidas de grave impacto aos direitos humanos e de outras tomadas de decisões que melhoraram em parte, a vida dos cidadãos brasileiros. Talvez seja por isto que, falar em ditadura no Brasil, não significa por unanimidade, dizer sobre um sistema marcado por violações de direitos e de tragédias anunciadas e, sobretudo realizadas. No dito popular há quem se lembre de Getúlio como um grande herói, o chamado “pai dos trabalhadores”, pois em seu mandato como tirano foi criada a Consolidação das Leis Trabalhistas a CLT e ainda é comum, observar seu retrato em todos os sindicatos brasileiros.

Da mesma forma ainda na mesma linha de raciocínio popular, os militares foram também considerados, livraram o país do comunismo, e trouxeram uma série de benefícios à população como estradas, empregos, melhoria de benefícios aos trabalhadores e ainda fez o Brasil, uma potencia emergente. Em recente passeata na cidade de São Paulo, protestando contra o resultado das eleições presidenciais de 2014, não faltou quem levasse cartaz, pedindo a volta dos militares, prova que havia quem os admirassem, bem como não faltaram eleitores para reconduzir Getúlio ao cargo de presidente. Esta dualidade opinativa deriva do comportamento do brasileiro que muitas vezes, em decorrência do pouco que recebe, ou está acostumado a receber, supervaloriza este pouco e abandona as atrocidades, com medo de perder o mínimo e assim, não lutar pelo mais. Muita vez este mais não são favores, mas direitos, os quais se abre mão, com intenção de esquecer o passado e frisar só no presente, sem pensar que, o futuro depende de ambos, passados e presente.

Fabio Konder Comparato (2008, on line) afirma que “[...] um dos aspectos menos louváveis do caráter nacional é a leviana facilidade com que nos dispensamos de ajustar contas com o passado” e no mesmo sentido Faulkner (In ARENDT, 2009, p 37) diz “[...] o passado nunca está morto, ele nem mesmo é passado”.

Desta feita, olhar para o passado significa ver tudo o que aconteceu, não só as boas lembranças, mas fazer uma análise sistêmica dos fatos e, sobretudo verificar o que ficou de legado, deste passado, nos dias hodiernos.

Acertar contas com o passado é discuti-lo a luz do presente. É verificar o que ainda esta presente da ditadura, é verificar se a justiça foi celebrada para aqueles que lutaram pela democracia. Analisar e estudar uma ditadura, a luz jurídica é verificar quais as marcas deixadas por ela e seus desdobramentos no presente. O Brasil que vem clamando rotineiramente pela efetivação dos direitos humanos e que assumiu compromissos com o não retrocesso e com o fomento dos direitos humanos, deve sem vacilo, estudar e ponderar todas as violações de direitos humanos cometidas na ditadura e não permitir que os violadores fiquem impunes e ainda de praticar o direito a verdade sobre o momento autoritário vivido, de modo que a verdade venha à tona com a elucidação dos fatos ocorridos, abertura de arquivos, de revelação histórica das vítimas e do conhecimento dos atos neste período. (BORGES, 2012, p.19).

Por transição temos a mudança, o momento entre um período e outro. Assim a justiça de transição contempla o lapso entre um período: fim, da ditadura e outro período retornam a democracia e trabalha com esta fase de mudança entre regimes. A transição pode ser por ruptura ou negociada, a primeira se dá quando as elites autoritárias não exercem controle algum e o fim é ocasionado por forças estrangeiras, por forças ocupantes em situações de guerra ou de legitimidade interna e perda do controle do poder. Assim à ruptura se dá por questões de ideologia, economia, desgastes e de marcos internacionais. (BRITO, 2004, p.41). No Brasil a transição foi feita de forma negociada tendo com parte fundamental o controle inicial do regime autoritário que gradativamente vai liberalizando, as tomadas de atitudes. Interessante observar que

[...] a ausência de medidas de castigo dirigidas contra os líderes do período autoritário, independentemente do seu grau de envolvimento nas atividades repressivas também se impõe nesse tipo de transição, inclusive porque, normalmente os líderes autoritários não iniciam a democratização, a não ser que lhes seja garantida a impunidade. (SHARE, 1986, p.93).

Obviamente que esta seria a justificativa da lei de anistia brasileira ser: **ampla, geral e irrestrita.** (grifo nosso).

Embora as alterações de regimes possam ocorrer sempre na história, em especial em democracias frágeis e, portanto serem uma constante, a questão da justiça de transição ganhou corpo nos pós-guerras e diferentes países se fizeram valer deste expediente, a exemplo. Grécia, Portugal (transição por ruptura), Espanha, Argentina países do Cone Sul, e outros que passaram a ter a oportunidade de efetuar julgamentos, nomear comissões para investigar o passado autoritário e promover ressarcimentos financeiros aos que perderam sua identidade física, social e profissional durante o regime de chumbo.

Quanto às normas da anistia, Glenda Mezarobba (2003, p. 41) afirma,

[...] podem contribuir ou mesmo, possibilitar a mudança do regime e muitas vezes resultam de negociações entre as lideranças que deixam o poder e as que assumem o novo governo, como ocorreu no Brasil. Entretanto na maioria das vezes a concessão de anistias não reflete a busca pelo esclarecimento do passado, mas sim o desejo das elites políticas de escapar às responsabilidades pelas violações passadas de direitos humanos. Desta forma, as vítimas podem ver os seus direitos à justiça e à compensação prejudicada.

No Brasil, em tempos de ditadura, quando a situação se tornou a conflitante sob a ótica econômica, social e política que, a Lei 6683

de 1979, a chamada Lei de Anistia foi promulgada sob uma votação apertadíssima 206 x 201 votos. Neste momento possibilitou o retorno dos políticos exilados, cassados, a libertação dos presos, porém nem todos os presos foram anistiados, só um pouco mais tarde, com a Lei de Segurança Nacional modificada e a redução drástica das penas é que foi possível libertar as dezenas de presos políticos remanescentes.

Estes saíram da prisão, mas não anistiados, só em 1985 receberam este instituto. O objetivo naquele momento de 1979 era a volta do Estado de direito, a recuperação dos remédios legais constitucionais e, sobretudo a garantia de que a anistia seria recíproca, uma figura inusitada no universo jurídico. Foi trabalhado nesta defesa o que se denominou a tese dos “dois lados – dois demônios”, equiparando os revolucionários e a polícia política. A ideia era que se houvessem dois lados havia dois demônios e ambos deveriam ser anistiados. Daniel Aarão Reis Filho (2014, p. 134) assim expressa sobre a questão: “Fazia-se aí a economia de uma gritante evidência, não houvera guerra alguma e sim um enfrentamento extremamente desigual entre um poderoso Estado e suas forças Armadas contra alguns milhares de revolucionários e seus simpatizantes”.

Apesar dos protestos a Lei de Anistia foi assim aprovada e redesenhou, um outro momento na transição, de repente os que apoiaram o golpe passaram a se mostrar como democratas, os que marcharam na passeata da Família com Deus pela Liberdade se tornaram silentes e aí com toda ironia que lhe era peculiar, Brizola expressa em metáfora: “[...] o povo brasileiro macunaimicamente, comera a ditadura, mastigando-a com vagar, a digerira e se preparava agora para expeli-la pelos canais próprios Um verdadeiro achado.” (In REIS FILHO, 2014, p 135).

A sociedade brasileira optara pelo fim da ditadura, porém, silenciou sobre o passado de tortura, de violações de direitos humanos, de falcatruas políticas de corrupção, de mortes e persegui-

ções. A opção foi o silêncio, ou melhor conforme Laborier (2003) o silêncio como forma de memória.

A discussão sobre a abrangência da lei de anistia é até hoje ponto de discussão, que passou a ser trabalhado em todo tempo e questionando a luz do direito internacional e do direito interno. A grande questão repousa sobre: os torturadores foram anistiados? O Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu entre toda a parafernália jurídica estabelecida por ocasião da ação proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em 2008, que não cabe aqui discutir neste momento, pelo entendimento que houve um pacto social na Lei de Anistia. No fatídico dia 29/04/2010 decidiu por 7 votos a 2 que a Lei de Anistia é sim extensiva aos agentes de repressão do Estado e que a discussão sobre crimes conexos e crimes políticos não se fazia presente na decisão. O relator do processo Ministro Eros Grau manifestou que independente da responsabilidade criminal dos autores dos fatos é direito da sociedade ver esclarecidos tudo o que ocorreu em período tão obscuro da história. Desta maneira a Lei de Anistia, não seria um obstáculo jurídico à recuperação da memória histórica e do conhecimento da verdade. Ainda deixou claro o repúdio à todas as modalidades de tortura, de ontem e de hoje, civis e militares, policiais e delinquentes.

A decisão do STF recebeu críticas negativas de diferentes organismos internacionais e de múltiplos juristas brasileiros o que dá para concluir parcialmente que a anistia brasileira está inconclusa, neste viés.

No processo de transição de 1979 a 1988, a ditadura ficou para trás. Era indefinido o que estava por vir e assim sem uma constituição nova, o que tínhamos era uma situação mais uma vez, peculiar, sem ditadura, entretanto, também sem democracia. Assim muitos autores atribuem o fim da ditadura somente quando assume a presidência brasileira em 1985, o primeiro presidente civil, pós anos de chumbo. Todavia outra situação paradoxal: este presidente nada mais era que Jose Sarney, em lugar de Tancredo Neves, falecido antes da posse.

Sarney tinha um passado marcado pelo seu elo com os ditadores militares, a história pregava outra peça a democracia brasileira.

Os movimentos sociais neste momento crescem e se derivam dos antigos movimentos da década de 70 e a busca pelas eleições diretas, origina o, Diretas Já.

Em 1985 a emenda constitucional 25, restabelece as eleições diretas em todos os níveis, federal, estadual e municipal. No ano seguinte a emenda constitucional 26 elege um Congresso com poderes Constituintes..

Os trabalhos para a elaboração da Carta de 88, não foram fáceis havia ainda o resquício do autoritarismo que deveria ser combatido em cada frase constitucional. Muitos obstáculos foram vencidos, mas outros não. A constitucionalização da questão agrária foi um retrocesso, assim como alguns textos pertinentes ao sindicalismo, questões tributárias e atribuições das polícias. . As disputas foram radicalizadas, mas o texto foi promulgado em 88, com heranças ditatoriais. Um tanto do passado ainda era presente. O primeiro presidente democrático foi uma decepção e os demais seguiram seus caminhos, alterando muito pouco a questão da desigualdade, dos padrões econômicos, da força policial e seus abusos. A educação foi subestimada à produtividade a segurança abalada pelas milícias e pela violência. A corrupção foi a grande vedete negativa dos últimos governos e aí pergunta-se: e a ditadura? Conforme Reis Filho (2014, p.171), a ditadura não está lá no passado, mas aqui condicionando o presente e por seu intermédio moldando o futuro. Quanto mais se silencia mais ela está presente. Assim retornaremos ao passado, ao estudo da questão agrária, recorte do nosso tema.

2. O campo e a ditadura

O campo no Brasil sempre foi o responsável pela economia do país e ao mesmo tempo palco de violência, desrespeito aos direitos hu-

manos e atraso nas relações trabalhistas. Afora ser o setor promissor da maior desigualdade social e ambiental nas relações sócio jurídicas, que deram ensejo a tão aflorada e estudada “Questão Agraria”. Em tempos de colonização os quadrinômios do latifúndio, da monocultura, da economia de exportação e do trabalho escravos, fizeram deste setor, a vivência de um atraso nas relações humanas, responsável pela criação de dois polos: as elites rurais e o trabalhador assalariado e o escravo sem direitos. Não foi muito diferente no Império que ao criar propriedade rural, (antes era só posse), esta foi cercada aos negros e pobres e abusadamente concedida aos antigos sesmeiros, que perpetuaram seu poder sobre a terra e sobre seus trabalhadores. A republica velha estabelecida entre a cultura do café com leite, acreditou que todo o poder vinha dos proprietários rurais, e, estes detinham a política do mando e comando. Após a queda da bolsa de Nova Yorque em 1930, o mando agrário foi passado a Getúlio, que muito embora um grande estancieiro sulista deixou de lado os trabalhadores rurais que em situação de miséria iniciaram sua luta por reivindicações de terra e direitos trabalhistas. O Brasil vivia da agricultura e seus trabalhadores viviam na miséria jurídica e social. Na época a população era concentrada no campo e não desfrutava de quaisquer direitos trabalhistas. A CLT criada em 1943 deixou os trabalhadores rurais de fora de sua aplicação. A ditadura de 1937 a 1945 ignorou o campo. O fim da segunda guerra mundial provocou um repensar na situação agraria mundial, que preocupada com a situação e produção de alimentos valorizou o meio agrário. Era a hora da luta.

No Brasil com a redemocratização pós Getúlio, o Partido Comunista Brasileiro (PCB) então legalizado e a principal força de esquerda no Brasil, criou a expressão Ligas Camponesas, uma vez que a nomenclatura e a organização de sindicatos não era permitida. Durou pouco esta liberdade, em 1947 o PCB foi caçado e as ligas foram eliminadas. Mortes, prisões e perseguições deram-se no campo sob as ordens do Governo Dutra.

Na década de 50, trabalhadores do campo se organizaram em sindicatos usando a legislação urbana para tal fim e fundaram sindicatos em Campos (RJ), Ilhéus (BA), Ribeirão Preto (SP). Foram em número reduzidos e geograficamente limitados. (STÉDILE, 2002, p. 7).

O PCB mesmo na clandestinidade e juntamente com os movimentos de educação de base da Igreja Católica, continuou seu papel de conscientização dos direitos dos camponeses. Muitos radicais urbanos penetraram no setor rural e promoveram questionamentos e ensaios de suas ações. A formação da Liga era composta por 2 tipos de trabalhadores o assalariado, que vivia na miséria recebendo poucos salários, sem teto, sem terra e sem direito a reclamar de nada, pois se assim o fizesse, seria despedido. Do outro lado estava o camponês, com capacidade de luta, pois tinha um pedaço de terra ou era arrendatário ou parceiro ou ocupante e vivia do seu trabalho e, do que produzia e vendia na feira. Se entrasse em conflito com o dono da terra tinha o direito cível para socorrê-lo. Francisco Julião era o ídolo das Ligas, que a partir de 1955 se espalharam por todo o Brasil. Agora trazendo a tona o tema da reforma agrária. Vieram de Pernambuco, as primeiras Ligas que protestavam contra a situação de penúria em que vivam os nordestinos, chegando ao descalabro de morrer, 504 crianças em cada mil que nascia. (MORAIS, 2002, p. 31).

A Revolução Cubana foi outro fator que estimulou a luta das Ligas. Dirigentes deste movimento foram a Cuba conhecer a reforma agrária, o movimento cresceu tanto que passou a ter status de organização nacional. Porém como aponta Morais (2002) o crescimento era desorganizado e era infiltrado por estudantes, ligas urbanas, ligas femininas, ligas de sargento. Era enfim, um grande corpo amorfo sem um esqueleto e sem um sistema nervoso. Que lhe imprimisse unidade e coerência em toda a extensão do organismo (MORAIS, 2002, p 37).

A União dos Lavradores e Trabalhadores Agrícolas do Brasil (ULTAB) ao contrario, era estruturada e organizava sindicatos de assalariados agrícolas, o que fracionou o movimento das Ligas, que também passava por problemas internos. Era o ano de 63, e neste ano nascia a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura (CONTAG), formada pelos trabalhadores da ULTAB, mas a Liga tinha a pujança de ser o principal movimento camponês do Nordeste.

O golpe em 64 apresentou uma série de razões para se justificar, mas uma delas, era o temor que o campo gerava pela luta e insatisfação de seus trabalhadores e aliados. Nesta luta estava presente a Liga Camponesa, governadores nordestinos apoiadores deste movimento, bispos que acompanhavam a luta agraria e sem sombra de dúvida a estreita relação entre o pessoal agrário e o partido comunista presente aqui e em Cuba onde a reforma agrária era o modelo sonhado Assim pode-se dizer que o campo foi aquele que entrou no cenário com voz própria. Os trabalhadores agrícolas, sem gozo dos direitos políticos civis e políticos foram os que emergiram da obscuridade e entraram para a historia da luta com apoio do então presidente Jango, que no dia 13 de março na Central do Brasil assinou o mais explosivo dos decretos o da expropriação de terras. Para os proprietários era a mais cabal prova das intenções revolucionárias do Governo. (CARVALHO, 2014, p. 146).

Ali foi escrita a história do golpe que em 31 de março de 64 deu inicio a ditadura que ceifou vidas destruiu sonhos, acabou com famílias, matou muito e deixaram sequelas presentes, mesmo passado 50 anos.

Para o campo a violência começou antes de 64 com perseguições e mortes. O golpe em 64 apenas selou a ditadura. Os trabalhadores rurais foram castigados, nem mesmo o Estatuto do Trabalhador rural de 63, entrou em vigor.

A ditadura criação dos militares com apoio maciço de empresários, intelectuais de direita e notórios torturadores destruiu o estado de direito, o sonho da reforma agraria distributiva e os

direitos de organização dos trabalhadores rurais. No mesmo ano do golpe foi criado o Estatuto da Terra, que disciplinou as questões ligadas a terra como forma de acalmar os conflitos reinantes. Lei 4504/64 trouxe o disciplinamento da reforma agrária, falou de função social introduziu mudanças na estrutura agrária, mas não provocou mudanças estruturais. O grande beneficiado desta legislação foi o empresariado rural que passou a desfrutar de crédito rural fácil, amparo do Estado para seus plantios e, sobretudo da política de ameaças, tortura, espancamento de presos para garantir o que chamavam de ordem. Esta ordem era o poder da elite rural contra os trabalhadores. A ditadura começou branda, mas ao longo dos governos foi se tornando feroz. Diversos enfrentamentos no campo aconteceram. No Vale do Ribeira, em São Paulo um grupo de guerrilheiros da VPR sob a liderança de Lamarca em 1970, furou um cerco do exercito e teve poucas baixas. Mas já no ano seguinte, Lamarca não teve a mesma sorte, foi assassinado na Bahia. Os guerrilheiros do Araguaia produziram um foco de guerrilha rural. Uma história de muitas mortes de camponeses, guerrilheiros, sem detalhes e sem fatos nunca apurados, devidamente. Foi registrado o desaparecimento de mais de 70 pessoas e o caso foi apresentado à Corte Interamericana de Direitos Humanos que condenou o Brasil, pelo desaparecimento forçado de pessoas contrárias à ditadura militar e assassinadas durante a repressão à Guerrilha do Araguaia. O exército não reconhece estes crimes, e, nem mesmo agora. A Comissão da Verdade conseguiu desvendar os fatos. Enquanto os camponeses morriam sem ao menos ser registrados como perdas humanas e sem corpos para ser enterrados (a grande maioria era atirada aos rios e as piranhas destruíam os corpos), o milagre econômico no campo, revelava uma produção aumentada pelos monocultores com unidades mecanizadas e com o plantio campeão da soja, agora a vedete da exportação brasileira. Tudo com apoio estatal, inclusive o desmatamento para o avan-

ço de novas fronteiras agrícolas. Alguns impactos sociais para o campo foram implementados como o Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL) estabelecendo salário mínimo e aposentadoria para as mulheres e os homens do campo, assim como o Projeto Rondon que levava tarefas de assistência social. Os sindicatos cresceram de 625 para 1669, porém pouca expressão e papel social. Outros programas como a Transamazônica foram verdadeiros desastre e causadores de mortes indígenas.

Por mais brilhante que fosse, a demonstração do ‘milagre econômico’ exposto pela ditadura, os holofotes não conseguiram esconder os pequenos posseiros e pequenos proprietários que perderam sua parca terra no processo acelerado de concentração fundiária e viraram desterrados no próprio país – os boia frias. As nações indígenas, escoraçadas e exterminadas nas vastas regiões do Norte e do Centro Oeste. Os trabalhadores sem qualificação adaptável à sede de lucro dos capitais, que ficavam à margem, desabrigados e desprotegidos no ambiente cada vez mais esgarçado de um tecido social cujas redes tradicionais de proteção se desintegravam. (REIS FILHO, 2014, p. 90).

Toda forma de violência foi cometida, física, psicologia e social. Muitos líderes eram torturados no Destacamento de Operações de Informações – Centro de Operações de Defesa Interna (DOIC CODI) em São Paulo, local onde eu passava todos os dias para estudar e trabalhar e de fora da calçada eu escutava os gritos dos que apanhavam Isto acontecia diuturnamente, sem pudor da parte dos torturadores e com carros que chegavam sempre lotados de “subversivos” assim designados por eles. Nas passeatas nos idos de setenta quando por ocasião da morte de Wladimir Herzog, meu professor no curso de jornalismo e na morte do metalúrgico Manoel Fiel Filho, participei das missas na catedral da Se e ao fim da cerimonia

policias com rédeas e bombas de lacrimogênio bateram em todos nós com um ódio e uma violência tão profunda que ali aprendi o que deveria ser uma tortura, um pau de arara, um corredor polonês. Jamais esqueci o destilamento da raiva e o sadismo dos que batiam, a mando do poder militar e civil da época. O ódio e o rancor ainda estão presentes e as desigualdades sociais geradas foram tantas que perduram em nossos os dias, apesar de tantas melhorias computadas na distribuição de renda e na melhoria da vida cidadã.

A Comissão Pastoral da Terra (CPT), criada em 1975, órgão da Igreja Católica derivada das comunidades eclesiais de base, realizou uma pesquisa, conjunta com a CONTAG, Movimento dos trabalhadores sem terra (MST) e Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República/Ministério do Desenvolvimento Agrário na qual constatou que 1196 camponeses foram mortos entre 1961 até 1988. A obra “Camponeses mortos e desaparecidos: excluídos da justiça de transição”, revela que apenas 51 casos foram examinados pela Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDEP), os demais 1144 mortos foram excluídos do processo de análise, constituindo assim processo de exclusão e justiça contra os mortos do campo. As razões são diversas, a ausência de provas, de inquéritos, processos aliados ao não conhecimento das famílias, desta oportunidade, de solicitar averiguações e o próprio descaso do Estado em apurar os fatos no meio rural, de forma real. Ao menos 602 casos foram selecionados e se constatou que 131 casos tiveram a participação do Estado e 471 com a participação de agentes privados. A relação de cumplicidade entre agentes do Estado e agentes privados nestes eventos está indicada de uma forma geral na dimensão política e institucional, com evidências da responsabilidade do Estado. As mortes foram assim distribuídas: 75 sindicalistas, 14 advogados, 7 religiosos, 463 lideranças de lutas coletivas e 43 trabalhadores em conflitos individuais, revelando a ponta de um iceberg, de um conjunto bem amplo de perseguidos políticos pela ditadura militar, até agora pouco estu-

dado. Dos quais 573 foram homens e 29 mulheres. Cabe lembrar que estas mortes foram derivadas de lutas coletivas pela posse da terra, por direitos trabalhistas e por direitos de organização e associação ou mesmo ajuda a guerrilheiros como no caso do Araguaia.

Há de observar que mesmo quando a ditadura diminuiu seu ritmo de atrocidades, nas cidades, o campo continuou sua efervescência de violência. Em 1984, quando se caminha para o primeiro presidente civil o conflito de Guariba em Ribeirão Preto, SP registrou uma morte, torturas e espancamento. Foram 2 dias de terror onde a polícia usou de mecanismos violentos para obrigar os trabalhadores ao retorno do trabalho no corte de cana.

As péssimas condições de transporte e o silente aval do Estado para a continuidade desta violência estrutural registraram 102 acidentes no período de 1980 a 1991, totalizando 295 mortes, 1900 feridos e 2195 vítimas, somente no Estado de São Paulo (AMSTALDEN, 1992, p. 91). Os caminhões impróprios para transporte de cargas eram utilizados para o transporte de pessoas que juntamente com as ferramentas de trabalho andavam nas carrocerias, soltos, com motoristas muitas vezes inabilitados. A omissão do Estado, o conluio entre empregadores e agenciadores de mão de obra acabaram por caracterizar a violência permitida para os excluídos.

Em suma as diferentes etapas da ditadura e a transição para a democracia registraram momentos diversos na história da violência rural vivida até o fim da ditadura em 1979 e ainda a violência permitida pelo Estado até a elaboração da Constituição de 88. As primeiras mortes se deram a partir das guerrilhas, outras pela revolta dos trabalhadores, contra a repressão sindical e a luta por direitos. Em seguida pela disputa pela terra, pela melhoria das condições de trabalho e pela luta, a favor da dignidade humana rural. Leonilde Servulo (2014, p. 227) explica que a continuidade da luta por terra e a violência sobre camponeses e mediadores políticos ultrapassou o regime militar, prolongando-se pela Nova

Republica e vindo até os dias atuais. Contou com ação direta do Exército e da polícia, mas em grande parte foi feita pelas milícias privadas. Essa repressão semeou o medo, mas não foi capaz, de eliminar a resistência dos trabalhadores.

Porém o fim do regime, e uma nova constituição em 88 não foi capaz de dar cabo a violência no campo e aos conflitos ali existentes. Paralelamente o campo se modernizou, se tornou um investimento produtivo e lucrativo. Mas violências continuam a persistir, e o Estado e os grandes latifúndios são ainda os responsáveis por grande parte deste quadro embora os movimentos sociais resistam. Uma realidade rural herança da ditadura, com nuances de um outro inimigo chamado agora agronegócio.

3. A verdade real no campo em tempos de democracia

Como já foi dito a Lei de Anistia em 1979 inaugurou um novo período para a história dos envolvidos pela ditadura e seus familiares, com perspectivas de retomar a dignidade de todos que foram vítimas do golpe militar. Porém ela reparou apenas uma parte do dano moral, causado às vítimas e ainda deixou lacunas, e questões pendentes como o perdão aos torturadores.

A Constituição de 88 apesar de tratar de direitos sociais de uma forma até então não vista, exaltar o compromisso com os direitos humanos, constitucionalizar a questão agrária não foi ainda o alento esperado, para a construção da transição no campo de forma justa e eficaz. A herança maldita deixada pela ditadura transformou o Brasil em um país desigual. À medida que o Brasil é hoje o oitavo país do mundo em termos de produto interno bruto é o 34 em renda per capita. A escandalosa desigualdade que concentra nas mãos de poucos a riqueza nacional tem como consequências níveis doloro-

sos de pobreza e miséria, sobretudo, no campo. A constituição de 99 apenas tirou do Exército o controle direto das polícias militares transferindo-o para os governadores dos estados. E a polícia continua matando. O soldado da polícia é treinado dentro do espírito militar e com métodos militares. Ele é preparado para combater e destruir inimigos e não para proteger o cidadão. A tortura ainda é uma prática e a extorsão, a corrupção o abuso e autoridade por parte da polícia é uma constante. (CARVALHO, 2014, p. 214-215).

A ditadura ainda esta em nossa sociedade. A violência no campo perdurou mesmo após a constituição de 88. Alias esta constituição foi um retrocesso para o meio rural, a criação da propriedade produtiva impediu o desenrolar da reforma agraria gerando inúmeros conflitos. A ausência de providencias, por parte do Estado, na ocupação das terras devolutas continuou semeando mortes no Pontal do Paranapanema, e conflitos no Pará e Minas Gerais. O trabalho escravo perdura nas fazendas, o trabalho infantil, a morte pela luta de direitos está presente. Os episódios da morte de Xico Mendes, de Eldorado de Carajás, com 19 mortes de Sem Terra, Corumbiara com oito mortos, o assassinato de Dorothy Stang, tiveram repercussão internacional, onde as razões foram atribuídas pela disputa da terra e da defesa ambiental. E, mais triste tudo sem ainda punição o que revela que apesar dos poderes atribuídos ao Ministério Publico e ao crescimento do Judiciário, apenas parte da população tem acesso à justiça. A justiça funciona perfeitamente a favor dos brancos, bem vestidos, ricos com formação universitária. São empresários, banqueiros, grandes proprietários rurais, políticos, profissionais liberais com bom vinculo nos negócios, no governo e no judiciário. Esses vínculos permitem que a lei so funcione em seu benefício. (CARVALHO, 2014, p. 217).

Não foi diferente na questão da Lei que trata da apuração da verdade aos crimes cometidos na Ditadura; Pós, constituição de 88, passou-se a pensar em outros mecanismos de reparação, às ví-

timas da ditadura. Em 1995 a Lei 9140 criou a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP), com o objetivo de ser a primeira comissão de Estado, para garantir os direitos relativos à Justiça de Transição – justiça, memória, verdade, reparação e reforma institucional, tendo como principais atribuições proceder ao reconhecimento de vítimas fatais da ditadura civil, militar e envidar esforços visando a busca, a localização e a identificação de desaparecidos políticos. A Lei 10.536 de 14 de agosto de 2002 que alterou a Lei 9.140/1995, considerou todos os crimes cometidos contra os cidadãos por motivos políticos a partir de 1961. Hoje já se fala que a Comissão Especial sobre mortos e desaparecidos políticos comece a investigar vítimas de execução e ocultação de cadáveres cometidas pelas forças policiais do país, após a redemocratização, ou seja entre 1988 e os dias atuais.

Tantas são as mortes e tantas que não foram contempladas pela reconstrução de cada história, que se ambiciona prorrogar o prazo para elucidar tais fatos.

Em 2011 a Lei nº 12.528 criou a Comissão Nacional da Verdade, que nasceu com o objetivo de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período. Baseia-se na convicção de que a verdade histórica tem como objetivo não somente a afirmação da justiça, mas, também preparar a reconciliação nacional, como vem assentado no seu mandato legal.

Esteia-se na certeza de que o esclarecimento circunstanciado dos casos de tortura, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáver e sua autoria, a identificação de locais, instituições e circunstâncias relacionados à prática de violações graves de direitos humanos, constituem dever elementar da solidariedade social e imperativo da decência, reclamados pela dignidade de nosso país. Não deveria haver brasileiro algum ou instituição nacional alguma que deles se furtassem sob qualquer pretexto.

Oitenta e dois milhões de brasileiros nasceram sob o regime democrático. Mais de oitenta por cento da população brasileira nasceu depois do golpe militar. O Brasil que se confronta com o trágico legado de 64, passados cinquenta anos é literalmente outro. O país se renovou, progrediu e busca redefinir o seu lugar no concerto das nações democráticas. Não há por que hesitar em incorporar a esta marcha para adiante a revisão de seu passado e a reparação das injustiças cometidas. Pensamos ser este o desejo da maioria. É certamente o sentido do trabalho da Comissão Nacional da Verdade. (BRASIL, on line).

A comissão nacional da verdade deve terminar seu trabalho em 14 de dezembro de 2014 o que deixará milhares de caso sem apreciação. A Comissão deve continuar a investigar os mortos e desaparecidos da democracia e contemplar os casos que ficaram de fora como os indígenas e os camponeses mortos, que só estes totalizaram 1196 casos estudados, mas que não foram reconhecidos. Estes nomes estão contidos no anexo da obra digital. Camponeses mortos e desaparecidos. Estes fatos devem ser computados como graves violações aos direitos humanos presentes na Comissão da Verdade.

O Estado que terceirizou prisões, torturas, mortes, desaparecimentos forçados de camponeses que se insurgiram contra o regime militar, financiado pelo latifúndio, hoje escapa da responsabilidade pela grande dificuldade em se provar sua atuação. A comissão de Anistia concedeu apenas 29 direitos, deixando os 1196 excluídos dos direitos dos militantes urbanos, que tiveram reparação aos seus familiares. A dificuldade em exercer esta justiça se dá no fato que os crimes foram cometidos pelas milícias privadas, ainda que sob a anuência dos representantes da ditadura. (CARTA MAIOR, on line).

O que não deve ser mantido é o desequilíbrio entre o rural e o urbano mais uma vez. As constantes mudanças nas legislações não puseram fim às discordâncias entre estes setores. Camponeses têm direito a verdade e o que deveria ser feito é uma comissão

camponesa pela anistia memoria, verdade e justiça para incidir nos trabalhos da Comissão Especial sobre mortos e desaparecidos políticos visando à inclusão de todos afetados pela repressão. Deve ser criada uma secretaria nacional de Justiça de Transição para se aprecie estes fatos, de uma forma perene e com os devidos cuidados. (CEMDP, on line).

Neste interim, deve-se ainda manter práticas que desfaçam a rede perpetua de conflitos e violência, reinantes atualmente no meio rural. Políticas de modificações na estrutura agraria, desconcentração de terras,, análise constante dos benefícios e malefícios do agronegócio devem ser computados pelo Estado, sob pena de amanhã novas vitimas surgirem decorrentes da omissão dos governantes, que continuam a perpetuar a injustiça e poderão ser cobrados pelos erros num futuro bem próximo. Tal e qual aconteceram em tempos pretéritos.

A justiça de Transição não esta conclusa. A comissão da Verdade deverá permanecer pelo tempo necessário, para elucidar todos os mortos do meio rural. Achar corpos, investigar mortes indígenas, caboclas, de povos da floresta, de ribeirinhos se constitui em uma lição de casa, não só do passado, mas presente.

Faz-se necessário redescobrir o papel do Estado no campo como órgão protetor dos cidadãos rurais, e não como opressor, aos pobres e desvalidos. O numero de mortos em conflitos de terra são ainda significativos apesar do papel dos movimentos sociais com destaque ao MST, a Pastoral da Terra a entidades ambientais e indígenas. O Estado deve reparar os silvícolas, não so com a verdade de suas mortes, mas, sobretudo devolvendo as terras, pelo processo de demarcação das terras indígenas. As heranças da ditadura estão aqui presentes, o legado autoritário e patrimonial são vínculos estreitos com a não democratização das terras brasileiras.

De fato, o atual modelo de desenvolvimento rural do país, fundado na promoção do agronegócio e na proteção das grandes

propriedades de terras foi desenvolvido e financiado pelo governo militar. Desde então a inercia conservadora do Estado se manteve sem grandes alterações, apesar da democratização do regime político das leis favoráveis à reforma agrária e da expressiva demanda popular por terra. (CARTER, 2010, p. 514).

A luta pelo fim da violência rural, não se extingue somente pela apuração dos mortos que tombaram na ditadura e pós-ditadura por lutar pela democracia agrária. Exige que a sociedade como grande parte interessada nos resultados do campo, como a segurança alimentar, por exemplo, se debruce na luta constante por justiça agrária. Não se deve esperar só por meios afáveis institucionalizados e de atitudes cima para baixo, pois estes métodos acabam muitas vezes em promessas vazias. A luta pelas mudanças devem ser feitas pelo ativismo público num jogo duro que implique em práticas reais de verdade para reduzir as desigualdades, em sociedades marcadas por extremas disparidades, em relação as riquezas e ao poder. Tais práticas, são inevitavelmente remédios amargos porém com efeito rápido e eficaz.

Conclusões

No ano de 214 o Brasil completou 50 anos do golpe militar. Muitas foram as iniciativas para mostrar aos que nasceram posteriores a esta data, o que representou para o povo brasileiro, viver 15 anos sob uma ditadura, com diferentes fases. O governo que dirigiu a nação, com atos institucionais, fechou o Congresso, torturou, prendeu, matou exerceu o terror e a violência. Não há nada, há se comemorar neste cinquentenário, mas é preciso lembrar e dizer o que foram os anos de chumbo, para que ninguém se esqueça, e quem não viveu estes tempos conheça o mal que reinou neste país e as sequelas deixadas por este momento. As causas do Golpe

foram muitas, mas uma das principais foi à questão do trabalhador rural que bem antes de 64 já era perseguido por sua luta na Liga Camponesa e no seu desejo de associação e reforma agrária. O tratamento desigual atribuído aos camponeses e trabalhadores faziam com que o conflito fosse latente.

O meio rural foi uma das causas do golpe e foi no sucedâneo a grande vítima, estando até os dias hoje esperando seus direitos e indenizações.

Nos anos seguintes a 1980, iniciou-se o que a época, denominou-se abertura e neste momento o Brasil não era democrático, porém nem tão ditatorial. Deu-se a este momento o nome de transição. Os dois lados militares e civis iniciaram o processo para se reinstalar a democracia no país.

A Justiça de Transição no Brasil foi um caminho longo, com efeitos até os dias de hoje. A transição entre a ditadura e a democracia foi operacionalizada pelos militares e pelos políticos civis, constituindo assim o que se denomina transição negociada. Demorou muito e ainda não está conclusa. Teve seus efeitos bem mais rápidos para os cidadãos urbanos, que sempre foram os mais prestigiados no contexto brasileiro até por uma questão de herança cultural, onde o meio agrário sempre representou o antigo, dominado e esquecido das vias democráticas. O primeiro grande passo foi a lei de anistia de 1979, porém, quando se adotou o princípio da anistia geral ampla e irrestrita, ficou no ar a pendência da dúvida Os torturadores seriam perdoados? Foi um grande espinho que parou na garganta dos torturados e dos familiares dos mortos pelo regime. Militar. Foi tema polemico nos tratados de direitos humanos internacionais, com graves censuras e uma condenação. Mas como a lei de anistia derivou de um tratado aprovado, não houve como modificá-lo. A OAB entrou com uma ação, porém o Supremo Tribunal Federal entendeu em 2010, que a anistia era para

todos inclusive torturadores embora fosse direito de se esclarecer toda a situação e repudiar a tortura sob qualquer forma.

No ano de 1995 foi criada a Lei 9.140 que instituiu A Comissão Especial sobre Mortos e desaparecidos políticos, ligada a Secretaria de Direitos Humanos Nacional. A Lei 10.536 de 14 de agosto de 2002 alterou a Lei 9.140/1995 ampliando o prazo para contemplar as vítimas desde 1961. Em 2012 foi criada a Comissão Nacional da Verdade para tratar dos crimes de graves lesões aos direitos humanos com prazo pré finalizado para terminar em dezembro de 2014. Esta comissão deveria analisar todas as lesões inclusive as produzidas pelo regime militar como a morte dos indígenas e dos camponeses que chegaram a 1196, afora as torturas e perseguições e outros crimes. Não houve tempo neste dois anos e muitas dificuldades ocorreram já que os crimes do campo foram praticados em sua maioria por agentes privados amparados pelo Estado o que torna difícil, a prova.

Entretanto o campo sofreu os horrores da ditadura com mortes em diferentes guerrilhas e nas disputas pela terra, oportunamente propiciadas pelo Estado. O latifúndio se enriqueceu com as péssimas condições e as ausências de direitos dos trabalhadores. O Estado se beneficiou pela situação e, portanto, é responsável pelo trabalho escravo, pelas mortes, pelas sequelas deixadas no campo até os dias hoje. As indenizações e os direitos dos trabalhadores lesados ou de seus familiares não foram pagos em sua maioria. Apenas 29 receberam seus direitos. Portanto a Transição para o campo não foi conclusa. Há muito ainda que ser feito: os indígenas tem que ser recompensados, a cidadania agraria tem que ser construída, a terra tem que ser redistribuída. Não existe democracia plena. Estes fatos decorrem da ditadura., que não foi so dos militares mas dos empresários e seus simpatizantes. As últimas décadas foram para se repensar sobre os direitos humanos e estes foram violados e ainda o são, em decorrência das ditaduras principalmente as latinas que se converteram em versão latina americana

do fascismo. A queda dos ditadores foi muito bem recebida, porém exige comportamentos perenes sobre os direitos humanos. Foi isto que tratamos de buscar neste ensaio.

Referências

AMSTALDEN, Luis Fernando. Caminhões de Transporte de trabalhadores: A violência Mascarada. **Revista da Associação Brasileira de Reforma Agrária** – ABRA, Campinas-SP, v. 22, jan /abr, 1992.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 6. ed. Tradução de Mauro Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2009.

BORGES. Bruno Barbosa. **Justiça de transição**. Curitiba: Juruá, 2012.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/>>. Acesso em 30 out. 2014.

BRITTO Alexandra Barbosa de. Verdade, justiça, memória e democratização do cone sul da América latina. In: BRITTO, Alexandra Barbosa de; GONZALES ENRIQUEZ, Carmem; FERNANDEZ, Paloma Aguilar. **Política da memória, verdade e justiça de transição para a democracia**. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2004. p 144-193.

CARTA MAIOR. Ditadura matou 1.196 camponeses, mas Estado só reconhece 29. Disponível em: <<http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Direitos-Humanos/Ditadura-matou-1-196-camponeses-mas-Estado-so-reconhece-29%0A/5/26031>>. Acesso em: 12 nov. 2014.

CARTIER, Miguel. (Org.). **Combatendo a desigualdade social: o MST e a reforma agrária no Brasil**. Tradução de Cristina Yamagami. São Paulo: Editora Unesp, 2010.

CARVALHO, Jose Murilo. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 18. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

CEMDP. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Disponível em: <<https://pt-br.facebook.com/fanpagecemdp>>. Acesso em 10 nov. 2014.

COMPARATO, Fabio Konder. Crimes sem castigos. **Folha de São Paulo**, Tendências/Debates, São Paulo, 19 de set. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1909200808.htm>>. Acesso em 30 out. 2014.

LABORIER, Pierre. **Les français des années troubles**: de la guerre d'Espagne à la libération: Paris: Desclée de Brouwer, 2003.

MEZAROBBA, Glenda. O que é justiça de transição? Uma análise do conceito a partir do caso brasileiro. SOARES, Ines Prado; KISHI, Sandra Shimada (Coords.). **Memória e verdade**: a justiça de transição no estado democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 37-53.

MORAIS, Clodomir Santos. História das Ligas Camponesas do Brasil. In: STÉDILE, João Pedro. (Org.). **História e natureza das Ligas Camponesas**. São Paulo: Expressão Popular, 2002. p. 11-69.

PINHEIRO, Milton. (Org.). **Ditadura**: o que resta da transição. São Paulo: Boitempo, 2014.

REIS FILHO, Daniel Aarão. **Ditadura e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

SERVULO, Leonilde. Trabalhadores do campo, luta pela terra e o regime civil militar. In: PINHEIRO, Milton. (Org.). **Ditadura**: o que resta da transição. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 195-230.

SHARE, Donald; MAINWARING, Scott. Transiciones via Transacción: La democratización em Brasil y España. Tradução de Geraldo A. Meil Landwerlin. In: **Revista de Estudios Políticos**. Nueva Época, n.49, p.93. Enero/febrero, 1986.

STÉDILE, João Pedro (Org.) **História e natureza das Ligas Camponesas**. São Paulo: Expressão Popular, 2002.

Memória como Direito Humano e Exigência de Justiça

Fernanda Frizzo Bragato

Mestre e Doutora em Direito - Unisinos

Luciana Araújo de Paula

Mestre e doutoranda em Ciência Política -

Institut des Hautes Études de l'Amérique Latine (IHEAL) -

Sorbonne Nouvelle/Paris III

Introdução

“Marco Polo descreve uma ponte, pedra por pedra.

– Mas qual é a pedra que sustenta a ponte? – pergunta Kublai Kan.

– A ponte não é sustentada por esta ou por aquela pedra – responde

Marco -, mas pela curva do arco que estas formam.

Kublai permanece em silêncio, refletindo. Depois acrescenta:

– Por que falar das pedras? Só o arco me interessa.

Polo responde:

– Sem pedras não existe arco” (Calvino, 2007, p. 96)

Esse pequeno diálogo transcrito acima, travado entre Marco Polo, o famoso navegador veneziano, e Kublai Khan, imperador que dominou grande parte da Ásia Oriental foi imaginado pelo escritor Italo Calvino em seu livro “As Cidades Invisíveis”. Nesse livro de relatos curtos, Calvino coloca, de um lado, um poderoso imperador que não pode ver com os próprios olhos toda a extensão de seus domínios e, de outro lado, Marco Polo, grande aventureiro

que se torna o seu telescópio, narrando-lhe as maravilhas de seu império. Assim, Polo descreve 55 cidades por onde teria passado, agrupadas numa série de temas: “as cidades e a memória”, “as cidades e o desejo”, “as cidades e os símbolos”, “as cidades e os mortos”, entre outros. Como ressalta Calvino “a este imperador melancólico que compreendeu que seu ilimitado poder conta pouco em um mundo que caminha em direção à ruína, um viajero imaginário lhe fala de cidades impossíveis (...)” (Calvino, 2007, p. 14).

Aproximando esse diálogo ao tema que trataremos nesse artigo, a resposta de Polo a Khan de que “sem pedras não existe arco”, pode ser parafraseada pela afirmação de que “sem memória não existe história” e, mais especificamente, de que “sem memória não existe justiça”. Afinal, como compreender as construções e as ruínas da humanidade, sem levar em conta as “pedras” que as sustentaram ou sem levar em conta as vítimas das barbáries que ficaram pelo caminho?

Para ilustrar, Zaira, a cidade invisível dos “altos bastiões”, é uma cidade de memória. Marco Polo desde o início do relato expõe a dificuldade em descrever Zaira: “poderia falar de quantos degraus são feitas as ruas em forma de escada, de que tipo são os arcos de suas arcadas, de quais lâminas de zinco são recobertos os telhados; mas sei que seria o mesmo que não dizer nada. A cidade não é feita disso, mas das relações entre as medidas de seu espaço e os acontecimentos do seu passado: a distância do solo até um lampião e os pés pendentes de um usurpador enforcado; o fio esticado do lampião à balaustrada em frente e os festões que empavesam o percurso do cortejo nupcial da rainha; a altura daquela balaustrada e o salto do adúltero que foge pela janela de madrugada; a inclinação do canal que escoia a água das chuvas e o passo de um gato que esgueira-se dele majestosamente e que se introduz nessa mesma janela; a linha de tiro da canhoneira que surge inesperadamente atrás do cabo e a bomba que destrói o canal; os rasgos das redes de pesca e os três velhos, remendando as redes que, sentados

no molhe, contam pela centésima vez a história da canhoneira do usurpador, que dizem ser o filho ilegítimo da rainha, abandonado de fraldas ali no molhe” (Calvino, 2007, p. 25).

1. A dimensão humana e coletiva da memória

A memória é um elemento constitutivo da própria ideia de justiça, ao menos em sua dimensão corretiva, se se tomar em conta a definição aristotélica, que vislumbra duas espécies de justiça particular: corretiva (ou comutativa) e distributiva (Aristóteles, *Ética a Nicômacos*, Livro V, 1131 a). Interessa, neste momento, a primeira espécie. A justiça corretiva corresponde a uma igualdade aritmética. É aquela que se efetiva quando a lei trata as partes como iguais, perguntando somente se uma das partes cometeu e a outra sofreu a injustiça e se uma infligiu e a outra sofreu o dano. Neste caso, a justiça é o restabelecimento da igualdade, que se faz por meio da aplicação de uma sanção (penal ou civil), subtraindo do ofensor o excesso do ganho e fazendo com que o igual equivalha ao meio termo entre a perda e ganho (Aristóteles, *Ética a Nicômacos*, Livro V, 1132a). A justiça, portanto, tem essa função retributiva que está na própria essência da atividade restabeecedora da igualdade rompida por meio de um dano que um inflige ao outro. Nesse sentido, sem memória, não há justiça; fazer justiça implica rememorar um fato que já passou, mas que precisa ser corrigido.

Quando Aristóteles fala que uma das dimensões da justiça é a atuação do juiz na reparação de um mal, está implícito que este mal pode adquirir diversas facetas: desde um simples dano (uma dívida inadimplida) até a mais atroz violência (tortura, morte, desaparecimento forçado, estupro). O que diferencia os danos em geral daqueles que são produtos da violência é que estes não são, como aponta Ruiz (2009, p. 43), uma simples transgressão da lei,

mas a negação absoluta do outro, a destruição, parcial ou total, da vida humana. A violência é uma das marcas fundamentais das relações humanas, razão pela qual se desenvolveram concepções e instituições de justiça para frear a barbárie. Entretanto, desde o advento da modernidade, mas, sobretudo, no século XX, o potencial devastador da violência, produzida e controlada pelo Estado, tornou-se dramático, o que se evidencia no contingente enorme de vítimas que tem produzido. Referências concretas abundam: genocídio dos povos indígenas das Américas, escravização e dizimação dos povos africanos, extermínio de albaneses, holocausto, torturas e desaparecimentos forçados nas ditaduras latino-americanas, tráfico de pessoas, trabalho escravo e estupro de mulheres na Bósnia, genocídio em Ruanda, apenas para citar alguns casos.

No meio do caminho entre a violência e a justiça, encontra-se a memória, como condição de neutralização da primeira e de possibilidade para a segunda. Apoiado em Nietzsche, Ruiz (2009) observa que o objetivo do surgimento histórico da memória foi o de trazer para o presente as conseqüências dos atos bárbaros cometidos pela violência no passado. Resistindo ao esquecimento, que naturaliza a violência, a memória resgata, para o presente, a dor das vítimas, não como algo abstrato que está no passado e pode ser perdoado, mas como o sofrimento e a injustiça que persistem no presente. O que provocou o surgimento da memória na história da humanidade foi a experiência da dor. A memória tem a função primordial de significar os atos de violência do passado como dor e sofrimento do presente, como algo inadmissível de ser naturalizado pelo esquecimento, como uma rigorosa injustiça. Daí o esquecimento poder assumir a condição de um segundo ato de injustiça que se soma ao primeiro: a violência.

Para entender a dimensão da memória é preciso contrapô-la ao esquecimento. As pessoas têm o direito de superar o trauma, uma vez que eliminar a lembrança é impossível. O que existe é

a possibilidade de se dar outro sentido ao sofrimento vivido, de forma a tornar a lembrança um sentimento aliviado. A memória deve ser entendida como instrumento que sinalize à sociedade que num passado recente ela estivera presa à dominação estatal. E é isso que a “cultura do esquecimento”, “cultura do medo”, ou ainda “cultura do esconder” pretendem fazer: manter o indivíduo preso ao discurso do poder, deixando-o submisso, apático e alheio à vida cotidiana. (Remigio, 2009, p. 196).

O tempo que suspende a lógica cruel da história como sendo o motor do progresso é o da memória como acontecimento político: as histórias de barbáries encerradas no passado, quando irrompem no presente por meio dos relatos, são problemáticas, problematizantes e, além disso, produtos da interpretação de experiências que dão o que pensar ao que até então era impensável, pois ausentes na construção histórica oficial dos discursos pré-estabelecidos. A construção das verdades históricas que a memória traz à tona é produzida por esses processos interpretativos dos acontecimentos no presente, os quais abrem a história para fatos antes impensáveis e que, dessa maneira, podem inverter (ou suspender) o fluxo contínuo das repetições e dirigir o olhar, antes enclausurado pelo passado esquecido, para algo aberto, mutável e transformador da realidade (Badiou, 1999, p. 71-73).

A memória, como acontecimento transformador, instaura uma justiça que, partindo dos processos de verdade, rompe a tentativa da violência (na figura do Mal) em velar-se num “simulacro de verdade” para assim poder reproduzir-se eternamente (Badiou, 1999, p. 71-90).

Nos contextos transicionais, a discussão da memória adquiriu relevo especial, porque os períodos que antecederam as democracias (em alguns casos, sequer se alcançou a democracia ainda) constituíram experiências pródigas em violência e barbárie. Desde os anos sessenta até metade dos anos oitenta, a maioria dos países na América Latina sofreu golpes militares e foi controlada por go-

vernos que praticavam sistematicamente o seqüestro, a tortura e o desaparecimento forçado de dissidentes políticos. Esses regimes de exceção impuseram constituições autoritárias, revogando direitos civis e políticos fundamentais. A partir de meados dos anos oitenta, a maior parte dos países na América Latina esforçou-se em pôr fim aos regimes de exceção, promovendo reformas legais e políticas importantes em direção à democracia. Preocupados com a não-repetição desse quadro e com a condição das vítimas, essas sociedades têm, em maior ou menor grau, buscado adotar medidas que neutralizem a violência no presente, por meio do exercício da memória e da realização da justiça.

Portanto, a Justiça Anamnética, que se articula com a memória, faz-se urgente e as políticas de memória que a precedem se mostram imprescindíveis, na medida em que possibilitam o rompimento dessa lógica histórica de sofrimentos e barbáries.

2. A memória como direito humano

Pode-se, em poucas linhas, dizer que a memória é um direito humano porque a sua ausência responde, em grande parte, pela perpetuação ou repetição dos atos de violência e de barbárie já vistos no passado e, portanto, pela multiplicação das vítimas. Violências são as mais atrozes violações aos direitos humanos. Evidentemente que a violência não tem sua causa apenas no fato de que ela foi esquecida, seus perpetradores do passado ficaram impunes e as vítimas injustiçadas, o que significa dizer que não foram suficientemente memoradas. A violência é um fenômeno com muitas causas e não é apenas encorajada pela certeza da impunidade ou pelo esquecimento, mas fundamentalmente pela absoluta desconsideração do outro.

Os direitos humanos são uma construção histórica que funciona como uma “arma” contra todas as formas de barbárie. Ocor-

re que o discurso da memória foi velado no processo de positivação dos direitos humanos, pois como normatividades, os mesmos estabeleceram, desde suas primeiras declarações, um ponto zero (assim como as teorias contratualistas) na história da civilização. Como se a partir daquele momento, as barbáries passadas fossem “apagadas” da história e a humanidade pudesse viver livre dos fantasmas que produziu: as vítimas da barbárie e da violência. Sabe-se que essa lógica é absolutamente falaciosa e que a “cultura do esquecimento” gera sobremaneira a “cultura da violência”.

Quando se fala em esquecimento político, está-se referindo a uma política do esquecimento que prevalece em detrimento de uma justiça ética e, portanto, a um componente descaracterizador do discurso progressista dos direitos humanos. A política da memória é a *praxis* daquela justiça que se pretende construir e que advém de um dever de memória das vítimas passadas como condição necessária para uma política futura sem violência (Matte, 2005, p. 168-169). Assim, pode-se desconstruir qualquer aparato ideológico que legitime, por meio de normatividades, formas de violência, sempre e quando esses direitos não se conformem aos imperativos éticos das vítimas como critérios de justiça.

O exemplo brasileiro é paradigmático no entendimento dessa reflexão: em 28 de agosto de 1979 o Congresso Nacional promulgou a Lei nº 6.683, chamada Lei de Anistia, concedendo indulto a todos que haviam cometido “crimes políticos ou conexos com estes”, ou seja, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. Entretanto, a anistia brasileira, após 15 anos de regime autoritário, mesmo tendo sido uma bandeira de luta dos diversos movimentos sociais que protestavam pela abertura política, foi uma medida unilateral dos militares que resolveram ceder às pressões da opinião pública. Esse processo que muitos cientistas sociais denominaram como conservador aceitava que os torturadores e os setores que deram sustentação à ditadura

permanecessem como fiadores da política do país até hoje, sem a devida punição pelas graves violações de direitos humanos cometidas.

Essa tentativa de apagar o passado violento foi e continua sendo uma manobra política para camuflar a violência presente, pois a recordação das desgraças atenta contra o próprio ser da política, desvelando os meios pelos quais o mesmo se assentou para instaurar o poder. No caso brasileiro, restou claro, portanto, a forma como o instituto da Anistia serviu como uma “faca de dois gumes” no contexto de transição democrática pós-regimes de exceção. A interpretação dada à Lei de Anistia no contexto brasileiro foi “intencionalmente” equivocada, pois em vez de dar-se um caráter de “exercício da memória” para a mesma, o que se buscou foi, pelo contrário, um “exercício de esquecimento” que reforçava o apelo para uma sociedade que desconhece seu passado histórico (Silva Filho, 2010).

Pela perspectiva ética daqueles que não se submeteram a esta política de esquecimento, tão claramente enunciada na chamada Lei de Anistia, o importante não é simplesmente remontar às condições históricas daquele período, mas entender como a questão da memória, do passado e do futuro, se coloca em uma sociedade latino-americana, em especial na brasileira, onde as disputas sociais parecem sempre terminar em pactos que trazem como pressuposto o silêncio sobre o passado e uma total indiferença e desrespeito às vítimas.

Por outro lado, essa política do esquecimento resta estabelecida justamente pela não reflexão sobre esses questionamentos e pela abstenção em se assumir responsabilidades históricas frente às barbáries passadas e, conseqüentemente, frente as que continuam presentes. No momento em que não se escutam os clamores das vítimas e seus testemunhos, devido ao fácil caminho de aceitação a essas políticas de esquecimento, como no caso da Lei da Anistia, se está sendo cúmplice, não da memória, mas dos atos de barbáries, em relação a quê a frase de Mark Edelman, desde o

gueto de Varsóvia se confirma a cada dia: “indiferença e crime é o mesmo” (Matte, 2008, p. 7).

Dessa forma, tornar-se testemunha é um dever de cada indivíduo em respeito àqueles que submergiram, pois a verdade que emana do relato da barbárie necessita da cumplicidade do outro, da alteridade para que se possa fazer justiça para e desde as vítimas. Os familiares dos “desaparecidos” da Guerrilha do Araguaia buscam esse reconhecimento de justiça e memória há quase 30 anos, tentando tornar públicas as circunstâncias dos desaparecimentos forçados de seus entes queridos e a localização dos seus restos mortais, sem que até o momento hajam descoberto a verdade sobre o ocorrido.

Enquanto a página cruel da história brasileira não for revelada, nosso Estado, denominado “Democrático de Direito” no “caput” do art. 1º da CF/88 seguirá, paradoxalmente, com fortes resquícios autoritários e policiaiscos e a grande parte da sociedade, submersa em uma cultura amnésica, continuará aceitando e considerando legítimas as políticas violentas contra um “inimigo” forjado: no governo ditatorial, eram os chamados “terroristas” subversivos da esquerda que podiam ser mortos e torturados nos porões da ditadura; hoje em dia, são os jovens pobres das periferias, rotulados de “traficantes”, que passam pelos mesmos suplícios nas delegacias de polícia.

Nessas condições, é um total contra-senso falar-se em “redemocratização” ou “transição democrática”, em um contexto onde imperam políticas de esquecimento, manipulações históricas e reproduções da violência. Dessa forma, é urgente a reflexão acerca da memória como constituição da própria condição humana e, não somente, na formação de uma identidade nacional. Assim, conclui-se que o direito à memória deve ser considerado um direito fundamental, essencial para que a coletividade humana possa

se reconhecer como ser político, participante de um processo, efetivamente democrático nas instituições de poder¹.

4. A tutela do direito à memória

Relacionar justiça e memória rompe com a lógica procedimental da justiça positivista da modernidade, porque parte do testemunho e do olhar da vítima, privilegiando o rosto do outro como alteridade absoluta. Nesse ponto, é de extrema importância a inter-relação ética do filósofo Emanuel Levinas, que propõe uma nova imagem sobre o ser humano. Levinas (1998) aponta para uma nova experiência da ética, a ética do reconhecimento da alteridade absoluta do outro como vítima que se introduz na história da humanidade.

1 Para corroborar com essa afirmação, recentemente foi realizada uma importante pesquisa por duas cientistas políticas estadonudenses Kathryn Sikkink e Carrie Booth Walling, com o propósito de “provide empirical data on the use of transitional justice mechanisms around the world and to use those data to test the claims about the negative impacto of human rights trials. (...) Our research shows that holding human rights trials has not undermined democracy or led to an increase in human rights violations or conflict in Latin America.” (SIKKINK; WALLING, 2007, p.428). A pesquisa comprova, por meio de um critério que mede o nível de desrespeito aos Direitos Humanos (*Political terror Scale* – PTS – é uma escala quantitativa de 1 a 5), que nos países onde houveram julgamentos e, inclusive, a instauração de Comissões de Verdade durante os regimes autoritários, a PTS diminuiu sensivelmente em relação ao período anterior a realização desses julgamentos: “we compared the average PTS score for the five years preceding the first trial to the average PTS score for the ten years after the first Trial. Of the 14 countries that held human rights trials for at least two years, 11 improved their human rights situation after trials, and in 3 countries (Haiti, Mexico and Venezuela) the human rights situation worsened (...) It is very likely that much of this improvement is due to transition to democracy rather than to trials. This is difficult to teste, because there are only two transicional countries – Brazil and Guyana – that did not hold trials. If we look at Brazil before and after transition to democracy in 1985, we see that Brazil’s average score on the Political Terror Scale was 3.2 in the five years before transition and worsened to an average of 4.1 for ten years after transition. Brazil experienced a greater decline in its human rights practices than any other transitional country in the region. The Brazil case suggests that transition to democracy, in and of itself, does not guarantee an improvement in basic human rights.” (SIKKINK, WALLING, 2007, p.437).

de. A concepção fundamental desse novo humanismo de Levinas, conhecida como humanismo do outro homem, é a solidariedade e a infinita responsabilidade ética que se correlaciona com a experiência humana. Para que o fortalecimento dos direitos humanos seja efetivo e cúmplice da memória é necessário não perder nunca de vista que “recordar para que a história não se repita não é o mesmo que recordar para se fazer justiça: no primeiro caso pensamos em nós mesmos e, no outro, nas vítimas” (Matte, 2005, p. 9).

Como observa Brito (2009, p. 72), a política de memória pode ser definida de duas maneiras. De forma restrita, consiste nas políticas para a verdade e para a justiça (memória oficial ou pública); vista mais amplamente, trata-se da forma como a sociedade interpreta e apropria o passado, em uma tentativa de moldar o seu futuro (memória social). As “políticas de memória” sociais e culturais constituem, assim, parte integral do processo de construção das identidades coletivas sociais e políticas, que definem o modo como diferentes grupos sociais veem a política e os objetivos que desejam alcançar no futuro. Desse modo, a memória adquire a condição de luta sobre o poder e sobre quem decide o futuro, já que aquilo que as sociedades lembram e esquecem determina suas opções futuras. A autora observa, nesse sentido, que as memórias continuarão a ser retrabalhadas e seus significados renovados, independente de haver ou não justiça transicional. De fato, as memórias são constantemente revisadas para serem adaptadas às identidades atuais. As sucessivas renovações da memória do Holocausto nos dão evidência disso. (Brito, 2009, p. 73). Então, por que justiça transicional?

A resposta é simples: por uma questão de justiça ou porque a consideração da memória pelos mecanismos de justiça lida com uma questão que a memória social não consegue dar conta: a responsabilidade. Ao se fazer “justiça” às vítimas, por meio da imposição de punições aos responsáveis pela violência e da compensação do seu sofrimento com as medidas cabíveis, a justiça de transição transcende

o próprio direito para irradiar efeitos para além dos autos do processo e da relação interindividual, tornando-se substancialmente política.

Muitos dos postulados da justiça que privilegia a memória como vetor de reconciliação social encontram-se presentes nos mecanismos da justiça de transição, que, ao se voltar para o passado, pretende reconstruir o futuro na dupla dimensão que Reyes Matte aponta acima. De acordo com Van Zyl (2009, p. 32), a justiça transicional pode ser definida como o conjunto de esforço para a construção da paz sustentável após um período de conflito, violência em massa ou violação sistemática dos direitos humanos. Os objetivos da justiça transicional circunscrevem-se a processar os perpetradores, revelar a verdade sobre crimes passados, fornecer reparações às vítimas, reformar as instituições perpetradoras de abuso e promover a reconciliação. Trata-se de um conjunto de estratégias formuladas para enfrentar o passado assim como para olhar o futuro a fim de evitar a repetição dos conflitos e das violações.

Assim, todas essas medidas objetivadas pela justiça de transição encontram seu fundamento também na necessidade de se evitar novas catástrofes impostas por regimes autoritários ou totalitários que se utilizam do terror do Estado para alcançar seus objetivos, mediante o cometimento de graves violações aos direitos humanos (Santos; Brega Filho, 2009, p. 155).

Nesse sentido, as principais abordagens da justiça transicional podem ser definidas da seguinte forma, conforme o Relatório do Centro Internacional para a Justiça de Transição (ICTJ, 2004/2005, p. 1):

- Julgamento dos responsáveis pelos abusos em matéria de direitos humanos nos planos nacional e internacional;
- Determinação do caráter e da magnitude total dos abusos do passado por meio de iniciativas que busquem a verdade, tais como “comissões da verdade” nacionais e internacionais;
- Reparações compensatórias, restauradoras, reabilitadoras e simbólicas às vítimas do regime político anterior;

- Reformas institucionais que incluam, por exemplo, a “depuração administrativa”, isto é, “o processo de exclusão de pessoas de cargos públicos sobre as quais se tem conhecimento da prática de abusos em matéria de direitos humanos ou participação em práticas de corrupção”;
- Promoção de reconciliação em comunidades divididas, o que inclui trabalhar com as vítimas em mecanismos de justiça tradicional e facilitar a reconstrução social;
- Construção de monumentos e museus para preservar a memória sobre o passado;
- Consideração da questão de gênero com o objetivo de melhorar a justiça para as mulheres que foram vítimas de violações dos direitos humanos.

A incorporação da memória, pelos mecanismos rotineiros da justiça, é fundamental nos contextos de transição. Mas para isso, a própria “rotina” da justiça, que segue operando nos moldes do positivismo jurídico, precisa ser ressignificada pela memória, que aponta para um compromisso político. A apuração das responsabilidades, função primordial do Estado Democrático de Direito, deve ser o vetor para a transformação social e para a prevenção da repetição da violência no presente e no futuro. Sem que os setores da sociedade mais envolvidos com os mecanismos da justiça de transição assumam esses compromissos, menos possibilidade de efetivação ela terá.

Considerações finais

Para concluir, voltemos à Zaira, cidade da memória e dos “altos bastiões”, onde na “onda de recordações que reflui, a cidade se embebe como uma esponja e se dilata. Uma das descrições de Zaira tal como é hoje deveria conter todo o passado de Zaira. Porém a cidade não conta seu passado, ela o contém como as linhas da mão, escrito nos ângulos das ruas, nas grades das janelas, nos

corrimãos das escadas, nas antenas dos pára-raios, nos mastros das bandeiras, cada segmento riscado por arranhões, serradelas, entalhes, esfoladuras” (Calvino, 2007, p. 25-26). Da mesma forma, a memória se inscreve na história da humanidade como um desdobramento infinito, culto paradoxal do presente, combate, esboço e arte de um instante pleno. Nesse espaço de tempo há desconstrução e reconstrução, montagem de tempos heterogêneos e processo por intermédio do qual se produz o conhecimento e as “re-presentificações que interrogam os indícios e traços que ficaram no passado” (Catroga, 2001, p. 45).

Walter Benjamin descreve em sua “teoria da alegoria” essa tensão permanente entre duas forças que coexistem no tema da memória: eternidade e transitoriedade. A alegoria que se forma nesse modelo dialético, o qual recusa a idéia de continuidade, produzindo a descontinuidade da história e seu caráter inacabado “ressalta a impossibilidade de um sentido eterno e a necessidade de perseverar na temporalidade e na historicidade para construir significações transitórias” (Gagnebin, 1999, p. 38). Essas significações transitórias, porém, marcantes são as políticas da memória tuteladas pela justiça de transição que tratamos e as quais interferem no tempo presente como verdadeiros acontecimentos. As políticas da memória se apresentam portanto como forças críticas de ruptura com o *status quo*: abrem a história por meio de possibilidades, anteriormente fechadas pelo tempo vazio e linear do esquecimento.

Referências

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

BADIOU, Alain. *Compêndio de metapolítica*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

BENJAMIN, Walter. **Origem do drama barroco alemão**. São Paulo, Brasiliense, 1984.

BRITO, Alexandra Barahona de. Justiça transicional e a política da memória: uma visão global. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição** - Ministério da Justiça, Brasília, N. 1, jan./jun. 2009. p. 56-83. Disponível em: < <http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/2009RevistaAnistia01.pdf>> Acesso em: 20 setembro 2011.

CALVINO, Italo. **Las ciudades invisibles**. Madrid, Siruela, 2007.

CATROGA, Fernando. **Memória, história e historiografia**. Coimbra, Quarteto, 2001.

GAGNEBIN, Jeanne Marie. **História e narração em Walter Benjamin**. São Paulo, Perspectiva, 1999.

INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE. **Annual Report 2004/2005**. P. 1. Disponível em http://ictj.org/sites/default/files/ICTJ_AnnualReport_2004-5.pdf. Acesso em 21set2011

LEVINAS, Emanuel. **Humanismo del otro hombre**. 2. ed. Madrid: Caparrós, 1998.

MATE, Reyes. **Memórias de Auschwitz**. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2005.

_____. **Justicia de las víctimas: terrorismo, memória, reconciliación**. Barcelona: Anthropos, 2008.

REMÍGIO, Rodrigo Ferraz de Castro. Democracia e anistia política: rompendo com a cultura do silêncio, possibilitando uma justiça de transição. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição** - Ministério da Justiça, Brasília, N. 1, jan./jun. 2009. p. 178-202.

Disponível em: <<http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/2009RevistaAnistia01.pdf>> Acesso em: 20 setembro 2011.

RUIZ. Castor M. Bartolomé. Os paradoxos da memória na crítica da violência. In: RUIZ. Castor M. Bartolomé (Org.). **Direito à justiça, memória e reparação**. A condição humana nos estados de exceção. 1 ed. São Leopoldo: Casa Leiria, 2010.

SIKKINK, Kathryn. WALLING, Carrie Booth. The impact of human rights trials in Latin America. **Journal of Peace Research**, Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, vol.44, n.4, 2007.

SANTOS, Roberto Lima; BREGA FILHO, Vladimir. Os reflexos da “judicialização” da repressão política no Brasil no seu engajamento com os postulados da justiça de transição. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição** - Ministério da Justiça, Brasília, N. 1, jan./jun. 2009. p. 152-177. Disponível em: <<http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/2009RevistaAnistia01.pdf>> Acesso em: 20 setembro 2011.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Dever de memória e a construção da história viva: a atuação da Comissão de Anistia do Brasil na concretização do Direito à Memória e a Verdade. **Caderno IHU Idéias**, São Leopoldo, UNISINOS, 2010. p.11

VAN ZYL, Paul. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição** - Ministério da Justiça, Brasília, N. 1, jan./jun. 2009. p. 32-55. Disponível em: < <http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/2009RevistaAnistia01.pdf>> Acesso em: 20 setembro 2011.

Da Igualdade ao Compromisso: Discussões Sobre a Construção da Democracia e dos Direitos Humanos

Helena Esser dos Reis¹

1. Pressupostos:

Pensar a possibilidade de democracia e direitos humanos, desde uma perspectiva situada na América Latina, requer um duplo esforço: por um lado, a compreensão de princípios universais que fundamentam relações democráticas e de respeito à humanidade das pessoas; por outro lado, a apreensão de particularidades culturais que caracterizam e distinguem os povos latino-americanos. Nossa hipótese é que o diálogo entre princípios universais e circunstâncias particulares é uma condição necessária para avançarmos na consolidação da democracia e na proteção de direitos humanos. A importância deste diálogo decorre de serem os princípios universais, por si mesmos, meras abstrações, e, por isso, ineficientes quando transpostos imediatamente como regras de ação. A efetivação destes princípios exige a análise cuidadosa das circunstâncias e particularidades visando adequar o princípio geral às condições reais de cada comunidade. Sem esse diálogo teremos sempre uma perspectiva universal que se valida a si mesma

1 Professora Associada da Faculdade de Filosofia e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos da Universidade Federal de Goiás. Doutora em Filosofia pela Universidade de São Paulo.

e se impõe a todos em nome do benefício geral - inclusive daqueles que divergem, ainda que esses discordem.

Buscando avançar o diálogo proposto, centrarei minha análise na igualdade das pessoas, que é pressuposto para a fundamentação do estado democrático e dos direitos humanos e, portanto, para o estabelecimento de compromissos recíprocos. Tomo como base para argumentação as ideias político-filosóficas jusnaturalistas que estão refletidas nos princípios universais da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1798, e, também, o romance O Tronco, do escritor goiano Bernardo Élis, que nos oferece – por meio da literatura – uma cena do início do século XX inúmeras vezes repetida entre nós. Partiremos da investigação do pensamento jusnaturalista e dos princípios universais presentes na Declaração de Direitos que, desde a Revolução Francesa, são considerados condições de possibilidade para todo e qualquer Estado democrático e direitos humanos. Em seguida, destacando algumas cenas do romance O Tronco, buscaremos por em evidência um modo peculiar dos homens compreenderem o mundo e de interagirem uns com os outros, a fim de confrontar este modo com aquele. Nosso objetivo é estabelecer um diálogo que evidencie limites e perspectivas acerca da igualdade entre as pessoas e, conseqüentemente, que discuta a possibilidade de compromissos compartilhados em vista dos quais possamos pensar a promoção e a proteção da democracia e dos direitos humanos.

2. Princípios:

Á revelia de qualquer declaração de direitos vivemos em sociedades profundamente desiguais e opressivas. As diferenças de condições sociais e econômicas, de opiniões políticas, de valores culturais e de concepções religiosas têm sido utilizadas, frequen-

temente, como elemento de segregação e de domínio entre grupos humanos. O que causa estranhamento frente a esse fenômeno é o fato de que cada pessoa – desde a modernidade – ser considerada igual e livre por si mesma. Igual porque ninguém está submetido ao arbítrio de outrem e livre porque cada um determina a sua própria ação. Liberdade e igualdade são, tal como afirmam os filósofos jusnaturalistas² dos séculos XVI ao XVIII, direitos naturais imprescritíveis e irrevogáveis dos indivíduos, que devem ser protegidos pela ordem jurídico-política (Estado) instituída por eles para seu próprio benefício. O pacto de associação é um ato voluntário ao qual os homens se engajam visando o próprio bem.

Ainda que os direitos naturais digam respeito a uma condição pré-política, ou condição originária da humanidade, a finalidade em vista da qual os homens instituem o Estado é a salvaguarda destes direitos. Assim, podemos concluir que a natureza humana constitui-se como fonte de legitimidade do Estado, ou seja, sempre que este ultrapassar seus limites e violar os direitos naturais dos indivíduos degenera-se e pode ser contestado pelos seus membros³. No âmbito da tradição jusnaturalista, os princípios são norteadores da ação, ou seja, os direitos naturais e inerentes aos homens são pressupostos para a ação legítima do Estado e do governo. Herdeira desta concepção filosófica,

2 Jusnaturalismo é uma corrente filosófico-política que fundamenta a existência de direitos individuais (à vida, à igualdade, à liberdade e até mesmo à propriedade de bens como é o caso de John Locke) na natureza humana, ou seja, o simples fato de ser humano implica a existência de direitos que lhe são inerentes. Para uma melhor compreensão do conceito sugiro pesquisar o verbete jusnaturalismo em: BOBBIO. Dicionário de Política.

3 Ainda que o soberano hobbesiano não faça pacto e, portanto, esteja à salvo de qualquer limitação à sua ação, Hobbes admite que a verdadeira liberdade do súdito diz respeito à possibilidade de resistir à ordem do soberano sem cometer injustiça (veja: *Leviatã*. Cap. XXI). Locke, tendo afirmado que a finalidade do Estado é a proteção aos direitos naturais dos indivíduos, no último capítulo do *Segundo Tratado sobre o Governo* afirma que, sempre que estes forem violados – seja pelo governo, seja pelos membros do corpo soberano – cabe aos indivíduos resistirem àqueles que violam tais direitos irrevogáveis (veja: Cap. XIX)

a Declaração dos direitos do homem e do cidadão, proclamada pela Assembleia Nacional Constituinte no curso da Revolução Francesa, em 1789, atribui a cada homem direitos individuais universalmente válidos. Isso significa não apenas que daquela concepção acerca da natureza humana decorrem direitos inerentes a todos os indivíduos, mas que, por meio da Declaração, tais direitos são assegurados a cada homem em particular. Essa relação entre princípios universais (derivados da própria natureza humana) e o compromisso do Estado com a garantia dos direitos individuais (a efetivação dos direitos naturais), embora pareça uma necessidade lógica, não é evidente por si mesma e já é vista com desconfiança pelos próprios filósofos.

Locke e Rousseau suspeitavam que a universalidade dos princípios não se transpõe imediatamente para o âmbito da ação que garante a cada um direitos individuais. Locke, no final do Segundo tratado sobre o governo, depois de argumentar sobre a criação e a finalidade do Estado civil, defende vigorosamente o direito de resistência, por parte dos indivíduos associados, quando seus direitos naturais forem violados pelo Estado e/ou por seus agentes. Rousseau, no Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens, denuncia a profunda desigualdade e opressão na qual vivem os homens em decorrência de acordos políticos ilegítimos. Parafraseando Rousseau, nas primeiras linhas de Do Contrato Social podemos perguntar: por que as pessoas, que nascem livres e iguais, se submetem a situações sociais e políticas desiguais e opressivas como se estivessem sempre à ferros?⁴

Até a aurora da modernidade, nenhuma concepção genérica de humanidade implicava a possibilidade de reivindicação de direitos

4 Rousseau inicia o Contrato Social (livro I, cap. 1) com a afirmação: “O homem nasceu livre, e por toda parte encontra-se à ferros.”

individuais. Apesar de encontrarmos desde o estoicismo⁵ uma concepção de lei da natureza à qual todos os homens estão igualmente subordinados, tal ideia não impedia a convivência com as mais diversas formas de desigualdades, estamentos, opressão social e política, que determinavam subserviência de uns aos outros. A ruptura com essa visão de mundo, entre outras coisas, transformou a própria concepção de ser humano que, embora subordinado à lei da natureza⁶, passou a ser concebido como um indivíduo portador de direitos naturais irrevogáveis à vida, à liberdade e à igualdade, com capacidade de conhecer e dirigir o mundo em vista dos seus fins. Essa mudança de perspectiva a cerca do homem supõe, em primeiro lugar, que cada um seja capaz de compreender a si mesmo e, a partir de si, livremente determinar suas relações com o mundo e com os demais homens, sem qualquer subordinação aos desígnios divinos, ou à vontade imperativa de outro homem; em segundo lugar, essa mesma mudança de perspectiva, abstrai a diversidade que caracteriza a humanidade tornando os homens simplesmente iguais, à revelia das diferenças e particularidades que caracterizam cada um dos indivíduos.

Apesar da desconfiança de Locke e Rousseau, a concepção de estado democrático, que surge com base no pensamento jusnaturalista, supõe limites à ação do Estado e do governo, bem como assume, como tarefa primordial, assegurar a cada indivíduo o gozo de seus direitos naturais. Também esse é o espírito da Declaração de 1798, que expõe solenemente

5 Estoicismo é uma corrente filosófica antiga (data do século III a. C.) que considera a existência de uma lei natural que rege a todo o cosmos, inclusive aos homens. A sabedoria humana reside em obedecer a lei natural, reconhecendo-se como uma peça na ordem do universo e mantendo serenidade frente às circunstâncias – boas ou más – que por ventura lhe acometerem.

6 A lei natural, que desde a antiguidade significava obrigação irretorquível, na modernidade pode ser compreendida com uma determinação na razão cuja vigência depende de uma instância de poder que a valide.

“os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, constantemente presente a todos os membros do corpo social, lhes recorde sem cessar seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do poder legislativo e do poder executivo possam ser a cada instante comparados com a finalidade de toda instituição política, sendo mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, fundadas doravante sobre princípios simples e incontestáveis, tendam sempre à manutenção da Constituição e à felicidade de todos”. (RIALS. 1988, p. 21)

A Declaração dos direitos do homem e do cidadão, tomando por base a concepção de humanidade portadora de direitos naturais, reconhece que os homens “nascem livres e iguais em direitos” (artigo primeiro). Isso posto, já no segundo artigo a Declaração assenta sobre os direitos individuais, universalmente reconhecidos, o limite à ação do Estado, ao mesmo tempo em que exige dele a proteção e garantia a esses direitos: “A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”. Deste modo, os direitos naturais transformam-se imediatamente em direitos civis. Entretanto, tal transformação se faz à revelia do reconhecimento de qualquer diferença real entre os indivíduos. Todos, independente se sua classe social, de sua situação de emprego, de seu gênero, de sua saúde, idade, etc, são reconhecidos – apenas por meio de um ato declaratório – como iguais em direitos.

Essa igualdade, embora afirmada como direito universal de cada homem, é contestada pela ação destes mesmos atores da Revolução. Não se trata aqui de discutir diretamente a existência de um descompasso ou hiato entre os princípios e a ação dos revolucionários franceses; para o nosso propósito interessa apenas perguntar: por que Olympia de Gouges, que eloqüentemente, em

1791, defendeu a “Declaração dos direitos da mulher e da cidadã” foi condenada à guilhotina? A proposta de De Gouges não era suficientemente universal para proteger direitos naturais compartilhados por todos os demais? Do nosso ponto de vista, sua condenação decorreu de sua proposta declaratória evidenciar uma diferença – de gênero – que é violadora da universalidade abstrata dos direitos do homem. O terrível exemplo desta reivindicação feminista, na aurora da modernidade, denuncia um ardil inerente à perspectiva do homem - indivíduo abstrato - que se manifesta negando as diferenças e particularidades inerentes a cada um. Se estas (as diferenças e particularidades que caracterizam os indivíduos) foram desprezadas para que todos pudessem gozar igualmente dos mesmos direitos, a morte de Olympia de Gouges nos faz compreender que a igualdade abstrata dos indivíduos não é suficiente como garantia à universalidade de direitos.

3. Circunstâncias:

Sabendo que os homens não são absolutamente iguais em tudo, mas que há uma série de diferenças – sejam naturais ou não -, interessa-nos perguntar: o que faz com que os homens sintam-se iguais uns aos outros de modo que possam estender a cada um dos demais a mesma humanidade e os mesmos direitos que reivindicam para si? Como é possível o estabelecimento de compromissos recíprocos que transponham ao âmbito da ação os princípios universais? A fim de superar a perspectiva do indivíduo abstrato, mas ainda buscando encontrar umnexo entre a igualdade que caracteriza os seres humanos e o estabelecimento de compromissos recíprocos que os vinculam, passaremos a investigar o romance O Tronco, de Bernardo Élis, posto que nos auxilia a descobrir um cenário para pensar o problema situadamente.

Segundo Élis, tirando os pormenores, a narrativa é extraída de um fato histórico acontecido nos idos de 1917 – 1918 no interior do estado de Goiás. Trata-se de uma disputa entre uma família e os agentes do Estado. A família dos Melos que, pela fragilidade do Estado naqueles ermos, impunha a todos a vontade do velho patriarca como lei e justiça locais, sustentados pela a força de seus jagunços e pelo apoio de seus comparsas. Um Estado cuja fragilidade só não era absoluta porque alguns cidadãos, investidos legitimamente do direito civil de representação, teimavam em opor-se aos desmandos daquela família contra a opressão e a degradação que este modo de agir impõe.

Não havia, por parte destes cidadãos teimosos, uma clara adesão a princípios universais baseados no respeito à igualdade e à liberdade humanas que norteiam a democracia e os direitos humanos. Havia sim um desgosto muito grande de serem subjugados pela vontade de um e, ao lado disso, a rejeição a um modo de vida despida de valores públicos. O romance conta que, sem ingenuidade ou idealismos, o Coletor Estadual Vicente Lemes e junto com ele o Juiz Municipal Valério Ferreira transformam sua indignação e desprezo em solidariedade e resistência abrindo caminho para o surgimento de outra forma de vida naquela cidade.

Importa ressaltar que não se trata de uma briga entre famílias por motivos privados, nem de alguns homens que buscam compartilhar ou exercer semelhante poder; tampouco trata-se de qualquer intervenção externa à comunidade do Duro. Vicente e Valério pertencem à comunidade, aí se criaram, casaram, têm esposa e filhos, parentescos e proximidades com os Melos, riquezas e poder pelos quais devem zelar. Entretanto, divergem radicalmente da forma hierárquica, discriminadora e auto-interessada com que os Melos pautam sua conduta e a dos demais, eu cito:

“Arthur Melo prosseguia:

- Aqui, é preciso que vocês entendam de uma vez por todas, aqui quem manda sou eu, meu pai e meus amigos. Esse pessoal do Foro está mangando, mas agora minha paciência chegou ao fim.

(...)

- Pois vocês têm que fazer o que nós queremos, nós, os Melos, está ouvindo? – E batia no peito.

- Eu não faço. (respondeu Vicente Lemes) Sou funcionário, tenho a quem prestar contas, você sabe que eu não faço. Lembra o gado do Tozão?

- Pois faz, acaba fazendo – retrucava de lá Arthur imitando o tom de voz de Vicente. – A gente faz muita coisa sem querer.” (ÉLIS, 2003, p.50-51)

Pois bem, a pergunta que importa fazer é: porque alguns homens da comunidade

afrontam os Melos e a estrutura de poder aí estabelecida? Vicente Lemes, sobrinho da velha Aninha, mulher de Pedro Melo era alguém dali mesmo, vivia a vida do Duro. Não buscava para si qualquer vantagem desafiando o tio, apenas “parecia-lhe um absurdo o hábito que tinham os Melos de roubar o povo valendo-se dos cargos de juiz, coletor e outros” (ÉLIS, 2003, p. 9)

Completamente diferente era a situação daqueles que foram mandados para o Duro pelo Governo Federal, a pedido de Valério e Vicente, a fim de intervir na situação criada entre os Melos e eles. O Juiz Carvalho, por exemplo, interventor mandado para o Duro, via nessa missão uma espécie trampolim para sua carreira; se ele se saísse bem poderia vir a ser desembargador, presidente do Tribunal ou até Presidente do Estado (ÉLIS, 2003, p. 67). As disputas entre os Melos, Vicente e Valério, não lhe dizia respeito. Interessava-lhe apenas resolver o conflito naqueles ermos de modo

a contentar o Governador. Assim como o juiz Carvalho, há outros personagens envolvidos na trama quase casualmente, ou – quando muito – por interesse próprio. Baianinho estava ali como um cativo. Devedor de uma dívida inventada e despropositada ao Coronel Batista que lhe tomava todo o soldo de soldado, meteu-se, então, na Força para ir ao Duro porque o ganho era dobrado. (ÉLIS, 2003, p.63). Ferreirinha tinha a esperança de ganhar dinheiro com que pudesse seguir ao Rio de Janeiro para fazer o curso de medicina. (ÉLIS, 2003, p.62). Nenhum destes tinha, como Vicente Lemes e Valério Ferreira, qualquer relação com a situação criada no Duro – eram indiferentes à sorte da comunidade.

A pergunta que nos inquieta é: por que surge em Vicente e Valério a indignação e o desprezo frente à opressão e à degradação que as ações da família Melo impõe a todos? Se pensamos tal indignação e desprezo a partir de uma luta por reconhecimento, tal como concebe Axel Honneth, precisamos compreender os eventos dentro de um arcabouço teórico mediado pela afirmação do indivíduo como sujeito singular e autônomo que, a partir de si, trava uma luta de reconhecimento em diferentes esferas de convivência social. Sem dúvida, a argumentação de Honneth acerca dos processos de reconhecimento que ocorrem por meio das relações jurídicas e da estima social, visto que baseiam-se em processos sociais, racionais e lingüísticos de interação entre indivíduos, facultam explicações bastante plausíveis acerca dos conflitos sociais. Entretanto, tal como Honneth observa, a luta pelo reconhecimento, que motiva grupos sociais à resistência, implica o sentimento de violação a uma expectativa de respeito. Assim, ele afirma: “o surgimento de movimentos sociais depende de uma semântica coletiva que permite interpretar as experiências de desapontamento pessoal como algo que afeta não só o eu individual, mas também o círculo de muitos sujeitos” (HONNETH. 2003. p. 258)

Sem dúvida, tal concepção nos auxilia a compreender os processos sociais que mobilizam e motivam os indivíduos à ação de resistência. Vicente e Valério são membros daquela comunidade – lá nasceram, cresceram, trabalham, formaram família, criam seus filhos, convivem, mas sentem-se incomodados pela com a situação vivida. Sentem o incômodo da opressão, jugo, humilhação que se projeta sobre si mesmos. Pois, embora Vicente seja sobrinho de Pedro e primo de Arthur, ele sabe que é a vontade destes que deveria ser feita e nenhuma divergência era admitida – como deixou claro Arthur: “- Vem cá, você pensa que eu te nomeei por teus belos olhos? Achei que ia ter um amigo e quando acaba o que tenho é uma cascavel!” Este xingamento público recebido do primo faz Vicente sentir-se humilhado, não apenas porque lhe faz ver o quanto é “inútil sua tentativa de acabar com as roubalheiras do Foro”, mas sobretudo porque o povo “pegou a comentar” (ÉLIS. 2003. p.10)

Apesar de notório o desrespeito dos Melos pelas regras jurídicas e a degradação pública daqueles que a eles se opõem, apenas Vicente e Valério parecem compartilhar o sentimento de desrespeito e injustiça. O surpreendente na narrativa de Bernardo Élis é a inexistência de uma estrutura jurídica válida de fato para todos e, conseqüentemente, aceitação resignada da situação – como se não fossem propriamente injustiças, mas desígnios que não se pode contrariar:

- O senhor tem toda razão meu pai, mas tem uma coisa. A lei não permite ao juiz prender assim sem mais nem menos. Os nossos códigos... – jeitosamente, Arthur procurava convencer o velho, ou antes: convencer o velho com a sabedoria, com a citação de leis, de códigos, coisas que Pedro Melo não entendia direito e em cujo terreno se deixava guiar pela sapiência do filho.

- Tchá! – o velho soltou a cusparada em cima do onceiro que dormia no canto da sala. Parte do cuspo grosso se esparramou na poeira fina do chão. Era sinal de tempestade:

- Lei, código... Teve lei pra Vigilato? Teve lei para Norato? Lei é pra quem está de riba. Pra quem está no chão é pau no vão das orelha, home!

(ÉLIS, 2003, p. 103)

Este cenário desenhado pelo romance de Élis parece não estar completamente adequado àquele das sociedades pressupostas por Honneth – não encontramos entre os habitantes do Duro o compartilhamento regras jurídicas e estima pública que estão na base das lutas pelo reconhecimento de dignidade e de direitos a todos. Há algo nessa comunidade que se furta aos padrões do estado moderno criado a partir da concepção de indivíduo portador de direitos naturais irrevogáveis:

- Cruz credo! - Fez Pequena benzendo-se. – É o Coisa-Ruim que o Coronel Pedro tem na garrafa que ensina tanta astúcia para eles, meu Divino.

Embora conhecesse essa história, Januária teve medo. Encolheu-se, como se defendesse de uma agressão e murmurou:

- Tesconjuro, Bicho.

- É esse Sujo que ajuda os Melos. No dia em que o Bicho exalar, ou no dia em que aparecer alguém com uma capetinha fêmea, adeus a sorte dos Melos. Nós ainda vamos ver.

- Mas você acredita que esse “Bicho” dá conta de fugir? Então o Coronel deixa? Olha aqui – Januária com o indicador direito puxava para baixo a pálpebra inferior do olho direito, num gesto de quem diz que os Melos estavam de olho aberto.

- Psiu! - Januária ergueu-se e foi espiar fora, voltando a seguir para seu lugar no pilão. – Ah, o velho não deixa o “Coisa” escapular. O capetinha é escravo deles desde o tempo do pai do Coronel Pedro, o velho Felipe, que deve estar nas profundas dos infernos, com o perdão da má palavra.

- Maria, ô Maria, - chamavam dentro da casa.

- A mó de que Sá Benedita ta te chamando você, essa menina? – perguntou Januária, que se envolveu no xale para sair.

Sim, de fato, era Benedita que chamava.

Agora o silêncio caía sobre o casarão. Os parentes, tomando a bênção à velha, tinha saído ou para suas casas ou para seus aposentos. Como uma sombra, Benedita tomou o rolo de cera, ascendeu-o e chamou Maria Pequena: - Vamos rezar. Pequena nem respondeu, abriu a porta da capela, as duas entraram, ajoelharam-se diante do oratório de cedro talhado. A luz fumarenta do rolo fazia bulir a imagem grosseira de São Miguel.

- Ajude meu genro Vicente, meu poderoso São Miguel – pedia Benedita.

- Ave Maria cheia de graça... – resmungava Maria Pequena pensando no capeta do Coronel Pedro Melo. (ÉLIS. 2003. p. 38)

Neste contexto em que credices, força, desigualdade, resignação ainda competem com o poder público legalmente instituído para proteger direitos civis e políticos dos indivíduos, somos levados a pensar que o respeito ao outro depende de algo não mediado por qualquer reflexão, nem baseado em algum princípio ou direito abstrato. Vicente, desrespeitado pelos Melos, sente, na humilhação e na opressão sofrida, toda e qualquer humilhação e opressão. Para ele é apenas circunstancial se a mulher de Vigilato sofre porque os

jagunços de Pedro Melo vão “obrar” na porta de sua casa; ou se os homens leais a Pedro Melo são presos ao tronco como moeda de troca contra um ataque à vila; ou se Tufique, a negrinha criada na casa dos Melos, tenha sua vida à mercê dos caprichos da velha Aninha... Toda humilhação e opressão é igual, seja qual for; e, em vista desta igualdade pelo sofrimento é que cada um – desde sua própria posição – torna-se capaz de colocar-se no lugar do outro. Tudo se passa como se o sentimento de dor compartilhada permitisse a cada um reconhecer sua semelhança em relação ao outro.

4. Diálogos:

Ainda que no Do Contrato Social, cujo subtítulo é princípios do direito político, Rousseau deixe claro que, em um Estado legítimo, a igualdade é um suposto para a liberdade, no Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens, que segundo o próprio autor é uma história verossímil, denunciou fortemente a desigualdade e opressão à qual os homens do seu tempo estavam submetidos. Entre os princípios e a história podemos observar uma ruptura, que Rousseau não se atreveu a imaginá-la superável. Apesar disso, os revolucionários franceses tomaram os princípios políticos do Contrato Social como um programa para ação irretorquível. As lições da história nos informam que precisamos ter cautela com tentativa de dar efetividade aos princípios; compreender quais as bases destes princípios é fundamental para podermos dar-lhes existência real.

Descrevendo o homem no estado de natureza, Rousseau afirma a existência de um sentimento pré-social, pré-racional, pré-lingüístico – um sentimento tão natural que podemos encontrar alguns sinais também nos animais. Trata-se da piedade ou comisseração – que é o sentimento de dor que o mal do outro desperta em nós; é a capacidade espontânea de cada um colocar-se no lugar

do outro que sofre. Esta capacidade de sofrer com o outro é que ao mesmo tempo faz cada um sentir-se semelhante ao outro, posto que imagina a possibilidade de sofrer do mesmo mal que agora se abate sobre aquele; e, modera espontaneamente em cada um o cuidado consigo mesmo (amor de si) por meio de “uma repugnância inata” (ROUSSEAU. 1978b. p. 253) de ver sofrer o nosso semelhante⁷.

Ora, tomando o pensamento de Rousseau para analisar o personagem Vicente do romance de Bernardo Élis, parece-nos que ele, reconhecendo a si mesmo no sofrimento de cada um dos demais (Anastácia, Tozão, Tufique, os soldados, o povo), compartilha espontaneamente suas dores. Independente da sua condição econômica, posição social, influência política ou mesmo de uma clara compreensão dos princípios universais sobre os quais se baseiam o estado democrático e as declarações de direitos humanos – o sofrimento impele o personagem a agir em vista de um sentimento que nem ele compreende bem ou consegue dar as razões. Pois, não é em decorrência de qualquer consciência ou reflexão acerca de princípios universais, mas em vista do sentimento de compaixão ou de comiserção que os indivíduos sabem-se iguais. Assim, sem qualquer expectativa de cumprimento de dever ou de retribuição,

7 No mesmo sentido, Tocqueville cita um trecho da correspondência de Mme de Sévigné para sua filha (em 1675), no qual ela descreve com indiferença a crueldade utilizada para reprimir os movimentos tumultuosos do povo contra um novo imposto cobrado pelo Rei Luis XV da França em benefício da nobreza. Tocqueville, apesar de considerar esta senhora “sensível, bondosa e indulgente com seus vassalos e criados”, conclui: ela “não imaginava claramente o que era sofrer quando não se era nobre” (TOCQUEVILLE. 1977, p. 429); e, conclui o autor, as diferenças entre uns e outros são tão grandes que a possibilidade de colocar-se no lugar do outro, de compreender a situação do outro, de solidarizar-se com o outro é completamente inexistente.

“Num átimo, Vicente teve a compreensão de tudo: mortos os prisioneiros do tronco⁸, a polícia iria matar as mulheres, na casa da velha Aninha.

(...)

Agora cumpria salvar as mulheres. Era uma dívida de honra para com os mortos. Nada de temporização.

- Tenho que salvar as mulheres, gritou Vicente. Ele mesmo percebeu que disse isso alto demais.

Lina, sua sogra, a mulher de Julio Aquino, a de Moisés, o agarraram:

- Estás louco, homem. É só chegar lá e a política te mata, te pica em pedacinhos. Os oficiais estão prevenidos contra você.

- Me largue, me largue, retrucava Vicente. Tenho que ir a casa da velha. Não posso ouvir ninguém. Foi dando ouvidos a uns e a outros que afinal a política acabou matando os homens no tronco. Agora ninguém me impede de ir a casa da velha Aninha.

- Nós também vamos com você diziam Lina e Benedita”
(ÉLIS. 2003. p. 221-222)

Estas mulheres – Lina e Benedita - que acompanharam Vicente à casa onde estavam em prisão domiciliar as esposas, filhas, sogras dos Melos, tiveram em papel fundamental para impedir o massacre dessas pela polícia. E, para juntas, proteger Vicente, Valério, Julio e outros que interpuseram-se contra toda espécie de violência e barbárie. No romance, a ação de Vicente nos faz ver que é por meio do sentimento de dor compartilhada que o vínculo com o outro se estabelece e que a capacidade de resistir se torna possível:

8 Os prisioneiros do tronco eram os “homens dos Melos”.

Na cabeça de Vicente, as idéias continuavam em tumulto. Uma coisa, porém, lhe dizia que nem tudo resultara inútil. Do sangue derramado, da miséria, da dor, das lágrimas espalhadas nas terras do Duro, uma vida melhor poderia despontar. (...) uma coisa lá dentro do peito lhe contava que era preciso acabar com o poderio absoluto do Coronel Melo, com a soberba das famílias poderosas, para que ali pudesse vigorar as leis e não a vontade de um potentado. (ÉLIS. 2003. p. 275-276)

No sofrimento uma rede de compaixão se estabeleceu. As mulheres protegeram aquelas que outrora as desrespeitavam, não por qualquer consciência de direitos, ou por submissão, ou por temor de qualquer vingança futura, mas porque compartilhavam a dor de perder um filho, o desamparo sem o marido, o medo da violência gratuita. A possibilidade de colocar-se no lugar do outro, de imaginar a si mesmo na situação do outro, parece ser – seguindo a indicação de Rousseau – o nexa para que a igualdade seja admitida entre um e outro.

A possibilidade de colocar-se no lugar do outro implica uma situação, uma ubiquação, a partir da qual pode-se expandir aos demais. O lugar que cada um ocupa no mundo lhe confere um ponto de vista, que jamais é suficiente por si mesmo, mas necessário para compor com os demais. O homem, deixa de ser um indivíduo abstrato, na medida em que percebe os outros e, por meio deles, reconhece a si mesmo. Ora, a condenação Olympia de Gouges não parece decorrer da impossibilidade dos seus carrascos de se colocarem no lugar dela – uma mulher e, por isso, tão desigual a eles? Voltemos a pergunta inicial: o que faz com que os homens sintam-se iguais uns aos outros de modo que possam estender a cada um dos demais a mesma humanidade e os mesmos direitos que reivindicam para si?

5. Considerações finais:

Pensar a democracia e os direitos humanos exige-nos compreender o que motiva as pessoas a saírem de dentro de si mesmas e vincular-se aos outros. Ou seja, exige-nos compreender em que se assenta o compromisso com o outro. Seguramente a concepção moderna de Estado muito nos auxilia a compreender como se institui o estado de direito e a garantia institucional aos direitos fundamentais de humanidade por meio de regras que estabelecem a regularidade das relações entre os cidadãos e desses com o estado; contudo, *O Tronco* de Bernardo Élis nos lembra de sua fragilidade e nos auxilia a ver, por outro, que há algo que se furta a regulamentações. Em consonância com as idéias de Rousseau, a literatura traz a tona a possibilidade de um sentimento interior compartilhado, de uma disposição em relação às outras pessoas (muito mais forte do que qualquer direito universal abstrato) que faz a violação do outro aparecer como violência. É neste sentimento que se funda a possibilidade de vivências de solidariedade e de resistência que estão na base da democracia e dos direitos humanos. Quebrada a desigualdade, a força, o desrespeito, a resignação, as credices talvez possa surgir um estado baseado em leis comuns a todos para proteger direitos compartilhados por todos.

Para finalizar, importa ressaltar apenas que solidariedade e resistência constituem-se como uma possibilidade – pois depende do sentimento de igualdade. Insisto, de um sentimento que faça com que um se identifique ao outro, não de um princípio abstrato. A dificuldade é que para que essa identificação com o outro ocorra é preciso que cada um sinta que há algo em comum com outro, ainda que perceba o outro como diferente de si. A igualdade como princípio é abstrata e, por isso, elide as diferenças que singularizam cada um dificultando o sentimento de igualdade entre pessoas marcadas por uma série de diferenças. O sentimento de igualdade

não existe por si mesmo, mas pode ser formado, fomentado – é este um dos grandes desafios para a convivência baseada nos princípios da democracia e dos direitos humanos.

6. Referências

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**. São Leopoldo: UNISINOS, 2005.

ÉLIS, Bernardo. **O tronco**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2003.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Editora 34, 2011.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**. São Paulo: Cia das Letras, 2009.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

RIALS, Stéphane (org.). **La declaration des droits de l'homme et du citoyen**. Paris: Hachette, 1988.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Abril Cultural, 1978a.

_____. **Discurso sobre a origem e o fundamento da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Abril Cultural, 1978b.

RUIZ, Castor Bartolomé. Os direitos humanos como direitos do outro. In: FERREIRA; ZENAIDE; PEQUENO (Orgs.). **Direitos humanos na educação superior**. Subsídios para educação em direitos humanos na filosofia. João Pessoa: UFPB, 2010.

SOUSA, Rosinaldo Silva. Direitos Humanos através da história recente em uma perspectiva antropológica. In: NOVAES, Regina Reyes; LIMA, Roberto Kant (Orgs.). **Antropologia e direitos**. Niterói: EDUFF, 2001.

TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na América**. São Paulo: EDUSP; Belo Horizonte: Itatiaia, 1977.

WOLFF, Francis. Quem é bárbaro? In: Novaes, Adauto (Org.). **Civilização e barbárie**. São Paulo: Cia das Letras, 2004.

Democracia y Revisión Judicial. La Compleja Trama.

Pablo Perel¹

“No hay dogmática sin historia, o no debiera haberla, porque los conceptos y las instituciones no nacen de un vacío puro e intemporal, sino en un lugar y fecha conocidos y a consecuencia de procesos históricos de los que arrastran una carga quizá invisible, pero condicionante”.

F. Tomás y Valiente.

I. Introducción.

Por cierto la discusión acerca de los límites del control judicial ha transitado por diversos caminos y sigue en plena vigencia². Los tópicos más relevantes, a mi juicio, radican en determinar si es factible que el segmento designado por mecanismos dudosamente democráticos³ (en

1 Doctorando en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Máster Global Rule of Law and Constitutional Democracy, Università degli Studi di Genova, Dipartimento di Giurisprudenza, Genova, Italia. Director del Proyecto de investigación “Derecho Humano a la Salud Mental (DeCyT - UBA). Profesor Adjunto (i) en la Facultad de Derecho (UBA) Subsecretario de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, a cargo del Instituto de Estudios Judiciales. Correo: pperel@derecho.uba.ar

2 Tal como se advierte en numerosos estudios la raíz del problema de la democracia constitucional está atravesada por la cuestión de quién y cómo decide y qué no puede decidir o dejar de decidir. En ese sentido son interesantes los aportes de Juan Carlos Bayón, *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*.

3 Una muy detallada descripción al respecto se encuentra en el trabajo de Gargarella (2006).

el sentido del vínculo entre su nombramiento y la ciudadanía) sea aquel que tiene la palabra definitiva en materia de tutela de derechos fundamentales (GARGARELLA, 1996, p. 30). Dentro de este tópico introduciré un elemento que considero relevante: dónde termina la revisión judicial⁴ y, por ende, en qué momento concluye la remisión al estamento elitista caracterizado por la primacía del discurso jurídico.

Desde un enfoque concreto la propuesta teórica elaborada por Michel Troper da cuenta –descriptivamente⁵ y sin pretensiones metafísicas- del modo en que el poder judicial está atravesado por la política (TROPER, 1999, p. 335). En ese sentido, la compleja tarea del operador jurídico se torna notoria al punto de establecerse –en doctrina- la posibilidad de un “gobierno de los jueces”⁶.

Con esta perspectiva, la propuesta de Troper analiza el contenido discrecional propio de las decisiones judiciales dividiendo el enfoque en grados que van del juez ordinario a magistrados de Tribunales Constitucionales (TROPER, 1999, p. 331).

Como se ensayará en este trabajo corresponde indagar en qué medida el llamado gobierno de los jueces puede ser compatible con perspectivas democráticas⁷.

4 Como se sabe, el eje del control constitucional puede encontrarse en el famoso caso *Marbury vs Madison*.

5 Según Mauro Cappelletti “una página de análisis empírico será más notable que libros con especulaciones abstractas”.

6 Entendido por Troper como aquel poder judicial que va contra decisiones de la legislatura y redefine políticas públicas.

7 Según Troper cabe repensar el concepto de democracia a partir de problematizar las nociones que pueden configurarla tanto como poder del pueblo (constituyente); representación o figura del respeto a la ley y derechos fundamentales.

II. Modelos teóricos en pugna.

En ese orden el primer supuesto a develar es qué modelo teórico de democracia se presenta como paradigma dado que supera la clásica versión de división de poderes⁸ (por ejemplo, la concepción negativa que da cuenta el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano⁹).

Las garantías internas, en el modelo tradicional, exigían una legislación moderada y coherente como elementos presuntamente suficientes para impedir atropellos a la Constitución (entendida como herramienta perfecta)¹⁰.

En términos de análisis de la teoría de la representación¹¹ puede señalarse que históricamente las legislaturas han sido permeables a la presión de las asambleas popular que ponían resistencia frente a los intereses de los acreedores y el acoso judicial para el cobro de las deudas agobiantes. Por supuesto, la elite consideró inaceptable el planteo popular sobre la base de concebir que los “contratos están para ser cumplidos”. Al avalarse estos reclamos las legislaturas fueron perdiendo el reconocimiento y la confianza de las clases dirigen-

8 Concebida, por Montesquieu, con el fin de evitar que los poderes se otorgasen a un único órgano.

9 En su traducción al castellano: “toda Sociedad en la que la garantía de los Derechos no esté asegurada, ni la separación de los Poderes determinada, no tiene en absoluto Constitución”.

10 Desde otra posición Sieyès promovía la participación popular a través de la figura del Jurado constitucional. Cabe reseñar su descripción de la Asamblea Nacional francesa: “la asamblea deliberante, después de la verificación de los poderes, reconoce que (...) está compuesta de representantes enviados directamente por el 96 por ciento de la nación (...)”. La identidad entre representantes y representados, en este supuesto histórico, le daba un carácter democrático al espacio deliberativo y establecía la competencia legítima para sancionar normas sin intervenciones ni vetos monárquicos

11 En este sentido puede verse el trabajo de Brunet (2012).

tes al notar la conexidad entre las deliberaciones en asamblea popular y el resultado de las votaciones formales de la cámara legislativa.

La lucha contra la supuesta tiranía de la mayoría fue uno de los argumentos por los cuales la minoría debía restringir el poder de los espacios legislativos – deliberativos. Por ende, el poder judicial fue concebido para estar exento de política y demagogia confiando a un selecto grupo de ciudadanos no – influenciables.

Entre otros, Madison describe en 1788 que hay razones suficientes para temer a una mayoría unida, imprudente y desmesurada que tendrá oportunidades concreta para arrebatar derechos de la minoría en el ámbito legislativo (MADISON, 1994, p. 81).

A partir del estudio de los debates en la Asamblea Constituyente norte americana pueden detectarse dos principios fundantes: el poder legislativo necesitaba de mecanismos e instituciones que sirvieran de límite, contrapeso y freno y, en contrapartida, los integrantes del Poder Judicial debían provenir de una selección selecta¹² y confiable capaz de poner coto a la pretensión de la mayoría.¹³

Al respecto son célebres las expresiones planteadas por Madison en “El Federalista” cuando señaló que los magistrados no iban a tener notoriedad y sólo serían conocidos por una mínima expresión de la población y que por el modo de acceder y permanecer en su cargo no estarían atados a los vaivenes de las mayorías. La desconfianza en las pasiones de la ciudadanía era suficiente argumento para limitar el poder popular dando a los operadores jurídicos la potestad de contradecir a las decisiones legislativas emanadas de

12 Habría que aludir a la ficción de la representación en la que el tribunal representa al pueblo aun sin haber sido electo. Un desarrollo crítico de la cuestión puede verse en Troper en su artículo “Kelsen y el control de constitucionalidad”, publicado en la revista *Derechos y Libertades*, Instituto Bartolome de las Casas.

13 Como advierte Brunet (2012) actualmente los presuntos efectos de la democratización del sufragio se contrarrestaron mediante la alusión a la crisis de la representación y la crítica a la ficción de la identidad entre los representantes y la nación.

procedimientos democráticos de decisión. La estructura del Poder Judicial estuvo pensada, entonces y actualmente, como un medio idóneo para concretar estos fines¹⁴ (MADISON, 1994, p. 89).

Por contraste la forma mixta que describe Troper está conformada por una soberanía repartida entre la elite judicial y los representantes populares. No se presupone que la Constitución –como norma inviolable- *per se* genere libertad política (TROPER, 1999, p. 339).

III. Discusión actual.

Como se sabe, en los ordenamientos jurídicos contemporáneos y occidentales con constituciones materiales y garantizadas¹⁵ la situación jurídica local se encuentra inmersa en ordenamientos regionales o supranacionales que, de algún modo, limitan las estrategias discrecionales o argumentativas (según la posición que se tenga frente a la operación que realizan los magistrados) de una sentencia judicial. Es decir, los operadores jurídicos encuentran topes para su accionar no sólo en la doctrina o jurisprudencia precedente sino también en las pautas interpretativas y fallos de los organismos de promoción – protección de los derechos humanos.

Aquí es necesario describir someramente algunos trazos que conforman la sociología jurídica en materia de descripción de la tarea judicial. Desde una perspectiva crítica, como la que aquí se propone,

14 Sobre la supremacía constitucional pueden encontrarse puntos de contacto con el Fallo de la Casación en Francia de 1975 citado por Troper (2013).

15 Según la clasificación de Luis Prieto Sanchís en “El Constitucionalismo de los Derechos”, material de la Maestría Global Rule of Law and Constitutional Democracy, Università degli Studi di Genova, Dipartimento di Giurisprudenza, Genova, Italia.

puede señalarse que el jurista aparece como un ser dotado de una entidad superior conforme a los conocimientos del lenguaje técnico y opaco que caracteriza a su labor así también por haber sido designado mediante un procedimiento, en teoría, a-político y a-partidario¹⁶.

Desde luego, esta percepción está apoyada en ficciones que han sido pergeñadas históricamente y han logrado instalar en ciertos foros una distinción tajante entre actividad política y función jurídica. Los vínculos intrínsecos entre uno y otro espacio son evidentes en el marco de la filosofía del derecho aunque -sin duda- no están tan definitivos a nivel de la opinión pública.

El mito de la pureza científica y apoliticidad del jurista sigue presente, al menos, en ciertas sociedades¹⁷. No es casual que la cuestión haya tenido este derrotero toda vez que los juristas han tenido como una de sus funciones principales conservar el orden y enderezar entuertos¹⁸.

Así es necesario interrogarse sobre si frente a una violación a los derechos humanos la protección indispensable para la plena vigencia estará dada por la acción judicial o por la remisión a órganos o procedimientos de tipo estrictamente democráticos – electivos.

Si se trata de un análisis concreto y específico del contexto argentino podría llegarse a la conclusión que el Poder Judicial ha sido reacio a la defensa de los aspectos constitucionales más básicos (derecho a la vida, integridad personal, autonomía, propiedad, igualdad, entre otros¹⁹).

16 Una crítica a la ficción está desarrollada en la clásica obra de Tarello (2013).

17 En palabras de Troper, que suscribo, la función ejecutiva o legislativa es tan política como la judicial.

18 Conforme Gargarella (1996) “a través de su inevitable tarea interpretativa, los jueces terminan, silenciosamente, tomando el lugar que debería ocupar la voluntad popular”.

19 En la clasificación que emplea, por ejemplo, Robert Alexy desde su no – positivismo inclusivo.

La experiencia de la última dictadura cívico militar argentina (1976-1983) da cuenta de la necesidad del régimen de establecer un poder judicial corporativo y cómplice para legitimar socialmente los aspectos más oscuros del exterminio planificado y la desaparición de personas, torturas reiteradas y robo de niños. Claramente el poder represivo se valió de argucias pseudo- legales para dar un ropaje de normatividad positiva a su práctica.

Es decir, no operó –como es costumbre- la fuerza en estado puro sino que fue necesario dotar de un andamiaje jurídico idóneo para enmascarar el fenómeno virulentamente indescriptible.

Con este ejemplo pretendo introducir otro elemento anunciado al inicio de este breve documento. El poder judicial pudo frenar el genocidio y ser guardián de la Constitución? Operó en sentido contrario como correlato del poder militar – civil?

La respuesta es esquemática y contundente: en el caso argentino y a la luz de la historia reciente la defensa de la Constitución y los derechos fundamentales estuvo más ligada a la acción de los movimientos sociales y políticos que a la labor de los magistrados. Esta conclusión no está basada en meras apreciaciones o preferencias sino que radica –sobre todo- en el modo en que los jueces locales han representado intereses corporativos bajo el pretexto de ser los voceros de la voluntad general y el bien común (concepto metafísico e indisponible en sociedades conflictivas). Los métodos de designación y la formación jurídica dogmática²⁰ fueron –tal vez- la causa de estas decisiones conscientes y opciones interpretativas a favor de la restricción de derechos. Aquí no bastaron los buenos argumentos ni los debates racionales sobre la base de principios de igualdad y autonomía. El aspecto de tipo ideal discursivo propio de la democracia deliberativa no es –desde luego- aplicable frente a contextos autoritarios.

20 Los trabajos de los CLS han sido señeros en este sentido. Sobre todo Kennedy (2000).

Tal como señala Troper la realidad difiere del esquema que pretendieron organizar teóricamente los constituyentes sobre todo a partir de las atribuciones discrecionales adjudicadas a los operadores jurídicos (TROPER, 1999, p. 343).

Esta cuestión implica considerar, siguiendo la línea anti esencialista de Troper, que la complejidad advertida requiere incorporar al análisis las situaciones imprevisibles a partir de la multiplicidad de textos legales y opciones de valoración ante un caso concreto y de entender al derecho como discurso.

No se trata de un comportamiento patológico de violación a la constitución por parte de los jueces sino que forma parte del propio funcionamiento del sistema de poderes.

Como se sabe, las diversas interpretaciones de la constitución y los textos legales no denotan un comportamiento mecánico por parte de los operadores e incluso llevan a impedir cualquier pretensión de cerrar el circuito interpretativo en la clave que los constituyentes originarios, tal vez, hubiesen seleccionado.

En diversos momentos la protección constitucional contra la opresión estuvo en cabeza tanto del Poder Judicial como del Poder Legislativo. La aplicación de un estándar estático que remita la decisiones al estamento judicial como *ultima ratio* a partir del funcionamiento de un sistema basado en la conexión necesaria entre el derecho y la moral²¹ y sobre la base de reglas procedimentales establecidas y fórmula del peso o ponderación²² podría ser un elemento indispensable en otros contextos y culturas jurídicas²³.

21 Como señala Guastini “el neo constitucionalismo acepta la tesis de la conexión sólo contingente entre derecho y moral y por ende es compatible con el positivismo metodológico”, *apud* Pino (2001).

22 Propio del denominado Constitucionalismo principalista (Pino, 2001).

23 El loable esfuerzo, en términos de Prieto Sanchís, que obliga a repensar la relación entre Constitución y democracia.

Aquí se presenta el interrogante sobre el carácter supremo de los textos constitucionales superando las propuestas que dan cuenta de la fuerza moral del texto (argumentos ontológicos, ius-naturalistas, entre otros).

Desde esta otra perspectiva, que aquí se sostiene, la cuestión está atravesada por la relación concreta entre el texto y la acción de los operadores.

El modo específico de acercamiento a la realidad jurídica será productor de un discurso concreto con efectos políticos.

En el caso argentino puede verse la necesidad de establecer mecanismos dialógicos entre los poderes públicos permitiendo que el control judicial sea un espacio más de defensa de los derechos fundamentales sin otorgar la última palabra a ningún segmento (menos aun al que no fue electo democráticamente). Es posible ofrecer alternativas como pueden ser la remisión a la legislatura de cuestiones complejas a fin de adecuar los productos normativos a los estándares de protección constitucional o tal vez como en el caso de la Corte de India trabajar conjuntamente en comisiones inter – poderes para avanzar en el resguardo de las cuestiones fundamentales sin detenerse en esquemas de división obsoletos y metafísicos, promoviendo la participación de todos los afectados por las decisiones²⁴.

Como se anticipó, la pregunta inicial consistía en determinar si la revisión o control judicial es suficiente para la tutela de los derechos. En el caso argentino se indicó que la respuesta es negativa a la luz de la jurisprudencia regresiva o progresista según el momento histórico – político²⁵.

24 Fabre (2000) hace un análisis de las distintas alternativas que tienen los tribunales al momento de decidir desde una lógica activa de compromiso con los derechos fundamentales.

25 Comparto la opinión de Pino (2001) cuando advierte que las Constituciones formulan expresamente valores ético – políticos. En este sentido pueden verse las críticas a la teoría de Ferrajoli en la obra citada en nota 9 de este trabajo.

En los momentos de máximo nivel represivo (nuevamente me refiero a la última dictadura cívico – militar) quien operó como garante o paliativo del poder no fue el poder judicial ni el parlamento que había sido disuelto. La acción de los organismos de defensa de derechos humanos ante la Organización de Estados Americanos (OEA) y las peticiones radicadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fueron la base para articular defensas concretas, recibir observaciones críticas y alertar internacionalmente sobre el genocidio.

Es decir, a partir de escenarios supra nacionales (o de garantías externas en los términos de Troper) se produjo un quiebre significativo en el espacio autoritario. La revisión o control judicial externo operaron como límites a la opresión y como garantía de supervivencia de las mayorías (TROPER, 1999, p. 343).

Pero, por cierto, es necesario superar la falacia normativa que puede llegar a sostener que la operación de los magistrados se traduce en establecer que una norma guarda conformidad con otra de carácter superior.

IV. Algunas conclusiones provisionales.

Como se sostuvo anteriormente, la tarea del operador jurídico implica complejidad no – mecánica en materia de decisiones interpretativas que estarán cruzadas por perspectivas ideológicas, situación contextual, entre otras variables que tornan imposible aquello de la “decisión correcta”.

La pregunta del principio encuentra alguna respuesta entonces. En contextos conflictivos el Poder Judicial local generalmente opera como mecanismo legitimador de las prácticas ilegales ya sea por su posición o modo de designación o por la necesidad de preservar el orden de cosas como principio de seguridad jurídica.

La revisión judicial en sentido amplio²⁶ (a través del sistema interamericano o europeo, según se trate²⁷ con principios precisos²⁸, jurisprudencia pública y conocida) sería, entonces, a mi juicio un elemento a considerar para confiar en mecanismos contra – mayoritarios toda vez que la decisión final no estaría cercenada a magistrados locales con compromisos latentes²⁹ y constantes con intereses corporativos³⁰.

Bibliografía

BRUNET, Pierre. Acerca del concepto de representación política. **Revista internacional de pensamiento político**, vol. 7, 2012.

CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. **Les cahiers du Conseil Constitutionnel**, n^o 21, 2006.

FABRE, Cecile. **Social rights under Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

26 Podría ser un derivado del llamado constitucionalismo garantista.

27 La cuestión aquí está atravesada por exigencias éticas innegociables o el coto vedado que en algunos casos se presentan como argumentos de sentencias de organismos de protección internacional de derechos humanos. Un desarrollo puede verse en la obra de Bayón citada.

28 En el Consejo Constitucional de Francia describió que en ocasiones la ley tiene usos políticos en lugar de expresiones claras y eficaces. Al respecto puede verse el trabajo de Champeil-Desplats (2006).

29 La cuestión está trabajada, entre otros, por Schauer y Lazarus. Los trabajos están contemplados en el artículo de Bayón aludido.

30 Además por la propia competencia de los organismos de decisión se completa el catálogo normativo con los instrumentos internacionales de derechos humanos lo cual brinda elementos para una real tutela jurisdiccional. Aquí los argumentos presentados encuentran puntos de contacto con la teoría de Luigi Ferrajoli en cuanto a la indisponibilidad de ciertos derechos y su carácter básico y permanente (adhesión ideológica al concepto de derecho supra-nacional, en este caso)

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**. Sobre el carácter contra mayoritario del poder judicial. Barcelona: Ariel, 1996.

_____. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? **Perfiles latinoamericanos**, nº 28, julio–diciembre, 2006.

KENNEDY, Duncan, Son los abogados estrictamente necesarios? In: VVAA, **Desde otra mirada**. Buenos Aires: Eudeba, 2000.

MADISON, James. **El federalista**. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

PINO, Giorgio. Principios, ponderación y la separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos. **Doxa**, nº 34, 2001.

TARELLO, Giovanni. **Sobre la interpretación de la ley**. Lima: Palestra, 2013.

TROPER, Michel. La máquina y la norma: Dos modelos de Constitución. **Doxa**, nº 22, 1999.

_____. El Poder Judicial y la democracia. **Isonomía**, nº 18, 2013.

Da Jurisprudência Clássica à Ciência do Direito: Os Direitos Humanos Frente a Perda da Prudência no Conhecimento do Direito.

Paulo Sérgio Weyl Albuquerque Costa¹

1. Introdução.

Os direitos humanos constituem um grande desafio para a atualidade, essa apresentação tem como objeto a compreensão dessa invenção contemporânea e o valor de referência que possui para o pensamento jurídico contemporâneo, especialmente considerando a matriz filosófica predominante no pensamento jurídico contemporâneo e a dificuldade de refletir o conceito de direitos humanos no quadro dessa matriz moderna, contexto no qual propomos a atualidade e a legitimidade do conceito de prudência para pensar a reflexão dos direitos humanos.

1 Doutor em Direito pela PUC-Rio, Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFPA e do Programa de Pós Graduação em Direito da UFPA, Grupo de Pesquisa / “Direitos humanos, Ética e Hermenêutica” (CNPq)

II. A (crise da) matriz filosófica do pensamento jurídico contemporâneo.

Uma das críticas mais consistentes à ciência moderna, o Livro I de *Verdade e Método* de H. G. Gadamer descreve como as ciências do espírito estiveram desde sua criação vinculadas ao modelo de conhecimento das ciências da natureza. Esse é um dos traços da matriz das modernas ciências do espírito, como é o caso da ciência do direito, que pressupõe a equidistância do sujeito em relação à matéria de cognição e a possibilidade de domínio desse objeto ou o desvelar de sua verdade.

A ciência do direito moderna é estranhamente fundada sobre o jusnaturalismo, ainda que de orientação racional, quando a partir de Hobbes em eficiente construção cartesiana abstraiu o princípio racional de uma hipótese da natureza do Homem e da impossibilidade da sociedade civil sobre aquelas condições. Fitzpatrick (2007) explora a fragilidade da constituição do direito como ciência, desvelando o vínculo da moderna compreensão de Lei à verdade e ao método da antiga mitologia, o que não fora superado mesmo pelas mais consistentes teorias do direito contemporâneo.

Mesmo que o desenvolvimento contemporâneo da ciência, até as ciências duras, tenha mostrado a debilidade dessa matriz, o racionalismo se mantém predominante, sobretudo no âmbito das justificações jurídicas. Com efeito, a ciência do Direito é uma criação segundo o modelo das ciências da natureza e resiste a crítica que ousa avançar sobre essa natureza constitutiva. Esse vínculo se mantém refratário à crítica contemporânea, que talvez duvide da eficácia desse campo de reflexão e abandone um tal exercício “à filosofia”.

Como resultado desse limite crítico, a ciência do direito se sustenta precariamente sobre os limites de suas categorias, o excesso do subjetivismo que sustenta a estranha aventura interpretativa perigosamente sustentada sobre o abuso do recurso à autoridade.

III. O limite da crítica ao positivismo.

A crítica ao positivismo jurídico alcançou a hegemonia do discurso jurídico acadêmico no final dos anos oitenta do século XX. Vislumbrava que o positivismo sofrera abalos nos fundamentos teóricos, que a racionalidade dogmática se mostrava insuficiente para instruir as decisões, como a decisão judicial, que a crise atingia ainda um dos principais alicerces do Estado Moderno, a jurisdição, a racionalidade da jurisdição.

Algumas décadas depois, quando a crítica ocupou o centro do discurso acadêmico e até a prática forense, a fundamentação das decisões dos tribunais, ainda verificamos a predominância da dogmática jurídica e a acentuada reprodução do positivismo via de um sistema pedagógico que a cada ano forma milhares de “juristas”, meticulosamente preparados segundo a dogmática jurídica, consolidando um arquetípico profissional ajustado aos padrões do capitalismo contemporâneo e prontos para ocupar com a competência dogmática exigida ao desempenho da advocacia privada e pública e para as funções jurisdicionais no âmbito interno e externo.

A permanência e o predomínio do positivismo jurídico é um fenômeno que merece investigação. A crítica ao positivismo, imprecisamente reunida sob a denominação pós-positivismo, negligenciou a investigação da histórica do positivismo jurídico e não buscou a compreensão da magnitude dessa experiência, a consistência da racionalidade científica do positivismo e sobretudo descuidou da inteligência da dimensão econômico-funcional às instituições, em especial a jurisdição. A crítica ao positivismo, enfim, não enfrentou a face não racional do direito, ao direito como expressão do *animal laborans*, do resultado do fazer, da atividade, do trabalho (ARENDDT, 1972).

IV. Natureza ambígua do direito.

O positivismo jurídico é um modelo adequado porque se ajusta à dinâmica da sociedade ocidental moderna, às transformações econômicas e culturais e às revoluções políticas ocorridas, enfim tem a extraordinária qualidade de suportar contextos sociais antagônicos. A dificuldade do positivismo em justificar os eventos do totalitarismo, a perplexidade frente às reconstruções constitucionais, a hesitação frente às violentas mudanças impostas pelo neoliberalismo e os embaraços adicionais ocasionados pela globalização, são circunstâncias que expuseram tanto as fraturas quanto a potência do positivismo, a abertura para receber novos instrumentos conceituais e normativos, em uma combinação conservadora de seus fundamentos centrais desenhados no Séc. XIX.

Essa ‘qualidade’ expressa a “natureza ambígua” do modelo teórico do positivismo jurídico. Essa natureza não foi desnudada pela sua crítica, que não raras vezes se valeu do método e da mitologia positivista, para instituir novas verdades normativas, inclusive para os fins de efetivação dos direitos humanos, insinuando a restauração do modelo do positivismo, agora para critérios concretos de justiça, os direitos humanos, em lugar dos critérios abstratos da “razão”, em uma espécie de versão jurídica da famosa XI tese sobre Feuerbach.

O direito contemporâneo é o que não é e não é o que é. Não é o direito antigo, mas guarda dele a tradição em um nível não percebido, ocultando-a sob o discurso científico moderno ajustado ao direito. Não é retórico, mas guarda a retórica, camuflando-a em meio a falácia dogmática. Não é subjetivo, pois pautado numa ética normativa, mas encobre essa natureza abrigando a carga subjetiva numa compreensão de individuo jamais imaginada na história da filosofia, que se mantém indisfarçável na corrente ideia da “consciência” do magistrado. A vitalidade do positivismo talvez esteja na razão dessa ambiguidade, da paradoxal (in)consistência de seus

contraditórios elementos. Como uma filosofia prática, que não se reconhece discursivamente, ele guarda saberes históricos e comunitários que não deixa transparecer. Como retórico, ele se socorre da dogmática para elidir as incertezas. Como senso comum teórico, ele se socorre do argumento da autoridade para introduzir os valores morais pretensamente excluídos do direito.

V. O auto esquecimento da tradição da filosofia prática pela moderna ciência do direito ou a colonização pela dogmática.

O positivismo jurídico mantém com a filosofia prática uma ‘relação de esquecimento’, pois a tematização de seus pressupostos foi antagônico com o desenvolvimento da certeza que cerca a dogmática jurídica; com isso o distanciamento da filosofia prática, corolário da inclinação tecnicista inaugurada na fase exegética, resultou no empobrecimento da formação dos juristas e no distanciamento em relação à tradição humanista. Esse afastamento foi expressão do predomínio da dogmática e das reformas pedagógicas realizadas para favorecer a formação tecnicista que veio a “colonizar” a dimensão humanista do direito e a aprofundar o esquecimento da dimensão filosófica do direito, deslegitimando a pertinência das categorias do conhecimento filosófico para apoiar a cognição e a decisão do direito.

O predomínio da técnica é uma inclinação na ciência jurídica moderna, mas a pretensa predominância da formação técnica dos juristas foi assimétrica à formação humanista, resultando o distanciamento dos compromissos éticos ali delineados e, enfim, uma fenda nessa tradição. O enfraquecimento do humanismo, no direito, decorre do positivismo jurídico e de sua irresistível atração pela redução ao formalismo técnico, pela redução dogmática que

conduz a perda da erudição e ao rebaixamento espiritual, restringindo a cognição jurídica à distinção normativa.

O rebaixamento na formação do senso comum teórico dos juristas, o que a crítica tende a confrontar é muito menos que o positivismo jurídico em toda a sua densidade, tal como formatado historicamente em suas fontes novecentistas e redesenhado na síntese Hans Kelsen e adensamentos posteriores de H. L. Hart. A crítica ao positivismo jurídico depara-se com as simplificações extremadas, com as vulgatas e distorções desse modelo teórico, com a caricatura do positivismo, com o que não alcança o efetivo diálogo com a ciência jurídica moderna em toda a sua pujança e complexidade.

No seio do pensamento e da prática jurídicas, no âmbito onde prepondera o senso comum teórico dos juristas, a ideia, vaga mas ainda forte, do esgotamento do modelo teórico do positivismo jurídico tende a arrefecer e a se abrir em três direções que julgamos com a mesma base de fundamentação: a) **a reconstrução do positivismo**, mediante a compreensão, errônea mais efetiva, de que os “novos” fundamentos e fins do direito, sustentados nas novas soberanias contemporâneas, em discursos racionais/universalistas alcançam resolver o problema teórico e prático do positivismo, reinserindo os valores esquecidos no sistema teórico e validando-os como critério de decisão judicial, sobretudo na jurisdição constitucional e de direitos humanos; b) próximo a essa via, mas nem sempre compartilhando da mesma fundamentação racional, é o caminho da **restauração do positivismo jurídico**, como é o caso da legitimação do positivismo inclusivo e em via mais original, a solução erudita da c) **reafirmação do positivismo** como é o caso do positivismo exclusivo.

O argumento erudito em defesa do positivismo tem como vantagem o privilégio do compromisso ético do projeto humanista, de poder demonstrar a presença desses valores no desafio cognitivo originário do positivismo, que faz dessa utopia racional um sistema

compatível com os princípios e maleável à dinâmica significativa posta no fazer interpretativo; com efeito, o grande desafio do positivismo é afastar o homem do engano, é a iluminação da razão com o saber verdadeiro. Nesse sentido, o senso moral representa exerce uma influência negativa ao aproximar a razão ao erro da experiência como 'costume' (por oposição à experiência do fazer científico, em tese um fazer conduzido pela razão). Por outro lado, não terá dificuldade em demonstrar as ambiguidades do pós-positivismo.

A qualificação da crítica ao positivismo jurídico demanda maior cognição acerca da experiência jurídica moderna. A crítica à ciência do direito, quando não alcança com radicalidade a construção da oposição irreconciliável (para o positivismo) entre a ciência do direito e o senso comum, construída pela ciência moderna e recebida naturalmente pela moderna ciência do direito, não logra apontar o caminho racionalmente justificado para a inclusão do senso comum. Nesse contexto a crítica constitui um paradoxo, tendo em vista que conforma-se e ajusta-se ao horizonte da filosofia que visa a desconstituir. A crítica ao positivismo jurídico, quando não direcionada também ao estofo filosófico que o sustenta, incorre em formas racionalistas ainda mais inconsistentes e em soluções precárias ainda menos seguras e objetivas que a apresentada pelo modelo positivista.

VI. A reconfiguração da ciência do direito.

Visando a compreender a particularidade das ciências do espírito, já tendo avançado sobre a natureza da questão da verdade ou a qualidade da cognição quando a questão envolve a experiência humana, já na segunda parte de Verdade e Método, tratando das possibilidades metodológicas, Gadamer indica duas direções muito apropriadas para o caso da necessária (crítica) da Ciência Moderna

do Direito, ou simplesmente para a reconfiguração da ciência do direito: os itens denominados atualidade hermenêutica de Aristóteles e o significado paradigmático da hermenêutica jurídica.

Gadamer destaca de Aristóteles uma questão fundamental para nossa investigação acerca do tipo de conhecimento que o Direito exige, em vista da natureza particular do fenômeno jurídico, que exige diferenciar a espécie de razão necessária para o conhecimento dos 'objetos' que estão no campo da ética, que estão/são na historicidade, do âmbito do contingente. Observando essa particularidade, Aristóteles acentuava a diferenciação da ciência dos objetos do 'ethos' e da 'physis', sendo que a espécie de cognição ética deve ser especial à uma natureza inconstante, sensíveis ao fazer humano, dependentes de seus comportamentos, de sua ação. Uma cognição que, pelo predicado de seu objeto não pode ser geral, sob pena de ampliar a ignorância acerca das justas exigências de uma situação específica. Na dicção de Gadamer, a questão foi assim colocada: "O atual problema é o saber como pode se dar um saber filosófico sobre o ser moral do homem. Se o que é bom, só aparece na concreção da situação prática em que ele se encontra, então o saber ético deve oferecer, para se haver com a situação concreta, o que é que esta exige dele ou, dito de outro modo, aquele que atua deve ver a situação concreta à luz do que se exige dele em geral. Negativamente isto significa que um saber geral que não saiba aplicar-se à situação concreta permanece sem sentido, e até ameaça obscurecer as exigências concretas que emanam de uma determinada situação" (Gadamer, 1999, p. 468).

Gadamer denuncia a fantasia da ciência moderna de proporcionar um saber puro ou verdadeiro sobre seus objetos. Essa pretensão é inviável, como vimos, em consequência da matriz da qual parte, o modelo das ciências da natureza, aplicada às ciências do espírito. Esse paradigma, com efeito, obstrui a percepção da diferença da qualidade dos 'objetos' a que se pretende compreender.

Mas há uma questão mais antiga na raiz dessa criação matricial que remonta outra vez a Aristóteles.

A ciência moderna, aparentemente tornando sem proveito a antiga distinção entre as categorias “necessário” e “contingente”, cultiva a hipótese da cognição do necessário. É a verdade, a mais singular de todas, a verdade do ser que se mantém como o *phantasma* da ciência moderna. Assim, além da matriz denunciada por Gadamer, o modelo das ciências da natureza para as ciências do espírito, em cujo campo encontra-se o direito, é vital refletir a impossibilidade dessa ciência para compreender a especificidade da experiência, o tipo de ser que é a sociedade e a história, como indica Cornelius Castoriadis (1986).

Gadamer reclama a atualidade hermenêutica de Aristóteles para reacender a luz ali lançada para a ciência do espírito no diálogo travado com sua tradição. Ali Aristóteles propõe a autonomia ou a diferença de uma ciência para essa contingência que é a história e os objetos da **experiência** humana, notadamente quando tem por objetivo orientar o fazer dos homens, apoiar a concretização a realização de um determinado fim, sobretudo um *eidos*, uma ideia, uma forma conceitual, enfim. Mas que o pretense saber genérico dessa *forma*, o que a ciência da experiência visa é o máximo de segurança e racionalidade na precariedade constituinte do mundo do fazer. Esse saber é distinto, é particular, não guarda proporção ou semelhança com a matemática, por exemplo, nem com a contemplação. Esse conhecimento em especial, para Aristóteles poderia ser pensado em Aristóteles a partir da tradição histórica da *phronesis* na via de um difícil diálogo com a recepção que a tradição filosófica antecedente faria de *phronesis* até a proposição da prudência (Aubenque, 2008).

O caso da hermenêutica jurídica parece ser um modelo vivo para a verificação dessa precariedade do saber acerca do contingente. Gadamer destaca o fino fio que ata o intérprete, o historiador do direito e o jurista, do texto em seu sentido prévio à ação

de concretização da interpretação. O sentido prévio do texto “do” interprete o vincula e com isso torna previsível, até (in)certo ponto, o seu resultado. Certamente a fantasia de que de fato essa tendência se realiza rigorosamente, e não até certo ponto, é o grande segredo do sucesso do modelo teórico do direito moderno, sobretudo do positivismo jurídico contemporâneo.

Todavia a experiência da hermenêutica jurídica mostra que o conteúdo de uma norma é algo bem maior que seu texto e que “seu conteúdo normativo tem que ser determinado com respeito ao caso ao qual se trata de aplica-la”, e esse exercício demanda muito mais que a cognição do texto da norma, uma vez que o interprete “está obrigado a admitir que as circunstancias foram sendo mudadas e que, por conseguinte, tem que determinar de novo a função normativa da lei.” (Gadamer, 1999). Nesse caso, tanto o jurista quanto o historiador do direito possuem apenas o sentido prévio mas que não lhes concede acesso à chave do problema a ser desvendado, desprovidos dos instrumentos capazes de permitir uma segura interpretação. Com isso Gadamer pode esclarecer a particularidade do caso da hermenêutica jurídica: “A hermenêutica jurídica recorda em si mesma o autêntico procedimento das ciências do espírito. Nela temos o modelo da relação entre o passado e o presente que estávamos procurando. Quando o juiz adequa a lei transmitida às necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática. O que de modo algum quer dizer que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária. Também em seu caso, compreender e interpretar significam conhecer e reconhecer um sentido vigente. O juiz procura corresponder à “ideia jurídica” da lei, intermediando-a com o presente. É evidente, ali, uma mediação jurídica. O que tenta reconhecer é o significado jurídico da lei, não o significado histórico de sua promulgação ou certos casos quaisquer de aplicação” (Gadamer, 1999, p. 488).

Não há espaços aqui para a afirmação da subjetividade do intérprete. De início o que a hermenêutica jurídica aponta é um caso de relação entre o passado e o presente. O sujeito intérprete não é livre desse vínculo, por mais tênue que possa parecer. O tipo de cognição que se constitui é precária porque o ser do social-histórico se insinua a cada vez de forma distinta, velando suas regiões mais profundas, como no modelo de magma proposto por Cornelius Castoriadis. Mas o intérprete e a interpretação são legítimos elementos desse processo, dessa *ecceidade*². Esse diálogo entre o passado e o futuro só pode ser compreendido no horizonte da história, e da permanência da tradição, no caso da tradição jurídica.

VII. O limite da ciência do direito e da crítica da ciência do direito para compreender a tradição, o senso comum e a moral.

A realização dos pressupostos da ciência moderna na ciência do direito reconfigurou alguns elementos centrais da antiga compreensão do direito, particularmente do tipo de cognição corrente na tradição jurídica até a emergência da modernidade.

A instituição da ciência do direito moderno refundou a ideia de autoridade, deslocando-a do âmbito do senso comum e da tradição para o Estado/razão. Fundada nesses dois pilares. A autoridade foi incorporada na dogmática jurídica mediante como instrumento fundamental da aplicação do direito, como recurso para a operação de subsunção, com toda carga de racionalismo

2 Gadamer dirá mesmo que o intérprete pertence a “seu” texto e que mesmo os pontos de vistas que comumente são tidos como arbitrários possuem sua anterioridade (Gadamer, 1999, p. 488). Convém esclarecer que Gadamer toma um modelo político onde todos estão submetidos a uma mesma lei, o que inclui necessariamente a própria vinculação do magistrado à Lei e o cuidado deste em face da arbitrariedade.

pressuposta na (in)compreensão cotidiana da criação moderna do Estado e ressignificação moderna da magistratura. Com efeito, a autoridade deixa de remeter à tradição, para ter um novo sentido ético racional, objetivo de para fixar o sentido da norma, na definição da interpretação a aplicação do direito.

A ciência do direito moderna também reconfigura o conceito de Lei, descredenciando a ideia de Lei Natural. Esta questão está ligada à refundação da autoridade. Não me ocuparei desse objeto, apenas observo que direito natural é muito mais rico que a vulgada conceitual que foi edificada para desqualificar a Lei Natural como um objeto de outra ciência qualquer que não a ciência do direito. Particularmente, a Lei Natural em alguma dimensão se articula com três outros conceitos igualmente descredenciados pela ciência do direito moderno, a moral, o senso comum e a tradição.

Por fim, junto ao descredenciamento desse denso e complexo conjunto de questões, a ciência do direito moderno desqualifica a jurisprudência como ciência, suprimindo os restos do ideário greco-romano presente na antiga ideia de uma autentica filosofia prática encerrada por exemplo na proposição da jurisprudência como a “arte do bom e do justo”. Na antiga jurisprudência, a prudência constituiu originalmente uma base cognitiva ativa, com raiz na tradição da filosofia clássica, mediante a qual era estabelecida a compreensão da tradição e do senso comum. Nesse sentido, a prudência representou ao direito a via do efetivo diálogo entre a norma como expressão do imperium/autoritas e a tradição, como o *locus* e o fundamento ultimo de sentido dessas instituições. A prudência era o recurso cognitivo que operava a mediação entre o direito posto e o senso comum e até a realidade imemorial da tradição, o largo e insondável campo onde imperam a religiosidade, as divindades, as crenças, os mitos, em uma palavra, toda a “teoria” que dá estofa à institucionalidade do direito e sem a qual não há nem sociedade, nem história, nem política, nem direito. A prudência foi o recurso cognitivo que

com sucesso articulava e religava a atualidade conflitual ao mito fundacional de Roma, devolvendo uma percepção dinâmica e atual de Roma, ajustada na solução de conflito mediante a arte jurídica.

O senso comum, a lei natural, a tradição, a moral, a ética e a justiça perderam dignidade como objeto da investigação científica do direito. De fato, a (in)consistência normativa desses “campos” não permite ao cientista do direito moderno uma cognição segura, a formulação de uma lei geral que permita uma definição exaustiva da normatividade presente nessas realidades históricas, bem como a definição de uma fórmula geral capaz de garantir a concretização de um conteúdo uniforme do direito.

A construção da ciência do direito, seguindo o modelo das ciências da natureza, resultou a delimitação rigorosa do objeto da ciência, do ser a ser desvelado pelo novo jurista, o cientista do direito, a norma jurídica como razão pura, abstraída de quaisquer contaminações subjetivas. Diferente da fórmula vinculada à antiguidade, (mesmo para o direito romano que chegou ao umbral da modernidade ostentando o símbolo de *ratio scripta*), onde o direito ainda era onerado pela objetividade, como o próprio ente político, para a fundação da era Moderna o Direito passa a manifestar a vontade de um Ente que resulta do espírito abstraído das vontades vinculadas por um horizonte estreito e incapaz de alcançar a universalidade. Para o moderno, o Estado é a expressão da negação do imediato, da natureza animal, volitiva dos homens e do desembaraço das amarras que os prendem a barbárie; é uma determinação da razão, nesse estado elevado. O direito está gravado em sua substância por essa elevação do espírito humano. O objeto da ciência do direito, a norma, nessa fórmula, é por excelência um ser da razão.

A era moderna instituiu socialmente uma imagem do direito, desta vez rigorosamente adjudicada ao mito da razão. Nessa reconfiguração, a norma jurídica ganhou autonomia em relação a qualquer objetividade contingente de sua formação. A norma jurídica passa a ser objeto da ciência que visa a desvendar não

as suas conexões históricas, mas as determinações universais de seu *ser*. Não que as suas formas contaminadas pelo senso comum sejam desprovidas de valor e mesmo de valor para a ciência, mas esse valor tem o sentido para outras ciências que não a ciência do direito, pois possui pouca ou nenhuma conexão para a compreensão de sua validade como norma jurídica. O mesmo se passa com a tradição e com os valores diversos que em algum momento se imprimiram nessa historicidade, os quais deixam de ter significado preciso para o objeto da investigação da nova ciência do direito.

Nessa conformação, podemos nos indagar a acerca do espaço reservado para o senso comum, para a tradição, para a história, enfim, na ciência do direito. Certamente, não é a história que está em questão quando o jurista/cientista do direito se volta a investigação das conexões sociológicas da norma, o que a ciência do direito, nesse caso, busca é o que é sempiterno, a *ecceidade*, a substância da norma, quando muito mediante a concessão da diferença, como emancipação, e não como confirmação da conexão social-histórica. É outra coisa que o jurista moderno busca na história, é a universalidade, a razão que reside fora da história. Com efeito, a moderna ciência do direito não tem um lugar para abrigar o senso comum em especial na dimensão acima inferida. O mais nobre espaço para o senso comum na ciência moderna do direito é a negação. Não há compatibilização possível entre ciência e senso comum.

Esse é um problema intransponível para a ciência do direito. Um obstáculo real para todo o hercúleo esforço do positivismo jurídico contemporâneo e de sua crítica para compreender outra vez o senso comum, a tradição, os valores, os princípios constantes da tradição, no universo do direito e, acima de tudo, estabelecer a possibilidade de cognição dessas dimensões desde um sistema teórico adjudicado da mesma ciência moderna e tudo sem um esforço crítico que alcance seus pressupostos filosóficos e sua matriz metodológica.

VIII. Auto-esquecimento da precariedade do acontecimento do direito.

A instituição social da ciência do direito (re)significou o sentido originário da jurisprudência, destituindo o valor de ciência dessa cognição. Esse processo atingiu sobremaneira a validade da prudência e sua função para apreender a dinâmica e a atualidade da tradição e outorgar o equilíbrio da ação.

Vale destacar que o processo de formação do pensamento jurídico contemporâneo, sob sobretudo na Alemanha do Século XIX, no esforço de recepção do direito romano, procurou albergar os fundamentos filosóficos daquela experiência histórica e procurou dotar a ciência do direito moderna, então em gestação, de categorias e capazes de compreender que a tradição poderia alcançar um lugar preciso e legítimo no conceito (e na ciência) do direito.³

A crítica ao positivismo jurídico deve ultrapassar a crítica ao método, uma vez que a metodologia não é propriamente o campo onde reside o obstáculo fundamental para a cognição da moralidade no domínio da cognição do direito. Trata-se da necessária crítica hermenêutica à ciência do direito moderna, evitando que questões de natureza moral no direito continuem pautadas por fundamentações de ordem racionalistas, psicológicas, ideológicas ou solipsistas.

A mescla de ciência com esses elementos, em si mesma, não é necessariamente um prejuízo à uma boa cognição, pois ciência e vontade só são excludentes absolutas no modelo de ciência moderna. Mas, no modelo da ciência moderna essa coexistência é uma

3 O que está em questão em nosso caso não é essencialmente o sentido da tradição e de senso comum, mas o valor real que possam ter para o direito, para o conceito do direito, para a ciência do direito e a legitimidade que encerra na prática do direito, enfim. Essa percepção que reconhece um sentido do senso comum, como tradição e como espírito, no caso alemão, não foi recebida pela síntese consagrada no positivismo jurídico contemporâneo.

incongruência. Para o positivismo jurídico, o modelo teórico que melhor representa a ciência do direito moderna, esses elementos não conduzem a uma boa cognição. A exclusão dessa dimensão do mundo da vida como um problema real da ciência jurídica, todavia, equivale a uma espécie de auto-esquecimento, que se sustenta sob a vontade da exclusão, sobre um dogma, enfim.

O papel da subjetividade na criação e reinvenção de fato implica reconhecer a força do fazer na criação do direito, incluindo toda a potência da natureza configurada no fazer humano. Isto não soa bem ao olhar moderno. Abre fendas para embaraços, para incertezas, desvela a precariedade do direito, desvela sua natureza contingente e abre a desconfiança sobre o saber do direito; no limite, indica a fissura sobre pressupostos vitais do sistema, como o da certeza, da racionalidade e da segurança jurídicas e, o que é mais ameaçador, prenuncia impactos sobre a funcionalidade das instituições econômicas e políticas.

Nesse quadro, podemos concluir que o pensamento jurídico, no âmbito da filosofia moderna, está sustentado sobre suas próprias aporias. Perigosas aporias, porque, apoiada no auto-esquecimento do senso comum e dos processos subjetivos, alimenta-se da subjetividade, um processo complexo que concebe os processos subjetivos por sob discursos irrefletidos, a exemplo do jargão “julgo de acordo com minha consciência”, mas não permite o diálogo acerca do conteúdo dessa “consciência” que exsurge soberana no fundamento do juízo.

Em nosso itinerário procuramos deixar evidente a necessidade de aprofundamento da crítica da ciência do direito, no sentido de ir além da crítica ao positivismo jurídico para estabelecer o diálogo com o processo de ruptura promovido pela ciência moderna em relação a antiga ciência, especialmente como ela se sucedeu no campo da cognição do direito. Nesse sentido nosso esforço visa a ressaltar a complexidade do direito, que torna inviável o esforço da ciência do direito, orientada pelo método da ciência moderna, de recortar a norma jurídica como objeto da ciência do direito. Com efeito, pen-

samos que é necessário devolver a norma a seu ambiente, ao mundo da vida. E isso não implica um prejuízo à dogmática, uma vez que a cognição técnica do direito não precisa ser absolutamente alterada em vista da ampliação de um conceito de natureza filosófico.

Na realidade, não obstante o mito da ciência jurídica moderna, o direito convive com a insegurança das decisões tomadas nesse âmbito, suas normas estão incrustadas na tradição, o conteúdo das normas sofre violentos impactos da compreensão vigente no senso comum, e a dogmática não alcança a cognição desse acontecimento com a amplitude e rigor que ambiciona. Essa contingência não é um problema do direito, é apenas a forma de ser desse fazer.

IX. A prudência como categoria de conhecimento do direito.

Nesse quadro da crítica da ciência do direito, depois de destacar duas adjudicações da ciência jurídica moderna, a delimitação rigorosa do objeto dessa ciência e a compreensão desse acontecimento como expressão da razão, segundo a reconfiguração da razão pela modernidade, a crítica requer como corolário a reflexão sobre a atualidade de categorias do pensamento que sejam apropriadas à complexidade dessa experiência. Se nossa crítica é válida, temos de abandonar o caminho seguro da razão moderna, bem como a hipótese de um objeto de conhecimento bem delimitado. A norma, de fato, é e não é o texto. É o texto mas como redução necessária de um processo histórico, como uma suspensão momentânea da dinâmica social, que logo ganha movimento quando se insinua nas indizíveis possibilidades de (re)significações abertas pelo diálogo público.

O conteúdo da norma é fixado na experiência humana, no fazer social-histórico e essa realidade exige a ampliação do conceito do direito, tanto quanto o esforço para a (re)construção de cate-

gorias capazes de fornecer à ciência do direito uma cognição mais profunda dessa fortuna e, acima de tudo, de devolver ao jurista a ciência acerca da gravidade de seu fazer, restaurar a dimensão do caráter ético dessa atividade.

X. Conclusão

Com apoio em Gadamer, pensamos que a hermenêutica pode auxiliar a tarefa da crítica da ciência do direito desde sua adjudicação à ciência moderna e ainda, em um diálogo rico com a tradição, refletir medidas em que as categorias deslegitimadas pela modernidade possam ser úteis à tarefa da crítica da ciência do direito.

Seguindo essa trilha, pensamos que o caso do conhecimento do direito demanda a reflexão sobre o conhecimento dos objetos da experiência, e a distinção da qualidade da experiência do grande campo da natureza. Com efeito, a ciência moderna tratou de estabelecer a diferença entre saberes, mas para subtrair a qualidade de ciência a certos saberes, como a estética e a teologia, por exemplo, ou para afastar a ingerência do saber da filosofia sobre os “objetos” da ciência, ou ainda para simplesmente quase eliminar a qualidade espiritual de certos saberes, como é o caso reservado ao senso comum. Essa classificação consiste em uma inflexão com valor de ruptura na tradição.

A história do conceito de prudência, como ensina Aubenque (2008), mostra o desafio do pensamento clássico para alcançar a cognição das diferentes classes de coisas mutáveis e imutáveis, das perenes e das precárias, aquelas que dizem respeito à substância, à natureza e à experiência, distinção que não elidida a ideia de que a experiência esteja inscrita na natureza e que esta possa ser uma outra face da substância.

A ideia de prudência, como nos mostra o autor, ganha sentidos próprios no pensamento grego de acordo com o desafio da filosofia para alcançar a natureza última das coisas ou a compreensão

de que a experiência de fato conforma uma realidade contingente que demanda a dignidade de uma ciência apropriada a sua dinâmica e cuja dignidade seja uma alcançar uma capacidade que só pode ser própria dos homens, que experimentam a finitude.

Referências

AUBENQUE, Pierre. **A prudência em Aristóteles**. São Paulo: Paulus, 2008.

CASTORIADIS, Cornelius. **Instituição imaginária da sociedade**. 2.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1986.

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

FITZPATRICK, Peter. **A mitologia da lei moderna**. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. São Paulo: Parábola, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia: do humanismo a Kant**. 6.ed. São Paulo: Paulus, 2003, v.2.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Sistema del derecho romano actual**. Madrid: F. Góngora y Compañia Editores, tomo I, 1878.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica: arte e técnica da interpretação**. Petrópolis: Vozes, 1999.

STEIN, Ernildo. Gadamer e a consumação da hermenêutica. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (Orgs.). **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Questões de Tomás de Aquino sobre direito e política**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

Derechos Sexuales y Reproductivos en América Latina

Yanira Zúñiga¹

Introducción

Quiero partir por acotar los objetivos de este trabajo puesto que su título puede sugerir que lo que busco es hacer un balance del estado actual de la protección de los derechos sexuales y reproductivos en la región americana. Aunque tal ejercicio es, en cierta medida, ineludible- al menos como un esbozo- mi propósito es más bien otro: ofrecer una lectura de estos derechos en el marco de ciertas dinámicas de poder, a fin de comprender las dificultades que han caracterizado su positivación y garantía, particularmente en América Latina, y, desde ahí, proponer elementos para su abordaje analítico que permitan cimentar de mejor manera su protección jurídica hacia el futuro.

En este sentido, cabe puntualizar que si bien es cierto que, desde una perspectiva de género o feminista- que es la que aquí se utilizará- es posible presentar un análisis estándar del rol del cuerpo (como continente de la tríada sexo, sexualidad y reproducción) en el marco del sistema sexo-género; me ha parecido útil poner de relieve las particularidades históricas y culturales que han caracterizado el fenómeno-

1 Doctora en Derecho; Profesora Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Instituto de Derecho Público. Dirección postal: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Campus Isla Teja, Valdivia. Correo electrónico: yzuniga@uach.cl.

no de control de la sexualidad y de la reproducción femeninas, en las sociedades latinoamericanas, durante las últimas décadas. Teniendo en cuenta la forma en que las dictaduras latinoamericanas irrumpieron trágicamente en el panorama general de los derechos humanos en la región americana, en la segunda mitad del siglo XX, resulta evidente que los llamados derechos sexuales y reproductivos no han podido escapar a esta situación general de degradación. Así las cosas, tres interrogantes me parecen claves para componer panópticamente la situación de los derechos sexuales y reproductivos en la región americana: (A) ¿qué formas específicas de género adquirió la violación de los DSyR bajo los regímenes dictatoriales latinoamericanos?, y (B) ¿Cuál es el impacto de la consolidación de la Democracia a nivel regional, en lo concerniente a la protección de estos derechos respecto de las mujeres? y (C) ¿Cuáles son los aspectos cruciales a tener vista en la regulación de estos derechos, a fin de abordar de mejor manera su protección? Voy a tratar de responder a estas tres preguntas a lo largo este trabajo, sirviéndome preferentemente de los análisis desarrollados en el ámbito del pensamiento feminista y de los influyentes trabajos de Michel Foucault sobre la sexualidad y reproducción.

I. Feminismo y derechos sexuales y reproductivos. Apuntes preliminares.

El feminismo viene tematizando las relaciones entre sexo, sexualidad, reproducción y poder, especialmente a partir de la década de los setenta, tanto a través de la crítica al binomio público/privado (en la que se inserta el célebre eslogan de “lo personal es político”), como mediante una teorización específica sobre el cuerpo. El resurgimiento feminista de los años setenta impulsó una convergencia amplísima de preocupaciones políticas, prácticas y teóricas en torno al vínculo entre cuerpo y política, impulsando

una crítica respecto de la interpretación tradicional que derivaba de la diferencia anatómica entre los cuerpos de los varones y de las mujeres, sus capacidades intelectuales y papeles sociales diversos; y aceptaba, tranquilamente, que las mujeres no tuvieran los mismos derechos ni las mismas opciones de vida que los varones (LAMAS, 1994:3) Desde entonces, las reflexiones feministas y las investigaciones empíricas sobre el cuerpo, como locus de los procesos sociales y de las influencias culturales, han ido en aumento y se han proyectado a diversas temáticas.

Uno de los logros más notables de la agenda feminista sobre sexualidad y reproducción es la emergencia y positivación ulterior de, lo que se ha dado en denominar, los derechos sexuales y reproductivos (en adelante DSyR). En efecto, estos derechos son el producto del entrecruce de dos grandes movimientos que atraviesan todo el siglo XX: Por una parte, el feminismo- como ya apuntaba- y la internacionalización de la protección de derechos humanos, por la otra.

De esta manera, la primera enunciación normativa de los DSyR quedó plasmada en la CEDAW (1979), en su art. 16.e), bajo una fórmula que reconoce el derecho de cada mujer, en condiciones de no discriminación, a decidir si tiene o no descendencia y, en su caso, en qué momento. A ello se sumó, el establecimiento correlativo de un haz de obligaciones estatales de garantía relacionadas con el acceso a la información, al asesoramiento, a los medios y a los servicios de salud, necesarios para poner en práctica tales decisiones procreativas (arts. 14 b. y 16 e.). Sin embargo, la evidencia recopilada durante la década de los ochenta, puso de manifiesto que la autonomía femenina en materia procreativa reconocida en la CEDAW, era usualmente desconocida por los Estados, mediante una variada gama de normas, prácticas y discursos que comprendían la punición amplia de la interrupción del embarazo, la falta de provisión de información, de métodos de anticoncepción y, en general, de servicios adecuados de salud reproductiva; la recurrencia de malos tratos

respecto de las usuarias; y la amplia discrecionalidad del personal de salud para negarse a prestar dichos servicios, esgrimiendo, al efecto, convicciones morales personales (Barbieri, 2000: 51)

De esta manera, se pusieron las bases para retomar la discusión sobre los DSyR en las Conferencias de Naciones Unidas de la década de los noventa, con un claro acento en las condiciones en que se ejerce la sexualidad y la reproducción por parte de las mujeres y a través del prisma de la salud reproductiva. Así, el Programa de Acción de la Conferencia sobre Población y Desarrollo (Cairo, 1994), definió, en su art. 7 a los DSyR como “ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso”, y cuyo fundamento descansa en “el derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva”. Preciso, además, que los mismos incluyen el “derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos” y que “se debe prestar plena atención, a la promoción de relaciones de respeto mutuo e igualdad entre hombres y mujeres, y particularmente a las necesidades de los adolescentes en materia de enseñanza y de servicios con objeto de que puedan asumir su sexualidad de modo positivo y responsable” (7.3).

Al año siguiente, la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing), retomó y amplió la definición de salud reproductiva establecida en el Programa de Acción del Cairo, subrayando la especial vulnerabilidad de las mujeres en lo relativo al control de su sexualidad y fecundidad; y exigiendo que el ejercicio de la sexualidad se realice con respeto a la integridad de las personas, sobre la base del consentimien-

to recíproco de los actores y en el marco de una corresponsabilización respecto de las consecuencias del relacionamiento sexual.

Finalmente, la Plataforma de Acción de Beijing instó a los Estados a adoptar políticas públicas transversales que promovieran un adelanto general de la protección de todos los derechos de las mujeres y, específicamente, de sus DSyR. El seguimiento internacional de ambas Conferencias, ha arrojado avances especialmente notables en la vertebración de una institucionalidad de género, es decir, de una arquitectura orgánica – reflejada en la creación de ministerios y/u oficinas, con mandato especial de promoción de los derechos de las mujeres, en diversos países, incluido los perteneciente la región americana . Sin embargo, y especialmente en el ámbito latinoamericano (Véase CELADE/CEPAL, 2010) dicha arquitectura no ha supuesto grandes avances en el reconocimiento estatal y protección de los DSyR, los que siguen situándose en una constante tirantez entre adelanto y retroceso, especialmente en el caso de la despenalización del aborto (González Vélez, 2011)

Como puede apreciarse a partir de este apretado recorrido histórico normativo, la eclosión de los DSyR en el nivel internacional, y en especial su inclusión en la CEDAW, coincide con el establecimiento de gran parte de las dictaduras latinoamericanas, mientras que el desarrollo y expansión de los DSyR, realizado en el marco de las conferencias de Naciones Unidas de la década de los 90, es coetáneo, en cambio, con los procesos de redemocratización acaecidos en la región. Veamos, entonces, cómo han impactado estas dos etapas- la dictadura y la democracia- en los DSyR de las mujeres latinoamericanas.

II. Violencia de género bajo las dictaduras latinoamericanas.

La primera pregunta (A) que nos planteáramos al inicio de este trabajo, esto es, ¿qué formas específicas de género que adoptó la violación de DSyR durante las dictaduras militares en América Latina?, remite, como es de suponer, a un período de horror, cuya memoria se ha ido reconstituyendo de forma accidentada y dolorosa, en varios de los países de la región. A efectos de este análisis, por dictaduras militares de América Latina entenderé aquellos regímenes políticos de los países del Cono Sur del continente, que se articularon bajo la llamada Operación Cóndor (es decir, Chile, Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Bolivia); especialmente durante las décadas de los 70 y 80. Las razones que justifican estrechar el análisis a tal contexto histórico-geográfico se relacionan únicamente con el examen que desarrollaré en la sección siguiente de este trabajo, en torno a los procesos de redemocratización en la región, y en el que resultan concernidos, más o menos, los mismos países aquí mencionados. Tal prevención es necesaria, además, porque existe abundante literatura que ha puesto de manifiesto que las prácticas de violencia estatal de género, relacionadas con la sexualidad y la reproducción, adoptan una configuración común en diversos contextos represivos. A saber, conflictos armados internacionales e internos, y otras situaciones de quiebres institucionales. De manera, que podrían tenerse a la vista otros casos a nivel regional americano, como los de Perú y Colombia, que, además, han dado origen a una nutrida investigación en la materia².

2 En este sentido, puede verse las prácticas de violencia de género en los conflictos recientes en Perú o Colombia, o los testimonios de violencia sexual que ha puesto de manifiesto la jurisprudencia de los tribunales internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda. Entre otros textos: Sonderguer, M. y Correa, V; *Violencia de género*

Como ya deslicé previamente, las manifestaciones de violencia estatal de género no constituyen un hecho aislado sino que forman parte de un dispositivo mayor de control social que, en la teorización feminista, se ha dado en llamar patriarcado. En efecto, el feminismo ha puesto de relieve que el cuerpo de las mujeres ha sido históricamente un locus de poder, es decir, las políticas y prácticas sociales sobre la sexualidad y las reproducción femeninas expresan y actualizan la dominación masculina (MACKINNON, 1989, BOURDIEU, 1998) . En consecuencia, la relación entre control/violencia y cuerpo femenino, no sólo no es un fenómeno excepcional sino que es la piedra basal sobre la que se vertebra una red de representaciones simbólicas que se relacionan con la sujeción de las mujeres. Sin embargo, bajo regímenes dictatoriales, como ocurrió en Latinoamérica, tal control/violencia se intensifica, franquea ciertas barreras sociales, que operan habitualmente como mecanismo de contención³; y adquiere claros tintes institucionales.

Existen múltiples testimonios que dan cuenta de cómo la violencia sexual fue utilizada como una herramienta de represión, tanto en hombres como en mujeres, bajo las dictaduras latinoamericanas. Sin embargo, esos mismos testimonios ponen de mani-

en el terrorismo de Estado : políticas de memoria, justicia y reparación, Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, 2010; Restrepo, J. Y Aponte, D. (Eds.) *Guerra y violencias en Colombia. Herramientas e interpretaciones* Bogotá: CERRAC, 2009, Cardoso, E., “La violencia sexual contra las mujeres en los conflictos armados. Un análisis de la jurisprudencia de los tribunales ad hoc para la ex-Yugoslavia y Ruanda”, In: INDRET, nº 4, 2011, 29 p.

- 3 Dentro del pensamiento feminista estas barreras también son susceptibles de interpretarse en clave de género. Así por ejemplo, las normas sociales sobre el cuerpo de las mujeres no ha supuesto necesariamente un control de los cuerpos por parte de las propias mujeres sino, más bien, un conjunto de reglas de acceso al cuerpo de las mujeres que operan como “derechos” de ciertos hombres (por ejemplo, el marido), excluyendo a otros.

fiesto que en el caso de las mujeres dicha violencia adquirió rasgos particulares, es decir, una especificidad de género⁴.

En primer lugar, la violencia sexual ejercida sobre las mujeres fue más recurrente⁵ y, más exacerbada o cruel que en el caso de los varones. Adicionalmente, evidenció potentes componentes simbólicos-institucionales. A través de ella se buscó lanzar un mensaje de reforzamiento de los patrones tradicionales de género, inserto en un contexto de prácticas sociales genocidas, provenientes del propio aparato estatal. En efecto, bajo las dictaduras latinoamericanas la violencia sexual, que abarcó violaciones y otros vejámenes de connotación sexual⁶, no sólo se utilizó como una herramienta de tortura destinada a obtener información de parte de las mujeres que la sufrieron sino que se inscribió, además, en un verdadero proyecto de reconstrucción político-social, con eje de género. Como comenta Andrea ZAMORA (2008), refiriéndose a esta última dimensión en el caso chileno, bajo la dictadura de Pinochet este dispositivo de dirección moral e

4 En el mismo sentido, el Amicus Curiae presentado por CLADEM e INSGENAR, el 17 de agosto de 2011, en la Causa N° 086 F caratulada "Fiscal c/ Menéndez, Luciano B y otros s/ Av. Inf. Art. 144 ter C. Penal", tramitado antes la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza.

5 La violencia sexual contra hombres ha sido menos documentada que la referida a mujeres. Y aunque es plausible suponer que, dado el entramado de representaciones género, esta clase de violencia es más usual respecto de mujeres, resulta necesario hacer presente también que, precisamente debido a ese entramado, la ruptura del silencio en el caso de los hombres víctimas, es más difícil.

6 [...]Algunas formas de violencia sexual son: 1) violación: implica la invasión física de cualquier parte del cuerpo de una persona mediante la penetración, por insignificante que fuera, del órgano sexual masculino en la boca, ano o vagina, así como cualquier otra parte del cuerpo u objeto en el orificio anal o vaginal; 2) cualquier forma de abuso sexual en el que no exista invasión física; 3) amenaza de abuso; 4) embarazo forzado; 5) prostitución forzada; 6) aborto forzado; 7) acoso sexual; 8) amenaza de violación; 9) mutilación; 10) esclavitud sexual; 11) esterilización forzada; 12) forzamiento al exhibicionismo, 13) desnudez forzada; 14) forzamiento a la pornografía; 15) humillación y burla con connotación sexual; 16) servidumbre sexual; 17) explotación sexual [...]” (AUCÍA, 2011a: 37).

intelectual se caracterizó, de un lado, por ensalzar a las mujeres como pilares de la reconstrucción nacional⁷, exaltando las funciones y roles sociales que le eran propios en el sistema social del período; y, de otro, por simbolizar a las mujeres disidentes de este modelo (guerrilleras, opositoras políticas etc.), como elementos transgresores y rupturistas. No debiera extrañar, entonces, que estas últimas fueron castigadas de manera especialmente severa, sometiénolas a prácticas sistemáticas de violencia sexual con el propósito de humillarlas física y moralmente. (ZAMORA, 2008). La mujer guerrillera, en particular, fue presentada como “anómala” o “fallida” por ser doblemente “subversiva”: al mismo tiempo que se oponía a los ideales nacionales y cristianos que buscaban imponer las dictaduras, se apartaba de los valores tradicionales del sistema sexo-género. La guerrillera se situó, por tanto, en las antípodas de la feminidad virtuosa, es decir, en el territorio de las “malas madres”, las “malas esposas”, las “malas amas de casa” y las “libertinas sexuales” (AUCÍA, 2011a, 2011b: 32)

Relacionado con lo anterior, la violencia sexual utilizada como herramienta de tortura contra las mujeres, se sirvió de todos los significados socio-culturales y políticos que la sexualidad conlleva para producir un plus de castigo (ZAMORA, 2008, párr. 29). En efecto, la sexualidad es un eje integrador entre diversas experiencias vinculadas tanto con nuestra propia individualidad como con el medio social en el que nos insertamos. De suerte que la identidad de cada sujeto es, en buena medida, una identidad sexuada, cargada de significantes sociales. Este apunte permite comprender mejor por qué el contacto forzado (material o simbólico) con los cuerpos desnudos y con los genitales de otros, la desnudez o el exhibicionismo forzados, las amenazas de sufrir abuso sexual o violación, los chistes con contenido sexual, las humillaciones de contenido sexual explícito o implícito, etc., tienen el potencial de atacar el núcleo

7 En Argentina se habló de “Proceso de Reorganización Nacional”

íntimo de una persona y, en especial, de una mujer. En otras palabras, la violencia sexualizada o genitalizada fragiliza la identidad del sujeto de manera más profunda que los ataques a otras zonas del cuerpo; en la medida que actualiza y agudiza las relaciones de poder constitutivas de la dominación masculina (AUCÍA, 2011b: 6). En efecto, la “masculinidad” de los torturadores se afirmaba en su poder absoluto de producir dolor y sufrimiento a esos cuerpos anónimos de mujeres –sus vaginas, sus úteros, sus senos – que encarnaban la identidad genérica femenina, como objeto sexual, como esposas y como madres (SAPRIZA, 2009: 73- 74). Siendo la víctima y el victimario conscientes de esta dinámica de poder, la violencia sexual es un buen ejemplo de la economía del castigo a la que se refiere FOUCAULT (1976) debido a que descansa sobre los controles sociales sobre la sexualidad preexistentes, reforzándolos.

A su turno, la ilación entre violencia y reproducción, que caracterizó a las dictaduras latinoamericanas, y especialmente a la dictadura argentina- también debe ser interpretada a la luz del conjunto de representaciones sociales sobre maternidad. Como se sabe, el ensañamiento respecto de las mujeres embarazadas, los embarazos (algunos de ellos resultado de violaciones ocurridas en centros de detención⁸), interrumpidos a través de abortos forzados y el robo de los hijos, son una constante en los relatos sobre la opresión vivida bajo las dictaduras y demuestran una estrategia deliberada de punición de la “maternidad desviada” (ZURUTUZA, 2011: 83-87). En el caso argentino, el robo de niños formó parte, además, de una política estatal cuyo objetivo era, por un lado, desarticular una genealogía -abuelos, padres, niños-, imponiendo un castigo ejemplar a quienes se acusaba de haber intro-

8 Se ha documentado una alta incidencia de amenorrea durante las prisiones políticas, probablemente asociada a la desnutrición y a factores psicológicos, lo que podría explicar la relativamente baja ocurrencia de embarazos en estas condiciones.

ducido el caos en el país. Y, por el otro, evitar “la contaminación parental” procurando que los niños se educaran en una “familia modelo”, de acuerdo los valores de la dictadura (TEUBAL, 2003).

Probablemente, el secuestro de niños es una de las manifestaciones más conocidas de la violencia de género que aplicaron las dictaduras latinoamericanas. La notoriedad de estos hechos, que se debe, en gran medida, a la acción de las Abuelas de la Plaza de Mayo, contrasta con la relativa impunidad que caracteriza las violaciones de DSyR acaecidas durante este período. Coincidentemente, la única sentencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que aborda la violencia sexual bajo las dictaduras latinoamericanas que aquí examinamos⁹, se refiere también al secuestro de niños. Se trata del caso *Gelman v. Uruguay*, relativo a la desaparición forzada y a la detención arbitraria de una mujer embarazada por parte de las fuerzas de seguridad uruguayas y argentinas, y la subsecuente entrega de su hija a la familia de un policía uruguayo. En este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que la violencia sufrida por la víctima, María Claudia García, estuvo basada en su género y que el estado de embarazo en que ésta se encontraba cuando fue detenida, consti-

9 La Corte Interamericana de Derechos Humanos viene construyendo, desde el año 2006, una jurisprudencia con componentes de género. Algunos de estos casos se refieren a la violencia sexual en otros contextos represivos, distintos a las dictaduras aquí mencionadas. Entre éstos puede mencionarse: El caso del Penal Castro Castro v. Perú (2006); Masacre de las dos Erres v. Guatemala (2009); González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México (2009) Fernández Ortega y otros v. México (2010) y Rosendo Cantú y otra v. México (2010). Dentro de la actividad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, debe mencionarse el emblemático caso de Raquel Martín Mejía v. Perú. (1996). Sobre la Jurisprudencia Interamericana en materia de violencia sexual puede consultarse Zúñiga, Y. 2014, “La construcción de la igualdad de género en el ámbito regional americano” en Beltrão, J. Monteiro de Brito Filho, J.C., Gómez, I. Pajares, E., Paredes, F. y Zúñiga, Y., *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables. Manual*, 2014, dhes. Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 179-210 y Cánaves, Violeta; *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 12, Número 12, Octubre 2012, pp. 87- 110

tuía una condición de particular vulnerabilidad que configuró una afectación diferenciada. Además, razonó que se instrumentalizó el cuerpo de la víctima en función del nacimiento y el período de lactancia de su hija, la que fue entregada, finalmente a otra familia luego de ser sustraída y sustituida su identidad. Y advirtió, en concordancia con lo anterior, que una concepción instrumental del cuerpo femenino es contraria a la libre maternidad, dimensión que, a su vez, forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres (Gelman v. Uruguay, fondo y reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párr.97).

En los sistemas internos, la escasa judicialización de la violencia sexual obrada bajo las dictaduras y la poca visibilización de este fenómeno en los procesos oficiales de construcción de Memoria, es también la constante. En el caso chileno, por ejemplo, la Corporación Humanas (una ONG ligada a la protección de los derechos de las mujeres), presentó recién en 2010 las cinco primeras querrelas por hechos de violencia sexual perpetrados durante la dictadura chilena. Como relata la antigua Directora de esta ONG y actual Directora del Instituto de Derechos Humanos, Lorena Fries, en el proceso de recolección de información realizado por la Comisión Valech sobre prisión política y tortura (2003), se examinaron 30.000 casos, de los cuales 28.000 se calificaron como tortura. Dentro de ellos, 3.000 afectaban a mujeres. En ninguno de estos últimos, sin embargo, se les preguntó a las mujeres víctimas si sufrieron violencia sexual. En consecuencia, los únicos casos registrados como violencia sexual en el primer informe Valech obedecen a declaraciones espontáneas de las propias víctimas. (FRIES, 2010)

La situación en Argentina, que es el país en el que se han logrado los mayores avances en la materia, no es sustancialmente distinta. Pese a la expresa excepción del delito de violación en las normas de amnistía aplicables al régimen dictatorial argentino, durante largos años no se presentaron denuncias judiciales ni se

sustanciaron procesos para investigar y juzgar a sus responsables, hasta que en 2010, se sentenció el primer caso que reconoció que la “violencia sexual cometida en los centros clandestinos de la dictadura fue parte de un plan sistemático de represión ilegal, y por lo tanto constituyen delitos de lesa humanidad, imprescriptibles”¹⁰. Como se advierte en la investigación colectiva que se desarrolló al hilo de este caso por CLADEM (Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres) e INSGENAR (Instituto de Género, Derecho y Desarrollo), y que lleva el elocuente título de *Grietas en el Silencio*, “la cuestión del no reconocimiento de la gravedad de los delitos contra la integridad sexual, se suma al hecho de que sus víctimas son particularmente reacias a denunciarlos puesto que la denuncia hecha con el objetivo de lograr justicia las lleva al ostracismo social en sus comunidades [...]. Resistencia que no es en absoluto irracional dado que la víctima de esos delitos sigue siendo objeto de sospecha de ser responsable de ellos” (VASALLO, 2011: p. 18).

Es claro, entonces, que los DSyR no sólo fueron flagrantemente violados durante el período analizado como parte de una política estatal sino, también, que la reparación de esas violaciones- tanto en la dimensión material de la justicia restaurativa, como en la simbólica de la construcción de Memoria- ha sido también extremadamente deficitaria. En este sentido, puede decirse que los procesos de redemocratización regional han tenido muy poco impacto en el establecimiento de medidas estatales de reparación respecto de las víctimas. Resta dilucidar si esos procesos de redemocratización han tenido, en cambio, incidencia, en el afianzamiento general de estos los DSyR de las mujeres en la región, de manera de garantizar su

10 Sentencia del 2 de abril de 2010 del Tribunal Oral Federal de Santa Fe, en el que se condenó a Horacio Barcos, a quince años de prisión por secuestro, privación de libertad y torturas, entre el 16 y el 31 de mayo de 1979, contra Amalia Ricotti y quien era entonces su marido.

protección futura. Es decir, en lo que técnicamente se ha dado en denominar las medidas de no repetición.

III. Democracia y DSyR en la región americana.

La científica norteamericana Mala HTUN ha realizado el único estudio comparado disponible, a nivel regional, que analiza la manera en que las dictaduras latinoamericanas y los procesos de redemocratización subsiguientes, han influido en el adelanto de la situación de las mujeres en las sociedades latinoamericanas y, en particular, la situación de sus DSyR. Dicho estudio comprende Brasil, Argentina y Chile, y examina, en clave de género, las reformas de la familia obradas en América Latina en las últimas tres décadas del siglo pasado en esos tres países. Tales reformas, paradójicamente, se iniciaron bajo los regímenes dictatoriales. El análisis de HTUN (2010) destaca la influencia de diversos factores en la ejecución de una batería de reformas liberalizadoras de la familia en el contexto regional-americano. Estos factores serían: (a) la transición de dictadura a la democracia, b) el debilitamiento de las relaciones entre Iglesia y el Estado, c) el activismo liberal y feminista, y d) la influencia de las normas internacionales. HTUN concluye que las citadas reformas consistentes en, por ejemplo, el establecimiento de la capacidad de la mujer casada, el reconocimiento de derechos patrimoniales dentro del matrimonio y la regulación del divorcio vincular; se inspiraron en una concepción que veía con buenos ojos la participación de las mujeres en el espacio público de mercado. Sin embargo, dicho influjo modernizador no logró vencer las resistencias conservadoras en lo concerniente, especialmente, a la regulación del aborto, la que han permanecido sin grandes modificaciones durante todo el proceso de reinstalación y afianzamiento de la democracia en América Latina.

En efecto, una mirada panorámica de las leyes sobre aborto en América Latina, arroja que su regulación –salvo en el caso de Cuba y más recientemente de México DF y Uruguay– ha cambiado muy poco desde la promulgación de los códigos penales en la segunda mitad del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX. Esto sugiere que la situación de los DSyR de las mujeres es relativamente impermeable a los procesos de democratización que ha vivido la región y a los procesos de adelanto de los derechos de la mujer, en otras áreas. Lo anterior contrasta con una serie de otras reformas de género en las que América Latina es una región pionera, como ocurre, por ejemplo, en materia de cuotas políticas; o, incluso, en el ámbito específico de la sexualidad en lo referente a la precarización de la heteronormatividad como base de la familia. En este sentido, los avances en equiparación de las parejas heterosexuales y homosexuales respecto del matrimonio en países como Argentina, México, Colombia y Brasil; han sido vertiginosos.

¿Qué explica esta asimetría? Creo que el conocido trabajo de FOUCAULT sobre la Historia de la Sexualidad, aporta luces a este respecto. FOUCAULT (2002) argumenta que la sexualidad y la procreación- especialmente en el caso de las mujeres- se localizan dentro de un aparato complejo de poder, vertebrado por normas, discursos, y prácticas, que actúan entretreídos; y que está destinado a producir controles sociales que descansan sobre un ordenado régimen del saber: el saber científico-médico. Esos controles se articulan a través técnicas móviles, polimorfas y coyunturales, que abarcan la dimensión jurídica pero que alcanzan también otras esferas.

Una de esas vías de control jurídico de la sexualidad y la reproducción, estaría dada por la regulación de la familia, la que, a su vez, establece un puente entre las referidas dimensiones y el régimen de transmisión de los bienes. El control de la sexualidad y la reproducción, en la explicación del célebre pensador francés, no se agota aquí, pese a que el cordón umbilical trazado entre sexualidad,

procreación y patrimonio, haya monopolizado la atención de los estudios jurídicos (y, en particular, de los estudios de Derecho Civil¹¹), descuidando la manera en que el cuerpo, en tanto portador de significantes socio-normativos, viene operando, desde siglos, como fuente de atribución de derechos y locus de control social.

Aquí argumentaré, siguiendo a FOUCAULT y a la producción feminista, que el cuerpo es un precipitado histórico de un conjunto de normas y prácticas jurídicas que están permeados por discursos y prácticas científico-médicas. Estos discursos y prácticas normalizan o patologizan ciertos comportamientos sexuales y/o decisiones reproductivas, situándolos o sustrayéndolos- dependiendo de las dinámicas de hegemonía/subordinación de esos discursos y prácticas- de la esfera de autonomía de los sujetos.

Esto explica que los avances logrados en ciertas facetas de la sexualidad respecto de ciertos sujetos- como, por ejemplo, el reconocimiento de la diversidad sexual- no se repliquen necesariamente respecto de otras facetas y otros sujetos- como en el caso de las decisiones sexuales y procreativas de las mujeres. Por otra parte, sostendré que dichos discursos y prácticas científico-médicas no pueden ser calificados de extrajurídicos debido a que el propio sistema jurídico se remite a ellos, dotándoles de carácter normativo, o bien, la existencia de silencios normativos (falta de regulación) permite que unos y otras, de hecho, adquieran valor performativo. Y, por último, defenderé que la noción de DSyR ha tenido impacto

11 Con todo, ese escenario ha cambiado notablemente en los últimos años y las cuestiones relativas al concepto jurídico de familia y, por extensión, a los derechos de sus miembros, están siendo tematizadas en el marco las discusiones constitucionales planteadas al hilo del principio de igualdad. Primero en lo concerniente a la desvinculación entre familia y matrimonio; y, más recientemente, a propósito de la puesta en jaque de la heteronormatividad como base del matrimonio y de los derechos de parentalidad. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto dos veces, en el año 2012, que la homosexualidad no puede conllevar, por sí sola, la limitación de los derechos de parentalidad (Casos Atala Riffo e hijas v Chile , y Fornerón e Hija v. Argentina)

progresivo en la desconstrucción de tales técnicas de regulación del cuerpo, pero que está lejos de configurarse, por sí sola, en una verdadera herramienta de subversión. Dicho de otra manera, el discurso de los DSyR es un tipo de discurso de resistencia que, sin embargo, requiere de la articulación de otros discursos (por ejemplo la contracción de la objeción de conciencia, el avance hacia la regulación del aborto en clave de autonomía y el establecimiento de los DSyR como derechos autónomos) a fin de ser verdaderamente un discurso de emancipación. En estas dos cuestiones quiero concentrarme en lo sucesivo, a propósito específicamente de la situación de las mujeres, identificando las áreas problemáticas de la regulación de DSyR, con acento en la región americana.

IV. Los desafíos de regulación de los DSyR.

Antes he dicho que los discursos y prácticas científico-médicas juegan un rol en el dispositivo normativo de control del cuerpo. Quiero aportar ejemplos en este sentido. La praxis en materia de interrupción del embarazo en el marco de regímenes de indicaciones; y la manera en que se ha desarrollado la objeción de conciencia en el ámbito de la salud reproductiva, me parece que son elocuentes ejemplos del referido fenómeno. En efecto, el dictamen del Comité de Derechos Humanos contra Perú (N° 1153/2003), así como las dificultades identificadas por la Corte Suprema argentina en su reciente fallo en el marco de una medida autosatisfactiva (F.A.L /medida autosatisfactiva, 2012), traducidas en lo que la propia Corte Suprema de Argentina denomina “una reiterada, innecesaria e ilegal práctica institucional” de judicialización de las solicitudes de aborto legal, demuestran que aun cuando la ley permite la interrupción del embarazo en supuestos de riesgo para la vida o salud de la madre, es frecuente que los

discursos y/o prácticas del personal de salud, establezcan limitaciones no contempladas explícitamente en la norma (como, por ejemplo, exigencias en orden a garantizar la viabilidad fetal) que se traducen en obstáculos a la realización de los procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo (ZÚÑIGA, 2013).

Cabe hacer notar que en el caso de modelos prohibitivos- Salvador o Chile, en América Latina- el discurso científico-médico también puede operar proveyendo insumos legitimadores de tales modelos. Así ocurre, por ejemplo, cuando se reduce artificialmente la casuística de riesgo de afectación de los derechos de la madre (en particular, su vida, y salud física y psíquica) como ha quedado demostrado a propósito de la reciente resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de 29 de mayo de 2013), en el asunto B de medidas provisionales respecto del Salvador.

Teniendo en cuenta que el régimen prohibitivo no es compatible con la protección de los derechos de las mujeres, como se sigue de las interpretaciones de los Comités de Derechos Humanos y de la CEDAW, así como del fallo de la Corte Interamericana de DDHH en el asunto *Artavia Murillo v. Costa Rica*, pareciera que las regulaciones punitivas del aborto, debieran reemplazarse por regímenes que equilibren la protección de derechos de las mujeres, incluida, desde luego, su autonomía procrativa, con la protección del nasciturus. Con todo, en la medida que el régimen de indicaciones, tiende a infantilizar a las mujeres y a someterlas a la tutela/control del personal médico, la articulación pura de este modelo, esto es, sin considerar su combinación con un régimen de plazos, parece problemática en sí misma.

Tal problema se amplifica de cara al desarrollo exponencial de la objeción de conciencia en el ámbito de salud procreativa durante el siglo XX. Dicha expansión, que contrasta con su contracción en otras áreas regulativas- sugiere la existencia de una relación inversamente proporcional entre la protección de las convicciones

del personal de salud y las dificultades de autonomización de los individuos, en lo concerniente al control de su propia sexualidad y reproducción. Esta ecuación- a la que sólo se le viene prestando atención recientemente- es especialmente preocupante en América Latina, debido a que la relación médico paciente en la región sigue vertebrándose de una manera especialmente jerarquizada.

Por otra parte, a diferencia de lo que ocurre con el clásico objeto de conciencia respecto del servicio militar, la objeción de conciencia en materia de salud reproductiva se inserta en un esquema de conflicto de derechos (es decir, repercute sobre el derecho de otro sujeto y no sólo sobre el interés del Estado) que, además, es borroso. Esto último porque, particularmente en este contexto de relaciones, hay una muy delgada línea entre la simple desobediencia a la norma y el disenso moral legítimo. En otras palabras, la objeción de conciencia invocada por miembros del personal de salud no siempre busca resguardar la individualidad irreductible del sujeto que la invoca sino que, frecuentemente, enmascara intentos de disciplinar la conducta de otros individuos, es decir, es utilizada como una vía para imponer creencias personales a otros. De ahí sea habitual que se esgrima frente a la realización de abortos no punibles, la esterilización, y, más recientemente, frente al uso de técnicas de fertilización asistida o maternidad sustituta; precarizando la garantía de los DSyR (DIDES y CASAS, 2007).

La jurisprudencia comparada en materia de objeción de conciencia refleja esta tensión, describiendo un movimiento pendular. Por un lado, proporciona ejemplos de restricción judicial de la objeción de conciencia, como respuesta a intentos de órganos estatales de ampliación de la misma, dirigidos, a su turno, a disciplinar la sexualidad/reproducción femenina. En este sentido, la reciente sentencia de la Corte Constitucional de Colombia (T-627 de 2012) que resolvió la acción de tutela presentada por 1280 mujeres para reclamar de una práctica de la Procuraduría General del Estado que distorsionaba la

información que dicho órgano difundía sobre la sexualidad y reproducción femeninas, y, en particular, sobre el alcance de la objeción de conciencia, que caracterizaba como un acto colectivo y no individual. En este caso la Corte Colombiana se pronunció a favor de la existencia de obligaciones de veracidad en la entrega de información en materia reproductiva por parte del Estado. Una tendencia a favor de la contracción de la objeción de conciencia puede observarse también en una sentencia del Tribunal de Justicia de Andalucía (sentencia 11/4/2013) en la que se niega que la objeción forme parte del ejercicio de los médicos de Atención Primaria. No obstante, también podemos encontrar contraejemplos. Una sentencia de un tribunal de apelación en Escocia, resolvió la petición de unas parteras/matronas (Doogan y Wood, 2012) estableciendo que la objeción de conciencia no solo se extendía a las intervenciones médicas directas para la interrupción del embarazo sino a todo el proceso de asistencia a la interrupción del embarazo. Bajo esta premisa, la sentencia determinó que las parteras/matronas, junto al resto del personal médico, tienen derecho a ejercer la objeción de conciencia de manera amplia y por encima de los derechos a la autonomía de la mujer, por lo que pueden negarse a delegar, supervisar o apoyar al personal sanitario en relación con la atención de pacientes por interrupción de su embarazo.

La dificultosa construcción y garantía de los DSyR en la región americana ha resultado favorecida, adicionalmente, por la inexistente o insuficiente consagración constitucional de las dimensiones que configuran estos derechos lo que distingue el tratamiento jurídico de los DSyR en relación con otros derechos, vinculados a lo privado. Si bien hay un grupo de constituciones latinoamericanas que consagran explícitamente el derecho a decidir el número y el espaciamiento de los hijos (ej. Brasil, México, Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia y Paraguay) configurándolos ya como derechos no interferencia, ya como derechos prestacionales en lo concerniente a la información y al suministro de métodos

de anticoncepción; y hay también una tendencia a reconocer que dichos derechos incluyen la reproducción asistida, un nudo problemático es la inclusión de la interrupción voluntaria del embarazo, pese a que hay recomendaciones del Comité de Derechos Humanos (Observación General No 28 Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres) y del Comité de la CEDAW (Recomendaciones Generales No 21 sobre La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares y No 24 sobre el Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - La mujer y la salud) que instan a su despenalización. De la misma manera, las dimensiones asociadas a la autonomía sexual, como las relativas a la identidad sexual, la orientación sexual, y la comercialización del propio cuerpo (la prostitución), en general, no son objeto de reconocimiento constitucional ni legal (véase, ZUÑIGA, & TURNER. 2013; VILLANUEVA, 2008) sin perjuicio de que han empezado a ser tematizadas por vía de judicialización constitucional, a través del principio de igualdad, con resultados dispares (ZÚÑIGA, 2012). Esta precariedad normativa explica que las decisiones individuales relativas a la sexualidad y a la procreación hayan buscado usualmente protección a través de su subunción en otros derechos.

Esta vía de protección ha tenido resultados diversos en América Latina. La progresista jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en materia de despenalización del aborto en caso de indicación terapéutica, violación e inviabilidad fetal, (sentencia C-355/06), o respecto de las decisiones sobre la propia sexualidad y su comercialización (T-629, 2010) convive con el incombustible activismo conservador chileno que ha intentado frenar la distribución de la píldora del día después, usando (y abusando) de todos los mecanismos de impugnación que prevé el ordenamiento

jurídico chileno¹². Este activismo logró imponer la tesis de que cualquier riesgo abortivo (mínimo o eventual) justifica la prohibición de suministro de este fármaco, en la medida que la protección de la vida intrauterina sería absoluta (Sentencia Tribunal Constitucional Chile, Rol 740-2007). Como es sabido, una tesis similar utilizó la Corte Suprema de Costa Rica, en el caso que dio origen al pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el asunto *Artavia Murillo (Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) v. Costa Rica*. Sentencia de Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 257, Nov. 28, 2012). En esta sentencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos acaba de despejar el estatuto jurídico del embrión para el sistema interamericano, señalando que de acuerdo a la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes

12 La judicialización de la distribución de la llamada píldora del día después se realizó primero a través de la impugnación de su autorización sanitaria mediante acciones de protección (amparo) y de nulidad de derecho público; luego, a través de la impugnación de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad (res. Exenta 584-2006 y DS 48 2007) ante el Tribunal Constitucional. Estos procesos han marcado un hito en el tratamiento jurídico chileno de los DSyR no sólo porque han desencadenado una elaboración doctrinal respecto de estos derechos y sus limitaciones sino, también, porque la atención mediática que rodeó a estos procesos sentó las bases para el primer desarrollo legislativo, con pretensión de sistematicidad, de las cuestiones relativas a la fertilidad en Chile. Así, dicha judicialización fue la antesala de la ley No 20.418 que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad (28.01.2010), que zanjó la discusión sobre el carácter abortivo de la píldora del día después, permitiendo su entrega como mecanismo de anticoncepción de emergencia en el marco de las políticas públicas de salud (art. 4). Un reciente dictamen de la Contraloría General de la República (N° 70.633 de 30/10/2013), con todo, ha reabierto la discusión en torno a la autonomía reproductiva de los adolescentes, al restringir el alcance del art. 7 del Reglamento de la ley No 20.418 que regulaba la entrega de la píldora en caso de menores de 14 años, sometiénola al régimen de protección de datos sensibles sobre prácticas sexuales, métodos y terapias para la planificación familiar; y admitiendo, en consecuencia, una relativización de la obligación de informar a los padres o adultos responsables que establece el art. 2 de la referida ley. A los efectos la Contraloría ha dictaminado que la obligación de informar a padres y guardadores no puede relativizarse en ningún caso.

en el sistema interamericano, no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión. Así las cosas, la fórmula “en general” que ocupa el art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos permite –en opinión de la Corte– inferir excepciones a la protección que la propia disposición dispensa al nasciturus y que se traducen en la posibilidad de establecer un sistema gradual e incremental de tutela de la vida, en atención a su desarrollo. En consecuencia, la decisión de la Sala Constitucional de Costa Rica, que condicionó la posibilidad de realizar la técnica de fertilización in vitro a que no hubiera pérdida embrionaria (condición que es imposible desde el punto de vista práctico), implicó, a juicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una restricción desproporcionada de los derechos de los demandantes.

A pesar de que el fallo antes reseñado no se refiere directamente al aborto, es evidente que elabora varios aspectos que son relevantes para este debate que, como es sobradamente conocido, se ha transformado en el verdadero nudo gordiano de los DSyR en Latinoamérica. La doble tesis de la Corte IDH –es decir, el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos y la negación de la calidad de persona al embrión– abre, sin duda, la puerta al enjuiciamiento de las leyes restrictivas del aborto en la región. Resta a ver si esta promesa de emancipación se concreta próximamente.

Bibliografía

AUCIA, Analía. Género, violencia sexual en contextos represivos. In: VASALLO, M. (Ed.) **Grietas en el silencio**. Una investigación sobre la violencia sexual en el marco del terrorismo de Estado. Buenos Aires: CLADEM-Insgenar, 2011, pp. 27-67.

AUCÍA, Analía et al. **“Te volvieron a violar” Terrorismo, violencia sexual y justicia.** Rosario: CLADEM, 2011.

BARBIERI, Teresita. Derechos reproductivos y sexuales. Encrucijada en tiempos distintos, **Revista Mexicana de Sociología**, vol. 62, nº 1 (Jan. - Mar., 2000), pp. 45-59.

BOURDIEU, Pierre. **La domination masculine.** Paris : Seuil, 1998.

CÁNAVES, Violeta. Como la Cigarra. Notas sobre la violencia sexual, jurisprudencia y Derechos humanos. **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo**, nº 12, Octubre 2012, pp. 87- 110.

CARDOSO, Emanuela. La violencia sexual contra las mujeres en los conflictos armados. Un análisis de la jurisprudencia de los tribunales ad hoc para la ex-Yugoslavia y Ruanda. **INDRET**, nº 4, 2011, 29 p.

CELADE/CEPAL. **América Latina: avances y desafíos de la implementación del programa de acción del Cairo, con énfasis en el período 2004-2009,** 2010.

DIDES, Claudia y CASAS, Lidia. Objeción de conciencia y salud reproductiva en Chile: dos casos paradigmáticos. **Acta bioeth.** vol.13, nº 2, nov. 2007, pp. 199-20.

FOUCAULT, Michel. **Vigilar y castigar.** Nacimiento de la prisión. México: Siglo XXI Editores, 1976 (trigésimocuarta edición en español, 2005).

FOUCAULT, Michel. **Historia de la sexualidad,** Tomo I (la voluntad del saber), Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2002

GONZÁLEZ VÉLEZ, Ana. **Una mirada analítica a la legislación sobre interrupción del embarazo en países de Iberoamérica y el Caribe.** CEPAL, 2011.

HTUN, Mala. **Sexo y Estado**. Aborto, divorcio y familia bajo dictaduras y democracias en América Latina. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2010.

LAMAS, Marta. Cuerpo: diferencia sexual y género. **Debate Feminista**, n° 10, septiembre de 1994, p. 3- 31.

MACKINNON, Catharine. **Hacia una teoría feminista del Estado**. Madrid: Cátedra, 1995.

FRIES, Lorena. El caso chileno y la violencia. In: SONDERÉ-GUER, M. y CORREA, V. (Comps.) **Violencia de género en el terrorismo de Estado: políticas de memoria, justicia y reparación**. Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús, 2010, pp. 26-33

RESTREPO, Jorge y APONTE, David. (Eds.) **Guerra y violencias en Colombia. Herramientas e interpretaciones**. Bogotá: CERRAC.

SAPRIZA, Graciela. Memorias de mujeres en el relato de la dictadura (Uruguay, 1973-1985).Violencia / carcel / exilio. In: **DEP (Deportate, Esuli, Profughe)**, revista telematica di studi sulla memoria femminile, n° 11, 2009, pp.64-80.

TEUBAL, Ruth. La restitución de niños desaparecidos-apropiados por la dictadura militar argentina: análisis de algunos aspectos psicológicos. **Alternativas**. Cuadernos de Trabajo Social, n° 11, dic. 2003, pp. 227-245.

VILLANUEVA, Rocío. **Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos**. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008.

ZAMORA GARRAO, Andrea. La mujer como sujeto de la violencia de género durante la dictadura militar chilena: apuntes

para una reflexión. **Nuevo Mundo Mundos Nuevos** [En línea], Débats, consultado el 14 diciembre, 2014. URL : <http://nuevo-mundo.revues.org/27162> ; DOI : 10.4000/nuevomundo.27162

ZUÑIGA, Yanira. Una propuesta de análisis y regulación del aborto en Chile desde el pensamiento feminista. **Revista Ius et Praxis**, año 19, n° 1, 2013, pp. 255 – 300.

ZUÑIGA, Yanira y TURNER, Susan. Sistematización comparativa de la regulación de la familia en las constituciones latinoamericanas. **Revista de Derecho de la UCN**, vol. 20, n° 2, 2013, pp. 269-301.

ZUÑIGA, Yanira. La construcción de la igualdad de género en el ámbito regional americano.” In: BELTRÃO, J.; MONTEIRO DE BRITO FILHO, J.C.; GÓMEZ, I.; PAJARES, E.; PAREDES, F. y ZUÑIGA, Y. (Coords.) **Derechos humanos de los grupos vulnerables**. Manual. Barcelona: Red Derechos Humanos y Educación Superior, 2014, pp. 179-210

ZURUTUZA, Cristina. Crímenes sexuales en contextos de concentracionarios. Violencia, género, subjetividad. In: VASALLO, M. (Ed.) **Grietas en el silencio**. Una investigación sobre la violencia sexual en el marco del terrorismo de Estado. Buenos Aires: CLADEM-Insgenar, 2011, pp. 70-114.

Este livro reúne os trabalhos apresentados no V Seminário Latino-Americano de Direitos Humanos, realizado pelo Consórcio Latino-Americano de Pós-Graduação em Direitos Humanos, na Universidad Nacional de Asunción (UNA), de 26 a 28 de novembro de 2014. Sob o tema geral “Avances y Retrocesos de los Derechos Humanos en América Latina: Verdad, Justicia y Reparación”, o V Seminário buscou analisar de que modo os países da região têm reagido às graves violações de direitos, enfocando, especialmente, os pressupostos teóricos do direito à memória e as violações que afetam mulheres e populações rurais.

Criado em 2008, o Consórcio Latino-Americano de Pós-Graduação em Direitos Humanos ([www.consorciोध.ufpa.br](http://www.consorciোধ.ufpa.br)) é formado hoje por 16 universidades de 7 países: Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Austral de Chile, Universidad de Buenos Aires, Universidad Diego Portales (Chile), Universidad Externado de Colombia, Universidad Iberoamericana (México), Universidad Nacional de Asunción, Universidad Nacional de La Plata (Argentina), Universidad Nacional de Lanús (Argentina), Universidade de Brasília, Universidade de Fortaleza (Brasil), Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Brasil), Universidade Estadual Paulista (Brasil), Universidade Federal da Paraíba (Brasil) e Universidade Federal de Goiás (Brasil). A Universidade Federal do Pará, por meio de seu Programa de Pós-Graduação em Direito, exerce a Secretaria do Consórcio.

Apoio:



FORDFOUNDATION



Lumen Juris

Direito

Visite nossa loja virtual: www.lumenjuris.com.br

ISBN 978-85-8440-159-8



9 788584 401598