

ISSN 2718-6415



REVISTA LATINOAMERICANA DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

AÑO 2 | NÚMERO 2 | MARZO 2021



EQUIPO DE TRABAJO

Director Editorial

Germán Silva García

Universidad Católica de Colombia

Secretaria Editorial

Estefanía Paola Cuello

Subsecretaria Editorial

Evelin Débora Kim

Arte y Diseño

Mariana Betoño

Soledad Lohlé

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN ISIDRO

Rector

Enrique Del Percio

Vicerrector de Investigación y
Extensión

Jerónimo Biderman Núñez

Decana de la Facultad de
Ciencias Jurídicas y de la
Administración

Laura Ochoa

ISSN 2718-6415

REVISTA LATINOAMERICANA DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA



La Revista Latinoamericana de Sociología Jurídica es una publicación editada en forma conjunta por la Facultad de Ciencias Jurídicas y de la Administración de la Universidad de San Isidro “Dr. Plácido Marín” y la Sociedad Argentina de Sociología Jurídica (SASJU).

Dirección: Av. Del Libertador 17.175, Beccar, San Isidro, Provincia de Buenos Aires, Argentina. Código Postal: 1642

Correo electrónico: relasocju@usi.edu.ar

Web: <https://www.usi.edu.ar/sobre-revista-latinoamericana-de-sociologia-juridica/>

COMITÉ CIENTÍFICO

Rosembert Ariza Santamaría | Universidad Nacional de Colombia, Colombia

Iordan Gheorghe Bărbulescu | Școala Națională de Studii Politice și Administrative, Rumania

Dayana Becerra | Universidad Católica de Colombia, Colombia

María Inés Bergoglio | Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

Julio Bordas Martínez | Universidad Nacional de Educación a Distancia - UNED, España

Manuel Calvo García | Universidad de Zaragoza, España

Kerrie Carrington | Queensland University of Technology, Australia

Jorge Enrique Carvajal | Universidad Nacional de Colombia, Colombia

Ana Milena Coral | Universidad Católica de Colombia, Colombia

Angélica Cuéllar Vázquez | Universidad Nacional Autónoma de México, México

Solange Delannoy | Universidad Nacional de Rosario, Argentina

Enrique Del Percio | Universidad de San Isidro “Dr. Plácido Marín”, Argentina

Martha Díaz de Landa | Universidad Católica de Córdoba, Argentina

Rubén Donzis | Universidad de Buenos Aires, Argentina

Julio Echeverría | Universidad Central, Ecuador

María José Fariñas Dulce | Universidad Carlos III, España

Vincenzo Ferrari | Università degli Studi di Milano, Italia

Edmundo Fuenzalida | Universidad de Chile, Chile

Laura Gamarra | Universidad Católica de Colombia, Colombia

Valeria Giordano | Università degli Studi di Salerno, Italia

Eugenia Gómez del Río | Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

Alejandro Gómez Jaramillo | Universidad Santo Tomás, Colombia

Manuela González | Universidad Nacional de la Plata, Argentina

María José Jiménez Díaz | Universidad de Granada, España

Vladimir Llano | Universidad Libre de Cali, Colombia

Laura Lora | Universidad de Buenos Aires, Argentina

Adriana Mack | Universidad Nacional de Rosario, Argentina

Vera Malaguti de Sousa | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Letizia Mancini | Università degli Studi di Milano, Italia

Luis Eduardo Morás | Universidad de la República, Uruguay

Marco Navas Alvear | Universidad Andina, Ecuador

María Laura Ochoa | Universidad de San Isidro “Dr. Plácido Marín”, Argentina

José O. Orler | Universidad Nacional de la Plata, Argentina

Néstor Osuna Patiño | Universidad Externado de Colombia, Colombia

Juan Carlos Oyanedel Sepulveda | Universidad Andrés Bello, Chile

Bernardo Pérez Salazar | Instituto Latinoamericano de Altos Estudios ILAE, Colombia

María Verónica Piccone | Universidad Nacional de Río Negro, Argentina

Cirus Rinaldi | Università degli Studi di Palermo, Italia

Fernando Rister de Sousa | Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil

David Rodríguez Goyes | Oslo University, Noruega

Rafael Rosell Aiquel | Universidad Pedro de Valdivia, Chile

Alejandro Rosillo | Universidad San Luis de Potosí, México

Olga L. Salanueva | Universidad Nacional de La Plata, Argentina

David Sánchez Rubio | Universidad Pablo Olavide, España

Fulvio Santarelli | Universidad de San Isidro “Dr. Plácido Marín”, Argentina

Rene van Swaaningen | Erasmus University, Países Bajos

Dolores Suárez | Universidad Nacional de Tucumán, Argentina

Jimena Sierra Camargo | Universidad Católica de Colombia, Colombia

Antonio Tucci | Università degli Studi di Salerno, Italia

Víctor Manuel Uribe | Florida International University, Estados Unidos

Franz Vanderschuenen | Universidad Alberto Hurtado, Chile

Roberto Vidal | Pontificia Universidad Javeriana, Colombia

José Vicente Villalobos | Universidad de Zulia, Venezuela

Antonio Carlos Wolkmer | Universidade de LaSalle, Brasil

Raquel Yrigoyen | Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Perú

Daniela Zaikoski Biscay | Universidad Nacional de La Pampa, Argentina

ÍNDICE

ARTÍCULOS

5. A moral econômica e a escravidão negra no pensamento ibero-americana: Tomás De Mercado

Alfredo S. Culleton

32. Neoliberalismo, globalización y empresas transnacionales: una revisión de sus implicaciones en materia de derechos humanos

Santiago Botero Gómez

61. Derecho y desarrollo, pluralismo jurídico, derechos humanos y neoconstitucionalismo: recepción y mutación de semánticas jurídicas en Brasil

Lucas Fucci Amato

88. Sovereignty in framing contestation: Argentina's 2001-2016 litigations at the southern district court of New York

Amarilys Abreu Santana

125. Ideologias penais isentas de tratamento: uma análise das principais teorias retributivas e expressivas da pena no pensamento contemporâneo

Claudia Spinassi

145. Legislación de excepción, punitivismo y las recurrentes falacias sobre los adolescentes infractores en Uruguay

Luis Eduardo Morás

176. Interseccionalidade de gênero e mulher: revitimização e violência institucional na comarca de Xaxim/Santa Catarina/Brasil

Marlei Angela Ribeiro dos Santos y
Thais Janaina Wenczenovicz

209. La perspectiva de género y diversidad en las facultades de derecho. Presencias y ausencias de una primera exploración

Julieta Cano, Daniela Zaikoski Biscay y
Karina Andriola

BASES Y NORMATIVAS

241. Instrucciones para la presentación de artículos

ANEXO

246. Acta Constitutiva de la Sociedad Argentina de Sociología Jurídica (SASJU)

A MORAL ECONÔMICA E A ESCRAVIDÃO NEGRA NO PENSAMENTO IBERO-AMERICANA: TOMÁS DE MERCADO^{1 2}

Alfredo S. Culleton³

ORCID: 0000-0003-2036-1025

Correo electrónico: alfredoculleton@hotmail.com

Resumo

Faremos, neste artigo, uma reconstrução do pensamento do teólogo Tomás de Mercado no tocante à escravidão negra. Ainda que esse não seja um tema que Tomás de Mercado trate muito extensamente, as suas considerações e os seus argumentos, sobretudo desde o ponto de vista econômico-moral (ou de uma moral da economia), plasmados na sua *Suma de tratos y contratos* (1571), são de grande interesse e originalidade filosófica, assim como o são os de toda uma geração de intelectuais contemporâneos herdeiros das tradições escolásticas desenvolvidas na Península Ibérica e enraizadas nas Américas.

Palavras chave: escravidão negra, pensamento ibero-americano, filosofia moral.

MORAL ECONÓMICA Y ESCLAVITUD NEGRA EN EL PENSAMIENTO IBEROAMERICANO: TOMÁS DE MERCADO⁴

Resumen

En este artículo reconstruiremos el pensamiento del teólogo Tomás de Mercado sobre lo concerniente a la esclavitud negra. Si bien este no es un tema que Tomás de Mercado trate de manera muy extensa, sus consideraciones y argumentos, especialmente desde el punto de vista económico-moral (o desde el punto de vista de una moral de la economía), se reflejan muy claramente en su *Suma de tratados y contratos* (1571), y son de gran interés y

¹ N.E. El título completo según el autor es: “A MORAL ECONÔMICA E A ESCRAVIDÃO NEGRA NO PENSAMENTO IBERO-AMERICANA: TOMÁS DE MERCADO E A “SUMA DE TRATOS Y CONTRATOS” (1571)”

² Se acompaña, al final del artículo, la traducción del texto al castellano.

³ Doutorado em Filosofia da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul: Porto Alegre, RS, BR.

⁴ N.E. El título completo según el autor es: “MORAL ECONÓMICA Y ESCLAVITUD NEGRA EN EL PENSAMIENTO IBEROAMERICANO: TOMÁS DE MERCADO Y LA “SUMA DE TRATOS Y CONTRATOS” (1571)”

originalidad filosófica, al igual que los de toda una generación de intelectuales contemporáneos, herederos de las tradiciones escolásticas desarrolladas en la Península Ibérica y arraigadas en América.

Palabras clave: esclavitud negra, pensamiento ibero-americano, filosofía moral.

ECONOMIC MORALITY AND BLACK SLAVERY IN IBERIAN AMERICAN THINKING: TOMÁS DE MERCADO⁵

Abstract:

In this article, we'll reconstruct the thinking of the theologian Tomás de Mercado regarding black slavery. Although this is not a topic that Tomás de Mercado deals with very extensively, his considerations and arguments, especially from the moral economics point of view (or from an moral of economic point of view), reflected in his *Summa de Tratos y Contratos* ("Manual of Deals and Contracts") (1571), are of great interest and philosophical originality, as are those of a whole generation of contemporary intellectuals, heirs of the scholastic traditions developed in the Iberian Peninsula and rooted in the Americas.

Keywords: black slavery, ibero-American thinking, moral philosophy.

1. Introdução

O assunto que queremos trazer neste artigo é o da escravidão negra e os instrumentos teóricos com os quais os teóricos Ibero-Americanos dos séculos XVI problematizam a questão. Para isto vou me valer de um destes pensadores, o dominicano Tomás de Mercado, pela clareza com que expõe a sua posição a respeito. Queremos destacar deste teólogo dominicano Tomás de Mercado a façanha de combinar a sua formação intelectual com uma experiência direta do comércio entre os continentes dos dois lados do Atlântico. Pouco se sabe sobre a sua vida em Sevilha, onde nasceu em 1523, exceto que, em uma idade muito precoce, Tomás de Mercado foi para o México, onde se juntou à Ordem dos Pregadores, em

⁵ N.E. El título completo según el autor es: "ECONOMIC MORALITY AND BLACK SLAVERY IN IBERIAN AMERICAN THINKING: TOMÁS DE MERCADO AND THE "SUM OF TREATIES AND CONTRACTS" (1571)"

1551. Estudou Artes e Teologia na recentemente fundada Universidade de Nueva España, onde mais tarde foi professor de *Prima Theologiae*. Em 1558, recebeu as sagradas ordens e, desde então, ensinou no Convento de Santo Domingo. Em 1562, foi enviado para Espanha no intuito de completar os seus estudos em Salamanca, onde se fez Mestre em Teologia. Mais tarde, viveu por um tempo em Sevilha. Morreria no mar, durante a sua viagem de volta para o México, em 1575.

Os grandes temas do Livro II da *Suma de tratos y contratos* (1571) de Tomás de Mercado,⁶ sob o título de “Del trato de los Negros de Cabo Verde”, são o comércio, os benefícios do comércio e os seus limites. É nesse contexto que Mercado estuda a escravidão. Ele não o faz no âmbito da antropologia ou da teologia, mas no da economia política. Como é sabido, os escolásticos abordam as questões econômicas desde uma perspectiva moral, fazendo um exame minucioso daquelas situações de conflito que poderiam provocar comportamentos ou contratos que infringissem os princípios da justiça. Para isso, valem-se, como referências primeiras, de Aristóteles, sobretudo na *Ética a Nicômaco* e na *Política*, e de Tomás de Aquino, sobretudo da *Suma de teologia* IIa-IIae.

Há, nessa geração de escolásticos, uma preocupação não só com temas tais como o preço justo, os juros, o câmbio e o monopólio, mas também, e com a mesma intensidade, a compra, a venda e o transporte de escravos. Essa geração de teólogos da Escola de Salamanca escreve sobre temas de economia em função das incertezas relativas às novas práticas comerciais que o descobrimento da América acarretou (Culleton, 2012). Foram os escândalos cometidos no comércio, a usura, a simonia e os abusos econômicos de todo tipo que moveram esses doutores a tratar o tema. Os seus textos, em muitos casos, não eram

⁶ Ainda que Tomás de Mercado tenha escrito uma primeira versão intitulada *Tratos y contratos de mercaderes*, publicada em Sevilha no ano de 1569, esse último texto recebeu críticas e sugestões de adaptações, entre elas a de que Tomás de Mercado incluísse um primeiro capítulo sobre a lei natural e a virtude da justiça. Feitos os ajustes, a obra foi publicada com o nome de *Suma de tratos y contratos*, Sevilla, Hernando Diaz, 1571. É essa a edição de referência – à qual se seguem inúmeras reedições até os dias de hoje. Em regra, é a ela que os comentadores fazem remissão. Já no século XVI, muitas edições da *Suma de tratos y contratos* surgiram, bem como uma tradução para o italiano, em 1591. Contemporaneamente, duas edições estão à disposição, uma delas incompleta: Mercado, Tomás de. (1975). *Suma de tratos y contratos*, ed. R. Sierra Bravo, Madrid, (incompleta); Mercado, Tomás de. (1977). *Suma de tratos y contratos*, ed. N. Sánchez-Albornoz, Madrid, 2. Vols., (completa). A versão que utilizamos no presente estudo é Mercado, Tomás de. (1587). *Suma de tratos y contratos*, Sevilla, Hernando Diaz.

tratados acadêmicos de economia, mas textos morais, dirigidos a comerciantes e entendidos, em sua natureza, como um suporte para os orientadores espirituais e os confessores.

Ao analisar de maneira minuciosa a complexidade dessas atividades comerciais, os escolásticos pré-modernos acabaram por fazer contribuições significativas às teorias do valor, do preço e monetárias. Apesar disso, eles não estavam preocupados com as questões econômicas em si, mas, sobretudo, com a salvação espiritual do ser humano e, mais especificamente, em determinar se as suas ações, em todas as áreas da vida social e cotidiana, eram governadas pelo princípio da justiça. Esse princípio era condição necessária não só para a salvação individual, mas para a realização do projeto político da Cristandade nas Américas.

Se o projeto da Cristandade deveria ser governado por princípios de justiça, então as relações econômicas não poderiam ser uma exceção. Nesse sentido, os temas do preço justo e da equidade, assim como o tema da conservação dos princípios morais nos contratos de compra e venda e de empréstimo, eram cuidadosamente estudados. É nesse contexto que o tema do comércio de negros africanos é tratado.

Esse mesmo contexto ajuda a entender por que não se discute a abolição ou não da escravidão, em termos estritos, como foi discutida por Francisco de Vitoria ou Bartolomé de Las Casas a injustiça da escravidão (natural) dos ameríndios. O que está agora em questão é a legitimidade da compra-e-venda e o dever de trato humanitário dos escravos (Hugh, 1997). Em sua maioria, os escolásticos pré-modernos antes avaliam e denunciam o tratamento aplicado aos negros no transporte até as colônias, o modo de sua captura e a vida que levam do que questionam a própria instituição da escravidão. Em princípio, essa instituição era justificável, tendo como marco referencial teórico o *ius gentium* romano. Dessa maneira, expressamos discordância face a leituras que tentam atribuir a Tomás de Mercado um antiescravismo de teor abolicionista, como também o faz, por exemplo Beuchot Puente (1992) e Sastre Varas (1990).

2. “Del trato de los negros de Cabo Verde”

Vejamos o tratamento dado por Tomás de Mercado a esse tema na sua *Suma*. O autor se dedica especificamente ao assunto no Livro II, Capítulo XXI, que ganha o título de “Del trato de los negros de Cabo Verde”. Ali, Tomás de Mercado parte de três supostos: (a) o rei de Portugal tem autoridade e age de boa fé sobre as costas do “Cabo Verde”; (b) em princípio ou teoricamente, a escravidão pode ser legítima; (c) é preciso denunciar os abusos e as injustiças que efetivamente acontecem. Para tratar o tema da escravidão, Tomás de Mercado coloca alguma luz sobre o direito relativo à escravidão e, depois, trata os fatos sobre escravizações e comércio de escravos e a sua moralidade.

Tomás de Mercado (1587b: 102), começa assumindo a legítima jurisdição “que o Rei de Portugal tem naquelas partes sobre eles, nem as leis ou pragmáticas que ele estabelece e promulga sobre os meios que se hão de adotar na contratação e venda deles”. Se o Rei de Portugal tem império e senhorio, o que hoje entenderíamos como soberania, então, dirá Tomás de Mercado, deve-se assumir que ele atua em “razão e justiça”. Questionar isso seria “entrar em um labirinto”, porque nesse caso Tomás de Mercado se veria obrigado a enfrentar a legitimidade de todo um regime de autoridade real, o que não é o seu propósito em seu tratado. O pensador dominicano prefere centrar-se na discussão sobre a justiça, e não sobre o cativo em si.

Com esse propósito, Tomás de Mercado será breve no tratamento que dá ao direito, para logo depois dedicar-se mais longamente aos fatos, isto é, ao modo como efetivamente se dá o comércio de negros. Quanto ao direito, o autor afirma, fundado na autoridade dos teólogos, que “prender e / ou vender negros é lícito e *de jure gentium*” (Mercado, 1587b: 102), assim como é do direito das *gentes* a divisão e a distribuição das coisas. Retomando a tradição jurídica a respeito disso, Tomás de Mercado dirá que “há bastantes razões e causas pelas quais alguém pode ser capturado e vendido” (Mercado, 1587b: 102). Ele elenca as três razões consagradas pela tradição clássica para que haja escravização de pessoas: pela guerra, quando os vencedores escravizam os perdedores; pelos delitos públicos, quando

alguém comete determinados crimes que prevêm como pena a perda da liberdade; quando os pais, em extrema necessidade, exercem a sua “faculdade natural” de vender os seus filhos para garantir a própria sobrevivência (Mercado, 1587b: 103).

O autor faz uma ressalva importante, ao advertir que, entre os cristãos, essas práticas não se realizam, mesmo que tomar como escravo o cativo e vendê-lo fossem costumes muito comuns, inclusive uma “prática sem exceção” nas demais nações e *gentes*. O autor compara não só as práticas dos cristãos relativas aos não cristãos, mas faz uma reflexão sobre supostos níveis de civilidade, de acordo com os graus de politização, comparando as populações de Guiné com as populações nativas do México e do Peru (Obregón, 2002). Tomás de Mercado defende a ideia de que essas últimas populações reconhecem, além dos seus líderes locais, uma autoridade política superior – em Michoacán no caso dos nativos do México, e em Cusco no caso dos nativos do Perú. Para Tomás de Mercado, os africanos são politicamente organizados de outra maneira; os assim chamados “etíopes”⁷ se ordenam em pequenos senhorios e reinos, onde cada povo tem o seu senhor e rei e “onde não se reconhece um príncipe supremo a quem todos obedecem e respeitam” (Mercado, 1587b: 103). O autor vincula essa fragilidade política entre os africanos às constantes guerras e lutas por cativos, à arbitrariedade das leis e à futilidade dos motivos pelos quais os pais vendem os filhos.

Na argumentação desenvolvida por Tomás de Mercado, encontramos uma valorização da política em moldes aristotélicos, em que se relaciona a escravidão à falta de autoridade e de leis; de todo modo, Tomás de Mercado não vincula a escravidão a uma aptidão natural para o status servil ou a um tipo de barbárie atribuída a povos não cristãos. Essencialmente, para o pensador dominicano a escravidão seria justificada teoricamente e praticada na medida do grau de civilidade ou desenvolvimento político dos diferentes povos, de sorte que os cristãos já não a praticariam por nenhum dos três motivos previstos. Antes, os cristãos substituiriam a escravidão em caso de guerra por prisões e resgates, os delitos por penas e a necessidade dos pais pelo mandamento da caridade.

⁷ Denominação usual entre os escolásticos pré-modernos para os africanos negros.

3. A escravidão

Está claro para Tomás de Mercado que quem primeiramente escraviza não é o português ou o espanhol, mas o próprio nativo africano. Isso só seria justificado se ocorresse nos casos já elencados: no tocante a prisioneiros de guerra, a pessoas que cometeram delitos graves e diante da necessidade de sobrevivência dos pais. Se esses fossem os casos pressupostos para as escravizações, poderia então haver justificação do comércio de escravos negros. Contudo, o autor levanta suspeita sobre se aqueles efetivamente são os motivos por detrás das escravizações. Ele relata evidências em contrário, o que suspenderia a legitimidade de tal comércio.

Assim afirma Tomás de Mercado (1587b: 103):

Isso pressuposto, seja conclusão geral que todos os que vêm, por um desses três títulos, podem ser vendidos e comercializados, e levados a quaisquer partes, porque qualquer um deles basta para privar o homem de sua liberdade, caso seja verdadeiro. Mas, o mal está em que a esses três [títulos] lícitos e suficientes se mesclam infinitos [motivos] fingidos ou injustos, tal que [os escravos] vêm enganados, violentados, forçados e furtados.

Tem-se nessa passagem o momento de inflexão do argumento de Tomás de Mercado. O autor declara saber que são efetivamente poucos os africanos detidos (em cativo) e vendidos com justa causa.

Ao título de guerra justa se mescla[m] [razões] das quais muitas ou quase todas são injustas (...) como [o fato de que] os portugueses e os castelhanos pagam um tanto por um negro, sem que haja guerra, [e] andam à caça de uns e outros como se fossem cervos (...); dessa maneira vêm infinitos cativos, contra toda a justiça. (Mercado, 1587b: 103)

Tomás de Mercado destaca que a injustiça também é cometida pelos próprios “etíopes”, que, por causa de sua bestialidade e cobiça, vendem os seus próprios. Quanto ao título de escravidão a partir de castigos por delitos, Tomás de Mercado chama a atenção para as arbitrariedades, os falsos testemunhos, as emboscadas, em que se prendem famílias inteiras

para que sejam escravizadas e vendidas, sem nenhuma garantia de justiça. Algo semelhante se diz da prerrogativa dos pais que se encontram em extrema necessidade, dado que esse título é banalizado, e os filhos acabam sendo vendidos nas praças por qualquer motivo fútil. Diante disso, Tomás de Mercado coloca a ênfase do argumento do seu capítulo nos desvios cometidos por aqueles que, em teoria, teriam a prerrogativa de vender escravos, levantando, desse modo, suspeita sobre a sua justiça.

4. O comércio

Os doutores escolásticos exigirão o respeito à justiça comutativa como imperativo da moralidade, mas também, e, sobretudo, como exigência da racionalidade, isto é, na dimensão inteligível da análise (Culleton, 2012). De acordo com Tomás de Mercado, aquilo que foi acordado em benefício de todos – vida em comum e cooperação para a satisfação mútua das necessidades – não deve beneficiar ou prejudicar a uns mais do que a outros. O pressuposto moral, no esquema escolástico, exige o suporte da razão (Obregón, 2012).

Da parte dos compradores, nesse caso os espanhóis, Tomás de Mercado também denuncia os abusos e as enganações cometidas pelos europeus ao atrair os negros aos barcos com quinquilharias, partindo depois rapidamente. Isso configuraria o que chamaríamos, hoje, de sequestro. O pensador dominicano denuncia igualmente a crueldade no tratamento dado aos africanos, com respeito aos cuidados com a vestimenta, a comida e a bebida. Tomás de Mercado exhibe um domínio de dados concretos e de detalhes do transporte, caracterizando alguém que estava muito familiarizado com o comércio de escravos. Ele se esforça em demonstrar que essas irregularidades e esses usos tergiversados das legítimas justificativas da escravidão estavam em rápido crescimento, devido à constante valorização do negro nos mercados. Sem hesitar, Tomás de Mercado (1587b: 104) afirma que a origem da maioria dos negros comercializados era “o engano ou o cativo tirânico”. Fica evidente, aqui, que Tomás de Mercado não tem como referência teorias anti-escravistas, mas sim uma teoria da justiça de origem aristotélico-tomista e a ideia de um trato humanitário próprio da tradição cristã. Ele classifica o tratamento dado pelos comerciantes cristãos aos negros como muito mais cruel que o tratamento ministrado pelos turcos aos cristãos. Essa atitude era deveras

críticável, em especial diante da consideração de que os negros eram batizados, mesmo que de um modo que, segundo Tomás de Mercado, carecia de devida preparação para o sacramento e do consentimento desses adultos. Seja como for, os africanos batizados eram cristãos e, não obstante isso, recebiam um tratamento indigno de tal condição.

Se desde o ponto de vista da moral cristã é condenável o trato cruel dado aos negros africanos, tanto na sua captura quanto no seu traslado, um intelectual da Escola de Salamanca tem por obrigação explicar essa atitude condenável a partir de outra base, a saber, do direito natural. Tomás de Mercado admite que, na perspectiva do *direito das gentes*, a escravidão é uma prática legítima. Mas, a partir desse mesmo direito caberia haver restrições para a prática da escravidão. A força e a violência com que as escravizações e os tratos se fazem são razão suficiente para não participar de tal prática, independentemente dos esforços que os comerciantes tenham feito para realizar a compra e o transporte dos escravos. Essa restrição se justifica por um princípio, evidente para Tomás de Mercado, segundo o qual a má fama relativa à origem dos produtos comercializados por alguém é razão suficiente para a não aquisição do produto. A razão disso é que, caso o produto tenha sido comprovadamente “mal havido”, isto é, obtido de maneira ilegítima, o atual dono está obrigado a restituir o mesmo ao seu dono original, sem ter o primeiro qualquer direito à reparação.

Esse será, do ponto de vista do direito, o argumento central de todo o Capítulo XXI da *Suma de tratos y contratos*. O comércio de escravos negros não reúne os dois requisitos mínimos para a sua legitimidade, a saber, a legítima procedência e o justo tratamento. Afinal, exige-se de qualquer produto que ele tenha sido legitimamente adquirido e seja bem cuidado, e isso não só na perspectiva humanitária ou cristã, mas, sobretudo, na perspectiva do direito das gentes, que se pretende universal. Tomás de Mercado (1587b: 105) faz a ressalva de que, se isso vale para qualquer produto, vale tanto mais quando se trata “da liberdade que não tem valor nem preço”.

Mesmo qualquer outra mercadoria, em sua condição de não ser capaz de injúria, sendo irracional, já apenas com a crença provável de ser mal havida ou alheia não pode ninguém

comerciá-la a não ser somente para devolvê-la ao seu dono; por esse notivo, condenamos os vendedores de segunda mão quando comerciam o que crêem provavelmente ser roubado e também os ourives, se comerciam com os que crêem, com verossimilhança, que são ladrões. Muito menos haverá conveniência em comercializar negros, de quem se tem por certo que, em sua maioria ou em grande número, são mal habidos e, pior ainda, traídos.

Ainda que não faça referências às leis dos césores romanos, como havia feito no Capítulo XI da *Suma de tratos y contratos*, ao tratar da compra e venda, nem aos princípios das *Institutas* de Justiniano ou às fontes da tradição teológico-moral de São Paulo ou Tomás de Aquino, como fizera em diversas passagens da sua obra (Mercado, 1587a). Tomás de Mercado parece estar tratando de algo evidente para o seu público leitor, ou seja, os mercadores de Sevilha, ao afirmar que não é certo comerciar mercadorias de origem duvidosa, sob pena de perder tudo. A regra geral, afirma o autor:

(...) é que, para ser lícita uma venda e compra, é mister que eu esteja seguro de que é do mercador aquilo que ele vende e que ele o tem com justo título; requer-se, ao menos, que não haja fama do contrário (Mercado, 1587b: 105).

Caso em que a sua aquisição teria de ser proibida. A dúvida, nesse caso, não favorece a transação, mas a proíbe.

A pena para quem cometer esse tipo de negócio, em qualquer gênero de mercadoria, não é só uma pena de caráter moral, mas também material: o infrator tem a obrigação de restituir o bem comprado. No caso do comércio de negros, diz Tomás de Mercado, o delito é ainda mais grave, em função da dificuldade de efetivar a restituição, de modo que quem tira os africanos das suas terras comete uma injustiça ainda maior do que aquele que injustamente os captura. Isso se explica pela impossibilidade de os transportados reaverem a sua liberdade, depois de estarem tão distantes das suas terras, ao passo que ainda “em sua terra, embora estivessem injustamente em cativeiro, ao final teriam a esperança de serem libertados” (Mercado, 1587b: 106). Tomás de Mercado mostra especial sensibilidade na percepção das consequências práticas de hipóteses especulativas que pudessem induzir os

agentes ao erro.

Tomás de Mercado sustenta que, ainda que algumas leis civis possam ser ambíguas ou mesmo equívocas, relativamente à lei natural, no caso da licitude do comércio de escravos elas não o são. Por isso mesmo, afirma que as leis civis “antes comandam que, uma vez constatada a violência ou o engano que lhes foi feito, a liberdade se lhes seja perfeitamente restituída” (Mercado, 1587b: 106), entendendo aqui “perfeitamente” como “completa” ou “integralmente”. Sem dúvida, essa exigência se mostraria extremamente difícil de cumprir, em se encontrando os escravos já nas Américas. O dominicano oferece como exemplo o caso de um negro no México, que, tendo feito queixa formal à Audiência Real de ter sido embarcado contra a sua vontade, foi libertado. Aqueles que o venderam tiveram que devolver o dinheiro recebido pela transação. Nesse caso, a punição se volta ao comerciante, e não ao próprio dono, ainda que os dois tenham sido compradores.

Com esse exemplo, o autor busca, com argumentos estritamente econômicos, desestimular os comerciantes a praticarem a compra e venda de escravos negros. Ele destaca que a única maneira de evitar eventuais prejuízos econômicos nessa atividade é evitá-la diretamente, apontando um amplo leque de consequências práticas: (a) para os comerciantes espanhóis, aos quais o livro de Tomás de Mercado se destinava, o fim do tráfico abriria possibilidades de exercerem um comércio mais seguro e sustentável em termos econômicos; (b) o fim do dito comércio moderaria a cobiça dos fornecedores portugueses, que dependiam dos comerciantes espanhóis; (c) o encerramento daquelas atividades alertaria as autoridades sobre os métodos que estavam sendo utilizados para a sua prática – supunha-se que as autoridades pudessem ignorar os abusos e a violência cometidos em Cabo Verde.

Tomás de Mercado levanta ainda uma possibilidade hipotética. Poderia ser o caso que o mercador fizesse uma minuciosa e escrupulosa investigação sobre a origem e a condição de cada um dos escravos que estariam sendo postos à venda, antes de fazer negócio. O próprio dominicano responde a essa possibilidade, apelando – sem referência exata – a Aristóteles, bem como à razão em si: “o bom conselheiro não aconselha unicamente o melhor, se ele não é factível, mas também o que pode ser de fácil execução, especialmente nesses

negócios de mercadores” (Mercado, 1587b: 106). Ora, orientar em prol da dita hipótese seria imprudente, porque é muito difícil cumprir o proposto. No melhor cenário, tornaria inviável o negócio de escravos. Fica novamente evidente a aplicação da razão prática por parte de Tomás de Mercado, que não só considera o que é bom, mas também a natureza do agente.

5. Corolário

Em uma passagem um tanto confusa, no final do Capítulo XXI da *Suma de tratos y contratos*, Tomás de Mercado (1587b: 107) destaca ainda um aspecto relativo ao direito e à teologia, no novo mundo “redondo” e “globalizado” de então, dizendo: “Vocês acham que temos aqui outro direito e outra teologia?”. Com isso, ele quer destacar que há um só direito e uma só teologia, sejam essas proclamadas em Sevilha, Salamanca, Coimbra, nas Américas ou na África. Não é uma a doutrina normativa proclamada pelos doutores e outra a experienciada pelos comerciantes, distantes dos centros intelectuais ou dos centros de poder. É evidente o conflito existente entre a boa fé dos reis, da Espanha ou de Portugal, e o que efetivamente estava acontecendo em termos legais e morais nos territórios conquistados em nome desses mesmos soberanos. De um ponto de vista institucional, havia uma política amparada em um projeto de cristandade, baseada na fé cristã, na razão grega e na tradição do direito romano. Esse conjunto de orientações obriga a certa coerência nas práticas comerciais, evitando as que seriam escandalosas e detestáveis aos próprios regentes. Tomás de Mercado atribui à ambição desmedida e à falta de escrúpulos dos conquistadores *encomenderos* e dos comerciantes os casos de violência que se verificavam no comércio, em especial no tráfico de escravos.

Ainda que os soberanos não ficassem sabendo das atrocidades cometidas, havia duas advertências nas quais Tomás de Mercado (1587b: 107) insistia, no intuito de orientar o agir dos comerciantes: em primeiro lugar, a certeza da existência de um Deus que ele chama de “Divina Majestade, que tudo sabe e vê”, a quem todos prestarão contas de suas ações. Em segundo lugar, a certeza, cuja fonte não é nem a teologia nem o direito, mas a convicção pessoal, que recebe expressão nas seguintes palavras: “Também sei que se perde,

ainda nesta vida, aquilo que é mal ganho, bem como o seu dono”. Tomás de Mercado reforça essa percepção com a experiência que entende ser de todos, a saber, que aqueles que tentaram prosperar comerciando escravos negros tiveram prosperidade de curta duração. O que muito desagradava a Deus, a isso Deus rapidamente o castigava. Como teólogo, Tomás de Mercado sabia que essa recomendação não se comprovava; como pastor e orientador de comerciantes, sabia que esse tipo de apelo causava intimidação.

Ao final, Tomás de Mercado (Mercado, 1587b: 103) apela a um princípio de autoridade, significativo à sua época, a saber, que tinha “conversado, disputado e conferido [tópicos] com bons eruditos de Salamanca, do México e daqui [de Sevilha]”. Queria dizer, com isso, que o seu parecer geral não era fruto da sua parcialidade nem da revelação divina, mas o resultado da erudição dos mais destacados doutores dominicanos. Ele termina o capítulo abruptamente, com a frase: “No restante, cada um consulte o seu confessor”. Nesse corolário, identificamos o respeito pela consciência individual e pela liberdade, liberdade essa que cada ser humano tem e sobre o qual não há regra absoluta. Esses eram novos tempos, que estavam sendo inaugurados: tempos de liberdade de consciência.

Referências bibliográficas

- Beuchot Puente, Mauricio. (1992). “Tomas de Mercado y la cuestión de la esclavitud de los negros”, in *Revista de Filosofía*, No. 75, pp. 342-50.
- Culleton, Alfredo Santiago. (2012). “Second-Scholastic Philosophy of Economics: Tomás Mercado’s Theory of Just Price”. *The Modern Schoolman*, No. 89, No. 1/2, pp. 9-24.
- Culleton, Alfredo Santiago. (2015). “The Origin and Autonomy of Money in Martín de Azpilcueta’s *Comentario Resolutorio de Cambios* (1556)”. *Mediaevalia. Textos e estudos*, No. 31, pp. 53-68.
- Mercado, Tomás de. (1587a). *Suma de tratos y contratos*, Libro I, Sevilla, Hernando Diaz, que também está disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/suma-de-tratos-y-contratos--0/html/>>. Acesso em: 5 Janeiro 2021.
- Mercado, Tomás de. (1587b). *Suma de tratos y contratos*, Libro II, Capítulo XXI Sevilla, Hernando Diaz, que também está disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/suma-de-tratos-y-contratos--0/html/>>. Acesso em: 5 Janeiro 2021.
- Noonan, John Thomas. (1957). *The Scholastic Analysis of Usury*, Cambridge, Harvard University Press.
- Obregón, Liliana. (2002). “Críticas tempranas a la esclavización de los africanos”, *Afrodescendientes en las Américas. Trayectorias sociales e identitarias. 150 años de la abolición de la esclavitud en Colombia*, Ed. UN, ICANH, IRD, ILSA, Bogotá, pp. 423-452.
- Sastre Varas, Lázaro. (1990). “Teoría esclavista de Tomás de Mercado”, in *Actas del II Congreso Internacional – Los Dominicos y El Nuevo Mundo*, Salamanca, Editorial J.B. Barquilla, pp. 287-300.
- Thomas, Hugh. (1997). *The Slave Trade: The History of the Atlantic Slave Trade: 1440-1870*, Nova York, Touchstone.

MORAL ECONÓMICA Y ESCLAVITUD NEGRA EN EL PENSAMIENTO IBEROAMERICANO: TOMÁS DE MERCADO¹

(Traducción)²

Alfredo S. Culleton³

Resumen

En este artículo reconstruiremos el pensamiento del teólogo Tomás de Mercado sobre lo concerniente a la esclavitud negra. Si bien este no es un tema que Tomás de Mercado trate de manera muy extensa, sus consideraciones y argumentos, especialmente desde el punto de vista económico-moral (o desde el punto de vista de una moral de la economía), se reflejan muy claramente en su *Suma de tratados y contratos* (1571), y son de gran interés y originalidad filosófica, al igual que los de toda una generación de intelectuales contemporáneos, herederos de las tradiciones escolásticas desarrolladas en la Península Ibérica y arraigadas en América.

Palabras clave: esclavitud negra, pensamiento ibero-americano, filosofía moral.

1. Introducción

El tema que se intenta plantear en este artículo es el de la esclavitud negra y los instrumentos teóricos con los cuales los teóricos iberoamericanos del siglo XVI problematizan esta cuestión. Para ello se retomará a uno de estos pensadores, un dominico Tomás de Mercado, por la claridad con la que expone su posición al respecto. Queremos destacar la hazaña de este teólogo dominico, al combinar su formación intelectual con una experiencia directa en el comercio de esclavos entre los continentes a ambos lados del Atlántico. Poco se sabe de su vida en Sevilla, donde nació en 1523, salvo que, a muy

¹ N.E. El título completo según el autor es: “*MORAL ECONÓMICA Y ESCLAVITUD NEGRA EN EL PENSAMIENTO IBEROAMERICANO: TOMÁS DE MERCADO Y LA “SUMA DE TRATOS Y CONTRATOS” (1571)*”

² N.E. El presente artículo ha sido traducido por la Secretaría de redacción. AB. Evelin Débora Kim y MG. Estefanía Paola Cuello

³ Doctor en Filosofía de la Pontificia Universidad Católica do Rio Grande do Sul: Porto Alegre, RS, BR.

temprana edad, se trasladó a México, donde se incorporó a la Orden de Predicadores en 1551. Estudió Artes y Teología en la recién fundada Universidad de Nueva España, donde posteriormente fue profesor de Prima de Teología (*Prima Theologiae*). En 1558 recibió las órdenes sagradas y, desde entonces, enseñó en el Convento de Santo Domingo. En 1562 fue enviado a España para completar sus estudios en Salamanca, donde obtuvo el título de Maestro en Teología. Luego, residió un tiempo en Sevilla. Murió en el mar durante su viaje de regreso a México en 1575.

Los temas principales de su Libro II de la *Summa de tratos y contratos* (1571)⁴, bajo el título “Del trato de los Negros de Cabo Verde”, son el comercio, los beneficios del comercio y sus límites. Es en este contexto que Mercado estudia la esclavitud. No lo hace en el campo de la antropología o la teología, sino en el campo de la economía política. Como es sabido, los escolásticos abordan los temas económicos desde una perspectiva moral, haciendo un examen minucioso de aquellas situaciones conflictivas que podrían desencadenar en conductas o contratos que infringiesen los principios de la justicia. Para ello tomaban, como primeras referencias, a Aristóteles, especialmente en *Ética a Nicómaco* y *Política*, y a Tomás de Aquino, especialmente en la *Suma Teológica Ila-IIae*.

En esa generación de escolásticos había una preocupación no solo por temas como el precio justo, los intereses, el cambio y el monopolio, sino también, con la misma intensidad, se preocupaban por la compra, venta y transporte de esclavos. Esa generación de teólogos de la Escuela de Salamanca escribía sobre temas económicos debido a las incertidumbres relacionadas con las nuevas prácticas comerciales que había traído el descubrimiento de América (Culleton, 2012). Fueron los escándalos cometidos en el comercio, la usura, la

⁴ Aunque Tomás de Mercado escribió una primera versión titulada *Tratos y contratos de mercaderes*, publicada en Sevilla en el año 1569, ese último texto recibió críticas y sugerencias de adaptaciones, entre ellas que incluyera un primer capítulo sobre el derecho natural y virtud de la justicia. Una vez realizados los ajustes, la obra se publicó con el nombre de *Suma de tratos y contratos*, Sevilla, Hernando Díaz, 1571. Esta es la edición de referencia, a la que seguirán numerosas reediciones hasta la actualidad. Por regla general, los comentaristas se refieren a él. En el siglo XVI aparecieron numerosas ediciones de *Suma de tratos y contratos*, así como una traducción al italiano, en 1591. Actualmente, hay dos ediciones disponibles, una de ellas incompleta: Mercado, Tomás de. (1975). *Suma de tratos y contratos*, ed. R. Sierra Bravo, Madrid, (incompleta); Mercado, Tomás de. (1977). *Suma de tratos y contratos*, ed. N. Sánchez-Albornoz, Madrid, 2 Vols., (completa). La versión que usamos en este artículo es Mercado, Tomás de. (1587). *Suma de tratos y contratos*, Sevilla, Hernando Díaz.

simonía y los abusos económicos de todo tipo los que movieron a estos doctores (escolásticos) a abordar el tema. Sus textos, en muchos casos, no eran de economía académica, sino de textos morales, dirigidos a los comerciantes y entendidos, por su naturaleza, como un apoyo a los consejeros espirituales y confesores.

Al analizar de manera minuciosa la complejidad de estas actividades comerciales, los escolásticos premodernos terminaron haciendo importantes aportes a las teorías del valor, precio y monetaria. A pesar de ello, no se preocuparon por las cuestiones económicas en sí mismas, sino, sobre todo, por la salvación espiritual del ser humano y, más concretamente, por determinar si sus acciones, en todos los ámbitos de la vida social y cotidiana, eran gobernadas por el principio de justicia. Este principio fue una condición necesaria no solo para la salvación individual, sino para la realización del proyecto político del cristianismo en las Américas.

Si el proyecto del cristianismo debía gobernarse por los principios de justicia, las relaciones económicas no podían ser una excepción. En este sentido, se estudiaron cuidadosamente los temas de precio justo y equidad, así como el tema de la conservación de los principios morales en los contratos de compraventa y de empréstito. Es en este contexto que se aborda la cuestión del comercio de los esclavos africanos.

Este mismo contexto ayuda a comprender por qué no se hablaba de la abolición o no de la esclavitud, en términos estrictos, como lo discutieron Francisco de Vitoria o Fray Bartolomé de Las Casas sobre la injusticia de la esclavitud (natural) de los amerindios (pueblos originarios). Lo que en ese momento estaba en cuestión era la legitimidad de la compra y venta y el deber de trato humanitario de los esclavos (Hugh, 1997). En su mayoría de los escolásticos premodernos evaluaron y denunciaron previamente el trato aplicado a los esclavos negros en el transporte a las colonias, la forma de su captura y la vida que llevan, antes de cuestionar la propia institución de la esclavitud. En principio, esta institución era justificable, usando como marco teórico referencial el *ius gentium* romano. Por ello, expresamos desacuerdo con lecturas que intentan atribuir a Tomás de Mercado una antiesclavismo de tenor abolicionista, como también lo hacen, por ejemplo, Beuchot

Puente (1992) y Sastre Varas (1990).

2. “Del trato de los negros de Cabo Verde”

Veamos el tratamiento que Tomás de Mercado le da a este tema en su *Summa*. El autor se dedica específicamente al tema del Libro II, Capítulo XXI, bajo el título “Del trato de los negros de Cabo Verde”. Allí, parte de tres supuestos: (a) el rey de Portugal tenía autoridad y actuaba de buena fe en la costa de “Cabo Verde”; (b) en principio o teóricamente, la esclavitud podía ser legítima; (c) era necesario denunciar los abusos e injusticias que efectivamente se producían. Para abordar el tema de la esclavitud, arroja algo de luz sobre la ley relativa a la esclavitud y luego aborda los hechos sobre la esclavitud, el comercio de esclavos y su moralidad.

Tomás de Mercado (1587b: 102), comienza asumiendo la legítima jurisdicción “que el rey de Portugal tiene en aquellas partes sobre ellos, ni las leyes o pragmáticas que establece y promulga ni sobre los medios que se han de tener en la contratación y venta de ellos”. Si el Rey de Portugal tiene imperio y señorío, que hoy entenderíamos como soberanía, entonces, dirá Tomás de Mercado debemos asumir que actúa con “razón y justicia”. Cuestionar esto sería “entrar en un laberinto”, porque en ese caso Tomás de Mercado estaría obligado a enfrentar la legitimidad de todo un régimen de autoridad real, que no es su propósito en el tratado. El pensador dominico prefiere centrarse en la discusión de la justicia, en lugar del cautiverio en sí.

Con ese propósito, será breve en el tratamiento que da a la ley, para dedicarse más a los hechos, es decir, a la forma en que efectivamente se lleva a cabo el comercio de esclavos negros. En cuanto a la ley, el autor afirma, basándose en la autoridad de los teólogos, que “cautivar o vender negros u otra cualquier gente es negocio lícito y *de jure gentium*” (Mercado, 1587b: 102), así como es del *derecho de gentes* a dividir y distribuir las cosas. Retomando a la tradición jurídica al respecto, dirá que “hay bastantes razones y causas por donde puede ser uno justamente cautivo y vendido” (Mercado, 1587b: 102). Mercado enumera las tres razones consagradas en la tradición clásica para esclavizar a las personas:

por la guerra, cuando los ganadores esclavizan a los perdedores; por delitos públicos, cuando alguien comete determinados crímenes que prevén la pérdida de la libertad como pena; cuando los padres, en extrema necesidad, ejercen su “facultad natural” de vender a sus hijos para asegurar su propia supervivencia (Mercado, 1587b: 103).

El autor hace una importante reserva, advirtiendo que, entre los cristianos, estas prácticas no ocurrirían, aun cuando tomar al cautivo como esclavo y venderlo fueran costumbres muy comunes, y fueran consideradas una “práctica sin excepción” en otras naciones y *gentes*. No solo compara las prácticas de los cristianos en relación con los no cristianos, sino que reflexiona sobre supuestos niveles de civilidad, de acuerdo con los grados de politización, comparando las poblaciones de Guinea con las poblaciones nativas de México y Perú (Obregón, 2002). Tomás de Mercado defiende la idea de que estas últimas poblaciones reconocen, además de sus líderes locales, una autoridad política superior - en Michoacán, en el caso de los nativos de México, y en Cuzco, en el caso de los nativos de Perú. Para Tomás de Mercado, los africanos están organizados políticamente de otra manera; los llamados “etíopes”⁵ se organizan en pequeños señoríos y reinos, donde cada pueblo tiene su señor y su rey y “no hay sobre ellos un supremo príncipe a quien todos obedezcan y respeten” (Mercado, 1587b: 103). El autor vincula esta debilidad política de los africanos con las constantes guerras y luchas por los cautivos, la arbitrariedad de las leyes y la futilidad de los motivos por los cuales los padres venden a sus hijos.

En el argumento desarrollado por Tomás de Mercado, encontramos una concepción de la política conforme al modelo aristotélico, en los que la esclavitud se relaciona con la falta de autoridad y de leyes; de este modo, no vincula la esclavitud a una aptitud natural para la condición servil ni a un tipo de barbarie atribuido a los pueblos no cristianos. Sino que esencialmente, para este autor, la esclavitud se justificaría teórica y prácticamente en la medida del grado de civilización o desarrollo político de los diferentes pueblos, de modo que los cristianos ya no la practicarían por ninguna de las tres razones señaladas. Más bien, los cristianos reemplazarían la esclavitud en caso de guerra con arrestos y rescates, de los delitos por penas y de la necesidad de los padres por el mandamiento de la caridad.

⁵ Denominación habitual entre los escolásticos premodernos para referirse a los africanos negros.

3. La esclavitud

Tomás de Mercado tiene claro que los primeros en esclavizar no son portugueses ni españoles, sino el propio africano nativo. Esto solo se justificaría si sucediera en los casos ya enumerados: con respecto a los prisioneros de guerra, a las personas que cometieron delitos graves y ante la necesidad de que los padres sobrevivan. Si estos fueran los casos presupuestos para la esclavitud, entonces podría haber justificación para el comercio de esclavos negros. Sin embargo, el autor levanta sospechas sobre si esas son realmente las razones detrás de la esclavitud y aporta evidencias en contra, lo que depondría la legitimidad de dicho comercio.

Así afirma:

Esto supuesto, sea conclusión general que todos los que vienen por uno de estos tres títulos se pueden vender y mercar y llevar a cualesquier partes, porque cualquiera de ellos es bastante para privar al hombre de su libertad, si es verdadero. Más es el mal que a estos tres [títulos] lícitos y suficientes se mezclan infinitas [razones] fingidas o injustas, que [los esclavos] vienen engañados, violentados, forzados y hurtados (Mercado, 1587b: 103).

En este pasaje, hay un punto de inflexión en el argumento. El autor declara que sabe que hay pocos africanos detenidos (en cautiverio) y vendidos con justa causa.

Al título de guerra justa se mezcla[n] [motivos, de los cuales] muchos o casi todos injustos (...) como [que] los portugueses y castellanos dan tanto por un negro sin que haya guerra, [y] andan a caza unos de otros como si fuesen venados (...) De esta manera vienen infinitos cautivos contra toda justicia. (Mercado, 1587b: 103)

Tomás de Mercado señala que la injusticia también la cometen los propios “etíopes”, que por su bestialidad y codicia venden a los suyos. En cuanto al título de esclavitud basado en penas por delitos, llama la atención sobre las arbitrariedades, los falsos testimonios, las emboscadas, en las que se detiene a familias enteras para que puedan ser esclavizadas y vendidas, sin garantía alguna de justicia. Algo parecido ocurriría con la prerrogativa de los

padres que se encuentran en extrema necesidad, dado que este título se banaliza y sus hijos acaban siendo vendidos en las plazas por cualquier motivo fútil. Ante esto, enfatiza el argumento de su capítulo en las desviaciones cometidas por quienes, en teoría, tendrían la prerrogativa de vender esclavos, levantando así sospechas sobre su justicia.

4. El comercio

Los doctores escolásticos exigían el respeto a la justicia conmutativa como imperativo de la moral, pero también, y sobre todo, como exigencia de la racionalidad, es decir, en la dimensión inteligible del análisis (Culleton, 2012). De acuerdo con Tomás de Mercado, lo acordado en beneficio de todos – la vida en común y la cooperación para la satisfacción mutua de necesidades – no debe beneficiar ni perjudicar a unos más que a otros. El supuesto moral, en el esquema escolástico, requiere el apoyo de la razón (Obregón, 2012).

Por parte de los compradores, en este caso los españoles, Tomás de Mercado también denuncia los abusos y engaños cometidos por los europeos al atraer a los negros a los barcos con baratijas y zarpar al poco tiempo. Esto configuraría lo que hoy llamaríamos secuestro. El pensador dominico también denuncia la crueldad en el trato a los africanos, con respecto al cuidado de la ropa, la comida y la bebida. Tomás de Mercado exhibe un dominio de datos concretos y detalles de transporte, caracterizándose como alguien que estaba muy familiarizado con el comercio de esclavos. Se esfuerza por demostrar que estas irregularidades y estos usos tergiversados de las justificaciones legítimas de la esclavitud estaban creciendo rápidamente, debido al gran interés y valor de los negros en los mercados. Sin dudar, afirma que el origen de la mayoría de los negros comercializados fue el “engaño o cautiverio tiránico” (Mercado, 1587b: 104). Es evidente aquí que Tomás de Mercado no se refiere a teorías antiesclavistas, sino a una teoría de la justicia de origen aristotélico-tomista y a la idea de un trato humanitario propio de la tradición cristiana. Él clasifica el tratamiento dado por los comerciantes cristianos a los negros como mucho más cruel que el tratamiento suministrado por los turcos a los cristianos. Esta actitud era de veras criticable, en especial frente a la consideración de que los negros eran bautizados, del mismo modo que, según Tomás de Mercado, carecían de la debida preparación para el

sacramento y del consentimiento de esos adultos. Sea como fuere, los africanos bautizados eran cristianos y, no obstante eso, recibían un tratamiento indigno de tal condición.

Si desde el punto de vista de la moral cristiana, el trato cruel dado a los negros africanos es condenable, tanto en su captura como en su traslado, un intelectual de la Escuela de Salamanca tiene la obligación de explicar esta actitud condenable desde otra base, a saber, desde el derecho natural. Tomás de Mercado admite que, desde la perspectiva del *derecho de gentes*, la esclavitud es una práctica legítima. Sin embargo, a partir de este mismo derecho, se podrían aplicar restricciones a la práctica de la esclavitud. La fuerza y violencia con la que se lleva a cabo la esclavitud y sus tratos son motivo suficiente para no participar en tal práctica, independientemente de los esfuerzos que los comerciantes hayan hecho para comprar y transportar a los esclavos. Esta restricción se justifica por un principio, evidente para el autor, según el cual la mala fama sobre el origen de los productos comercializados por alguien es motivo suficiente para no adquirir el producto. La razón de esto es que, si el producto ha resultado “mal habido”, es decir, obtenido ilegítimamente, el propietario actual está obligado a devolverlo a su propietario original, sin que el primero tenga derecho a reparación alguna.

Desde el punto de vista del derecho, este será el argumento central de todo el Capítulo XXI de la *Suma de Tratos y Contratos*. El comercio de esclavos negros no cumple los dos requisitos mínimos para su legitimidad, a saber, el origen legítimo y el tratamiento justo. Al fin, se exige que cualquier producto debe ser legítimamente comprado y bien cuidado, y no solo desde una perspectiva humanitaria o cristiana, sino que sobre todo, desde la perspectiva del *derecho de las gentes*, que se pretende universal. Tomás de Mercado (1587b: 105) hace la reserva de que, si esto es cierto para cualquier producto, lo es más cuando se trata de la “libertad, que no tiene valor ni precio”:

Aun cualquier otra mercancía, con no ser capaz de injuria siendo irracional, con sólo creer probablemente ser mal habida o ajena, no puede nadie mercarla sino para sólo volverla a su dueño; por lo cual condenamos a los ropavejeros cuando mercan lo que probablemente creen ser hurtado y a los plateros si mercan de los que creen verosímilmente ser ladrones. Cuánto menos convendrá mercar negros de quien se tiene por cierto que o los más o

muchos de ellos son mal habidos y peor traídos.

Aunque no se refiere a las leyes del césares romano, como había hecho en el capítulo XI, de la *Suma de tratos y contratos*, cuando se trata de compraventa, ni a los principios de las *Institutas* de Justiniano, ni a las fuentes de la tradición teológico-moral, de San Pablo o Tomás de Aquino, como hiciera en varios pasajes de su obra (Mercado, 1587a). Tomás de Mercado parece estar tratando con algo evidente para su público lector, es decir, los comerciantes de Sevilla, cuando afirma que no está bien comerciar con mercancías de dudosa procedencia, so pena de perderlo todo. La regla general dice que el autor:

(...) es que para ser una venta y compra lícita es menester que esté seguro yo sea suyo del mercader lo que vende y lo tiene con justo título; a lo menos requiérese no haya fama de lo contrario (Mercado, 1587b: 105).

En cuyo caso debería prohibirse su adquisición. La duda, en este caso, no favorece la transacción, sino que la prohíbe.

La sanción para quienes realicen este tipo de negocios, con cualquier tipo de mercancía, no es solo una sanción moral, sino también material: el infractor tiene la obligación de devolver los bienes adquiridos. Pero en el caso del comercio de esclavos, dice que el crimen es aún más grave, por la dificultad de llevar a cabo la restitución, por lo que quien se lleva a los africanos de sus tierras comete una injusticia aún mayor que el que injustamente los captura. Esto se explica por la imposibilidad de que los transportados recuperen su libertad, después de estar tan lejos de sus tierras, mientras todavía “en sus tierras, aunque estuviesen injustamente en cautiverio, al final tendrían la esperanza de ser libertados” (Mercado, 1587b: 106). Tomás de Mercado muestra una preocupación especial en cuanto a las consecuencias prácticas de las hipótesis especulativas que podrían inducir a los agentes al error.

Sostiene que, aunque algunas leyes civiles pueden ser ambiguas o incluso equívocas, en relación a la ley natural, en el caso de la licitud del comercio de esclavos, ellas no lo son. Precisamente por ello, afirma que las leyes civiles “antes mandan que, una vez constatada

la violencia o engaño que se les ha hecho, se les restituya perfectamente su libertad” (Mercado, 1587b: 106), entendiendo aquí “perfectamente” como "completo" o "integralmente". Sin duda, esta exigencia resultaría extremadamente difícil de cumplir, ya que los esclavos ya se encontraban en América. El dominico ofrece como ejemplo el caso de un negro en México, quien, habiendo hecho una queja formal ante la Real Audiencia por haber sido embarcado en contra de su voluntad, fue puesto en libertad. Quienes lo vendieron tuvieron que devolver el dinero recibido por la transacción. En este caso, la punición va dirigida al comerciante y no al propietario mismo, aunque ambos fueran compradores.

Con este ejemplo, el autor busca, con argumentos estrictamente económicos, disuadir a los comerciantes de practicar la compra y venta de esclavos negros. Señala que la única forma de evitar posibles pérdidas económicas en esta actividad es evitarla directamente, señalando un amplio abanico de consecuencias prácticas: (a) para los comerciantes españoles, a quienes iba dirigido el libro, abolir el tráfico abriría posibilidades para un comercio más seguro y económicamente sostenible; (b) el fin de dicho comercio moderaría la codicia de los proveedores portugueses, que dependían de los comerciantes españoles; (c) el cierre de esas actividades alertaría a las autoridades sobre los métodos que se estaban utilizando para su práctica; asumiendo que las autoridades podrían ignorar los abusos y la violencia cometidos en Cabo Verde.

Tomás de Mercado, también plantea una posibilidad hipotética. Podría darse el caso de que el comerciante hiciera una minuciosa y escrupulosa investigación del origen y condición de cada uno de los esclavos que iban a ser puestos a la venta, antes de hacer negocios. Entonces responde a esta posibilidad apelando - sin referencia exacta - a Aristóteles, así como a la razón en sí misma: “el buen letrado no ha de mirar o aconsejar solamente lo mejor, si no es factible, sino lo que se puede poner fácilmente en ejecución, especialmente en estos negocios de mercaderes”(Mercado, 1587b: 106). Ahora bien, orientar a favor de esta hipótesis sería imprudente, porque es muy difícil cumplir la propuesta. En el mejor de los escenarios, haría inviable el negocio de los esclavos. Se vuelve a evidenciar la aplicación de la razón práctica por parte de Tomás de Mercado, quien no solo considera lo

bueno, sino también la naturaleza del agente.

5. Corolario

En un pasaje algo confuso, al final del Capítulo XXI de la *Suma de Tratos y Contratos*, Tomás de Mercado (1587b: 107) también destaca un aspecto relacionado con el derecho y la teología, en el nuevo mundo “redondo” y “globalizado” de entonces, diciendo: “¿Pensáis que tenemos acá otro derecho u otra teología?” Con esto, quiere resaltar que hay un solo derecho y una sola teología, ya sea proclamada en Sevilla, Salamanca, Coimbra, en América o en África. No es una de las doctrinas normativas proclamadas por los doctores y otra experimentada por los comerciantes, lejos de los centros intelectuales o de poder. Es evidente el conflicto entre la buena fe de los reyes, de España o Portugal, y lo que realmente estaba sucediendo en términos legales y morales en los territorios conquistados en nombre de esos mismos soberanos. Desde el punto de vista institucional, existía una política amparada en un proyecto de cristianismo, basado en la fe cristiana, la razón griega y la tradición del derecho romano. Este conjunto de pautas requiere una cierta coherencia en las prácticas comerciales, evitando aquellas que serían escandalosas y detestables para los propios regentes. El autor atribuye los casos de violencia ocurridos en el comercio, especialmente en el comercio de esclavos, a la ambición desmedida y falta de escrúpulos de los conquistadores *encomenderos* y comerciantes de esclavos.

Si bien los soberanos no estaban al tanto de las atrocidades cometidas, hubo dos advertencias en las que insistió Tomás de Mercado (1587b: 107), con el fin de orientar la acción de los comerciantes: primero, la certeza de la existencia de un Dios al que él llama “Divina Majestad, que todo lo sabe y ve”, ante quien todos serán responsables de sus actos. En segundo lugar, la certeza, cuya fuente no es la teología ni el derecho, sino la convicción personal, que se expresa en las siguientes palabras: “también sé que aun en esta vida lo mal ganado, ello y su dueño, se pierde”. Refuerza esta percepción con la experiencia que cree que es de todos, a saber, que quienes intentaron prosperar comerciando con esclavos negros tuvieron prosperidad de corta duración. Lo que a Dios no le gusta, Dios lo castiga rápidamente. Como teólogo, sabía que esta recomendación no está probada; pero como

pastor y asesor de comerciantes, sabía que este tipo de apelación causaba intimidación.

Al final, Tomás de Mercado (Mercado, 1587b: 103) apela a un principio de autoridad, significativo en su época, a saber, que había “platicado, disputado y conferido [temas] con buenos eruditos, así en Salamanca, en México y aquí [de Sevilla]”. Con esto quería decir, que su opinión general no fue el resultado de su parcialidad o revelación divina, sino el resultado de la erudición de los más destacados doctores dominicos. Y termina abruptamente el capítulo, con la frase: "En lo demás cada uno consulte su confesor". En este corolario identificamos el respeto a la conciencia individual y la libertad, una libertad que tiene todo ser humano y sobre la que no existe una regla absoluta. Eran tiempos nuevos que se inauguraban: tiempos de libertad de conciencia.

Referencias bibliográficas

- Beuchot Puente, Mauricio. (1992). “Tomas de Mercado y la cuestión de la esclavitud de los negros”, en *Revista de Filosofía*, No. 75, pp. 342-50.
- Culleton, Alfredo Santiago. (2012). “Second-Scholastic Philosophy of Economics: Tomás Mercado’s Theory of Just Price”. *The Modern Schoolman*, No. 89, No. 1/2, pp. 9-24.
- Culleton, Alfredo Santiago. (2015). “The Origin and Autonomy of Money in Martín de Azpilcueta’s *Comentario Resolutorio de Cambios* (1556)”. *Mediaevalia. Textos e estudios*, No. 31, pp. 53-68.
- Mercado, Tomás de. (1587a). *Suma de tratos y contratos*, Libro I, Sevilla, Hernando Diaz. Recuperado de: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/suma-de-tratos-y-contratos--0/html/>>. Fecha de consulta: 5 de enero de 2021.
- Mercado, Tomás de. (1587b). *Suma de tratos y contratos*, Libro II, Capítulo XXI, Sevilla, Hernando Diaz. Recuperado de: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/suma-de-tratos-y-contratos--0/html/>>. Fecha de consulta: 5 de enero de 2021.
- Noonan, John Thomas. (1957). *The Scholastic Analysis of Usury*, Cambridge, Harvard University Press.
- Obregón, Liliana. (2002). “Críticas tempranas a la esclavización de los africanos”, *Afrodescendientes en las Américas. Trayectorias sociales e identitarias. 150 años de la abolición de la esclavitud en Colombia*, Ed. UN, ICANH, IRD, ILSA, Bogotá, pp. 423-452.
- Sastre Varas, Lázaro. (1990). “Teoría esclavista de Tomás de Mercado”, en *Actas del II Congreso Internacional – Los Dominicos y El Nuevo Mundo*, Salamanca, Editorial J.B. Barquilla, pp. 287-300.
- Thomas, Hugh. (1997). *The Slave Trade: The History of the Atlantic Slave Trade: 1440-1870*, Nueva York, Touchstone.

NEOLIBERALISMO, GLOBALIZACIÓN Y EMPRESAS TRANSNACIONALES: UNA REVISIÓN DE SUS IMPLICACIONES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Santiago Botero Gómez¹

ORCID: 0000-0003-2048-1967

Correo electrónico: santiago.botero@anahuac.mx

Resumen

Que en ocasiones las empresas vulneran derechos humanos y que esto puede darse en mayor medida y/o con mayor intensidad cuando se trata de empresas transnacionales, parece ser algo sobre lo que, en principio, no cabe discusión. Que algunos de estos últimos casos pueden ser catalogados como violaciones graves a dichos derechos es también una idea en la que suele haber consenso. Partiendo de estas premisas y tomando como punto de referencia la presentación general de un caso emblemático, en este artículo se presentan algunas posibles claves para una mejor comprensión de los antecedentes filosóficos, políticos, económicos y jurídicos en los que se enmarca actualmente la interacción entre el quehacer empresarial y la vulneración de los derechos humanos. También se plantean, a título general, cuáles han sido los enfoques desde los que tradicionalmente se ha analizado este tema y cuáles serían los posibles fundamentos de una visión alternativa.

Palabras clave: derechos humanos, neoliberalismo, globalización, empresas transnacionales.

¹Doctor en Derecho, *cum laude*, por la Universidad Complutense de Madrid. Programa de Posdoctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires con calificación Distinguida. Profesor, investigador y Coordinador Académico del Doctorado en Derecho de la Universidad Anáhuac México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (Nivel 1) del CONACYT. Director Académico de la Red Interdisciplinaria Justicia Global e Integración Americana – RIJIA.

NEOLIBERALISMO, GLOBALIZAÇÃO E CORPORAÇÕES TRANSNACIONAIS: UMA REVISÃO DE SUAS IMPLICAÇÕES NO CAMPO DOS DIREITOS HUMANOS

Resumo

Acontece que as empresas violam os direitos humanos e que isso pode ocorrer em maior grau e / ou com maior intensidade quando se trata de empresas transnacionais, parece ser algo sobre o qual, em princípio, não há discussão. Que alguns dos últimos casos possam ser classificados como graves violações desses direitos também é uma ideia em que costuma haver consenso. Partindo dessas premissas e tomando como ponto de referência a apresentação geral de um caso emblemático, este artigo apresenta algumas chaves possíveis para uma melhor compreensão dos antecedentes filosóficos, políticos, econômicos e jurídicos em que a interação entre a atividade empresarial e a violação dos direitos humanos. Também levanta, em termos gerais, quais têm sido as abordagens a partir das quais esta questão tem sido tradicionalmente analisada e quais seriam os possíveis fundamentos de uma visão alternativa.

Palavras-chave: direitos humanos, neoliberalismo, globalização, empresas transnacionais.

NEOLIBERALISM, GLOBALIZATION AND TRANSNATIONAL CORPORATIONS: A REVIEW OF THEIR HUMAN RIGHTS IMPLICATIONS

Abstract

That sometimes companies violate human rights and that this can occur to a greater extent and/or more intensely when it comes to transnational corporations, it seems to be something in which, in principle, there is no discussion. That some of the latter cases can be classified as serious violations of such rights is also a point where there is often consensus. Based on these premises and based on the general presentation of an emblematic case, this article presents some possible keys to a better understanding of the philosophical, political, economic and legal backgrounds that currently frame the interaction between business activities and human rights violations. They also raise, in general, what approaches have

traditionally been discussed and what the possible rationale for an alternative vision would be.

Keywords: human rights, neoliberalism, globalization, transnational corporations.

1. El binomio ETN-DDHH: para la muestra un botón

Hoy existe un considerable y creciente número de publicaciones, grupos de investigación y trabajos académicos de diversos tipos y alcances destinados a explorar la interacción entre las Empresas Transnacionales y los Derechos Humanos (ETN-DDHH), esto es, a indagar en las causas y las consecuencias negativas que pueden tener las acciones y las omisiones de estas organizaciones en los intereses y derechos de personas y comunidades enteras, así como en las posibles alternativas para su tratamiento, tanto en el ámbito público como privado.

Como suele ocurrir con muchos otros temas, quizás la mejor forma de responder a la pregunta ¿de qué hablamos cuando hablamos de ETN-DDHH? es a partir de un ejemplo. En el doloroso y emblemático caso de Rana Plaza se conjugan las más importantes variables que se deben considerar a la hora de abordar esta cuestión. Veamos:

Ya habían sido varios los precedentes de catástrofes por incendios o derrumbes en el sector textil y manufacturero de Bangladesh durante los últimos diez años, tristemente bautizados con los nombres de las fábricas: así, por ejemplo, en 2005, más de 60 empleados murieron y otros 86 resultaron heridos al derrumbarse un edificio de nueve pisos que albergaba la fábrica *Spectrum*, proveedora de *Carrefour*, *Inditex*, *Cotton Group*, *Scapino* y *New Wave Group*. Y en noviembre de 2012, al menos 120 personas murieron calcinadas y otras 300 resultaron heridas por un aparatoso incendio que arrasó con la fábrica *Tazreen Fashion*, proveedora de *C&A*, *KIK*, *Walmart*, *Disney*, *Dickies* y *ENYCE*².

² También es importante recordar el doloroso caso sucedido en Tailandia en mayo de 1993, cuando un incendio en la empresa de juguetes Kader, fabricante de muñecas para Disney, causó la muerte de 188 trabajadores y causó lesiones graves a otros 469. Las investigaciones se han orientado a establecer si los trabajadores, en su mayoría mujeres, habían sido encerrados en la fábrica ‘para impedir que robaran los juguetes’. (Isea Silva, 2011: 8).

Sin embargo, el 24 de abril de 2013 allí mismo, en Dacca, capital del país, ocurrió la más grave tragedia vinculada a este tipo de actividades al desplomarse el edificio Rana Plaza que dejó un saldo de 1.134 muertos, unos 2.000 heridos y la certeza de que una parte importante de la ropa que viste a Occidente esconde explotación e inseguridad laboral entre sus cadenas de suministros. Este edificio de ocho plantas, que fue construido y que funcionaba infringiendo las normas mínimas de seguridad, albergaba cinco fábricas de confección, proveedoras de una treintena de marcas europeas y americanas. En él trabajaban unas 4.600 personas a más de 30 grados y con el 90% de humedad, a cambio de recibir aproximadamente 60 dólares al mes.

Diferentes actores comparten responsabilidad en este drama, por supuesto en diferentes grados. En primer lugar, el Estado bangladesí que, en virtud de la legislación nacional e internacional, debe proteger los derechos humanos de quienes se hallan bajo su jurisdicción, incumplió su deber de garantizar los derechos y la seguridad de los trabajadores. También los actores privados locales involucrados, como los propietarios del edificio Rana Plaza, quienes fueron ampliando sin contar con las licencias requeridas para tal fin, así como las fábricas de confección allí instaladas. Y, finalmente, las ETN que subcontrataban a dichas fábricas de confección como parte de sus cadenas de suministro sin tomar las medidas correspondientes y adecuadas para evitar la explotación laboral.

Las cinco fábricas que allí funcionaban eran: *New Wave Style*, *Ether Textile*, *Phantom Tac*, *Phantom Apparels* y *New Wave Bottom*, y fabricaban diferentes prendas de vestir para marcas como: *El Corte Inglés* (España), *Texman* (Dinamarca), *JC Penny* (EEUU), *Le Bon Marché* (Francia), *Matalan* (Reino Unido), *Benetton* (Italia), *Dress Barn* (EEUU), *Quelle* (Alemania), *David Mayor* (España), *Loblaw* (Canadá), *Primark* (Irlanda) y *Mango* (España).

Cabe señalar que estas fábricas estaban sujetas a “auditorías sociales” regularmente exigidas y financiadas por algunas de las ETN a las que proveían, con el supuesto fin de comprobar el cumplimiento de ciertos parámetros de autorregulación. Sin embargo, la

catástrofe en Rana Plaza evidencia la ineficacia y la insuficiencia de algunas de las medidas que se tomaban anteriormente en ese tipo de dinámicas, pues está comprobado que los directores de las cinco fábricas de confección ordenaron a los obreros que regresasen a trabajar al edificio, a pesar de haber sido evacuados el día anterior como consecuencia de la aparición de grietas en las paredes, violentando el derecho que tienen los trabajadores a salir de situaciones laborales en las que haya motivos suficientes para preocuparse por un peligro presente, inminente y grave para su vida o su salud e incumpliendo su obligación de abstenerse de tomar represalias por ello al exigirles que regresaran a sus actividades laborales no obstante la persistencia de dichas condiciones³.

Como puede verse, en un caso como éste (emblemático para el estudio del binomio ETN-DDHH) confluyen algunos de los más profundos y relevantes debates políticos, económicos y jurídicos de nuestros tiempos: Rana Plaza pone sobre la mesa la necesidad de analizar los efectos de la implementación a gran escala del discurso neoliberal, al tiempo que permite reflexionar sobre los alcances y los límites de la globalización y cómo, en este contexto, las ETN han resultado ser las mayores beneficiarias del evidente debilitamiento de los Estados nacionales del que da cuenta, entre otros fenómenos, la pérdida del monopolio estatal en la creación del Derecho y la especial relevancia que han cobrado actores sociales cuyo ámbito de actuación escapa de la lógica de lo público.

Pero, sobre todo, este oscuro y triste botón bangladesí que es Rana Plaza nos demuestra que, si bien es cierto anteriormente la protección de los derechos humanos era concebida como una conquista de los individuos frente al poder del Estado, hoy, en cambio, las amenazas a los derechos humanos no solo provienen de los abusos de poder del Estado,

³ Es importante señalar que, además de las acciones judiciales correspondientes y de los tibios avances en la compensación de las víctimas, este doloroso caso se constituyó en un punto de inflexión que ha llevado a que se empiecen a tomar medidas a futuro como las siguientes: un Plan de Acción Nacional impulsado por el Gobierno bangladesí; el Acuerdo de Fuego y Seguridad en la Construcción en Bangladesh que integra a la mayor parte de las compañías occidentales, y la Alianza para la Seguridad de los Trabajadores de Bangladesh, respaldada sobre todo por las empresas norteamericanas. Bajo el amparo de estos acuerdos, se han realizado numerosas inspecciones y trabajos de recuperación. También desde aquél entonces han jugado un papel importante las iniciativas de la sociedad civil como *Clean Clothes Campaign* y los programas promovidos por organismos como *Human Rights Watch* u *Oxfam Intermón*, encaminados a mejorar los niveles de transparencia en las cadenas de suministro en las industrias textiles alrededor del mundo.

sino paradójica y en muchos casos principalmente, de las limitaciones efectivas que él tiene para cumplir con las funciones que le son propias.

No es este el lugar para entrar a analizar detalladamente todo lo que está detrás de este caso; sin embargo, su breve exposición nos permite ahora plantear algunas claves explicativas de tan trágico evento, las cuales, creemos, pueden cumplir una función similar para otros tantos casos en los que se manifiesta la tensa relación ETN-DDHH.

2. Tras los hilos de una posible explicación, mas no una justificación

Es fácilmente constatable que el despliegue de ciertas actividades por parte de algunos actores económicos ha implicado históricamente, y puede significar hoy, en mayor o menor medida, la afectación de todo tipo de derechos, inclusive de derechos humanos. Esto se puede evidenciar en instituciones tan macabras como la esclavitud, en relaciones tan injustas como las feudales, en condiciones tan oprobiosas como las vividas en los primeros talleres de producción masiva durante la Primera Revolución Industrial, en sofisticadas y monopolísticas estructuras como las *chartered companies*, en la antigua y en la moderna minería, en la construcción de grandes represas y de “amigables” parques eólicos, en la proliferación de enormes extensiones de monocultivos y, por supuesto, como lo evidencia el caso comentado, en la deslocalización industrial para la confección de ropa, o para la fabricación de dispositivos electrónicos de última generación, etc.

Sin embargo, quizás el punto de partida más adecuado para el fin propuesto se encuentra en el orden liberal moderno, pues solo a partir de él cobra sentido, en términos conceptuales, analizar la interacción entre las empresas y los derechos humanos.

2. 1. El orden moderno liberal y los derechos humanos

La exaltación de la iniciativa individual como la mejor alternativa para optimizar las capacidades de transformación y producción, de las cuales depende el crecimiento de la economía y de donde supuestamente se deriva el incremento del bienestar social ha sido,

desde la instauración de dicho orden, parte central de la plataforma de lanzamiento para insistir en la necesidad de privilegiar la libertad y, concomitantemente, reducir las regulaciones y limitar la intervención del Estado en las dinámicas económicas.

Como bien es sabido, la afirmación de la libertad del individuo y la búsqueda del establecimiento de limitaciones para los poderes públicos fue un proceso que tardó siglos. No obstante, es solo hasta el surgimiento de las principales teorías políticas y económicas europeas de los siglos XVII y XVIII cuando toma fuerza cierta idea acerca de la libertad individual que terminaría por erigirse como el postulado central de la lucha contra el absolutismo monárquico y contra las estructuras sociales del Antiguo Régimen. Dicha idea se convertiría, además, en protagonista de las principales declaraciones de derechos y en uno de los elementos definitorios para el devenir de Occidente en los últimos dos siglos.

Esto se observa con especial claridad a partir del pensamiento de Locke, quien afirma que los seres humanos gozan de ciertos derechos naturales como la libertad, la vida y la propiedad, y que la aparición del Estado y de la autoridad son necesarios precisamente para garantizar la protección de éstos. Es así, puesto que el estado de naturaleza es un “Estado de perfecta libertad para que cada uno ordene sus acciones y disponga de posesiones y personas como juzgue oportuno, dentro de los límites de la ley natural, sin pedir permiso ni depender de la voluntad de ningún otro hombre” (Locke, 1969: 5), de donde se sigue que la libertad consiste en “seguir mi propia voluntad en todo aquello en lo que la norma no prescribe, así como no estar sometido a la voluntad inconstante, incierta, desconocida y arbitraria de otro hombre” (Locke, 1969: 6).

Smith, por su parte, profundizando en las ideas modernas de libertad y autonomía individual, se encargó de posicionar la tesis de que es el egoísmo, y no el amor, el fundamento organizativo de las sociedades, y que el libre mercado es la mejor manera de crear una economía eficaz. El llamado padre de la ciencia económica sostuvo con énfasis que:

No es la benevolencia del carnicero, del cervecero o del panadero la que nos procura el alimento, sino la consideración de su propio interés. No invocamos sus sentimientos humanitarios sino su egoísmo; ni les hablamos de nuestras necesidades, sino de sus ventajas (Smith, 2006: 16).

A partir de entonces, innumerables economistas han llegado una y otra vez a la conclusión de que, dado que el amor es difícil de encontrar y aún más difícil de mantener, es necesario recurrir al egoísmo como fundamento organizativo de la sociedad, pues este no parece ser un bien escaso, sino hallarse en abundancia. Es por esto por lo que el carnicero hace su trabajo, el panadero cuece los panes y el cervecero fermenta la cerveza, para tener a sus clientes satisfechos y, en consecuencia, ganar dinero. No es que realmente les preocupe que la gente tenga buena carne, buen pan y buena cerveza; no, esa no es la fuerza motriz. La fuerza impulsora es el interés propio. A partir de esta premisa, Smith insiste en la necesidad de eliminar aranceles y regulaciones para permitir que el mercado funcione libremente y la economía marche sobre ruedas, con el interés propio como combustible inagotable (Marcal, 2016).

Gracias al camino trazado por Locke y Smith, entre otros connotados pensadores de la época, el liberalismo se posicionó fuertemente a partir de los últimos decenios del siglo XVIII defendiendo, en primer lugar, una particular visión del ser humano, según la cual, el hombre actúa siempre, en todas las situaciones, para obtener un beneficio; y, en segundo lugar, encumbrando su bondad natural a partir de lo expresado por Rousseau, en el sentido de que los hombres nacen libres e iguales y son naturalmente buenos. A partir de estos postulados se construyó todo un andamiaje para que ese hombre se desenvolviera de manera libre y autónoma y se zanjó de un tajo cualquier debate acerca de la igualdad, pues ya desde la obra del ginebrino se defiende que ésta es una consecuencia de la libertad originaria de todos los hombres, y que las desigualdades sociales son hijas de la fuerza, por una parte, y de la cobardía, por otra. Por lo tanto, libertad e igualdad son el anverso y el reverso de la misma cosa y es precisamente allí donde el contrato social logra salvar, de manera mágica, la intrínseca tensión entre estas categorías, ya que los hombres enajenan sus derechos sin ninguna reserva, permaneciendo, sin embargo, libres e iguales al quedar todos sujetos a la suprema dirección de la voluntad general (Vallet de Goytisolo, 1974).

Así, la exaltación del derecho a la libertad individual que se da a partir del liberalismo y el marcado interés por ubicarla como el más fundamental de todos los derechos, ve en las estructuras previas las mayores trabas para el buen desarrollo de los individuos y de la sociedad en conjunto, por lo que plantea, desde una óptica rousseauniana como la descrita, el regreso a ese “estado de naturaleza” en el que el hombre, libre de obstáculos, logra desplegar su inherente bondad. Esa llamada a la libertad implicaba una invitación a superar todo aquello que era considerado como un obstáculo para el progreso del hombre y el desarrollo de la ciencia. Se postulaba, por ejemplo, la necesidad de dejar atrás creencias y autoridades religiosas, pues se asimilaban ambas con estructuras que durante siglos habían dado pie a una estructura social desigual y a leyes injustas que, amparadas en una cierta moralidad, eran supuestamente un límite para el desenvolvimiento racional de los individuos.

Este proceso, por lo tanto, fue amplio y tuvo que abarcar diversos frentes, desde la defensa antropológica de una nueva visión del hombre a partir del racionalismo propio de la época amparado por el humanismo preponderante, pasando por la introducción de profundas modificaciones políticas y económicas a lo que suele conocerse como el Antiguo Régimen, hasta el puntual diseño y puesta en funcionamiento de estrategias normativas que permitieran “superar los obstáculos que el orden jurídico feudal oponía al libre desarrollo de la economía” (Vargany, n.d.: 42). La ruptura con estos precedentes y la radicalidad de la nueva narrativa liberal se evidencia en una serie de dispositivos normativos que marcarían parte importante de las dinámicas sociales del siglo XIX y buena parte del siglo XX.

Nos referimos, por una parte, a la influencia que tuvieron estos postulados sobre los primeros textos constitucionales, a partir de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América de 1776 y muy particularmente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que tuvo lugar en Francia en 1789, documentos en los cuales se incluye el reconocimiento de ciertos derechos y se guarda silencio respecto de otros. Así, la Declaración francesa señala en su artículo 2º que los derechos naturales e imprescriptibles del hombre son cuatro: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Este listado general “con olvido no impremeditado de la igualdad” (Díaz y Ruiz Miguel, 1996: 69), la centralidad puesta en la libertad a lo largo de toda la Declaración y el refuerzo que se hace en el artículo 17 sobre la inviolabilidad y el carácter sagrado del derecho de propiedad, evidencian dicha construcción.

Por otra parte, nos referimos al tratamiento normativo que se les dio a estos derechos en su positivización durante la primera oleada de codificaciones racionalistas, particularmente en el Código Civil napoleónico de 1804. Allí, la libertad individual ocupó un lugar preponderante y fue objeto de un particular desarrollo a través de principios como la libertad contractual y la autonomía de la voluntad. Bien es sabido que dichas codificaciones son trabajos que representan:

(...) la actuación de la idea individual en el orden de las relaciones civiles. En este aspecto, la codificación responde en el campo del Derecho Privado a lo que fueron las declaraciones de derechos y las Constituciones en el campo del Derecho Público (...) Del mismo modo que éstas se dirigían a garantizar las libertades políticas de los ciudadanos en su relación con el Estado, las Codificaciones trataban de asegurar la libertad civil del individuo en su vida privada contra las injerencias indebidas del poder político. (Rodota, 1986: 81).

Sumado a esto, otro de los elementos claves para comprender el alcance teórico y práctico del liberalismo, de sus futuras transformaciones y de sus impactos aún hoy, es el refuerzo que se hizo en dichos instrumentos normativos de la sacralización de la propiedad privada. Es así como el mencionado Código en su artículo 544 establece que⁴: “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal que no se haga un uso de las mismas prohibido por las leyes o los reglamentos.”

Si bien es cierto que esta configuración fue pensada bajo los parámetros de la fisiocracia, también lo es que fue justo en aquella época cuando se comienza a comprender que existen otros medios de producción diferentes al agrícola, escenario reconfigurado donde entran en

⁴ Código que más que una simple recopilación de normas fue, en realidad, un acabado ejercicio de planificación en extenso de la sociedad a partir de criterios racionales modernos y que moldeó buena parte del derecho privado de la tradición jurídica continental y, por ende, latinoamericana.

juego los intereses de otros tipos de propietarios: nos referimos, por supuesto, a la propiedad vinculada a la actividad empresarial e industrial y a la necesidad de llevar a cabo ajustes jurídicos e institucionales para proteger este nuevo tipo de propiedad dinámica, sin descuidar la tradicional propiedad estática asociada con las visiones fisiocráticas.

Esta transformación, que resultó significativa para el devenir de Occidente en los últimos dos siglos y que es, además, un antecedente histórico ineludible para la cabal comprensión del binomio ETN-DDHH, cuenta con el sustento filosófico del Individualismo, principio que consiste en redefinir el valor del individuo sobre la comunidad (Barcelona, 1987), en entender que primero está el individuo, que tiene valor por sí mismo, y después está el Estado, y no viceversa. Si aplicamos esto también a la sociedad, resulta que el individuo singular tiene valor por sí mismo y después está la sociedad, y no viceversa. Aquí radica la verdadera peculiaridad y elemento distintivo de la modernidad occidental (Fernández, 2004).

Así entonces, el citado artículo 544 representa la concepción individualista triunfante durante el siglo XIX que sirvió para legitimar el uso y el abuso de los bienes objeto del derecho de propiedad sin consideración alguna sobre las repercusiones sociales de dicho despliegue, lo cual sucedió ante la mirada indiferente de gobiernos que supieron cumplir solo de forma parcial con la consigna “*laissez faire, laissez passer*” (que resume parte importante de la ideología económica del liberalismo), pues si bien es cierto el Estado se abstenía de intervenir en la satisfacción de derechos sociales, económicos y culturales, también lo es que siempre hubo un fuerte intervencionismo en defensa de la propiedad (Díaz y Ruíz Miguel, 1996).

Claro está que este tipo de explicaciones teoréticas sobre las dinámicas políticas y económicas y de sus correspondientes instrumentos jurídicos, deben leerse siempre a la luz del contexto histórico en el que surgieron o en el que se posicionaron, y en este caso en particular aparecen algunas claves ineludibles para tal análisis, como el ascenso social y económico de la burguesía, las consecuencias de la Revolución Gloriosa que marcó el triunfo final del Parlamento sobre el rey, los cambios demográficos de la época, los

profundos cambios que implicó la Revolución Industrial en todas las esferas de la vida en sociedad, entre otros. Por lo tanto, no es aceptable pensar que el liberalismo sea un resultado espontáneo de la reflexión filosófica, política y económica, sino que él surge como dispositivo ideológico que permite a una clase social específica, esto es, la burguesía, avanzar en el acceso al control político del Estado, en detrimento de los estamentos que lo ostentaron durante siglos: la nobleza y la Iglesia.

Entiéndase bien lo aquí señalado: no estamos diciendo que el liberalismo sea resultado de una trama conspirativa que envolvía intenciones perversas. Nada de eso. De hecho, es algo más simple: la aparición de nuevas condiciones vitales, el reposicionamiento de los principales actores sociales y la omnipresente búsqueda de alternativas para superar el despotismo y la opresión, constituyeron un singular y novedoso marco que resultó ser el adecuado para que por primera vez en la historia de la humanidad se comenzara a identificar y defender al individuo como entidad superior en la sociedad y a su libertad como el postulado central de la vida en común, lo que nos permite suscribir aquello de que “[el] liberalismo, lejos de ser una ideología racionalmente articulada por un determinado grupo de filósofos, no es sino el resultado de la evolución del propio hombre entendido como ser cultural” (Hayek, 1990: 22).

2. 2. Los claroscuros del liberalismo

Lo cierto es que el liberalismo moldea desde entonces las estructuras sociales, políticas y económicas de Occidente a partir de la defensa de la libre acción económica y del interés privado. Es así como la entonces naciente industria europea del Siglo XIX (especialmente la británica) se desarrolló en un ambiente de amplia libertad que consistía, por una parte, en la ausencia de regulación gubernamental, y, por la otra, en una marcada protección jurídica, institucional y política brindada a estas nuevas formas de propiedad empresarial. Esto significa que la empresa termina siendo la gran beneficiaria de la teoría económica liberal, sistema que, como hemos dicho, basándose en el individualismo y desconociendo la sociabilidad del hombre, pretende obtener el bienestar económico de los pueblos dando a cada individuo libertad completa en la adquisición de los bienes materiales, ideario éste

que, en conjunción con los avances técnicos logrados en la Revolución Industrial, termina por materializarse en la profunda crisis humanitaria conocida como la “cuestión social”, aquella:

(...) situación de injusticia que se presentó a lo largo del siglo XIX por un injusto reparto de los bienes que llevó al enriquecimiento desorbitado de unos pocos y a la condición de miseria de ingentes masas de trabajadores sometidos a condiciones inhumanas en su trabajo. (López, n.d.: 33)

Un conjunto de fatídicas consecuencias sociales y laborales que trajo el inadecuado tratamiento dado a la industrialización y a la urbanización.

En ese contexto el trabajo se convirtió en mercancía que podía comprarse y venderse libremente en el mercado y cuyo precio era regulado por la ley de la oferta y la demanda, sin tener en cuenta el mínimo vital necesario para el sustento de la persona y de su familia. Además, el trabajador ni siquiera tenía la seguridad de llegar a vender la “propia mercancía”, al estar continuamente amenazado por el desempleo, el cual, a falta de previsión social, significaba el espectro de la muerte por hambre. Si hubiéramos de resumir en una sola expresión el sentimiento de desamparo de la clase obrera en aquella época, tendríamos que decir, siguiendo ampliamente a Biederlack, que se trataba de masas enteras de seres humanos que miraban el porvenir con ánimo intranquilo y humanamente insoportable; situación odiosa, precaria e insegura que no tardaría en generar descontento en la clase obrera y tanto más cuanto más se comparaba con la riqueza, el lujo y los placeres de que disfrutaban los empleadores (Biederlack, 1908).

Esta profunda crisis humanitaria vivida en Europa durante el siglo XIX tiene como principal causa el espíritu liberal ilustrado que determinó la forma como se concibió el derecho de propiedad privada e influyó de manera atroz en las conciencias de los empleadores y empresarios industriales. La libertad económica concedida y custodiada por el Estado, según los parámetros arriba señalados, se convirtió en un estímulo para que su uso se hiciera en beneficio propio y exclusivo, pues dicha idea de libertad se funda en el principio de que la concurrencia de muchos o de todos, cuanto mayor y más amplia sea,

más sirve al bien público, de donde es fácil llegar a la conclusión de que aquel que mayor competencia hace a los otros, más contribuye al bien común.

Con todo y esto, también es un hecho que el liberalismo constituye un hito en la configuración de los grandes paradigmas de la Contemporaneidad, dadas las profundas implicaciones que tuvo en cuatro ámbitos: desde un punto de vista político porque representa la superación del absolutismo y del Antiguo Régimen; desde un punto de vista sociológico porque constituye el cambio de una sociedad estamental a una sociedad de clases; desde un punto de vista económico porque encarna el agotamiento del feudalismo y el surgimiento del modelo capitalista de producción con decisiva acumulación privada; y finalmente, desde un punto de vista jurídico, por ser el modelo que permite pasar de un Derecho desigual para individuos desiguales a un Derecho igual para individuos desiguales, aunque con mayores potencialidades de igualdad y un amplio reconocimiento de libertades y derechos fundamentales (Díaz y Ruíz Miguel, 1996).

Dicho reconocimiento consistió, inicialmente, en el establecimiento de límites a la actuación estatal para evitar el uso arbitrario del poder y en la protección de las libertades civiles de los individuos. Esto no es poco, pues está claro que “los derechos humanos nacen como un triunfo de la Modernidad a partir de las sociedades posilustradas europeas y estadounidenses” (Agudelo y León, 2016: 9), lo que permite afirmar que su posterior auge en los debates políticos, económicos y jurídicos solo fue posible gracias al triunfo histórico de la filosofía individualista en todas las vertientes (religiosa, económica, social, moral o política). Fue el principio individualista del valor moral de cada ser humano lo que permitió inventar al protagonista de los derechos humanos y por ende podemos afirmar que una concepción individualista de la sociedad es un presupuesto necesario para hablar de los derechos humanos. No se trata de una opción ideológica, sino de un dato derivado del estudio de la historia de los derechos humanos (Fernández, 2004).

No obstante, también es importante señalar que la configuración liberal se encargó de permitir que los intercambios económicos y en general las interacciones intersubjetivas se desarrollaran conforme a la ley del más fuerte, escenario en el cual no es posible hablar de

una genuina preocupación por el respeto de los derechos humanos. Como bien es sabido, además del individualismo, otro de los hitos fundacionales de esta particular visión de las relaciones humanas se encuentra en la errada lectura e interpretación de los descubrimientos realizados por Darwin, quien demostró que el proceso del desarrollo evolutivo se desencadena por el mecanismo de la competencia. Esta tesis se trasladó íntegramente al ámbito de las relaciones humanas y, por lo tanto, también al de la empresa, de forma tal que la motivación competitiva pasó a ser entendida como algo natural y legítimo, y el impulso de adquirir más poder sobre los demás y la lucha por el reconocimiento social se asume, desde entonces, como primer factor de la eficacia de las relaciones humanas dentro y fuera de cada organización (De la Isla, 2000). Todo esto sin considerar que el propio científico británico hace hincapié en que hay una paradoja que consiste en el hecho de que:

(...) el principio rector de la evolución es la selección natural e implica la eliminación de los menos aptos en su lucha por la supervivencia, pero en la humanidad se selecciona una forma de vida social que, en su marcha hacia la civilización, tiende cada vez más a excluir los comportamientos eliminatorios a través del juego interrelacionado de la ética y de las instituciones. (Gómez, 2014: 24).

Resulta necesario evidenciar estos claroscuros de los derechos y libertades en el contexto del liberalismo para evitar cualquier clase de maniqueísmo, pues para nadie es un secreto que el abordaje de cualquier investigación sobre derechos humanos admite análisis polivalentes, lo que se traduce en la posibilidad de resaltar o desvanecer, en mayor o menor medida, unos u otros rasgos. Por eso, hemos de concluir en este punto que, sin la existencia de la configuración original de los derechos y libertades planteadas por el liberalismo desde el siglo XVIII, no podríamos actualmente hablar del binomio ETN & DDHH.

Al liberalismo le debemos los cimientos de los derechos naturales de los individuos, la separación entre Estado y religión, el establecimiento de límites al ejercicio del poder político, la noción de contrato social tan cara a la Contemporaneidad y otra larga serie de conceptos filosóficos, políticos y económicos que enriquecieron la cultura democrática de Occidente.

Sin embargo, es evidente que hoy la lectura liberal de los derechos y libertades resulta abiertamente insuficiente para una cabal comprensión de este fenómeno y para un adecuado y justo tratamiento de los conflictos sociales. El fuerte posicionamiento de poderes privados transnacionales que han entrado a jugar un rol determinante no solo en las dinámicas económicas sino también en las sociales y políticas, desfigura cualquier posibilidad de aproximarnos al análisis de nuestros tiempos bajo los paradigmas de la sociedad liberal clásica.

Como veremos a continuación, la asimetría en la que se producen varios de los más graves casos de violación de derechos humanos por parte de empresas multinacionales se debe a dos factores centrales: un contexto detonante de la conflictividad que es el asentamiento del modelo y del discurso neoliberal, y otro elemento dinamizador de dicha conflictividad que es la globalización y, dentro de ella, el realce que han cobrado las grandes empresas transnacionales; variables críticas éstas que demandan otro tipo de análisis y de respuestas.

2. 3. El neoliberalismo y el empresariado

Tal como hemos adelantado, la implacable implementación del discurso neoliberal como modelo hegemónico se ha dado en un contexto específico: el de la globalización. Estos elementos, conjugados e indebidamente gestionados en los órdenes nacionales, supranacionales e internacionales, han sido caldo de cultivo para la profundización de las condiciones de desigualdad, exclusión, pobreza y marginalidad en las que viven ingentes cantidades de seres humanos alrededor del mundo, han facilitado el descomunal crecimiento y auge de ciertas empresas transnacionales -aun con preponderancia sobre algunos países-, y han configurado un escenario caracterizado por la existencia de una profunda asimetría entre sujetos fuertes y sujetos débiles, y por cierto grado de intencionada anarquía normativa en el orden internacional que algunas de esas compañías explotan en su exclusivo beneficio, sin consideración alguna por los intereses y derechos de personas y comunidades enteras que se ven afectadas por su proceder. Pero vayamos por partes.

El discurso neoliberal se diferencia de los postulados del liberalismo en la medida en que lleva implícito un “componente de violencia notable, omnipresente” (Rabinovich-Berkman, 2013: 129), en tanto que, por ejemplo, en la filosofía moral de Adam Smith el cálculo utilitarista nunca desempeñó un lugar importante en las discusiones de la razón pública en torno a la justicia, pues el autor inglés ponía el acento, más bien, en la facultad de la imaginación como capacidad de ponerse en el lugar del otro (Martínez Cinca, 2013). De aquí, que esta nueva imagen obedezca a una visión antropocéntrica diferente y radicalizada a partir de la cual se busca explicar, justificar y legitimar las ilimitadas ansias del hombre contemporáneo por obtener poder y riqueza a toda costa, a toda velocidad y sin ninguna clase de obstáculo, posición que ha caracterizado a la sociedad occidental en general y por supuesto también al mundo empresarial en el contexto del neoliberalismo.

La señalada diferencia se puede observar a partir de dos personajes que, aunque ficticios, simbolizan adecuadamente estas corrientes de pensamiento: Robinson Crusoe (Daniel Defoe, 1660-1731), encarna el ingenio y la capacidad de inventiva del individuo, simboliza al hombre económico que no se halla sujeto a leyes ni códigos sociales, que actúa solo y exclusivamente movido por el interés propio; el naufrago, inclusive -aunque sin dejar de ser racista, frío y calculador de cada una de las utilidades que recibe por sus actos- en un momento dado interviene y salva de los caníbales al nativo Viernes, con quien convive varios años y con quien además entabla una cierta amistad que se proyecta más allá de la vida en la isla (Marcal, 2016). Entre tanto, Howard Roark, (Ayn Rand, 1905-1982), es mucho más que eso; es, en definitiva, la personificación del egocentrismo, del superhombre, del modelo del héroe que desconoce la empatía, la solidaridad, que reniega y denuncia al Estado y a las leyes como construcciones antinaturales y enemigos que extinguen el poder de los seres “superiores” al poner su capacidad de coacción al servicio de los más débiles, de los “inferiores”. En la obra randiana se ataca sin miramientos los valores de la Ilustración, se despotrica en contra de la cooperación y se hace una fuerte apología del darwinismo social con total desprecio de las visiones colectivistas (García Bilbao, n.d.), tal como se puede observar, entre muchas otras. en las siguientes líneas pronunciadas por el protagonista en su propia defensa en la parte final de la citada novela:

El espíritu de un hombre es, sin embargo, su ego, esa entidad que constituye su conciencia. Pensar, sentir, juzgar, obrar son funciones del ego. Los creadores no son altruistas. Ese es todo el secreto de su poder. Son autosuficientes, auto inspirados, auto generados. Una causa primigenia, una fuente de energía, una fuerza vital, un primer motor original. El creador no atiende a nada ni a nadie. Vive para sí mismo. Y solamente viviendo para sí mismo, el creador ha sido capaz de realizar esas cosas que son la gloria de la humanidad. Tal es la naturaleza de la creación. (...) Pero la mente es una propiedad individual. No existe tal cosa como un cerebro colectivo. No hay tal cosa como un pensamiento colectivo. Un acuerdo realizado por un grupo de hombres es sólo una negociación de principios o un promedio de muchos pensamientos individuales. Es una consecuencia secundaria. El acto primordial, el proceso de la razón, debe ser realizado por cada persona. Podemos dividir una comida entre muchos, pero no podemos digerirla con un estómago colectivo. Nadie puede usar sus pulmones para respirar por otro. Nadie puede usar su cerebro para pensar por otro. Todas las funciones del cuerpo y del espíritu son personales. No pueden ser compartidas ni transferidas. (Rand: 2007: 662-663)

Así entonces, el problema central del neoliberalismo, que ha dado pie a la construcción de escenarios propicios para el acaecimiento de abominables casos de violación de derechos humanos consiste en que con él se ha exacerbado, hasta casi caricaturizar, la moderna idea antropológica que asumía al individuo como bueno y como sujeto de necesidad y deseo de posesión, al paso que se ha asumido como valor la codicia y se ha denostado el espíritu solidario. Este individualismo, explica Barcellona, evoca ya un potente artificio, pero incorpora también una contradicción irreductible: significa pensar el orden de la sociedad asumiendo como premisa una noción de individuo liberado de cualquier vínculo comunitario, de una ética social universalmente compartida. En este contexto, el derecho moderno cumple la importante, pero a la vez cuestionable función de organizar estructuralmente dicha contradicción a través de la configuración de la naturaleza como *res* disponible, apropiable y transformable, para lo cual abstrae la noción de lo “propio”, que se convierte en una connotación objetiva de la naturaleza como disponible a la manipulación del hombre (Barcellona, 1987).

Como desarrollo de estos discutibles fundamentos antropológicos, el neoliberalismo aboga por un redimensionamiento del Estado. Pero no en el sentido de promover propiamente una

reducción del Estado sino, ante todo, una nueva manera de entender la relación entre éste y el mercado, es decir, entre la política y la economía. Afirman los neoliberales (aunque por supuesto existen diversas miradas sobre el neoliberalismo cuyo análisis escapa al objeto de este estudio) que la principal función del Estado es generar las condiciones para la existencia y el buen funcionamiento del mercado y que, por lo tanto, no se trata de reducirlo o eliminarlo sino de darle una nueva orientación que implica dar prioridad a la libertad económica sobre la libertad política, bajo el entendimiento de que la impersonalidad del mercado, donde cada quien decide por su cuenta, es la mejor garantía de la libertad y el bienestar. Por lo tanto, el programa neoliberal necesita al Estado, y no solo en su función meramente defensiva como lo había visualizado el liberalismo clásico, sino a un Estado activo y beligerante que garantice que el mercado esté protegido de la inercia de las instituciones y del juego democrático, para lo cual postula la necesidad de contar con una constitución económica inalterable, que ponga las reglas básicas fuera del alcance de las mayorías y que establezca límites a la política económica. Es por esta razón que en las últimas décadas se han incorporado a las constituciones, casi de forma invariable, una serie de instituciones y normas muy concretas como, por ejemplo:

(...) la obligación de mantener un presupuesto equilibrado, con déficit cero, o casi cero; o el funcionamiento autónomo del banco central, responsable de la emisión de moneda, del control de la inflación, para que nada de todo eso esté sujeto a los vaivenes de la política. (Escalante, 2016: 237-238).

Todo esto se traduce en la desacreditación de los elementos tradicionales de legitimación del Estado. Aunque las teorías neoliberales acerca del Estado y del derecho tienen menos notoriedad que sus explicaciones económicas, lo cierto es que entender la administración pública tan solo como administración, cuestionar la noción de “interés público”, entender la representación tan solo como organización de consumidores, reemplazar el concepto de ciudadanos por el de individuos que buscan maximizar su utilidad, y desestimar las nociones de soberanía, pueblo y nación, entre otras, trae como resultado la desaparición de varios de los elementos fundamentales del Estado y la correspondiente necesidad de explicarlo todo desde cero (Escalante: 2016).

En este escenario, se ha producido desde la década de los noventa del siglo pasado, un proceso de toma de los espacios del poder público por parte del empresariado y una transformación del lenguaje político tradicional al lenguaje propio del mundo empresarial, logrando asociar de manera virtuosa la empresa y la política, mezcla problemática que tiempo atrás resultaba inviable por las sospechas y contrariedades que obviamente de ella emanan. El punto de partida de este proceso, hoy consolidado en buena parte de los países de América, es la tesis según la cual en el mundo empresarial existe una experticia sobre cómo entender el desarrollo de la economía que permite lograr una gestión política eficiente, es decir, hacer del Estado una maquinaria “sin derroches”. Así, empresarios del espectáculo, de la construcción, de los sistemas más dinámicos del capitalismo globalizado o vinculados a los *commodities* o a los recursos naturales comenzaron a instalarse en la cabeza de los poderes ejecutivos, en los gabinetes ministeriales y en los poderes legislativos, buscando influir más allá de los terrenos en los que tradicionalmente se habían desenvuelto. Ejemplos de este proceso de “empresarialización” de la democracia han sido, entre otros: Vicente Fox en México, Sebastián Piñera en Chile, Mauricio Macri en Argentina, Pedro Pablo Kuczynski en Perú, Roberto Martinelli en Panamá y, por supuesto, Donald Trump en Estados Unidos (De Gori, Gómez y Ester, 2017).

II. 4. La globalización y los contribuyentes virtuales

Como bien ha señalado Stiglitz, la globalización consiste, *grosso modo*, en:

(...) la integración más estrecha de los países y los pueblos del mundo, producida por la enorme reducción de los costes de transporte y comunicación, y el dismantelamiento de las barreras artificiales a los flujos de bienes, servicios, capitales, conocimientos y (en menor grado) personas a través de las fronteras. (Stiglitz, 2007: 45).

Y se trata, en definitiva, de un proceso objetivo que no se puede asimilar a una ideología, aunque haya sido utilizada precisamente por el neoliberalismo en este sentido y como la única racionalidad posible.

Si bien es cierto que su expresión más determinante es la interdependencia global de los mercados financieros permitida por las nuevas tecnologías de información y comunicación,

y favorecida por la desregulación y liberalización de dichos mercados, también lo es que la globalización puede ser estudiada desde múltiples disciplinas como la política, la economía, la sociología e inclusive el derecho. De hecho, uno de los síntomas que más claramente evidencia este carácter multidimensional y su influencia más allá de las relaciones meramente productivas y de intercambio, lo encontramos precisamente en el proceso de mundialización de los estándares jurídicos y en los esquemas normativos de los textos constitucionales contemporáneos que responden a criterios generales similares (De Vega, n.d.).

Desde una perspectiva económica y productiva, la globalización ha implicado, entre otras muchas cuestiones, la superación de modelos como el “taylorista” o el “fordista”, en los que se exigía la cooperación de sindicatos, familias y comunidades locales en priorizar el consumo masivo, pues de él dependía la producción masiva. Cavanaugh explica atinadamente este fenómeno señalando que, en la economía actual, no se ha cumplido con la absorción de los grupos locales por parte de lo universal y sostiene, además, que en este nuevo escenario el dinero es apátrida, que asistimos a un fenómeno de subcontratación global en el cual no es necesaria la supervisión de la disciplina del trabajo por parte de la empresa (de hecho, se oculta el trabajo evitando así la necesidad de lealtades) y que, finalmente, las leyes locales están sujetas a las determinaciones de organismos multilaterales como la OMC (Cavanaugh, 2007).

También ha significado el desplazamiento de puestos de trabajo a países con marcos laborales flexibilizados y con mano de obra barata, una maniobra típica de la globalización económica que, como veremos más adelante produce, en ocasiones, el despido de millares de trabajadores locales que no pueden ser fácilmente asumidos por el mercado laboral, y que en muchos casos no repercute con contundencia en los países de destino, debido a la ausencia de políticas económicas adecuadas, pues aunque con esto efectivamente se crean nuevos puestos de trabajo en el sector de exportación, con frecuencia esto ocurre a costa de la pérdida de otros muchos en sectores tradicionales, por lo que la situación de la balanza de los puestos de trabajo puede no verse favorecida. Junto con esto, las empresas de proyección global se substraen crecientemente al control de los Estados nacionales, sobre

todo cuando prevén una política hostil a la industria o ajustes tributarios. De este modo, cada vez pagan menos impuestos en sus países de origen y contribuyen, junto con otros factores, a poner en peligro los sistemas de prestaciones sociales (Küng, 1999).

Por lo tanto, la globalización ha permitido que los grandes empresarios distingan entre cuál es el lugar de inversión, cuál es el lugar de producción, cuál es el lugar de declaración fiscal y cuál es el lugar de su residencia, lo que supone la posibilidad de vivir donde resulte más atractivo y pagar impuestos donde les resulte menos gravoso. A esta categoría Beck la denomina “contribuyentes virtuales”, es decir, aquellos empresarios que han descubierto la nueva fórmula mágica de la riqueza, que no es otra que capitalismo sin trabajo más capitalismo sin impuestos. Este comportamiento que en la mayoría de los casos es conforme a derecho, aumenta, sin embargo, la conflictividad con los contribuyentes reales, pues mientras ellos “pueden eludir al fisco del Estado Nacional, las pequeñas y medianas empresas, que son las que generan la mayor parte de los puestos de trabajo, se ven atosigadas y asfixiadas por las infinitas trabas y gravámenes de la burocracia fiscal” (Beck, 2004: 18-21).

No obstante, también resultan evidentes las potencialidades positivas del proceso de globalización. Señala Josep Ramoneda, refiriéndose a las ideas de Stiglitz, que la globalización alberga un potencial enorme y que, en efecto, puede llegar a ser benéfica para todos. El problema se encuentra en la forma como este “nuevo” escenario global ha sido gobernado por las organizaciones internacionales (FMI, OMC, Banco Mundial), ya que sus políticas tienen una doble ceguera: la ideológica y la de la incompetencia. El cambio hacia estas malas prácticas económicas se concretó cuando Reagan y Thatcher lanzaron la gran batalla ideológica a favor del fundamentalismo del mercado, a partir de lo cual las mencionadas organizaciones se convirtieron en “misioneras” de la imposición de sus ideas sobre los reticentes países pobres que necesitaban con urgencia sus préstamos y sus subvenciones. Fue así como los tres pilares del Consenso de Washington (austeridad fiscal, privatización y liberación de los mercados), se convirtieron en verdades ideológicas incontestables. De este modo, el FMI fue abandonando la misión para la que fue fundado: la estabilidad económica global, para convertirse tan solo en el instrumento que garantiza la

consecución de los intereses del capital financiero internacional, al tiempo que ha sido incapaz de adaptarse con la suficiente elasticidad a las nuevas realidades globales y de brindar credibilidad institucional entre los países emergentes al ser plenamente dominado por Estados Unidos y por la Unión Europea, razón por la cual han comenzado a posicionarse en el contexto internacional nuevas instituciones como el Banco de Desarrollo de los países BRICS y el Banco Asiático de Inversión en Estructura, lo que nos habla del dinamismo propio del proceso de globalización económica (Tugores Ques, 2016).

Consideramos que, en efecto, como lo deja entrever el escritor español, la integración del mercado mundial que se ha venido dando gracias al predominio del neoliberalismo y a la globalización resulta altamente eficiente. El foco rojo se encuentra en la forzada neutralidad del Estado que impide que los resultados positivos del modelo que surge de la simbiosis entre estos factores se vean reflejados homogéneamente en la sociedad, de manera tal que se supere la enorme brecha que existe entre el pequeño grupo que directamente se ve beneficiado (que en el más optimista de los análisis no supera el veinte por ciento de la población) y el enorme grupo de personas que resultan afectadas por las dinámicas propias del funcionamiento de dicho modelo. En este sentido resulta alentador entender que, si bien es cierto la globalización es irreversible, también lo es que dichosamente no se trata de un fenómeno natural y que por ende es gobernable o que, por lo menos, sus consecuencias se pueden (y se deben) morigerar, adaptar y moldear.

Se concluye de lo hasta acá dicho, que las empresas transnacionales se encuentran en medio de los debates sobre los efectos nocivos de la globalización, pues han sido protagonistas de esta nueva economía mundial al haber identificado y explotado en su propio beneficio una serie de condiciones laborales, tributarias y políticas con las que antes no contaban para incrementar sus excedentes, y porque todo ajuste institucional o normativo que se pretenda instaurar para encausar el irreversible proceso de globalización económica, pasa necesariamente por la afectación directa de sus intereses o por la limitación del inmenso margen de acción con el que han contado en las últimas décadas.

3. Las posibles perspectivas de análisis

Habrán advertido algunos lectores que en el abordaje de este complejo tema hemos incorporado una serie de análisis que, a primera vista, podrían ser vistos como contradictorios al no pertenecer todos a un mismo cauce discursivo. El planteamiento mismo del dolorosísimo caso Rana Plaza como punto de arranque para este trabajo y los títulos elegidos para cada uno de los acápites, así como algunas de las ideas principales aquí hilvanadas, permitirían evocar y advertir, en un primer momento, una cierta línea de pensamiento que ha sido ampliamente explorada, difundida y explotada por un importante sector de la doctrina especializada. Sin embargo, también es constatable que, en varios puntos de este documento, he dejado entrever los fundamentos de mi postura, la cual se ubica en la necesidad de moderar, matizar, puntualizar, incorporar y ponderar otro tipo de perspectivas si lo que se busca es, en realidad, un esclarecimiento a profundidad de los múltiples factores que se encuentran presentes en el análisis de la relación entre las Empresas Transnacionales y los Derechos Humanos.

He venido sosteniendo en otros escritos que la cuestión ETN-DDHH, por su propia complejidad, puede ser abordada desde diversas perspectivas. Entre la doctrina especializada, la prensa, la academia, los documentos de organismos internacionales y los discursos de algunas ONG's, son identificables tres enfoques con diversos niveles de relevancia.

Al primero de ellos se le puede llamar “enfoque de invisibilización” y consiste en la postura asumida por quienes -conscientes de la mencionada complejidad- prefieren no entrar de lleno sobre el asunto sino más bien quedarse en temas que solo guardan algún grado de relación, que son colindantes, más conocidos, menos movedizos y con menores implicaciones políticas, económicas y jurídicas.

Frente a tal postura, aparecen las infaltables explicaciones maniqueas que buscan reducir la realidad a una oposición radical entre lo bueno y lo malo; las cuales, como bien es sabido,

son fáciles de creer y sobre todo de difundir, más aún en nuestros tiempos. A dichas posturas las hemos denominado: “enfoque crítico” y “enfoque excluyente”.

El “enfoque crítico” es aquel asumido por quienes enjuician los hechos y las conductas de las empresas generalmente de manera desfavorable. Desde acá, se ataca y cuestiona sin miramientos a las empresas y se sostiene que, al tratarse de intereses abiertamente contrapuestos, la reconciliación del actuar empresarial con los derechos humanos es utópica. Entretanto, el “enfoque excluyente” -en tanto que descarta la posibilidad de vinculación entre los conceptos aquí estudiados- sostiene que no existen conflictos entre las empresas y los derechos humanos básicamente porque se trata de categorías inconexas.

Teniendo como base este planteamiento, lo que nos interesa destacar es la posibilidad de generar un cuarto enfoque que esté más allá de la primera perspectiva, que resulta francamente inaceptable a la luz de la experiencia y de casos como el aquí descrito, y que al mismo tiempo se desmarque de las posturas maniqueas que siempre están empeñadas en desconocer que la realidad es mucho más compleja que los escenarios binarios por ellas presupuestados.

Por lo tanto, creemos que es conveniente avanzar en la construcción de un enfoque equilibrado que cumpla con tres características generales: a) que trabaje tanto desde la perspectiva de la crítica como desde la perspectiva del reconocimiento, b) que comprenda que si bien es cierto existen múltiples casos de violación de derechos humanos por parte de empresas de todas las clases y tamaños, también lo es que la recurrencia y gravedad varía de situación en situación, y c) que vele porque el tratamiento de las variables de cada caso se efectúe con un profundo conocimiento de sus causas y circunstancias.

El enfoque propuesto también debe ponderar y reconocer los aportes de algunas empresas en tres sentidos: a) en cuanto a la capacidad que tienen ciertos empresarios e ideas de negocio para transformar positivamente la vida de las personas; b) en cuanto al avance en iniciativas eminentemente voluntarias como la RSE, y c) en cuanto a las buenas prácticas

orientadas en particular a prevenir y/o remediar actos violatorios de los derechos humanos de sus grupos de interés.

Referencias bibliográficas

- Agudelo, Oscar Alexis; Cárdenas, Jaime Cubides; León Molina, Jorge Enrique; Reyes García, Daiana Ivonne; Torres Ávila, Jheison; Woolcott, Olenka y Castro Buitrago, Carlos Eduardo. (2016). Análisis y aplicación de los derechos humanos en el contexto de la Corte Interamericana, Bogotá, Universidad Católica de Colombia.
- Barcellona, Pietro. (1987). El individualismo propietario, Madrid, Trotta.
- Beck, Ulrich. (1998). ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. Barcelona, Paidós.
- Biederlack, José. (1908). La cuestión social. Principios fundamentales para su estudio y solución, Pamplona, Analecta.
- Botero Gómez, Santiago. (2015). Empresa, Sociedad y Derecho. Teoría general sobre la función social de la empresa, México, Porrúa.
- Botero Gómez, Santiago. (2019). Las empresas transnacionales y los derechos humanos, Ciudad de México, Tirant lo blanch.
- Cavanaugh, William. (2007). Imaginación teo-política, Granada, Nuevoinicio.
- Darmaculleta Gardella, Ma Mercè. (2003). Derecho administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada. Recuperado de: <<https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/7681/tmdg.pdf%3Bsequence=7>>. Fecha de consulta: 8 de enero de 2021.
- Díaz, Elías & Ruiz Miguel, Alfonso. (1996). Filosofía política II. Teoría del Estado, Madrid, Trotta.
- Escalante Gonzalbo, Fernando. (2016). Historia mínima del neoliberalismo, Madrid, Turner.
- Fernández, Eusebio. (2004). El observador comprometido (Reflexiones jurídico-políticas), Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- García Bilbao, Pedro. (2013). “El manantial, de Ayn Rand: Liberalismo y nazismo”, en Sociología crítica. Artículos y textos para debate y análisis de la realidad social. Recuperado de: <<https://dedona.wordpress.com/2013/01/22/resena-el-manantial-de-ayn-rand-liberalismo-y-nazismo-pedro-a-garcia-bilbao/>>. Fecha de consulta: 8 de enero de 2021.
- Gómez, Ricardo J. (2014). Neoliberalismo, fin de la historia y después, Buenos Aires, Punto de Encuentro.

- Gori, Esteban de; Gómez Daza, Ava y Ester, Bárbara (2017). *Empresarialización de la democracia. Votos, dinero y poder*. Recuperado de: <http://www.celag.org/empresarializacion-de-la-democracia-dinero-votos-y-poder/>. Fecha de consulta: 9 de enero de 2021.
- Goytisolo, Vallet de. (1974). “La propiedad en Santo Tomás de Aquino”, *Revista de estudios políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Año 1974, No. 195-196. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1705428.pdf>. Fecha de consulta: 4 de enero de 2021.
- Hayek, Friedrich. (1990). *La fatal arrogancia: Los errores del socialismo*, Madrid, Unión Editorial.
- Isea Silva, Ricardo. (2011). *Las empresas y los derechos humanos*, Cuadernos de cátedra “La Caixa” de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo, IESE Business School, Universidad de Navarra. Recuperado de: <https://media.iese.edu/research/pdfs/ESTUDIO-161.pdf>. Fecha de consulta: 1 de enero de 2021.
- Isla, Carlos de la. (2000). *Ética y empresa*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica.
- Küng, Hans. (1999). *Una ética mundial para la economía y la política*, Madrid, Trotta.
- Locke, John. (1969). *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, Aguilar.
- López, Teodoro. (n.d.). *León XIII y la cuestión social (1891-1903)*. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1203867.pdf>. Fecha de consulta: 5 de enero de 2021.
- Marcal, Katrine. (2016). *¿Quién le hacía la cena a Adam Smith? Una historia de las mujeres y la economía*, Buenos Aires, Debate.
- Martínez Cinca, Carlos Diego. (2013). “Tiempos difíciles: Del cálculo utilitarista a la imaginación simbólica”, en *Filosofía de la Economía*, Vol. 1. Nro. 2, diciembre 2013. Recuperado de: <https://ojs.econ.uba.ar/index.php/CIECE/article/view/547/1011>. Fecha de consulta: 1 de enero de 2021.
- Rabinovich-Berkman, Ricardo. (2013). *¿Cómo se hicieron los derechos humanos? Un viaje por la historia de los principales derechos de las personas*, Volumen I, Los derechos existenciales, Buenos Aires, Ediciones Didot.
- Rand, Ayn. (2007). *El Manantial*, Buenos Aires, Grito Sagrado Editorial.

- Rodota, Stefano. (1986). El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada, Madrid, Civitas.
- Smith, Adam. (1998). Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones, traducción de Gabriel Franco, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, Biblioteca Omegalfa. Recuperado de: <<https://www.omegalfa.es/downloadfile.php?file=libros/la-riqueza-de-las-naciones.pdf>>. Fecha de consulta: 9 de enero de 2021.
- Stiglitz, Joseph E. (2007). El malestar en la globalización, Madrid, Santillana.
- Tugores Ques, Juan. (2016). Los ganadores y perdedores de la globalización, Madrid, RBA.
- Várnagy, Tomás. (n.d.). El pensamiento político de John Locke y el surgimiento del liberalismo. Recuperado de: <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/moderna/cap2.pdf>>. Fecha de consulta: 9 de enero de 2021.
- Vega García, Pedro de. (n.d.). La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (La problemática de la “Drittwirkung der grundrechte). Recuperado de: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/340/32.pdf>>. Fecha de consulta: 7 de enero de 2021.

DERECHO Y DESARROLLO, PLURALISMO JURÍDICO, DERECHOS HUMANOS Y NEOCONSTITUCIONALISMO: RECEPCIÓN Y MUTACIÓN DE SEMÁNTICAS JURÍDICAS EN BRASIL

Lucas Fucci Amato¹

ORCID: 0000-0002-8923-8300

Correo electrónico: lucas.amato@usp.br

Resumen

Este artículo pretende hacer una revisión crítica de la recepción de teorías y movimientos jurídicos en Brasil a finales del siglo XX. Durante el régimen militar, las concepciones de derecho y desarrollo (adoptadas por la tecnocracia pública y privada de los juristas) y de pluralismo jurídico (recibidas como un discurso emancipador) se extendieron en paralelo. Desde la Constitución de 1988, el país ha recibido el impacto de un movimiento jurídico forjado desde la posguerra: la constitucionalización del derecho, la idealización interpretativa por referencia a principios y políticas, y el discurso de los derechos humanos como fundamento filosófico del ordenamiento jurídico. En medio de estas semánticas jurídicas tan difundidas, también corrieran discursos paralelos de sociología jurídica, como la recepción de la teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann y las observaciones de Mangabeira Unger, líder del movimiento americano de Estudios Jurídicos Críticos. El trabajo señala que curiosamente la democratización del país implicó más una reanudación de la tradicional formación jurídica normativista que un esfuerzo por cualificar el pensamiento jurídico para el diseño y la crítica de las reformas institucionales.

Palabras clave: derecho y desarrollo, pluralismo jurídico, derechos humanos, neoconstitucionalismo, teoría de sistemas.

¹Professor, pós-doctor y doctor en Filosofía y Teoría General del Derecho por la Universidad de São Paulo (USP), Brasil, com estágio pós-doctoral en la Universidad de Oxford (Reino Unido) y estágio doctoral en la Harvard Law School (EE.UU.).

DIREITO E DESENVOLVIMENTO, PLURALISMO JURÍDICO, DIREITOS HUMANOS E NEOCONSTITUCIONALISMO: RECEPÇÃO E MUTAÇÃO DE SEMÂNTICAS JURÍDICAS NO BRASIL

Resumo

Este artigo pretende fazer uma revisão crítica da recepção de teorias e movimentos jurídicos no Brasil nas décadas finais do século XX. No período do regime militar, difundiram-se em paralelo as concepções de direito e desenvolvimento (adotada pela tecnocracia pública e privada dos juristas) e do pluralismo jurídico (recebida como um discurso emancipatório). Já a partir da Constituição de 1988, o país recebe impacto de um movimento jurídico forjado desde o pós segunda guerra mundial: a constitucionalização do direito, a idealização interpretativa por referência a princípios e políticas e o discurso dos direitos humanos como fundamentação filosófica da ordem jurídica. Em meio a essas semânticas jurídicas altamente disseminadas, também correram discursos paralelos da sociologia jurídica, como a recepção da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann e as observações de Mangabeira Unger, líder do movimento americano dos Estudos Críticos do Direito. Curiosamente, aponta o trabalho, a democratização do país implicou mais uma retomada da tradicional formação jurídica normativista do que um esforço por qualificar o pensamento jurídico para o desenho e a crítica de reformas institucionais.

Palavras-chave: direito e desenvolvimento, pluralismo jurídico, direitos humanos, neoconstitucionalismo, teoria dos sistemas.

LAW AND DEVELOPMENT, LEGAL PLURALISM, HUMAN RIGHTS AND NEW CONSTITUTIONALISM: RECEPTION AND MUTATION OF LEGAL SEMANTICS IN BRAZIL

Abstract

This paper intends to make a critical review of the reception of legal theories and movements in Brazil in the late 20th century. During the military rule, the conceptions of law and development (adopted by the jurists' public and private technocracy) and of legal pluralism (received as an emancipatory discourse) spread in parallel. Since the 1988

Constitution, the country has received an impact from a legal movement forged since the post-World War II: the constitutionalization of law, interpretative idealization by reference to principles and policies, and human rights discourse as the philosophical foundation of the legal order. Amid these highly disseminated legal semantics, there were also parallel discourses of legal sociology, such as the reception of Niklas Luhmann's social systems theory and the observations of Mangabeira Unger, leader of the American movement of Critical Legal Studies. Curiously, the work points out, the democratization of the country implied more a resumption of traditional normativist legal training than an effort to qualify legal thinking for the design and critique of institutional reforms.

Keywords: law and development, legal pluralismo, human rights, new constitutionalism, systems theory.

1. Introducción

En este artículo señalo algunas experiencias ejemplares de recepción de ideas jurídicas en Brasil a finales del siglo XX. Al acercarme a estos laboratorios de pensamiento y acción, considero que son significativos para la situación general del sur global, en su dependencia de la trayectoria de reformas y en su fe en estas reformas a través de la copia y el trasplante de ideas e instituciones del norte. En este contexto, observamos la influencia de la sociología estadounidense con una matriz weberiana fundada en las teorías de modernización traducidas legalmente en el movimiento del Derecho y Desarrollo; vemos cómo, en el mismo contexto, resurge la noción de pluralismo jurídico, ahora trabajada desde un punto de vista marxista; y finalmente observamos cómo estas semánticas han cedido desde los años 1990, con la redemocratización del país, a las teorías de interpretación constitucional fundadas en fundamentos morales y en el discurso de los derechos humanos. En medio de estas corrientes, también se señala el surgimiento del movimiento de Estudios Jurídicos Críticos en los Estados Unidos (teniendo como uno de sus líderes a un jurista brasileño) y la recepción de la teoría de Luhmann sobre los sistemas sociales.

La tesis central del artículo es analizar si la copia institucional (facilitada por un gobierno autoritario e intereses geopolíticos) y la apuesta por la autoorganización espontánea de las comunidades vulnerables presentan o presentaron grietas en las conexiones que se buscaban entre el derecho y la economía y entre el derecho y la cultura, la contención de la política democrática por el derecho, exponencializada por la interpretación constitucional idealizadora, también revela sus debilidades. Lo que estos movimientos han puesto de relieve es la necesidad de un pensamiento jurídico orientado a la reconstrucción institucional del derecho público y privado – no como un proyecto nativista de cada país latinoamericano (en este caso, Brasil), sino como un esfuerzo de innovación y reforma del derecho más allá de la copia e importación modular de paquetes normativos y también más allá del intento de mejora incremental del ordenamiento jurídico debido a su constitucionalización y a la actividad interpretativa de los jueces.

2. Derecho y Desarrollo

Como propuesta de importación/ exportación de instituciones y campo de observación del sur global por el norte – por sus universidades, fundaciones privadas y organismos nacionales de asistencia para el desarrollo en el “tercer mundo” – el movimiento *law and development*, algunas veces, ha defendido opiniones antiformalistas (la instrumentalidad del derecho para lograr políticas y reformas económicas), y otras veces perspectivas formalistas (sosteniendo la necesidad de seguridad jurídica para atraer la inversión privada). Una de las formas en que se puso en práctica el movimiento de Derecho y Desarrollo fue a través de la investigación empírica y la propuesta de reformas en el ordenamiento jurídico de los países del tercer mundo. Uno de sus programas fue la reforma de la educación jurídica en estos entornos. Este fue el alcance del compromiso en Brasil de algunos académicos estadounidenses.

Henry Steiner fue profesor de responsabilidad civil y derecho internacional privado; en los años 70 se convirtió en una especie de mediador en la intensa disputa académica en Harvard entre los conservadores y el emergente movimiento *critical legal studies* (Dezalay y Garth, 2002), del que el jurista brasileño Mangabeira Unger se convirtió en uno de los

líderes fundadores²; en los años 80 Steiner se dedicó a los derechos humanos, fundando el programa de derechos humanos de la Facultad de Derecho de Harvard. Pero antes de la era de los derechos humanos y de los Estudios Críticos de Derecho, escribió un informe sobre la educación jurídica en Brasil. De hecho, en 1966 Steiner había fundado con David Trubek (y algunos abogados brasileños) el Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito (CEPED) en Río de Janeiro. Steiner trabajaría en este centro durante cinco años, mientras que Trubek dirigiría el programa *Law and Modernization* de Yale de 1967 a 1973³.

La modernización en el Brasil produjo una cultura jurídica históricamente fijada en un cisma entre las áreas, grupos, relaciones y transacciones para las que estaba en juego el derecho cada vez más formalizado (códigos, contratos, tribunales) y aquellas para las que los derechos y deberes, las sanciones y los poderes se apoyaban en la interacción, la familia, el favor, la voluntad y la dominación privada. Con este telón de fondo, el diagnóstico dado por Steiner (1971) fue que el papel del licenciado en derecho se estaba complicando por las exigencias de la expansión de las actividades económicas privadas y la planificación y regulación gubernamental. Más allá de la mentalidad forense típica, el desarrollo económico requeriría el perfeccionamiento de las aptitudes para “planificar,

² La colaboración de Unger se registra en agradecimientos y citas de Steiner (1971: 39, nota; 45, nota 9; 47, nota 11; 59, nota 23; 61, nota 25); Trubek (1972a: 720, nota; 736-737, nota 31; 752, nota 71); Trubek (1972b: 1, nota; 4, nota 8; 19, nota 65; 20, nota 69; 39, nota 116). Según Dezalay y Garth (2002: 287, nota 1), la elaboración de Estudios Jurídicos Críticos estaba vinculada a las contradicciones de la Guerra Fría y al movimiento de Derecho y Desarrollo. En este contexto, Unger dejó Brasil para estudiar en Harvard, bajo el estímulo de Henry Steiner y David Trubek. Trubek (2007, pág. 327) informa de que conoció a Unger cuando era estudiante de derecho en Río de Janeiro. En 1969, Unger asistió a la Facultad de Derecho de Harvard, donde completó su maestría (LL.M., 1970) y su doctorado (S.J.D., 1976). En 1972, Trubek (1972b: 1) ya mencionó el estudio de Unger que se convertiría en *Law in Modern Society* (Unger, 1979 [1976]), señalando que aclaraba “ideas que sólo eran vagas reflexiones”. Este libro continuó siendo influyente tanto para los Estudios Críticos de Derecho como para el Derecho y Desarrollo (véase, por ejemplo, Kennedy, David, 2013: 70, nota 2). Más tarde, Trubek (1989) escribió un *review* de la trilogía *Politics* de Unger.

³ Antes de dirigir el programa de Derecho y Modernización (financiado por la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional - USAID) en la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale (véase Kalman, 2005: 259-63), Trubek trabajó en el Brasil en el decenio de 1960. Fue abogado del Departamento de Estado de los Estados Unidos, del Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano de la USAID, abogado del programa de la Alianza para el Progreso (gobierno de Kennedy) y consultor de la Fundación Ford. En Brasil, fue coautor de un estudio sobre el recién creado mercado de capitales y ayudó a fundar el CEPED. Ver Trubek y Galanter (1974: 1066, nota 13); Trubek, 2007; Steiner, 2010 [2009]. El CEPED es considerado (Dezalay y Garth, 2002: x) como la cuna del Derecho y Desarrollo en el Brasil. Sobre la historia y el legado de este centro, véase Gardner (1980: capítulo 6, incluyendo varias referencias a Unger); Lacerda; Falcão; Rangel (2012, incluyendo testimonios de Steiner y Trubek). En esa época se fundaron otros importantes institutos de investigación, como el Centro Brasileño de Análisis y Planificación (Cebap), fundado en 1969, financiado por la Fundación Ford y dirigido por el sociólogo Fernando Henrique Cardoso, futuro presidente del Brasil (Dezalay y Garth, 2002: 69-70, 104-105).

diseñar y aplicar disposiciones jurídicas”, para lo cual los juristas pueden tener ventajas sobre los empresarios y los estadistas, entre ellas una mayor fidelidad a la igualdad de trato y otros requisitos de equidad procesal. Los juristas, poco aptos para estas funciones, a menudo han sido superados por los tecnócratas en la realización de estas tareas. Otrora agentes de las ideas liberal-constitucionalistas desde el siglo XIX, los juristas han sido en gran medida alienados de la producción de ley por el estado desarrollista de mediados del siglo XX.

Por una parte, el principal resultado inmediato de aquel innovador laboratorio de educación jurídica y de actividades conexas fue impulsar a un pequeño grupo de abogados de empresas, alentándolos a unirse a la nueva élite tecnocrática⁴; a diferencia de otras experiencias latinoamericanas (como la chilena), el Derecho y Desarrollo en Brasil tuvo poco efecto directo en la promoción de los derechos humanos o la defensa del interés público – o incluso, por parte del CEPED, en la reestructuración en gran escala de la educación y la investigación jurídicas (Dezalay y Garth, 2002)⁵. Por otra parte, los académicos del Derecho y Desarrollo han tomado conciencia del autoritarismo político en torno a los proyectos de modernización económica dirigidos por el Estado⁶.

La crónica de los fracasos anunciados en Derecho y Desarrollo registró algunas causas en su necrología. La asistencia para el desarrollo jurídico tiene por objeto empoderar a los ciudadanos y proporcionarles instrumentos para mejorar la protección de la libertad individual, las oportunidades y los métodos de participación política y la promoción de la igualdad social. La racionalidad compartida cuyo progreso se esperaba se había visto truncada por las formas institucionales en las que se traducían esos ideales. Podríamos redibujar estas pérdidas en la traducción por referencia a tres conjuntos de problemas.

⁴ Esta fue en realidad la conclusión presentada por Unger como un observador independiente en la evaluación de ese programa (como fue citado por Gardner, 1980: 79-80).

⁵ Sobre los economistas y politólogos brasileños “producidos” en los Estados Unidos, véase Dezalay y Garth (2002: capítulo 6). Según los autores, el éxito de estas nuevas élites profesionales contrasta con el fracaso del *Law and Development* en la reforma de la educación jurídica.

⁶ Véase el informe de Steiner y Trubek (1971) sobre la dictadura militar brasileña. Véase también Unger (1990 [1977-1990]; 1987: 67-79) y Faria (1988: 124-135).

El primero tiene que ver con la brecha entre la consideración normativa de la modernidad – y su realización empírica en el Atlántico Norte según las autodescripciones filosóficas y sociológicas – y los efectos adversos y no deseados en el proceso empírico y contextual de la modernización. En las prácticas de modernización jurídica y en los proyectos de apoyo al desarrollo económico, el problema de la modernización se ha eludido gracias a las pobres soluciones de copia institucional propuestas por los estudiosos autoengañados mediante la propia idealización de sus modelos nativos de “estado de derecho” y “legalidad liberal”. La imagen comienza con el Estado como centro de la formulación de normas para el autogobierno, la coercitividad de las normas jurídicas sobre el comportamiento individual, el diseño de normas para lograr los propósitos sociales y para dar efecto a los principios sociales – todo ello implicando a individuos libres e iguales y expresando su voluntad común. El problema es sólo la eficacia de las normas, pero se resuelve diariamente por las autoridades legales que aplican, interpretan y cambian las normas de manera universal e impersonal. Y así se logran los fines previstos. Para promover el desarrollo en el tercer mundo, este mecanismo jurídico inclusivo, abstracto y no discriminatorio es suficiente. Promoverá la reingeniería social y reemplazará las formas “premodernas” del derecho consuetudinario o “informal”. La profesión legal, que representa el interés público, no privilegios arraigados, es la vanguardia. ¿El problema? Nada de esto era realmente el caso incluso en los países “desarrollados”; el tipo-ideal estaba demasiado idealizado.

Un segundo conjunto de problemas se refiere a la visión profesada de progreso, una consideración optimista de refuerzo natural entre procesos que, buenos en sí mismos, deberían generar una retroalimentación positiva para cada uno de ellos. La modernización debería ser la consecuencia de la transformación jurídica para apoyar la industrialización, y la industrialización, la urbanización y todo el progreso material deberían sostener automáticamente más oportunidades, democratización y libertad personal. El crecimiento material se “desbordaría” en la libertad política. La autocrítica de Derecho y Desarrollo hace hincapié en la fe en un conjunto de poderes de derecho liberal para hacer que el gobierno sea eficiente y limitado, la ciudadanía activa y libre, y las decisiones racionales y con buenos efectos distributivos. Sin embargo, los resultados reales han mostrado las múltiples consecuencias involuntarias y contraproducentes de las reformas: la

especialización de la profesión jurídica y la modernización del derecho pueden promover la desigualdad en lugar de la inclusión, estrechando los caminos hacia el conocimiento y los servicios jurídicos; el instrumentalismo jurídico y la dispensa del formalismo pueden hacer que el derecho sea más manipulable por el Estado, pero menos protector de la ciudadanía; la formación de abogados de élite puede socavar las reformas estructurales identificadas como necesarias, ya que es probable que esos abogados defiendan los intereses más poderosos contra esas reformas; la asistencia letrada puede aumentar el acceso a los tribunales, pero ello no eliminará las desigualdades en las normas que se han de aplicar, y los tribunales y los abogados pueden no ser capaces de promover los cambios necesarios en la legislación – o los cambios pueden ser rápidamente revertidos y contenidos.

Un tercer atributo se refiere al supuesto implícito: es el sesgo etnocéntrico y antiexperimentalista de las misiones reformistas. El experto diseñaría un plan de reforma trazando lo que en el derecho subdesarrollado era diferente del paradigma desarrollado y proponiendo luego las medidas técnicas para corregir esas distorsiones. Las formas locales de estado, la regulación legal y las distinciones sociales serían desviaciones que no se tienen en cuenta a efectos analíticos, o algo que desaparecería automáticamente.

Esta última característica fue un punto ciego en las primeras empresas reformistas imaginadas por los juristas, pero ha sido cada vez objeto de mayor observación y crítica. La contextualidad y el experimentalismo, especialmente, son evidentes en la reactivación de los estudios y políticas de Derecho y Desarrollo (Trubek; Sousa Santos, 2006; Trubek, 2006 [2003]; 2012; Tamanaha, 2011)⁷. Por una parte, a la primera oleada de estudios sobre el Derecho y Desarrollo siguió la reanudación del tema por las organizaciones financieras internacionales, como el Banco Mundial, en el decenio de 1990. Al tiempo que daban nuevo impulso a los discursos sobre los derechos humanos, el desarrollo como libertad y democracia, estas organizaciones promovían una interminable propaganda sobre el “estado de derecho”, las “instituciones” y los acuerdos “favorables al mercado”, centrándose en la

⁷ Véase Dezalay y Garth (2002: cap. 10 y 11) sobre el contexto más amplio, incluido el auge paralelo de cierta semántica jurídica y económica en el mundo académico estadounidense (Estudios Críticos del Derecho, los derechos humanos, el Análisis Económico del Derecho, la Nueva Economía Institucional), el Banco Mundial y el papel de los economistas en la dirección de las reformas institucionales hacia la democracia y el mercado en América Latina.

globalización de un derecho privado (y sus pilares constitucionales) capaz de proteger la inversión extranjera y proporcionar certidumbre jurisdiccional (el mensaje mesiánico de la nueva economía institucional). Por otra parte, los antiguos dirigentes de Derecho y Desarrollo se mostraron críticos con este evangelio de que, copiando las instituciones específicas de los países ricos (concebidas como las más eficientes y mejores posibles), el resto también se enriquecería. En este discurso se descuidó la indeterminación institucional, así como las fricciones entre el libre mercado y la política libre (democracia), la eficiencia y la igualdad, la seguridad jurídica y los requisitos de plasticidad para la adaptación al cambio. Para reconocer estos hechos, los estudios e intervenciones tendrían que partir de una visión contextual del derecho, teniendo en cuenta las tendencias culturales, políticas y asociativas propias de cada región; y luego combinar los agentes públicos y privados, incluidos los organismos de apoyo “intermediarios”, en engranajes de cooperación iterativos, flexibles y transparentes. En todo caso, en definitiva, el desarrollo es el resultado tanto de incitaciones intencionales como de cambios incontrolables de larga duración, de una multiplicidad de sistemas, que no se pueden captar como simples causalidades, invariantes históricas o deducciones de un régimen, una mentalidad o una tradición jurídica determinada.

Estas autocríticas del Derecho y Desarrollo ciertamente resuenan con problemas en las mismas teorías económicas del desarrollo. Se puede decir que la comprensión del “subdesarrollo” como un proceso distintivo de las periferias de la modernidad, paralelo a la dinámica del crecimiento y el desarrollo en el centro, mantiene una explicación de las “estructuras profundas” (o “fetichismo estructural”), aunque se hace más elástica y desesperada. En consonancia con las teorías estadounidenses tradicionales de modernización (Joas & Knöbl, 2009 [2004]: cap. 13), las teorías liberales de crecimiento económico, a su vez, prescinden de supuestos más elevados de imaginación sociológica y comprenden el camino más o menos estrecho hacia el crecimiento económico como resultado de las pruebas proporcionadas por la selección histórica – una convergencia hacia el mejor conjunto de instituciones y prácticas (“fetichismo institucional”⁸), que los países

⁸ Sobre los conceptos de “fetichismo estructural” y “fetichismo institucional”, véase Unger (2004 [1996], pág. 16-21, 159-160).

desarrollados han aprendido y pueden amablemente enseñar a los rezagados. Es como si las fórmulas de gobierno democrático, sociedad libre y economía de mercado fueran evidentes en sus traducciones en términos de sistemas de gobierno y sistemas electorales, derecho privado y marcos reguladores.

Pero la búsqueda de una región de coincidencia (siempre inestable) entre las exigencias del crecimiento, la inclusión y la libertad es un problema de la combinación falible de los diferentes perfiles institucionales de los derechos, y no simplemente el resultado automático de la copia de algún atributo de un modelo dogmático de legalidad liberal. El propio Unger (citado por Gardner, 1980: 119-122) señaló que:

(...) aunque las teorías liberales del derecho presentan la tensión entre la legalidad formal y el gobierno autoritario y afirman las virtudes democráticas de un sistema jurídico autónomo, la experiencia demuestra que la autonomía jurídica – en particular en algunas ramas seleccionadas – puede servir para las funciones de estabilización de los gobiernos autoritarios y de legitimación del poder dictatorial como un orden normativo impersonal.

3. Pluralismo jurídico

Las dos vías paralelas de las teorías del crecimiento económico y del desarrollo (Arnt, 1987) explican el hecho de que no se reconozca la profundidad con que la sociedad moderna se materializa estructural y semánticamente como sociedad mundial. El primer conjunto de teorías, como la de las etapas de crecimiento de Rostow, era una especie de observación del progreso económico de los países ricos, una auto-observación del norte. Reprodujo la ambición omnipresente de que el Atlántico Norte comparte una dignidad especial, una calidad de cultura e instituciones que justifica el éxito de estos países y su papel mesiánico para señalar el camino a seguir. Las otras teorías – de desarrollo y subdesarrollo (el “estructuralismo” desarrollado en torno a la Comisión Económica para América Latina - CEPAL/ONU) – presentaban una autodescripción insurgente del mundo desde el punto de vista del sur.

Si la visión admitida del Derecho y el Desarrollo era una especie de “fetichismo institucional” (la tesis de la convergencia de las teorías y los proyectos de modernización), algunos de los críticos de ese movimiento partían de un “fetichismo estructural” (la visión marxista de los modos de producción), considerando que los apologistas del Derecho y Desarrollo eran misioneros de un intento imperialista de salvar al tercer mundo del comunismo. Apoyando esta crítica, algunos vieron el camino hacia el tercer mundo no alineado en el desarrollo de un pluralismo jurídico espontáneo proveniente de los oprimidos. Escapando del formalismo y de la legalidad liberal, esta contracorriente del derecho popular llegó a una solución en sí misma no exenta de defectos. Si la corriente principal de Derecho y Desarrollo ejemplifica una comprensión de cómo traducir los objetivos de la economía en derecho, el camino del pluralismo jurídico ilustra la concepción de un régimen de derechos anclado en la cultura y el conocimiento local.

Una de las investigaciones desarrolladas entre 1970 y 1973 en el marco del programa de Derecho y Modernización de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, financiado por el Departamento de Estado de los Estados Unidos (y por la Fundación Ford), transgredió los límites de esa línea al estudiar no las actitudes de los pobres hacia la ley estatal (y su inclusión a través de iniciativas de asistencia jurídica gratuita y acceso a la justicia), sino la creación de un sistema jurídico propio en las zonas urbanas periféricas, en un país en vías de industrialización, durante una dictadura militar (Sousa Santos 2014a [1973]; 2014b). El *law and modernization* sostenía que el cambio de la institucionalidad jurídica era esencial para la modernización de las “sociedades en desarrollo”, lo que podría traducirse en la integración del “tercer mundo” en la racionalidad jurídico-formal del “capitalismo” (para utilizar los términos de la guerra fría). Sin embargo, en su tesis doctoral presentada en Yale en aquél mismo programa, el académico portugués Boaventura de Sousa Santos destacó que su investigación en una favela de Río de Janeiro había revelado la creación de una para-institucionalidad: un orden jurídico en sí mismo, que, reaccionando a la ineficacia del orden jurídico estatal en ese espacio, se centró en las actividades de ratificación de acuerdos jurídicos y mediación de controversias, que eran realizadas por la asociación de residentes de esa comunidad. Por un lado, ese orden había creado su propia legalidad donde para la ley estatal sólo había ilegalidad: de la propiedad, de los derechos de

los vecinos y de la construcción. Por otro lado, había sustituido a las mediaciones informales llevadas a cabo en la comunidad y al simple recurso a la violencia. Al no poder imponer sanciones, la asociación de residentes sólo amenazaba con apelar a la policía o a la ley estatal. Pero había creado una retórica de la extraoficialidad, importando selectivamente las formalidades del derecho estatal, combinándolas con la moral y el lenguaje populares, y desarrollando formas de argumentación capaces de conducir a una solución consensuada de las disputas y generar cierta confianza en las expectativas. Aprovechando sus estudios de tópica y retórica en Alemania, el autor llegó a encontrar estos nobles modos de argumentación jurídica donde menos se podía esperar.

Esta renovación del pluralismo jurídico (cuya elaboración clásica se encuentra en Ehrlich, 1936 [1913]) tuvo en cuenta el hecho de que, en el derecho estatal moderno, no existía un orden jurídico de corporaciones ni un orden colonial, indígena o revolucionario, sino un orden igualmente moderno de las relaciones jurídicas, con isomorfismos con el derecho estatal, aunque con su propia concatenación de la atribución del código legal/legal⁹. En cualquier caso, se invoca el pluralismo jurídico como un orden anclado en una cultura propia, aunque esté inserto en la modernidad urbana e industrial. Pero, ¿no plantearía también problemas este derecho informal, retórico, no profesional, razonable y participativo? ¿No sería la delegación tácita al derecho local, abandonando la solución de las controversias a una cultura aparte, una negación de las garantías del estado de derecho y del debido proceso a esta parte más vulnerable de la población?

De hecho, las favelas son la inclusión de los excluidos: un símbolo del proceso de modernización a través de la migración del campo a la ciudad, de los pueblos aislados a las grandes ciudades, y también un símbolo de la falta de un estado social, o de cualquier estado. Plantean dificultades especiales para el funcionamiento de los sistemas funcionales (con la ayuda de las redes de protección social) porque son un orden de dominación y

⁹ Durante los decenios siguientes, este rescatador del pluralismo jurídico fusionaría ese enfoque con una visión retórica del nuevo lema progresista -los derechos humanos- como discurso de movilización de los movimientos sociales que proponían una “globalización desde abajo”. Véase, por ejemplo, Sousa Santos (1999). Para él, el entendimiento de Unger (2004 [1996]) de utilizar el análisis jurídico para la imaginación institucional – y luego construir las alianzas políticas para avanzar en las reformas propuestas- sería una inversión completa del orden de las cosas. Este enfoque “es tan intelectualmente inteligente como políticamente vacío” (Sousa Santos, 2002 [1995]: 18, nota 30).

sociabilidad en el que los diversos niveles sistémicos no están claros (interacciones, organizaciones, sistemas funcionales) y la diferenciación funcional (familia, economía, política, derecho) está colapsada. En este contexto, en el que la acción y la experiencia son más indiferentes a la ley que al ilícito intencional, Luhmann (1998 [1994]: 191, nota 58) observó que el mencionado tipo de autodescripción del pluralismo jurídico representa una “visión demasiado romántica de la situación existente” y que “lo que se encuentra allí es más bien una violencia discrecional no utilizada”. Antes de él, Marcelo Neves (2003 [1993]; 2008 [2000]: 255-256) había señalado que esos contextos muestran una “miscelânea” de códigos sociales que evitan la autorreferencia del derecho, haciendo que sus usos simbólicos manifiestos dependan de suposiciones tácitas sobre la necesidad y la violencia, nunca conformadas por una red estable de expectativas normativas generalizadas. Dos décadas después de la investigación de Sousa Santos, sociólogos jurídicos brasileños (Junqueira; Rodrigues, 1992) visitaron otras favelas de Río de Janeiro: ahora comandadas no tanto por asociaciones de residentes, sino principalmente por el crimen organizado y el tráfico de drogas, junto con la arbitrariedad policial.

Al estilo de la teoría de sistemas, Gunther Teubner (1997: 7-8) siguió aquella nueva ola de pluralismo jurídico, observando la aparición de un derecho mundial “formado por colectivos invisibles, mercados y departamentos invisibles, comunidades profesionales invisibles, redes sociales invisibles que trascienden las fronteras territoriales y, sin embargo, presionan la aparición de formas genuinamente jurídicas”. Las vanguardias especializadas en economía y ciencia, por ejemplo, generan sus propias normas, formas de sanción y arbitraje. La réplica de Neves (2001) fue la misma: las diversas formas de pluralismo jurídico – local o mundial, de poblaciones vulnerables o de empresas transnacionales, el pluralismo de los pobres asediados o el pluralismo de las elites cosmopolitas – pueden representar, frente al ordenamiento jurídico estatal, pautas de sub y sobreinclusión y corren el riesgo de crear estructuras opresivas inmunizadas internamente contra la intervención externa. Los grupos subincluidos y sobreincluidos (Neves, 2005) pueden liberarse de los límites del estado de derecho, disociándose selectivamente de sus beneficios mediante el desarrollo de una institucionalidad paralela.

Otra investigación en la que participó Boaventura de Sousa Santos en Brasil se centró en los conflictos de propiedad urbana en Recife. En el equipo coordinado por el sociólogo y jurista Joaquim Falcão, había nombres destacados en la teoría y la sociología del derecho brasileño, como Tércio Sampaio Ferraz Júnior y José Eduardo Faria. Roberto Mangabeira Unger estaba en el mismo equipo, en ese momento plenamente comprometido en la academia americana como uno de los exponentes de los Estudios Jurídicos Críticos. Las observaciones de Unger (2008 [1984]) pusieron de relieve las variables políticas internas que configuran la autonomía de los grupos sociales y permiten su autoorganización jurídica. Así pues, en primer lugar, la forma en que se construya el derecho dependerá del nivel de autoorganización popular, de la fuerza de la asociación de residentes, para superar la ausencia de poder público, pero también para tener independencia del apoyo clientelístico. Segundo: ¿cómo interpretan los propios participantes estos conflictos de propiedad? El propietario ve esa tierra como un activo, desea la seguridad jurídica, el cumplimiento de la ley, la reposición. El ocupante quiere que se le reconozca el usufructo, y ve su casa como una vivienda, un bien esencial para la supervivencia. Tercer punto: el derecho oficial puede tener diferentes relaciones con el derecho de los residentes: puede ignorarlo y pasar por encima de él, pero puede incluso aprender de él (de la misma manera que la legalidad precaria y paralela importa ciertas normas y procedimientos del derecho estatal).

Por lo tanto, en situaciones de gran asimetría de poder, como ya se ha señalado en la sociología jurídica estadounidense (Abel, 1979), la deslegitimación de las situaciones y la remisión de los conflictos a una solución espontánea mediante órdenes paraestatales puede significar un grave refuerzo de las opresiones. En palabras de Unger (2017 [2015]: 82), el pluralismo jurídico implica la apertura de las fuentes de derecho “desde abajo”, pero no dispensa de la producción de derecho por el gobierno democrático; “a falta de una profundización de la democracia, el pluralismo jurídico implica el retorno del poder a las diversas jerarquías de ventajas y ciudadelas de sometimiento que marcan, en mayor o menor grado, todas las sociedades existentes hasta hoy”.

4. Neoconstitucionalismo y derechos humanos

En los decenios de 1970 y 1980, el pluralismo jurídico en Brasil se amalgamó con otras semánticas “críticas”, diversas del movimiento estadounidense de Estudios Críticos del Derecho (para el cual el tema del pluralismo jurídico nunca fue central, considerando sobre todo la explotación de las indeterminaciones y contradicciones del derecho estatal). En Brasil y América Latina, el “derecho alternativo” se refería a otro derecho, a un ordenamiento jurídico comunitario no estatal. El “uso alternativo del derecho” significaba ver las lagunas jurídicas y las antinomias en la legislación, junto con los llamamientos a la “función social”, como combustible para las interpretaciones progresistas, si no militantes. El “positivismo del combate” consistía en preferir una interpretación “legalista”, literal o “formalista” si beneficiaba a la parte más vulnerable (Oliveira, 2003).

Estos discursos “insurgentes” se unieron gradualmente y dieron paso a la invocación de los derechos constitucionales y humanos. En Brasil, la semántica de los derechos humanos se profundizó en los decenios de 1970 y 1980 gracias al papel preponderante del Colegio de Abogados y a la alianza entre la religión y la política en el país¹⁰; en este ámbito, la Iglesia Católica fue el epicentro más popular de la lucha contra los abusos de la dictadura (torturas, desapariciones, asesinatos) y a favor de la redemocratización. En 1992 el sistema jurídico brasileño promulgó e internalizó los Pactos de las Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (lanzados en 1966 y en vigor internacionalmente desde 1976), así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (lanzada en 1969 y en vigor internacionalmente desde 1978).

Las raíces históricas siempre se definen e inventan de manera contingente, y el mismo “linaje cultural” puede ser reformateado de maneras contrastantes. La historia de las reversiones en la semántica de los derechos está llena de ejemplos. Una de estas reversiones es la traducción de la idea monoteísta de los derechos humanos como el lema y la

¹⁰ Dezalay y Garth (2002: 142-3, 153-9) destacan el papel de los actores nacionales en el sostenimiento de la causa de los derechos humanos en el Brasil; además del Colegio de Abogados y la Iglesia Católica, hubo apoyo de Amnistía Internacional y la Fundación Ford a los científicos sociales. La sucesiva reconstitución fue impulsada por compromisos entre estos nuevos discursos y los actores y juristas tradicionales. Sobre la relación entre la religión y la política en el Brasil, véase Unger (1999).

herramienta del compromiso progresivo de la Iglesia Católica Romana a finales del siglo XX en América Latina. Un importante sector de esta iglesia tuvo una importante intervención en la movilización de la sociedad civil contra las dictaduras militares que gobernaron muchos de los países de la región (Moyn, 2010). Reflejando la autocomprensión de los defensores de los derechos humanos católicos brasileños, uno de los principales juristas presentó su evaluación de la “afirmación histórica de los derechos humanos” e identificó con precisión su origen en la “era axial” (entre los siglos VIII y II a.C.), cuando los seres humanos habrían comenzado a ser considerados esencialmente iguales, con los atributos de la libertad y la razón (Comparato, 2010 [1999]). La tesis de la “era axial” había sido propuesta por Karl Jaspers para localizar el origen de las ideas filosóficas y religiosas que siguen siendo las más influyentes hasta el día de hoy, incluyendo la filosofía griega y el advenimiento del monoteísmo semítico, comenzando con el judaísmo y continuando con el cristianismo y el islam. En palabras de Unger (2014: 450), esta tesis fue:

(...) en parte inspirada por el deseo del autoproclamado partido de la Ilustración en el mundo del Atlántico Norte, desde la Segunda Guerra Mundial hasta hoy, siempre dispuesto a verse a sí mismo como los amigos asediados de la razón, en la invención de una genealogía para sí mismo.

El objetivo era encontrar algún espacio para la coexistencia entre la religión contenida en la razón por un lado y los humanistas seculares y los pensadores críticos por el otro. Así pues, si bien estas creencias religiosas han sido decisivas en la historia junto con sus puntos de vista modernos y seculares en las ideologías del liberalismo y el socialismo, es sorprendente observar cómo estos lejanos orígenes de nuestro mundo son en realidad una reivindicación reciente del patrimonio intelectual. Después de la disputa política, su racionalización: junto a la ya mencionada interpretación católica de los derechos humanos en Brasil, otra versión fue la judía (Lafer, 1988), argumentando que los derechos humanos nacieron como reacción a la negación de la ciudadanía a las víctimas del genocidio y el totalitarismo, empezando por los nazis.

En cualquier caso, el entendimiento prevaleciente en Brasil era que los derechos humanos y la Constitución de 1988 comparten un espíritu común y que el derecho internacional y el derecho constitucional se refuerzan mutuamente para promover la misma causa. De hecho, esta semántica también toma sus límites y adquiere connotaciones especiales del contexto histórico nacional; su cristalización se consumó con la movilización “desde abajo” – contra la dictadura y a favor de las elecciones presidenciales directas – y los pactos “desde arriba” (O’Donnell y Schmitter, 2003 [1986]). Se trata, en efecto, de un consenso tardío sobre los derechos humanos y fundamentales, una metamorfosis de la semántica y sus usos, si consideramos que, si bien durante la mayor parte del siglo XX la atención se centró en los “derechos sociales” (y, bajo las dictaduras, en la recuperación de los derechos civiles y políticos), todavía en la década de 1940 un líder fascista (integralista) pudo mostrar su alineamiento con las raíces cristianas de la Declaración Universal en un libro sobre los Derechos y Deberes del Hombre (Salgado, 1950 [1948]). Después de todo, en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial la semántica de los derechos humanos tuvo como una de sus principales bases de difusión una concepción conservadora y corporativista del catolicismo (Moyn, 2015).

Volviendo a los años 80: junto a los pluralistas, había quienes apostaban por el poder central, por la construcción del Estado social (si no del socialismo), tanto más si este modelo podía afianzarse en una nueva y progresiva constitución para el país. Desde el decenio de 1990, en la cultura jurídica imperante saldrían cada vez más a la luz los “instrumentalismos”, los “alternativismos” y los “pluralismos”. Pero la redemocratización y la reconstitucionalización mantuvieron viva la fe y proporcionaron una nueva idolatría: el constitucionalismo. La teoría de la “constitución dirigente” (Canotilho, 2001 [1982]) ganó corazones y mentes. La economía había sido abordada por el Derecho y Desarrollo, la cultura había sido tratada por el pluralismo jurídico, y ahora la democracia sería potenciada poniendo algunas normas jurídicas fuera del alcance de la política diaria y por encima de la discreción de los legisladores ordinarios.

Un debate familiar en el derecho brasileño ayuda a subvencionar la hipótesis de que ideas similares continuaron, metamorfoseadas, para persistir en la recepción de teorías de

principios constitucionales y similares, dominantes en los años 2000. El primer paso es una modificación en la idea de eficacia en el derecho, al examinar la eficacia o aplicabilidad de las normas constitucionales. No se trata del hecho empírico de que se siguen o se imponen a quienes las violan, sino de los efectos “internos” que una norma válida produce en el resto del ordenamiento jurídico, que adquiere una dimensión extraordinaria dada la superioridad de la constitución en la jerarquía normativa. Entre las normas válidas, estarían aquellas que produjeran todos sus efectos desde el principio, invalidando las normas contrarias y activando la sanción de la conducta desviada. Las normas de organización, órganos y procedimientos dependerían de la aplicación administrativa de estos medios para que se pudiera cobrar su ejecución. Sin embargo, la categoría de clasificación más importante es otra: la de las “normas programáticas”¹¹. En él, los derechos sociales – a la educación, la salud, etc. – son considerados como propósitos a alcanzar en un estado remoto de cosas. Sin embargo, no son meras declaraciones de buenas intenciones, normas sin “juridicidad”: prohíben las medidas que van en contra de esos fines. Cuatro décadas más tarde, una crítica llegó a la conclusión de que todas las normas son de “eficacia limitada” (Silva, V. A., 2010 [2005], inspirado en la teoría de principios de Alexy (2008 [1986]), ya que dependen de medidas empíricas. No es sorprendente, sin embargo, que el viejo debate sobre las “normas programáticas” se haya actualizado con referencia a los principios constitucionales, los juicios de proporcionalidad (con el juicio sobre los medios, es decir, las políticas públicas, adecuadas y suficientes para lograr los fines, es decir, los derechos) y fórmulas como la “prohibición de la regresión social”. A pesar del valor argumentativo de estas fórmulas en el ámbito judicial, reducir el debate constitucional a estas cuestiones es esperar de la interpretación de los derechos en los tribunales un cambio estructural que sólo puede venir, si es que viene, del apoyo político y de la aplicación administrativa de las reformas institucionales que abordan directamente la economía, la educación, la salud, etc. Esperar una fuerza extraña por la cual las normas legales se realizan en el mundo por su imperativo y autoridad moral, concretizando su juridicidad, parece demasiado idealista. Querer oponer la ley a la política, cuando catalizarla es la única vía posible para esa “realización” de los derechos – el acceso a los “bienes de la vida” que indican – exige de manera realista.

¹¹ Con esta categoría, Silva, J. A. (2007 [1967]) se inspiró en el jurista Vezio Crisafulli (adepto del fascismo, convertido más tarde al socialismo), proponiendo una alternativa a la distinción entre normas autoejecutables y no autoejecutables de Cooley (1903 [1896]). Ver la crítica de Bercovici (2009: 404-410).

Después de todo, más que “el derecho a la salud”, “el derecho a la educación”, “el derecho a la vivienda”, la gente quiere (los servicios de) salud, educación, vivienda, etc.

Ese idealismo en la semántica normativa – conectado con una obsesión por la interpretación moralizante en la enseñanza jurídica – tuvo su contrapartida, es cierto, en las notables innovaciones institucionales en relación con los procedimientos, recursos y organizaciones destinados a aplicar la constitución y los intereses colectivos y difusos procedentes del nuevo ordenamiento jurídico. Sin embargo, la oscilación de la cultura constitucional que prevalece en Brasil queda ilustrada por la brecha entre el (neo)constitucionalismo, el interpretativismo y la judicialización, por un lado, y la mentalidad administrativa, centrada en las políticas públicas, por el otro. El distanciamiento mutuo entre estas dos partes es una prueba de la falta de un enfoque jurídico de la producción y el funcionamiento de las instituciones en la cultura constitucional del país. Al mismo tiempo, las sucesivas experiencias han denunciado la insuficiencia de un enfoque estrecho centrado en los textos de las normas, lo que indica la conveniencia de una visión de las normas complejas inmersa en las expectativas y las estructuras sociales.

5. Conclusión

Durante los decenios de 1960 y 1970, los estudiosos del norte con banderas de Derecho y Desarrollo, modernización y pluralismo jurídico observaron a Brasil desde un contexto intelectual particular de renovación de las facultades de derecho en los Estados Unidos. Junto con el *law and development*, este contexto generaría una nueva ola de estudios de sociología jurídica (el movimiento *Law and Society* – véase Friedman, 1986; Trubek, 1990) y también el movimiento *critical legal studies*. Todos estos “movimientos” fueron sobre todo líneas de investigación en el ámbito académico y/o en organismos públicos o privados. Sólo el movimiento de derechos humanos tomaría, desde el decenio de 1970, el camino de un movimiento social, y luego ganaría las facultades de derecho.

En el lado europeo, teorías como la sociología sistémica de Luhmann entraron en las facultades de derecho de la Universidad de São Paulo y de la Universidad Federal de

Pernambuco. Especialmente en la última década de la vida de Luhmann (década de 1990), el autor tuvo su teoría internamente enfrentada a críticas provenientes especialmente de la teoría y la sociología del derecho y la constitución – con la exigencia de establecer bases empíricas compatibles con su pretensión de construir una teoría de la sociedad mundial, no sólo del noroeste global, la modernidad central o el Atlántico Norte (Luhmann, 2018 [1992]; véase Ribeiro, 2013). Al final, Luhmann (2002 [1990]: 193) consideró que:

(...) la sociedad mundial no puede ser descrita desde Frankfurt. ¿Podría ser observado desde Río de Janeiro, Recife o São Paulo? ¿O el derecho, como sistema autorreferente protegido de la instrumentalización política y económica, seguiría siendo una “anomalía europea” (Luhmann, 2004 [1993]: 490; véase críticamente Amato, 2020)?

En consonancia con algunas esperanzas y lecciones recogidas en la observación de esos diversos movimientos teóricos importados y recibidos en Brasil, durante el decenio de 1980, el foco de atención de los juristas brasileños se centró en la reconstitucionalización del país, que culminó en la constitución de 1988. La amplia constitucionalización de los derechos civiles y sociales llevó al derecho constitucional brasileño a revisar viejas tradiciones sobre “normas programáticas” y a importar doctrinas de su antigua metrópoli, con su “constitución dirigente” de 1976. Sin embargo, todo esto fue contrastado por las reformas constitucionales que desmantelaron el modelo desarrollista organizado por el constituyente original y reorientaron el Estado en el curso neoliberal. En el derecho procesal, las innovaciones en los órganos, procedimientos y recursos para controlar la constitucionalidad y defender los intereses colectivos y difusos fluyeron finalmente en paralelo con la importación de la teoría idealista del derecho, fundada en los relatos morales de los principios y políticas públicas. Estas teorías –desarrolladas desde el decenio de 1960 por Dworkin en los Estados Unidos y acogidas por Alexy en Alemania en el decenio de 1980 – se consideraron un avance hacia el “positivismo” (siguiendo la nomenclatura propuesta por los juristas ibéricos, europeos y latinoamericanos - véase Neves, 2013 [2011]: cap. 4) y, por lo tanto, como una ruptura con la tradición normativa de Kelsen tan presente en la educación jurídica latinoamericana (López Medina, 2016 [2009]; Campilongo, 2011). La ampliación de los instrumentos procesales, la apertura de la legitimación para actuar a nuevos actores jurídicos y esta nueva semántica teórica y

hermenéutica reforzaron el control judicial de la constitucionalidad, especialmente por parte del Tribunal Supremo Federal. Sin embargo, la visión centrada en la norma y en los bloqueos del derecho y de los jueces a los administradores y políticos no ha sido capaz de proporcionar un pensamiento jurídico orientado a la construcción y la reforma institucional, capaz de abordar de frente las reformas estructurales que debe procesar el sistema político.

Referencias bibliográficas

- Abel, Richard L. (1979). "Delegalization: a Critical Review of its Ideology, Manifestations, and Social Consequences", en: Blakenburg, Erhard; Klaus, Ekkehard; Rottleuthner, Hubert (eds.), *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band VI*, Berlin, Westdeutscher, pp. 27-47.
- Amato, Lucas Fucci. (2020). "Still a European Anomaly? Theses on Luhmann, Functional Differentiation, World Society and the Legal System", en: Barros, Marco Antonio Loschiavo Leme de; Amato, Lucas Fucci; Fonseca, Gabriel Ferreira da (eds.), *World Society's Law: Rethinking Systems Theory and Socio-legal Studies*, Porto Alegre, Fi, pp. 71-118.
- Alexy, Robert. (2008 [1986]). *Teoria dos direitos fundamentais*, traducción de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros.
- Arndt, Heinz Wolfgang. (1987). *Economic Development: the History of an Idea*, Chicago, University of Chicago Press.
- Bercovici, Gilberto. "Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na Era Vargas (1930-1964)", en: Fonseca, Ricardo Marcelo; Seelaender, Ailton Cerqueira (Orgs.), *História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade*, Curitiba, Juruá, pp. 375-414.
- Campilongo, Celso Fernandes. (2011). "Kelsen, o positivismo e o ensino do direito nos anos 70", *Direito e diferenciação social*, São Paulo: Saraiva, pp. 32-45.
- Canotilho, José Joaquim Gomes. (2001 [1982]). *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, 2 ed. Coimbra, Coimbra.
- Comparato, Fábio Konder. (2010 [1999]). *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 7 ed., São Paulo, Saraiva.
- Cooley, Thomas M. (1903 [1896]). *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the States of the American Union*, 7 ed., Boston, Little Brown.
- Dezalay, Yves & Garth, Bryant G. (2002). *The Internationalization of Palace Wars: Lawyers, Economists, and the Contest to Transform Latin American States*, Chicago, University of Chicago Press.
- Ehrlich, Eugen. (1936 [1913]). *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, traducción de Walter L. Moll, Cambridge, MA, Harvard University Press.

- Faria, José Eduardo. (1988). *Eficácia jurídica e violência simbólica: o direito como instrumento de transformação social*, São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo.
- Friedman, Lawrence M. (1986). "The Law and Society Movement", *Stanford Law Review*, Stanford, Vol. 38, No. 3, pp. 763-780.
- Gardner, James A. (1980). *Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*, Madison, University of Wisconsin Press.
- Kalman, Laura. (2005). *Yale Law School and the Sixties: Revolt and Reverberations*, Chapel Hill, University of North Carolina Press.
- Kennedy, David. (2013). "Law and Development Economics: Toward a New Alliance", en: Kennedy, David & Stiglitz, Joseph E. (Eds.), *Law and Economics with Chinese Characteristics: Institutions for Promoting Development in the Twenty-first Century*, Oxford, Oxford University Press, pp. 19-70.
- Joas, Hans & Knöbl, Wolfgang. (2009 [2005]). *Social Theory: Twenty Introductory Lectures*, traducción de Alex Skinner, Cambridge, Cambridge University Press.
- Junqueira, Eliane Botelho & Rodrigues, José Augusto de Souza. (1992). "Pasárgada revisitada", *Sociologia, problemas e práticas*, No. 12, pp. 9-17.
- Lacerda, Gabriel; Falcão, Joaquim & Rangel, Tânia (Orgs.). (2012). *Aventura e legado no ensino jurídico; Adventure and Legacy in Legal Education*, Rio de Janeiro, FGV Direito Rio.
- Lafer, Celso. (1988). *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo, Companhia das Letras.
- López Medina, Diego. (2016 [2009]). "Por que falar de uma "Teoria Impura do Direito" para a América Latina?", *Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/UFRGS*, Vol. 11, No. 1, pp. 3-49.
- Luhmann, Niklas. (2018 [1992]). "Prefácio à edição alemã", en: Neves, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*, traducción de Antônio Luz Costa, São Paulo, WMF Martins Fontes, pp. xvii-xxii.
- Luhmann, Niklas. (2004 [1993]). *Law as a social system*, Oxford, Oxford University Press.
- Luhmann, Niklas. (2002 [1990]). "I See Something you Don't See", *Theories of Distinction: Redescribing the Descriptions of Modernity*, traducción de Joseph O'Neil e Elliott Schreiber, Stanford, Stanford University Press, pp. 187-193.

- Luhmann, Niklas. (1998 [1994]). “Inclusión y exclusión”, *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*, traducción de Josetxo Berian e José María García Blanco, Madrid, Trotta, pp. 167-195.
- Moyn, Samuel. (2015). *Christian Human Rights*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press.
- Moyn, Samuel. (2010). *The Last Utopia: Human Rights in History*, Cambridge, MA, Harvard University Press.
- Neves, Marcelo. (2013 [2011]). *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, São Paulo, WMF Martins Fontes.
- Neves, Marcelo. (2008 [2000]). *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*, 2 ed., São Paulo, Martins Fontes.
- Neves, Marcelo. (2005). “Between Under-Integration and Over-Integration: not Taking Citizenship Seriously”, en: Souza, Jessé & Sinder, Valter (Eds.), *Imagining Brazil*, Lanham, Lexington, pp. 61-90.
- Neves, Marcelo. (2003 [1993]). “From Legal Pluralism to Social Miscellany: the Problem of the Lack of Identity of the Legal Sphere(s) in Peripheral Modernity and its Implications for Latin America”, *Beyond Law*, No. 26, pp. 125-154.
- Neves, Marcelo. (2001). “Et si le douzième chameau venait à manquer? Du droit expropriateur au droit envahi”, *Droit et société*, No. 47, pp. 101-121.
- O’Donnel, Guillermo & Schmitter, Philippe C. (2003 [1986]). *Transitions from Authoritarian Rule: Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*, 2 ed., Baltimore, John Hopkins University Press.
- Oliveira, Luciano. (2003). “Pluralismo jurídico y derecho alternativo en Brasil: notas para un balance”, traducción de Libardo Ariza, en: García, Mauricio; Rodríguez, César A. (Eds.), *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá: ILSA, pp. 199-221.
- Ribeiro, Pedro Henrique Gonçalves de Oliveira. (2013). “Luhmann ‘fora do lugar’? Como a ‘condição periférica’ da América Latina impulsionou deslocamentos na teoria dos sistemas”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, Vol. 28, No. 83, pp. 105-123.
- Salgado, Plínio. (1950 [1948]). *Direitos e deveres do homem*, Rio de Janeiro, Livraria Clássica Brasileira.

- Silva, José Afonso da. (2007 [1967]). *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 7 ed., São Paulo, Malheiros.
- Silva, Virgílio Afonso da. (2010 [2005]). *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2 ed., São Paulo, Malheiros.
- Sousa Santos, Boaventura de. (2014a [1973]). *O direito dos oprimidos*, São Paulo, Cortez.
- Sousa Santos, Boaventura de. (2014b). “Ao-espelho”, *O direito dos oprimidos*, São Paulo, Cortez, pp. 91-366.
- Sousa Santos, Boaventura de. (2002 [1995]). *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation*, 2 ed., East Kilbride, Butterworths.
- Sousa Santos, Boaventura de. (1999). “Towards a Multicultural Conception of Human Rights”, en: Featherstone, Mike & Lash, Scott (Eds.), *Spaces of Culture: City, Nation, World*, London, Sage, pp. 214-229.
- Steiner, Henry J. (2010 [2009]). Interview to Projeto História Oral do CEPED, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito do Rio de Janeiro.
- Steiner, Henry J. (1971). “Legal Education and Socio-economic Change: Brazilian Perspectives”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 18, No. 1, pp. 39-90.
- Steiner, Henry J. & Trubek, David M. (1971). “Brazil: All Power to the Generals”, *Foreign Affairs*, Vol. 49, No. 3, pp. 464-479.
- Tamanaha, Brian Z. (2011). “The Primacy of Society and the Failures of Law and Development”, *Cornell International Law Journal*, Vol. 44, No. 2, pp. 209-247.
- Teubner, Gunther. (1997). “Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society”, *Global Law without a State*, Dartmouth, Aldershot, pp. 3-28.
- Trubek, David M. (2012). “Law and Development 50 Years on”, *University of Wisconsin Legal Studies Research Paper*, No. 1212, pp. 1-12.
- Trubek, David M. (2007). “O Novo Direito e Desenvolvimento: entrevista com David Trubek”, [coordenação: José Rodrigo Rodriguez], *Revista Direito GV*, Vol. 3, No. 2, pp. 305-330.
- Trubek, David M. (2006 [2003]). “The ‘Rule of Law’ in Development Assistance: Past, Present, and Future”, en: Trubek, David M. & Santos, Alvaro (Eds.), *The New Law and Economic Development: a Critical Appraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 74-94.

- Trubek, David M. & Santos, Alvaro. (2006). "Introduction: the Third Moment in Law and Development Theory and the Emergence of a New Critical Practice", en: Trubek, David M. & Santos, Alvaro (Eds.), *The New Law and Economic Development: a Critical Appraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 1-18.
- Trubek, David M. (1990). "Back to the Future: the Short, Happy Life of the Law and Society Movement", *Florida State University Law Review*, Vol. 18, No. 1, pp. 1-55.
- Trubek, David M. (1989). "Radical Theory and Programmatic Thought", *American Journal of Sociology*, Vol. 95, No. 2, pp. 447-452.
- Trubek, David M. & Galanter, Marc. (1974). "Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States", *Wisconsin Law Review*, Vol. 0, No. 4, pp. 1062-1102.
- Trubek, David M. (1972a). "Max Weber on Law and the Rise of Capitalism", *Wisconsin Law Review*, Vol. 0, No. 3, pp. 720-753.
- Trubek, David M. (1972b). "Toward a Social Theory of Law: an Essay on the Study of Law and Development", *Yale Law Journal*, Vol. 82, No. 1, pp. 1-50.
- Unger, Roberto Mangabeira. (2017 [2015]). *O Movimento de Estudos Críticos do Direito: outro tempo, tarefa maior*, traducción de Lucas Fucci Amato, Belo Horizonte, Casa do Direito.
- Unger, Roberto Mangabeira. (2014). *The Religion of the Future*, Cambridge, MA, Harvard University Press.
- Unger, Roberto Mangabeira. (2008 [1984]). "A luta das bases e a imaginação dos juristas: alguns incidentes e uma tarefa", en: Falcão, Joaquim (ed.), *Invasões urbanas: conflito de direito de propriedade*, Rio de Janeiro, Editora FGV, pp. 263-267.
- Unger, Roberto Mangabeira. (2004 [1996]). *O direito e o futuro da democracia*, traducción de Caio Farah Rodriguez y Marcio Soares Grandchamp, São Paulo, Boitempo.
- Unger, Roberto Mangabeira. (1999). "Cinco teses sobre a relação da religião com a política", *Estudos Avançados*, Vol. 13, No. 35, pp. 159-165.
- Unger, Roberto Mangabeira. (1990 [1977-1990]). *A alternativa transformadora: como democratizar o Brasil*, Rio de Janeiro, Guanabara Koogan.
- Unger, Roberto Mangabeira. (1987). *Social Theory: its Situation and its Task. A Critical Introduction to Politics, a Work in Constructive Social Theory*, Cambridge, Cambridge University Press.

Unger, Roberto Mangabeira. (1979 [1976]). O direito na sociedade moderna: contribuição à crítica da teoria social, traducción de Roberto Raposo, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira.

SOVEREIGNTY IN FRAMING CONTESTATION: ARGENTINA'S 2001-2016 LITIGATIONS AT THE SOUTHERN DISTRICT COURT OF NEW YORK

Amarilys Abreu Santana¹

ORCID: 0000-0001-8786-3834

Correo electrónico: amaryllys.abreu@unito.it

Abstract

Can Argentina's 2001-2016 sovereign debt litigations at the Southern District Court of New York (SDNY) be understood as a chapter of its high stakes' political battles, and under frame contestations? What scholarship or policymaking value would such framing bring? First, this socio-legal paper describes the disputed landscape. Second, it establishes the sovereignty and sovereign debt nexus under New York law. Third, it intersects scholarships on frames and sovereign debt disputes. Fourth, the paper substantiates sovereignty as a master frame in sovereign debt litigations, and *pari passu* as a frame turning point. The transition point would enable the judge to fulfill his dispute settlement goals and bring holdout success—rendering the outstanding debt obligations no longer sovereign. The paper contributes to further understanding the critical roles of master and collective action frames in international sovereign debt disputes. It contributes to the framing literature and the socio-legal analyses of international law, international economic law and sovereign debt. SDNY litigations ex-ante, Argentina may have won the economic dispute. SDNY litigations ex-post, it may have lost the sovereign debt dispute resolution framing battle.

Keywords: sovereign debt litigations, frames, sovereignty, Argentina.

¹Doctoranda en derecho, persona y mercado en la Universidad de Turín en Italia. LL.M. en derecho comparado en economía y finanzas por la Universidad de Turín en Italia. Ingeniero industrial por la Universidad de Puerto Rico en Mayagüez.

LA SOBERANÍA HACIA EL ENMARCAMIENTO (*FRAMING*): PROCESOS JUDICIALES DE ARGENTINA (2001-2016) ANTE LOS TRIBUNALES DE NUEVA YORK²

Resumen

¿Pueden los juicios de la “deuda soberana” de Argentina (2001-2016), que tramitan ante los Tribunales del Distrito Sur de Nueva York (SDNY), ser entendidos como un episodio de batallas políticas de alto impacto y de un proceso de enmarcamiento (*framing*)? ¿Qué aleccionamiento o valores políticos podría generar este proceso de enmarcamiento? En primer lugar, este artículo describe el contexto y el conflicto relativo a estos procesos judiciales. En segundo lugar, establece cuál es la relación entre el concepto de soberanía y la “deuda soberana” conforme a las normas de Nueva York. En tercer lugar, contrapone la imposición de los “marcos de referencia” (*frame*) en los procesos judiciales de la “deuda soberana”. En cuarto lugar, establece que la soberanía es el “marco maestro” (*master frame*) en los litigios de la “deuda soberana” y las cláusulas del *pari passu* constituyen un punto de inflexión en ese *frame*. Esta transición legitimaría la competencia jurisdiccional de los jueces de los Tribunales del Distrito Sur de Nueva York a las causas relativas a la “deuda soberana” y así garantizaría el éxito de los *holdouts* - interpretando que las obligaciones de las deudas pendientes dejarían de ser soberanas. Este artículo pretende contribuir al conocimiento del rol fundamental de los *master frame* y marco de acción colectiva (*collective action frames*) en los litigios internacionales de “deuda soberana”; también contribuye a profundizar los estudios acerca de los *framing* y los análisis socio-legales del derecho internacional, el derecho económico internacional y las “deudas soberanas”. Entendiendo que en un análisis *ex ante* a la mencionada imposición del *frame*, Argentina podría ganar los juicios de la “deuda soberana” y que una interpretación *ex post*, podría perder los juicios de “deuda soberana” y la batalla del *framing*.

Palabras clave: litigios de “deuda soberana”, marco de referencia (*frame*), soberanía, Argentina.

² N.E. El título completo según la autora es: “LA SOBERANÍA HACIA EL ENMARCAMIENTO (*FRAMING*): PROCESOS JUDICIALES DE ARGENTINA (2001-2016) ANTE LOS TRIBUNALES DEL DISTRITO SUR DE NUEVA YORK”

SOBERANIA PARA O *FRAMING*: OS PROCESSOS JUDICIAIS DA ARGENTINA (2001-2016) ANTES DOS TRIBUNAIS DE NOVA YORK³

Resumo

As ações judiciais de “dívida soberana” da Argentina (2001-2016), que tramitam nos Tribunais do Distrito Sul de Nova York (SDNY), podem ser entendidas como um episódio de lutas políticas de alto impacto e um *framing*? Que disciplina ou valores políticos esse *framing* poderia gerar? Em primeiro lugar, este artigo descreve o contexto e o conflito relacionado a esses processos judiciais. Em segundo lugar, estabelece qual é a relação entre o conceito de soberania e “dívida soberana” de acordo com as regras de Nova York. Terceiro, opõe-se à imposição dos *frame* nos processos judiciais da “dívida soberana”. Em quarto lugar, estabelece que a soberania é o *master frame* em litígios de “dívida soberana” e as cláusulas do *pari passu* constituem um ponto de inflexão nesse *frame*. Essa transição legitimaria a competência jurisdicional dos juízes dos Tribunais do Distrito Sul de Nova York para casos relacionados à “dívida soberana” e, assim, iria garantir o sucesso dos *holdouts* - interpretando que as obrigações das dívidas pendentes deixariam de ser soberanas. Este artigo visa contribuir para o conhecimento do papel fundamental dos *master* e *collective action frames* no contencioso internacional de “dívida soberana”; Contribui também para o aprofundamento dos estudos sobre *framing* e análise sócio-jurídica do direito internacional, do direito económico internacional e das “dívidas soberanas”. Entendendo que em uma análise ex ante da mencionada imposição do *frame*, a Argentina poderia ganhar os processos de “dívida soberana” e que uma interpretação ex post poderia perder os processos de “dívida soberana” e a batalha do *framing*.

Palavras-chave: litígios de “dívida soberana”, *frame*, soberania, Argentina.

³ N.E. El título completo según la autora es: “SOBERANIA PARA O FRAMING: OS PROCESSOS JUDICIAIS DA ARGENTINA (2001-2016) ANTES DOS TRIBUNAIS DE DISTRITO SUL DE NOVA YORK”

1. Introduction

In December 2001, Argentina defaulted on its sovereign debt with significant local and international consequences (Nemina & Val, 2020; Gelpert, 2005). Consonant to the times, Argentina's government officials placed a bond exchange offer and responded to Southern District Court of New York (SDNY) claims on international holdout disputes. However, the bond exchange offer was market subpar (Edwards, 2015). Circa fifteen years of SDNY litigations would follow.

Post-default, Argentina fared well in the bond exchanges (Edwards, 2015) and economic developments (Weisbrot & Sandoval, 2007). Why did Argentina choose to engage in protracted international legal disputes with international holdout creditors, particularly at the SDNY?

An argument could be that Argentina required a commensurate holdout settlement for sovereign debt sustainability. Sovereign debt sustainability understood as "the capacity of a sovereign debtor to meet its debt commitments." (Guzman, 2018:1)⁴. However, Argentina was meeting exchanged bond payments.

Arguments for non-settlement included excessive hedge fund gains, compensated risks (on previous high bond interest rates) for other investors, inter-creditor injustice towards exchanged bonds, and future market discipline implications of a settlement. These fairness and discipline arguments would not sustain in dispute resolution.

Another plausible argument could be Argentina's Rights Upon Future Offers (RUFO) clauses in the exchanged bonds, which could have depleted economic restructuring gains if executed. However, after the RUFO clauses expired, Argentina held up on holdout settlements (Lopez, 2015).

⁴ Sovereign debt sustainability is a highly contested concept. See Wyplosz, C. (2011). Two polarizing policy implications of unsustainable debt are broadly operationalized: austerity policies vs. deep debt relief. A conciliatory conception has not arisen.

During the litigations span, Argentina's economy had also been eventually slowing down (Vuletin, 2014). A preemptive continuous default on holdouts to maintain healthy economics was not a plausible non-deal justification.

Immediate economic arguments exhausted, Argentina elected to continue to face the holdouts at the SDNY (Vuletin, 2014), holding to its sovereign immunity from execution strategies, which had worked for over a decade.

2. The disputed landscape

2. 1. International sovereign debt financing and its challenges

Most countries have come to structurally rely on international financing. Since the 1990s' Brady plan sponsored by the US, a buoyant market of sovereign debt bonds has developed. This market is largely self-regulated.

New York law governs circa 70% of the outstanding international sovereign debt market volume (Tomz & Wright, 2013). Debtor states submit to the jurisdiction of New York law and courts – state and federal. Undoubtedly, the SDNY is the epicenter of litigious sovereign debt disputes.

Bond contracts stipulate these assets' financial and non-financial terms, including clauses for default events and dispute resolutions. During restructuring negotiations, creditors and debtors continue to evolve these contracts, including enhanced clauses. Given geopolitical sway and recurrent sovereign debt crises, countries of Latin America and Argentina particularly have also shaped most of these developments.

To reduce a perceived increased litigiousness of sovereign debt restructurings due to Argentina's 2001-2016 SDNY litigations, collective action clauses (CACs) are now standard in new issuances of New York sovereign bonds. Attempts at the International

Monetary Fund (IMF) and United Nations (UN) for an international dispute resolution mechanism, significantly sponsored by Argentina as it simultaneously battled international creditors in many courts of the world, obtained vast support of debtor states. Nevertheless, not the necessary support of creditor states. Additionally, sovereign debt restructurings are increasingly conceived as inseparable mixes of law, economics and politics (Gelpern, 2016).

2. 2. Argentina's sovereign debt moratorium and SDNY litigations

Argentina declared its debt moratorium in December 2001 (CNN World, 2001). Government officials will set their debt restructuring negotiation stand in the Dubai offer. The Dubai offer will be the base of the 2005 and 2010 bond exchanges. By all recounts, market aggressive offers that some saw as justified, others not (Gelpern, 2005). Circa 93% of investors will accept the aggressive terms. Circa 7% will sue all over the world and mainly at the SDNY.

Per SDNY records, claims against Argentina commenced shortly after the moratorium declaration. For example, *Lightwater Corp. v. Republic of Argentina* was launched in May 2002, five months post-moratorium. *H.W. Urban GmbH, et al v. Rep. of Argentina* was launched in July 2002, seven months post-moratorium. Cases in hundreds will be launched over circa fifteen years. They will be presided by Judge Thomas Griesa, a very senior SDNY judge⁵.

In 2003, the first SDNY claims by infamous American distressed debt funds NML Capital Ltd. (NML) and Elliot Management Corporation (EM) would be launched. For example, *NML Capital, Ltd. v. Rep. of Argentina* in July 2003. This claim was raised one and a half years after the debt moratorium. Individual investors will also launch SDNY claims. For example, *Exposito v. Republic of Argentina* in December 2004, a claim from an Argentine

⁵ For cases, see SDNY public records.

investor who eventually obtained a judgment satisfaction of \$198,222. New claims will continue until the 2016 holdout agreements.

Over a decade of litigations, plaintiffs will customarily obtain money judgments that on Argentina's sovereignty prerogative will go on unsatisfied. NML claims will become the epicenter of attachment and execution claims. Argentina will not have assets in the court's jurisdiction that could be executed. On Argentina's sovereignty prerogative, requests for asset attachments and executions will not be granted or shortly vacated (Minuto uno, 2014). Although Argentina had waived its immunity from suit and execution on the disputed bonds, a senior foreign judge of the most respected federal court in the US was challenged in exerting court authority against Argentina's remaining sovereignty shield.

2. 3. NML and *pari passu*

The turning point in the litigations came in 2011. From 2003 until 2011, NML had unsuccessfully fought Argentina's sovereign immunity and launched worldwide hunts for executing Argentina's assets to satisfy SDNY judgments (Minuto uno, 2014).

In February 2004 Argentina had unsuccessfully attempted to clarify in court if NML would seek relief on its bonds' *pari passu* clauses. In 2000, in *Elliott Associates LP v. Peru*, the Court of Appeals of Brussels had ruled favorably to Elliot on a similar *pari passu* clause (Olivares-Caminal, 2013)⁶.

The *pari passu* clause in the 1994 FAA of the litigated Argentina's NML New York law bonds required payment obligation ranking of the state towards its creditors of "at least equally...with all its other present and future unsecured and unsubordinated External

⁶ Per Olivares-Caminal (2013), in September 2000 the Brussels Court of Appeals granted Elliott a restraining order. The order prohibited Chase Manhattan (the financial agent) and Euroclear from facilitating Peru's USD 80 million bond interest payment due October 2000. The Brussels Court of Appeals affirmed that "[t]he basic agreement regulating the reimbursement of the Peruvian foreign debt, also indicates that the different creditors enjoy a 'pari passu clause', which has as a result that the debt should be paid down equally towards all creditors in proportion to their claim." Elliott also obtained a restraining order at Clearstream's headquarters in Luxembourg, forcing the parties to settle.

Indebtedness” (Galvis, 2017: 206). The SDNY ruled that Argentina violated the FAA when it lowered any of its payment obligations’ ranks. The court opined that this had occurred when, through Argentina’s Lock law, Argentina “relegat[ed] NML’s bonds to a non-paying class” (Galvis, 2017: 206).

In January 2012, the SDNY issued a temporary restraining order mandating Argentina not to alter the payment process. In February 2012, the SDNY ordered an injunction that Argentina should make ratable payments to NML every time it paid the exchange bondholders. The injunction also prohibited the agents of Argentina from facilitating payments (Second Circuit Court of Appeals, 2012).

The above orders were reviewed by the US Court of Appeals for the Second Circuit. In October 2012, this court affirmed SDNY’s orders. Per the Court of Appeals, “the issuance of other superior debt (first sentence) and the giving of priority to other payment obligations (second sentence)” violates the *pari passu* clause in the FAA (Second Circuit Court of Appeals, 2012). Argentina’s Lock law, along with other government measures, violated the bond’s *pari passu* clause. Argentina had passed the Lock law in 2005, banning holdout payment or settlement (Second Circuit Court of Appeals, 2012). In June 2014, the US Supreme Court declined Argentina’s appeal of the SDNY’s *pari passu* breach and payment injunction decisions (Galvis, 2017).

3. The sovereignty and sovereign debt nexus under New York law

3. 1. International background and sovereign debt

Under international customary law, states enjoy immunity from jurisdiction and execution (enforcement) before other states' courts. This immunity is grounded on the theory of equality of states at the center of international law.

States have always been able to waive their state immunities. Up to the midst of the twentieth century, waiver compliance was challenging. Investors had informal sanctions as their almost exclusive action recourse with defaulting debtors (Weidemaier, 2020).

In the twentieth century, some states also commenced applying a restrictive understanding of state immunity via judicial decisions or codification (Greenwood, 2010). Under a restrictive state immunity understanding, the nature of the transaction that the state engages in with international actors matters. Generally, while sovereign acts enjoy state immunity – unless waived by the state and with practically no much contestation of other conflicts of law claims (including human rights and *jus cogen*) – states' commercial activities do not (Greenwood, 2010). The not yet in force 2004 United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property concurs with this approach and under is article 5 is specific on exceptions to state immunity, which are broadly in accordance with the Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA) of 1976.

3. 2. The scope of the FSIA

The FSIA is one of the most widely relevant state immunity codifications in the world, and it is particularly relevant for international commercial transactions. The FSIA is codified under Title 28, §§ 1330, 1332, 1391(f), 1441(d), and 1602–1611 of the United States Code (USC). Under this act, commercial transactions of states also do not enjoy state immunity.

The FSIA § 1603(a) defines a foreign state as the state itself, its political subdivisions, or its agencies or instrumentalities. Under the FSIA, foreign states enjoy suit and attachment immunity unless one of its specified exceptions is met (Berger & Sun, 2011). Exceptions are listed under §§ 1605, 1605A, and 1607 of the act. The most prominent sovereign debt FSIA exceptions are immunity waivers and claims related to a commercial activity are most pertinent.

3. 3. The FSIA's commercial activity exception and sovereign debt: immunity from suit

Examining first the engagement of a state in commercial activity (§ 1605(a)(2)) for a US court to assert its jurisdiction on a claim presented against a foreign state, one of three conditions must be met for the commercial exception to be satisfied. The conditions are that the action is based upon a commercial activity carried on in the United States by the foreign state; or upon an act performed in the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere; or upon an act outside the territory of the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere and that act causes a direct effect in the United States. Additionally, § 1603(d) of the FSIA stipulates that not the purpose but the conduct's nature determines an activity's commercial character.

The first FSIA's litigations on sovereign debt included two 1983 Costa Rica's cases. In the 1980s, Costa Rica faced a foreign currency shortage, and the Board of Directors of the Central Bank of Costa Rica prohibited state entities from paying interest or principal on foreign debts (foreign creditors and foreign currency) (Fisch & Gentile, 2004).

In *Libra Bank Ltd. v. Banco Nacional De Costa Rica* (Banco Nacional), a syndicate of commercial banks pursued repayment of a \$40 million loan to Banco Nacional de Costa Rica and successfully obtained an order of attachment of \$800,000 from New York state court. The defendant successfully moved the claim to the SDNY. The sovereign immunity claim by Banco Nacional to vacate the attachment failed. The court argued that Costa Rica had explicitly waived its state immunity (Fisch & Gentile, 2004).

Costa Rica proceeded to argue that the events on the case were covered under the act of state doctrine. The court upheld that the debt situs was the US, not Costa Rica, and therefore not covered under the act of state doctrine. Costa Rica then argued that there existed a loan enforcement prohibition by virtue of Article VIII, section 2(b) of the IMF Bretton Woods Agreement. The court held that loans with situs in the US and New York

were not exchange contracts as the ones meant to be protected by the referred agreement (Fisch & Gentile, 2004).

In *Allied Bank International v. Banco Credito Agricola de Cartago*, a syndicate of commercial banks filed for missed debt payments due to Costa Rica's foreign debt payment banning. Supported by the act of state doctrine, the SDNY denied the claim. Based on comity, the Second Circuit Court of Appeals initially concurred with the SDNY. However, the Second Circuit re-heard the case. The court ruled that as the situs of the debt was New York, the act of state doctrine did not apply to the case. Furthermore, the court stated that by issuing debt under New York law, Costa Rica's state banks had conceded jurisdiction. Additionally, the court stated that Costa Rica had acted unilaterally to establish its foreign debt payment banning; therefore, comity principles would not be applicable. Lastly, the court also argued that its ruling was also congruent with US policy interests to maintain New York as an international commercial center (Fisch & Gentile, 2004).

In 1992 *Republic of Argentina v. Weltover* the US Supreme Court addressed whether a foreign state could be sued in a US court for a default of its bonds. Argentina and a bank as petitioners claimed to the court that the SDNY, under the basis of *forum non conveniens*, personal jurisdiction lack, and subject matter jurisdiction lack, should not have jurisdiction over the claim of Weltover. The court positively answered this question by reasoning that for this situation the FSIA's commercial activity exception had been met. Bond issuance by sovereigns is a commercial activity as private parties could buy and negotiate the bonds in international private markets. While the activity had occurred outside the US, it directly impacted the US as the bonds' contract performance place was New York (Republic of Argentina vs. Weltover, Inc., 1992).

Pravin Banker Associates v. Banco Popular Del Peru in 1994 addressed the enforcement of Pravin's claim conflicted with US interests on the participation of Peru in the Brady plan exchanges. The court ruled that while recognizing both competing interests, debt enforcement was a higher-order policy concern. The court upheld Pravin's claim on the debt guaranteed by Peru. It dismissed Peru's arguments emphasizing that comity does not

prevent summary judgments, and that the invalid debt assignment claim (as Pravin was not a financial institution) was not to hold as it was not an expressed limitation as required by New York law (Fisch & Gentile, 2004).

In *CIBC Bank & Trust Co. (Cayman) v. Banco Central do Brasil*, CIBC Bank on behalf of the Dart family, did not agree to participate in Brasil's debt restructuring and sued for debt acceleration and full repayment. However, the court ruled that champerty – the argument that CIBC was buying debt to litigate – did not proceed. It also ruled that CIBC Bank did not own the necessary participation to accelerate the debt. Therefore, the court granted CIBC Bank a \$60 million claim instead of the requested \$1.4 billion (Fisch & Gentile, 2004).

The champerty claim failed in this case as it would fail in subsequent cases, such as *Elliott Associates, L.P. v. Republic of Peru* in 1998. In this case, the Second Circuit on reversal of the SDNY decision ruled that Elliott did not incur in champerty as it intended to litigate only if the debt was not repaid (Blackman & Mukhi, 2010). On remand, the SDNY awarded Elliott a \$55 million summary judgment (Fisch & Gentile, 2004).

3. 4. The FSIA's immunity from execution and sovereign debt

The state immunity doctrine treats immunity from jurisdiction and execution separately. Under relative state immunity theory, a second and more challenging hurdle for claimants suing states in foreign courts remains on state immunity from execution.

FSIA's provisions on state immunity from execution are specified under its § 1610. To avoid violation of a state's immunity, under § 1610(d) US foreign state's commercial property located in the US is only subject to pre-judgment attachments if the foreign state explicitly waived its attachment immunity before judgment, and the attachment secures a judgment satisfaction by the foreign state and not jurisdiction.

FSIA § 1610 does, however, permits post-judgment executions of commercial property of a foreign state in the US when meeting one of seven exceptions, including implicit or explicit execution immunity waived by the state, execution of a property in use in commercial activity in connection to the claim, judgment is for arbitral award against the foreign state and consistent with the arbitral agreement, and judgment is for a claim not under § 1605A (Terrorism exception), whether or not the property is or was involved with the claim's act.

FSIA § 1611 lists three types of properties that are not attachable or executable: properties of organizations enjoying immunity as granted by the International Organizations Immunities Act, property of a foreign central bank/monetary authority unless "immunity from attachment in aid of execution" has been waived, military activity property, or property engaged under "section 302 of the Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act of 1996 to the extent that the property is a facility or installation used by an accredited diplomatic mission for official purposes".

3. 5. Waivers of immunity from suit and execution and sovereign debt contracts

Per the FSIA, waivers of state immunity can be explicit or implicit (§ 1605(a)(1)). US court jurisprudence on implicit state immunity is established. An explicit immunity waiver for a given matter cannot be revoked (McCoy, 2000). The FSIA does not acknowledge state immunity execution waivers for property used or to be used in military activities by a foreign state (Weidemaier, 2009).

By the FSIA, bond issuance already falls under the commercial activity exception. However, an immunity waiver does provide a broader scope of property for judgment execution as it eliminates other possible jurisdictional issues (Weidemaier, 2009). Therefore, sovereign debt agreements nowadays customarily waive state immunity (Weidemaier, 2011).

Contract terms on modern sovereign debt agreements follow three modalities on state immunity waivers. Seldomly and only a few states do not waive state immunity in their

contract terms. Some states waive immunity from suit and not attachment or execution. The majority of the states waive immunity from suit, attachment, and execution except only (but not always) on property under public/government purpose use (Weidemaier, 2009).

3. 6. The FSIA, market regulation and new frames

Some economists have suggested that the impact of sovereign debt litigation developments in the international sovereign debt market equilibrium can be at least twofold. Bolton and Jeanne (2009) care for too strong creditor rights preventing necessary restructurings. Eaton (1990), Dooley (2000), and Shleifer (2003) see stronger creditor rights curtailing over-borrowing and strategic defaults. Therefore, improving market quality through improved enforcement commitment devices (Schumacher, Trebesch, & Enderlein, 2018).

None of these studies has identified an optimal point of market enforcement. However, they reiterate the centrality of enforcement devices on the quality of markets and the role of creditor rights in that regard. In international community alignment, the FSIA is a considered necessary legal frame rebalancing towards more substantial investor rights.

4. Frames and sovereign debt disputes

4. 1. Legal frames

Pedriana (2006: 1723) has argued that “law is a central meaning-making institution within which challengers do ‘interpretative work’ (Snow, 2004: 380) ... and socially construct their grievances, identity and objectives”. Under this law conception, he argues that law itself is a master frame, itself under significant interaction and contestation amongst groups.

Individuals and collectives must translate their frames into legal frames to interact with the law. For example, Vanhala (2009) proposes the transformation of disability claims in Canada from a medical condition framing (deserving society’s charity and sympathy) into a social framing with the Canadian Charter of Rights and Freedoms. The charter would

enable the translation from a medical condition into a legal right of non-societal discrimination of individuals with disabilities.

4. 2. Frames

From the seminal work of Erving Goffman, frames are today an amply developed concept in the social sciences. Broadly, frames are a “schemata of interpretation” that allow actors to structure their experiences into sense-full accounts. They can be individual or collective. Individuals will devise frames that can disentangle, co-create, and oppose others’ frames. Frames would develop, they will not remain static. Therefore, agency would be critical to framing (Benford & Snow, 2000). Frames would be the rules and organization defining an activity to which actors conform their actions based (Peräkylä, 1988). Frames are associated with social groups and their culture.

On collective action frames, a master frame refers to the clustering of social movements to mobilize on a cause without the existence of a Political Opportunity Structure (POS). Previously, the social movements literature had theorized on POS as a condition for protest cycles (Benford, 2013). A master frame would be a resonant collective action frame that transcends standard social movement frames (Snow & Benford, 1992). Collective action frames are context-specific, however, master frames “are sufficiently elastic, flexible, and inclusive enough so that any number of other social movements can successfully adopt and deploy it in their campaigns” (Benford, 2013: 1).

The equal rights and opportunities frame of the 1950s’ and 1960s’ US civil rights movement is an example. The frame has been adopted by many other rights movements and persists to date. Research has also proposed other master frames such as injustice and justice, amongst others (Benford, 2013).

Scholars have demonstrated that master frames are essential to broad mobilizations of diverse groups (Gerhards & Rucht 1992; Noonan 1995). However, scholars do not know

yet about the most detailed conditions which allow collective frames to become master frames and master frames to trespass cultures (Benford, 2013).

Per Benford & Snow (2000: 613), framing (framing contests) is a process in which social movements are “actively engaged as agents in a struggle over the production of mobilizing and counter-mobilizing ideas and meanings”. It is also a contentious process that transcends societies’ activities, from political arenas and to the courts.

4. 3. The sovereignty master frame in sovereign debt disputes

Some legal scholars of sovereign debt have suggested that sovereign debt restructurings and litigations are highly driven by social context. Frames, including the law (Pedriana, 2006), are associated with social groups and their culture and therefore their social context.

Social context is the setting where social interaction occurs. It encompasses unique understandings of the setting ascribed by individuals within given groups (Given, 2008). Weidemaier & Gulati (2015) provide paradigmatic arguments on how social contexts (amongst other factors) drive sovereign debt restructurings and litigations. They see the law as a dynamic system and state that legal rules reflect an evolving social context. They argue that as social contexts on sovereign debt restructurings may gradually change, courts may rule differently. As illustrations, potentially becoming amicable to new doctrines (such as odious debt) or narrowing reliefs through adaptations of existing doctrines. They state that “[t]he law of sovereign debt is the product of broader social, political, and economic forces” (Weidemaier & Gulati, 2015: 13). However, they see that how these forces, including social context, influence the law is unclear.

Along this line, they see legal rules and actors determining how the legal fiction of sovereign immunity is interpreted in sovereign debt litigations. These legal rules and actors determine fundamental sovereign debt assumptions, such as debt persistence/continuity. Additionally, they determine who and what is deemed sovereign and therefore enjoys sovereign immunity (Weidemaier & Gulati, 2015). They also express a gradual relaxation

in the current social context towards more encompassing sovereign immunity waivers (Weidemaier, 2014) and greater asset seizure (Weidemaier & Gulati, 2015). They advocate for a fundamental role of social context in sovereign debt restructurings and litigations. This advocacy can be understood as an argument for the law in practice, over the law in books.

Lienau (2017) also argues how the law in practice (over the law in books) dominates the global legal order, global finance law, and sovereign debt. She sees law as a social dynamic of continuous constitution of states, actors, critical institutions, and other social structures over time, rather than a constituted dispute resolution mechanism. Legal legitimacy is formed “by the interaction between law and collective social practice” (Lineau, 2017: 599). She also questions how the social world (social context) forms practice and expectations of what the law is and who can make it.

She focuses on market principles and defines them as “collective beliefs about how markets work as an objective matter” (Lineau, 2017: 546). These market principles are not morally grounded or understood (although they could be) but are treated as universals unaltered by the law. She explains how these principles constitute law (by reputational sanctions), who their policymakers and enforcement authorities are (unclear), which legal scholarship scrutiny they get (none) and their high degree of changeability. She concludes that market principles can quietly set norms, which actors may later codify and strengthen. She also states that market principles can prevail in establishing contrarian rules to the law in the books.

On the sovereign debt continuity case, and the inevitability of sovereign debt repayments as market rule, Lineau (20017) highlights three incorrect assumptions supporting this premise. The first of these assumptions is that politics do not form sovereign debt repayment decisions by creditors and debtors. The second is that historical individual political views do not determine how sovereign reputations are assessed on debt repayment judgements. The third is that rational creditors are a homogenous group. Therefore their debt repayment expectations cannot be altered.

Likewise Weidemaier & Gulati (2015), Lineau (2017) sees interpretations of the sovereign/sovereignty as dependent on social context and significantly problematizing debt repayment as market rule. Periods of debt continuity support are historically and politically situated, and that they condition support, punishment, and policy leeway on non-repayments.

As the recount of the law in section 2 demonstrates, these scholars also clearly establish sovereignty (and its consequential sovereign debt continuity implications) as a critical master collective action frame in the court sovereign debt proceedings. They also see it evolving and changing according to social context (such market principles or historical and political contexts). However, they do not provide cases to attest these dynamics. That is the undertaking of the next section.

5. Framing contestations in Argentina's 2001-2016 SDNY's litigations

5. 1. The sovereignty frame

Until 2011, undoubtedly, the dominating master collective action frame/schemata of interpretation operating in Argentina's sovereign debt restructuring and litigations to allow actors to structure their experiences into sense-full accounts was state sovereignty.

As a prevailing and powerful international master collective action frame, sovereignty would enable Argentina ample agency (Benford & Snow, 2000) to provide rules (Peräkylä, 1988) and organization to set demarcations for the restructuring process, exchange offers, and the litigations. Argentina would utilize its sovereignty space, conforming to other social and cultural frames, to curtail creditors (actors) to conform their actions based on the country's sovereignty prerogatives and needs as government assessed. For example, to obtain utmost sovereignty in the country's economic dealings, in 2005, President Nestor Kirchner would pursue the country's IMF debt cancellation (Diego, 2011).

The sovereignty master collective action frame would also represent a robust frame to mobilize, cluster, and maintain Argentina's social movements on the pursued sovereign debt causes, independent of context-specific and clear Political Opportunity Structures. Antagonizing outside forces against the sovereign would be critical, as media analysis confirms (Mwangi, 2020).

The sovereignty master frame, being also the master legal frame of the SDNY litigations, would certainly facilitate non-legal to legal frame translations and re-enforcements.

In the legal proceedings, Argentina's primary defenses included act of state doctrine. This sovereignty defense would not stand in any of the cases. Once judgments awarded, the sovereignty master frame would also be instrumental for Argentina in successfully fencing out asset discoveries, attachments, and executions for judgment satisfactions. Only a handful of US hedge funds appear to have had abundance of resources, rewards and legal consciousness to pursue assets that could be linked to Argentina.

US hedge funds thrive from contesting the autonomy of entities in distress. An "activist" strategy entails intervening in a company's management and directing its actions for the sake of good governance and increased shareholder's value (Dorn, 2016). Policing the autonomy of others for a high profit and social concern is at the core of their business model. From all creditors, these hedge funds were best situated to disrupt Argentina's sovereignty. Indeed, they did.

Out of court, these hedge funds most epically contested Argentina's sovereignty by at least two critical channels. First, through their American Task Force Argentina (AFTA) lobbying efforts, rivaling Argentina's diplomacy and political capacity as a state to affect the law to sustain its dominant sovereignty legal master frame (Hornbeck, 2010). No other creditor would possess such legal framing sway.

However, Argentina's political and diplomacy capacity in framing the debt cause under its sovereignty shield was also quite astonishing. Argentina's political authorities would

sustain strong sovereignty lines towards their people and the international community, antagonizing the debt and the bond market sponsor (the US). Yet, they would not receive a backlash and would even sustain US conservative government backing (Helleiner, 2005).

Some argue that confluence of political and diplomatic interests, and ideologies among the US and Argentina governments could explain the situation. First, retail Argentina's debt holdings in the US were not as politically significant nor direct, but through the diversification and anonymity of pension funds. Second, given Argentina's role in US-Latin America relationships and US' higher-order interests on that regard. These convergences could be understood under Goffman's frame alignment theory, given the shared sovereignty master frames of the US and Argentinean governments. Additionally, they could be understood under the asseverations of Foster (2008) that states customarily do not cooperate in seizing assets of other states.

Third, on neoliberal ideology confluences among Argentina's government and the US Republican administration. For example, in May 2003 president Kirchner would champion a 'national capitalism'. Also in 2003, Lavagna (Argentina's Minister of Economics) would provide a discourse on his approach to the debt restructuring that could be aligned to similar US interests. Lavagna's message, some argue, could be read as support for sovereign debt bail-ins for distressed debtor states rather than bail-outs by other states:

I agree that you must not use the money of American plumbers and carpenters or German dentists to bail out Argentina, Turkey or any other country. But if you take that decision many other things have to happen too...That is the reality. It was not Argentina's decision. It was the US's, and it means we have to carry out a restructuring deal with our own resources. The US would also favor states' bail-ins vs. bail-outs (Helleiner, 2005).

From a framing perspective, should this apparent ideological confluence among US and Argentina governments be interpreted as economic ideology frame alignment? Should it be more aptly conceived as framing keying? Keying referring to the re-purpose of a primary frame in society that is not a real transformation of the frame (Brooks, 2007).

The second channel by which the US hedge funds most epically contested Argentina's sovereignty was media mobilization. Likewise Argentina, these hedge funds could significantly mobilize media attempting to affect the social context that sovereign debt scholars identify as critical shaping sovereign debt law (frame(s)) (Weidemaier & Gulati, 2015; Lineau, 2017).

An element of the hedge funds' media strategy would seek to discredit Argentina's government officials (Hudson Institute, 2014), such as portraying them as corrupt (American Task Force Argentina, 2014). How could such framing aid debt repayment? Could it hinder debt repayment?

On the latter, sovereign debt scholars and allies have fostered the development of a legal odious debt doctrine, adding to the collective action frames available in sovereign debt disputes. The core of the doctrine is to legally rid the sovereign character of otherwise sovereign debts according to issuance attributes (such as the debt being issued by a corrupt government) (Howse, 2007). Odious debt is illegitimate and therefore unpayable (Hanlon, 2006). This doctrine is not yet in practice in any national legal system.

On the former, AFTA's media actions on corruption and individual discredit of Argentina's government officials have included NML's lead counsel at its SDNY litigations against Argentina. Consequently, one must derive that such actions target aiding success in NML's SDNY litigations – in court or settlements. From this analysis, neither mechanism nor precise target (court or settlement) is transparent. Nevertheless, what is uncontested is that these NML allegations could significantly alter Argentina's sovereignty master frame impacting the disputed debt.

Argentina's government media mobilization capacity was also outstanding. It also centrally included the discredit of the hedge funds (BBC, 2014). However, beyond this approach it also included alliances with a vast, diverse, and strong international network of Argentina's debt cause advocates. Regardless of their collective action frames, such as human rights (Farfan & Rubio, 2014), debt relief (Pérez Esquivel, 2014), or trade and development for all

(UNCTAD, 2014), these organizations or individuals found grounds of adhesion to Argentina's cause. As if united under an injustice master frame (Marshall, 2003) that Argentina's bold sovereignty master frame stand in the debt case could provide some righteousness for, as well as a unique opportunity to elevate their own agendas. Through their direct support, and indirectly by not contesting any of Argentina's government sovereignty actions in regard to the debt litigations, these partners would boost Argentina's sovereignty master frame.

5. 2. *Pari passu*: An equal rights frame?

In court and holdout debt settlement, Argentina's biggest sovereignty framing contestation and holdouts' success would be Argentina's 1994 FAA's *pari-passu* clause.

Latin *pari passu* means "in equal step". *Pari-passu* clauses originate in nineteenth-century credit instruments. Nowadays, they are standard in international sovereign debt contracts. They have been characterized as short, and therefore necessarily opaque. A traditional formulation of these clauses would be: "The Notes rank, and will rank, *pari passu* in right of payment with all other present and future unsecured and unsubordinated External Indebtedness of the Issuer." (Buchheit & Pam, 2004: 1).

Pari passu clauses are not common in US domestic credit transactions. The US law already prohibits involuntary creditor subordination.

In the sovereign debt case, there is agreement that these clauses entail "ranking equally" and debate if that is in reference to creditors' legal standing or creditors' payments or even the fidelity of such distinction. There is also consensus as to the entanglement of the clause with creditors' "in equal steps" rights (Buchheit & Pam, 2004; Hayes, 2020; Weidemaier, Scott, & Gulati, 2013).

Beyond the creditors' equal rights consensus for the sovereign debt case, global expansive master collective action frames of equal rights are on the move. From the US equal rights

movements of the 1950s and 1960s to date, equal rights' master collective action frames and their evolution into legal frames, resonate with the American public and its courts (Gluck Mezey, 2009; Balkin, 2007).

Equal rights' master collective action frames also resonate well in Argentina. The country hosts creative and expansive human rights' movements, who have conquered expansive rights (Jost-Creegan, 2017) and with many rights activists taking government positions (Vázquez, 2014). However, Argentina's social movements have also developed strong standings against the country's international indebtedness and its detriments to social rights, including citizens' equal rights (Rivkin, 2008).

From the Universal Declaration of Human Rights adopted by the United Nations General Assembly on December 10, 1948, equal rights situate themselves within universal human rights principles:

Whereas the peoples of the United Nations have in the Charter reaffirmed their faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person and in the equal rights of men and women and have determined to promote social progress and better standards of life in larger freedom (United Nations General Assembly, 1948).

Sovereignty and human rights master frames, and so equal rights master frames, are generally conceived as “mutually contradictory regimes in international society”, with sovereignty trumping human rights (Reus-Smit, 2001: 519). However, with the modern legitimacy of sovereigns based also on their record placing limits on their treatment of peoples.

In its SDNY's *NML Capital, Ltd. v. Rep. of Argentina pari-passu* ruling affirmation on August 23, 2013, the Second Circuit Court stated that:

We further observed that cases like this one are unlikely to occur in the future because Argentina has been a uniquely recalcitrant debtor and because newer bonds almost universally include collective action clauses (“CACs”) which permit a super-majority of

bondholders to impose a restructuring on potential holdouts (Second Circuit Court of Appeals, 2013).

This ruling affirmation had much more argumentation on supporting the extraordinary judicial actions necessary to address a uniquely recalcitrant debtor, than on court reasonings of equal rights master frames as a *pari passu* clause entail. The ruling will be a framing inflection point in Argentina's sovereignty. Framed as necessary extraordinary measures to a unique situation.

Recalcitrant is a subject "obstinately defiant of authority or restraint", "difficult to manage or operate" or "not responsive to treatment" (Merriam Webster Dictionary, n.d.).

On May 31, 2014, the Financial Times reported on a leaked memo from Argentina's lead legal counsel to its client in the SDNY's holdout litigations. In the memo, Argentina's lead legal counsel advised its client on circumventing Judge Griesa's *pari passu* ruling (Cotterill, 2014).

Through circa fifteen years of court proceedings, Judge Griesa had insisted with the parties that "The way to ultimately resolve this litigation must come through settlement" (Raymond, 2015). Judge Griesa's rulings also provided Argentina and the holdouts ample space (over a decade) for a negotiated agreement. Moreover, in 2014 Judge Griesa assigned a special master negotiator to the cases (Bases, 2017).

Gulati & Weidemaier (2015) and Lineau (2017) state that the judicial system would temperate sovereign interpretations to social context. Argentina's 2001 turmoil economic times had ended. Lineau states that legal legitimacy is formed "by the interaction between law and collective social practice" (Lineau, 2017: 599). Argentina and its lead legal counsel had openly defied the authority of utmost prestigious US courts and their ultimate regulation capacity over 70% of one of the biggest international financial markets in the world, the international sovereign debt market.

On December 22, 2016 – after Argentina's SDNY holdout settlements of early 2016 – the same Judge Griesa issued the *White Hawthorne, LLC v. Republic of Argentina* opinion. This opinion confirmed that “a sovereign's decision to pay some of its creditors and not others does not, on its own, breach the [*pari passu*] clause” (Blackemore & Lockman, 2017: 1). This ruling confirmed that the SDNY's *NML Capital, Ltd. v. Rep. of Argentina pari passu* ruling was for now unique. Not a new equal (creditors) rights master frame for sovereign debt litigations.

5. 3. The politics of Argentina's 2001 restructuring and an equal rights master frame

In 2003, before unveiling the Dubai offer, Lavagna stated that: “when Argentina explains the guidelines of its offer, there will be lots of long faces in many languages. In Italian, In German, In Japanese and certainly in English” (Helleiner, 2005: 955).

Argentina's government officials will offer 25 cents on the dollar (Laudonia, 2020). Most creditors will settle at 30 cents on the dollar (Dube & Scurria, 2020). The creditors had requested 60 cents on the dollar (Gelpern, 2005).

After fifteen years of litigations, some major holdout settlements (not all) would total 6,251,614,438.72 USD. Those settlement would include legal expenses (total of 235,000,000 USD), compensatory interests (total of 19,342,051.00 USD) and payments (total of 5,997,272,387.72) (Guzman, 2016). The settlement deal with the four largest holdouts will be for “75 percent of the amount outstanding on their judgments, including principal and interest” (Bases, Lough & Marsh, 2016).

Majority retail creditors had received the lowest settlements. They settled early and avoided litigations (Gelpern, 2005).

From equal rights master frame perspectives of significant sectors of Argentines and others, the holdout settlements were highly undesirable.

Argentina's sovereign debt market politics have shown an ability to influence international sovereign debt markets significantly. No economic studies yet analyze Argentina's 2001 restructuring alternate negotiation paths, including earlier holdout settlements and in contrast to the committed fifteen years of expensive litigations and settlements that followed. However, Argentina's 2020 sovereign debt restructuring under a repeated configuration of Argentina's government officials as in 2003 can be indicative.

During the 2020 default, the sudden global economic stop of the Coronavirus pandemic would also significantly impact Argentina's economy. Under those conditions, Argentina's government officials would conduct the 2020 restructuring deal. The deal would be negotiated with major creditor groups and accepted by 90% of creditors (Orlando & Carrillo, 2020). Initially, Argentina's confrontational tactics (Nemina & Val, 2020) and low offer starting point (33 cents on the dollar) (Swissinfo, 2020) would mimic the 2003 restructuring offers. However, within short of a year of negotiations, Argentina's officials would settle on a deal much closer to creditors' initial requests – 55 cents on the dollar (Sullivan, 2020).

Argentina's government officials would indicate that this deal met Argentina's debt sustainability needs (Sader, 2020). In hindsight, the deal also fostered the return to greater creditors' equals rights to sovereign debt markets. Those same rights that Argentina's 2001 litigious restructuring had hampered. However, it is still unclear if this new level of creditors' equals rights master frame would restore retail investors' participation in these markets and if desired.

A principle of Argentina's 2020 restructuring deal was to offer equal treatment to local debt as it would offer to international indebtedness (Spaltro, 2020). This was not necessary. Under pressing economic conditions and local law advantage, Argentina through its sovereignty master frame, could impose a deal on local debt creditors. However, the approach pursued the development of enlarged quality local sovereign debt markets. Proof of the further potential of equal rights master frames also for international sovereign debt markets and Argentina's international sovereign debt politics?

6. Conclusion

This paper's two questions were: Can Argentina's 2001-2016 sovereign debt litigations at the Southern District Court of New York (SDNY) be understood as a chapter of its high stakes' political battles, and under frame contestations? What scholarship or policymaking value would such framing bring?

In its introduction, the paper proposed that Argentina's engaging in protracted international legal disputes with international holdout creditors, appear not to be of the politics of immediate country economic condition character, leaving the doors opened for other political explanations. Therefore proposing that Argentina's 2001-2016 sovereign debt litigations at SDNY could be understood as also a chapter of Argentina's high stakes' political battles.

In the disputed landscape, the paper addressed international sovereign debt financing and its challenges. It also established the core of Argentina's 2001 restructuring SDNY litigations. Over the next two sections, the paper established the legal and social theoretical frames for the analysis. In its analysis section, the paper substantiated sovereignty as a litigation master frame, and *pari passu* as a frame turning point in Argentina's 2001 restructuring SDNY sovereign debt litigations. In this section, the paper also analyzed merits of an enlarged creditors' equal rights master frame for sovereign future sovereign debt restructurings and disputes.

By analyzing these SDNY litigations beyond traditional legal and economic theoretical frames, the paper exposes the framing contests of actors, also transcending to court disputes. Therefore, this paper contributes to further understanding the critical roles of collective action frames in international sovereign debt disputes, including master and legal frames.

These contributions should particularly extend the framing literature and the socio-legal analyses of international law, international economic law and sovereign debt.

Bibliography

- American Task Force Argentina. (2014). New Signs of Corruption in Argentine Government: More Evidence of Lazaro Baez's Money Laundering Trail, October 7, 2014. Retrieved on January 5, 2021 from PR News Wire: <<https://www.prnewswire.com/news-releases/new-signs-of-corruption-in-argentine-government--more-evidence-of-lazaro-baezs-money-laundering-trail-278353751.html>>.
- Balkin, Jack M. (2007). "Abortion and Original Meaning", *Constitutional Commentary*, Vol. 24, No. 101, pp. 291-352.
- Bases, Daniel. (2017). U.S. Judge Reassigns Last Few Cases in Argentina Debt Saga, New York, June 8, 2017. Retrieved on January 5, 2021 from Reuters: <<https://www.reuters.com/article/argentina-debt-judge-idUKL1N1J527F>>.
- Bases, Daniel, Lough, Richard, & Marsh, Sara. (2016). Argentina, Lead Creditors Settle 14-Year Debt Battle for \$4.65 Billion, February 29, 2016. Retrieved on January 5, 2021 from Reuters: <<https://www.reuters.com/article/us-argentina-debt-idUSKCN0W2249>>.
- BBC News. (2014). Argentina Publishes US Newspaper Advert Against 'Vulture Funds', June 22, 2014. Retrieved on January 5, 2021 from BBC: <<https://www.bbc.com/news/world-latin-america-27967936>>.
- Benford, Robert D. (2013). "Master Frames", *The Wiley-Blackwell Encyclopedia of Social and Political Movements*, Blackwell Publishing Ltd. Retrieved on January 5, 2021 from Wiley Online Library: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/9780470674871.wbespm126>>.
- Benford, Robert. D., & Snow, David A. (2000). "Framing Processes and Social Movements: an Overview and Assessment", *Annual Review of Sociology*, Vol. 26, pp. 611-639.
- Berger, James E., & Sun, Charlene. (2011). "Sovereign Immunity: A Venerable Concept in Transition?", *International Litigation Quarterly*, Vol. 27, No. 2. Retrieved on January 5, 2021 from Paul Hastings: <<https://www.paulhastings.com/docs/default-source/PDFs/1902.pdf>>.

- Blackman, Jonathan. I., & Mukhi, Rahul. (2010). "The Evolution of Modern Sovereign Debt Litigation: Vultures, Alter Egos, and Other Legal Fauna", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 73, No. 4, pp. 47-61.
- Blakemore, James M., & Lockman, Michael J. (2017). "Pari Passu Undone: Game-Changing Decisions for Sovereigns in Distress", *Emerging Markets Restructuring Journal*, No. 3, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP.
- Brooks, JoAnn. (2007). "Understanding Virtuality: Contributions from Goffman's "Frame Analysis"", School of Information Studies, Faculty Scholarship, paper 87, Syracuse University.
- Buchheit, Lee C., & Gulati, Mitu. (2017). "Restructuring Sovereign Debt After NML v Argentina", *Capital Markets Law Journal*, Vol. 12, No. 2, pp. 224-238.
- Buchheit, Lee C., & Pam, Jeremiah S. (2004). "The Pari Passu Clause in Sovereign Debt Instruments", *Emory Law Journal*, Vol. 53, pp. 869-922.
- Clifford Chance. (2014). Briefing Note: Sovereign Pari Passu Clauses: NML Capital 2, Argentina 0, June, 2014. Retrieved on January 5, 2021 from Clifford Chance: <https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2014/07/sovereign_debt_restructuring_nml_capital_2_argentina-0.pdf>.
- CNN World. (2001). IMF May Help Bail out Argentina, December 27, 2001. Retrieved from on January 5, 2021 CNN World: <<https://edition.cnn.com/2001/WORLD/americas/12/27/argentina.imf/index.html>>.
- Cotterill, Joseph. (2014). Recalcitrant, Moi? The Courtroom Version, May 31, 2014. Retrieved on January 5, 2021 from Financial Times (FT): <<https://www.ft.com/content/60492507-e929-3e86-99ed-dd4ce8c65a7f>>.
- Delaume, Georges R. (1977). "Public Debt and Sovereign Immunity: the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976", *The American Journal of International Law*, Vol. 71, No. 3, pp. 399-422.
- Diego, Julia de (2011). "Sovereignty or Continuity? The Controversy in Página/12 After Argentina's Payment of the IMF", *Cuadernos de H Ideas*, Vol. 5, No. 5.

- Dorn, Nicholas. (2016). "Virtuous Vultures: Hedge Funds as Private Regulators", in Dorn, N (ed.), *Controlling Capital: Public and Private Regulation of Financial Markets*, New York, Routledge.
- Dube, Ryan., & Scurria, Andrew. (2020). Argentina Agrees Restructuring Deal with Bondholders; Latin America's Third-Largest Economy Has Agreed a Restructuring Settlement with Bondholders, August 4, 2020. Retrieved on January 5, 2021 from Wall Street Journal: <<https://www.wsj.com/articles/argentina-nears-65-billion-restructuring-deal-with-bondholders-11596502192>>.
- Edwards, Sebastian. (2015). "Sovereign Default, Debt Restructuring and Recovery Rates: Was the Argentinean "Haircut" Excessive?", *Open Economies Review*, Vol. 26, No. 5, pp. 839-867.
- Fisch, Jill E., & Gentile, Caroline M. (2004). "Vultures or Vanguard: The Role of Litigation in Sovereign Debt Restructuring Conference on Sovereign Debt Restructuring: The View from the Legal Academy", *Emory Law Journal*, Vol. 53, pp. 1043-1114.
- Foster, George K. (2008). "Collecting from Sovereigns: the Current Legal Framework for Enforcing Arbitral Awards and Court Judgments Against States and Their Instrumentalities, and Some Proposals for Its Reform", *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Vol. 25, No.3, pp. 665-731.
- Frechero, Jorge I. (2014). El nido de los buitres. Naturaleza, visión y objetivos de la American Task Force Argentina (Atfa), 2006-2013*, October 20, 2014. Retrieved on January 5, 2021 from Servicio de Difusión de la Creación Intelectual de la Universidad Nacional de La Plata (SEDICI UNLP): <http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/43913/Documento_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Galvis, Sergio J. (2017). "Solving the Pari Passu Puzzle: the Market still Knows Best", *Capital Markets Law Journal*, Vol. 12, No. 2, pp. 1-11.
- Gelpern, Anna. (2005). "After Argentina", *Rutgers School of Law-Newark Research Papers Series Paper*, No. 11, pp. 1-11.
- Gelpern, Anna. (2016). "Sovereign Debt: Now What?", *Yale Journal of International Law*, Special Edition on Sovereign Debt, Vol. 41, Georgetown Law Faculty Publications and Other Works.

- Gluck Mezey, S. (2009). *Gay Families and the Courts: The Quest for Equal Rights*, Plymouth, Rowman & Littlefield Publishers, Inc.
- Guzman, Martin. (2016, 10). "An Analysis of Argentina's 2001 Default Resolution", October 2016, CIGI Papers No. 110. Retrieved on January 5, 2021 from Center for International Governance Innovation (CIGI) Online: <https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/CIGI%20Paper%20No.110WEB_0.pdf>.
- Guzman, Martin. (2018). "The Elements of Sovereign Debt Sustainability Analysis", November, 2018, CIGI Papers No. 196. Retrieved on January 5, 2021 from Center for International Governance Innovation (CIGI) Online: <<https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/Paper%20No.196web.pdf>>.
- Hanlon, Joseph. (2006). "Defining 'Illegitimate Debt': When Creditors Should be Liable for Improper Loans", in: Chris Jochnick & Fraser A. Preston (eds.) *Sovereign Debt at the Crossroads: Challenges and Proposals for Resolving the Third World Debt Crisis*, Oxford, Oxford University Press.
- Hayes, Adam. (2020). *Pari-Passu*, August 29, 2020. Retrieved on January 5, 2021 from Investopedia: <<https://www.investopedia.com/terms/p/pari-passu.asp>>.
- Helleiner, Eric. (2005). "The Strange Story of Bush and the Argentine Debt Crisis", *Third World Quarterly*, Vol. 26, No. 6 (2005), pp. 951-969.
- Hirsch, Moshe. (2015). *Invitation to the Sociology of International Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Hornbeck, J. F. (2010). "Argentina's Defaulted Sovereign Debt: Dealing with the 'Holdouts'", Congressional Research Service, January 21, 2010. Retrieved on January 5, 2021 from Congressional Research Service: <https://www.everycrsreport.com/files/20100121_R41029_c22890f77ee92c0115ec6aa0e9bd85cc7468f0a8.pdf>.
- Howse, Robert. (2007). *The Concept of Odious Debt in Public International Law*, July, 2007. Retrieved on January 5, 2021 from United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD): <https://unctad.org/system/files/official-document/osgdp20074_en.pdf>.

- Hudson Institute. (2014). Can Argentina Survive Cristina? Argentina, Rule of Law, and the Implications of Debt Default, September 23, 2014. Retrieved on January 5, 2021 from Hudson Institute: <<https://www.hudson.org/events/1186-can-argentina-survive-cristina-argentina-rule-of-law-and-the-implications-of-debt-default92014>>.
- IG Digital. Inversor Global. (2016). Letra chica: ¿qué es la cláusula RUFO y por qué es la clave para terminar con el conflicto buitre?, November 14, 2016. Retrieved on January 5, 2021 from IG Digital: <<https://igdigital.com/2014/07/letra-chica-que-es-la-clausula-rufo-y-por-que-es-la-clave-para-terminar-con-el-conflicto-buitre/>>.
- Jost-Creegan, Kelsey M. (2017). “Debts of Democracy: Framing Issues and Reimagining Democracy in Twenty-First Century Argentine Social Movements”, Harvard Human Rights Journal, Spring 2017, Vol. 30, pp. 165-218.
- Greendwood, Christopher (Judge of ICJ) (2010). Immunities from Jurisdiction, July 14, 2010, International Court of Justice (ICJ). Retrieved on January 5, 2021 from United Nations Audiovisual Library of International Law Lecture Series: <<http://webtv.un.org/meetings-events/treaty-bodies/watch/judge-greenwood-icj-on-immunities-from-jurisdiction/2623145632001/?term=?lanenglish&sort=date>>.
- Laudonia, Mara (2020). La oferta de deuda de Argentina 2020 vs Dubai 2003, April 16, 2020. Retrieved on January 5, 2021 from Telam: <<https://www.telam.com.ar/notas/202004/452793-la-oferta-de-deuda-de-argentina-2020-vs-dubai-2003.html>>.
- Lopez, Linette. (2015). The Hedge Fund Manager Suing Argentina just Had his 'That's It!' Moment, June 1, 2015. Retrieved on January 5, 2021 from Yahoo! Finance: <<https://finance.yahoo.com/news/hedge-fund-manager-suing-argentina-162213627.html>>.
- Marshall, Anna M. (2003). “Injustice Frames, Legality, and the Everyday Construction of Sexual Harrassment”, Law & Social Inquiry, Vol. 28, No. 3, pp. 659-689.
- McCoy, Barry L. (2000). “Broadening the Scope of the Foreign Sovereign Immunities Act: The Explicit Waiver Provision and Limited Foreign Submissions to Domestic Litigation in Aquamar S.A. v. Del Monte Fresh Produce, Inc.”, Villanova Law Review, Vol. 45, No. 2, pp. 319-351.
- Merriam Webster Dictionary. (n.d.). Recalcitrant. Tratto da Merriam Webster Dictionary: <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/recalcitrant>>.

- Minuto uno. (2014). ¿Cuáles son los bienes de Argentina que ya trataron de embargar los fondos buitres?, June 19, 2014. Retrieved on January 5, 2021 from Minuto uno: <<https://www.minutouno.com/notas/326841-cuales-son-los-bienes-argentina-que-ya-trataron-embargar-los-fondos-buitre>>.
- Mwangi, Simone. (2020). "Cultural Knowledge as a Basis for National Identity Construction. An Analysis of the Press Discourse on the Default of 2014 in Argentina", *Sociocultural Pragmatics*, Vol. 8, No. 1, pp. 77-103.
- Nemina, Pablo., & Val, Maria E. (2020). "La reestructuración de la deuda argentina ante la pandemia global", *Analisis Carolina*, 19/2020, April 15, 2020. Retrieved on January 5, 2021 from Fundación Carolina: <<https://www.fundacioncarolina.es/?s=La+Reestructuracion+de+la+Deuda+Argentina+ante+la+Pandemia+Global>>.
- Neve, Brett. (2014). "NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina: An Alternative to the Inadequate Remedies under the Foreign Sovereign Immunities Act", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, School of Law UNC, Vol. 39, No. 2, pp. 631-673.
- Olivares-Caminal, Rodrigo. (2013). "The Pari Passu Clause in Sovereign Debt Instruments: Developments in Recent Litigation", *Sovereign Risk: a World without Risk-Free Assets?*, Vol. 72, pp. 121-128, from Basel, BIS.
- Orlando, Ezequiel & Carrillo, Cristian. (2020). Guzmán consiguió más del 90% de adhesión en el canje de deuda, August 28, 2020. Retrieved on January 5, 2021 from El Destape: <<https://www.eldestapeweb.com/economia/deuda-externa/guzman-consiguio-mas-del-90-de-adhesion-en-el-canje-de-deuda-202082820410>>.
- Pedriana, Nicholas. (2006). "From Protective to Equal Treatment: Legal Framing Processes and Transformation of the Women's Movement in the 1960s", *American Journal of Sociology*, Vol. 111, No. 6, pp. 1718-1761.
- Peräkylä, Anssi. (1988). "Four Frames of Death in Modern Hospital", in: Gilmore A., Gilmore S. (eds) *A Safer Death*, Boston, Springer, MA, pp. 41-45.
- Pérez Esquivel, Adolfo. (2014). Judge Griesa: It is Just not to Pay an Illegitimate and Immoral Debt, June 26, 2014, June 30, 2014. Retrieved on January 5, 2021 from Jubilee Debt Campaign: <<https://jubileedebt.org.uk/blog/judge-griesa-just-pay-illegitimate-immoral-debt>>.

- Raymond, Nate. (2015). U.S. Judge Urges Argentina to Resume Bond Litigation Talks, October 28, 2015, Reuters. Retrieved on January 5, 2021 from Yahoo! News: <<https://www.yahoo.com/news/weather/u-judge-urges-argentina-resume-211542551.html>>.
- Reus-Smit, Christian. (2001). "Human Rights and the Social Construction of Sovereignty", *Review of International Studies*, Vol. 27, No. 4, pp. 519-538.
- Rivkin, Ana. (2008). "Las mil caras de la movilización social contra el pago de la deuda externa en Argentina", en: Grimson, Alejandro, Pereyra Sebastián y UN Research Institute for Social Development (eds.), *Conflictos globales, voces locales: movilización y activismo en clave transnacional*, Buenos Aires, Prometeo Libros.
- Sader, Valentina. (2020). Argentina Reaches Key Debt Deal Amid COVID-19 Downturn, August 6, 2020. Retrieved on January 5, 2021 from Atlantic Council: <<https://www.atlanticcouncil.org/blogs/new-atlanticist/argentina-reaches-key-debt-deal-amid-covid-19-downturn/>>.
- Second Circuit Court of Appeals. (2012). *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*, October 26, 2012, 699 F.3d 246.
- Second Circuit Court of Appeals. (2013). *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*, August 26, 2013, 727 F.3d 230.
- Schumacher, Julian, Trebesch, Christoph, & Enderlein, Henrik. (2018). *Sovereign Defaults in Court*, December 16, 2012, SSRN.
- Sullivan, Arthur. (2020). Argentina's Debt Restructuring Deal Explained, August 4, 2020. Retrieved on January 5, 2021 from DW: <<https://www.dw.com/en/argentinas-debt-restructuring-deal-explained/a-54432373>>.
- Swiss info. (2020). Argentina y acreedores, más cerca de un acuerdo a medida que intercambian nuevas ofertas, May 29, 2020. Retrieved on January 5, 2021 from Swissinfo: <<https://www.swissinfo.ch/spa/reuters/argentina-y-acreedores--más-cerca-de-un-acuerdo-a-medida-que-intercambian-nuevas-ofertas/45793972>>.
- Tomz, Michael, & Wright, Mark L. (2013). "Empirical Research on Sovereign Debt and Default", *Annual Review of Economics*, Vol. 5, No. pp. 247-272.

United Nations Conference on Trade and Development. (2014). Argentina's 'Vulture Fund' Crisis Threatens Profound Consequences for International Financial System, June 25, 2014. Retrieved on January 5, 2021 from UNCTAD: <<https://unctad.org/news/argentinas-vulture-fund-crisis-threatens-profound-consequences-international-financial-system>>.

United Nations General Assembly. (1948). Universal Declaration of Human Rights, October 12, 1948. Retrieved on January 5, 2021 from UN: <<https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>.

United Nations General Assembly. (2004). Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, December 2, 2004. Retrieved on January 5, 2021 from United Nations Treaty Collection (UNTC): <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=_en>.

US Supreme Court. (1992). Republic of Argentina vs. Weltover, Inc, June 12, 1992, Docket No. 91-763, 504 US 607.

Vanhala, Lisa. (2009). "Disability Rights Activists in the Supreme Court of Canada: Legal Mobilization Theory and Accommodating Social Movements", Canadian Journal of Political Science, Vol. 42, No. 4, pp. 981-1002.

Vázquez, Melina. (2014). "Bringing Militancy to Management: An Approach to the Relationship between Activism and Government Employment during the Cristina Fernández de Kirchner Administration in Argentina", Apuntes, Revista de Ciencias Sociales, Fondo Editorial, Universidad del Pacífico, Vol. 41, No.74, pp. 71-102.

Vuletin, Guillermo. (2014). Argentina in Default: Why 2014 Is Different from 2001, August 5, 2014. Retrieved on January 5, 2021 from Brookings: <<https://www.brookings.edu/blog/up-front/2014/08/05/argentina-in-default-why-2014-is-different-from-2001/>>.

Weidemaier, Mark C.. (2009). "Disputing Boilerplate", Temple Law Review, Vol. 82, No. 1, pp. 1-54.

Weidemaier, Mark C., & Gulati, Mitu. (2015). "The Relevance of Law to Sovereign Debt", Annual Review of Law and Social Science, Vol. 11, pp. 395-408.

Weidemaier, Mark, Scott, Robert, & Gulati, Mitu. (2013). "Origin Myths, Contracts, and the Hunt for "Pari Passu"", *Law & Social Inquiry*, Vol. 38, No. 1, pp. 72-105.

Weisbrot, Mark, & Sandoval, Luis. (2007). "Argentina's Economic Recovery: Policy Choices and Implications", Center for Economic and Policy Research (CEPR), Washington, October 2007. Retrieved on January 5, 2021 from Issue Lab: <<https://www.issuelab.org/resources/711/711.pdf>>.

Wyplosz, Charles. (2011). "Debt Sustainability Assessment: Mission Impossible", *Review of Economics and Institutions*, Vol. 2, No. 3, pp. 1-37.

IDEOLOGIAS PENAIS ISENTAS DE TRATAMENTO: UMA ANÁLISE DAS PRINCIPAIS TEORIAS RETRIBUTIVAS E EXPRESSIVAS DA PENA NO PENSAMENTO CONTEMPORÂNEO ¹

Claudia Spinassi ²

ORCID: 0000-0002-0906-7047

Correo electrónico: claudiaspinassi@hotmail.com.br

Resumo

O presente artigo faz uma análise crítico-descritiva das principais teorias da pena, desenvolvidas nos últimos dois séculos, que não tiveram o tratamento penal das pessoas condenadas à pena privativa de liberdade como relevante. Em especial são analisadas as teorias retributivas e da prevenção geral da pena, dando-se ênfase às chamadas “teorias expressivas”. Por meio de levantamento bibliográfico demonstraremos as principais características de cada uma dessas teorias, sendo consideradas mais relevantes aquelas que mais destaque tiveram no cenário penal ocidental e os autores de maior relevo. Por uma opção metodológica não serão abordadas as chamadas “teorias mistas”.

Palavras-chave: teorias da Pena, retribucionismo, prevenção geral positiva, teorias expressivas da pena.

¹ N.E. El título completo según la autora es: “*IDEOLOGIAS PENAIS ISENTAS DE TRATAMENTO PENAL: UMA ANÁLISE DAS PRINCIPAIS TEORIAS RETRIBUTIVAS E EXPRESSIVAS DA PENA NO PENSAMENTO PENAL CONTEMPORÂNEO*”

² Doutoranda em Direito Penal da Universidade de Buenos Aires-AR; especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná; graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Professora da Escola da Magistratura do Paraná; professora dos Cursos de Pós-Graduação em Direito Penal da Faculdades Maringá e do Centro Universitário Univel. Membro do Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Penitenciário do CNJ, no Paraná.

IDEOLOGÍAS PENALES EXENTAS DE TRATAMIENTO PENAL: UN ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES TEORÍAS RETRIBUTIVAS Y EXPRESIVAS DE LA PENA³

Resumen

Este artículo realiza un análisis crítico-descriptivo de las principales teorías de la pena, desarrolladas en los dos últimos siglos, que no han tenido como relevante el tratamiento penal de los condenados a prisión. En particular, se analizan las teorías de la retribución y de la prevención general de la pena, con énfasis en las llamadas "teorías expresivas". A través de un repaso bibliográfico mostraremos las principales características de cada una de estas teorías, considerándose más relevantes aquellas que tuvieron más protagonismo en el escenario penal occidental y los autores más importantes. Las llamadas "teorías mixtas" no se abordarán mediante una opción metodológica.

Palabras clave: teorías de la pena, retribucionismo, prevención general positiva, teorías expresivas.

PENAL IDEOLOGIES EXEMPT FROM PENAL TREATMENT: AN ANALYSIS OF THE MAIN RETRIBUTIVE AND EXPRESSIVE THEORIES OF PUNISHMENT⁴

Abstract

This article makes a critical-descriptive analysis of the main theories of punishment, developed in the last two centuries, that have not had the criminal treatment of people sentenced to imprisonment as relevant. In particular, it analyzes the theories of retribution and general prevention of punishment, with emphasis on the so-called "expressive theories". Through a bibliographic survey we will demonstrate the main characteristics of each one of these theories, being considered more relevant those that had more prominence

³ N.E El título completo según la autora es: "IDEOLOGÍAS PENALES EXENTAS DE TRATAMIENTO PENAL: UN ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES TEORÍAS RETRIBUTIVAS Y EXPRESIVAS DE LA PENA EN EL PENSAMIENTO PENAL CONTEMPORÂNEO".

⁴ N.E El título completo según la autora es: "PENAL IDEOLOGIES EXEMPT FROM PENAL TREATMENT: AN ANALYSIS OF THE MAIN RETRIBUTIVE AND EXPRESSIVE THEORIES OF PUNISHMENT IN CONTEMPORARY PENAL THOUGHT".

in the Western penal scenario and the most relevant authors. The so-called "mixed theories" will not be addressed by a methodological option.

Keywords: theories of punishment, retributionism, positive general prevention, expressive theories.

1. Introdução

É constante o esforço da comunidade acadêmica para fundamentar as finalidades da pena estatal, o qual se manifesta em diferentes teorias que legitimam ou deslegitimam a intervenção penal, buscando uma justificação para a aplicação da pena e suas funções em uma sociedade.

Para os propósitos do presente trabalho, serão analisadas as principais ideologias da pena, desenvolvidas nos últimos dois séculos, que não tiveram o tratamento penal das pessoas condenadas à pena privativa de liberdade como relevante. Em especial serão analisadas as teorias retributivas e da prevenção geral da pena, dando-se ênfase às chamadas “teorias expressivas”.

Por meio de um levantamento bibliográfico, o presente estudo tem por objetivo traçar as principais características das mais importantes teorias retributivas, da prevenção geral e expressivas da pena, tendo como recorte temático aquelas que mais destaque tiveram no cenário penal ocidental e, conseqüentemente, os autores de maior relevo. Por uma opção metodológica, não serão abordadas as chamadas “teorias mistas” da pena.

Com o intuito de estimular a reflexão crítica das mencionadas teorias, buscaremos abordar, em cada momento teórico, os seguintes pontos: a) a situação econômico-social; b) a visão filosófica de Estado e de Ser; c) os valores socialmente defendidos e, em consequência, a essência do delito como contradição a tais valores; d) a função atribuída à pena (quando for o caso); e) a medida da pena para cada caso.

O trabalho é relevante porque o pensamento penal contemporâneo tem, cada vez mais, repudiado a função de prevenção especial positiva da pena, diante do comprovado fracasso da ressocialização, tendendo a adotar ideologias retributivistas da pena.

2. Teorias Absolutas da Pena: a pena como fim em si mesma

2. 1. Kant: contratualismo retributivo⁵ e dissuasivo

Os primeiros anos da Revolução Industrial⁶ são marcados por uma importante mudança estrutural da sociedade, representada pela passagem do feudalismo ao industrialismo e pela consequente substituição da hegemonia da nobreza pelos manufatureiros (detentores do capital). Este momento incipiente da ascensão dos capitalistas coincide com a concentração urbana da população, deslocada do campo para a cidade sem qualquer treinamento para a forma de produção industrial, gerando um desequilíbrio entre a oferta e demanda de mão-de-obra, e o consequente aumento dos crimes patrimoniais. A nova classe hegemônica sentiu a necessidade de controlar a massa despossuída. Entretanto, o controle social é exercido por meio do direito penal que se encontra nas mãos do Estado, o qual, por sua vez, ainda é controlado pela nobreza.

Conscientes de que a nobreza poderia usar o controle social inclusive contra eles, os capitalistas buscam limitar o poder da nobreza, subtrair-se ao seu controle e, ao mesmo, controlar as massas despossuídas. Para tanto, recorrem ao paradigma filosófico do contrato social. Segundo esta filosofia, o Estado é produto do medo gerado pelo Estado de natureza em que viviam os homens, caracterizado pela “guerra de todos contra todos”, sendo que a única forma de se alcançar a paz é mediante a transferência do poder ao Estado, responsável por garantir a segurança de todos (Hobbes, 1839).

⁵ Alguns autores, no campo filosófico, defendem que Kant não era um defensor da teoria retribucionista da pena, mas que tinha uma visão eclética. Entre eles: Byrd (2010) y Merle (2002).

⁶ Embora a chamada "revolução industrial", que marca a passagem da forma de produção feudal - servil - à capitalista, tenha se desenvolvido ao longo de três séculos, desembocou no fenômeno de mesmo nome (em sentido estrito), que teve lugar na segunda metade do século XVIII e acarretou transformações socioeconômicas que refletiram numa profunda mudança cultural, com consequências para as seguintes gerações.

Como reflexo deste discurso, se produz um direito penal fundado no contrato e na ficção de igualdade entre os homens, onde, para evitar arbitrariedades e garantir a segurança, se faz necessário ter uma definição clara do que era proibido, surgindo daí o princípio *nullum crimen sine lege*, discurso que serve aos manufatureiros para limitar o poder da nobreza neste primeiro momento do industrialismo. Com o contratualismo surge também a ideologia da privação da liberdade como pena. Isso ocorre porque sendo a sociedade estabelecida mediante um contrato, a sanção para quem viola o contrato social é a reparação do dano por meio de uma indenização. Quando o cidadão não paga a indenização é forçado a fazê-lo por meio da expropriação de algo. Entretanto, a massa criminalizada por esse controle social nada possui. A única coisa que pode oferecer ao mercado é sua capacidade de trabalho, sua liberdade⁷. A prisão se torna o modelo de pena ideal porque pode ser quantificada em tempo, concebido este de forma linear, o que também coincidia com as práticas de mercado da época. A medida da pena, neste período da história, passa a ser o talião (retribuição), ou seja, aquela necessária para reparar o mal causado com o delito.

O desenvolvimento dessa ideologia talional é realizado por Immanuel Kant (1724-1804). Ideólogo do despotismo ilustrado, dedicado à investigação da razão, Kant considera o ser humano um fim em si mesmo e entende como contrária à moral (imperativo categórico) sua consideração como meio. Adotando uma postura transcendental da natureza humana, Kant sempre enxergou com muito receio as teses preventivas, as quais, extremadas, conduziriam ao estágio de instrumentalização do homem para fins sociais.

Em *Metafísica dos Costumes* (1798), Kant sustenta ser a lei penal um imperativo categórico que deve ser respeitado sob quaisquer condições, cuja ruptura gera a aplicação da pena, não havendo nenhuma outra justificativa para a punição senão a própria inobservância do contrato social. É clássica a afirmação do autor de que, mesmo no caso de dissolução de

⁷ Durante a Alta Idade Média, em que as terras existentes atendiam satisfatoriamente a uma população em crescimento, as condições sociais dos trabalhadores rurais eram, de certo modo, satisfatórias e o sistema penal tinha como função preservar a estrutura social existente. O direito penal se preocupava apenas em manter a paz social e a punição era precipuamente pecuniária, isto é, feita através de indenizações (*penance*) e fianças. As fianças eram fixadas de acordo com o *status* social do ofensor e da vítima (Rusche and Kirchheimer 2004: 23).

uma determinada sociedade, deveria ocorrer a execução do último assassino que se encontrasse no cárcere “para que cada pessoa receba o que merecem seus atos e o homicídio não recaia sobre aqueles que não exigiram o castigo: porque podem ser considerados cúmplices da violação pública da justiça” (Kant, 1986: 166).

Para Kant, a ação é moral quando responde a um dever de consciência que não se orienta por nenhuma outra consideração, tal como conveniência, oportunidade, etc. Esses imperativos da consciência são denominados de “imperativos categóricos”. Assim, a ação é moral quando responde ao imperativo categórico, o qual é sintetizado por Kant em duas grandes máximas: "Age somente segundo uma máxima tal que possas querer ao mesmo tempo que se torne lei universal"; e "nunca alguém deve tratar a si mesmo e nem aos demais como simples meio, mas como fim em si mesmo". A aplicação destes princípios ao direito penal leva à conclusão de que a pena não pode ser imoral, ou seja, não pode transformar o homem em um meio para o alcance de um fim. A pena não pode ter qualquer finalidade utilitária (relativa); os objetivos de melhorar ou corrigir o delinquente (prevenção especial positiva) ou de intimidar ou persuadir os demais a não praticarem crimes (prevenção geral negativa) seriam ilegítimos, justamente por usar o homem como meio para se alcançar um fim.

2. 2. Hegel: organicismo retributivo e neutralizador

O paradigma do contrato não se estendeu até o século seguinte com a mesma força. Ainda dentro do cenário da Revolução Industrial, à medida em que foi se operando a acumulação de capital, o capitalismo incipiente foi tomando o poder, destituindo a nobreza e convertendo-se em um poder efetivo do qual ela dependia. Neste ponto, a posição de domínio dos capitalistas não se encontra mais ameaçada pela nobreza, mas sim pelos setores mais carentes: um grande contingente de pessoas (homens, mulheres e crianças), vindas da zona rural, que não é totalmente incorporado na produção industrial e que continua concentrado nas cidades, formando uma massa de despossuídos.

A classe hegemônica do momento (capitalistas) sente a necessidade não só de conter essa massa de pessoas carentes, mas também de discipliná-la para o trabalho de longas horas e baixos salários nas fábricas. Neste cenário, o paradigma do contrato social já não servia tão bem como ideologia ao grupo dominante, pois não era suficiente para convencer a massa de despossuídos de que deviam seguir obedecendo as regras de um Estado que nada lhes dava em troca.

Para mostrar que a sociedade era algo "natural" e que o poder social era detido por aqueles que "naturalmente" eram os melhores, os capitalistas incipientes substituem o paradigma filosófico do contrato social pelo do organicismo, passando a defender a ideologia de que a sociedade é um todo orgânico, de modo que as células cerebrais (aquelas que comandam) são naturalmente menos numerosas, mas são as melhores. Na seara do direito penal, o discurso que sustentou essas ideias e obteve maior destaque foi o hegelianismo⁸. Para Hegel (1770-1831) o "espírito" do gênero humano vai se desenvolver de uma maneira muito semelhante ao próprio indivíduo, passando da infância à maturidade, e a história se apresenta como o desenvolvimento da consciência da humanidade.

Para Hegel o único infinito é a razão, a qual se desenvolve ao longo da história, fazendo avançar o espírito da humanidade de maneira dialética. Essa razão faz avançar o espírito do homem em três estágios: subjetivo, onde o homem alcança a liberdade com a consciência de si mesmo; objetivo (direito), onde o homem livre se relaciona com outros homens livres; e estágio do espírito absoluto, onde o espírito de toda a humanidade eleva-se sobre o mundo (religião). Deste modo, aquele que não conseguia alcançar a liberdade, não atuava com relevância jurídica, o que permite classificar os homens em livres e não livres, e dar-lhes tratamento diferenciado (Hegel, 1986).

A ideologia de Hegel permite a imposição de uma pena ilimitada aos indivíduos considerados inúteis ao mercado de trabalho e altamente perigosos para a classe dominante, tendo como medida apenas a necessidade de os neutralizar, ao mesmo tempo em que

⁸ Hegel era um idealista. Assim, a raiz do organicismo social é idealista e não positivista como se costuma pensar.

reserva uma outra medida - a retribuição talional - para os que eram suscetíveis de ser disciplinados e incorporados à oferta de mão-de-obra no mercado. Esta diferente medida de pena era justificada por Hegel na existência de diferentes "tipos" de homens, classificáveis conforme seu estágio espiritual.

No hegelianismo, a pena para homens livres impunha-se como uma necessidade lógica e também com caráter retributivo talional. De acordo com Hegel, o delito é a negação do direito, a pena é a negação do delito e, portanto, conforme a regra de que a negação da negação é uma afirmação, a pena seria a afirmação do direito, imposta simplesmente pela necessidade de afirmação deste.

Para os excluídos da comunidade jurídica, a pena não tinha sentido, porque sua condição de marginalizados os fazia credores de uma medida que neutralizasse seu perigo, sem limites. O hegelianismo permitia que a classe hegemônica realizasse uma classificação dos homens, pondo de lado aqueles que participavam do racionalismo produtivo e, de outro, aqueles que não participavam, aos quais se reservavam apenas medidas neutralizantes.

Em *Princípios da Filosofia do Direito* (1820), Hegel trata das relações entre crime, violência e penalidade e centra sua teoria da pena na noção de que a violência destrói a si mesma com outra violência. O crime é considerado uma violação da ordem jurídica e justifica a imposição de uma sanção exclusivamente retributiva, ante a necessidade de restabelecimento da ordem jurídica.

Nesta discussão apenas se trata do seguinte: o crime, considerado não como produção de um mal, mas como violação de um direito tem de suprimir-se, e, então, qual é a existência que contém o crime e tem que suprimir-se? Esta existência é que é o verdadeiro mal que importa afastar e nela reside o ponto essencial (Hegel 1986: 91).

A ideia de livre arbítrio ou o conceito de liberdade de vontade do ser humano encontra-se na base das teorias retribucionistas, pois somente um homem livre, dotado de discernimento e liberdade para decidir entre o bem e o mal, pode ser castigado pelo delito cometido, na medida de sua culpabilidade.

3. Teorias Relativas da Pena⁹: a pena como meio para determinados fins

3. 1. Prevenção Geral Negativa: Feuerbach

As teorias da prevenção geral negativa têm Feuerbach como um de seus principais expoentes. Nelas, a punição não é direcionada ao indivíduo que praticou o delito; não existe na pena fins educativos ou morais. A pena tem a função de intimidar a autores potenciais para que não cometam delitos. “O Estado não é tutor, mas protetor; não é preceptor, mas defensor; não possuindo como fim a moralidade e a cultura, mas a tutela da liberdade” (Feuerbach, 1972: 104, tradução livre nossa). Feuerbach (1755-1833)¹⁰ desenvolveu na Alemanha a chamada “teoria da coação psicológica” (1847: §§ 8/20), segundo a qual a missão do direito penal é inibir motivos egoístas dirigidos à prática de delitos, por meio da provação de outros motivos, também egoístas, mas contrapostos, e desta forma dificultar, psicologicamente, o cometimento de delitos. Em outros termos, a previsão legislativa e a aplicação da pena devem dar ao cidadão a certeza de que a todo delito seguirá um mal maior que o desgosto que advém de não satisfazer o impulso de delinquir.

Segundo Feuerbach, a pena é aplicada em razão de um fato consumado e passado, com o objetivo de conter todos os cidadãos, mediante a coação psicológica, para que não cometam delitos no futuro. O objetivo da sanção criminal é a dissuasão daqueles que não cometeram crimes, devendo a aplicação da pena ser inequívoca, sob pena de perder seu caráter simbólico.

O objetivo da cominação legal da pena é a intimidação de todos como possíveis protagonistas de lesões jurídicas. A finalidade de sua aplicação é dar fundamento efetivo à cominação legal, dado que sem sua aplicação haveria lacuna (seria ineficaz). Se a lei

⁹ Tatjana Hörnle questiona a divisão binária tradicional entre “teorias absolutas” e “teorias relativas” da pena. A opção de manter a classificação clássica neste artigo se justifica pela novidade do tema no cenário jurídico brasileiro, numa tentativa de facilitar a compreensão do leitor.

¹⁰ O momento histórico econômico-social e a visão filosófica de mundo vivenciado por Feuerbach é bastante parecido com o de Hegel, devido à contemporaneidade desses pensadores, razão pela qual, sobre este ponto, remete-se o leitor ao mencionado acima no tópico 1.2.

intimida a todos os cidadãos e a execução deve dar efetividade à lei, o objetivo mediato (ou final) da pena é, em qualquer caso, a intimidação dos cidadãos através da lei (Feuerbach, 1989: 64).

Novamente aqui impera a ideia de livre arbítrio do ser humano. A criminalização pretendida exemplarizante parte da ideia de que todo ser humano é um ente racional, cujas ações seguem uma lógica de mercado, pressupondo que os delinquentes são sujeitos capazes de calcular os custos e benefícios de suas ações (homem econômico). A função da pena passa a ser utilitarista, livre de toda consideração ética e, por tanto, sua medida deve ser a necessária para intimidar os que possam sentir a tentação de cometer delitos.

3. 2. Prevenção Geral Positiva Normativa¹¹: teorias expressivas da pena

A partir dos anos sessenta do século passado, começa o processo de derrocada da criminologia etiológica e das ideologias "re", com as críticas à prisão desde o ponto de vista sociológico progressista e político criminal reacionário¹². Os efeitos deteriorantes da prisão começam a ser postos em relevo e alguns responsabilizam o próprio "tratamento penal" pelo alto número de reincidência. O momento histórico é da revolução tecnológica, na qual o poder é exercido por meio da globalização e onde há um crescente aumento do poder das agências de comunicação social, fazendo com que, na seara penal, o importante seja emitir discursos para a comunicação midiática, com efeito tranquilizador, sem se importar com os efeitos reais. Se constrói, cada vez mais, uma realidade virtual, totalmente dissociada dos fatos, ainda que com efeitos na vida real. Não existe um grupo hegemônico no poder, ante a

¹¹ As teorias preventivas gerais positivas da pena são, geralmente, classificadas em dois grupos teóricos. O primeiro, pautado por uma tendência sócio psicológica, entende que a pena visa firmar uma proibição na consciência da população, influenciando moral e pedagogicamente os membros do convívio social e gerando um aprendizado social voltado ao cumprimento das normas, o que representaria um efeito de prevenção criminal. O segundo grupo seria pautado por uma tendência normativa, sustentando que a pena objetiva reafirmar a validade da norma violada pelo delito. Ocorre que entendimento mais recente do tema questiona essa classificação e propõe enquadrar as formulações de tendência normativa nas teorias expressivas da pena, sendo este o caminho adotado neste artigo.

¹² É certo que a escola de pensamento amplamente definida como criminologia crítica localiza sua origem em trabalhos muito anteriores à década de 1960 – talvez seja mais preciso indicar a obra seminal de Rusche e Kirchheimer (2004), *Punição e estrutura social*, publicada pela primeira vez em 1939, como marco inicial da literatura crítica sobre a punição. Argumenta-se, aqui, no entanto, que foi a partir da década de 1960 que o acúmulo dos trabalhos críticos sobre a pena e a operação do sistema de justiça criminal começou a repercutir nas esferas políticas e a questionar a hegemonia do previdenciário penal.

ausência de um poder social com capacidade para assumir a hegemonia mundial. “El poder político no dispone de fuerza para conceder hegemonía a algún discurso coherente; el poder económico, por su parte, no lo necesita, porque, por primera vez se ejerce sin mediación alguna del poder político”¹³(Zaffaroni & Slokar, 2002: 164).

Os poderes políticos nacionais se veem debilitados e sitiados pela demagogia dos operadores políticos globalizados, e os Estados nacionais perdem grande parte dos atributos da chamada soberania. Referida situação aumenta o poder autônomo das agências policiais, na medida em que são capazes de intimidar os enfraquecidos poderes nacionais para que adotem medidas conforme o discurso dos meios de comunicação massivos, na intenção de demonstrar a decisão de apoiar a agência policial no objetivo de conter a conflitividade cada vez maior, gerada pelas condições econômicas excludentes do poder globalizado.

Esse momento histórico também é marcado por críticas ao instrumentalismo político-criminal dos governos ocidentais. O sistema político vigente propicia à sociedade a percepção de ser uma entidade organizada e regida pelo Estado. A insatisfação com a relação “vertical” entre governantes e governados culminou em uma sociedade civil com maiores aspirações e expectativas de ingerência na atividade estatal (Günther, 2014). A comunicação viabilizou o aumento na participação política da sociedade civil, possibilitando a organização e integração daqueles que a compõem e a criação de meios interlocutórios com o Estado.

O estabelecimento de uma comunicação pressupõe que os integrantes da sociedade sejam considerados e tratados como pessoas moralmente capazes e responsáveis pela própria conduta. Garantir o status de agente moralmente capaz e responsável implica tratar os indivíduos como “agentes comunicativos” (*communicative actors*), isto é, pessoas capazes e obrigadas a responder pelos próprios atos e contempladas com o direito de demandar justificações do Estado. O status de agente comunicativo proporciona uma nova forma de perceber os sujeitos do delito e a conduta criminosa. O delito é tomado como uma interação

¹³ N.E. Tradução: “O poder político não tem força para conferir hegemonia a nenhum discurso coerente; o poder econômico, por sua vez, não precisa dele, porque, pela primeira vez, é exercido sem qualquer mediação do poder político” (Zaffaroni & Slokar, 2002: 164).

entre agentes morais e autônomos. O infrator é abordado como um indivíduo moralmente capaz e que deve responder pelo crime cometido. A vítima é tratada como um sujeito moralmente relevante, cuja autonomia e integridade foram violadas e que merece ter os interesses e necessidades reconhecidos pela reação ao crime. A sociedade passa a ser referida como um ente composto por indivíduos autônomos e moralmente aptos a entender a mensagem de “censura” (*censure*) expressa pela punição do infrator e atender ao apelo de evitar a conduta criminosa.

A pena, para os estudiosos do tema, deixa de ser um instrumento de uma agenda política preventivo-criminal e assume o papel de uma reação proporcional ao crime, cuja finalidade é expressar, perante a vítima, infrator e sociedade, a censura que recai sobre a conduta proscria. A censura expressa pela punição do infrator reconhece o status moral da vítima e manifesta a indignação da sociedade perante o delito perpetrado. Neste cenário é que surgem as chamadas “teorias expressivas” da pena, as quais, apesar de terem surgido em meados dos anos sessenta, permaneceram majoritariamente restritas ao mundo jurídico inglês até a última década do Século XX, sendo recente sua divulgação no Brasil (Teixeira, 2015; Ribeiro Giamberardino, 2014) e na América Latina como um todo.

3. 2. 1. Jakobs: a pena como segurança cognitiva da vigência da norma

Günther Jakobs¹⁴ confere à pena um caráter público a partir do momento em que o agente viola normas jurídico-penais garantidas, consistentes naquelas normas cuja observância far-se-á imprescindível para a organização social essencial.

[...] as frustrações exclusivamente individuais das partes do contato social não são assunto público e, conseqüentemente, não ensejam reações estatais. Ainda que o Estado pudesse assumir a perseguição do violador da norma representando o indivíduo frustrado, por exemplo, para evitar linchamento, isso importaria, quando muito, num interesse público indireto na frustração. Mas, não é preciso essa intermediação, pois, com a violação de

¹⁴ Embora seja considerado pela doutrina clássica como expoente da teoria da prevenção geral positiva sistêmica, as últimas versões da teoria da pena de Günther Jakobs têm assumido uma nítida tonalidade “expressiva”. Tanto é assim que Tatjana Hörnle e outros tem defendido que sua teoria deve ser classificada como uma “teoria expressiva orientada à norma” (Hörnle, 2006: 22) e (Jakobs, 2008). Posição também adotada neste artigo.

normas jurídico-penalmente garantidas, surge também um conflito público, sobretudo quando se trata de normas penais legítimas (Jakobs, 2006: 24).

Segundo Jakobs, a pena teria uma função preventiva, pois protegeria as condições necessárias para as interações sociais, ou seja, as normas. A aplicação da pena validaria a confiança de todos os indivíduos que creem na norma, ou seja, serviria ao “exercício da confiança na norma”. Em sua obra sobre a pena estatal, Jakobs (2006) defende que a sanção penal é necessária porque, com seu mal comportamento, o agente causa um dano à segurança cognitiva da vigência da norma. Normativamente, temos direito a confiar que toda norma será respeitada. Cognitivamente, e por razões de experiências práticas, sabemos que nem todas as normas de segurança são respeitadas. Essa insegurança cognitiva é causada pelo mal comportamento do agente que quebra as normas e isso desgasta a consciência social de confiança cognitiva de que as normas serão respeitadas. É este dano que o autor do delito deve reparar por meio da pena, visando restabelecer a confiança social nas normas que ele, com seu comportamento, afetou negativamente.

Conforme Jakobs (2006: 29), se o delito é a “contradição à norma por meio de um comportamento” a pena não seria nada mais que a “oposição à violação normativa executada à custa do agente”. A pena tem a função de demonstrar que a ordem social continua vigente. Por meio dela, a norma resta restabelecida e é reafirmada sua vigência. Por isso, a pena não persegue um fim futuro e incerto (como, por exemplo: a ressocialização), mas sua mera imposição já cumpre seu fim. Assim, a pena possui a função de reforçar simbolicamente a confiança do público no sistema social, protegendo as interações sociais mediante a validação da confiança daqueles que acreditam na norma, e sua medida deve ser a dose necessária para renormatizar o sistema, provocando o consenso, ou seja, a medida da pena deve corresponder à importância da norma desrespeitada.

3. 2. 2. Michel Pawlik: a pena como reafirmação do dever de lealdade ao ordenamento jurídico

Pawlik defende uma teoria retributiva não absoluta. Segundo ele, todo cidadão teria o dever de cooperar para a manutenção das liberdades. A prática do delito implica no rompimento do dever de cooperação e a imposição da pena teria como fundamento castigar a violação do dever de cooperação, de modo que o agente teria que “tolerar” a aplicação da pena, demonstrando que o dever de cooperação tem que ser respeitado para garantir a liberdade. Na concepção de Pawlik, a aplicação da pena se legitima na infração do dever de lealdade com a coletividade, que conjuntamente com o dano causado à vítima, quantifica o injusto. A legitimação da pena está vinculada à função de restabelecimento do Direito. A pena está direcionada a um fato juridicamente desaprovado e previamente realizado pelo infrator. A razão de fato da pena estaria no passado, enquanto a razão de direito seria o entendimento do delito como uma ilícita exteriorização de vontade passível de reprovação pela comunidade.

De acordo com esta teoria, desde seu papel de cidadão, o autor do delito já está corresponsabilizado por estabelecer as condições de sua liberdade, de maneira que o injusto passa a ser a manifestação imputável a um sujeito de desrespeito ao projeto de vida de outro, denominado vítima. Tendo ao Estado e ao direito estatal como legitimados por possibilitarem a liberdade, a pena seria a atuação estatal incumbida de garantir que os cidadãos possam ser livres, pois restabeleceria uma situação concreta em que as liberdades jurídicas podem ser distribuídas (Pawlik, 2004). O direito penal serviria para proporcionar a estabilidade necessária a um Estado de respeito mútuo entre sujeitos de direito.

A preservação de uma situação em que as leis são amplamente garantidas seria fundamental para a liberdade individual e dependeria de uma lealdade às normas estabelecidas pela sociedade civil. Os cidadãos teriam uma “obrigação de lealdade” ao ordenamento jurídico. A violação dessa obrigação consistiria em um ilícito criminal. O indivíduo que lesiona um bem jurídico alheio adota uma conduta que prejudica a vítima e também a garantia de paz fornecida pelo ordenamento jurídico, cujo garante é a comunidade como um todo.

Segundo Pawlik, a culpa criminal significaria que o infrator não agiu de acordo com o que poderia ser demandado de um cidadão responsável em tal situação, ou seja, o indivíduo incorreu em um “ilícito de cidadão”. A pena seria uma reação a esse tipo de ilícito, pois o agente deve consentir que o vínculo entre “desfrutar a liberdade” e cumprir a obrigação de lealdade ao ordenamento jurídico seja confirmado às suas custas. O ato punitivo afirmaria a indissolubilidade de tal vínculo ao privar o infrator de uma parcela da própria liberdade e a medida da pena estaria relacionada à dimensão do ilícito cometido. A legitimidade da punição de um infrator-cidadão estaria no restabelecimento da ordem jurídica, da cognição de vigência desta ordem, que foi afrontada pela conduta do sujeito ativo.

3. 2. 3. Tatjana Hörnle: a pena como voz da vítima¹⁵

A formulação de Hörnle defende a referência à vítima na teoria da pena, entendendo que o indivíduo afetado pelo delito teria um interesse legítimo na punição do infrator. Conforme Hörnle:

(...) a mera existência de um anseio retributivo por parte do indivíduo vitimado é suficiente para justificar a demanda por uma pena criminal, sem a necessidade de se recorrer às teorias preventivas. Tal demanda estaria diretamente atrelada à personalidade da vítima e ao delito perpetrado. Por exemplo, a demanda de indivíduos lesionados por delitos patrimoniais seria primeiramente voltada para o ressarcimento do prejuízo e depois à punição do infrator, porém tal panorama não ocorreria com as vítimas de crimes sexuais. Assim, a relação entre a demanda da vítima e o crime sofrido seria sintetizado como “quanto mais grave o delito cometido contra a pessoa, quanto mais tiver invadido a esfera de intimidade, quanto mais tiver influído na vida posterior, maior será a demanda punitiva a ser esperada (Hörnle, 2006: 952, tradução livre nossa).

Para Hörnle a pena também serviria para “conter os sentimentos de indignação” proporcionados pelo delito. Essa demanda poderia ser igualmente atribuída à coletividade

¹⁵ O título tem apenas intenção apelativa, visando chamar a atenção do leitor para o quanto esta autora destaca o papel da vítima na teoria da pena. Todavia, estamos cientes de que Hörnle não considera apenas a vítima como destinatária da expressão penal, mas também o infrator e a sociedade.

entendida esta, não como uma abstração, mas como um conjunto de indivíduos indignados, ainda que não atingidos diretamente pelo delito. Este tipo de formulação é praticamente ignorado no atual debate teórico-penal, porém constitui algo plausível e facilmente perceptível na sociedade, sendo bastante comum indivíduos ficarem indignados ao tomar conhecimento da ocorrência de crimes graves.

Seguindo esta linha de raciocínio (relevância da vítima), Hörnle sustenta que uma teoria da pena “única” seria praticamente inviável, pois a fundamentação do ato punitivo não poderia ser alheia ao tipo de delito praticado. Não obstante a demanda retributiva, a pena ainda necessitaria de um fundamento normativo. Estabelecer o interesse da vítima como critério normativo implicaria em uma fundamentação parcial da pena, vez que esta seria condizente apenas com condutas que afetam os direitos de personalidade do indivíduo afetado pelo crime. Entretanto, a autora destaca que a necessidade de fazer referência aos interesses da vítima seria evidente em casos envolvendo delitos cujo sujeito passivo é um indivíduo.

Conforme Hörnle:

(...) uma fundamentação da pena pautada pelo interesse da vítima não significaria ignorar as necessidades da sociedade, mas implicaria estabelecer que os objetivos “coletivistas” devem estar coadunados com os anseios e demandas do indivíduo diretamente afetado pelo crime. Essa fundamentação poderia servir, por exemplo, para delitos que atentam contra a autodeterminação sexual e liberdade individual ou que afetem gravemente a integridade física. Por outro lado, a punição de condutas que incidem sobre bens jurídicos coletivos ou bens jurídicos individuais patrimoniais poderia ter por fundamento a prevenção criminal. Segundo essa teoria, é fundamental que a condenação seja acompanhada pela inflicção de um mal ao infrator. A ausência de um ônus tangível seria viável na punição de indivíduos que incorreram em delitos leves, porém a pena que não inflige um mal ao perpetrador de uma conduta grave seria contraditória e comprometeria o significado expressivo da condenação. A intensidade da pena refletiria o grau de reprovação atribuído ao ilícito cometido pelo agente, isto é, a credibilidade da condenação e do ato punitivo estariam sincronizadas. Punir sem infligir um mal ao infrator significaria que a conduta incorrida não foi grave. A pena desprovida de um ônus tangível conflitaria com os interesses de indivíduos vitimados por crimes graves e comprometeria a credibilidade da condenação expressa pelo Estado (Hörnle, 2015: 157).

4. Considerações finais

Com as exposições acima, este trabalho ofereceu um esboço das principais teorias da pena desenvolvidas nos últimos dois séculos que não tiveram o tratamento penal como foco. Em especial foram analisadas as teorias retributivas e da prevenção geral da pena, dando-se ênfase às chamadas “teorias expressivas”. Há muitos matizes que restaram fora da presente exposição, a qual não tem a intenção de esgotar o tema, como pontuado na introdução.

Como visto, a tendência do pensamento penal contemporâneo tem sido seguir a linha de pensamento de Kant e Hegel, ou seja, atribuir à pena apenas (ou primordialmente) fins retributivos. Tanto em Kant quanto em Hegel, a justificação da sanção penal é unicamente a realização da justiça como valor ideal. A pena tem caráter absoluto e constitui um fim em si mesma; existe porque tem que imperar a justiça. A culpabilidade é considerada fundamento e medida da pena, de modo que o castigo não deve exceder a intensidade do dano causado.

As teorias retributivas, na acepção kantiana e hegeliana, implicam uma perspectiva em que a verdadeira “vítima” seria a norma (abstração) afrontada pelo crime. A pena retributiva teria a finalidade de restaurar o direito ou a justiça e seria efetivamente alheia à violação de interesses e bens jurídicos do sujeito passivo. Embora sejam reputadas como as mais favoráveis às vítimas, essas teorias não atribuíram um lugar significativo para os indivíduos concretamente afetados por crimes.

Günther Jakobs, por sua vez, fundamenta a pena como uma reação expressiva, cujo objetivo seria fortalecer a validade da norma jurídica. Michael Pawlik defende que a pena é uma reação expressiva que visa reforçar uma “condição” de respeito mútuo (lealdade) em que os cidadãos possam desfrutar da liberdade individual. Ambas as teorias desconsideram os indivíduos envolvidos no crime; recorrem a conceitos com elevado grau de abstração para fundamentar a pena e atribuem uma tonalidade coletivista ao ato punitivo, cuja finalidade seria a expressão de uma mensagem à sociedade.

De outro lado, Tatjana Hörnle traz a ideia de que o simples fato de sofrer um crime já é suficiente para incutir na vítima e na sociedade uma demanda retributiva, cuja intensidade é proporcional à gravidade da violação da intimidade e afetação da vida posterior da vítima. Para a legitimidade da pena bastaria o cometimento do delito.

Apesar de refratária à ingerência do sujeito passivo na determinação da pena, Hörnle expõe uma relação entre o anseio retributivo e o crime sofrido que permite conceber critérios razoáveis para um modelo de participação da vítima na empreitada punitiva. A vítima é encarada como um destinatário da expressão penal, o que é um ponto bastante inovador em relação às formulações anteriormente apresentadas. Apesar de notável dedicação ao papel da vítima, as formulações de Hörnle não negam que o infrator e a sociedade também devam ser considerados como destinatários do conteúdo expresso pela pena.

Em síntese, as teorias expressivas orientadas à norma defendem que a finalidade da pena consiste em expor uma mensagem perante a coletividade. Tal como as formulações preventivo-criminais, essas teorias pressupõem que a pena é fundamentada no legítimo interesse de pessoas. Porém, entendem que tais interesses não seriam relacionados a evitar delitos futuros; a pena não seria fundamentada na prevenção criminal, mas sim no trato apropriado de eventos pretéritos.

Referências Bibliográficas

- Byrd, B. Sharon. (2010). “Kant’s Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution”, in: Acem, Elsa, Byrd, B. Sharon y Hruschka, Joachim (Eds.), Kant’s Doctrine of Right: A Commentary, Cambridge, Cambridge University Press, in: Revue Québécoise de Droit International, Vol. 24-2, 2011, pp. 239-242. Disponível em: <www.persee.fr/doc/rqdi_0828-9999_2011_num_24_2_1247>. Acesso em: 8 Jan. 2021.
- Erber-Schropp, Julia Maria. (2016). Schuld und Strafe: Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung des Schuldprinzips, Tübingen, Mohr Siebeck.
- Feuerbach, Anselm von. (1847). Lehrbuch Des Gemeinen in Deutschland Gultigen Peinlichen Rechts, Giessen, G.f. Heyer.
- Feuerbach, Paul Johann Anselm. (1972). Anti-Hobbes, Ovvero, Il Limiti Del Potere Supremo e Il Diritto Coattivo Dei Cittadini Contro Il Sovrano, traduzione Di m. a. Cattaneo, Milão, Giuffrè.
- Feuerbach, Paul Johann Anselm. (1989). Tratado de Derecho Penal, traducción al castellano por Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi.
- Günther, Klaus. (2014). “Criminal Law, Crime and Punishment as Communication”, in: Simester, Andrew P., Du Bois-Pedain, Antje & Neumann, Ulfrid. (Ed.), Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch, Oxford, Hart Publishing Ltd.
- Hegel, Georg Wilhelm Friederich. (1986). Princípios Da Filosofia Do Direito, tradução: Orlando Vitorino, Lisboa, Guimarães.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. (1820). Grundlinien Der Philosophie Des Rechts, Berlim, Verlag von Duncker und Humblot.
- Hobbes, Thomas. (1839). “Leviathan, or the Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical or Civil (1651)”, in: Molesworth, William (Ed.), The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury, Vol. III, London, John Bohn.
- Hörnle, Tatjana. (2006). “Die Rolle Des Opfers in Der Straftheorie Und Im Materiellen Strafrecht”, Juristen Zeitung, No. 19.
- Hörnle, Tatjana. (2011). “Gegenwärtige Strafbegründungstheorien : Die herkömmliche deutsche Diskussion”, in: A. von Hirsch, U. Neumann, & K. Seelmann (Eds.), Strafe - Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie (pp. 11–30). Baden-Baden, Nomos.

- Hörnle, Tatjana. (2015). “Expressive Straftheorie”, in: Hilgers, Thomas. Koch, Gertrud. Möllers, Christoph. Müller-Mall, Sabine (Ed.), *Affekt & Urteil*. Paderborn, Wilhelm Fink Verlag.
- Jakobs, Günther. (2006). *Staatliche Strafe: Bedeutung Und Zweck*, Verlag Ferdinand Schöningh, Paderborn, München, Wien, Zürich, 2004, Traducción al español de M. Cancio Meliá y B. Feijoo Sánchez, *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*, Madrid, Thomson Civitas.
- Jakobs, Günther. (2008). *Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen Zu Einer Rechtsphilosophie*, 3 ed., Berlin, Duncker & Humblot Verlag.
- Kant, Immanuel. (1798). *Metafísica Dos Costumes*.
- Kant, Immanuel e Paulo Quintela. (1986). *Fundamentação Da Metafísica Dos Costumes*, Traduzido Do Alemão por Paulo Quintela, Lisboa, Edições.
- Merle, Jean-Christophe. (2002). “Uma Alternativa Kantiana para a Prevenção Geral e a Retribuição”, *Veritas* (Porto Alegre), Vol. 47, No. 2, pp. 237-247. Disponível em: <<https://doi.org/10.15448/1984-6746.2002.2.34872>>. Acesso em: 8 Jan. 2021.
- Pawlik, Michael. (2004). *Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe*, Berlin, Duncker & Humblot Verlag.
- Ribeiro Giamberardino, André. (2014) “A Construção Social da Censura e a Penologia um Passo Além: Reparação Criativa e Restauração”, *Sistema Penal & Violência*. Vol. 6, No. 1, pp. 100 e 101.
- Rusche, Georg, and Otto Kirchheimer. (2004). *Punição e Estrutura Social*, 2 ed. Rio de Janeiro, Revan.
- Teixeira, Adriano. (2015) *Teoria da Aplicação da Pena: Fundamentos de uma Determinação Judicial da Pena Proporcional ao Fato*, 1 ed., São Paulo, Marcial Pons.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl y Alejandro Slokar. (2002). *Derecho Penal: Parte General*, 2 ed., Buenos Aires, Ediar.

LEGISLACIÓN DE EXCEPCIÓN, PUNITIVISMO Y LAS RECURRENTE FALACIAS SOBRE LOS ADOLESCENTES INFRACTORES EN URUGUAY

Luis Eduardo Morás ¹

ORCID: 0000-0003-1857-5147

Correo electrónico: lemoras@hotmail.com

Resumen

Mediante un procedimiento legislativo excepcional, Uruguay incorporó en el año 2020 un conjunto de reformas al derecho penal adolescente con un profundo contenido punitivo y claramente regresivas respecto a las obligaciones normativas internacionales que el país asumió en la década de los noventa. El recurso de incrementar la persecución penal de los adolescentes, como forma de enfrentar lo que se presenta como una elevada participación en la creciente criminalidad, no cuenta con evidencia empírica que la valide ni opiniones de expertos que la justifiquen. Por el contrario, los datos disponibles muestran un descenso de las infracciones y baja participación en los delitos con mayor violencia en los últimos años; así como un sistema de justicia que promueve las mayores tasas de privación de libertad adolescente a nivel continental. Al mismo tiempo, los diagnósticos exponen un marco de profundas desigualdades que afecta a niños y adolescentes, y en especial a la población adolescente privada de libertad. No obstante esta realidad, el sistema político ha elaborado amplios consensos y ganado creciente legitimidad en la opinión pública promoviendo soluciones al problema de la seguridad pública que inevitablemente pasan por una combinación de legislación más severa, gestión burocrática eficiente y ejercicio pragmático de la autoridad por parte de las agencias de control.

Palabras clave: seguridad pública, justicia juvenil, punitivismo, desigualdades, privación de libertad.

¹Doctorado en IUPERJ (Rio de Janeiro) Profesor Titular de Sociología. Director del Instituto de Sociología Jurídica de la Facultad de Derecho. Universidad de la República (Uruguay).

LEGISLAÇÃO EXCEPCIONAL, PUNITIVISMO E AS FALÁCIAS RECORRENTES SOBRE ADOLESCENTES INFRACTORES NO URUGUAI

Resumo

Por meio de um procedimento legislativo excepcional, o Uruguai incorporou em 2020 um conjunto de reformas ao direito penal do adolescente de profundo conteúdo punitivo e claramente regressivo às obrigações regulatórias internacionais que o país assumiu na década de 1990. O recurso ao incremento da ação penal contra adolescentes, como forma de enfrentar o que se apresenta como alta participação no crime crescente, não possui evidências empíricas para validá-lo ou perícias que o justifiquem. Pelo contrário, os dados disponíveis mostram uma diminuição das infrações e baixa participação nos crimes de maior violência nos últimos anos; bem como um sistema de justiça que promove as maiores taxas de privação de liberdade de adolescentes em nível continental. Ao mesmo tempo, os diagnósticos expõem um quadro de profundas desigualdades que atinge crianças e adolescentes e, principalmente, a população adolescente privada de liberdade. Apesar desta realidade, o sistema político desenvolveu um amplo consenso e ganhou cada vez mais legitimidade na opinião pública promovendo soluções para o problema da segurança pública que passam inevitavelmente por uma combinação de legislação mais severa, gestão burocrática eficiente e exercício pragmático da autoridade por parte das agências de controle.

Palavras-chave: segurança pública, justiça juvenil, punitivismo, desigualdades, privação de liberdade.

EXCEPTIONAL LEGISLATION, PUNITIVISM AND THE RECURRING FALLACIES ABOUT ADOLESCENT OFFENDERS IN URUGUAY

Abstract

Through an exceptional legislative procedure, in 2020 Uruguay incorporated a set of reforms to adolescent criminal law with a deep punitive content and clearly regressive with respect to the international regulatory obligations that the country assumed in the 1990s. The recourse to increase the criminal prosecution of adolescents, as a way of facing what is

presented as a high participation in the growing crime, does not have empirical evidence to validate it or expert opinions to justify it. On the contrary, the available data show a decrease in infractions and low participation in crimes with the greatest violence in recent years; as well as a justice system that promotes the highest rates of adolescent deprivation of liberty on a continental level. At the same time, the diagnoses expose a framework of profound inequalities that affects children and adolescents, and especially the adolescent population deprived of liberty. Despite this reality, the political system has developed broad consensus and gained increasing legitimacy in public opinion, promoting solutions to the problem of public security that inevitably go through a combination of more severe legislation, efficient bureaucratic management, and pragmatic exercise of authority on the part of the control agencies.

Keywords: public security, juvenile justice, punitivism, inequalities, deprivation of liberty.

1. Introducción

Mediante un instrumento legislativo de carácter excepcional, el nueve de julio de 2020 entró en vigencia en Uruguay un voluminoso entramado normativo compuesto por 476 artículos. La Ley 19.889 es el resultado de una tramitación por el mecanismo de “urgente consideración”, recurso constitucionalmente previsto para circunstancias graves que requieran la rápida aprobación de una norma.²

Esta legislación vino a modificar una treintena de políticas públicas y la casi totalidad de los códigos vigentes, extremo que supone el uso abusivo de un mecanismo extraordinario; tanto por el volumen del articulado como por las especiales circunstancias en las que fuera aprobado. En efecto, el tratamiento legislativo no resultó sólo extremadamente breve dadas las dimensiones de los cambios impulsados, sino que además se presentó en el marco de una crisis sanitaria sin precedentes que impidió la movilización de organizaciones sociales y políticas para debatir el contenido de la legislación propuesta. Para algunos observadores,

² El numeral siete del artículo 168 de la Constitución de la República establece la posibilidad que ante una situación de puntual gravedad, el poder ejecutivo pueda enviar un proyecto de ley al parlamento, debiendo éste expedirse sobre su contenido en un plazo máximo de 90 días; en caso de no ser rechazado o propuesto proyecto sustitutivo por la mayoría queda tácitamente aprobada en su totalidad la propuesta original.

la iniciativa de la administración representó una evidente violación al espíritu que refleja la norma constitucional, en tanto:

(...) se verificó una inconstitucionalidad por razón de forma, al tramitar por un procedimiento excepcional lo que debería haber sido objeto de múltiples proyectos de ley, así como por razón de contenido, en tanto resultaba imposible predicar la urgencia respecto de cada uno de los temas contenidos. Por ende, es también una violación del principio de separación de poderes, en tanto el Poder Ejecutivo impone al Poder Legislativo tal procedimiento anómalo (Silva Forné, 2020).

En lo que corresponde al plano de la seguridad pública, en la Ley 19.889 se enumeran 117 artículos a lo largo de una decena de capítulos, los cuales impusieron significativas transformaciones en prácticamente todos los aspectos de la política criminal, procesal, penal y penitenciaria; además de limitar significativamente el ejercicio de un conjunto de derechos humanos, en especial derechos civiles y políticos vinculados a la libertad de circulación y expresión. A simple modo de ejemplo, en el ámbito penal se pueden señalar como los principales cambios la creación de nuevos tipos delictivos y el aumento de las penas para delitos ya existentes; una considerable extensión de las potestades policiales en el ejercicio de sus funciones limitando las posibilidades de su contralor; la incorporación de reformas procesales que reducen los mecanismos liberatorios al restringir el sistema de redención de penas y las opciones de justicia restaurativa o la aplicación de medidas alternativas.

Este conjunto de medidas aprobadas en el plano de la seguridad, fueron propuestas y diseñadas como la imprescindible y radical respuesta a un estado de situación de dantescas dimensiones, a pesar que la realidad fáctica no permite avalar esta configuración del problema. En su comparecencia ante la comisión que estudiaba el proyecto de ley, el Comisionado Parlamentario para el Sistema Carcelario (Petit, 2020: 7), realizaba una excelente síntesis al destacar que las reformas que se pretendían implementar representaban “soluciones pensadas para casos de gravedad conductual que son minoritarias y que son habitualmente contenidos por las normas vigentes”. A lo dicho, podemos agregar que previsiblemente lograrán el resultado opuesto al que dicen pretender obtener, pues implica

un crecimiento exponencial de la población privada de libertad, sin la correspondiente previsión presupuestal para un sistema carcelario recurrentemente sobredemandado en sus posibilidades de cumplir efectivamente el mandato constitucional que le impone una finalidad resocializadora.

En esta dirección, cabe señalar que la Ley de Urgente Consideración aprobada, no remite en su fundamentación, expresión de motivos o articulado a ninguna evidencia empírica que la valide ni recurre a opiniones de expertos que la justifiquen. En una secuencia precipitada y vertiginosa transitaron ante la comisión especialmente creada a nivel parlamentario para el estudio de la propuesta de reforma, decenas de delegaciones que brindaron abundantes testimonios profundamente críticos. Esta dinámica, al no lograr cambios sustantivos en la redacción del texto, finalmente resultó totalmente descalificante de un saber especializado convocado pero no atendido en sus argumentos.³

No obstante, pese a las numerosas visiones expertas y la profusa documentación aportada unánimemente crítica respecto al voluminoso proyecto de ley elaborado, dicha norma entró en vigencia validando seis artículos específicamente destinados a profundizar la persecución penal de los adolescentes en conflicto con la ley.

³ Entre quienes comparecieron se cuentan instituciones académicas como los Institutos que integran la Universidad de la República: de Derechos Humanos, de Derecho Penal y de Derecho Procesal; representantes de la sociedad civil como Servicio Paz y Justicia (SERPAJ), Comité de los Derechos del Niño, Asociación Nacional de Ong; organismos internacionales como Unicef, Amnistía Internacional, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). Asimismo realizaron diversos cuestionamientos al Proyecto las instituciones directamente involucradas en la materia objeto de reforma como ser la Fiscalía General de la Nación, la Asociación de Magistrados, la Asociación de Magistrados Fiscales del Uruguay y el Comisionado Parlamentario para el Sistema Carcelario. Ver Actas de sesiones de la Comisión Especial para el Estudio del Proyecto de Ley con Declaratoria de Urgente Consideración. Recuperado de: <<https://parlamento.gub.uy/camarasycomisiones/senadores/comisiones/1172/versiones-taquigraficas>>. Fecha de consulta: 7 de enero de 2021.

2. La larga agonía de la doctrina de la “protección integral”

Los cambios implementados en el campo de la justicia penal juvenil resultan particularmente graves por varias razones. Entre las mismas se cuenta lo que representa en términos de clara violación de convenios internacionales que rigen la materia y que fueran signados por el país e incorporados a la legislación nacional; así como por la total ajenidad de las reformas aprobadas respecto a la realidad que enfrentan y el rol que ocupan los adolescentes en el conjunto de los problemas de la violencia y la inseguridad.

El capítulo V de la Ley 19.889, titulado Normas sobre Adolescentes privados de libertad, contiene como principales innovaciones seis artículos que proponen limitaciones para acceder al régimen de semilibertad (art. 75); la duplicación de los plazos de privación de libertad para algunas infracciones, pasando los máximos en el caso de homicidio de 5 a 10 años (arts. 76) y de uno a dos años en el caso de la rapiña (art. 77); el mantenimiento de antecedentes judiciales y administrativos de aquellos adolescentes que hayan participado en determinados delitos graves (art. 78) y la duplicación del plazo de prescripción extintiva de las infracciones cometidas (art. 80).

Sobre estos cambios, UNICEF ha señalado que violan varios principios básicos del derecho internacional de los derechos humanos para los adolescentes en conflicto con la ley: como ser el de especialización, de no regresividad, de excepcionalidad y brevedad de la privación de libertad y de proporcionalidad (UNICEF, 2020). En esta dirección, algunos especialistas también han destacado que las modificaciones tendrían carácter de inconstitucionalidad al “vulnerar el principio de excepcionalidad de la privación de libertad para los adolescentes infractores, consagrado en el artículo 37 literal B de la Convención sobre los Derechos del Niño”. De acuerdo a Rodríguez Almada “las normas del derecho internacional de los derechos humanos (...) están incorporadas a la Constitución mediante el artículo 72”; y éste señala que: “la enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana” (Rodríguez Almada, 2020).

Estas modificaciones representan un nuevo hito en el largo proceso de retroceso respecto a las reformas orientadas a superar el modelo tutelar que pretendieron dotar de mayores garantías y derechos a la justicia de adolescentes. Proceso que en Uruguay se inició en el año 1990, con el acogimiento local de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) efectuado por la Ley No. 16.137; y culminó con la posterior aprobación de un nuevo Código del Niño y Adolescente en el año 2004 situándose bajo el paradigma de la “protección integral”.⁴

Una sintética historización del sinuoso camino legislativo recorrido en los últimos años, el cual resulta claramente regresivo en materia de adolescentes, puede tomar como punto de partida el año 2011; momento en el cual los sectores políticos más conservadores promovieron la creación de una Comisión Nacional para “Vivir en Paz”, con el objeto de introducir una enmienda a la Constitución de la República que permitiera la aplicación del derecho penal adulto a partir de los 16 años. Esta iniciativa resultaba absolutamente original en el contexto latinoamericano, donde si bien en la mayoría de los países se debatía o tramitaban proyectos para la baja en la edad de imputabilidad no pretendían alterar el texto constitucional ni hacerlo por vía de la iniciativa popular.⁵

El proceso de reforma constitucional por iniciativa popular es prolongado,⁶ lo cual termina convirtiendo al mecanismo en un instrumento político de primer orden, en tanto se suscitan movilizaciones y debates durante los años previos al acto electoral con amplia repercusión

⁴ El Código de la Niñez y la Adolescencia aprobado por unanimidad del parlamento en el año 2004 estableció un sistema de responsabilidad penal adolescente a partir de los 13 años, conjuntamente con la creación de un régimen específico diferenciado del adulto para el cumplimiento de medidas socioeducativas. (Ley N° 17.823).

⁵ Hacia inicios de la segunda década del presente siglo, se debatían públicamente o tramitaban a nivel legislativo proyectos para reducir la edad de imputabilidad en seis de los diez países que integran el continente: además de Uruguay, Argentina, Brasil, Chile, Ecuador y Perú.

⁶ Los procedimientos para reformar la carta magna surgen del artículo 331 de la Constitución que establece en su numeral A) una de las posibles vías: “Por iniciativa del diez por ciento de los ciudadanos inscriptos en el Registro Cívico Nacional, presentando un proyecto de articulado que se elevará al Presidente de la Asamblea General, debiendo ser sometido a la decisión popular, en la elección más inmediata” (Constitución de la República de Uruguay).

en los medios de comunicación otorgando visibilidad y proyección pública a las candidaturas políticas que la promueven (Morás, 2015; 2016c).

También debe destacarse lo que constituyó un segundo rasgo peculiar de esta campaña de recolección de firmas con objeto de reducir la edad de imputabilidad penal, la misma tuvo la particularidad de ser liderada por una Comisión integrada por las propias víctimas del delito unidas bajo el convocante e irresistible propósito de “vivir en paz”; promisoría consigna que rápidamente obtiene las adhesiones requeridas para el acto electoral a realizarse junto a las siguientes elecciones nacionales del año 2014.

Este caso de iniciativa política que cuenta con la integración en un destacado rol de las propias víctimas del delito, representa el mejor exponente de lo que ha sido definido como la emergencia de un nuevo y potente actor en la definición de las políticas públicas de seguridad: el “ciudadano-víctima” (Gatti, 2017). Construcción donde se entrelazan diversas tensiones y ambigüedades (Sarti, 2011) y que resulta estrechamente asociada al destacado espacio que comienzan a otorgarle los medios masivos de comunicación. Mediante la cotidiana exposición de las experiencias de sufrimiento experimentadas, éstos terminan elaborando un particular modelo de subjetividad (Calzado, 2015) que promueve una fuerte adhesión emocional del conjunto de la sociedad y exige una atención prioritaria al sistema político (Garland, 2005). En este sentido, múltiples autores han señalado que este fenómeno de “valoración de las víctimas” presenta algunas ventajas, pero también graves inconvenientes, “tanto para la democracia como para las propias víctimas” (Eliacheff y Soulez, 2009: 10); al tiempo que también se ha advertido las negativas consecuencias que pudiera tener para la formulación de las políticas públicas. La centralidad que adquieren los sentimientos de las víctimas “cuya demanda de satisfacción en otros tiempos se comprendía pero no se atendía”, pueden suponer un serio obstáculo para el objetivo de “la resocialización del delincuente, pese a su soporte constitucional” al perder “los apoyos sociales suficientes para constituirse en un objetivo destacado de la ejecución penal” (Díez Ripollés, 2004: 12).

En este sentido, el texto plebiscitado en las elecciones nacionales del año 2014 en Uruguay, posiblemente represente la fiel expresión de esta profunda mutación que -muy significativamente- se pretendió imponer al nivel de la propia carta fundacional. El cambio de prioridades surge claramente en tanto el texto del artículo 43 de la Constitución establece que: “La ley procurará que la delincuencia infantil esté sometida a un régimen especial”; redacción que hubiera cambiado -en caso de haberse aprobado la enmienda constitucional- otorgándole absoluta primacía a las víctimas: “La ley establecerá como prioridad la protección de las víctimas del delito”; tras lo cual la nueva redacción señalaba a los destinatarios de la reforma (victimarios comprendidos entre los 16 y 18 años) y enumeraba las figuras delictivas comprendidas en la misma.

En la propuesta de reforma constitucional, coincidían varios elementos de alto impacto en la opinión pública; la natural adhesión emotiva que generan las víctimas del delito, focalizando en el principal problema percibido por la población desde el año 2009 como lo es la inseguridad; y proponiendo lo que resultaba evidente para el extendido “sentido común criminológico” frente al problema de la violencia: penalizar más firmemente a los adolescentes y jóvenes provenientes de los sectores sociales más excluidos.

Aunque la reforma finalmente no resultó aprobada por la ciudadanía al obtener un 47% de los votos, no obstante impulsó una agenda marcadamente punitivista que se encargaría de promover e implementar la administración de gobierno de signo progresista. En efecto, hacia el año 2011 se comienza a recorrer un camino claramente regresivo en materia de legislación penal adolescente con la aprobación de la Ley 18.777 (que tipifica como infracción la tentativa de hurto) y la Ley 18.778 (creando un registro de antecedentes judiciales para adolescentes). La deriva punitivista se continúa en el año 2013 con la Ley 19.055 (estableciendo una pena preceptiva mínima de un año para algunas infracciones); y culminando en el año 2017 con la Ley 19.551 (que estableció cambios en el proceso penal juvenil determinando la ampliación de la medida cautelar de 90 a 150 días). Todas estas innovaciones resultaron ampliamente criticadas por destacados expertos juristas⁷; al tiempo

⁷ Entre los juristas que cuestionaron estas modificaciones se cuenta el ex Presidente de la Suprema Corte de Justicia y miembro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Dr. Ricardo Pérez Manrique quien

que resultan claramente desproporcionadas si consideramos la realidad de los indicadores de violencia delictiva adolescente y que a continuación sintéticamente se exponen.

3. Los mitos estadísticos sobre infracción adolescente y benevolencia del castigo

A comienzos de la segunda década del presente siglo, se asiste a un fuerte proceso revisionista de la legislación penal que regula las infracciones juveniles, en lo que parece configurar una especie de competencia entre sectores políticos por apropiarse del dolor de las víctimas del delito y exhibir la paternidad por la adopción de las medidas más duras para contener el supuesto auge delictivo de los adolescentes. En tal sentido, el debate parlamentario daría cuenta de un estado de situación caracterizado por una alarma pública que, no obstante, carece de evidencia empírica que la justifique. Es así que, excepto por un par de muy puntuales hechos delictivos, extracotidianos y que bajo ningún concepto adquieren rasgos de tendencia, los medios de comunicación reproducirán una agenda informativa que alimenta el estado de conmoción pública, escenario desde el cual se proyecta una intensa actividad parlamentaria con vistas a la aprobación de leyes que profundizan la persecución penal de las conductas infractoras adolescentes.⁸

A modo de ejemplo de lo que aparenta ser “una realidad de gravedad inusitada”, puede citarse las reflexiones realizadas en las sesiones de la Comisión del Senado (Cámara de Senadores, 2012) en momentos de tramitarse cambios al Código del Niño y Adolescente el

señalaba los “severos cuestionamientos de constitucionalidad” de la norma que determinaba preceptivamente un año de privación de libertad ya que no se estaría ante una prisión preventiva sino que “se le está dando valor de pena anticipada a la preventiva a través de esta norma”. (En: El Observador, 11 agosto de 2013). Asimismo, el Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación en julio de 2016 adoptaba una resolución que sostenía “(...) al establecer la norma impugnada, una solución legal más gravosa para los adolescentes infractores, por similares fundamentos esgrimidos en el cuerpo de este dictamen, respecto al principio de igualdad y no discriminación recogidos por la Constitución de la República, estima esta Fiscalía que correspondería declarar la inconstitucionalidad del artículo 116bis Literal C) del C.N.A. Recuperado de: <<http://www.fiscalia.gub.uy/innovaportal/file/1416/1/2057-inconstitucionalidad-2.pdf>>. Fecha de consulta: 8 de enero de 2021.

⁸ Una vasta literatura ha abordado el particular tratamiento que los medios de comunicación realizan sobre el tema criminal y la incidencia que adquieren en las decisiones político-legislativas que luego se traducen en el incremento de la normativa penal. A los efectos ver: Bayce, 2010; Focás y Kessler, 2015; García Arán, 2008; Garland, 2005; Rey, 2005.

día 11 de diciembre de 2012 donde se aseguraba que “el tema es de extrema gravedad y requiere soluciones absolutamente inmediatas y urgentes (...) Basta con leer la prensa todos los días y registrar la crónica policial para percibir que estamos ante un tema de una magnitud realmente significativa”.⁹ Esta postura era compartida por un senador de otro partido político y complementada con una idea aceptada por casi todo el espectro político en ese momento: “Ahora bien, dada esta situación, advertimos que las normas hasta hoy vigentes son excesivamente benignas”¹⁰. En los hechos, esa reunión del senado tenía como tema a tratar la propuesta del gobierno progresista que imponía dotar de mayor severidad a la legislación, punto sobre el cual todos los sectores políticos expresaron su acuerdo.

Llegados a este punto, podemos introducir al análisis lo que para ese momento histórico informaban las estadísticas judiciales respecto al volumen y tipología de las actividades infraccionales desarrolladas por adolescentes; al tiempo que considerando los datos disponibles, también aportar una perspectiva comparativa a nivel regional respecto a las sanciones penales que les son aplicadas y determinan la cantidad de privados de libertad que el país posee.

Respecto al primer punto, si observamos los registros judiciales en lo que refiere a la cantidad de asuntos penales iniciados a nivel de adultos y adolescentes, vemos que la tasa correspondiente a adolescentes representa casi la mitad respecto a la adulta. Como lo muestra el Cuadro 1, hacia el año 2010 se iniciaban 10.4 asuntos cada mil adolescentes, en tanto que para adultos esa cifra era casi el doble (19.7). Un primer mito queda totalmente desvirtuado, con los datos disponibles elaborados por una fuente incuestionable como lo es el poder judicial: los menores no son los principales protagonistas de los problemas vinculados a la violencia delictiva. El año que tuvieron la mayor tasa de actividad infraccional en 2011 (12.7), también crecieron los asuntos penales iniciados en adultos (20.6).

⁹ Senador del Partido Nacional Carlos Moreira en la Sesión Cámara de Senadores del 11 diciembre de 2012.

¹⁰ Senador del Partido Colorado Ope Pasquet en Sesión Cámara de Senadores del 11 diciembre de 2012.

Otro indicador, también contundente respecto a la reducida participación en actividades delictivas, lo constituye el indicador que muestra la proporción de adolescentes respecto al volumen total de asuntos penales iniciados: entre los años 2010 y 2019 esta proporción siempre se situó por debajo del 8% del total.

VER ANEXO I

Cuadro 1: Asuntos iniciados en materia penal (Adultos/adolescentes)

Un segundo aspecto común en el tratamiento del tema refiere a la extrema violencia que supuestamente desarrollarían en sus comportamientos infraccionales. En este sentido, los datos disponibles provenientes de la misma fuente judicial, también resultan elocuentes en cuanto a que los delitos más frecuentes son contra la propiedad, los cuales constituyen promedialmente la causa de ingreso al sistema penal en tres de cada cuatro casos.¹¹ Este significativo nivel de participación en los delitos contra la propiedad puede ser corroborado por múltiples diagnósticos elaborados por diversas fuentes en los últimos años (Díaz, 2014; 2018; UNICEF-MNGV, 2008; Palummo, 2013). Complementando lo dicho, y en lo que refiere al delito que mayor conmoción pública genera, los homicidios, si atendemos las sentencias dictadas de acuerdo a esa tipificación, su participación como lo muestra el Cuadro 2, se sitúa en un máximo del 22% en el año 2010 con un claro descenso en los años posteriores, llegando a ser en el año 2019 de un 5% del total de sentenciados por ese delito.

VER ANEXO II

Cuadro 2: Sentencias por delito de homicidio (adultos/adolescentes)

Finalmente, si atendemos el panorama regional, la severidad de la legislación y sistema judicial penal adolescente uruguayo se destaca, no por su benevolencia como pregonan los medios de comunicación, argumentan los políticos y asume la opinión pública; sino que por el contrario resulta ser el que aplica con mayor rigurosidad la privación de libertad. Como muestra el Cuadro 3, hacia el año 2016 estaban privados de libertad 481 adolescentes,

¹¹ Según los datos disponibles en el portal de Indicadores del Instituto de Inclusión Social Adolescente (INISA), organismo encargado de administrar la privación de libertad.

representando esa cifra una tasa de 54.2 cada 100.000 menores de edad; la mayor entre los países del sur del continente. Debe destacarse que esa cifra ya mostraba un marcado descenso respecto al mayor número alcanzado de encarcelados alcanzado en los años anteriores (Mecanismo Nacional de Prevención, 2018). En este sentido, un análisis diacrónico sobre la privación de libertad de adolescentes puede ubicarse en el Reporte Uruguay 2017 realizado por el Ministerio de Desarrollo Social (MIDES) donde se aprecia que en el período 2010-2014 se duplicó el número de adolescentes con medidas privativas de la libertad, siendo 2014 el máximo de la serie para luego descender en los años siguientes. El citado informe señala que “este incremento se vincula a la tipificación penal de la tentativa de hurto en 2011, y la modificación del régimen de privación de libertad para delitos” (MIDES, 2018: 177).

VER ANEXO III

Cuadro 3: Cantidad y tasas adolescentes privados de libertad (C/100.000)

En síntesis, varios mitos pueden ser fundadamente controvertidos a partir de los datos estadísticos disponibles. La supuesta desmesurada participación de los adolescentes en el volumen total de las actividades delictivas como fuente principal del estado de conmoción pública no cuenta con soporte empírico que la valide; al igual que la habitual responsabilización que se les adjudica por el protagonismo en los hechos que exponen mayor violencia, como ser los homicidios¹². Tampoco se ajustaría a la realidad que el país disponga de una legislación excesivamente benigna y un sistema de justicia que los trata con extrema benevolencia, al menos en términos comparativos con la legislación que regula este tema en los países de la región y que determina la proporción de adolescentes privados de libertad.

¹² A los efectos de este artículo, mencionamos los homicidios, pero esta realidad de baja participación en los hechos que generan mayor temor por su nivel de violencia, puede extenderse a otros delitos violentos como secuestro, violación y copamiento que tienen una participación totalmente marginal por parte de los adolescentes (Morás, 2016a, 2016b).

4. Las teorías interpretativas del delito que niegan condicionamientos estructurales

El manejo discrecional, inexperto o manipulado por motivaciones instrumentales que se realiza de los datos estadísticos conocidos, se complementa con análisis reduccionistas e interpretaciones que privilegian perspectivas desresponsabilizantes de los poderes públicos sobre los contextos que estimulan la emergencia de múltiples violencias, que no se agotan en las delictivas que en particular protagonizan los adolescentes.

En los últimos años, se asistió a un ciclo económico de notable crecimiento y una administración de gobierno progresista que amplió la cobertura de programas sociales, positivos factores que, sin embargo, no lograron eliminar las profundas brechas sociales y económicas existentes. No obstante esta realidad, simultáneamente se elabora y consolida como hegemónico un discurso que apela a formulaciones como la “pérdida de valores”, la “ausencia de límites” y el cálculo racional de costos-beneficios que realizarían los infractores como exclusivas claves interpretativas del fenómeno delictivo, opacando toda posibilidad de incorporar la gravedad de los persistentes fenómenos de exclusión social en los análisis.

La teoría de la elección racional o la supuesta emergencia de sectores sociales permeados por una marginalidad cultural que hizo perder el sentido que aportaba la cultura del trabajo, representan los recursos retóricos más frecuentes a la hora del debate mediático-político, a pesar de no contar con investigaciones ni evidencia empírica que avale sus enunciados.¹³

Un ejemplo de estas posturas puede observarse en el debate ya citado de la comisión parlamentaria del senado; allí un integrante de la oposición afirmaba:

¹³ Prácticamente no existen estudios a nivel local que puedan avalar las premisas que se sostienen sobre teoría racional del delito o enfoques etnográficos del supuesto impacto de la marginalidad cultural. Por el contrario, el estudio realizado por la Consultora CERES (Munyo, 2012), el cual aplicando un sofisticado instrumental cuantitivistista basado en un paradigma de la elección racional, representó un rotundo fracaso a la luz de sus fallidas predicciones (Morás, 2016b).

(...) el problema es que hoy en Uruguay hay menores que no visualizan la existencia de ese límite (...) Preguntados por qué delinquen, contestan: Es un bollo y no pasa nada; Es fácil, todos lo hacen y si te agarran no pasa nada (Cámara de Senadores, 2012).¹⁴

Asimismo, hacia el año 2017, las encuestas realizadas por Interconsult, mostraban la consolidación de un firme consenso a nivel de la opinión pública que adjudicaba como la principal causa del incremento de la violencia a la “pérdida de valores o la falta de educación en valores” (49%), en tanto quienes asignaban responsabilidad a la pobreza para la emergencia del fenómeno representaban un 15%¹⁵. En una línea coincidente, la Encuesta Mundial de Valores ya había anticipado un profundo cambio en las actitudes de los uruguayos respecto a los orígenes de la situación de pobreza. Las mismas habían evolucionado desde un 78% de opiniones que adjudicaban la existencia del problema a un sistema que los había “tratado injustamente” hacia el año 1996, que se vieron reducidas para la medición del 2011 a un 34%. Hacia el año 2011, la opinión mayoritaria pasó a responsabilizar a las propias personas de la situación en la cual se ubican: del 12 % existente en 1996 se elevan al 45% las adhesiones que recoge la afirmación que los pobres se encontraban en esa situación por ser “flojos o carentes de voluntad” (Charquero, 2015)¹⁶.

Más recientemente y con motivo del debate en los medios de comunicación sobre el contenido de la Ley de Urgente Consideración, un ex fiscal y actual diputado afirmaba que ser “comprensivos y tolerantes” ha llevado a que los delincuentes razonen como una empresa. En este sentido argumentaba que “delinquir es negocio”, y mientras así siguiera siendo iba a continuar existiendo un elevado número de delitos: “Cuando deje de ser

¹⁴ Senador del Partido Colorado Pedro Bordaberry en Sesión Cámara de Senadores del 11 diciembre de 2012.

¹⁵ Según los datos obtenidos en la encuesta realizada por Interconsult, publicada el 26/06/2017 en Montevideo Portal (2017).

¹⁶ Encuesta realizada por el Estudio Mundial de Valores (para Uruguay, OPP Ducsa y Equipos), publicada el 13 de noviembre de 2015 en El Observador (Charquero, 2015).

negocio, es decir cuando el delincuente sufra la condena, ahí podemos empezar a pensar que la cosa va a cambiar”¹⁷ (Ferreira, 2020).

Esta configuración del problema con los diversos matices que pudieran existir, comparten un común denominador: opacar, cuando no renunciar totalmente a considerar algún grado de corresponsabilidad social o culpabilidad estatal en la problemática y con ello negar cualquier forma de condicionamiento estructural. No obstante, la evidencia empírica resulta abrumadora en cuanto a señalar con claridad la persistencia de profundas desigualdades estructurales que afectan las condiciones de vida y desarrollo de niños y adolescentes en general; y que en particular se agudizan en la población que frecuenta el sistema penal adolescente.

A modo de ejemplo, si atendemos la situación del conjunto de la población menor de 18 años, se observan procesos de larga data en lo que ha sido catalogado como “infantilización de la pobreza”; fenómeno que no fuera superado a pesar de una notoria recuperación económica bajo las administraciones progresistas transcurridas entre los años 2005 a 2019. De acuerdo a un diagnóstico elaborado por UNICEF se constataba que:

(...) sólo una décima parte de las personas que sufren pobreza monetaria forma parte de hogares donde no hay menores de 18 años; en otras palabras, se puede afirmar que en Uruguay casi toda la población en situación de pobreza (90%) está compuesta por niños y adolescentes (48%) y por los adultos que viven con ellos (42%) (UNICEF, 2017: 17).

Si bien es cierta la fuerte participación de niños y adolescentes en los niveles de pobreza monetaria como una característica común en los países del continente, la profundidad de esta asimetría entre niños y adultos resulta particularmente pronunciada en Uruguay. De acuerdo al citado informe, el país constituye un caso casi extremo en la región, y más aún en comparación con los países más desarrollados, en lo que hace a la inequidad entre grupos de edad en perjuicio de las generaciones más jóvenes.

¹⁷ Declaraciones del ex fiscal y actual diputado Gustavo Zubía.

De igual modo, un diagnóstico elaborado por la CEPAL en el año 2013 evidenciaba que el país ocupaba el primer lugar entre los 17 países latinoamericanos comprendidos en el estudio, respecto al desbalance etario de la pobreza para los años 1990, 2000 y 2010. Incluso, esa relación se hacía más pronunciada en los años recientes, en contraste con lo ocurrido en el resto de los países. De acuerdo a dicho estudio “entre 1990 y 2010 el Uruguay pasó de tener 4,17 niños pobres por cada adulto mayor a poco más de 12 en el 2010” (Rossel, 2013: 35).

Esta fuerte segmentación, también se reproduce en el mercado de trabajo, donde los datos disponibles permiten constatar una fuerte discriminación etaria en todos los indicadores laborales. Desde que existen mediciones, promedialmente el desempleo entre menores de 25 años triplica la tasa global y en caso de personas del sexo femenino la cuadruplica. El subempleo -personas que trabajan menos horas que las deseadas- es el doble entre los jóvenes, quienes también perciben ingresos salariales inferiores al promedio. Para el año que se somete a plebiscito la reforma constitucional con fin de reducir la edad de imputabilidad, se conoce un diagnóstico realizado por el oficial Instituto Nacional de Estadística, quien aporta las cifras de desempleo: para el año 2011 la tasa global era del 6,3% en tanto que para los menores de 14 a 17 años se elevaba al 27,2% y para el tramo de 18 a 24 años era del 15,2%. La informalidad, entendida como la ausencia de coberturas sociales asociadas al empleo, alcanzaba una cifra global del 28,3% de los trabajadores, cuando se consideraba a los adolescentes comprendidos entre los 14 y 17 años el nivel de informalidad era casi total: 93,2%. El nivel de subempleo, aquellos ocupados que trabajan menos de 40 horas semanales y manifiestan deseo de trabajar más, era del 7,2% para la población general y del 11,9% para los que tienen entre 14 y 18 años. Finalmente, los ingresos salariales promedio de la ocupación principal del conjunto de la población eran de \$16.095 en valores del año 2011 y este promedio se reducía a \$3.655 cuando se trataba de adolescentes entre 14 y 17 años y era de \$ 9.507 para quienes tenían entre 18 y 24 años (INE, 2014).

En lo que tiene que ver con el grupo específico de adolescentes privados de libertad, la situación de exclusión social resulta más notoria. Contrariamente a lo que se intenta

transmitir sobre la desvinculación de las condiciones de vida que contextualizan la adopción de la violencia delictiva como opción válida por parte de los adolescentes, existe sólida y documentada evidencia que expone la presencia de un conjunto de factores económicos y sociales estrechamente asociados. Múltiples fuentes han mostrado la presencia de pronunciadas brechas que particularmente afectan a los jóvenes privados de libertad; quienes en su inmensa mayoría transitan sus ciclos vitales iniciales sumidos en las peores condiciones de vida.

Entre los diagnósticos posibles de citar se cuentan los realizados por organismos internacionales especializados en la materia, organizaciones sociales con experiencia de trabajo con la población específica y estudios académicos, todos los cuales han coincidido en las innumerables vulnerabilidades existentes y la clara violación de derechos sociales, económicos y culturales que los caracterizan (Ruiz y Silva, 2019; Díaz, 2014; UNICEF-MNGV, 2008; Palummo, 2006; Silva y Cohen, 2003).

En esta dirección, se puede referir el diagnóstico realizado en base al procesamiento de datos estadísticos disponibles hacia el año 2014 a nivel de municipios para la ciudad de Montevideo sobre una batería de indicadores sociales y su relación con las tasas de adolescentes que se encontraban privados de libertad en el año 2015.¹⁸

El Cuadro 4 muestra la distribución de los 283 adolescentes que se encontraban privados de libertad con lugar de residencia en los ocho municipios que componen la capital del país y las correspondientes tasas cada 1.000 habitantes comprendidos entre los 13 y 17 años. Al mismo tiempo, permite visualizar un conjunto de indicadores desagregados por zonas, como ser pobreza por tramos etarios, la presencia de Necesidades Básicas Insatisfechas, de vivienda inadecuada y de hacinamiento. Asimismo se incluyen indicadores educativos como la asistencia a centros educativos entre los 13 y 17 años; laborales como la tasa de

¹⁸ El estudio auspiciado por OIT/CINTERFOR permitió realizar un tratamiento estadístico de las Encuestas Continuas de Hogares realizadas por el Instituto Nacional de Estadística (INE) a nivel de los ocho municipios que componen Montevideo. Asimismo, el relevamiento censal realizado en agosto del año 2015 en dependencias del organismo que administraba la privación de libertad (SIRPA), permitió ubicar el lugar de residencia de 283 adolescentes y su ubicación en esos ocho municipios. (Morás, 2016a)

actividad entre los 14 a 17 años y la condición de “sin-sin” habitualmente definida como “ni-ni”.

De la lectura que puede hacerse de los datos presentados, surge con suma claridad una estrecha asociación entre la presencia de los peores indicadores sociales y las mayores tasas de privación de libertad, que alcanzaban a 5.55 y 5.51 cada mil adolescentes en los municipios A y D respectivamente. En los hechos, dos tercios de quienes se encontraban en esa situación (181) eran residentes en dichos municipios que se caracterizan también por poseer las peores cifras en términos de vulnerabilidades.

VER ANEXO IV

Cuadro 4: Indicadores sociales y tasas de privados de libertad en Municipios Ordenados según Tasas (Montevideo)

Un sintético análisis de la información expuesta en el Cuadro 4, permite destacar la importante proporción de pobreza infantil y adolescente: que en el caso del tramo etario comprendido hasta los 6 años alcanzaba un 42,8% en el municipio A y al 47% en el D. A los efectos comparativos, el municipio CH, donde se concentra la población más privilegiada y que al momento del relevamiento solo contaba con un caso de privado de libertad que allí tenía su residencia, la pobreza en la primera infancia representaba apenas un 1,9% del total de la población. Si se considera la población de 0 a 17 años, la pobreza se presentaba en el 39,8% de los casos en el municipio A y en el 41,2% para el municipio D.

Si se atiende el indicador NBI¹⁹ el 24,7% de los adolescentes que residían en el municipio A poseían dos o más necesidades básicas insatisfechas y sumaban un 27,6% los que vivían en el D; a efectos comparativos en el municipio CH se hacía presente en apenas un 1,2%. En el mismo sentido se pueden leer los indicadores sobre vivienda, los cuales expresan que las viviendas eran inadecuada para el 26,1% de los adolescentes residentes en el municipio

¹⁹ Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI) es un indicador multidimensional compuesto por seis variables: vivienda decorosa, abastecimiento de agua potable, acceso y calidad del servicio higiénico, disponibilidad de energía eléctrica, artefactos básicos del hogar y asistencia a la educación.

A y para el 25% de los del municipio D; en tanto existía hacinamiento en el 18,4% de los hogares del A y en el 21,4% de los del municipio D. En el caso del municipio CH esos indicadores son prácticamente inexistentes al alcanzar al 0,5% y el 1,5% de los hogares de adolescentes respectivamente.

En lo que refiere a la asistencia a centros educativos, las cifras se sitúan en ambos municipios por debajo del 80% de los adolescentes, y la condición de encontrarse desvinculado del estudio y sin acceso a una ocupación (“sin sin”) era de un 20,5% para los residentes en el A y de 21,2% para los del municipio D; cifras diez veces superiores al 2,2% del municipio con la tasa más baja de privación de libertad.

En definitiva, la lectura de la evidencia empírica que surge de las estadísticas oficiales, no permite sostener la absoluta ajenidad de un contexto situacional que acumula grandes asimetrías y define numerosas vulnerabilidades para la población adolescente que se encontraba privada de libertad.

5. Reflexiones finales

Varias reflexiones pueden esbozarse a partir de los datos que fueran presentados, que en lo sustantivo exhiben con claridad el marco situacional desde el cual se elaboraron las propuestas de reforma de los años 2014 y 2020. Ni el plebiscito que tenía como objetivo la reducción de la edad de imputabilidad, ni la reciente aprobación de cambios en la legislación de adolescentes operado por la vía de un mecanismo de excepcionalidad pueden sustentarse en un incremento de las conductas infractoras. En particular, la Ley 19.889 que incorporó desde julio de 2020 seis artículos con fuerte carga punitiva carece de fundamento, dado que se opera en una coyuntura caracterizada por el pronunciado descenso de la participación de adolescentes en los delitos. En este sentido la Fiscalía General de la Nación aportaba datos sobre lo que viene a ser una de las participaciones más bajas de adolescentes en los homicidios ocurridos entre los meses de febrero y octubre del año 2019 (5,7%) (Fiscalía General de la Nación, 2019). En dicho año, también la Suprema Corte de Justicia adopta una resolución que luce contundente en lo que aquí se pretende demostrar:

la Acordada No. 8.093 decide reducir a la mitad los juzgados penales de adolescentes en virtud del rotundo descenso del trabajo de esos juzgados.²⁰ En síntesis, las decisiones en materia penal orientadas a incrementar la persecución penal y hacer más gravosas las consecuencias para el adolescente infractor, no requieren del auxilio de diagnósticos ni evidencia científica alguna para legitimarse ante la opinión pública.

Un segundo aspecto relacionado refiere a la caracterización que suele hacerse de los infractores como sujetos con aviesas motivaciones que surgen por indefinidos cambios culturales o por el cálculo de costos y beneficios de la opción delictiva. De esta manera, se estaría en presencia de sujetos libres de cualquier determinación estructural, que ingresan al mundo del delito por una racionalidad que puede operar por defecto (violencia desmedida, exacerbación hedonista, pérdida de límites, carencia de códigos, etc.) o por exceso (robar es un negocio rentable dados los beneficios que genera y el castigo escaso que conlleva). La construcción social del infractor hegemónica es la de un sujeto autónomo, carente de una historia de vida previa y se configura a partir de lo que nos dicen las crónicas periodísticas descontextualizadas, que cotidianamente exhiben la caricatura de lo que luce como actos de una violencia tan innecesaria como descontrolada; así como de los testimonios del sufrimiento de las víctimas directas del delito. La omnipresente crónica de la desmesura y siempre creciente realidad de una violencia aparentemente inexplicable y sin sentido, es el complemento indispensable para el despliegue exacerbado de un control penal sin evidencia empírica que lo justifique.

Al mismo tiempo, adjudicar la exclusiva responsabilidad a determinados sujetos por el cúmulo de violencias existentes, resulta un artilugio muy efectivo para eludir las múltiples responsabilidades en la emergencia del fenómeno, haciendo innecesario justificar las numerosas omisiones estatales en múltiples planos y la incidencia de las desigualdades sociales inherentes al modelo de desarrollo en la etapa actual del capitalismo. En este

²⁰ En declaraciones efectuadas al semanario *Búsqueda* la presidenta de la Suprema Corte de Justicia argumentaba que “bajó muchísimo el número” de casos en materia penal adolescente, por lo cual “no se justifica” tener cuatro juzgados en la capital. Semanario *Búsqueda*: “Reducen a la mitad juzgados de menores ante la caída de los delitos”. Edición del 9 de junio de 2020. (Ver Circular N° 179/2020 de la Suprema Corte de Justicia).

sentido, los datos presentados en los anteriores capítulos, pretendían mostrar que, si bien las reformas penales más radicales fueron propuestas por los sectores políticos conservadores, la respuesta de las administraciones progresistas a partir del año 2010 fue adelantarse a las demandas de dichos sectores aprobando normas de claro sentido punitivo y regresivas en términos de derechos y garantías.

Adicionalmente, puede sumarse a lo anteriormente expresado, la existencia de consensos casi unánimes respecto a que el tema de la seguridad es un “problema de todos” y que trasciende barreras ideológicas ya que los delincuentes al momento de actuar “no tienen piedad por simpatías políticas” con las víctimas. Tras esta homogeneización de un discurso impregnado de “sentido común” respecto al origen de la delincuencia y las medidas necesarias para enfrentarlas, se consolidan miradas desideologizadas y despolitizadas sobre el tema que pasa a ser un mero problema de gestión y del firme ejercicio de la autoridad. Quienes se oponen a estas interpretaciones del problema, resultan con frecuencia catalogados como “ingenuos” e “idealistas” defensores de los derechos humanos (de los delincuentes); en ocasiones acusados por despreciar el “dolor de las víctimas de delito” y aún de ser “cómplices” de la criminalidad al preocuparse por el cumplimiento de las garantías procesales y las normas constitucionales vigentes. Complementariamente, cuestionar las interpretaciones hegemónicas sobre el origen del delito, señalando la necesidad de incorporar la existencia de condicionamientos estructurales en la inmensa mayoría de los casos, implica adjudicarse el rótulo de adherir a una visión académica alienada por una profunda deformación ideológica, que impide aceptar la contundencia de una realidad que no puede ser otra que aquella que se exhibe en los horarios centrales de los medios masivos de comunicación. En suma, se estaría ante la presencia de un problema evidente en sí mismo cuya solución requiere legislación más severa, una gestión burocrática eficiente y el ejercicio pragmático de la autoridad por parte de las agencias de control.

Referencias bibliográficas

- Bayce, Rafael. (2010). “Creando inseguridad: modelo para la construcción social de la desmesura”, en: Mallo, S. y Viscardi, N. (comp.), Seguridad y Miedos. Qué ciudadanía para los jóvenes, Montevideo, CSIC/FCS/UdelaR.
- Calzado, Mercedes. (2015). Inseguros. El rol de los medios y la respuesta política frente a la violencia de Blumberg a hoy, Buenos Aires, Ed. Aguilar.
- Cámara de Senadores (Uruguay). (2012). Diario de Sesiones N° 191, Tomo 502, XLVII Legislatura, 11 de diciembre de 2012.
- Charquero, Gonzalo. (2015). “Casi la mitad de los uruguayos cree que es pobre por falta de voluntad”, El Observador, 13 de noviembre de 2015. Recuperado de: <<https://www.elobservador.com.uy/nota/casi-la-mitad-de-los-uruguayos-cree-que-se-es-pobre-por-falta-de-voluntad-20151113500>>. Fecha de consulta: 5 de enero de 2021.
- Comisión Especial para el Estudio del Proyecto de Ley con Declaratoria de Urgente Consideración. Actas de sesiones. Recuperado de: <<https://parlamento.gub.uy/camarasycomisiones/senadores/comisiones/1172/versiones-taquigraficas>>. Fecha de consulta: 7 de enero de 2021.
- Constitución de la República de Uruguay [Const]. 2 de febrero de 1967 (Uruguay). Disponible en: <<https://www.impo.com.uy/bases/constitucion/1967-1967>>. Fecha de consulta: 8 de enero de 2021.
- Díaz, Daniel. (2014). La culpabilidad en el derecho penal juvenil y su vinculación con la determinación judicial de la pena. El caso uruguayo [Tesis de Maestría en Derecho de la Infancia y Políticas Públicas], Montevideo, UdelaR.
- Díaz, Daniel. (2018). La construcción del derecho penal juvenil uruguayo. Entre paradigmas, normas y prácticas judiciales, Montevideo, Fin de Siglo.
- Díez Ripollés, José L. (2004). “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Vol. 6, No. 3.
- Eliacheff, Caroline y Soulez, Daniel. (2009). El tiempo de las víctimas, Madrid, Ediciones Akal.

- Ferreira, Andrea. (2020). “¿Vale la pena?”, Sala de Redacción, 2 de junio de 2020. Recuperado de: <<https://sdr.fic.edu.uy/vale-la-pena/>>. Fecha de consulta: 7 de enero de 2021.
- Fiscalía de Corte y Procuración General de la Nación uruguaya. Dictamen Fiscal. “Recurso de inconstitucionalidad en los autos IUE: 527-112/2016. Proceso infraccional. Excepción de inconstitucionalidad. Arts. 72.9 y 116 bis b y c del Código de la Niñez y la Adolescencia” (I.U.E. N° 527-575/2016). Recuperado de: <<http://www.fiscalia.gub.uy/innovaportal/file/1416/1/2057-inconstitucionalidad-2.pdf>>. Fecha de consulta: 8 de enero de 2021.
- Fiscalía General de la Nación. (2019). Desempeño del sistema penal uruguayo: balance a dos años de la implementación del CPP, Montevideo, Departamento de Políticas Públicas de FGN. Recuperado de: <http://www.fiscalia.gub.uy/innovaportal/file/9183/1/20191202_fgn_2-anos-del-cpp-v-publicacion-1.0.pdf>. Fecha de consulta: 8 de enero de 2021.
- Focás, Brenda y Kessler, Gabriel. (2015). “Inseguridad y opinión pública: debates y líneas de investigación sobre el impacto de los medios”, Revista Mexicana de Opinión Pública, No. 15.
- García Arán, Mercedes. (2008). “El discurso mediático sobre la delincuencia y su incidencia en las reformas penales”, Revista Catalana de Seguretat Pública, Abril de 2008. Disponible en: <https://ddd.uab.cat/pub/artpub/2008/197009/revcatsepub_a2008n18p39iSPA.pdf>. Fecha de consulta: 8 de enero de 2021.
- Garland, David. (2005). La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea, Barcelona, Editorial Gedisa.
- Gatti, Gabriel. (2017). Un mundo de víctimas, Barcelona, Anthropos.
- Instituto Nacional de Estadística (INE). (2014). Atlas sociodemográfico de las desigualdades. Jóvenes en Uruguay: demografía, educación, mercado laboral y emancipación, Montevideo, INE.
- Instituto de Inclusión Social Adolescente (INISA). Indicadores sobre la cobertura de los adolescentes derivados al cumplimiento de medidas socioeducativas. Recuperado de: <<http://observatoriosocial.mides.gub.uy/portallnisa/indicadores.php#>>. Fecha de consulta: 7 de enero de 2021.

- Ley 16.137 de 1990. Aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), 28 de septiembre de 1990, Diario Oficial, Registro Nacional de Leyes y Decretos, Tomo: 1, Semestre: 2, Año: 1990, Página: 365 (Uruguay). Recuperado de: <<http://www.impo.com.uy/bases/leyes/16137-1990>>. Fecha de consulta: 8 de enero de 2021.
- Ley 17.823 de 2004. Aprobación del Código de la Niñez y la Adolescencia, 7 de septiembre de 2004, Diario Oficial, Registro Nacional de Leyes y Decretos, Página: 556-A, Carilla: 20 (Uruguay). Recuperado de: <<https://www.impo.com.uy/bases/leyes-originales/17823-2004>>. Fecha de consulta: 8 de enero de 2021.
- Ley 18.777 de 2011. Modifícase el Código de la Niñez y la Adolescencia, aprobado por Ley 17.823, 11 de agosto de 2011, Diario Oficial, Registro Nacional de Leyes y Decretos, Página: 361-A, Carilla: 9 (Uruguay). Recuperado de: <<https://www.impo.com.uy/bases/leyes-originales/18777-2011>>. Fecha de consulta: 8 de enero de 2021.
- Ley 18.778 de 2011. Modifícase el Código de la Niñez y la Adolescencia, aprobado por Ley 17.823, 11 de agosto de 2011, Diarios Oficial, Registro Nacional de Leyes y Decretos, Página: 361-A, Carilla: 9 (Uruguay). Disponible en: <<http://www.impo.com.uy/bases/leyes-originales/18778-2011>> .
- Ley 19.055 de 2013. Modificación del Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA). Menores infractores, 4 de enero de 2013, Diario Oficial, Registro Nacional de Leyes y Decretos, Tomo: 1, Semestre: 1, Año: 2013, Página: 27 (Uruguay). Recuperado de: <<https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19055-2013>>. Fecha de consulta: 8 de enero de 2021.
- Ley 19.551 de 2017. Modificaciones a la Ley N° 17.823 Código de la Niñez y la Adolescencia, 25 de octubre de 2017, Diario Oficial, Registro Nacional de Leyes y Decretos (Uruguay). Recuperado de: <<https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19551-2017>>. Fecha de consulta: 8 de enero de 2021.
- Ley 19.889 de 2020. Aprobación de la Ley de Urgente Consideración. LUC. Ley de Urgencia. 9 de julio de 2020, Diario Oficial, Registro Nacional de Leyes y Decretos (Uruguay). Recuperado de: <<https://legislativo.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/leyes/LUC.pdf>>. Fecha de consulta: 8 de enero de 2021.

- Mecanismo Nacional de Prevención. (2018). Entre la alta contención y la inclusión social. Desafíos para la construcción de un sistema penal juvenil con un enfoque de derechos, Montevideo, Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo.
- Ministerio Desarrollo Social (MIDES). Oficina de Planeamiento y Presupuesto (OPP). (2018). Reporte Uruguay 2017, Montevideo, MIDES-OPP. Recuperado de: <<http://repositorio.mides.gub.uy:8080/xmlui/handle/123456789/888>>. Fecha de consulta: 7 de enero de 2021.
- Montevideo Portal. (2017). “Encuesta: Más de la mitad de los uruguayos cree que la delincuencia se incrementó en el último año”, 26 de junio de 2017. Recuperado de: <<https://www.montevideo.com.uy/Noticias/Encuesta-Mas-de-la-mitad-de-los-uruguayos-cree-que-la-delincuencia-se-incremento-en-el-ultimo-ano-uc347140>>. Fecha de consulta: 7 de enero de 2021.
- Morás, Luis E. (2015). “La violencia adolescente como excusa disciplinante: el plebiscito para reducir la edad de imputabilidad penal en Uruguay”, Revista Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de La Plata (UNLP), No. 12, Violencias. Abril 2015. Recuperado de: <<https://revistas.unlp.edu.ar/dcs/article/view/2156>>. Fecha de consulta: 8 de enero de 2021.
- Morás, Luis E. (2016a). Estudio de trayectorias de vida de adolescentes en conflicto con la ley con particular énfasis en la relación delito – trabajo, Montevideo, OIT-CINTERFOR. Recuperado de: <https://www.oitcinterfor.org/publicacion/adolescentes_moras_uy>. Fecha de consulta: 8 de enero de 2021.
- Morás, Luis E. (2016b). Los enemigos de la seguridad. Desigualdades y privación de libertad adolescente, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- Morás, Luis E. (2016c). “Politização da questão penal adolescente: o caso da redução da idade de imputabilidade penal”, Revista Eletronica Direito e Sociedade, Vol. 4, No. 2, UNILASALLE. Recuperado de: <<https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/2318-8081.16.33>>. Fecha de consulta: 8 de enero de 2021.
- Munyo, Ignacio. (2012). Los dilemas de la delincuencia juvenil en Uruguay, Montevideo, CERES.

- Palummo, Javier. (2006). Discurso y realidad. Informe de aplicación del Código de la Niñez y la Adolescencia en Maldonado, Montevideo y Salto, Montevideo, UNICEF.
- Palummo, Javier. (2013). Delincuencia juvenil en la ciudad de Montevideo. Observatorio del Sistema Judicial, Montevideo, Fundación Justicia y Derecho.
- Petit, Juan Miguel. (2020). Informe Especial a la Asamblea General del Comisionado Parlamentario, mayo de 2020. Recuperado de: <<https://parlamento.gub.uy/sites/default/files/Informe%20LUC%20CP%20final.pdf#overlay-context=user>>. Fecha de consulta: 8 de enero de 2021.
- Rey, Germán. (2005). El cuerpo del delito. Representaciones y narrativas mediáticas de la inseguridad ciudadana, Bogotá, Fundación Ebert Stiftung.
- Rodríguez Almada, Pablo. (2020). “La inconstitucionalidad de la LUC en materia de adolescentes infractores,” La diaria, 22 de mayo de 2020. Recuperado de: <<https://ladiaria.com.uy/opinion/articulo/2020/5/la-inconstitucionalidad-de-la-luc-en-materia-de-adolescentes-infractores/>>. Fecha de consulta: 8 de enero de 2021.
- Rossel, Cecilia. (2013). Desbalance etario del bienestar El lugar de la infancia en la protección social en América Latina, Santiago de Chile, CEPAL. Recuperado de: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6190/1/S1300902_es.pdf>. Fecha de consulta: 8 de enero de 2021.
- Ruiz, Mabela y Silva, Diego. (2019). Te pesa la cana. Afectaciones subjetivas del encierro en la adolescencia, Montevideo, Isadora Ediciones.
- Sarti, Cynthia. (2011). “A vítima como figura contemporânea”, Caderno CRH, Vol. 24, No. 61.
- Silva, Diego y Cohen, Jorge. (2003). Investigación sobre las infracciones juveniles y las sanciones judiciales aplicadas a adolescentes en Montevideo, Montevideo, UNICEF.
- Silva Forné, Diego. (2020). La urgencia en la pandemia: inconstitucionalidad y punitivismo, 19 de octubre de 2020, La diaria opinión. Recuperado de: <<https://ladiaria.com.uy/opinion/articulo/2020/10/la-urgencia-en-la-pandemia-inconstitucionalidad-y-punitivismo/>>. Fecha de consulta: 7 de enero de 2021.

Suprema Corte de Justicia de Uruguay. Circular N° 179/2020, Acordada 8093, Supresión Juzgados Letrados de Adolescentes de 1° y 2° turnos y constitución de los Juzgados Letrados de primera instancia de Familia Especializados de 11° turno y de 12° turno, 7 de diciembre de 2020. Recuperado de: <<https://www.poderjudicial.gub.uy/documentos/148-2020/7367-179-2020-supresion-juzgados-letrados-de-adolescentes-de-1-y-2-turnos-y-constitucion-de-los-juzgados-letrados-de-primera-instancia-de-familia-especializados-de-11-turno-y-de-12-turno.html>>. Fecha de consulta: 7 de enero de 2021.

UNICEF. (2017). Poner fin a la pobreza infantil en Uruguay: un objetivo posible para la política pública, UNICEF Uruguay. Disponible en: <http://bibliotecaunicef.uy/doc_num.php?explnum_id=181>. Fecha de consulta: 8 de enero de 2021.

UNICEF. (2020). Aporte al anteproyecto de ley de urgente consideración. Justicia penal adolescente. Documento de la Oficina UNICEF, Montevideo.

UNICEF-Movimiento Nacional Gustavo Volpe. (2008). Privados de libertad. La voz de los adolescentes, Montevideo, UNICEF-MNGV.

ANEXO I

Cuadro 1: Asuntos iniciados en materia penal (Adultos/adolescentes)

Tasa penal (c/1.000) y proporción de adolescentes en total de asuntos penales (en %)

AÑO	Tasa Penal (> 18)	Tasa Penal (13-17)	Proporción Adolescentes
2019 *	5.6	3.3	4.5
2018 *	4.5	3.5	6.0
2017	15.2	8.7	6.4
2016	20.1	10.4	5.5
2015	17.0	9.8	6.1
2014	15.6	9.3	6.3
2013	14.5	11.2	7.9
2012	13.6	10.2	7.7
2011	20.6	12.7	6.5
2010	19.7	10.4	5.6

Elaboración propia en base a datos del Poder Judicial. *En noviembre de 2017 entra en vigencia un nuevo Código de Proceso Penal de tipo acusatorio que modifica la forma de registrar los asuntos penales iniciados.

ANEXO II

Cuadro 2: Sentencias por delito de homicidio (adultos/adolescentes)

AÑO	Cantidad Total	Cantidad adolescentes	Proporción sobre Total
2019	419	21	5.0

2018	357	22	6.2
2017	203	26	12.8
2016	262	34	13.0
2015	215	38	17.7
2014	226	34	15.0
2013	304	47	15.4
2012	303	63	20.8
2011	283	58	20.4
2010	232	51	22.0
2009	356	53	14.8

Elaboración propia en base a datos Poder Judicial

ANEXO III

Cuadro 3: Cantidad y tasas adolescentes privados de libertad (C/100.000)

País (año)	Cantidad	Tasas
Uruguay (2016)	481	54.2
Bolivia (2012)	1.874	45.3
Brasil (2013)	23.725	41.4
Chile (2018)	1.249	28.1
Perú (2016)	2.168	21.7
Colombia (2013)	1.795	12.4
Paraguay (2017)	288	11.8
Ecuador (2018)	649	11.3
Argentina (2016)	1.224	9.4

Elaboración propia en base a fuentes: Reporte Uruguay 2017 y Base de datos de UNODC

Disponible en <https://dataunodc.un.org> Visita 20 diciembre de 2020.

ANEXO IV

Cuadro 4: Indicadores sociales y tasas de privados de libertad en Municipios
Ordenados según Tasas (Montevideo)

	A	D	E	G	B	F	C	CH
Cantidad de casos	97	84	30	32	10	25	4	1
Tasas cada 1.000	5.55	5.51	3.09	2.70	1.85	1.69	0.50	0.14
Pobreza 0 a 5 años	42.8	47.0	11.3	29.7	5.1	41.1	7.3	1.9
Pobreza 6 a 12 años	40.6	40.2	10.3	30.1	7.7	37.1	8.2	1.4
Pobreza 13 a 17 años	35.6	35.7	10.0	31.0	8.4	32.1	9.6	2.1
Pobreza 0 a 17 años	39.8	41.2	10.5	30.2	6.9	36.9	8.3	1.7
Con 1 N.B.I. (13 a 17)	28.4	27.8	14.0	25.3	16.2	28.6	16.6	10.0
Con 2 o más N.B.I. (13 a 17)	24.7	27.6	8.0	20.9	8.8	26.3	6.6	1.2
Vivienda Inadecuada	26.1	25.0	6.3	20.4	0.7	26.3	2.4	0.5
Presencia Hacinamiento	18.4	21.4	5.6	18.8	6.4	20.9	5.2	1.5
Asistencia Centros Educativos (13-17)	78.0	76.9	92.3	81.1	92.9	77.3	92.8	97.5
Tasa de Actividad (14 a 17)	13.4	13.6	7.7	12.2	8.6	14.6	8.2	4.9
Adolescentes “sin sin” (14 a 17)	20.5	21.2	7.1	17.3	6.4	20.6	6.3	2.2

Elaboración propia en base a datos del I.N.E. (2014) y Censo Adolescentes privados de libertad (SIRPA, 2015)

INTERSECCIONALIDADE DE GÊNERO E MULHER: REVITIMIZAÇÃO E VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL NA COMARCA DE XAXIM/SANTA CATARINA/BRASIL

Santos, Marlei Angela Ribeiro dos¹

ORCID: 0000-0003-3298-2427

Correio eletrônico: marlei.ange.adv@hotmail.com

Wenczenovicz, Thais Janaina²

ORCID: 0000-0001-9405-3995

Correio eletrônico: t.wencze@terra.com.br

Resumo

As relações de gênero estão presentes nas diversas formas de convívio, desde os ambientes sociais aos privados. Tais relações se manifestam desfavoravelmente em face da mulher, pelas violências e opressões em repetição do sistema de ideologia patriarcal, burguês e segregador implantado desde o colonialismo e reproduzido pela colonialidade, que identifica e separa indivíduos pelos elementos coloniais presentes na trajetória histórica do Brasil, os quais sejam: gênero, raça e classe social. A mulher enfrenta cotidianamente uma estrutura interseccional de violências e desigualdade, sendo sub-representada, subjugada, criminalizada e revitimizada pelo Estado opressor em nome de uma suposta igualdade formal. Daí porque as instituições de controle estatal estão subsumidas ao sistema de dominação e poder, fato que a desigualdade de gênero e raça é clarividente nos cargos de

¹ Graduada em Direito-Faculdades de Ciências Sociais Aplicadas, CELER/FACISA. Tecnóloga em Gestão Ambiental-Universidade Norte do Paraná, UNOPAR. Especialista em Direito Público e Privado: Material e Processual-Universidade do Oeste de Santa Catarina/UNOESC. Mestra em direitos fundamentais. Membro da Linha de Pesquisa Cidadania e Direitos Humanos/UNOESC.

² Docente adjunta/pesquisador sênior da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul/UERGS. Professora Titular no Programa de Pós-Graduação em Educação/UERGS e no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito/UNOESC. Professora Colaboradora no Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Educação da Universidade Estadual do Paraná- UNIOESTE. Avaliadora do INEP - BNI ENADE/MEC. Membro do Comitê Internacional *Global Alliance on Media and Gender* (GAMAG) - UNESCO. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq/UERGS Direitos Humanos e Justiça: perspectivas decoloniais.

poder do sistema judiciário, interferindo diretamente nas decisões e justiça social. O procedimento metodológico adotado para o estudo é o bibliográfico investigativo, acrescido de busca de dados estatísticos em base de órgãos, análise de processos judiciais criminais na Comarca de Xaxim, além de pesquisa empírica com mulheres nas condições de vítima, ré ou testemunha de processos judiciais na Comarca de Xaxim, estado de Santa Catarina no Brasil.

Palavras-chave: Brasil, interseccionalidade, mulher, revitimização, violência institucional.

INTERSECCIONALIDAD DE GÉNERO Y MUJERES: REVICTIMIZACIÓN Y VIOLENCIA INSTITUCIONAL EN LA COMARCA DE XAXIM / SANTA CATARINA / BRASIL

Resumen

Las relaciones de género están presentes en las diversas formas de convivencia, desde el ámbito social al privado. Tales relaciones se manifiestan desfavorablemente en el rostro de las mujeres, debido a la violencia y opresión en repetición del sistema de ideología patriarcal, burguesa y segregadora implantado desde el colonialismo y reproducido por la colonialidad, que identifica y separa a los individuos por los elementos coloniales presentes en la trayectoria histórica de Brasil, el a saber: género, raza y clase social. Las mujeres enfrentan a diario una estructura interseccional de violencia y desigualdad, siendo subrepresentadas, subyugadas, criminalizadas y revictimizadas por el estado opresor en nombre de una supuesta igualdad formal. Es por eso que las instituciones de control estatal están subsumidas al sistema de dominación y poder, hecho que la desigualdad de género y raza es clarividente en los puestos de poder en el sistema judicial, interfiriendo directamente en las decisiones y la justicia social. El procedimiento metodológico adoptado para el estudio es la investigación bibliográfica, más la búsqueda de datos estadísticos a partir de órganos, análisis de procesos penales en el Distrito de Xaxim, además de la investigación empírica con mujeres como víctimas, imputadas o testigos de juicios. en el distrito de Xaxim, estado de Santa Catarina en Brasil.

Palabras clave: Brasil, interseccionalidad, mujeres, revictimización, violencia institucional.

INTERSECTIONALITY OF GENDER AND WOMEN: REVICTIMIZATION AND INSTITUTIONAL VIOLENCE IN THE JUDICIAL DISTRICT OF XAXIM / SANTA CATARINA / BRAZIL

Abstract

Gender relations are present in the various forms of coexistence, from social to private environments. Such relations are manifested unfavorably against women, due to the violence and oppression in the repetition of the system of patriarchal, bourgeois, and segregator ideology implanted since colonialism and reproduced by coloniality, which identifies and separates individuals by the colonial elements present in the historical trajectory of Brazil, the namely: gender, race and social class. Women face an intersectional structure of violence and inequality daily, being under-represented, subjugated, criminalized and re-victimized by the oppressive state in the name of supposed formal equality. That is why the institutions of state control are subsumed to the system of domination and power, a fact that gender and race inequality is clairvoyant in the positions of power in the judicial system, directly interfering in decisions and social justice. The methodological procedure adopted for the study is the investigative bibliographic, plus the search for statistical data based on organs, analysis of criminal lawsuits in the District of Xaxim, in addition to empirical research with women as victims, defendants or witnesses of legal proceedings. in the district of Xaxim, state of Santa Catarina in Brazil.

Keywords: Brazil, intersectionality, women, revictimization, institutional violence.

1. Introdução

A violência de gênero em face da mulher tem sido tema de grandes debates nas últimas décadas em especial na Ciência Jurídica que pretende além de assegurar a ordem e a justiça, busca coibir as violências físicas diagnosticadas em alto grau dentro dos lares brasileiros. Contudo, o cerne da questão envolve um contexto interseccional de violências em face da mulher que subsiste desde o período colonial, sendo reforçado e afirmado pela colonialidade no movimento sutil do controle do poder, do saber e do ser.

O colonialismo fixou uma matriz colonial, eurocêntrica na América, configurada dentro de um cenário de influência capitalista e dominadora, com base no padrão de raça que definiu e separou identidades pelos traços fenotípicos, cor e gênero, colocando todo indivíduo que não fizesse parte da percepção hegemônica sob a condição de subalternidade. Dessa forma, a colonialidade ressignifica e condiciona os locais de atuação e divisão do trabalho, sexo, capital e poder. A subordinação imposta ao gênero de mulher é atribuída ao sistema patriarcal que mantém a mulher em estado de serviência e subalternidade.

Assim, a colonialidade é reafirmada pelo sistema considerado moderno por imposição do interesse capitalista, neste contexto obviamente a mulher está enquadrada dentro de uma trajetória de condição de gênero percebido pela fragilidade, serviçal, objeto de desejo e prazer, com espaço reservado na relação doméstica, incapaz para decisões e representatividade em cargos de poder e decisão, fato preponderante para compreendermos a importância da representatividade da mulher nos cargos de poder do sistema judiciário brasileiro.

Assim, refuta-se que as relações de gênero estão presentes nos diversos meios de convívio desde os ambientes sociais aos privados, circunstância que demonstra que a violência, opressão, desigualdade e discriminação em face da mulher é tomada como um estado de naturalidade. Neste sentido, pretendemos reflexionar sobre a condição do gênero de mulher e a trajetória de desigualdade e violências das diversas formas, inclusive por reprodução de identidades pré-definidas pelas instituições de regulação e construção social, em especial no sistema judiciário brasileiro que reafirma os padrões culturais em relação a mulher, inviabilizando o acesso à justiça, resultando em processos de revitimização e negação de direitos fundamentais.

É nesse sentido que esse artigo aborda sobre a existência de um tratamento desigual e discriminatório ao gênero da mulher enquanto violência institucional, expressa nos mecanismos de gestão e administração no Poder Judiciário brasileiro no Oeste do Estado de

Santa Catarina, especificamente pelo estudo de caso, na Comarca de Xaxim, no período de 2017-2020.

A área de concentração deste artigo está situada nas Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais, atinentes à Linha de Pesquisa de Interculturalidade, Identidade de Gênero e Personalidade, elementos pelos quais, através das narrativas tencionamos compreender o tema proposto. Diante da discussão sobre os diversos tipos de gênero, optamos pela escolha do gênero feminino, sem elencar elementos individualizadores de raça, cultura, classe, etnia, crenças, territorialidade, orientação sexual.

O artigo divide-se em três partes: Colonialismo, Colonialidade e o Modelo societário patriarcal na formação do Brasil; Interseccionalidade e Condição de Gênero: Mulher e o Judiciário; Lugar de Fala: Revitimização e Violência Institucional na Comarca de Xaxim. Utilizamos o procedimento metodológico bibliográfico-investigativo com ênfase nos pensadores do Grupo Latino-americano de Estudos Subalternos e Epistemologias do Sul, Modernidade/Colonialidade.

2. Colonialismo, Colonialidade, Decolonialidade e o modelo societário patriarcal na formação do Brasil

O processo de dominação é percebido desde a fixação do colonialismo que estabeleceu um padrão mundial de imposição eurocêntrica articulada do saber, do ser e do poder em toda América Latina e em especial no Brasil. As relações sociais e privadas foram forjadas dentro de uma cultura hegemônica patriarcal na qual o homem branco, burguês é superior a qualquer outro ser humano, ficando em estado de marginalização a mulher que sofre ininterruptamente pelo processo cultural, social e ideológico imposto desde a chegada dos colonizadores no Brasil quando se apropriaram das terras, capital, escravizando povos originários, calcando identidades em condição de subalternidade.

Insta assinalar que nas palavras de Spivak (2010), subalterno³ é o indivíduo que não tem história e não pode falar. No mesmo sentido o sujeito subalterno colonizado é irremediavelmente heterogêneo, impossibilitado de uma historiografia a partir dos setores politicamente organizados. Não existe endosso sobre sua insistência e autonomia, pois as exigências historiográficas práticas não permitirão que se privilegie a consciência subalterna. Por esse motivo povos latino-americanos, africanos e asiáticos tiveram suas culturas e saberes sufocados historicamente. As histórias e memórias foram consideradas retrógradas, primitivas foram consideradas incompatíveis com a ideologia da modernidade instalada pelo eurocentrismo.

Assim, se firmou o processo de dominação que outorgou a figura masculina um padrão de naturalidade para as práticas de violência e desigualdade em face do gênero de mulher, que perdura na atualidade pela reafirmação da colonialidade em seu movimento sutil de controle do capital, do trabalho e do sexo dentro da articulada estrutura de dominação global. Segundo os ensinamentos de Anibal Quijano (2005), a América é o primeiro lugar de culminação do processo de constituição do capitalismo colonial, moderno, eurocentrado, como padrão de poder mundial. Dentro da estrutura de poder foi fixada a construção mental pela ideia de raça e racionalidade específica pelo caráter intrinsecamente colonial que prova cotidianamente ser eficaz pela estabilidade da matriz de padrão hegemônico.

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

³ Os estudos subalternos, dessa forma, começaram no início dos anos de 1980, com o indiano Ranajit Guha, como uma intervenção na historiografia sul-asiática, enquanto se tornava um modelo para o subcontinente e, rapidamente, possibilitaria uma séria crítica ao pós-colonialismo. Alguns pensadores, como Ranajit Guha e Gayatri Spivak, utilizam o termo “subalterno” para se referir a grupos marginalizados; grupos esses que não possuem voz ou representatividade, em decorrência de seu status social. Cabe dizer que se trata de um atributo geral relacionado à subordinação da sociedade, em termos de classe, casta, idade, gênero e trabalho. (Figueiredo, 2010:84).

consequentemente, ao padrão de dominação que se impunha. Em outras palavras, raça e identidade racial foram estabelecidas como instrumentos de classificação social básica da população. (Quijano, 2005:107).

Tal fixação do poder colonial se desenvolveu por duas áreas decisivas, sendo a primeira, aquela que todos os povos foram despojados de sua própria singularidade e identidade histórica e a segunda pela imposição de uma nova identidade racial, colonial, implicando no despojo da história, memória e produção cultural da humanidade. Contudo é primordial que se entenda que o processo colonial no Brasil se deu entre o período de 1500 até 1822, já a colonialidade se perfaz desde o período pós-colonial até os dias atuais. A diferença entre o colonialismo e colonialidade se estabelece pelo fato que no colonialismo se impôs uma relação de dominação política estatal e econômica de um povo sobre o povo dominado.

De outra forma a colonialidade se refaz cotidianamente pelo processo hegemônico de dominação europeia no controle de capital e subordinação de indivíduos em situação de subalternidade. A colonialidade se refere a um padrão de poder que surgiu como resultado do colonialismo moderno, mas ao invés de se limitar a uma relação de poder formal entre dois povos ou nações, refere-se antes à forma como trabalho, conhecimento, autoridade e relações intersubjetivas se articulam, por meio do mercado capitalista mundial e da ideia de raça. Assim, embora o colonialismo preceda a colonialidade, a colonialidade sobrevive ao colonialismo (Maldonado-Torres, 2007).

A expressão colonialidade é considerada um conceito descolonial, sendo assumidamente a resposta específica à globalização de pensamento linear de poder global. A opção descolonial não pretende ser única, mas sim, argumento entre diversas opções coloniais de funcionamento racional, moderno (Mignolo, 2017). Além disso, estudiosos do grupo multidisciplinar de Estudos Subalternos e Epistemologias do Sul, Modernidade/Colonialidade entendem que a descolonialidade identifica e apresenta uma releitura com base no diálogo do Sul ao fenômeno do processo pós-colonial eivado de práticas segregadoras implantadas pelos conquistadores europeus sobre os conquistados integrantes de grupos de povos originários, negros e mestiços que foram colocados sob

condição de subalternidade, escravidão e mão de obra em prol dos interesses europeus, ocidentais sendo obviamente a forma de outorgar legitimidade às relações de dominação impostas pela conquista na América.

Imperiosos são os estudos desenvolvidos pelo grupo Modernidade/Colonialidade, que difundem diálogos dotados de multiculturalidade e interdisciplinaridade conforme assevera Balestrin (2013: 89):

Grupo Modernidade/Colonialidade (M/C), constituído no final dos anos 1990. Formado por intelectuais latino-americanos situados em diversas universidades das Américas, o coletivo realizou um movimento epistemológico fundamental para a renovação crítica e utópica das ciências sociais na América Latina no século XXI: a radicalização do argumento pós-colonial no continente por meio da noção de “giro decolonial”. Assumindo uma miríade ampla de influências teóricas, o M/C atualiza a tradição crítica de pensamento latino-americano, oferece releituras históricas e problematiza velhas e novas questões para o continente. Defende a “opção decolonial” – epistêmica, teórica e política – para compreender e atuar no mundo, marcado pela permanência da colonialidade global nos diferentes níveis da vida pessoal e coletiva.

Ainda nesse sentido, Meneses e Sousa Santos (2009), lecionam que a expressão Epistemologias do Sul remete a uma metáfora do sofrimento, de silenciamento e exclusão de povos e culturas ao longo da história pelo colonialismo. A dinâmica de dominação colonial implantou uma visão eurocêntrica de conhecimento do mundo sob o ponto de vista etnocêntrica, assim a vida tomou uma dimensão de práticas sociais e culturais baseadas no padrão eurocêntrico de dominação. Por esta razão a decolonialidade inova pela teoria da libertação do colonizado no espaço pelo conhecimento histórico, reconhecendo subjetivamente as identidades oprimidas e subjugadas.

Partindo deste entendimento é clarividente que a mulher foi colocada em uma condição subalterna pelo sistema implantado pelo Patriarcalismo deriva de uma construção social baseada na ideologia do patriarcado que se consolidou pelas diversas formas de convivência social, estabelecendo papéis e lugares para cada indivíduo. Então,

patriarcalismo é a estrutura de poder que deriva do patriarcado que impõe um sistema de dominação pela ideologia machista de dominação com efeitos situados essencialmente nos campos político e ideológico, impondo a exploração diretamente ao terreno econômico (Saffioti, 2001).

O fenômeno da subalternização da mulher é eurocêntrico e busca efetivar a finalidade de controle e imposição do interesse capitalista pelo ideário cristão colonial, europeu, intuitivamente outorgando a dominação dos conquistados, colocando-os em *status* de inferioridade. Bourdieu (2017), descreve que assim, estão reunidas todas as condições de seu pleno exercício da primazia universalmente concedida aos homens para se afirmar na objetividade de estruturas sociais e atividades produtivas e reprodutivas, baseadas em uma divisão sexual do trabalho de produção e de reprodução biológica e social, que confere a figura masculina a melhor parte, bem como os esquemas imanentes as matrizes transcendentais históricas e universalmente impostas.

E nesse aspecto, é necessário refletir conforme Biroli (2018), que a desigualdade entre mulher e homem deriva da abstração de subjetividade tanto de normas quanto de valores sociais historicamente diferentes e de assimetrias imersas em relações em que a autoridade masculina e a heteronormatividade constituem as trajetórias de individualismo para todas as pessoas produzindo processos de vantagens para homens e desvantagens para mulheres.

Neste sentido, a interseccionalidade de violência vivida historicamente pela mulher faz parte de um processo cultural, social, ideológico de dominação imposto pelo sistema global reafirmado no pós-colonial pelo movimento da colonialidade. Lugones (2015), trata que as intersecções atuam através de diversos fenômenos e que além disso, a interseccionalidade é composta pelo conceito sociológico que estuda as interações nas vidas das minorias, entre diversas estruturas de poder manifestando pela imposição, dominação e discriminação de minorias.

Assim, as teorias decoloniais apresentam a visão com argumento pós-colonial de autores de conceituadas universidades que realizam movimentos epistemológicos fundamentais para a

renovação da crítica utópica das ciências sociais em toda a América Latina. Por meio deste movimento são problematizadas velhas e novas questões que envolvem grupos oprimidos, dentre os quais a mulher encontra em situação natural de subjugação, contudo recebe sobrecarga quando vista sob o aspecto de cor negra, parda, mestiça, indígena e baixa renda.

Partindo do contexto decolonial compreendemos que as perspectivas de conhecimento situado no ambiente latino-americano buscam repensar o diálogo entre Ocidente e o Sul, refletindo sobre as particularidades históricas de exploração colonial e demais mazelas entre a apropriação do ambiente geográfico, genocídios, memoricídios e etnocídios que baniram epistemes sulista. Assim, as teorias decolonias e libertárias promovem marco evolutivo no âmbito as ciências sociais, motivo pelo qual Dussel doutrina tal importância:

O filósofo da libertação não representa ninguém, ele não fala pelos outros [...] nem se encarrega de uma tarefa concreta de modo a superar ou negar algum tipo de sentimento pequeno burguês de culpa. O filósofo crítico latino-americano, como concebido pela Filosofia da Liberação, assume a responsabilidade de lutar pelo outro, pela vítima, pela mulher oprimida pelo patriarcado, pela geração futura que vai herdar uma Terra devastada etc. – isto é, assume a responsabilidade por todos os tipos de alteridade. E o faz com uma consciência ética “situada”, com a consciência de qualquer ser humano com “sensibilidade” ética e com capacidade de indignar-se quando reconhece a injustiça imposta ao outro (Dussel, 2008: 342).

Contudo, a formação do processo do Estado brasileiro foi estruturada pela ideologia patriarcal e conservadora dos colonizadores. Nesse cenário, o homem está atrelado ao ambiente público e político, desdobrando em subordinação física, psicológica, econômica e social da mulher. O Brasil foi organizado dentro da lógica da modernidade e racionalidade instrumentais com bases institucionais que representam o controle da justiça, do trabalho e produção do capital. A figura do homem é supervalorizada fazendo emergir elementos de caráter autoritário, preconceituoso e antidemocrático da sociedade brasileira. Scott (2011), afirma que os pensadores deste ideário, retrabalham as ideias sobre o Brasil e criam novas imagens sobre a sexualidade, a formação da família e da domesticidade, e desse trabalho emerge a figura do patriarca como símbolo da integração nacional.

Dentro da categoria de hierarquização de privilégios pré-estabelecidos, Ribeiro (2019), reconhece o status de mulher brancas, negras e homens negros como oscilantes possibilitando enxergar as especificidades de grupos, rompendo com a invisibilidade da realidade das mulheres em especial as negras. De fato, é comum se ouvir a afirmação: “mulheres ganham 30% a menos do que homens no Brasil”, quando a discussão é desigualdade salarial. Contudo, a afirmação não está absolutamente correta. A verdadeira logicamente está no ponto de vista ético, de forma que as mulheres brancas ganham 30% a menos do que homens brancos. Homens negros ganham menos que mulheres brancas e mulheres negras ganham menos que todos da cadeia laborativa e profissional.

Apesar de o período da escravidão negra ter findado, o interesse capitalista não, e outras formas de escravidão velada persistem no sistema da colonialidade. Evidentemente que os efeitos da alforria tiveram um interesse puramente burguês, resultando na grande camada criminalizada e empobrecida do Brasil atual. Essa articulação forjou a cultura social e jurídica brasileira que guarda forte aspecto patriarcal ao exemplo do Código Civil de 1916, Lei 3.071/1916, em que a mulher era considerada totalmente dependente do marido, necessitando de autorização para trabalhar fora de casa e adquirir patrimônio.

Mais tarde, na década de 80 foram observados alguns movimentos feministas no Brasil ao exemplo da criação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, que influenciou na inclusão do direito de igualdade entre homens e mulheres na Constituição Federal de 1988. Daí por diante os ativismos feministas foram emergindo conforme as demandas sociais, circunstâncias que outras legislações importantes foram sendo promulgadas, ao exemplo, a Lei nº 9.029/95 que proibiu a comprovação de gravidez para fins de exames admissionais, também a Lei nº 9.504/97, que estabeleceu o mínimo de 30% de candidatura de mulheres para as eleições, e, inclusive, a Lei nº 8.930/94, que tipificou o estupro como crime hediondo.

Também, houve uma conquista importante atribuída aos movimentos feministas que pressionaram por modificações pertinentes, de modo que houve sanção e promulgação da

Lei 11.340/06, atualmente alterada pela Lei 13.827/19, que outorgou proteção da mulher contra a violência doméstica e familiar. Várias são observadas manifestações de forma coletiva ou isolada, demonstrando a pluralidade de demandas que envolvem a interseccionalidade de fatores desfavoráveis que negam identidade, espaço, voz e vez das mulheres.

Considerando que o Brasil é um país capitalista, Faoro (2012: 371) argumenta que:
(...) o público se torna uma extensão do privado, distintos papéis são atribuídos aos indivíduos na manutenção da monopolização do poder, capital e saber, nos mais diversos contextos, sendo introduzidas as noções e teorias de conhecimento e de direito, seguindo o advento de sociedades civis implementadas pela modernidade ocidental. Ainda, pondera que o mecanismo criado pela lei, não se conjuga a um núcleo de interesses, valores ou pela igualdade, mas a lei, impõem instrumentos artificiais: de autoridade e de comando.

Não obstante, o patriarcado se mantém no tempo, justificando o motivo pelo qual as mulheres possuem ínfima participação em cargos e funções que representam autonomia e poder, no Executivo, Legislativo e Judiciário. Assim, se mantém o padrão pela figura hegemônica do poder atribuída ao homem conforme assegura Bordieu (2017), descrevendo que o mundo social constrói o corpo pela realidade sexuada, como depositário de princípios e divisão sexualizantes as quais se aplica a todas as coisas construindo a diferença entre os sexos biológicos, conformando aos princípios de uma visão enraizada na relação arbitrária de dominação dos homens sobre as mulheres. Tal dominação, faz parte do processo ideológico de dominação monopolização do poder, do capital, saber e ser, que ainda é presente nas sociedades atuais, nos mais diversos contextos, inclusive pelo controle estatal por meio do sistema e instituição do Poder Judiciário.

3. Interseccionalidade e questões de gênero: mulher e o Judiciário

Dados estatísticos sobre gênero demonstram que a mulher tem vencidos barreiras fundamentais nos campos educacionais e profissionais, contudo permanece em desvantagem em relação ao homem. O Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP conjuntamente com o Ministério da Educação - MEC

(2018), divulgaram dados sobre a Educação Superior de 2016, demonstrando que as mulheres representam 57,2% dos estudantes matriculados em cursos de graduação. Seguindo o mesmo diagnóstico dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia – IBGE (2019), as mulheres trabalham, aproximadamente, três horas semanais a mais do que os homens, combinando, afazeres domésticos e cuidados de pessoas, e ainda assim, ganham em média, 76,5% do rendimento atribuído ao gênero masculino.

Compreende-se então, que a condição de gênero de mulher é subalterna, objetificada pelo sistema patriarcal que à fez dependente da aprovação do patriarca da família enquanto solteira e quando casada submissa ao marido, circunstância que até os dias atuais permanece à margem da vida pública. Brah (2006: 341) corrobora conceituando gênero como:

(...) aquele que está representado de forma diferente, com localização específica nas estruturas e relações globais. Dentro dessas estruturas de relações sociais não existimos simplesmente como mulheres, mas como categorias diferenciadas, tais como “mulheres da classe trabalhadora”, “mulheres camponesas” ou “mulheres imigrantes”. Cada descrição está referida a uma condição social específica. Vidas reais são forjadas a partir de articulações complexas dessas dimensões. É agora axiomático na teoria e prática feministas que “mulher” não é uma categoria unitária. Mas isso não significa que a própria categoria careça de sentido. O signo “mulher” tem sua própria especificidade constituída dentro e através de configurações historicamente específicas de relações de gênero.

A instituição judiciária brasileira foi organizada dentro de um aspecto colonial de estrutura patriarcal, demonstrando que o Estado assegura a ordem e a justiça, e igualmente reafirma a posição dos homens como figura de referência no Poder Judiciário, circunstância que os cargos chamados de servidores estão ocupados massivamente por mulheres. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça-CNJ (2019), no ano de 2018 a representatividade da mulher em cargos subalternos do judiciário brasileiro era de 54,7%.

No mesmo sentido a representatividade de mulheres nos cargos de poder frente ao Judiciário, ou seja, nos cargos da magistratura encontra muitas barreiras, apesar de algumas

mulheres conseguirem romper vários obstáculos, continuam sofrendo com a divisão e configuração histórica do trabalho e todo tipo de intersecção nos ambientes institucionais, circunstância fática diagnosticada pelo CNJ (2019), que divulgou que o número de magistradas em atuação no ano de 2018 representava um percentual de 38.8%. A situação de opressão também se revela pelo número de vezes em que mulheres são aparteadas durante as sessões dos tribunais, inibindo o lugar de fala das mesmas.

Os dados apontaram para a existência de divisão sexual do trabalho, que constrange o acesso das mulheres às esferas de poder e decisão, indicando que essas ainda se constituem como domínio masculino. Nesse sentido, as mulheres que conseguem atingir tais posições terminam por se concentrar em atividades que se aproximam dos papéis femininos tradicionalmente definidos, associados à área social e à dimensão do cuidado. O fenômeno se materializa, por exemplo, nos setores de atividade em que são exercidas as funções de chefia e nas comissões legislativas usualmente presididas por mulheres, mas se torna ainda mais evidente a partir da constatação da ausência de mulheres nas “áreas masculinas”, como aquelas relacionadas à economia e à infraestrutura (Rezende, 2015: 61).

Dados do ano de 2018, analisados no pelo CNJ (2019), confirmam a realidade de desigualdade na representatividade nos Tribunais brasileiros, e que o percentual de cargos ocupados por mulheres no alto escalão judiciário é deficitário. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça o percentual apresentado era de 19,6%. Em nível de Tribunais Estaduais o percentual de mulheres ocupando cargos de poder era de 37.4%. Nos Tribunais Federais, as mulheres que ocupavam cargos da magistratura representavam um índice de 31,2%. Já nos Tribunais Eleitorais essa representatividade era de 31.3%. No que tange aos Tribunais da Justiça do Trabalho a representatividade de mulheres demonstra leve melhora para 51.7%, contudo nos Tribunais Militares tal representatividade é infima de 3,7%. Assim, são frustradas as possibilidades de emancipação do gênero de mulher pelos vários meios de convivência, fator que interfere nas demandas judiciais e na efetividade das decisões proferidas.

Não podemos entender os direitos sem vê-los como parte da luta de grupos sociais empenhados em promover a emancipação humana, apesar das correntes que amarram a humanidade na maior parte de nosso planeta. Os direitos humanos não são conquistados apenas por meio das normas jurídicas que propiciam seu reconhecimento, mas também, e de modo muito especial, por meio das práticas sociais de ONGs, de Associações, de Movimentos Sociais, de Sindicatos, de Partidos Políticos, de Iniciativas Cidadãs e de reivindicações de grupos, minoritários (indígenas) ou não (mulheres), que de um modo ou de outro restaram tradicionalmente marginalizados do processo de positivação e de reconhecimento institucional de suas expectativas. Contextualizar os direitos como práticas sociais concretas nos permite ir contra a homogeneização, a invisibilização, a centralização e a hierarquização das práticas institucionais tradicionais (Herrera Flores, 2009: 71).

Diante de novas epistemes decoloniais entendemos que a representatividade, a subjetividade e a multiculturalidade se fazem de fundamental importância nos espaços de poder. Nesse sentido, uma ampliação da presença de mulheres em cargos de poder e de decisão motivariam impactos positivos na sociedade de maneira geral, em especial no Poder Judiciário, especificamente. Esse aumento contribuiria para questionar o estereótipo tradicional do juiz – homem, branco, de classe média ou alta – e para difundir a ideia de que as mulheres também podem ocupar cargos de prestígio e poder. Essa hipótese leva em consideração a importância simbólica da presença de mulheres em posições de autoridade. Em contextos culturais onde os papéis relevantes têm sido exercidos por homens, seria fundamental transmitir a ideia de que as mulheres podem alcançar os seus objetivos e exercer a autoridade em todos os campos, incluindo aquelas áreas tradicionalmente associadas aos homens (Almeida, 2017: 8).

Os conceitos subjetivos, populares, culturais e jurídicos nos campos do direito apontam para uma carência de entendimento ético e histórico, com relação ao gênero de mulher. Tal evidência é demonstrada pelo teor das decisões sobre o aporte fechado do saber, afirmando que a moral de cada indivíduo é condicionada aos valores pré-constituídos de modo que a identidade atribuída a mulher pelo patriarcalismo ainda é muito presente nas relações sociais e jurídicas, e interfere diretamente na efetivação da justiça. Diante disso, é clarividente que, a falta de representatividade e as práticas de discriminação geram um efeito intimidador em face da mulher que figura no processo como vítima, ré ou testemunha,

sujeita as práticas patriarcais, estereótipos, ideias preconcebidas, criminalização e em muitos casos sobre revitimização.

Com base nestes padrões, logo se percebe que as relações de gênero têm divisões definidas socialmente, tanto nos aspectos físicos, intelectuais e sociais, fato que circunstância que a mulher enfrenta várias dificuldades frente aos conceitos morais e discriminatórios à raça, etnia, classe, até origem territorial. A sociedade rechaça qualquer desvio fora da expectativa de controle da mulher. De outro norte, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assegura que os tratados e convenções de direitos humanos e garantias fundamentais devem ter aplicação imediata. Afirmando essa relação de ordem legal, a Corte Interamericana de Direitos Humanos - CIDH, (1997), destaca que:

No âmbito do sistema interamericano de direitos humanos, os Estados Partes da Convenção Americana comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos, "sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social". A Convenção Americana sobre Direitos Humanos requer que a proteção de todos os direitos e liberdades mencionados seja efetivada para que homens e mulheres desfrutem integralmente de seus direitos humanos" (Artigo 2). Quanto à igualdade, a Convenção Americana estabelece que "todas as pessoas são iguais perante a lei e, por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei" (Artigo 24), e que os Estados Partes devem especificamente, "tomar medidas apropriadas no sentido de que a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o casamento e em caso de dissolução do mesmo" (Artigo 17.4). No que se refere às proteções por motivo de sexo, a Convenção proíbe o tráfico de mulheres (Artigo 6.1). O Brasil, além de ser parte na Convenção Americana e na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, ratificou em 1995 a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, "Convenção de Belém do Pará". Ao nível internacional, o Brasil é Parte na Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, bem como do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que incluem importantes proteções referentes aos direitos humanos da mulher (grifos no original).

Analisando esses documentos, entendemos que o Poder Judiciário nega o encargo em nível internacional e interamericano que possui frente aos pactos e documentos sobre direitos humanos, proteção da mulher, garantia de igualdade e acesso à justiça, quando identificado todo tipo de práticas de opressão e violência institucional pelo Poder Judiciário.

Com base em estereótipos é que as mulheres, frequentemente, são retratadas como uma espécie de “categoria suspeita” por parte das autoridades públicas: as crenças de que as mulheres exageram nos relatos sobre violência ou mentem, de que utilizam o direito por motivo de vingança ou para obter vantagem indevida, de que são corresponsáveis pelos crimes sexuais em razão de vestimenta ou conduta inadequada, por exemplo, são, muitas vezes, levadas em consideração em maior medida do que os princípios constitucionais como isonomia, boa-fé, devido processo legal, ampla defesa na análise das provas processuais e na elaboração da decisão judicial (Severi, 2016: 576).

As violências contra a mulher são problematizadas no âmbito científico e pelos movimentos feministas, diferentes áreas do conhecimento alertam para essa questão demonstrando que o a cultura jurídica do Brasil permite uma arena da violência contra a mulher inclusive dentro do sistema que deveria impreterivelmente proteger. Assevera Foucault (2014), que é vergonhoso, considerado da perspectiva da vítima, reduzida ao desespero e da qual ainda se espera que bendiga “o céu e seus juízes por quem parece abandonada. Perigoso, de qualquer modo, pelo apoio que nele encontram, uma contra outra, a violência do rei e a do povo. Como se o poder do soberano não visse, nessa emulação de atrocidades, um desafio que ele mesmo lança e que pode ser aceito um dia: acostumado a “ver correr sangue”, o povo aprende rápido que “só pode se vingar com sangue”. Nessas cerimônias que são objeto de tantas investidas adversas, percebem-se o choque e a desproporção entre a justiça armada e a cólera do povo ameaçado.

Não obstante a falta de preparo de operadores do direito no trato com a mulher nos ambientes policiais e judiciais, para se alcance um nível de segurança jurídica por parte do Estado é necessário que exista uma lei especifica para cada caso, gerando assim o dever de o Estado de agir, fato que ocorreu com a chamada Lei Maria da Penha - Lei nº 13.827/19,

quando houve a necessidade de milhares de mulheres morrerem violentadas dentro de seus próprios lares e a movimentação de clamor social para que uma lei fosse outorgada para proteção da mulher na condição de vítima de violência doméstica. Essa resposta apenas alimentou os holofotes e publicidades governamentais, pois não resolveu o grave problema.

Obviamente, reclama-se por uma resposta impossível, já que ninguém pode fazer com que o que aconteceu não tenha acontecido mais. Frente ao passado, a urgência de uma resposta impossível só pode ser a vingança. Como a urgência intolerante, não admite reflexão, exercer uma censura inquisitorial, qualquer tentativa de responder convidando a pensar é rechaçada e estigmatizada como abstrata, idealista, teórica, especulativa, fora da realidade, ideológica etc. Isso é perfeitamente compatível com a televisão, onde qualquer comentário mais elaborado em torno da imagem é considerado uma intelectualização que diminui a audiência. (Zaffaroni, 2013: 313).

Efetivamente os casos de feminicídio continuam a crescer em todo o país, conforme dados do Boletim de Indicadores da Segurança Pública do Estado de Santa Catarina (2020), o número de mulheres mortas por feminicídio cresceu mesmo após a edição da Lei nº 13.827/19, fato que em 2017 os casos de feminicídio representavam 2,27% do total de mortes, em 2018 esse número cresceu para 5,42%, e em 2019 continuou aumentando para 8,37%. A média geral dos três anos foi de 6,19%, o aumento nos casos de mortes de mulheres por feminicídio, só perde para os índices de mortes resultantes de confronto da Polícia Civil e Militar, com pessoas envolvidas com atividades ilícitas, e para os crimes de homicídio relativos à latrocínio, lesão corporal seguida de morte.

É elementar do sistema patriarcal a questão que permeia o gênero de mulher dentro do sistema judiciário, sendo considerada muito grave partindo do princípio que o direito é operado por pessoas sabedoras de ordem legal e investidas de poder de aplicabilidade. A opressão se manifesta de forma latente, quando o gênero de mulher não encontra paridade aplicação do direito, fato que desencoraja, silencia. No que se refere especificamente ao Poder Judiciário, embora existam investimentos na capacitação dos atores jurídicos e demais profissionais, na estruturação dos equipamentos e na implantação das equipes multiprofissionais, há poucas evidências da efetividade da política judiciária de

enfrentamento à violência doméstica e familiar no que tange mais diretamente ao tratamento dispensado às mulheres, seja com relação ao processamento dos feitos, seja no que concerne ao atendimento de suas demandas e necessidades (veja o gráfico CNJ, 2019: 13).

Democraticamente o resultado que se espera do Poder Judiciário é a resolução de demandas com equidade social e efetividade material não apenas formal, mas infelizmente o sistema judiciário tem grande morosidade e pouca eficácia prática das decisões no âmbito social, ora pela vasta legislação, ora pela marcha processual, ora pela cultura doutrinária e política de cunho restrito ao interesse de grandes nomes do capital. As fontes legislativas demonstram diariamente que alimentam interesses de grupos privilegiados tornando o grande leque legislativo uma fonte que poucos tem possibilidade de usufruir. Mulheres são violentadas e mortas todos os dias em todo o Brasil e ainda existem operadores que afirmam que “ninguém mata sem motivo” ou “apanhou porque merecia”, demonstrando que o padrão opressor é naturalizado.

Para além da vitimização primária, que compreende as consequências naturais e danos sofridos pela ofendida em virtude de violência, que podem ser evidentes, como dano físico, emocional, ou mais invisibilizadas, como perda da sensação de segurança, de confiança, ou a interrupção de um plano de vida, está a vitimização secundária, causada pelas respostas dadas pelas instituições ou por outros indivíduos à vítima, após o delito. Neste sentido a vitimização secundária ou revitimização abarca uma série de ações e atitudes, tanto institucionais como individuais, públicas e privadas, que produzem um incremento ao sofrimento/dano já produzido pela vitimização primária (Chakian, 2019: 327).

Entretanto, se não bastasse a interseccionalidade continuada em face do gênero de mulher, ainda é constatada a utilização do direito penal para criminalizar defensores, advogados, ativistas e representantes de grupos disseminadores de ideologia libertária, de modo que os processos resultam em atrocidades, violações de prerrogativas profissionais e desigualdades explícitas, tornando os tribunais verdadeiros palcos de injustiças que nem sempre podem ser revertidas pelo auto custo das demandas processuais e as duras penas para vítima e seus

defensores. Segundo as informações recebidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH:

(...) em alguns países do continente, autoridades públicas e meios de comunicação estatais qualificariam defensoras e defensores como “terroristas”, “inimigos do Estado”, “adversários políticos”, “delinquentes”, “conspiradores”, “inimigos do desenvolvimento”, “ecoterroristas”, “contrarrevolucionários”, dentre outros termos pejorativos. Pronunciamentos desta natureza não apenas se destinam a deslegitimar seu trabalho, originando um contexto adverso à defesa dos direitos humanos, senão que também preparam o terreno para iniciar ações penais e processos judiciais infundados contra defensores. Adicionalmente, segundo os relatos, em alguns Estados as autoridades promovem a abertura de ações penais contra defensores e defensoras por denunciar políticas de Estado. (CIDH, 2015: 50-51).

A ordem legal brasileira não permite tribunal de exceção, então a mudança social só será possível a partir do comprometimento de todos os níveis sociais, inclusive, do Poder Judiciário que representa o poder de aplicação das normas sociais. Por conseguinte, as mulheres estão sub-representadas pelas autoridades judiciais, interferindo na subjetividade das decisões e da aplicação da lei que tem sido simbólica, reflexo de um sistema predominantemente machista e dominador. Pires (2016), relata que a política da dignidade universal prega uma forma de não discriminação cega aos modos em que se diferencia os cidadãos. Partindo dessa premissa o Estado deve manter uma posição de neutralidade em relação às perspectivas culturais e demais necessidades coletivas na aplicação uniforme das regras que definem os direitos fundamentais. A recomendação da CEDAW (2015: 3), veda a discriminação, estereótipos e estigmas patriarcais que violem de acesso à justiça, interseccionalidade de gênero nos sistemas androcêtricos implantados historicamente na formação do Poder Judiciário:

(...) obstáculos e restrições que impedem as mulheres de realizar seu direito de acesso à justiça, com base na igualdade, incluindo a falta de proteção jurisdicional efetiva dos Estados partes em relação a todas as dimensões do acesso à justiça. Esses obstáculos ocorrem em um contexto estrutural de discriminação e desigualdade, devido a fatores como

estereótipos de gênero, leis discriminatórias, discriminação interseccional ou composta, requisitos, procedimentos e práticas em matéria probatória, e à falha em sistematicamente assegurar que os mecanismos judiciais sejam físicos, econômica, social e culturalmente acessíveis a todas as mulheres. Todos esses obstáculos constituem persistentes violações dos direitos humanos das mulheres. O âmbito desta recomendação geral inclui os procedimentos e a qualidade da justiça para as mulheres em todos os níveis dos sistemas de justiça, incluindo mecanismos especializados e quase judiciais. Mecanismos quase judiciais compreendem todas as ações de órgãos ou agências administrativas públicas, similares àquelas realizadas pelo judiciário, que têm efeitos jurídicos e podem afetar direitos, deveres e prerrogativas.

Contudo, na prática judiciária não é isso que vem sendo aplicado, diante dos vários relatos de violações institucionais. Neste ponto, a metodologia específica exige a adoção de novos contornos jurídicos destinados a implementação de equidade e práticas legítimas às realidades sociais. A delimitação de algumas questões estratégicas deve ser compatível com a obrigação estatal assumida em face dos direitos humanos, materializando direitos nas decisões judiciais de magistrados e nas práticas equipes multidisciplinares comprometidas em reparar as relações sociais e jurídicas violadas, para assim alcançarmos uma justiça social e efetiva.

3.1. Lugar de fala: revitimização e Violência Institucional Na Comarca De Xaxim

A equidade nas decisões judiciais esperada pelas mulheres é aquela pautada na proteção contra todo tipo de prática que viole o direito individual e coletivo, rechaçando a tortura e agruras que iniciam ainda na fase pré-prossesual, ou seja, nas delegacias de polícia que geralmente são a porta de entrada das demandas judiciais criminais. Nesse sentido, entendemos que o atendimento deficitário ou violador não ofende apenas a necessidade daquela que recorre aos meios policiais e judiciais, mas sim toda sociedade que espera a primazia da aplicação de um ordenamento constitucional que representa a vontade soberana de um povo.

O Direito só cumpre sua função emancipatória se for capaz de contribuir para o atendimento das necessidades humanas e para a valorização ética dos instrumentos de poder e de organização social. Uma visão pluralista do fenômeno jurídico permite um protagonismo dos diferentes sujeitos sociais, a produzir direitos que, para além da regulação estatal, são ditados pelos legítimos interesses que surgem dos contrastes e dos naturais dissensos que o convívio social produz. Entre as novas categorias sociais que buscam seu lugar ao sol, a luta das mulheres pela igualdade e pelo fim da discriminação merece destaque e atenção. Um balanço das últimas décadas demonstra que os direitos humanos das mulheres passaram a ser vistos como parte inalienável dos direitos humanos universais (Maia Filho, 2011: 41).

Elencando a “opção decolonial” para compreender as vivências sociais, privadas e jurídicas marcadas pela colonialidade esse estudo problematiza a existência de um tratamento desigual e discriminatório ao gênero da mulher enquanto violência institucional, expressa na gestão e administração do Poder Judiciário brasileiro no Oeste do Estado de Santa Catarina, especificamente com estudo de caso, na Comarca de Xaxim, no período de 2017-2020. Assim, foram analisados processos judiciais criminais na Comarca de Xaxim, identificando o teor e as decisões contidas nos processos judiciais. Também, foram coletadas evidências empíricas entre junho de 2019 e junho de 2020, com entrevistas com sete mulheres – personagens da vida real no processo judicial penal – nas condições de vítima, ré ou testemunha.

O público-alvo da pesquisa foram as mulheres que possuem processos judiciais criminais finalizados ou tramitando, na Comarca de Xaxim. Pelos dados analisados foi possível observar que as entrevistadas guardam características bem semelhantes, ou seja, baixa escolaridade. Da amostra, 14% possuía nível técnico, 43% ensino fundamental incompleto e 43% com ensino médio. Todas de baixa renda, assalariadas, de cor parda ou branca.

As entrevistadas foram identificadas pelo número de ordem de entrevista, visando a preservação do anonimato. As entrevistadas responderam indagações realizadas sobre a condição do gênero de mulher, revelando seu lugar de fala como jurisdicionada e opinando sobre estruturação de varas e órgãos especializados no atendimento de processos que

envolvem mulheres. O *locus* empírico da pesquisa - a Comarca de Xaxim (SC) - , segundo o IBGE (2019), possuiu aproximadamente 25.713 habitantes. A região possui origem históricas de colonização de emigrantes e descendentes de italianos, austríacos, irlandeses, poloneses, ucranianos, tchecos, eslavos e alemães, fato que justifica a influência de colonização europeia.

VEJA O ANEXO

Tabela 1 - Dados das Depoentes

Pela oralidade das entrevistadas, constatamos que a mesmas foram estimuladas a responder em ocasião de oitivas policiais sobre questões que elas não tinham compreensão no momento de atendimento; 86% das entrevistadas responderam que foram constrangidas a se posicionar durante o atendimento policial; 57% informaram que se sentiram humilhadas e desrespeitadas durante o interrogatório policial, e, que dificilmente se fizeram compreender quando procuraram a delegacia para fazer uma denúncia.

Na análise empírica, entendemos que na Comarca de Xaxim existe uma percepção de desconfiança das mulheres, sobre a possibilidade de retorno à Delegacia de Polícia, fato que 43% das entrevistadas responderam que não retornariam pois se sentiram ameaçadas na presença dos policiais, 29% relataram jamais retornariam, pois se sentiram constrangidas pelos policiais, e 28% informaram que, talvez, pelo motivo que sentiram intimidadas naquele ambiente. Ainda, informaram que que na oportunidade do atendimento na delegacia, 57% estavam acompanhadas de advogado e 43%, não estavam. Das que estavam acompanhadas 100%, informaram que os advogados que às acompanhavam foram tratados com descaso pelos policiais.

Com relação ao retorno ao ambiente policial, 43% respondeu ter medo de voltar, 28% desconfiança e 29% relatou insegurança. 86% informou não ter entendido adequadamente os procedimentos adotados tanto na fase policial quanto na fase processual. Além disso, com relação ao desfecho processual, 43% afirmou insegurança, 29% dúvida, e 14% culpa em submeter os familiares a um desgaste processual. Diante disso, muitos foram os reflexos

do processo judicial na vida cotidiana das entrevistadas que apontaram prejuízos financeiros, de saúde, psicológicos, social e inclusive familiar.

Outro dado da percepção negativa enfatizada pelas entrevistas é que o processo vivenciado representou injustiça, pelo motivo que as provas e depoimentos não foram avaliados dentro da veracidade dos fatos e seus depoimentos foram relativizados, e, que o fato de ser mulher é negativo frente ao modo como é conduzido o processo pelo Judiciário. Por derradeiro, 100% das entrevistadas informaram que não receberam nenhum tipo de suporte, seja psicológico ou assistencial durante do processo judicial.

A percepção de representatividade nas relações sociais, se faz determinante para a elaboração de estratégias coletivas e individuais, nesse sentido, 100% das entrevistadas informou que o atendimento nas delegacias foi feito por atendentes homens. E com relação ao ambiente judicial as entrevistadas informaram ter se sentido humilhadas por parte de magistrados e promotores. Ao final de cada entrevista, todas as mulheres afirmaram que a criação de uma justiça especializada para as demandas de mulheres e a representatividade feminina tanto no ambiente policial quanto judicial se faz fundamental e representaria confiança e mudança no sistema atual.

Considerando o caráter machista e sexista presente na formação da sociedade brasileira, os dados obtidos revelam o despreparo do Estado em atender de forma adequada as demandas da mulher tanto no âmbito policial e judicial. Além disso, a revitimização, opressão e discriminação são elementos presentes tanto no atendimento policial e judicial. Partindo desta afirmação, é necessário entender que a mulher pode agir de forma autônoma e racional, e, que o homem não é o ponto de partida para toda relação universal.

Inexoravelmente a superação histórica da inferioridade atribuída a mulher, ainda é um desafio para democracia brasileira diante dos reiterados de casos de violência física, social e institucional. O romper das barreiras, inicia pela compreensão de que a dominação masculina se tornou institucionalizada e que a mulher é vista como diferente e não igual. Nesse sentido, é dever do Estado fazer cumprir a legislação e ser diligente nos julgamentos

tratando homens e mulheres, desapegando-se do conceito culturais, buscando a qualificação do sistema, sejam servidores ou magistrados, para a inovação da cultura judicial.

4. Conclusão

Concluimos que o Poder Judiciário brasileiro no oeste do Estado de Santa Catarina pratica violência institucional as mulheres, por meio de mecanismos de gestão e administração da justiça em acordo as falas das depoentes. Entendemos que a condição histórica da mulher é fruto de um processo de ocupação e povoamento baseado no ideário do colonialismo e reafirmado pela colonialidade. O sistema colonial-modernidade fixou mandamentos culturais, sociais e jurídicos que se mantêm hígidos até a atualidade. Neste sentido, as teorias decoloniais têm contribuído positivamente para a promoção de uma releitura das influências e resultados do padrão universal imposto.

Dentro desta ótica, o Poder Judiciário foi estruturado pelo sistema patriarcal que mantém a mulher em estado de vulnerabilidade e opressão. Por conseguinte, as leis foram elaboradas com recorte voltado aos interesses específicos de alguns privilegiados, promovendo um desprestígio aos elementos de raça, gênero. Assim, a identidade atribuída à mulher foi construída em um contexto que o homem é ponto de partida e referência principal. No âmbito jurídico a mulher é vista como identidade subalterna, oprimida, e, quando jurisdicionada recebe um tratamento de massa e sem efetividade.

A inserção da mulher no mercado de trabalho e a trajetória educacional e profissional da mulher nas últimas décadas é um fator preponderante para a evolução social, contudo a mulher segue sub-representada nos cargos de poder. A atuação deliberada do homem em nome do Estado no Poder Judiciário brasileiro, faz com que a mulher se mantenha na condição subalterna e decisão de demandas judiciais. Pelos instrumentos legislativos a estrutura de dominação do capital e do trabalho promove vulnerabilização, discriminação, e influência interseccional da pobreza, raça e gênero. Por esse motivo os movimentos feministas promovem a visibilidade de demandas necessárias ao gênero de mulher os

saberes, memórias, culturas e identidades oprimidas têm espaço nos debates de teorias libertárias.

Pela oralidade das entrevistadas, revelou-se que a maioria das mulheres que recorrem à delegacia de polícia e ao Judiciário são revitimizadas e oprimidas pelo sistema patriarcal. Que, em muitos casos, a mulher é prejudicada durante as demandas pelo não conhecimento dos ritos processuais e não possuem condição financeira de contratar advogados para os pleitos infundáveis do devido processo judicial.

Evidenciamos a desconfiança das mulheres em retornar à Delegacia de Polícia. Assim, a discriminação vivida pela mulher resulta em processos de vinculados às ideologias e crenças segregadoras. Verificamos que no Poder Judiciário na Comarca de Xaxim/SC existe uma percepção negativa das mulheres em relação aos policiais civis e militares, além do sentimento de subalternidade frente aos magistrados, e promotores de justiça, motivo que permeia os obstáculos e debilidades processuais, gerando violação dos direitos fundamentais das jurisdicionadas.

As entrevistadas possuíam semelhanças com relação a origem humilde, grau de instrução precário, e condição financeira assalariada, mulheres que vivem na Comarca de Xaxim. Além disso, expressaram a percepção de insegurança, medo, humilhação, intimidação, diante dos agentes públicos na delegacia de polícia e membros da magistratura, ao prestarem depoimentos. A consolidação dessa tendência resulta no processo de invisibilização, subalternização e relativização do direito das mulheres nas decisões judiciais.

Elucidamos que, o processo penal exercido por operadores que negam a historicidade da condição de opressão e exclusão da mulher, fazem surgir a deficiência do Estado despreparado para atender as demandas do gênero de mulher. Tais mulheres expressam a desesperança de uma justiça dentro da expectativa e verdadeira necessidade, e, levam consigo a incerteza de efetividade do Poder Judiciário.

Demonstramos que as relações de desigualdade vivenciada pela mulher, que se dão em virtude de uma trajetória em condição de opressão, e, que a identidade do gênero de mulher foi historicamente construída com base no universalismo eurocêntrico, sob estigmas e estereótipos impostos desde o período colonial. Por outro lado, essa cultura eurocêntrica, segundo o entendimento das mulheres entrevistadas, pode mudar com a percepção das demandas das mulheres, realizadas dentro de uma representatividade de mulher, gerando mais confiança e esperança ao gênero de mulher.

Por fim, compreendemos que existe desigualdade de gênero, expresso no tratamento discriminatório como manifestação da violência institucional, expressa nos mecanismos de gestão e administração do Poder Judiciário Brasileiro, na Comarca de Xaxim no Oeste do estado de Santa Catarina. Assim, reafirmamos a imperiosa necessidade da ampliação de pesquisas na temática, para dar visibilidade às demandas das necessárias do gênero mulher, e, do mesmo modo, motivar mudanças no Poder Judiciário e nas de Estado, reproduzindo a dignidade, direitos e garantias as mulheres jurisdicionadas.

Referências

- Almeida, Fernanda Andrade. (2017). A feminização do Poder Judiciário e os efeitos do gênero na administração da Justiça, 41º Encontro Anual da ANPOCS, (PPGSD/UFF). Disponível em: <<https://anpocs.com/index.php/encontros/papers/41-encontro-anual-da-anpocs/gt-30/gt13-17/10717-a-feminizacao-do-poder-judiciario-e-os-efeitos-do-genero-na-administracao-da-justica/file>>. Acesso em: 22 Jan. 2020.
- Ballestrin, Luciana. (2013). “América Latina e o giro decolonial”, Revista Brasileira de Ciência Política, Nº11, Brasília, maio - agosto, pp. 89-117. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n11/04.pdf>>. Acesso em: 04 mar.2020.
- Biroli, Flávia. (2018). Gênero e desigualdade: os limites da democracia ao Brasil, 1ª ed., São Paulo/SP: Boitempo.
- Bourdieu, Pierre. (2017). A dominação masculina, tradução Maria Helena Kühner, 14º ed., Rio de Janeiro/RJ: Bertrand Brasil.
- Brah, Avtar. (2015). Diferença, diversidade, diferenciação, 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332006000100014&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 01 Fev. 2020.
- Chakian, Silva. (2019). A Construção dos direitos das mulheres: histórico, limites e diretrizes para uma proteção penal eficiente, Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris.
- Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH. (2015). Criminalização do trabalho das defensoras e dos defensores de direitos humanos. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/Criminalizacao2016.pdf>>. Acesso em: 03 Jan. 2020.
- Conselho Nacional dos Direitos da Mulher-CNDM. (1985). Regimento interno. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/anexo/and96895-88.pdf>. Acesso em: 06 Jan. 2020.
- Conselho Nacional de Justiça - CNJ. (2019). Diagnóstico da Participação Feminina no Poder Judiciário. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/05/cae277dd017bb4d4457755febf5eed9.pdf>>. Acesso em: 30 Jan. 2020.
- Constituição Federal do Brasil [Const.], 5 de outubro de 1988, Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 28 Jan. 2020.
- Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres - CEDAW – (2015). Recomendação Geral. Nº 33 sobre o acesso das mulheres à

- justiça, Distr. geral 3 de agosto, Original: inglês Português, Tradução: Valéria Pandjarian, Revisão: Silvia Pimentel - Comitê CEDAW. Disponível em: <<https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2016/02/Recomendacao-Geral-n33-Comite-CEDAW.pdf>>. Acesso em: 03 Fev. 2020.
- Comissão Interamericana de Direitos Humanos-CIDH. (1997). Relatório sobre a situação dos Direitos Humanos no Brasil, Aprobado Pela Comissão em 29 de Setembro, 97º Período Ordinário de Sessões. Disponível em: <<http://cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/indice.htm>>. Acesso em: 03 Jan. 2020.
- Dussel, E. (2008). “Philosophy of Liberation, the Postmodern Debate, and Latin American Studies”, in: Moraña, M.; Dussel, E; Jáuregui, A. (Eds.), *Coloniality at Large: Latin American and the Postcolonial Debate*, Durham: Duke University Press.
- Faoro, Raymundo. (2012). Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro, 5.ed., São Paulo: Globo. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4254333/mod_resource/content/1/Raymundo%20Faoro%20-%20Os%20Donos%20do%20Poder.pdf>. Acesso em: 12 Jan. 2020.
- Figueiredo, Carlos Vinícius da Silva. (2010). Estudos subalternos: uma introdução, Raído, Dourados. Disponível em: <<http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/Raido/article/viewFile/619/522>>. Acesso em: 12 Jan. 2020.
- Foucault, Michel. (2014). Vigiar e punir: nascimento da prisão, tradução Raquel Ramallete, 42 ed., Petrópolis/RJ: Vozes.
- Herrera Flores, Joaquín. (2009). A reinvenção dos direitos humanos, tradução de: Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias, Florianópolis/SC: Fundação Boiteux.
- Instituto Brasileiro De Geografia E Estatística - IBGE. (2020). Brasil, Santa Catarina, Xaxim. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sc/xaxim/panorama>>. Acesso em: 01 Abril 2020.
- Instituto Brasileiro De Geografia E Estatística - IBGE. Agência IBGE Notícias. (2019). Mulher estuda mais, trabalha mais e ganha menos do que o homem, 2019. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20234-mulher-estuda-mais-trabalha-mais-e-ganha-menos-do-que-o-homem>> Acesso em: 01 Jan. 2020.

- Instituto Brasileiro De Geografia E Estatística - IBGE. (2019). Estatísticas de Gênero Indicadores sociais das mulheres no Brasil, 08.06.2018. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf>. Acesso em: 26 Dez. 2019.
- Instituto Nacional De Estudos E Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira- INEP, Ministério da Educação - MEC. (2018). Mulheres são maioria na Educação Superior brasileira. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/artigo/-/asset_publisher/B4AQV9zFY7Bv/content/mulheres-sao-maioria-na-educacao-superior-brasileira/21206>. Acesso em: 01 Jan. 2020.
- Lei nº 8.930 de 1994. Dá nova redação ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências, 6 de setembro de 1994, Diário Oficial da União de 7.9.1994 (Brasil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8930.htm>. Acesso em: 28 Dez. 2019.
- Lei nº 9.029 de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências, 13 de abril de 1995, Diário Oficial da União de 17.4.1995 (Brasil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9029.htm>. Acesso em: 27 Dez. 2019.
- Lei nº 9.504 de 1997. Estabelece normas para as eleições, 30 de setembro de 1997, Diário Oficial da União 1º.10.1997 (Brasil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9504.htm>. Acesso em: 27 Dez. 2019.
- Lei nº 11.340 de 2006. Lei Maria da Penha, 7 de agosto de 2006, Diário Oficial da União de 8.8.2006 (Brasil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso 27 de Dez 2020.
- Lei nº 13.827 de 2019. Lei Maria da Penha, 13 de maio de 2019, Diário Oficial da União de 14.5.2019 (Brasil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13827.htm>. Acesso em: 27 Dez. 2019.
- Maia Filho, Mamede Said. (2011). “O Núcleo de Prática Jurídica como instrumento de promoção dos direitos humanos”, Introdução crítica ao direito das mulheres, Organizadores: José Geraldo de Sousa Junior, Bistra Stefanova Apostolova, Lívia Gimenes Dias da Fonseca; autores: Adriana Andrade Miranda; et al., Brasília/DF, CEAD, FUB.

- Maldonado-Torres, Nelson. (2007). “Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto”, in: Castro-Gómez, S.; Grosfoguel, R. (Orgs.) El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global, Bogotá: Editores, pp. 127/167. Disponível em: <<http://www.unsa.edu.ar/histocat/hamoderna/grosfoguelcastrogomez.pdf>>. Acesso em: 24 Dez. 2019.
- Meneses, Maria Paula e Sousa Santos, Boaventura de. (2009). Epistemologias do Sul, Coimbra: Almedina. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Revista%20Lusofona%20Educacao_2009.pdf>. Acesso em: 29 Dez. 2019.
- Mignolo, Walter D. (2017). Colonialidade: O lado mais escuro da modernidade, tradução de Marco Oliveira Duke University, Durham, NC, EUA, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC/Rio, Rio de Janeiro/RJ, Brasil. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v32n94/0102-6909-rbcsoc-3294022017.pdf>>. Acesso em: 26 Dez. 2019.
- Pires, Thula Rafaela de Oliveira. (2016). Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social sobre os negros, Brasília/DF: Brado Negro.
- Quijano, Aníbal. (2005). Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina, Buenos Aires: CLACSO. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf>. Acesso em: 24 Dez. 2019.
- Rezende, Daniela Leandro. (2015). Mulher no poder e na tomada de decisões, IPEA – Instituto De Pesquisas Econômicas Aplicadas. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/190215_tema_g_mulher_no_poder_e_na_toma_da_de_deciso.es.pdf>. Acesso em: 01 Jan. 2019.
- Ribeiro, Djamil. (2019). Lugar de Fala, São Paulo: Sueli Carneiro, Polén.
- Saffioti, Heleieth. (2001). O poder do macho, São Paulo: Moderna, Coleção polêmica, I.B. S134p. Disponível em: <https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos-das-mulheres/obras-digitalizadas/questoes_de_genero/saffioti_heleieth_-_o_poder_do_macho.pdf> Acesso em: 26 Dez. 2019.
- Secretaria Estadual de Segurança Pública de Santa Catarina. (2020). Boletim Semanal De Indicadores Da Segurança Pública De Santa Catarina. 20/01, No. 2. Disponível em: <<https://www.ssp.sc.gov.br/files/dinidocs2020/Boletim-Semanal-n-02---20.01.2020.pdf>>. Acesso em: 25 Jan.2020.

- Senado Federal do Brasil. (2015). Mulher, Brasília/DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518232/mulher_1ed.pdf?sequence=1>. Acesso em: 01 Fev. 2020.
- Severi, Fabiana Cristina. (2016). “Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos”, Revista Digital Direito Administrativo, Vol. 3. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/119320/116998>>. Acesso em: 02 Jan. 2020.
- Scott, Parry. (2011). “Famílias brasileiras: poderes, desigualdades e solidariedades”. Série Família e Gênero, No. 14, Recife: Ed. Universitária da UFPE. Disponível em: <<https://www.ufpe.br/documents/1016303/1020379/familias+brasileiras+poderes+desigualdades+e+solidariedades.pdf/35456d88-d341-4ae7-8f69-7bd54b815df8>>. Acesso em: 29 Dez. 2019.
- Spivak, Gayatri Chakravorty. (2010). Pode o subalterno falar?, Belo Horizonte/MF: Editora UFMG.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. (2013). A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar, Rio de Janeiro/RJ: Revan.

ANEXO

Tabela 1 – Dados das Depoentes

Entrevistada	Idade	Escolaridade	Profissão	Antecedente Criminal	Parte Processual
Entrevistada n. 1	33	Técnica	Aux. Enfermagem	Não	Ré
Entrevistada n. 2	56	Fund. Incompleto	Agricultora	Não	Ré
Entrevistada n. 3	24	Ensino Médio	Servente	Não	Ré
Entrevistada n. 4	40	Fund. Incompleto	Diarista	Sim	Ré
Entrevistada n. 5	65	Fund. Incompleto	Diarista	Não	Vítima
Entrevistada n. 6	22	Ensino Médio	Atendente	Não	Testemunha
Entrevistada n. 7	20	Ensino Médio	Atendente	Não	Testemunha

Fonte: Perfil social das entrevistadas (2019).

LA PERSPECTIVA DE GÉNERO Y DIVERSIDAD EN LAS FACULTADES DE DERECHO. PRESENCIAS Y AUSENCIAS DE UNA PRIMERA EXPLORACIÓN

Julietta Cano¹

ORCID: 0000-0003-2570-5982

Mail: cano.julietta@gmail.com

Daniela Zaikoski Biscay²

ORCID: 0000-0002-9398-7099

Mail: danizetabe@gmail.com

Karina Andriola³

ORCID 0000-0001-8677-2893

Mail: karinaandriola1@gmail.com

Resumen

El presente trabajo busca compartir los primeros resultados de una encuesta realizada a profesoras de derecho de seis facultades de derecho públicas de Argentina sobre la incorporación de la perspectiva de género y diversidad en la educación jurídica. Los resultados compartidos versarán sobre la integración de la misma en los programas, la

¹ Abogada, FCJyS, UNLP. Doctora en Ciencias Sociales, FaHCE, UNLP. Asesora del Ministerio de las Mujeres, Políticas de Género y Diversidad Sexual de la Pcia. de Buenos Aires, Argentina. Master en estudios interdisciplinarios de género (U. Salamanca). Máster en Derecho (U. Palermo). Máster en Investigación aplicada en estudios feministas, de género y ciudadanía (U. Jaume I). Diplomada en Géneros, políticas y participación (UNGS). Instituto de Cultura Jurídica UNLP, La Plata, Argentina. Miembra de la Comisión Directiva de la Sociedad Argentina de Sociología Jurídica (SASJu).

² Abogada (UNLP). Especialista en Derecho Público (UNC). Especialista en Estudios de la Magistratura (UNSaM). Magister en Sociología Jurídica (UNLP). Docente de la carrera de Abogacía de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa, Argentina. Integrante del Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas. Socia fundadora y presidenta de SASJu.

³ Abogada feminista lesbiana. Especialista en Derecho de Familia (UBA). Especialista en Docencia Universitaria (UNLP). Doctoranda en Ciencias Jurídicas (UNLP). Coordinadora del Área de Estudios de Género y Disidencias e investigadora del Instituto de Cultura Jurídica (UNLP). Socia de la SASJu.

bibliografía, el proceso en el que la misma se incorporó y su diálogo con la institucionalización de dicha perspectiva en las Facultades de Derechos.

Palabras Claves: educación jurídica, perspectiva de género y diversidad, currículum, institucionalización, transversalización.

A PERSPECTIVA DE GÊNERO E DIVERSIDADE NAS FACULTADE DE DIREITO. PRESENÇAS E AUSÊNCIAS DE UMA PRIMEIRA EXPLORAÇÃO

Resumo

Este artigo busca compartilhar os primeiros resultados de uma pesquisa feita as professoras de direito de seis faculdades de direito públicas da Argentina sobre a incorporação da perspectiva de gênero e diversidade na educação jurídica. Os resultados compartilhados versarão sobre sua incorporação nos programas, a bibliografia, o processo em que foi incorporada e seu diálogo com a institucionalização dessa perspectiva nas Facultades de Dereito.

Paravras chaves: educação jurídica, perspectiva de gênero e diversidade, currículo, institucionalização, integração.

THE GENDER AND DIVERSITY PERSPECTIVE IN THE LAW SCHOOLS. PRESENCES AND ABSENCES OF A FIRST EXPLORATION

Abstract

This paper seeks to share the first results of a survey make to women who are law's professors in six public Law schools in Argentina about the incorporation of the gender and diversity perspective in legal education. The results shared be about the incorporation into the programs, the bibliography, the process in which it was incorporated and its dialogue with the institutionalization of this perspective in the Laws schools.

Keywords: legal education, gender and diversity perspective, curriculum, institutionalization, mainstreaming.

1. Introducción

La educación jurídica es un tema clásico de la sociología jurídica como disciplina. Existen investigaciones situadas en Argentina que abordan la educación en las facultades de derecho (Böhmer, 1999; González & Marano, 2014; González & Cardinaux, 2010; Benente, 2017; González, 2017; Brígido, Lista, Begala & Tessio Conca, 2009; Lista & Brígido, 2002 entre otras). Estas investigaciones sistematizan las características de la educación jurídica, describen a lxs⁴ actores del proceso enseñanza-aprendizaje en las aulas e indagan en las características del cuerpo docente de las facultades de derecho (Agulla, 1990; González & Salanueva, 2005; González & Cardinaux, 2010; Fucito, 2014; Kohen, 2005, 2008; Bergallo, 2009). Asimismo existen trabajos que analizan críticamente el contenido de lo enseñado (Andriola, 2018; Piccone, 2018; Benente, 2017; Andriola & Cano, 2017) como también las prácticas docentes (González & Cardinaux, 2010; Benente, 2017). Otras se han orientado a dar cuenta de los modos en que se ejerce la docencia (Fucito, 2000), se investiga (Orler, 2019) y se forman lxs docentes de derecho (Fischman y Seda, 2011).

La enseñanza-aprendizaje del derecho se realiza en un contexto mundial de ampliación del acceso a la educación superior a la vez que tiene lugar en medio de la crisis de la universidad tan bien caracterizada por Santos (2011 [2005]). La transversalización de la perspectiva de género ha empezado a ser problematizada en los estudios sociojurídicos sobre educación jurídica ya que hasta unos pocos años era considerada una “ausencia

⁴ El lenguaje es profundamente político. A lo largo del trabajo utilizamos la x como modo de intervenir en la lengua y denunciar la situación de injusticia persistente que afecta a las mujeres y al colectivo LGTBTTBIQA+. No desconocemos la incomodidad que esto genera, ni damos por cerradas todas las discusiones actuales al respecto de la utilización del lenguaje inclusivo. Existen ya numerosas publicaciones al respecto y hay universidades que cuentan con resoluciones adoptando lenguaje inclusivo o lenguaje no sexista, como por ejemplo la UNR y la UNLPam.

significativa” al decir de González, Lista, Marano, Bianco y Carrera (en González & Lista, 2011: 314). Apenas se problematiza la perspectiva de la diversidad sexo-afectiva.

Históricamente, la relación entre educación y derechos de las mujeres data de los inicios de la modernidad y fue parte de las luchas por la igualdad de las feministas ilustradas. Las primeras reivindicaciones se orientaron a la inclusión de las mujeres en la educación pero es recién en los años sesenta y setenta del siglo pasado que los feminismos hacen planteos teóricos e investigaciones empíricas sobre la situación de las mujeres y la educación (Acker, 1994). En la misma época se consolida el ingreso y la mayor presencia de las mujeres en los estudios de educación superior y en las carreras de derecho. Diferente es la situación del colectivo LGTTTBIQA+⁵, el cual históricamente combinó en la educación superior invisibilización, ausencias y exclusiones, pero cuya problematización es reciente y vino de la mano de la fuerza del activismo -donde la universidad fue uno de los campos en los que más tardía y menor resonancia tuvo-. Tenemos en cuenta que las diferentes identidades del colectivo LGTTTBIQPA+ tienen diferentes trayectorias y es escasa, por no decir inexistente, la investigación e interpelación en/ a la enseñanza jurídica.

A pesar de las evidentes desigualdades entre los géneros -siendo investigadas históricamente desde una perspectiva binaria-, y la mayor problematización e investigación sobre el sistema educativo, las investigaciones no siempre tuvieron en miras la institucionalización de la igualdad y no discriminación por razón de género. La discusión sobre estas ideas en el espacio de la universidad no se tradujo en iniciativas para el cambio real y efectivo de las relaciones de género (Anderson, 2006).

La progresiva construcción de conocimiento acerca de las relaciones de género -que son profunda e históricamente asimétricas-, las militancias de los feminismos académicos y populares y recientemente (y en menor medida) la militancia LGTTTIQAP+, lograron acrecentar la percepción de injusticia de las brechas de género e instalaron lenta pero

⁵ La sigla LGTTTBIQPA+ hace referencia al colectivo de lesbianas, gays, transexuales, transgéneros, travestis, bisexuales, queer, pansexuales y asexuales y el signo más a todas aquellas identidades que se autoperiben como parte de las disidencias sexo genérica y que su incorporación se encuentra en construcción.

persistentemente la necesidad de la institucionalización de los estudios de la mujer, de las mujeres, luego de género y, más tarde, de géneros, sexualidades y disidencias en los espacios universitarios (Rodríguez, 1999; Femenías, 2005; Bellucci, 1992 [1993]); Lagunas, 2009 y Hiller, 2017, entre otras) lo que a la postre significa un proceso imparable de democratización del conocimiento y el reconocimiento de la injusticia epistémica que han sufrido las mujeres y las personas de estos colectivos. No puede soslayarse el hecho de que hace más de 60 años, las mujeres y otros grupos sociales empezaron a acceder masivamente a la educación superior y actualmente las primeras son más de la mitad de las estudiantes y egresadas de las carreras jurídicas (Pinto, 2020), cifra que no existe respecto a las disidencias sexuales y que muchas veces escapa al binarismo varón-mujer y a la presunción de hetero-cis sexualidad obligatoria.

En ese marco, el objetivo de esta propuesta es indagar respecto de la introducción de la perspectiva de género y diversidad sexo-afectiva⁶ en ese proceso desde las experiencias de las docentes, porque entendemos que, como lo plantean Kohen, Ariza & Ramallo (2019), unx estudiante puede graduarse de la carrera sin nunca haber visto los contenidos desde esta perspectiva, por lo cual:

Es evidente que en las facultades de derecho también se disputa por la asignación de sentidos, no sólo desde la gestión institucional, sino que las aulas se convierten en dispositivos efectivos para construir interpretaciones válidas sobre el derecho y las prácticas jurídicas, en donde los/as docentes desarrollan sus estrategias con ese fin, amparándose en el currículum formal (De Alba, citada por Andriola, 2018) y/o cuestionándolo desde las prácticas (Cano, 2020: 1404).

⁶ En este trabajo utilizaremos la categoría perspectiva de género y diversidad sexo-afectiva, como una forma de ampliar los límites de la perspectiva de género para correr sus horizontes hacia la diversidad sexo-afectiva, retomando lo planteado en investigaciones previas (Andriola, 2019). Esto implica reflexionar y desnaturalizar al patriarcado y su relación con la heteronormatividad o heterosexualidad obligatoria, la cis-generidad, la endosexualidad, y los binarismos implícitos en ellas, considerándolos a estos como regímenes políticos opresivos donde una de sus modalidades de opresión, tanto implícita como explícita es su invisibilidad. Nuestra propuesta tiene preguntas tales como, cuando utilizamos la categoría “mujer” ¿sobre qué mujeres hablamos?, ¿hablamos de mujeres trans y cis-género, de mujeres heterosexuales, bisexuales, pansexuales y lesbianas?

Este trabajo se enmarca en una investigación que las autoras llevamos a cabo sobre la incorporación de la perspectiva de género y diversidad sexo-afectiva (en adelante PdG-DSA) en la enseñanza del derecho en distintas facultades de universidades públicas nacionales. Aplicamos una encuesta a docentes mujeres, profesoras de la carrera de abogacía, no solo porque fueron las primeras interesadas -y en su gran mayoría llevan adelante los estudios sobre género y en algunos casos, sobre diversidad sexual- sino también porque nos permite conjugar lo personal con lo político, e indagar a una sujeta que vive en primera persona las desigualdades del patriarcado. En las encuestas, nos proponemos indagar sobre algunas dimensiones que importan la inclusión de la PdG-DSA en la formación jurídica, para conocer los modos concretos en que dicha perspectiva se hace presente en los discursos y en las prácticas, cómo permea los programas de estudio y los planes curriculares de las carreras, las particularidades que le otorga a la enseñanza, la docencia, la investigación, la extensión universitarias y la gestión institucional (Salvioli, 2009; González, Miranda y Zaikoski Biscay, 2019) en tanto constituye una ética y una obligación positivizada⁷ como así también una herramienta de trabajo para futuras profesionales del derecho.

El presente artículo es una primera entrega de los resultados de la investigación referida. En esta ocasión, profundizamos acerca de la transversalización de la PdG-DSA en los programas de las asignaturas y en las prácticas docentes, en juego con la institucionalidad que dicha perspectiva haya logrado en cada unidad académica, tomando como referencia las voces de docentes encuestadas, lo cual nos permite divisar algunas dimensiones tanto del *currículum* formal como del *currículum* real⁸.

⁷ En este sentido: Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW en sus siglas en inglés, la cual goza de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22); Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, (conocida como Belém do Pará), Ley de Protección Integral Para Prevenir, Sancionar, Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los Ámbitos en que se Desarrollen sus Relaciones Interpersonales N° 26.485 y la Ley 27499 de capacitación obligatoria en género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado, conocida como Ley Micaela, entre otras.

⁸ Entendemos al currículum como “la síntesis de elementos culturales (conocimientos, valores, costumbres, creencias, hábitos) que se conforman una propuesta política educativa pensadas e impulsadas por diversos grupos y sectores sociales cuyos intereses son diversos y contradictorios, en donde algunos de estos son dominantes y otros tienden a oponerse y a resistirse a tal dominación o hegemonía. Síntesis a la cual se arriba a través de diversos mecanismos de negociación, lucha e imposición social” (De Alba, 1995:58). Su estudio

Para ello, hemos organizado el artículo en tres partes. En primer lugar, damos cuenta del universo de nuestras encuestadas y sus características. La segunda parte aborda la dimensión de la PdG-DSA en los programas de las asignaturas y su traducción en las prácticas docentes de acuerdo a lo que dicen las docentes encuestadas. La tercera parte del artículo, reflexiona acerca de la institucionalidad de género que hace posible (o no) la transversalización. En las reflexiones finales, ofrecemos unas conclusiones parciales respecto de las dimensiones abordadas y las preguntas de investigación que quedan pendientes para futuros trabajos.

2. La metodología implementada, sus posibilidades y sus limitaciones

A lo largo del año 2020 realizamos 20 encuestas a partir de un formulario de *google form* que nos permitió la producción de datos pese a la distancia y al contexto de ASPO (Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio). Según las encuestadas, este sistema resultó una instancia interesante y de crecimiento cuando se vieron interpeladas a escribir, leer y pensar sus propias trayectorias como profesoras. La aplicación de esta técnica no estuvo desprovista de dificultades, resistencias, y observaciones respecto del tiempo que insume completar la encuesta y al temor a la posible identificación posterior de las encuestadas. Asimismo, obtuvimos respuestas más breves de las que esperábamos. En ese sentido la estrategia registra ventajas y desventajas sobre las que reflexionaremos acabadamente al final del trabajo.

cuenta con dos dimensiones complementarias: “lo instituido (lo fijo, lo estable –lo prescripto) y lo instituyente (todo aquello que hace al cuestionamiento o la crítica)” (Coscarelli et al 2003:4). El curriculum formal implica “lo declarado, lo prescripto, lo accesible mediante el análisis de distintos documentos institucionales y que hace a la oferta y proyecto educativo de una institución y es definido como válido” (Perrenoud 1990:217). El curriculum real “es una transposición pragmática del curriculum formal, producto de una negociación y/o confrontación entre docentes y estudiantes, compuesta por un conjunto de experiencias, tareas, actividades que se originan o se supone han de organizar el aprendizaje” (Perrenoud 1990:217), es decir, es la manera en que se lleva adelante el curriculum formal.

El recorte fue pensado para conocer las experiencias de profesoras en facultades de derecho en las que haya socixs de la Sociedad Argentina de Sociología Jurídica⁹. Para realizar las encuestas, se recurrió a la técnica de muestreo intencional conocida como “bola de nieve” contactando a aquellas docentes respecto de quienes tenemos conocimiento que trabajan *con y desde* la PdG-DSA en el ejercicio de la docencia, y de cuyo muestreo quienes escribimos formamos parte.

Es por ello que hemos entrevistado a profesoras de la Universidad Nacional de la Plata (8), Universidad Nacional de La Pampa (4), Universidad Nacional de Rosario (3), Universidad Nacional de Tucumán (2), Universidad Nacional de Córdoba (2) y Universidad Nacional de Río Negro (1). En el texto, hemos utilizado el criterio de mencionar a las entrevistadas como E1, E2, E3 y así sucesivamente. Las profesoras en cuestión, son docentes de las siguientes ramas del derecho: derecho civil (3), derecho notarial y registral (1), derecho penal y procesal penal (2), derecho de la navegación (1), introducción a la filosofía y filosofía del derecho (2), derecho político (2) e introducción a la sociología y sociología jurídica (9).

Respecto de la distribución por cargos y dedicación, en el Gráfico 1 y el Gráfico 2 se ofrece una descripción de dichas dimensiones de las profesoras entrevistadas:

VER ANEXOS I y II

Gráfico 1. Profesoras de derecho por concurso

Gráfico 2: Profesoras de derecho interinas

⁹ La Sociedad Argentina de Sociología Jurídica es una entidad sin fines de lucro que tiene como objetivos contribuir a la difusión y desarrollo de la Sociología Jurídica en el campo científico, académico y profesional, con el fin de mejorar sus métodos, técnicas y resultados; promover la consolidación institucional de la disciplina en diversos ámbitos, y la participación de los sociólogos del derecho en equipos de investigación multidisciplinarios. Hay 8 universidades nacionales que integran la SASJu: UNLP, UNLPam, UNC, UBA, UNRN, UNR y UNSE. En este trabajo se excluye la UBA -que ya cuenta con una investigación sobre la transversalización de la perspectiva de género en la enseñanza (Ronconi y Ramallo, 2020) y hay registro de las experiencias de las docentes de derecho, enlace recuperado en: <<http://www.derecho.uba.ar/institucional/programasinstitucionales/genero-y-derecho/transversalizacion-del-enfoque-de-genero-en-el-ambito-universitario.php>>, fecha de consulta 10 de enero de 2021, - y la Universidad Nacional de Santiago del Estero por no tener facultad de derecho entre sus unidades académicas.

Nótese que si bien excede a la posibilidad de este trabajo, el cargo, la condición de revista, y la dedicación son variables interesantes para el entrecruzamiento con las respuestas dadas y pensar el poder, la capacidad de incidencia y de resistencia que tienen las diferentes actoras.

3. Acerca de los discursos y las prácticas

En este apartado compartiremos los resultados acerca de la introducción de la PdG-DSA en los programas de estudios de las materias. Respecto a ello, 9 docentes expresan que la incorporación de la PdG-DSA es explícita en el programa de su asignatura, y 11 docentes expresan que no existe en la letra del programa como tal. Ello nos permite ver la tensión entre la presencia -y ausencia- de la PdG-DSA en el *currículum* formal, en el *currículum* real y también en el *currículum* oculto como diferentes dimensiones de análisis interconectadas y condicionadas entre sí.

Respecto de la bibliografía específica sobre esta temática en cada programa -como parte de ese *currículum* formal pero también como la posibilidad de acceder, ser interpeladx y discutir autorxs y contenidos propuestos-, 8 docentes manifiestan que no existe esa bibliografía en su programa, entre ellas 7 pertenecen al grupo que manifestó que la perspectiva no está explicitada en el programa (lo que marca cierta lógica), y 1 manifiesta que aunque el programa contiene en su letra la introducción de la perspectiva de género, no cuenta con bibliografía específica para abordarla. Esta situación genera interrogantes anclados en el *currículum formal* y la relación entre contenidos, bibliografía, libertad de cátedra y *currículum real*. Es llamativo que entre las 11 docentes que marcan que aunque no existe en los contenidos del programa la perspectiva de género, 4 de ellas sí identifican bibliografía específica sobre este tema. Entonces nos preguntamos ¿será que la PdG-DSA es incorporada sin politizarse o reflexionar explícitamente sobre ella, pensándose desde categoría más amplias o abiertas como la “discriminación”, “la desigualdad”? ¿Responde a la demanda de diferentes actorxs, como docentxs, estudiantxs? ¿Se trata de un simple “interés o gusto” por algunas lecturas pensadas de manera aislada, sin profundizar en el

espesor político, y la contextualización y coherencia que implica? Quizás tenemos algunas “pistas” sobre la opacidad del derecho y la dificultad para acceder al *currículum* oculto, las dinámicas de las cátedras y la construcción de los programas como un límite instituido al *currículum* formal (Andriola, 2018).

De las 12 docentes que manifiestan contar con bibliografía específica en sus programas, 2 refieren a autorxs locales; 3 dan cuenta sólo de autorxs extranjeros y 7 explicitan bibliografía de autoría nacional e internacional. Si bien resulta una primera aproximación, la respuesta interroga acerca de los criterios de selección e incorporación de autorxs al programa - incluso resultando un potencial campo de disputa y de ejercicio del poder al interior de las cátedras-, respecto al contenido, su contexto de producción, el género, orientación sexual, identidad de género de sus autorxs o contexto geográfico en que las mismas obras son producidas, como también si su contenido es el resultado de investigaciones empíricas, teóricas, con perspectiva de diversidad además de género. A su vez se plantean los diálogos con los campos disciplinares y las tradiciones de la enseñanza e investigación de cada asignatura, el uso del derecho comparado, la teoría producida en otros contextos y el problema del transplante, el uso y la tensión entre conocimiento científico y de la dogmática jurídica. Respecto de lxs autorxs más citados para el dictado de la materia, ofrecemos el siguiente gráfico que contiene la respuesta:

VER ANEXO III

Gráfico 3: Nube de respuestas

Una de las preguntas más significativas que integró el instrumento, fue la referida a cómo se incorporó la PdG-DSA en cada materia. Hubo docentes que manifestaron que dicha perspectiva se incluyó por iniciativa de quien es titular de la asignatura (4), por mandato institucional promovido por cambio del plan de estudios (1), por negociación con las autoridades de la cátedra (2) y por inquietud personal/profesional (3). Algunas respuestas nos permiten pensar la multiplicidad de experiencias:

Cuando me nombraron adjunta por concurso en la Cátedra XX primero lo hice en mi Comisión y luego acordé con el Titular incorporar una Unidad que se llamó Violencia Familiar luego de la Reforma Constitucional y la aprobación de la Primera ley de Violencia en Argentina. (E8)

La titular de la asignatura se reconoce feminista y trabaja en este campo hace mucho tiempo, por lo que a mi criterio fue más fácil la incorporación de la temática, ya que parte de un compromiso personal y profesional de quien lidera. (E13)

*Había sido ayudante alumna y después graduada hasta el año 2014 y no estaba incorporada la perspectiva de género ni yo tenía una formación tal como para poder incluirla.... desde el año 2018 que me incorporé a la cátedra con mi cargo ordinario, a cargo de clases libres intensivas o charlas vinculada a las clases libres, participación en la mesa de examen evaluando, algunos TPs y clases que me autoriza el titular y esta edición durante la ASPO con mayor presencia en cuanto a la parte práctica y clases, cuando vuelvo con mi cargo ordinario, también con mayor formación en género y luego en disidencias a partir de la investigación y ya asumiéndome públicamente como abogada feminista y lesbiana,comienzo introduciéndolo de una manera menos sistemática en los temas de las clases a partir de la práctica, ya que las clases son teórico prácticas, incluimos ley de parto respetado y casos vinculados a pensar a l*s sujet*s de derecho cuando son mujeres. Posteriormente hice un paper sobre Infancia trans ... a medida que iba leyendo los temas iba vinculando los contenidos ...surgió la idea de buscar un contenido transversal para repensar todos los temas de la asignatura sin por ello sacar temas del curriculum formal y que era un límite que me daba la cátedra. Y así emprendí el desafío de seleccionar lecturas "transversales" con los criterios que señalé más arriba y armar actividades prácticas vinculada a ello... posteriormente el contenido versó sobre la Ley 26.485 .., donde recupere mi experiencia en dos proyectos de investigación ...El otro aspecto a señalar es la actitud "ambigua" en la cátedra en cuanto a la incorporación de contenidos (E14).*

A raíz del cambio de plan de estudios y modificación de los programas de las materias, sumado al cambio de profesor titular en la cátedra en la que soy docente,

debido intereses que ya traíamos varixs de lxs miembrxs de la misma, se decidió incorporar una bolilla específica. (E18)

Las respuestas nos ilustran respecto del ejercicio del poder dentro del campo académico, ya que no es lo mismo participar de una cátedra con una persona en el cargo de titular que considera a la perspectiva de género como parte del *currículum* formal y real, que no contar con ese respaldo. Podríamos preguntarnos sobre los caminos abiertos y por continuar para quienes ingresan y se desempeñan en las cátedras, las resistencias, el convencimiento y formación de quienes tienen inferior jerarquía. Observamos que las condiciones de ingreso a la cátedra (con cargos regulares o interinos) tienen relación con la posibilidad de incidir legítimamente en el programa, en los contenidos, en las propuestas de las clases, lecturas, trabajos prácticos, etcétera. Se abren interrogantes acerca de las dinámicas de las cátedras, sus permeabilidades, sus resistencias, como parte de las fuerzas en tensión del *currículum* y que se plasman, por ejemplo, en tener que “negociarlo”, “sostenerlo en la soledad” de la inquietud personal, con la poca posibilidad de convertirse en instituido más allá de esa persona o lograr plasmarlo en el *currículum* formal. El análisis de algunas respuestas propone pensar la PdG-DSA como una imposición del plan de estudios que no garantiza la capacitación por parte de quien dicta la materia, ni su compromiso. El trabajo desde y con la PdG-DSA requiere una formación previa de las docentes para llevar esta práctica adelante. Dicha formación ¿Se promueve, fomenta e incentiva? ¿Se exige? ¿Se reconoce o recompensa?

Respecto de la forma en que se incorpora la perspectiva cuando el programa no hace mención expresa a ella (*currículum* real) ésta se refleja en el espacio áulico, en el diseño y dictado de las clases, a través del trabajo con textos específicos, fallos, y/o la interpelación de los textos clásicos desde la PdG-DSA. Este accionar -a veces más disimulado- se despliega cuando se cierra la puerta del aula. ¿Acaso responde a intentar evitar resistencias, controles, negociaciones, oposiciones como parte de la construcción del *currículum*?

Dado el variado espectro de materias que dictan las docentes entrevistadas, la respuesta a la pregunta acerca de los contenidos de la materia que tienen vínculo con PdG-DSA fue de lo

más variada, resaltando que 9 profesoras expresaron que se vinculan con todos los temas de sus materias. Entre los contenidos más insistentes, podemos nombrar: las violencias, las desigualdades (en general y la de clase social en particular), la discriminación estructural, el abordaje de aquellos delitos que tienen como imputadas a las mujeres, las teorías criminológicas, la responsabilidad civil, la categoría de sujeta política de las mujeres, las relaciones de poder ciudadanas, las funciones del derecho, el acceso a la justicia, la sociología de la familia, la distribución sexo-genérica de la dotación del personal de la navegación, responsabilidad aeroportuaria relativa a los y las usuarias del servicio de transporte aéreo, la contaminación por fumigaciones aéreas (y la lucha de las madres), entre otras. La PdG-DSA se incluye no sólo para formar profesionales que puedan prestar asesoramiento respecto de estos temas, sino también puede influir en los métodos de interpretación del derecho y su aplicación. Aunque no podemos hacerlo en este espacio, destacamos la reflexión que hicieron algunas docentes respecto a dónde podría incorporarse la PdG-DSA en el programa de su asignatura.

4. La dimensión institucional ¿condición de posibilidad?

Con el objetivo de pensar a las encuestadas como sujetas situadas, preguntamos acerca de la incorporación y/o transversalización de la PdG-DSA en el plan de estudios y/o en sus unidades académicas. En ese sentido, las universidades públicas nacionales han ido incorporando la preocupación por las desiguales relaciones de género en el espacio de la educación superior con mayor o menor énfasis a partir de 1994 -principalmente a partir de la constitucionalización de CEDAW- y dicha agenda ha focalizado sobre dos grandes dimensiones: la que se relaciona con el acceso, permanencia y egreso de las mujeres y muy recientemente del colectivo LGBTTTBIQA+, dentro de un proceso de ampliación y masificación de los estudios superiores en Argentina, y la relativa a las violencias por razón de género o pertenencia al colectivo LGBTTTIQA+ que sufren o generan lxs actorxs de la comunidad universitaria.

Es relativamente escasa la indagación con perspectiva de género y mucho menos desde la transversalización de la diversidad sexo-afectiva en problemas tales como **a)** el empleo en

la universidad (Rodigou Nocetti, Blanes, Burijovich & Domínguez, 2011; Radi, 2019) cuestión que incluye las condiciones de trabajo y profesionalización docente y del personal no docente, **b)** la brecha salarial, **c)** las inequidades en las trayectorias y la carrera docente y en investigación (González & Salanueva, 2005; Delannoy, Mack & Balbo, 2019; Pinto, 2020; Radi, 2019) **d)** la nula presencia del género en los estándares a considerar en los procesos de acreditación de las carreras (Piccone, 2018), **e)** las desigualdades de género en los estamentos de toma de decisión y participación en la política universitaria (Delannoy, Mack & Balbo, 2019; IESALC, 2020), en los que escasamente existen normas de igualdad o que del tipo de las acciones positivas que compensen las desigualdades; así como tampoco se observa mayor preocupación por **f)** la conciliación familiar; o más bien por diseñar e implementar una política integral de cuidados.

También se cuenta con investigaciones sobre la desigual inserción laboral de las mujeres en el campo jurídico, el techo de cristal y suelo pegajoso en los organismos del sector público, incluido el poder judicial como así también en el ejercicio profesional liberal o como profesionales asalariadxs, todo estos, temas extensa y profundamente trabajados desde la mirada de la sociología jurídica en clave de género (Bergoglio, 2007; Gastiazoro, 2009; Sánchez, 2005; Zaikoski Biscay, 2017), quedando aún pendiente investigarlo en clave de diversidad sexo-afectiva¹⁰ en el campo jurídico.

En cuanto a las violencias por razón de género o contra el colectivo LGTTTBIQA+ que se cometen o toleran en la comunidad universitaria, puede observarse un mayor interés en regular tal problemática¹¹ aunque se requieren investigaciones a mediano y largo plazo

¹⁰ Al respecto existen muy pocas investigaciones sobre educación universitaria en Argentina o en los campos de ejercicio profesional de la abogacía que indaguen sobre la presencia del colectivo LGTTTBIQAP+, -Radi (2019) es uno de los pocos trabajos sobre el tema en la Universidad- como parte de una injusticia epistémica. A modo de ejemplo, la gran mayoría de las universidades argentinas no han implementado el cupo laboral trans, lo que podría impactar en la conformación sexo-genérica de los diferentes claustros de la universidad. En ese sentido, si ingresar, permanecer y egresar como personas trans de una Facultad viviendo y resistiendo a los contenidos y prácticas cis-géneros es una tarea difícil, pensar en la presencia de docentes representa un panorama aun más complejo.

¹¹ En agosto de 2019 el portal Argentina.gob.ar informaba que 45 universidades públicas del país cuentan con normas o protocolos de actuación ante las violencias en razón del género. Recuperado de: <<https://www.argentina.gob.ar/noticias/45-universidades-tendran-protocolos-contr-la-violencia-de-genero>>.

sobre los impactos que puedan tener tales políticas. Ambas problemáticas se hallan interrelacionadas. Que las universidades dejen de ser espacios hostiles y se constituyan en ámbitos género-sensitivos depende que las mujeres y lxs integrantes del colectivo LGTTTBIQAP+ accedan, permanezcan, egresen y lleven adelante una trayectoria laboral satisfactoria en condiciones de igualdad y no discriminación, entre otras cuestiones. En definitiva, la institucionalización de la perspectiva de género:

(...) supondría asegurar que el análisis de género y la aplicación del principio ético de equidad de género estarán presentes en todos los procesos de toma de decisiones de la organización, tanto las centrales como las que se producen cotidianamente. Ello requiere una acción sistemática que comprende, entre otros aspectos: la recolección de información desagregada por sexo, estrategias continuas de advocacy y la formación de redes de trabajo en equipo que reúnan las capacidades necesarias para influir en el proceso decisorio y de implementación y evaluación (Bonder, 2004: 15).

Los estatutos de las universidades públicas nacionales¹² presentan las funciones o misiones de cada institución basadas en el pluralismo ético, el compromiso con las ciencias, la técnica, las artes y el conocimiento creativo, la inclusión social, el respeto por los derechos humanos, entre otros, los que consideran valores relevantes a promover y sostener en las actuales sociedades complejas. Se ven a sí mismas como instituciones democráticas en las que convergen los valores, intereses y necesidades de distintos grupos sociales sin distinción¹³. Las Universidades se conciben como instituciones no sólo dedicadas a la

Fecha de consulta: 5 de enero de 2021. La búsqueda bibliográfica efectuada para una investigación sobre los usos y la efectiva aplicación de los protocolos de violencia de género en las universidades efectuada en 2018 (ver Zaikoski Biscay, 2019) dio magros resultados a nivel nacional mientras que dio mejores resultados cuando se trataba de investigaciones realizadas en el extranjero.

¹² Estatuto de la UNR recuperado de: <https://fhumyar.unr.edu.ar/archivos/archivo_estatuto4925.pdf>, Estatuto de la UNLPam, recuperado de: <<http://www.unlpam.edu.ar/images/Concursos/Estatuto-UNLPam.pdf>>, Estatuto de la UNLP recuperado de: <<https://unlp.edu.ar/frontend/media/20/120/722e7f1b616ac158e02d148aaeb762aa.pdf>>, Estatuto de la UNRN recuperado de: <<https://rid.unrn.edu.ar/bitstream/20.500.12049/2393/1/Estatuto.pdf>>, todos con fecha de consulta el 9 de enero de 2021.

¹³ De los estatutos consignados en el pie de página anterior, los de la UNRN y UNLP se pronuncian expresamente por la prohibición de la discriminación en razón de género. Aunque en general no utilizan lenguaje inclusivo así como tampoco no sexista.

generación, acrecentamiento y divulgación del saber científico, técnico o artístico sino principalmente como instituciones capaces de “fomentar y legitimizar procesos de cambio que promuevan la transformación de patrones de comportamiento que atentan contra la igualdad y garanticen el respeto a la diversidad” (Rojo y Benedetto, 2017: 7).

En las distintas facultades de derecho de las universidades nacionales estudiadas encontramos puntos en común respecto a dimensiones de su institucionalidad. Por Resolución 3246/2015 del Ministerio de Educación de la Nación, el título de ‘Abogado’ fue incorporado a la nómina del art. 43 de la Ley Nacional 24.521. Por Resolución ministerial 3401/2017¹⁴ se aprobaron los contenidos curriculares básicos, y se observa que aquellos vinculados al género se hallan dentro de Derechos Humanos (Área de Derecho Público) y aparece la violencia doméstica en el Derecho de Familia -en singular- (Área del Derecho Privado). Es decir que el marco normativo más general que sirve para la acreditación de las carreras y para que el título expedido tenga valor, no exige la transversalización de la PdG-DSA.

En tal sentido, una estrategia que se plantee a la PdG-DSA como eje transversal debe tomar en cuenta que las políticas universitarias no son neutrales; por contrario, éstas tienen impactos materiales y simbólicos en la distribución, acceso y disfrute de bienes, el reconocimiento y en la participación de lxs agentes y grupos que componen la comunidad universitaria y responden a demandas, intereses y relaciones de fuerzas bien concretos en cada institución.

Por ello, la incorporación de la PdG-DSA se plantea como un proceso estratégico que implica cambios perdurables en los aspectos estructurales, personales y organizacionales de las instituciones. Se trata de poner en cuestión un orden de género que responde a un modelo patriarcal, heteronormativo y cis-género de organización social. La institucionalización de la PdG-DSA supone modificaciones en las prácticas que llevan a cabo lxs actores en sus rutinas cotidianas, conlleva la creación de nueva normativa,

¹⁴ Si bien excede al presente trabajo, no queremos dejar de mencionar que la perspectiva de género, diversidad sexo- afectiva y la interseccional no están enunciadas en esos documentos.

involucra a la cultura organizacional y requiere de apoyos que trasciendan las gestiones y los liderazgos de quienes han puesto en agenda esas políticas.

Existe bibliografía sobre la transversalización de la perspectiva de género en las universidades (Jiménez Sandoval, Almirón Prujel & López Safi, 2015; Buquet Corleto & Moreno, 2011), resultando casi inexistente respecto al colectivo LGTTTBIQAP+, siendo aún incipiente el tratamiento y abordaje de este tema en las carreras de derecho. Asimismo existen varias concepciones acerca de lo que significa la transversalización como proceso, los riesgos y las ventajas como así también las tendencias o escuelas en la literatura consultada (Bustelo & Lombardo, 2007; Borries Conca, 2012). Sin perjuicio de tales discusiones, o más bien a pesar de ellas, la transversalización de la PdG-DSA tiene lugar en condiciones y contextos institucionales y organizacionales concretos y según ellos, cuenta con mayor o menor legitimidad.

La institucionalización de la transversalización de la PdG-DSA abarca diversas dimensiones de cada carrera y requiere de programas y proyectos sostenidos en el tiempo. La institucionalización comprende aspectos que van desde cambiar formularios de inscripción del estudiantado (normalmente redactados en masculino, y en algunos casos en forma binaria) pasando por los reglamentos de carrera docente (que desconocen el impacto de los roles familiares en las trayectorias laborales/profesionales de lxs docentes) hasta el financiamiento de líneas de investigación y generación de contenidos temáticos para cada materia que incorporen la PdG-DSA.

A fin de conocer el grado de institucionalización de la PdG-DSA en las carreras, preguntamos acerca del conocimiento sobre la transversalización en el plan de estudios y/o en la Facultad. La mayoría de las encuestadas (11) respondió negativamente, y 6 manifestaron conocer que la PdG-DSA sí se había transversalizado en el plan de estudios pero pusieron distintos reparos acerca del alcance y del significado de su incorporación. Las respuestas hacen referencia a la perspectiva de género y no incluyen la perspectiva de diversidad sexo-afectiva. Una de nuestras encuestadas se expuso al respecto:

Si, tengo entendido que sí de forma oficial. No conozco el plan nuevo en sus contenidos. Es fácil decir que se transversalizó la perspectiva de género, pero para que ello sea correcto es preciso evaluar los contenidos de todas las materias más allá de lo discursivo. Ver la bibliografía, los contenidos curriculares del Programa, los docentes y las docentes qué tipo de capacitación tienen en género, dónde quedaron las materias que abordaban el tema. (...) Hoy en día muchos y muchas docentes quieren figurar en actividades de género y eso está muy bien. El problema es que quienes trabajamos y estamos formadxs en el tema terminamos a los codazos con gente que está convencida, pero no formada y allí se diluye bastante de la capacidad de incidir en el perfil del egresadx, cuando la formación está a cargo de quienes no tiene formación específica. Por un lado porque pareciera que de "género" puede hablar cualquiera, entonces ello le quita rigurosidad a los estudios de género; y por el otro, porque quien no tiene formación suele -por lo mismo- hacer aguas cuando cree que no está hablando específicamente de un tema de género e ignora que el "género" está en todas partes (E3).

Existe una distancia entre el plan de estudios como *currículum* formal y visible, y el *currículum* real, sustancial. Hay presencias y ausencias acerca del género y la diversidad sexo-afectiva como contenidos a enseñar, sobre los que aprender y que puedan encontrarse en los programas. 4 encuestadas manifiestan que la perspectiva de género está transversalizada en el plan de estudios, pero de sus respuestas se deja ver, no sólo esta distancia, sino también la preocupación de que ni siquiera se discutió en profundidad en las reuniones previas a aprobar el plan de estudios (E17). La probable incorporación de la PdG-DSA también es puesta en dudas ante los resultados inconsistentes o al menos contradictorios que la problemática de género despierta:

La perspectiva de género está presente muy tímidamente, en los contenidos de algunas materias, no creo que esté transversalizada. Ahí surge el problema de que los organismos de acreditación de carreras te cuentan los doctores que tenés en la carrera, pero no los contenidos en sí mismos. A la vez, hay cuestiones que ya no pueden omitirse, el lenguaje por ej., también hay que señalar que hay un plan de desarrollo institucional que habla de la desigualdad, de la inclusión, formas yo creo que light, pero algo es algo. Que en las últimas elecciones haya habido un reclamo de

lista paritaria de las mujeres de la lista que ganó es auspicioso, después si pueden con el género es otra historia. Están haciendo un mapa de género de las cátedras y de los cargos etc. Se puso en marcha la capacitación de la ley Micaela. Estos temas van avanzando, obvio que después está el que dice que para qué queremos todo eso si ya tenemos todas las leyes, en una clara postura posfeminista, y ahí hay que remontarla de nuevo. Es muy fuerte la idea liberal de la igualdad y no solo en lxs abogadxs, también en otras carreras. Hay un presupuesto de género a nivel rectorado, se puso en aplicación el protocolo (E16).

De las respuestas afirmativas surgen dudas acerca del proceso de institucionalización en sí mismo, cómo se está llevando a cabo, sus posibles resultados y la oportunidad (a veces perdida) de que se incorpore. Por otro lado, también se entrevistó la preocupación de que se banalice el género como contenido temático a transversalizar, por quedar a cargo de docentes sin formación específica o ante los discursos que plantean que ya no es necesario porque “la igualdad ya estaría entre nosotrxs”. El hecho de que el tema no se discuta suficientemente puede interpretarse bien como falta de interés, como resistencia o por considerarse un objetivo ya alcanzado.

Ante la pregunta sobre la existencia de algún área específica de género y/o diversidad sexogenérica y, en su caso, cómo fue el proceso de creación y sus funciones, se abre un abanico de respuestas: 4 docentes manifiestan que no existen áreas específicas de género y/o diversidad en sus Facultades y otra, dice que si bien hay un protocolo (de abordaje de violencias), no hay un área de tales características en su facultad. Las docentes visibilizan áreas de género de manera amplia y diversa, en varios espacios de sus facultades, de forma más o menos organizadas. Así por ejemplo, existen áreas de coordinación de la problemática de género (8), protocolos de abordaje de violencias y atención a la víctima (8), tratamiento de estas temáticas en las áreas de extensión e investigación (5), una facultad cuenta con una cátedra libre (1), una facultad cuenta con un observatorio (2), otra con una comisión de igualdad (1), también existe un programa de género y sexualidades (1), un centro de estudios (1), la red de profesoras (3) y la posibilidad de que se dicten contenidos relativos a género y diversidades en materias optativas (1).

Las encuestadas refieren a que las iniciativas para conformar esos espacios han surgido mayoritariamente de docentes o grupos de docentes que ya vienen trabajando en el tema, por lo cual son ellas mismas quienes conforman esos espacios y los dirigen. E12 señala que:

Esta área surgió gracias a la acción decidida de un grupo pequeño de docentes. Sus funciones son la de tomar las denuncias y acompañar a la/el denunciante en el proceso administrativo, conteniendo y convocando en su caso a la persona denunciada.

Se reconocen también algunos apoyos institucionales: “la decana permitió el espacio” (E9) o que el área “Fue formado a instancias de la Secretaría de Extensión y sostenido desde hace más de 5 años con el trabajo y la visibilización de sus actividades por parte de sus integrantes” (E10).

En dos ocasiones (E4 y E5), las encuestadas refirieron haber sido creadoras de espacios de género pero posteriormente se retiraron de ellos y formaron otros, no sin ciertos conflictos intrainstitucionales. Una de las encuestadas (E14) se expresa en referencia a las funciones que cumplen y la complejidad en organizarlas, y las disputas que se dan en la Facultad respecto a cómo se erigen en referentes determinados espacios que pueden ser vaciados de contenido, a través de la ausencia de personal y de presupuesto para su funcionamiento. Las actividades desplegadas suelen ser escasas y se basan en el compromiso docente de quienes militan estos temas en la facultad, y agrega: “[ese espacio] hace publicaciones sobre algunas efemérides, pero el tema disidencias está borrado de la agenda”. Solo dos encuestadas señalan la cuestión presupuestaria” (E14 y E16). Por último, la forma asociativa que no requiere una resolución de las autoridades de cada facultad es la Red de Profesoras.

La transversalización se enuncia en las áreas de atención a la víctima o los denominados protocolos de atención a la víctima y las dependencias que han tomado a cargo la capacitación dispuesta por la Ley Micaela. Por otra parte, la temática está más presente en la función investigación y formación de nuevos agentes que en extensión, divulgación o transferencia a la comunidad, aunque uno de los programas tomó a su cargo la capacitación de la ley Micaela (E9).

Ante las respuestas obtenidas nos preguntamos ¿Con qué presupuesto y recursos cuentan para pensarse como una política institucional y no parte de una militancia sostenida con magros recursos? ¿Quiénes acceden y cómo se accede a ocupar dichos espacios? ¿Trabajan articuladamente entre sí y con las diferentes funciones de la universidad (docencia, investigación, gestión y extensión) o funcionan como islas separadas? ¿Rompen o reproducen las lógicas jerárquicas del patriarcado? ¿Buscan construir otras dinámicas?

5. Primeras (y provisionales) reflexiones

Desde el comienzo del trabajo comenzamos señalando que se trata de una investigación exploratoria, cuyo objetivo es compartir los primeros resultados de una encuesta realizada a profesoras de derecho de seis facultades acerca de la incorporación de la PdG-DSA en la educación jurídica.

Como reflexión metodológica, destacamos la dificultad de construir una muestra significativa, dificultad que se acrecienta si queremos que dicha muestra sea inclusiva de personas del colectivo LGTTTBIQAP+ visibles. A partir de ello se vislumbran algunos de los límites de la muestra, de las preguntas, de las respuestas para pensar categorías tales como la interseccionalidad y la diversidad sexo-afectiva. El muestreo intencional trajo como resultado un límite en el tipo de respuestas encontradas, que se traduce en un sesgo: a pesar de ser personas que trabajan con la perspectiva de género, de las respuestas no surge explícitamente la dimensión de la diversidad sexo-genérica.

A nivel metodológico queremos señalar que el formulario como técnica de construcción y recolección de datos, no permite la posibilidad de hacer repreguntas, en ese sentido para profundizar la temática de nuestra investigación debemos implementar y entrecruzar los resultados de otras técnicas de investigación, tales como entrevistas en profundidad, análisis documental de programas, planes de estudios y/o plataformas institucionales.

Como primer hallazgo señalamos que la incorporación de la perspectiva de género y diversidad como parte del programa de la materia que dictan las docentes es positiva en un 45% de las respuestas, mientras que un 55% dice que no está explicitada. Cuando indagamos en la bibliografía, un 40% dice que no existe bibliografía en el programa aunque si mencionan autorxs (nacionales y extranjerxs) que forman parte del *currículum* real, con algunas coincidencias entre sí. En relación con la forma de incorporarse la PdG-DSA, las variadas respuestas ofrecen un escenario complejo que nos interpela a profundizarlo en futuras investigaciones que den cuenta de las dinámicas del campo académico en las facultades de Derecho, en las cuales se vislumbran relaciones de poder asociadas al cargo, la dedicación, la cultura organizacional, las tradiciones, la concepción del derecho y de la enseñanza y la participación política. En función de la diversidad de asignaturas a la que hace referencia el muestreo, resulta enriquecedora la posibilidad de vincular la PdG-DSA con contenidos de diferentes asignaturas, ya que demuestra que sí es posible la transversalización demandada.

Como se puede observar en el título 3 y 4 del trabajo, la categoría teórica que utilizamos en la encuesta es la de PdG-DSA, sin embargo cuando analizamos los datos que surgen del trabajo de campo la perspectiva de diversidad sexo-afectiva se diluye, por lo cual hay un viraje hacia hablar de perspectiva de género. Este cambio en el análisis es deliberado, ya que si bien nuestra categoría buscó ser consecuente con investigaciones previas (Andriola, 2019) para ampliar e interpelar al patriarcado en su heterosexualidad obligatoria y cis-generidad, las respuestas de las encuestadas refieren sólo a la perspectiva de género estando significativamente ausente la perspectiva de diversidad sexo-afectiva. Este escenario nos lleva a interrogar sobre ¿Qué entiende cada encuestada como perspectiva de género? ¿Se amplía a diversidad sexo-afectiva, la invisibiliza, la incluye, o no *sabe-desea* hacerlo? Las respuestas, ¿se vinculan a la muestra en donde la mayoría de las docentes se reconocen como mujeres cis-heterosexuales? ¿Romper con la presunción de heterosexualidad es condición para incluir la dimensión en los contenidos y bibliografía? La ausencia señalada ¿responde a que el movimiento LGTTTBIQAP+ aún no tiene en su agenda hacer incidencia y aumentar su presencia en la agenda universitaria como sí lo han hecho algunos de los feminismos?

La diversidad de las respuestas respecto de la incorporación o transversalización de la PdG-DSA nos interroga sobre los contornos de la transversalización, sobre cuán abarcativo es dicho proceso y nos enfrenta a las múltiples condiciones que lo favorecen, o no. Las distintas respuestas, aun de docentes de la misma facultad, dan muestras de la heteroglosia al interior de los feminismos y del movimiento LGTTTBIQAP+, la capacidad de desestabilizar teorías y el carácter performativo del lenguaje y las prácticas. Lejos de ser una debilidad, las diversas interpretaciones sobre la igualdad y no discriminación, sobre qué significa la transversalización, o el género y qué comprende la diversidad sexo-afectiva resaltan la riqueza y la necesidad de la discusión y nos dice sobre las posibilidades de un campo en construcción.

Para que la institucionalización de la PdG-DSA tenga lugar en las carreras de derecho, creemos que al menos debe considerar dos aspectos relevantes: en primer lugar, la agenda global de derechos humanos de las mujeres y el colectivo LGTTTBIQAP+ enmarcados en los principios de igualdad y no discriminación a la vez que crecientemente referidos a la interseccionalidad de las discriminaciones y a las múltiples dimensiones identitarias de lxs sujetxs y, en segundo término, el contexto institucional local y de la propia universidad en que la carrera se inserta, que bien puede promover, obstaculizar, dejar hacer o simplemente ‘hacer como si’.

El marco más general de ambos aspectos tiene que ver con una mayor aceptación de que las mujeres y el colectivo LGTTTBIQAP+ viven en una situación subordinada en relación a los varones hetero-cis, la creciente conciencia de los gobiernos respecto de que la desigualdad es un asunto de interés público y que no puede decirse que una sociedad sea verdaderamente democrática con los niveles de desigualdad existentes en torno a los géneros y las identidades.

La institucionalización de la PdG-DSA en las carreras de abogacía se está llevando a cabo de muy disímiles formas, más o menos consolidadas y mediante distintos dispositivos (redes, observatorios, protocolos, programas, centros, materias optativas). De las

respuestas, surge que los apoyos auténticos son pocos y, en más de un caso, quedan a cargo de la predisposición, los tiempos y el esfuerzo de quienes los instan. La igualdad y no discriminación que persigue la institucionalización de la PdG-DSA en las carreras de derecho es un objetivo que requiere la intervención política de la comunidad universitaria ya que los cambios que se necesitan no se van a lograr por mera decantación.

Creemos que la investigación que emprendimos da cuenta del carácter particular y situado de estos procesos que tiene anclajes globales, descubre los límites de las categorías y el rico y problemático uso que se hace de ellas, registra la diversidad de dispositivos y alianzas con que se trabaja, recopila las percepciones y desvelos de las actoras y aporta aproximaciones a nuevas preguntas y problemas que surgen del trabajo colectivo, sobre los cuáles pensamos seguir indagando.

Referencias bibliográficas

- Acker, Sandra. (1994). *Teoría feminista y estudio sobre género y educación*, Madrid, Narcea.
- Agulla, Juan Carlos. (1990). *El profesor de Derecho entre la vocación y la profesión*, Buenos Aires, Cristal SRL.
- Anderson, Jeanine. (2006). “El género en la educación superior”, en: Patricia Ames (ed.) *Las brechas invisibles. Desafíos para una equidad de género en la educación*, Lima, IEP. pp. 181-199.
- Andriola, Karina y Cano, Julieta. (2017). “La perspectiva de género en la formación de grado de los abogados en la FCJyS-UNLP. Su reflejo en las asignaturas Derecho Constitucional y Derecho Internacional Público”, Ponencia presentada en el XVIII Congreso Nacional y VIII Latinoamericano de Sociología Jurídica, Universidad Nacional de Cuyo, 10, 11 y 12 de octubre de 2017.
- Andriola, Karina. (2018). “La enseñanza de los procesos de determinación de la capacidad de las personas con padecimientos mentales o discapacidad mental: entre el curriculum formal y el real”, trabajo integrador final de la Especialización en docencia universitaria UNLP. Recuperado de: <<http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/68932>>. Fecha de consulta: 8 de enero de 2021.
- Andriola Karina. (2019). “Desde la perspectiva de género hacia la diversidad sexual. Colectivo LGTTTBIQPA+, cambios legislativos y contenidos (¿pendientes?) del Derecho de las Personas y de las Familias”, en: Manuela González, Marisa Miranda Marisa, Daniela Zaikoski Biscay (coords), *Género y Derecho*, Santa Rosa, UNLPam.
- Bellucci, Mabel. (1993). “De los Estudios de la Mujer a los Estudios de Género: han recorrido un largo camino”, en: Ana María Fernández (comp.). *Las mujeres en la imaginación colectiva. Una historia de discriminación y resistencias*, Barcelona, Paidós, pp. 27-51.
- Benente, Mauro. (2017). “Derecho y derecha. Enseñanza del derecho y despolitización”, En: *Derecho Penal y Criminología*, Año VII, No. 1, Febrero, pp. 181-192.
- Bergallo, Paola. (2009). “El género ausente en la enseñanza del Derecho en Buenos Aires”, en: Marcela Rodríguez, Raquel Asensio (comps.), *Una agenda para la equidad de género en el sistema de justicia*, Buenos Aires, CIEPP.

- Bergoglio, María Inés. (2007). “¿Llegar a socia? La movilidad ocupacional en las grandes empresas jurídicas. Análisis de género”, en: Anuario X del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, pp. 559-614.
- Böhmer, Martín. (1999). *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Madrid, Gedisa.
- Bonder, Gloria. (2004). “Equidad de género en ciencia y tecnología en américa latina: Bases y Proyecciones en la construcción de Conocimientos, Agendas e Institucionalidades”, Oficina de Educación, Ciencia y Tecnología de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y la Comisión Interamericana de la Mujer (CIM) y la Comisión en Ciencia y Tecnología para el Desarrollo de las Naciones Unidas (GAB-UNCSTD).
- Borries Conca, Vincent von. (2012). “Reflexiones en torno al concepto de transversalización de género. Delineando una tipología para el análisis de sus expresiones empíricas”, *Revista Punto Género*, No. 2, pp. 9-29.
- Brígido, Ana María; Lista, Carlos; Begala, Silvana y Tessio Conca, Adriana. (2009). *La socialización de los estudiantes de abogacía. Crónica de una metamorfosis*, Córdoba, Hispania.
- Buquet Corleto, Ana y Moreno, Hortensia. (2012). “El papel de la legislación internacional en materia de género en la reforma de las instituciones de educación superior: el caso de la Universidad Nacional Autónoma de México”, en: Silva Mendez, Jorge Luis (ed), *Género y educación: aportes para la discusión jurídica*, México, Fontamara, pp. 83-113.
- Bustelo, María y Lombardo, Emanuela. (2007). *Políticas de igualdad en España y en Europa*, Madrid, Ediciones Cátedra.
- Cano, Julieta. (2020). “Elementos de sociología para abogacía. El desafío de la transversalización de la perspectiva de género feminista”, en: Carlos Giodano (comp), *Memorias de las 3° Jornadas sobre las prácticas docentes en la Universidad Pública: el proyecto político académico de la Educación Superior en el contexto nacional y regional*, La Plata, UNLP.
- Coscarelli, María Raquel. (2019). “Currículo y prácticas universitarias de vinculación curricular”, En: *Trayectorias Universitarias*, 5(9), 010.
- De Alba, Alicia. (1995). *Curriculum: crisis, mito y perspectiva*, Buenos Aires, Miño y Dávila.

- Delannoy, Solange; Mack, Adriana y Balbo, Jessica. (2019). “La reforma universitaria y su carácter emancipatorio. Las silenciadas de la reforma”, en: Daniela Zaikoski Biscay, María Betsabé Policastro (comps.), *Actas del XX Congreso Nacional y X Latinoamericano de Sociología Jurídica: “Los estudios sociojurídicos en Argentina y Latinoamérica en épocas de crisis. Recurrencias, alternativas y rupturas”*, Santa Rosa, UNLPam, pp. 799-820.
- Femenías, María Luisa. (2005). “El feminismo académico en Argentina”. Recuperado de: <https://www.labrys.net.br/labrys7/fem/mluisa.htm>. Fecha de consulta: 8 de enero de 2021.
- Fischman, Fernando y Seda, Juan. (2011). *Formación pedagógica en Derecho. Procesos comunicativos y recursos didácticos*, Buenos Aires, Miño y Dávila.
- Fucito, Felipe. (2000). *El profesor de derecho de las Universidades de Buenos Aires y Nacional de La Plata. Un análisis comparativo*, La Plata, Edulp.
- Fucito, Felipe. (2014). “Investigación sobre la educación jurídica en la Facultad de Derecho de la U.B.A.”, en: Cuadernos de Fundejus, No. 11, Buenos Aires, Fundejus.
- Gastiazoro, María Eugenia. (2009). “La concentración de las mujeres en la administración de justicia”, en: Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, Año: 2009, Vol. XI, pp. 705-772
- González, Manuela y Salanueva, Olga. (2005). “La enseñanza y el género en la Facultad de Derecho de La Plata”, *Revista Academia*, Año 3, No. 6, Buenos Aires, EUDEBA, pp. 245-256.
- González, Manuela y Cardinaux, Nancy. (2010). *Los actores y las prácticas. Enseñar y aprender derecho en la UNLP*, La Plata, Edulp.
- González, Manuela y Lista, Carlos. (comp). (2011). *Sociología Jurídica en Argentina. Tendencias y perspectivas*, Buenos Aires, Eudeba.
- González, Manuela y Marano, Gabriela. (2014). *La formación de abogados y abogadas. Nuevas configuraciones*, La Plata, Edulp.
- González, Manuela. (2017). “Los desafíos de profesores, profesoras y estudiantes frente al nuevo plan de estudios”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Número extraordinario, pp. 101-117.
- González, Manuela, Miranda, Marisa y Zaikoski Biscay, Daniela. (2019). *Género y Derecho*, Santa Rosa, EdULPam.

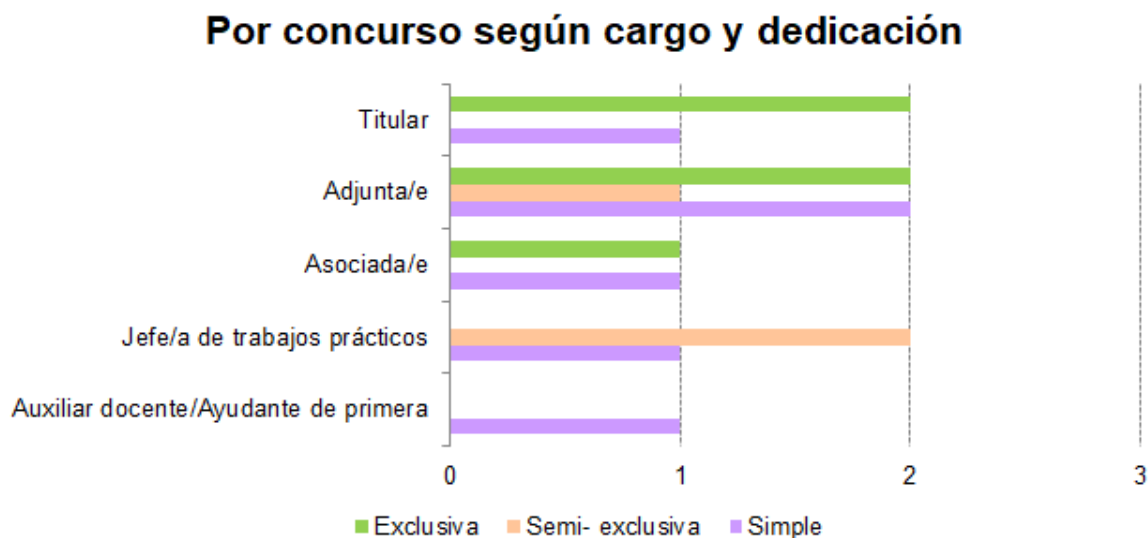
- Hiller, Renata. (2017). “Diversidad sexual y género”, en: Alejandro Grimson, Gabriela Karasik (coord.), *Estudios sobre diversidad sociocultural en la Argentina contemporánea*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, CLACSO-PISAC, pp. 181-199.
- IESALC. (2020). ¿Dónde están las rectoras universitarias en América Latina?. Recuperado de: < <https://www.iesalc.unesco.org/2020/03/07/donde-estan-las-rectoras-universitarias-en-america-latina-datos-de-unesco-iesalc-develan-que-solo-el-18-de-las-universidades-de-la-region-tiene-a-mujeres-como-rectoras/>>. Fecha de consulta: 8 de enero de 2021.
- Jiménez Sandoval, Rodrigo; Almirón Prujel, Ma. Elodia y López Safi, Silvia Beatriz. (2015). *Transversalización de la perspectiva de género en los proyectos curriculares de la enseñanza del derecho*, Costa Rica, Fundación Justicia y Género.
- Kohen, Beatriz. (2005). “¿Dónde están las profesionales del derecho en la Ciudad de Buenos Aires?”, *Revista Academia*, Año 3, No. 6, Buenos Aires, EUDEBA, pp. 225-244.
- Kohen, Beatriz. (2008). *El género en la justicia de familia: miradas y protagonistas*, Buenos Aires, Ad-Hoc.
- Kohen, Beatriz; Ariza, Sonia y Ramallo, María de los Ángeles. (2019). “Women in the Legal Academy at the Law School of the University of Buenos Aires”, en: Schultz, Ulrike; Shaw, Gisela; Thornton, Margaret y Auchmuty, Rosemary, *Gender and Careers in the Legal Academy*, Oñati Series on Law and Society, London, Hart Publishing.
- Lagunas, Cecilia. (2009). “Los estudios de las mujeres en Argentina: institucionalización, especialistas y las categorías: historia y perspectiva”, en: Fernández Fraile, María Eugenia; Avilés, Nuria Romo; Bonaccorsi, Nélica y Lagunas, Cecilia (comp.). *Los estudios de las mujeres de España y Argentina: propuesta para el debate*, Buenos Aires, Prometeo, pp. 127-158.
- Lista, Carlos y Brígido, Ana María. (2002). *La enseñanza del derecho y la formación de la conciencia jurídica*, Córdoba, Sima.
- Orler, José. (2019). *La articulación necesaria. Docencia e Investigación en las Facultades de Derecho*, Buenos Aires, Prometeo.
- Perrenaud Philipe. (1990). *La construcción del éxito y del fracaso escolar*, Madrid, Morata.
- Piccone, María Verónica. (2018). “Género y enseñanza del derecho. Abordaje crítico en el marco del proceso de acreditación de las carreras de abogacía”, en: Actas del XIX

- Congreso Nacional y IX Latinoamericano de Sociología Jurídica, Facultad de Derecho, UBA, pp. 1051-1064.
- Pinto, Mónica. (2020). “Las Mujeres en las Facultades de Derecho”, en: Pautassi, Laura y Barlardini, Lorena (comps.), *La universidad en clave de género: a 100 años de la reforma universitaria*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, pp. 52-57.
- Radi, Blas. (2019). “Política Trans y acciones afirmativas en los ámbitos universitarios. Conversaciones necesarias para deshacer el cis-sexismo”, En: Revista Aletheia, Vol. 10, No. 19, Diciembre-Mayo.
- Rodigou Nocetti, Maite; Blanes, Paola; Burijovich, Jacinta y Domínguez, Alejandra. (2011). *Trabajar en la Universidad. (Des)Igualdades de Género por transformar*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba.
- Rodríguez, Marcela. (1999). “Pedagogy and Law. Ideas for Integrating Gender into Legal Education”, *The American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, Vol. 7, No. 2, pp. 267-278.
- Rojo, Patricia y Benedetto, Sabrina. (2017). (comp.). *La UNR en perspectiva de género*, Rosario, Universidad Nacional de Rosario.
- Ronconi, Liliana y Ramallo, María de los Ángeles. (2020). *La enseñanza del derecho con perspectiva de género: herramientas para su profundización*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Facultad de Derecho, UBA.
- Salvioli, Fabián. (2009). *La universidad y la educación en el siglo XXI: los derechos humanos como pilares de la nueva reforma universitaria*, Instituto de Derechos Humanos, San José, C.R.
- Sánchez, Mariana. (2005). “Género y Profesión Jurídica”, en: Anuario VIII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, pp. 451-465.
- Sousa Santos, Boaventura de. (2011 [2005]). *La universidad en el siglo XXI. Para una reforma democrática y emancipadora de la universidad*, Buenos Aires, Miño y Dávila.
- Zaikoski Biscay, Daniela. (2017): “Conformación por sexo/género del Poder Judicial en La Pampa”, en: Zaikoski Biscay, Daniela y Policastro, María Betsabé, *Violencia contra las mujeres: realidades, desafíos y actores en la implementación de la ley 26085 en La Pampa*, Santa Rosa, EdUNLPam, pp. 173-194.

Zaikoski Biscay, Daniela. (2019). “Formación legal y las violencias contra las mujeres. El caso de la FCEyJ de la UNLPam”, en González, Manuela; Miranda, Marisa y Zaikoski Biscay, Daniela, *Género y Derecho*, Santa Rosa, EdUNLPam, pp. 293-314.

ANEXO I

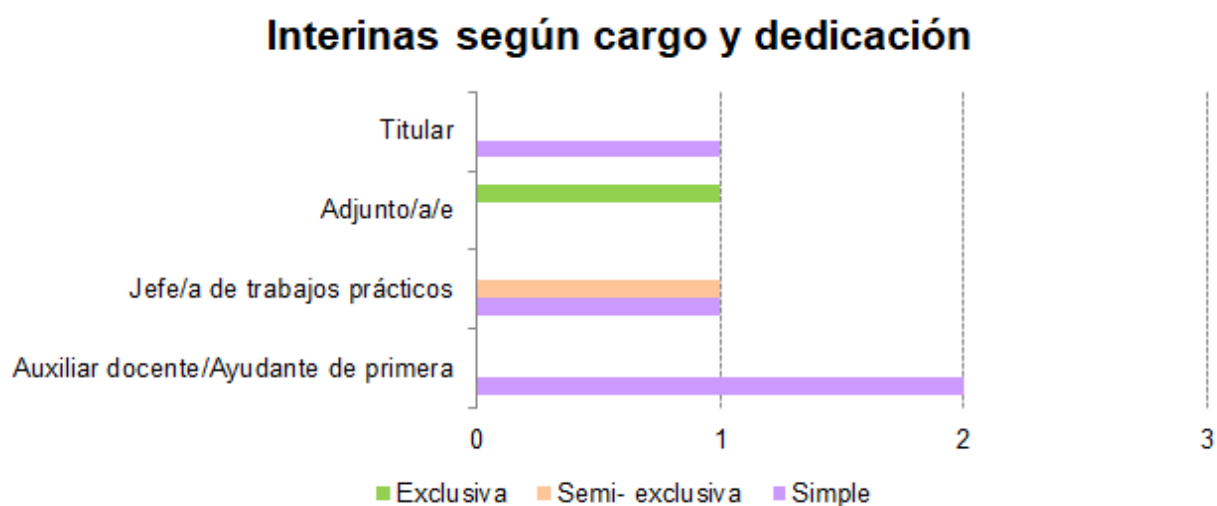
Gráfico 1. Profesoras de derecho por concurso (14)



Fuente: creación propia en base a resultados de las encuestas

ANEXO II

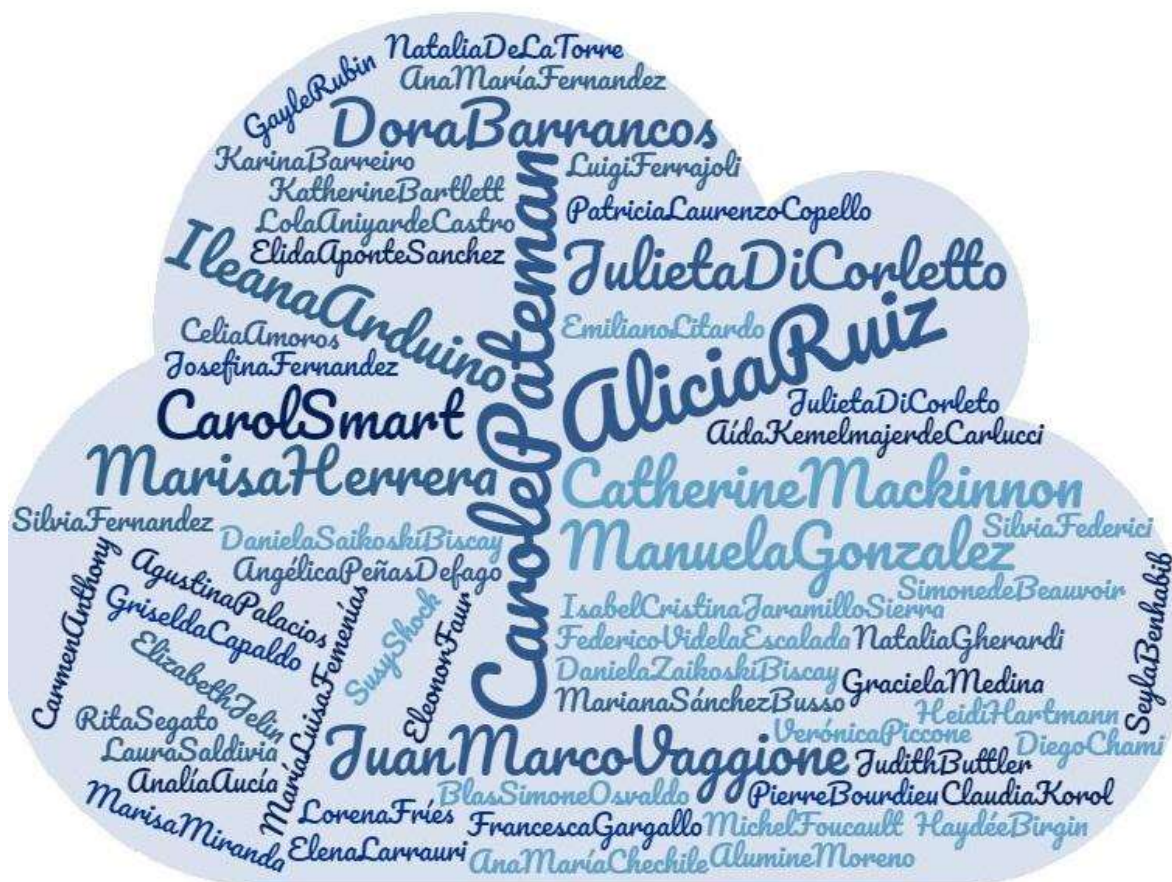
Gráfico 2: Profesoras de derecho interinas (6)



Fuente: creación propia en base a resultados de las encuestas

ANEXO III

Gráfico 3: Nube de respuestas



Nube de palabras construida a partir de las respuestas de las encuestadas

INSTRUCCIONES PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS

Los artículos se publicarán de manera digital, en una plataforma abierta y gratuita. Pueden ser postulados en cualquier momento.

Los artículos pueden corresponder a trabajos teóricos o contener investigaciones empíricas, sobre cuestiones de sociología jurídica.

Los artículos, en tamaño carta, pueden ser escritos en castellano y portugués, pero también en inglés, francés o italiano.

El título completo no deberá tener más de dieciocho (18) palabras, escrito en castellano, portugués e inglés. El título, centrado, debe escribirse en negrilla, Times New Roman, 12 puntos, con mayúsculas sostenidas, con los signos y acentos que correspondan. El texto tendrá un resumen o *abstract* en castellano, portugués e inglés que no debe exceder las 250 palabras. Incluirá un mínimo de tres (3) y un máximo de cinco (5) palabras claves o *key words*, redactadas en castellano, portugués e inglés. Además de los idiomas anteriores, cuando se publique en francés o italiano, todas las secciones antes citadas (título, resumen, palabras claves) incluirán el idioma usado en el texto.

Después del título, se colocará el nombre del autor o autores, su código de ORCID, su correo electrónico, todo centrado, junto a una nota a pie de página, en la que debe indicarse, únicamente, sus títulos académicos y filiación institucional, ciudad y país si el nombre de la institución no lo hacen evidente.

El texto será elaborado en formato Word, Times New Roman, 12 puntos, a 1.5 de interlineado, justificado, colocando un espacio adicional entre párrafos, con una extensión máxima de 10 mil palabras, incluidos el título, nombre de los autores y sus datos, resumen, palabras claves, texto y referencias bibliográficas. Márgenes superior e inferior de 2.5 centímetros, márgenes izquierdo y derecho de 3.0 centímetros. Las tablas, cuadros y gráficos deberán adjuntarse en archivo separado con indicación de la autoría.

El texto debe ser original o inédito, esto es, no haber sido publicado en ningún otro formato, de manera parcial o total. Podrá postularse un manuscrito ya publicado, siempre que lo haya sido en otro idioma distinto al usado en su postulación, además de lo cual deberá informarse este hecho. El autor o autores se comprometen a no presentar el texto ninguna otra publicación, después de haberlo sometido a esta revista y mientras se decide o efectúa su publicación.

Las notas serán siempre a pie de página, deberán elaborarse en Times New Roman, 10 puntos, justificadas, y su propósito será informativo. No deben incluirse citas de fuentes bibliográficas en las notas.

Las citas textuales de apartados de una obra deberán ir en el texto, entre comillas, de corrido, cuando sean menores o iguales a 40 palabras. Si son mayores de 40 palabras deberán ir en párrafo separado, centrado, con sangría de 0.3 centímetros en el margen izquierdo, todos los renglones.

En la citación será utilizado un sistema de normas APA, en el que, en el texto, entre paréntesis, se colocará el apellido o apellidos del autor, seguido del signo coma y a continuación el año de edición. Por ejemplo: (Treves, 1981).

Si en el cuerpo del texto se incluye una cita literal de un trabajo, entre comillas, la cita, además de los datos anteriores, incorporará después del año el signo dos puntos, luego de lo cual se colocará la página. Por ejemplo: (Treves, 1981: 79). Si son varias las fuentes referidas en una misma cita, los autores serán registrados del mismo modo separados entre puntos y comas. Por ejemplo: (Bergalli, 1983; Rodríguez Manzanera, 1982; Drago, 1930). Si son varios los autores referidos pertenecientes a la misma fuente, serán citados separándolos con comas, y el último separado por la conjunción “y”, o el signo “&”, siempre que no excedan de tres. Por ejemplo: (Bergoglio, Lista y Fucito, 2010). Si son más de tres autores, sólo se cita el primero, junto a la abreviatura de la expresión latina “et alii”, que significa “y otros” en latín. Por ejemplo: (Fix Zamudio et al, 2002). En las referencias bibliográficas se colocan todos los autores. Si en una misma cita son incluidas varias

fuentes del mismo autor, debe colocarse sólo la primera vez su (s) apellido (s), luego de lo cual se ubican todos los años en orden cronológico. Por ejemplo: (Pérez Perdomo, 2001, 2003 y 2007).

Cuando un autor citado en múltiples oportunidades ha publicado varios de los textos referidos el mismo año, el primero de ellos en ser citado será identificado con la letra “a” en minúscula, colocada sin espacios después del año, y los siguientes seguirán el orden del abecedario. Por ejemplo: (Cotterrell, 1994a) y (Cotterrell, 1994b). En las referencias bibliográficas las letras que identifican los textos serán colocadas después del año, tal como aparecen en la cita y siguiendo el orden de citación. Si hay varios autores con el mismo apellido y año de publicación debe agregarse en la cita la inicial de su nombre. Por ejemplo: (Becker H., 1963).

En un trabajo no publicado aún, puede colocarse una aclaración que sustituya el año. Por ejemplo: (Carbonier, en prensa) y en la referencia sería Carbonier, Jean. (En prensa). Si el texto no tiene fecha, en los mismos términos se usará la abreviatura n.d. Si la autoría corresponde a una entidad que tiene una sigla, en las citas puede usarse la sigla y en las referencias bibliográficas ponerse la sigla después del nombre completo de la institución.

Las referencias bibliográficas deben ser ubicadas al final en orden alfabético. Para colocarlas deben ser omitidas las partículas que anteceden a algunos apellidos como de, del, de la, della, da, di, von, van, que seguirán al primer nombre. Por ejemplo: Olmo, Rosa del. (1984). América Latina y su criminología, 2ª ed., México D.F., Siglo XXI. Cuando sean varios los autores la referencia iniciará con el apellido o apellidos de quien figure en el texto como primer autor, pero luego no será necesario fijar a los coautores por su apellido. Por ejemplo: Bandura, Albert y Richard H. Walters. (1980). Aprendizaje social y desarrollo de la personalidad, 5ª ed., Madrid, Alianza.

Los libros se registrarán así, con los tipos de letra y los mismos signos ortográficos que son indicados a continuación: Apellido o Apellidos, Nombre o Nombres. (año de edición). Título del libro y subtítulo si lo tiene, Ciudad de edición, Editorial. Por ejemplo: Weber, Max. (1986). Economía y sociedad, México, Fondo de Cultura Económica.

Los capítulos de libro se registrarán así, con los tipos de letra y los mismos signos ortográficos que son indicados a continuación: Apellido o Apellidos, Nombre o Nombres. (año de edición). “Título del capítulo”, Título del libro, Ciudad, Editorial. Por ejemplo: Silva García, Germán. (1996). “La concepción sobre el crimen: un punto de partida para la exploración teórica”, Memorias congreso internacional. Derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio, Bogotá, Universidad Externado de Colombia y Consejo Superior de la Judicatura.

Los artículos de revista se registrarán así, con los tipos de letra y los mismos signos ortográficos que son indicados a continuación: Apellido o Apellidos, Nombre o Nombres. (año de edición). “Título del artículo”, Nombre de la Revista, volumen, si lo tiene, con las iniciales Vol. seguida del número arábigo o romano, número de ejemplar indicado con las abreviaturas No., y el número, finalizando con el número de páginas de inicio y final del texto. Por ejemplo: Calvo García, Manuel & Teresa Picontó Novales. (2013). “La investigación empírica en el ámbito de la sociología jurídica”, Revista Pensamiento Penal, No. 3, pp. 5-48.

Los autores en lengua portuguesa se registrarán como aparecen en los textos. Por ejemplo: Boaventura de Sousa Santos, será siempre: (Sousa Santos, 2016) y en las referencias bibliográficas Sousa Santos, Boaventura de.

En la cita de los textos en inglés, excepto los artículos, pronombres y preposiciones, la primera inicial de los títulos se escribe siempre en mayúscula.

Si el nombre de un autor que será citado aparece en el texto como parte de éste, sólo será necesario colocar el año. Por ejemplo: La eficacia de las normas ambientales es explicada por Becerra (2019) en su obra.

Cuando excede la primera, el número de la edición, con el número seguido de la letra “a” y la abreviatura ed. Cuando corresponde a un volumen o un tomo, las abreviaturas Vol. o T.

con el número arábigo o romano que corresponda, todos colocados después del título del libro.

En la cita de jurisprudencia se coloca el nombre de la institución, se agrega el país si hay de distintos países. El año, agregando al año una letra en minúscula y sin espacios, si hay varias jurisprudencias citadas del mismo año. Por ejemplo: (Corte Constitucional, 2019c). En las referencias bibliográficas se sitúa el Nombre de la Institución. Año entre paréntesis. Nombre del magistrado ponente identificado con las iniciales M.P., número del fallo y fecha. Por ejemplo: Corte Constitucional. (2019c). M.P. Alberto Rojas Ríos, T-130.

En la citación o referencia de documentos de internet debe aparecer la dirección URL y la fecha de consulta.

Los artículos serán evaluados por el sistema doble par ciego. Los informes de los pares serán comunicados a los autores, antes o después de lo cual, la revista cursará las instrucciones sobre adiciones, modificaciones o correcciones que deban hacerse, si son procedentes.

Aceptada la publicación el autor o autores harán la cesión de los derechos de publicación y reproducción del artículo, pero conservarán su propiedad intelectual. Al efecto, deberá diligenciarse un formato.

Los artículos deberán ser remitidos a la dirección relasocju@usi.edu.ar .



Ministerio de Justicia
DIRECCIÓN DE INSPECCIÓN
DE PERSONAS JURÍDICAS

FOJA DE PROTOCOLO



140148 0000052637-



Nº 00052637

ACTA CONSTITUTIVA

En la ciudad de Córdoba, a los 16 días del mes de septiembre de 2005, siendo las diez horas, se reúnen en la Universidad Nacional de Córdoba, calle Independencia Nº 258, primer piso los Señores OLGA LUISA SALANUEVA, DNI 4.467.243, con domicilio en calle 166 Nº 2265 de la ciudad de La Plata; LAURA NOEMI LORA, DNI 18.122.751, con domicilio en Manuel Belzú 2460 de la ciudad de Buenos Aires; GLADYS AMELIA RUSSELL, L.E. 3.594.748, con domicilio en Cervantes 133 de la ciudad de Santa Rosa, Provincia de La Pampa; MANUEL ANGEL URRIZA, DNI 5.165.450, con domicilio en calle 12 Nº 468 de la ciudad de La Plata; ENRIQUE MIGUEL DEL PERCIO, DNI 14.802.033, con domicilio en French 2630 de Capital Federal; LILIANA AMANDA RIVAS, DNI 4.787.940, con domicilio en Venezuela 4356 8º "B" de la Ciudad de Buenos Aires; JUAN MARCO VAGGIONE, DNI 17.159.390, con domicilio en Arturo M. Bas 352 de la ciudad de Córdoba; PATRICIA E. SCARPONETTI, DNI 11.971.825, con domicilio en Urquiza 1258 de la ciudad de Córdoba; MARIA DOLORES SUAREZ LARRABURE, DNI 16.132.472, con domicilio en Mitre Nº 290 de la ciudad de San Miguel Tucumán, Provincia de Tucumán; ALEJANDRA CIUFFOLINI, DNI 18.455.709 con domicilio en Av. Colon Nº 732 11 "A", de la ciudad de Córdoba; ADRIANA HAYDEE MACK, DNI 13.834.210, con domicilio en J.M. de Rosas 1092 6 "C"; SILVANA MARIA SAGUES, DNI 17.270.005, con domicilio en Santiago 598 2 "A" de la ciudad de San Miguel de Tucumán, Provincia de Tucumán; MIRTA ANGELICA CAPRANO, DNI 28.193.835, con domicilio en 9 de julio 409 2 "E", de la ciudad de Córdoba; RUBEN HECTOR DONZIS, DNI 17.453.426, con domicilio en Agüero 2053

10 "A" de la ciudad de Buenos Aires; SOLANGE MARIA MARTA DELANNOY,	26
DNI 6.378.999, con domicilio en Iriondo 951 de la ciudad de Rosario;	27
CARLOS ALBERTO LISTA, DNI 5.073.864 con domicilio en Av. Patria 560	28
Dpto. 15 de la ciudad de Córdoba; MARIO SILVIO GERLERO, DNI	29
17.249.048 con domicilio en Julián Álvarez 2666 8º 25 de la ciudad de	30
Buenos Aires; MARIANA NOEMÍ SANCHEZ, DNI 20.346.862 con domicilio	31
en Edison 99 de la localidad de Argüello de la provincia de Córdoba; MARIA	32
MERCEDES SAVALL, DNI 5.245.483 con domicilio en Daniel Conci 8256 de	33
la localidad de Argüello de la provincia de Córdoba; MARTHA DIAZ DE	34
LANDA, DNI 5.597.731 con domicilio en los Espinillos 250 de la localidad de	35
Bialet Massé de la provincia de Córdoba; SILVANA GABRIELA BEGALA,	36
DNI 17.646.225 con domicilio en Pje. Hilario Fernandez 73 2º D de la ciudad	37
de Córdoba; MARIA VERÓNICA SCARO, DNI 17.080.413 con domicilio en	38
casa 167 Barrio Gral. Deheza de la ciudad de Córdoba, MARIA EUGENIA	39
GOMEZ DEL RIO, DNI 13.536.852 con domicilio en Independencia 909 de la	40
ciudad de Córdoba; MARIA INES BERGOGLIO, DNI 6.398.249 con domicilio	41
en Echenique Altamira 3038 de la ciudad de Córdoba; PAULA GISELE PELAEZ,	42
DNI 17.372.624 con domicilio en 4 de enero 33 Costa Azul de la localidad de	43
Villa Carlos Paz, Provincia de Córdoba; con el objeto de constituir una	44
asociación civil de acuerdo a las normas legales vigentes. Consideran en	45
detalle la iniciativa, proponiendo como presidente de la Asamblea Constitutiva,	46
al Sr. Carlos Alberto Lista y como Secretaria a la Sra. María Inés Bergoglio.	47
Después de un intercambio de opiniones, se resuelve en forma unánime:	48
1. <i>Constitución:</i> la creación de una Asociación Civil y la solicitud de la	49
autorización para funcionar como persona jurídica	50



Ministerio de Justicia
DIRECCIÓN DE INSPECCIÓN
DE PERSONAS JURÍDICAS



140148 0000052638-%



Nº 00052638

1 2. *Denominación:* el nombre de la Asociación, que será "Sociedad Argentina

2 de Sociología Jurídica, Asociación Civil –SASJu–"

3 3. *Domicilio legal:* la constitución del domicilio legal en la ciudad de Córdoba

4 en la provincia del mismo nombre.

5 4. *Sede Social:* el establecimiento de la Sede Social en Avenida Vélez

6 Sarsfield 153, Barrio Centro, de la Ciudad de Córdoba en la Provincia de

7 Córdoba, Republica Argentina.

8 5. *Objeto:* la Asociación tendrá por objeto:

9 a) Contribuir a la difusión y desarrollo de la Sociología Jurídica en el

10 campo científico, académico y profesional, con el fin de mejorar sus

11 métodos, técnicas y resultados.

12 b) Promover la consolidación institucional de la disciplina en los diversos

13 ámbitos y la participación de sociólogos del derecho en equipos de

14 investigación multidisciplinarios.

15 c) Agrupar a los profesionales que desarrollan o hallan desarrollado

16 tareas de investigación y docencia a nivel universitario, en la especialidad

17 de Sociología Jurídica y otras disciplinas afines.

18 d) Generar y promover la continuidad y difusión de programas y/o

19 proyectos de investigación y extensión sobre temas y problemas socio-

20 jurídicos.

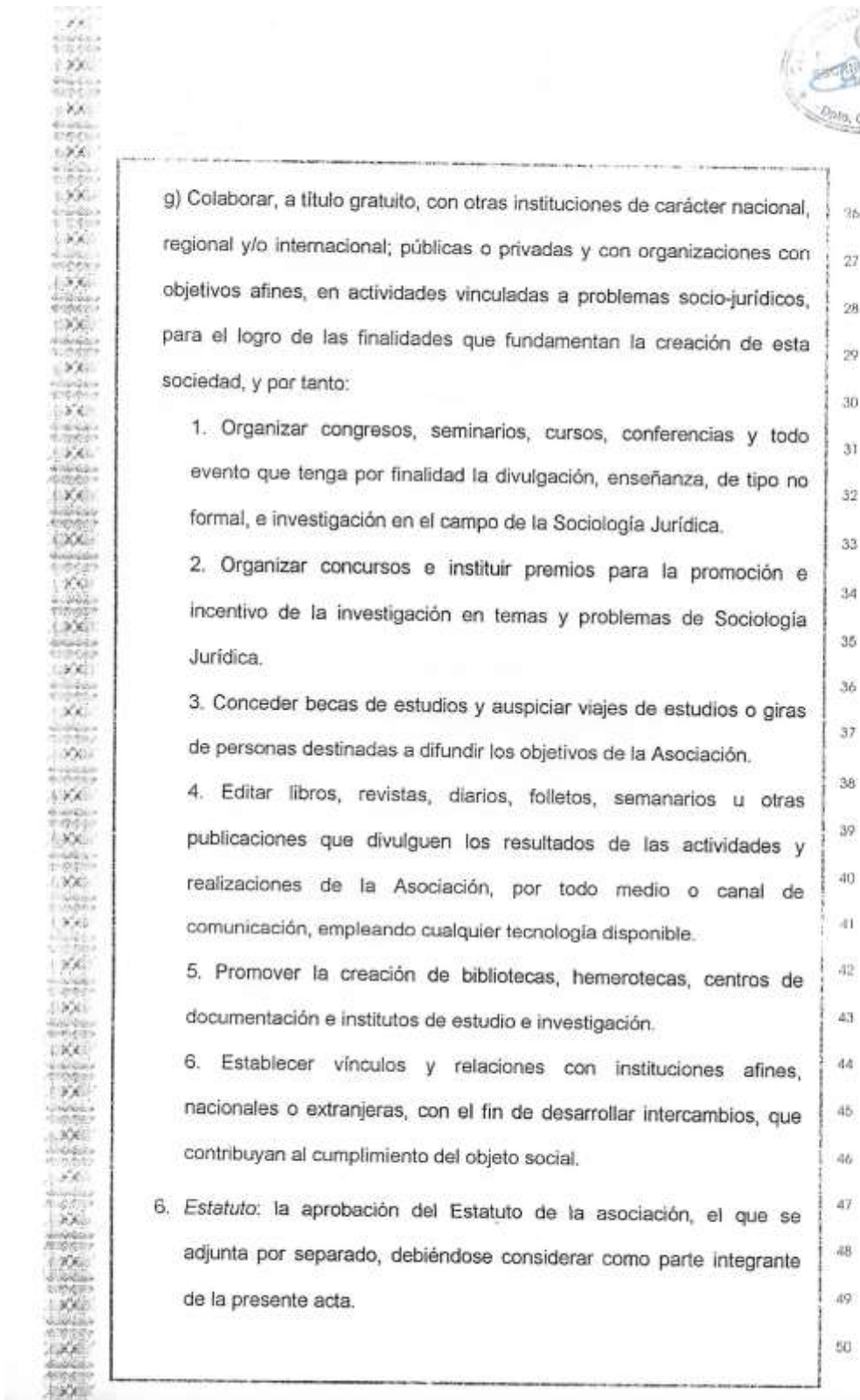
21 e) Promover la formación y continuidad de grupos de trabajo para la

22 discusión de problemas vinculados a la enseñanza de la disciplina y la

23 investigación en dicha área de conocimiento.

24 f) Formular y recomendar propuestas sobre problemas socio-jurídicos en

25 ámbitos públicos y/o privados, nacionales y/o extranjeros.





Ministerio de Justicia
DIRECCIÓN DE INSPECCIÓN
DE PERSONAS JURÍDICAS

FOJA DE PROTOCOLO



140148 0000052639-0



Nº 00052639

7. *Elección de autoridades:* la Comisión Directiva queda integrada de la siguiente manera **Presidente:** Carlos Alberto Lista, DNI 5.073.864 Domicilio: Av. Patria 560 Dpto 15 5000 Córdoba; Estado Civil: Soltero, Profesión: Docente Universitario; **Vicepresidente:** Manuel Angel Urriza, DNI 5.165.450, Domicilio: Calle 12 N° 468 1900 La Plata, Estado Civil: Divorciado, Profesión: Docente Universitario; **Secretaria** María Inés Bergoglio, DNI 6.398.249, Domicilio: Echenique Altamira 3038 5000 Córdoba; Estado Civil: Casada, Profesión: Docente-Investigadora; **Tesorero:** Mario Silvio Gerlero, DNI 17.249.048, de Domicilio: Julián Alvarez 2666 8° 25 1425 Ciudad de Buenos Aires, Estado Civil: Casado, Profesión: Abogado Docente **Vocales titulares:** 1 María Dolores Suárez Larrabure, Documento: DNI 16.132.472, Domicilio: Av. Mitre 290 Tucumán, Estado Civil: Divorciada, Profesión: Abogada, 2. Solange María Marta Delannoy, Documento: DNI 6.378.999, Domicilio: Iriondo 951 2000 Rosario, Estado Civil: Casada, Profesión: Docente Universitaria, 3. Gladys Amelia Russell, Documento: LC 3.594.748, Domicilio: Cervantes 133 6300 Santa Rosa, La Pampa, Estado Civil: Casada, Profesión: Docente Universitaria; 4. Rubén Héctor Donzís, Documento: DNI 17.453.426, Domicilio: Agüero 2053 10° A 1425 Ciudad de Buenos Aires, Estado Civil: Casado, Profesión: Abogado; 5. Martha Díaz de Landa, Documento: DNI 5.597.731, Domicilio: Los Espinillos 250 5158 Biale Massé Córdoba, Estado Civil: Casada, Profesión: Docente Universitario. **Vocales Suplentes:** 1. Silvana María Sagués, Documento: DNI 17.270.005, Domicilio: Santiago 598 2° A 4000

26	Tucumán, Estado Civil: Casada, Profesión: Abogada-Docente
27	Universitaria; 2. Adriana Haydeé Mack, Documento: DNI 13.834.210,
28	Domicilio: J.M. de Rosas 1092 6° C 2000 Rosario, Estado Civil: Soltera,
29	Profesión: Abogada-Docente Universitaria; 3. Daniela Zaikoski,
30	Documento: DNI 21.429.596, Domicilio: Alvear 572 6300 La Pampa,
31	Estado Civil: Divorciada, Profesión: Abogada Docente Universitaria; 4.
32	Laura Noemí Lora, Documento: DNI 18.122.751, Domicilio: Manuel Belzú
33	2460 1425 Ciudad de Buenos Aires, Estado Civil: Divorciada; Profesión:
34	Abogada-Docente Universitaria; 5. Juan Marco Vaggione, Documento:
35	DNI 17.159.390, Domicilio: Arturo M. Bas 352 5000 Córdoba, Estado
36	Civil: Soltero, Profesión: Investigador CONICET-Docente Universitario. El
37	Organo de Fiscalización queda integrado de la siguiente manera: Titular:
38	Manuela Graciela González, Documento: DNI 10.131.443, Domicilio:
39	Calle 46 N° 1689 1900 La Plata, Estado Civil: Casada, Profesión:
40	Docente Universitaria -Investigadora; Suplente Nancy Cardinaux,
41	Documento: DNI 16.602.903, Domicilio: Araoz 2008 4° Dpto. 12 1425
42	Ciudad de Buenos Aires, Estado Civil: Soltera, Profesión: Docente
43	Universitaria
44	8. <i>Declaración jurada:</i> los Señores miembros de la Comisión Directiva
45	presentes: Presidente: Carlos Alberto Lista, Vicepresidente: Manuel
46	Angel Urriza; Secretaria María Inés Bergoglio; Tesorero: Mario Silvio
47	Gerlero, Vocales titulares: 1 María Dolores Suárez Larrabure, 2.
48	Solange María Marta Delannoy, 3. Gladys Amelia Russell, 4. Rubén
49	Héctor Donzis, 5. Martha Díaz de Landa, Vocales Suplentes: 1.
50	Silvana María Sagués, 2. Adriana Haydeé Mack, 4. Laura Noemí Lora;

Ministerio de Justicia
DIRECCIÓN DE INSPECCIÓN
DE PERSONAS JURÍDICAS

140148 0000052640-Z

Nº 00052640

5. Juan Marco Vaggione; manifiestan bajo DECLARACIÓN JURADA que no se hayan afectados por inhabilidades o incompatibilidades legales o reglamentarias para revestir la calidad de tales. Se acuerda que los siguientes miembros ausentes: vocal suplente 3. Daniela Zaikoski; y los miembros del Organo de Fiscalización, Titular: Manuela Graciela Gonzalez y Suplente Nancy Cardinaux cumplirán con esta formalidad por acta separada, la que se acompañará a la presente.

9. Aceptación de Cargos: los Señores miembros de la Comisión Directiva presentes: **Presidente:** Carlos Alberto Lista, **Vicepresidente:** Manuel Angel Urriza; **Secretaria** María Inés Bergoglio; **Tesorero:** Mario Silvio Gerlero, **Vocales titulares:** 1 María Dolores Suárez Larrabure, 2. Solange María Marta Delannoy, 3. Gladys Amelia Russell, 4. Rubén Hector Donzis, 5. Martha Díaz de Landa, **Vocales Suplentes:** 1. Silvana María Sagués, 2. Adriana Haydeé Mack, 4. Laura Noemí Lora; 5. Juan Marco Vaggione, manifiestan la aceptación de los cargos asignados en este acto. Se acuerda que los siguientes miembros ausentes: vocal suplente 3. Daniela Zaikoski; y los miembros del Organo de Fiscalización, Titular: Manuela Graciela Gonzalez y Suplente Nancy Cardinaux cumplirán con esta formalidad por acta separada, la que se acompañará a la presente.

10. Autorización: La designación de Carlos A. Lista y María Inés Bergoglio para que inicien el trámite y para aceptar observaciones de la Dirección de Inspección de Personas Jurídicas.

No habiendo más asuntos que tratar se levanta la sesión siendo las

dieciocho y treinta horas.

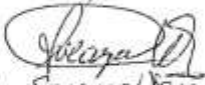

 Carlos A. Lista


 M. I. Bergoglio


 Mario Silvio Gerlero

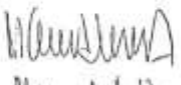

 Martha Diaz de Landa

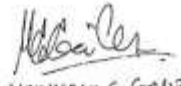

 Juan Marco Vaggione


 Solange Delannoy


 Adolfo Mack

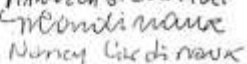

 Roberto Doreis

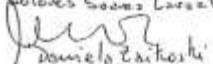

 Manuel A. Dreyer


 MANUEL G. GONZALEZ


 Polares Gomez Laseabare


 LAURA N. LORA


 Mercedes


 Daniela Echeverri

En la fecha, ratifican sus firmas Carlos Alberto LISTA, María Inés Bergoglio y Mario Silvio Gerlero. La Plata, 9 de -

noviembre de 2006.-

(1)  (2)  (3) 

CONSTITUTIVO EN FOLIO CA103475755
 LA PLATA, 9-11-2006

