

CAROL PRONER
CHARLOTTA BACK
Coordinadoras

8

ESTUDIOS SOBRE JUSTICIA COMUNITARIA EN AMÉRICA LATINA

Reflexiones Críticas



tirant
lo blanch

**PERSPECTIVAS
IBEROAMERICANAS
SOBRE LA JUSTICIA**

**ESTUDIOS SOBRE JUSTICIA
COMUNITARIA EN AMÉRICA LATINA**
Reflexiones críticas
Volumen 8

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG
*Catedrática de Filosofía del Derecho de la
Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO
*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN
*Catedrático de Teoría y Filosofía de
Derecho. Instituto Tecnológico
Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ
*Ministro en retiro de la Suprema Corte
de Justicia de la Nación y miembro de
El Colegio Nacional*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT
*Presidente de la Corte Interamericana de
Derechos Humanos. Investigador del Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS
*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la
Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ
*Catedrático de Derecho Mercantil
de la UNED*

LUIS LÓPEZ GUERRA
*Catedrático de Derecho Constitucional de la
Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ
*Catedrático de Derecho Civil de la
Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA
*Catedrática de Historia del Derecho de la
Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN
*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía
Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA
*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER
*Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
Catedrática de Derecho Internacional de la
Universidad de Colonia (Alemania)*

HÉCTOR OLASOLO ALONSO
*Catedrático de Derecho Internacional de la
Universidad del Rosario (Colombia) y
Presidente del Instituto Ibero-Americano de
La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO
*Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad Carlos III de Madrid*

TOMÁS SALA FRANCO
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO
*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del
Tribunal Supremo de España*

TOMÁS S. VIVES ANTÓN
*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad de Valencia*

RUTH ZIMMERLING
*Catedrática de Ciencia Política de la
Universidad de Mainz (Alemania)*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

ESTUDIOS SOBRE JUSTICIA COMUNITARIA EN AMÉRICA LATINA

Reflexiones Críticas

Volumen 8

Coordinadoras
CAROL PRONER
CHARLOTT H BACK



tirant lo blanch

Valencia, 2019

Copyright © 2019

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia

Directores:

**HÉCTOR OLASOLO
CAROL PRONER**

© Carol Proner, Charloth Back y otros

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 978-84-1313-987-6
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSC Tirant.pdf>

Directores de la colección:

HÉCTOR OLASOLO

Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH, Holanda; Catedrático de Derecho internacional en la Universidad del Rosario, donde dirige los Programas de Especialización y Maestría en Derecho Internacional, la Clínica Jurídica Internacional y el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP); Coordinador General de la Red de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia; Senior Lecturer en la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas (Holanda).

CAROL PRONER

Directora para América Latina del Instituto Joaquín Herrera Flores (Brasil); Co-directora de la Maestría en Derechos Humanos, Multiculturalidad y Desarrollo, Universidad Pablo Olavide y Universidad Internacional de Andalucía (España); Profesora de Derecho Internacional de la Universidad Federal de Río de Janeiro (Brasil).

COORDINADORAS

CAROL PRONER

Directora para América Latina, Instituto Joaquín Herrera Flores; Co Directora del Máster Oficial en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo, Universidad Pablo de Olavide y Universidad Internacional de Andalucía (España); Profesora de Derecho Internacional, Universidad Federal de Río de Janeiro (Brasil); Co directora de la Colección Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia.

CHARLOTTH BACK

Doctora en Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Pablo de Olavide (España); Investigadora, Red Multidisciplinar de Investigación “Perspectiva Epistemológica Ibero-Americana sobre la Justicia” (IIH, Holanda); Magister en Relaciones Internacionales, Universidad del Estado de Río de Janeiro (Brasil); Magister en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo, Universidad Pablo de Olavide y Universidad Internacional de Andalucía (España); abogada. Profesora de relaciones internacionales, Universidad Federal Rural de Río de Janeiro.

AUTORES

CAROL PRONER

Directora para América Latina, Instituto Joaquín Herrera Flores; Co Directora del Máster Oficial en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo, Universidad Pablo de Olavide y Universidad Internacional de Andalucía (España); Profesora de Derecho Internacional, Universidad Federal de Río de Janeiro (Brasil); Co directora de la Colección Perspetivas Ibero-Americanas sobre la Justicia.

CHARLOTTH BACK

Doctora en Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Pablo de Olavide (España); Investigadora, Red Multidisciplinar de Investigación “Perspectiva Epistemológica Ibero-Americana sobre la Justicia” (IIH, Holanda); Magister en Relaciones Internacionales, Universidad del Estado de Río de Janeiro (Brasil); Magister en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo, Universidad Pablo de Olavide y Universidad Internacional de Andalucía (España); abogada. Profesora de relaciones internacionales, Universidad Federal Rural de Río de Janeiro.

ÉRIC LAIR

Estudios de Doctorado en Sociología Política, Maestría en Ciencia Política, Especialización en Relaciones Internacionales y Licenciatura en Lenguas Extranjeras Aplicadas. Profesor e investigador del Centro de Estudios sobre Conflicto y Paz, Universidad del Rosario, Bogotá.

FELIX PABLO FRIGGERI

Profesor del curso de Relaciones Internacionales e Integración y del Máster en Integración Contemporánea de América Latina-ICAL, de la Universidad Federal de la Integración Latinoamericana-UNILA. Doctor en Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Entre Ríos, Argentina.

GISELE RICOBOM

Profesora del curso de Relaciones Internacionales e Integración y del Máster en Integración Contemporánea de América Latina-ICAL, de la Universidad Federal de la Integración Latinoamericana-UNILA. Actualmente en cooperación con la Facultad Nacional de Derecho, de la UFRJ. Doctora en Derecho por la Universidad Pablo de Olavide, España.

HÉCTOR OLASOLO

Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España); Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE.UU.). Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH, Holanda); Catedrático de Derecho internacional en la Universidad del Rosario, donde dirige los Programas de Especialización y Maestría en Derecho Internacional, la Clínica Jurídica Internacional y el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP); Coordinador General de la Red de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia; Senior Lecturer en la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas (Holanda).

JOSÉ MARÍA TOMÁS Y TÍO

Magistrado, presidente de la sección segunda de la Audiencia Provincial de Valencia; Presidente de la Fundación por la Justicia y del Tribunal Internacional para la aplicación de la Justicia Restaurativa en El Salvador.

LUCIA CARCANO

Abogada de la Universidad del Rosario (Colombia). Ex Monitora académica del curso de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y del curso Teoría del Derecho Internacional. Ex participante de la Clínica Jurídica Internacional de la Universidad del Rosario. Pasante del Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia transicional (IIH).

MANUEL GÁNDARA CARBALLIDO

Licenciado en Filosofía por la Universidad Santa Rosa de Lima, Caracas, Venezuela. Magister en Filosofía de la Práctica por la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela. Magister en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo por la Universidad Pablo de Olavide en Sevilla, España. Doctor en Derechos Humanos y Desarrollo por la Universidad Pablo de Olavide, en Sevilla, España. Miembro del Instituto Joaquín Herrera Flores y de la Red de Apoyo

por la Justicia y la Paz. Profesor en el Programa Oficial de Máster en “Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo” de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, España. Fue consultor internacional, responsable de formación y capacitación en el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR. Actualmente realiza una estancia postdoctoral en la Universidad Federal de Río de Janeiro, en el Programa de Postgrado en Derecho.

MARÍA JOSÉ FARÍÑAS DULCE

Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid (España). Doctora en Derecho. Profesora y Miembro de la Coordinación Científica del PPGD Máster y Doctorado en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo-UPO/UNIA, España; Profesora del Máster en Derechos Fundamentales del Instituto Bartolomé de las Casas y Profesora del Instituto de Sociología Jurídica de Oñati; Especialista en temas de Pluralismo Jurídico y Democracia y autora de libros y ensayos sobre el tema.

NATHALIE FERREIRA DE ANDRADE

Maestría en Políticas Públicas en Derechos Humanos por la Universidad Federal de Río de Janeiro-UFRJ. Licenciada en Derecho por la Universidad del Estado de Río de Janeiro-UERJ, trabajó como Asesora Jurídica en el Ministerio Público del Estado de Río de Janeiro, Asistente de la Procuraduría General del Estado y en la Secretaría Municipal de Educación de la Ciudad de Río de Janeiro. Actualmente, es funcionaria de la Universidad Federal del Estado de Río de Janeiro-UNIRIO e integrante del Colectivo Negro Patrice Lumumba-alumnos y ex alumnos de la Facultad de Derecho de la UERJ.

PAULO ABRÃO PIRES JUNIOR

Secretario General de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Profesor del PPGD Máster y Doctorado en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo-UPO/UNIA, España; Ex Presidente de la Comisión de Amnistía de Brasil; Ex Secretario General del Instituto de Políticas Públicas y Derechos Humanos de Mercosur-IPPDH; Miembro del Tribunal Internacional para la aplicación de la Justicia Restaurativa en El Salvador; Doctor en Derecho.

PILAR EIRENE DE PRADA

Abogada; Politóloga especializada en peacebuilding; Investigadora sobre el papel de la sociedad civil en procesos de paz en el Instituto de Sociología de Oñati, España.

ROSA MARIA ZAIA BORGES

Doctora en Derecho-Universidad de San Pablo, Brasil, con tesis sobre mediación como instrumento de justicia comunitaria; Directora de Acceso a Justicia junto a la Secretaria Pública de la provincia de Canoas/RS, Brasil; Ha participado de los proyectos “Justicia comunitaria” y “Pacificar”, ambos aprobados por el Programa Nacional de Seguridad con Ciudadanía del Gobierno Federal de Brasil.

A Tirant lo Blanch, el Instituto Joaquín Herrera Flores y el Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional, por haber hecho posible la creación de la Colección Perspectiva Ibero-Americana sobre la Justicia, en la que se publicarán los trabajos de la Red Multidisciplinar de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia.

Índice

Tabla de abreviaturas	15
Introducción.....	17
CAROL PRONER	
CHARLOTTH BACK	
 <i>Capítulo 1</i>	
La justicia comunitaria como instrumento de lucha por derechos en el siglo XXI.....	23
CAROL PRONER	
 <i>Capítulo 2</i>	
De la dificultad de pensar la justicia comunitaria. Notas al margen desde el pensamiento crítico.....	35
MANUEL E. GÁNDARA CARBALLIDO	
 <i>Capítulo 3</i>	
Justicia comunitaria: entre monismo y pluralismo jurídico	55
MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE	
 <i>Capítulo 4</i>	
A descolonização do Direito e a justiça comunitária no marco do Novo Constitucionalismo latino-americano	71
GISELE RICOBOM	
FELIX PABLO FRIGGERI	
 <i>Capítulo 5</i>	
Justiça comunitária como justiça legítima: afeto e conflito como elementos políticos emancipatórios	87
ROSA MARIA ZAIA BORGES	
PAULO ABRÃO PIRES JUNIOR	
 <i>Capítulo 6</i>	
Justicia comunitaria como justicia originaria.....	103
PILAR EIRENE DE PRADA	

Capítulo 7

- O “direito a dizer o direito”: os Tribunais Internacionais de Opinião como espaços de resistência comunitária 129
CHARLOTTA BACK

Capítulo 8

- Justicia comunitaria para restaurar. La singular experiencia del Tribunal de El Salvador (2009-2017)..... 159
JOSÉ MARÍA TOMÁS Y TÍO

Capítulo 9

- Justicia, (des)orden y grupos al margen de la ley: Miradas cruzadas sobre Brasil, México y Colombia..... 177
HECTOR OLASOLO
ÉRIC LAIR
LUCIA CARCANO

Capítulo 10

- Justiça comunitária como alternativa de acesso à justiça em favelas pacificadas —análise sobre a pretensa promoção de cidadania e direitos fundamentais instrumentalizados por equipamentos estatais de segurança 199
NATHALIE FERREIRA DE ANDRADE

Capítulo 11

- Justiça comunitária: ser livre *da* comunidade ou ser livre *na* comunidade? 211
ROSA MARIA ZAIA BORGES
PAULO ABRÃO PIRES JUNIOR

Tabla de abreviaturas

ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
AUC	Autodefensas Unidas de Colombia
ACMM	Autodefensas Campesinas del Magdalena Medio
ACMC	Autodefensas campesinas de Meta y Vichada
ANIDIP	Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal
art(s).	artículo(s)
Bacrim	Bandas criminales
BOPE	Batallón de Operaciones Especiales
BVA	Bloque Vencedores de Arauca
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CETA	Acuerdo Integral de Economía y Comercio
CIDH	Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CNMH	Centro Nacional de Memoria Histórica
CONVIVIR	Asociaciones comunitarias de Vigilancia Rural
coord(es).	coordinador(es)
Corte IDH	Corte Inter-Americana de Derechos Humanos
CPI	Corte Penal Internacional
ed(s).	edición(es) o editor(es)
EEUU	Estados Unidos de Norte-América
ELN	Ejército de Liberación Nacional (Colombia)
EUA	Estados Unidos de América
<i>et seq.</i>	y siguientes
FARC-EP	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo
GAOML	Grupos armados organizados al margen de la ley
GMH	Grupo de Memoria Histórica
<i>ibid</i>	obra citada
<i>ídem</i>	obra y página citada
IDHUCA	Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”

IIH	Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Holanda)
JEP	Jurisdicción Especial para la Paz
núm(s).	número(s)
OIT	Organización Internacional del Trabajo
p(p).	página(s)
p.ej.	por ejemplo
párr(s)	párrafo(s)
SIVJRNR	Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición
TCP	Tribunal Constitucional Plurinacional
TPP	Tribunal Permanente dos Povos
TTIP	Acuerdo Transatlántico para el comercio
UE	Unión Europea
UPP	Unidad de Policía Pacificadora

Introducción

La justicia comunitaria en el mundo retrocede en derechos y garantías jurídicas.

En este volumen, trabajamos desde un abordaje crítico las teorías del derecho, para acercar la realidad de la idea de justicia. Las teorías de justicia tradicionales son insuficientes para obtener resultados concretos, dado su nivel de abstracción y alejamiento del mundo cotidiano.

Como si una manta de lucidez y de realidad hubiera bajado sobre los analistas de derechos humanos, hasta los más optimistas e institucionalistas están de acuerdo en que vamos rumbo a la regresión en garantías y derechos en todo el planeta. No hay razón para mucho optimismo —ni siquiera en el viejo continente, que cada día está más protegido de los “invasores hambrientos huyendo de las guerras y del hambre”.

El marco de las Naciones Unidas en temas de derechos humanos —y acá, como reserva, cabe una reflexión respecto del sistema universal, de los sistemas regionales y de las constitucionales en el marco del “consenso civilizatorio universal”— es cada vez más ambiguo y ambivalente.

Ambiguo porque, a la vez que se ha visto desconsiderado el sistema de las Naciones Unidas en muchas ocasiones en las que se esperaba su actuación y control para que pudiera cumplir sus objetivos de contener la violencia y resguardar la paz, también se ha visto instrumentalizado por las más diversas razones, sea por el sistema de financiamiento, sea por las burocracias endógenas y fortuitas que hacen que el sistema de organismos, consejos, comités y grupos de trabajo se muestre muchas veces ineficiente o insuficiente, sea porque efectivamente se ha practicado una inversión de sus fines últimos; es decir, la utilización del propio derecho internacional de los derechos humanos, o los “derechos humanos” y el “humanitarismo” como conceptos abstractos, para violar derechos humanos en la práctica (citando al filósofo de la economía humana, Franz Hinkelammert en una de sus principales categorías).

Ambivalente porque, a la vez que se puede cuestionar el papel que juega el universalismo y su relación con la diversidad y con el multiculturalismo —e incluso, por veces, entender que la manipulación discursiva e institucional de los derechos humanos se asemejan a casos de “law fare” de los más injustos y pérfidos que se pueden imaginar—, no estamos en tiempos de recusar el legado que nos ha brindado la modernidad y las conquistas del consenso universal a lo largo de siglos de una racionalidad defendible en términos ideales en muchos aspectos. No estamos para rechazar las garantías internacionales y nacionales, con lo que tenemos un marco de garantía universal ambivalente.

Sin embargo, es preocupante cómo el vaciamiento de contenido de los conceptos hace que el Sistema de Naciones Unidas sea instrumental para los más diversos fines, incluso para implementar agendas contrarias a los propios derechos humanos y las garantías jurídicas mínimas en cualquier cultura del derecho. También el campo jurídico nos permite ver la dimensión de la regresión hasta en las más básicas garantías plasmadas en convenciones internacionales, incluso las más antiguas, los consensos del postguerra debatidos ampliamente e incorporados en cartas constitucionales de casi todas las constituciones. Retroceden derechos civiles y políticos, o sea, retroceden los mal llamados “derechos de primera generación”, que corresponden en términos políticos al pacto de la democracia liberal de la postguerra. Pacto que Chomsky nos cuenta en su último trabajo (“El fin del sueño americano”), que se está deteriorando de modo vertiginoso desde los años 90 por un modelo económico y político que trasciende la necesidad de hacer cualquier especie de pacto democrático.

CAPITALISMO SIN DEMOCRACIA-POST DEMOCRACIA

Sin democracia —y por supuesto que el pacto de postguerra sumado a la derrocada de las utopías socialistas solo nos permite hablar de democracia liberal—, ¿qué podemos esperar de los demás derechos? Los derechos que decorren de la intervención del Estado, del poder público, en la economía para limitarla, o, en otros términos, ¿un Estado que pueda limitar el poder del sector privado cada vez más desterritorializado, totalizador y sin límites?

“La gran regresión” es una realidad en número de incremento de la pobreza y en la falta de acceso a la justicia (entendiendo como expectativa mínima de acceso a algún reclamo de modelo de justicia, sea cual sea). Además, el escenario es sombrío en términos de grandes sistemas de protección internacional y doméstico. Este es también el título del libro de Jacques Génèreux, profesor de la SciencesPo, que habla de un engranaje de regresión general, que está en la esencia del capitalismo; un poder exorbitante, mundializado, una civilización entera en marcha-atrás, a nivel económico, moral, político, cultural, jurídico y ecológico.

En ese escenario global, al igual que cualquier tema urgente en términos de justicia, se sitúa también la cuestión de la “justicia comunitaria”. Y, como se verá en la problematización de la existencia de comunidades en América Latina, no se puede considerar el análisis comunitario apartado de este contexto general regresivo y excluyente que impacta, por evidente causalidad, en la formación de las más diferentes comunidades y sus condiciones de vida. Impacto tanto para evaluar aspectos positivos de un vivir comunitario —y son muchos los que podemos reconocer desde lo teórico-conceptual hasta lo práctico-vivencial—, como para analizar los efectos perversos en las vidas sometidas a esquemas cerrados de orden, control social y justicia; lo que puede significar códigos de conducta de los más crueles que la mente humana es capaz de obrar. Todo está interconectado con el modelo de exclusión global.

En el estudio que nos proponemos hacer —trabajar la función, las características y el alcance de la justicia comunitaria como instrumento de lucha por derechos en el siglo XXI, derechos humanos y criterio de justicia a partir de una racionalidad de resistencia—, nos interesa específicamente encontrar formas de justicia comunitaria que puedan ser consideradas modelos alternativos; que se puedan defender como un posible “criterio de justicia”, un instrumento de lucha por derechos en contextos en que no hay otra posibilidad de buscar ayuda, pues el Estado no está presente o bien está cooptado por la fuerza del mercado o de las elites políticas. En ese punto del análisis teórico es fundamental entender que la realidad misma es —y debe ser— inseparable de la construcción del estudio.

Teorías abstractas y soluciones jurídicas formales, que obedecen a modelos predeterminados e “ideales”, nos han dejado exactamente donde estamos ahora; con una lógica incommunicable entre los hechos y la teoría, entre la realidad y la abstracción sobre lo real: no coincide el deseo de una sociedad justa, igualitaria y fraterna con un mundo que sigue marcha-atrás. Y el mundo comunitario depende de un acercamiento de realidad para ser comprendido en su totalidad plural.

En ese contexto hemos creado una propuesta inicial de metodología para una obra colectiva, con la participación de los colaboradores del grupo sobre Justicia Comunitaria de la Red Multidisciplinar de Investigación “Perspectiva Epistemológica sobre la Justicia”. El libro se desarrolla en cinco grandes temas, los cuales son identificados a lo largo de los artículos: abordaje metodológico; la justicia comunitaria como ruptura epistémica y decolonial de los pueblos latinoamericanos; la justicia comunitaria como mecanismo político de emancipación de grupos subalternizados; la justicia comunitaria en las periferias urbanas del capitalismo; y las posibilidades y limitaciones del ejercicio comunitario. La organización optó por no dividir los artículos en sesiones apartadas y temáticamente definidas, con la finalidad de sostener una línea de discusión interdisciplinaria, interconectada y eminentemente crítica de los aspectos de la vida comunitaria.

El libro empieza con una definición conceptual, ideológica y política del objeto de estudio principal de nuestro grupo: la justicia comunitaria. Carol Proner hace un abordaje teórico crítico de ciertas nociones que impregnan nuestro objeto, como la pluralidad, la legitimidad, la institucionalidad y la coerción.

Siguiendo el hilo metodológico, Manuel E. Gándara Carballido presenta cuáles son los condicionamientos que se imponen a quienes desde la episteme moderna se proponen pensar las prácticas de justicia comunitaria. Tal reflexión es válida para analizar tanto las aproximaciones de la doctrina latinoamericana sobre el tema como para guiar el análisis de las propuestas de la presente obra.

La catedrática Maria José Fariñas Dulce evidencia en su artículo las tensiones entre monismo jurídico y pluralismo jurídico, entre colonialismo y descolonización, entre Estado y comunidad, entre Modernidad y Posmodernidad —todas ellas identificadas con nuestro objeto de análisis y presentes en los casos registrados en nuestro libro.

A partir de estos paradigmas y de los conflictos entre ellos, pasamos a la identificación de las raíces de la oposición entre justicia oficial —estatal— “moderna” y las diferentes formas de justicias informales —comunitarias— “atrasadas”, especialmente en cuanto a la descolonización del derecho, resultado de los movimientos del nuevo constitucionalismo latinoamericano a partir del reconocimiento de la justicia comunitaria, como bien exponen Gisele Ricobom y Felix Pablo Friggeri.

Todavía en la discusión sobre Modernidad, formalidad y justicia, Rosa Maria Zaia Borges y Paulo Abrão Pires Junior se implican en el debate sobre el rescate de la afectividad para la comprensión de los presupuestos que legitiman y sostienen la constancia del espacio público como *locus* de producción de relaciones sociales y políticas y de resolución de conflictos.

Totalmente interconectados a estos procesos, nos acercamos a la realidad con algunos casos específicos de uso de la justicia comunitaria como herramienta de lucha por los derechos humanos: la experiencia indígena colombiana analizada por Pilar Eirene de Prada, las experiencias de los tribunales internacionales de opinión observadas por Charlott Back y la singular experiencia del Tribunal de El Salvador detallada por José María Tomás y Tío.

Sin embargo, la realidad también revela las limitaciones y contradicciones que nuestra herramienta de justicia comunitaria contiene, como lo demuestran los análisis de Hector Olasolo, Éric Lair y Lucia Carcano sobre las actividades de los grupos armados organizados al margen de la ley en comunidades latinoamericanas (en particular en Brasil, México y Colombia), y el estudio de Nathalie Ferreira de Andrade sobre las Unidades de Policía Pacificadora en favelas del Río de Janeiro y el pretendido ejercicio de ciudadanía por medio de la promoción de justicia en estos espacios.

Como conclusión, Rosa Maria Zaia Borges y Paulo Abrão Pires Junior nos ofrecen una reflexión sobre los alcances de la justicia comunitaria, los cuales podrían contribuir para la real y efectiva emancipación de los sujetos y para la realización de una democracia viva en América Latina en el siglo XXI.

La expectativa es que la presente obra pueda auxiliar en los entendimientos acerca de las dimensiones de la justicia comunitaria, situándola en los estudios críticos del derecho y de las teorías de justicia.

Río de Janeiro, 25 de marzo de 2019

Carol Proner
Charlottth Back

Capítulo 1

La justicia comunitaria como instrumento de lucha por derechos en el siglo XXI

Carol Proner

“La justicia comunitaria como instrumento de lucha por derechos en el siglo XXI —derechos humanos y criterio de justicia a partir de una racionalidad de resistencia”.

INTRODUCCIÓN

La Justicia comunitaria es un campo extremadamente amplio y que exige un gran esfuerzo contextual, conceptual y analítico, no solamente teórico sino especialmente con respecto a las prácticas comunitarias para que se pueda arriesgar criterios, caracterización y clasificación, aprovechando y compilando mucho de los estudios que se han realizado hasta hoy.

Considerando décadas de investigaciones sobre la justicia comunitaria iberoamericana, que han creado centenas de referentes en el campo de la filosofía, antropología, sociología, derecho y del pensamiento en general sobre derecho comunitario, el tema es uno de los más difíciles de la sociología jurídica porque exige un acuerdo metodológico de comprensión *ab initio* para pensarlo de modo sistematizado y con actualidad, una vez que los matices geográficos, culturales y de tiempo histórico pueden definir diferentes tipos de abordaje, sus características y consecuencias diversas.

A la vez, el aspecto que más define el abordaje es la definición de un criterio base o una razón-fin por la cual se quiere comprender justicia comunitaria. Los límites y posibilidades de la justicia comunitaria a partir del objetivo que se pretende investigar es lo que va a definir las sendas del estudio. Si es un tema de construcción de espacios locales de democracia; si la investigación va a destacar la afirmación de normas identitarias, la afirmación de normas de grupo y construc-

ción de buen vivir; si son temas de restauración, justicia transicional comunitaria; de seguridad pública comunitaria por complementación o ausencia del Estado; si son temas de políticas comunitarias de inclusión; o temas de igualdad, reciprocidad, defensa identitaria y responsabilización; si los estudios delimitan los temas en el campo de los conflictos criminales, de prevención y solución de delitos dentro de una comunidad; todas perspectivas que, una vez definidas como objeto de atención analítica, cambian el abordaje que puede asumir la temática de la justicia comunitaria.

Un ejemplo del desafío de conceptualización está en comprender justicia comunitaria como un “modelo de administración de la justicia” realizada por un “grupo social” de acuerdo con su “identidad” y con “independencia del modelo Estatal”, la cual es una de las definiciones posibles y bastante recurrentes, pero que, como tal, excluye otras definiciones/realidades. Esta definición general parte de la idea de que un grupo social tramite sus conflictos dentro de la dinámica identitaria y de pertenencia exigiendo como condición al menos dos elementos: la administración de la justicia y la comunidad identitaria, además de definirse con independencia del modelo del Estado.

El límite de los abordajes que consideran esta definición *a priori* deja de fuera modelos en que el Estado participa total o parcialmente de experiencias de justicia comunitaria, creando mecanismos en que las dinámicas locales complementen el sistema general de administración de la justicia estatal. La conceptualización también excluye la sistemática de justicia que se desarrollan en comunidades dichas tradicionales y que el Estado, por prescripción legal, les confiere estatus de validez ante el ordenamiento estatal (el caso conocido del sistema boliviano y de la Ley de Deslinde Jurisdiccional de 2010). Por fin, no considera comunidades que no son tradicionales u originales, pensando por ejemplo en modelos de comunidad excluidas del modelo capitalista hegemónico u otras.

En ese sentido, el desafío que el tema plantea es bastante motivador porque la realidad de las prácticas normativas en diálogo, complementación, paralelismo o incluso en contra de las jurisdicciones estatales, abre un campo vastísimo para investigar modelos de justicia, pluralismo jurídico, o sea, límites y posibilidades a muchos problemas de la justicia estatal y de la justicia comunitaria.

El tema del pluralismo es inseparable del de la justicia comunitaria y, como tal, nos da también la dimensión del desafío que supone delimitar y definir criterios para la investigación. Del pluralismo que se ampara en la antropología jurídica, sociología jurídica, derecho comparado, jurisdicciones internacionales, pasando por los órdenes legales paraestatales de la *lex mercatoria* hasta las redes transnacionales con poderes regulatorios, tenemos una gama amplísima de temas para desarrollar la investigación sobre justicia comunitaria porque, también en el concepto de pluralismo, existe una ausencia de definición clara sobre lo que es derecho y cuales reglas deben ser consideradas en el espectro analizado como siendo derecho.

Considerando esos acuerdos iniciales, optamos por traer como referencia dialogal a ese tema, para fines de comprensión del concepto-herramienta, un estudio de Boaventura de Sousa Santos que ha resultado histórico e inaugural de muchas investigaciones posteriores, y que es bastante actual y pertinente al tema por su destacada comprensión del sentido de la justicia comunitaria a partir de una racionalidad de resistencia como criterio de justicia frente a la injusticia social, económica, cultural, civil-política y, por supuesto, jurídica.

En otras palabras derechos humanos y criterio de justicia a partir de una racionalidad de resistencia.

CONCEPTO HERRAMIENTA Y LA COMPRENSIÓN DEL PLURALISMO

Para perseguir el objetivo de comprensión de la justicia comunitaria a partir de una racionalidad de resistencia, vamos a partir de un concepto amplio, desde la perspectiva socio jurídica y que pueda abarcar diversas situaciones y contextos: La justicia comunitaria presupone la idea del derecho entendido como procesos regularizados y de principios normativos considerados justiciables en un dado grupo, que contribuyen para la creación y prevención de litigios y para la resolución de estos por intermedio del discurso argumentativo, de amplitud variable, apoyado o no por la fuerza organizada.

Lo que se puede destacar de este concepto-herramienta, tomado en préstamo de Boaventura de Sousa Santos (1998), es la definición, en última instancia, de formas de administrar y mitigar conflictos o

litigios en un determinado grupo, facilitando la solución de las controversias por intermedio de un discurso argumentativo amparado o no por estructuras institucionales.

La primera cuestión que llama la atención es el reconocimiento de que, en un mismo espacio geopolítico —Estado Nación—, existen y coexisten más de un derecho, situación que pone en jaque los presupuestos constitucionales del Estado moderno.

El pluralismo jurídico siempre ha existido; aún con el derecho romano había que considerar el intercambio cultural resultante de las “invasiones bárbaras”, pero lo que más implicaciones genera es su reconocimiento como enfrentamiento a la cultura dominante, o sea, como relaciones de poder. Eso es evidente en los procesos de colonización/descolonización, el choque entre culturas de imposición y de conquista derivados de los proyectos de expansión y conquista de los Estados-nación y de la estandarización del régimen jurídico caracterizado por el monismo oficial.

En los procesos coloniales, el derecho del colonizador es potencialmente usurpador de derechos y culturas colonizadas. Esa situación original es potencialmente violenta y ha generado pluralismos jurídicos que son resistentes en el tiempo; formas de vivir que han sobrevivido en la resistencia al empadronamiento cultural del dominador (“comunidades quilombolas” en Brasil, para poner un ejemplo).

En ese sentido, además del problema del choque entre culturas (y las infinitas consecuencias dramáticas que de ello se pueden suceder), está la cuestión del reconocimiento, de la producción jurídica no estatal (fuera del Estado, paralela al Estado o inclusive contra del Estado), dificultades de diálogo entre sociología jurídica, antropología y filosofía del derecho frente al derecho Estatal/constitucional, dificultando el establecimiento de criterios de legitimidad o reconocimiento/validez. La tendencia es reconocer como oficial, hegemónico y válido solamente el sistema cerrado de la racionalidad técnico-jurídico del proyecto constitucional del Estado Liberal —que es el fundamento de autoridad del Estado moderno. Los pluralismos son, normalmente, o ignorados o rechazados y discriminados.

¿PERO HAY UN DERECHO MÁS LEGÍTIMO QUE OTRO?

La tensión, muchas veces maquillada o disfrazada por la abstracción teórica de las teorías sistémicas, aparece claramente en las relaciones sociales y en la praxis social. Como enseña Sousa Santos, es necesario bajar la investigación al campo empírico para ampliar el debate y ver claramente la cuestión del pluralismo. O mejor, de los pluralismos, considerando que el discurso jurídico en general y el discurso judicial en particular es un discurso pluralístico.

El estudio inaugural que Boaventura de Sousa Santos ha realizado sobre el “derecho de Pasárgada”, análisis del discurso y del poder presente en las comunidades marginales de los grandes centros urbanos latinoamericanos, nos sirve para pensar el fenómeno del pluralismo jurídico y de la justicia comunitaria en conformaciones urbanas marginalizadas que son la regla en Latinoamérica. El estudio de “Pasárgada”, como lugar imaginario, ha sido realizado en Rio de Janeiro, Brasil, pero que podría ser en cualquier otra parte, y el empeño teórico van a llevar a Sousa Santos por otros caminos como el de la sociología de las ausencias, de las emergencias, gramática del tiempo, ecología de los saberes, pero que en su detenida experimentación teórico-vivencial le ha permitido destacar algunos elementos que nos pueden servir para comprender otro tipo de racionalidad y que puede servir de resistencia frente a modelos excluyentes de producción jurídica.

Pasárgada es un modelo analítico reduccionista y, como suele ocurrir, trae problemas y límites que necesitan del investigador la capacidad de ponderación del ejemplo-modelo. Pero el tema de la marginalidad urbana y la producción jurídica es central en Latinoamérica y es también muchas veces acumulativo a un problema de justicia comunitaria originaria o tradicional, dado que las culturas originarias están suburbanizadas, precarizadas, marginadas también en el sentido de explotación capitalista.

Y acá es necesario enmarcar bien el trabajo del grupo de investigación con respecto a la justicia comunitaria, porque son los barrios marginales de países del tercer mundo, reproducidos por los procesos de explotación de la clase obrera industrial (ejército de reserva —en claves marxistas), que representan la regla poblacional— gran cantidad de concentración humana —y, como tal, también es el espacio donde ocurren y se resuelven la gran mayoría de los conflictos hu-

manos y sociales y las relaciones interculturales en una racionalidad capitalista cada vez más intolerante y excluyente.

Datos de la UN HABITAT/IPEA (2012) indican que 111 millones de personas viven en favelas en los países de América Latina (Estudio “*Estado das Cidades da América Latina e Caribe*”), sin acceso a salud, a servicios básicos; los pobres llegan a 180 millones, mitad de ellos viven en Brasil, gran parte en México, países latinoamericanos considerados los más desiguales del planeta y con niveles de segregación brutales.

Esos son efectos del capitalismo periférico que es totalizante y aplastador de culturas, imponiéndose como modelo jurídico dominante, incluso por encima de las Constituciones y de los derechos fundamentales. Las favelas son ejemplos porque de ellas derivan una serie de formas del uso del derecho paralelas al derecho oficial. Ejemplo: Son ilegales las casas (chabolas precarias que se construyen), les falta el título de propiedad del terreno, de la tierra, además de que se violan reglas (municipales, estatales) de construcción de edificios en áreas urbanas. Es un “estatuto de ilegalidad” lo que mueve las comunidades organizadas a luchas colectivas para la legalización, porque significa una lucha por la supervivencia colectiva que, *contrario sensu*, justifica la ilegalidad de la ocupación.

El duro cotidiano y la permanente victimización colectiva por la ausencia de los servicios del Estado —distribución del agua, red eléctrica, sanidad básica, pavimentación de calles—, además de remociones, especulación inmobiliaria, llevan a la auto organización para mejorar las condiciones de vida y defender sus opciones y decisiones: brigadas de trabajo de autogestión para encontrar formas de distribución de agua, luz (cables sin seguridad), recoleta de basura cuando es posible; asimismo, temas más complejos como seguridad, ordenamiento de las relaciones sociales entre los habitantes, fortaleciendo la comunidad para evitar la imposición del Estado a su desaparición forzosa.

En el caso de América Latina, esas congregaciones urbanas surgen en la década de los 60, impulsadas por el éxodo rural, por las crisis económicas, y van ganando los alrededores de los centros urbanos. La auto organización se da por intermedio de asociaciones de vecinos que coordinan acciones de la vida colectiva a varios niveles, y con el

fin, entre otros, de defender los intereses de las comunidades frente a las agencias del aparato estatal y la vida misma. Con el tiempo, no es difícil que esas asociaciones pasen a asumir funciones ni siempre previstas directamente en sus estatutos, como prevenir y arbitrar conflictos.

Algunas de las relaciones pueden tener origen en contratos más o menos formales (compra venta, arrendamiento), negocios jurídicos que involucran derechos de propiedad, usufructo, derechos reales sobre la tierra, los bienes muebles, inmuebles, habitaciones individualmente apropiadas (derechos de apropiación).

Muchas de las relaciones son idénticas a las jurídicas estatales, aunque informales o ilegales frente al derecho oficial. Dentro de la comunidad, lo que no es considerado legal o regular para el derecho estatal puede ser considerado legal o regular, habitual, convencional, tradicional, o sea, reglas paraestatales que asumen la condición de “norma”, de un derecho comunitario estableciendo los límites de una justicia igualmente comunitaria.

La asociación de moradores puede asumir un status jurídico de “fórum” para aplicar “el derecho de Pasárgada”, conforme explican los estudios de Boaventura de Sousa Santos; un derecho no oficial, pero existente, efectivo, que cubre la interacción jurídica al margen del derecho estatal. Aquí la *grundnorm* (norma básica kelseniana) de la propiedad es sustituida por la tierra de Pasárgada (posesión y propiedad), la ocupación ilegal (según el derecho del asfalto, categoría del autor). En ese sentido el derecho comunitario, a su manera, reconoce y sacraliza el derecho de propiedad (luchas marginales no revolucionarias en el sentido de la propiedad) y muchos otros derechos/valores en condición de espejo de la comunidad/sociedad más amplia (y del capitalismo periférico como racionalidad dominante).

El espacio jurídico, foro u asociación de moradores o vecinos es lugar de ratificaciones de relaciones jurídicas, prevención de conflictos y resolución de disputas emergentes; mediación realizada por una autoridad, un eventual presidente, que realiza la justicia comunitaria. Los contratos y rutinas recurren a ciertas formalidades, documentos dactilografiados, leídos entre los presentes, firmados por las partes con testigos, estampado, archivado muchas veces, aunque no se res-

peta un modelo único. Menos formalidad, pero no significa menos autoridad ni menos legitimidad o efectividad.

El discurso jurídico comunitario es también especial. La retórica de la decisión que no observa una aplicación unívoca de la norma/ley sino su aplicación gradual, provisoria, reversible, con un nivel intenso de facticidad y concretud en el análisis del caso. Se hacen presentes *topoi* distintos: vecinos, persuasión, estigmatización de los recalci-trantes, a veces referencias a las leyes del asfalto, al derecho oficial, se crea una atmosfera de oficialidad y normatividad (autoridad) como camino para la decisión.

Los *topoi* son otros, distintos de la jurisdicción “una” estatal. Son topos del equilibrio, topos de justeza, topos de cooperación, del buen vecino, como explica Sousa Santos. La decisión se va construyendo a la vez que se analiza (discurso jurídico simultáneamente dialógico y antitético, digresivo y lateralizado).

Las decisiones a veces tienen el propósito de contabilizar los pormenores de los méritos de las pretensiones. En ese sentido, la decisión puede asumir la forma de una “mediación”, y el resultado nunca es el de suma cero (ganador/perdedor) que domina los sistemas jurídicos oficiales de los estados. Se ven las ganancias reciprocas, donde el mediador (juez/autoridad comunitaria) juega un papel activo y constitutivo con intento de distanciamiento (aunque precario).

Además de los *topoi*, Sousa Santos también ha identificado otros recursos de hermenéutica comunitaria, proverbios, máximas, moralejas, referencias bíblicas, *clichés*, slogans, señales, lubricantes del discurso, del lenguaje, lenguaje no oficial, inadecuado, un discurso retórico, posibilidad de accidente total, regreso a cero, rechazo, situaciones en que parece necesario empezar otra vez. Esa es la forma antídoto eficaz del “legalismo posible” en situaciones comunitarias, donde prevalece un discurso abierto, permeable a influencias y que conlleva riesgos.

Otra característica típica de ese derecho plural es que el objeto del conflicto no es delimitado de una vez en el inicio del proceso —como suele ser en el derecho estatal—, sino que se va construyendo, alargándose, cambiando desde la propuesta original y desde los objetivos. Las partes no son necesariamente iguales frente a las ponderaciones, sus posiciones relativas influyen en la medida de la participación.

El proceso estatal procura separar la relación sujeto/objeto procesal que es restrictiva a los autos del proceso formal. Entran otras variables, otras cuestiones relevantes o irrelevantes, explícitas o implícitas.

En los deslindes comunitarios, las exigencias procesales son flexibles, son selectivas, les falta uniformidad, son a veces caóticas. Las formas adquieren carácter instrumental, una vez que pueden contribuir para que se llegue a una decisión, pero no será la falta de cumplimiento de una formalidad por perjudicar definitivamente la pretensión, con lo cual se puede llegar más fácilmente a un acuerdo. Los formalismos son argumentos y no están lejos del espejismo con el derecho oficial. Los contratos son reducidos a escritos (considerados elementos formales de compromiso) para garantizar la seguridad jurídica. Es, se puede decir, un tipo de formalismo popular, distinto y distante de la racionalidad formal del derecho estatal moderno (weberiano), que distingue en categorías polares forma-contenido, proceso-sustancia, y que va en contra de la lógica material y, como tal, arbitraria.

El lenguaje común, vulgar, popular, no profesional, es el que se hace presente en el derecho comunitario; pero eso no significa que no se utilicen términos formales, lenguaje técnico al igual o semejante al oficial, creando un elemento de distancia o un retiro retórico siempre que sea necesario para acelerar la implantación persuasiva de una decisión. Es un lenguaje técnico popular. Y el silencio, vacío caótico entre las palabras habladas, es una realidad comunicativa estructurante, parte del lenguaje, algo muy característico de los deslindes comunitarios. Hay un silencio escrito y un silencio hablado administrado por la autoridad comunitaria en ese *métier* de la articulación entre habla/silencio, un juego para captar los diferentes ritmos temporales a que es sometido el procesamiento en litigio.

Al igual que las formas alternativas de lenguaje, también las cosas, espacios, artefactos, mobiliarios, carteles, computadoras, formularios, estatutos, todo es distinto a lo oficial estatal, pero existe, contextualmente, para crear el efecto de distancia, de alejamiento, como explica Sousa Santo, con el objetivo de dramatizar la atmósfera de oficialidad y normatividad de la asociación como foro legítimo.

El espacio retórico del derecho comunitario suele ser más amplio que el del derecho del Estado y el grado de institucionalidad del derecho producido en comunidades, cuando comparado a las estructuras

estatales del sistema de justicia, tiene un sentido muy bajo de institucionalización.

Igualmente precarios son los mecanismos de coerción producidos por la justicia comunitaria. Como explica Sousa Santos, *in extremis* se puede accionar las fuerzas policiales, pero no es normal que sea así, considerando que, en el seno de la comunidad, policía es sinónimo de violencia contra los comunitarios, especialmente cuando se confunden con milicias. Y acá tenemos lo más difícil del tema de la justicia comunitaria, pues normalmente la forma paralela de coerción o sanción no sigue los límites del derecho formal ni observa garantías fundamentales presentes en las tradicionales cartas de derecho. La forma de coerción más común es la amenaza, la intimidación, muchas veces pasando a la lógica de lo irrazonable. Las sanciones pueden ser bastante inhumanas.

Este es el gran debate de la justicia comunitaria de las periferias precarizadas: los límites de la violencia, de la pena, de la sanción frente a las conquistas civilizatorias de un universalismo/constitucionalismo que ha indudablemente generado consensos amplios, derechos y garantías. Aun considerándolo ambiguo por los resultados imprevisibles e imprecisos frente a la tradición de la llamada seguridad jurídica del derecho estatal, el derecho y la justicia comunitaria existen como realidades inexorables y es imposible negarles existencia y, como tal, consecuencias jurídicas, siendo criterios de justicia plural y diversa.

La realidad del pluralismo genera una serie de consecuencias no siempre pacíficas frente al derecho y la justicia estatal; preguntas complejas y cuestionadoras que desnudan realidades paralelas, mundos desiguales e injustos entre incluidos e excluidos: ¿Qué ha pasado con el Estado a lo largo de las décadas frente a esta situación de hecho? ¿Ha dialogado? ¿Ha buscado formas de asunción de esos espacios, ha asumido su papel? ¿Ha generado formas alternativas para proporcionar servicios públicos en esos espacios vulnerados? ¿Ha promocionado la seguridad pública? ¿Ha reprimido aún más que la propia violencia existente en el seno de la comunidad?

Algunas de esas cuestiones son trabajadas en el presente libro, dedicado a explorar los efectos, dificultades y riquezas de la justicia comunitaria en América Latina en el siglo XXI.

REFERENCIAS

- Herrera Flores, J. (2011). “16 premisas de una teoría crítica del derecho”. En: Proner, C.; Correas, O. (Coord.) *Teoría crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores*. Belo Horizonte: Fórum, pp. 13-22.
- (2008). *La reinención de los derechos humanos*. Valencia: Atrapasueños.
- Santos, B. de S. (1973). *Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada*. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura_pasargada_passar.pdf
- (1998). *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia e Instituto Latinoamericano de Servicios Legales ALternativos-ILSA.
 - (2009). *Sociología Jurídica Crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Trotta Editorial/ILSA.
- UN HABITAT/IPEA (2012). Estudo “*Estado das Cidades da América Latina e Caribe*” 2010-2011. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/100408_cidadesdomundo_portugues.pdf

Capítulo 2

De la dificultad de pensar la justicia comunitaria. Notas al margen desde el pensamiento crítico

Manuel E. Gándara Carballido

Queremos a través de las siguientes reflexiones hacer un llamado de atención sobre la necesaria cautela que han de guiar las aproximaciones que desde instituciones estatales o académicas se pudieran hacer a las distintas expresiones de justicia comunitaria. Creemos necesario un ejercicio de vigilancia epistémica al respecto.

De las múltiples experiencias en que se suscitan formas de justicia comunitaria, estas reflexiones tienen como referencia el mundo de vida de las comunidades populares urbanas de América Latina (barrios en Venezuela, favelas en Brasil, villas en Argentina...), sus formas de organización y su búsqueda por condiciones de vida digna; ello no obsta para que las reflexiones planteadas puedan ser válidas también a la hora de pensar en los desafíos que implica la reflexión sobre justicia comunitaria en otros ámbitos.

El ejercicio de distintas formas de justicia comunitaria confronta la pretensión del Estado moderno de ejercer como único formulador de normas válidas y su demanda de confiscación del conflicto. Siendo así, cabe preguntarse qué condicionamientos se imponen a quienes desde la episteme moderna se proponen pensar las prácticas de justicia comunitaria; episteme en la que se inscriben en su casi totalidad las pautas de reflexión que se realizan desde la academia y desde el resto de las instituciones estatales.

La narrativa desde la que busca legitimarse la acción del Estado moderno para administrar justicia, con sus pretensiones de racionalidad, formalismo, universalidad, refiere a la supuesta despersonalización del poder que caracterizaría su accionar, ignorando (¿inconscientemente? ¿ingenuamente?) las relaciones de poder que atraviesan tanto al conjunto de la sociedad como a la propia configuración del

Estado y sus instituciones. Un análisis hecho desde las instituciones estatales debe conllevar la conciencia de los sesgos que implican tales pretensiones y la ignorancia de estos elementos. De igual manera, alertamos sobre la necesidad de esta cautela en los juicios que se pretendan hacer desde la comunidad académica, dado su lugar de habla condicionado tanto en términos de clase como de ubicación al interior de la matriz cultural moderna, al menos para la mayoría de los casos.

Siguiendo la perspectiva propuesta por Loïs Wacquant (2010), proponemos la necesidad de un análisis que incorpore tanto la crítica epistemológica como la crítica social, cuestionando al mismo tiempo las formas de pensamiento y las formas de vida colectiva, el sentido común y las relaciones sociales y políticas. Consideramos que el pensamiento crítico debe dar cuenta de un discernimiento que atienda tanto al proceso socio-histórico, identificando en él las distintas dinámicas de dominio y exclusión, como a las categorías de conocimiento desde las que dicho proceso es regularmente comprendida. Solo así, creemos, será posible plantear alternativas invisibilizadas en las prácticas sociales y en las teorías y narrativas hegemónicas. En ese sentido, creemos necesario, a la hora de intentar una reflexión sobre la justicia comunitaria, atender tanto a la configuración histórica del Estado en el contexto latinoamericano, como a los límites que impone una mirada propia del sujeto moderno en su valoración de tales prácticas de justicia.

Procederemos desglosando algunas ideas en torno a las particularidades del Estado en América Latina, las características de su implantación, y la dinámica de relación específica que establece con los habitantes de los sectores más empobrecidos, para pasar luego a formular algunos desafíos políticos y epistemológicos surgidos del proceso socio-histórico que nos es propio. Para finalizar, presentaremos algunas opciones ético-políticas desde las que creemos es posible y tiene sentido pensar y actuar en el escenario que describimos.

EL ESTADO COMO PROBLEMA EN AMÉRICA LATINA

Para realizar una descripción y análisis de la configuración histórica del Estado en América Latina nos resultan de gran ayuda los aportes que realiza Helio Gallardo (2010) en su artículo “Teoría crítica

y derechos humanos. Una lectura latinoamericana”. En dicho texto, Gallardo plantea que en América Latina los Estados no se han configurado como Estados de derecho, entendiendo como características de éste el imperio de la ley, la división de poderes, la producción de una identidad nacional, entre otras; en lugar de ello, los Estados latinoamericanos funcionan, según analiza el autor, como maquinarias patrimoniales o rentistas y clientelares.

Así, nos encontramos con Estados frágiles y contradictorios de cara a los fines que justificarían su existencia; fragilidad que se pone en evidencia al observar su legislación, la actuación de sus cuerpos burocráticos y tecnocráticos, la capacidad para producir autoestima nacional, el accionar tanto de sus minorías políticas dirigentes como de sus organizaciones, además de sus aparatos clericales y sus principales medios de comunicación masiva (Gallardo, 2010).

Esta fragilidad del Estado en América Latina, agrega Helio Gallardo, tiene como correlato la inexistencia o la tendencia a la desagregación de sus sociedades civiles. “A un Estado patrimonial y clientelar le corresponde, en América Latina, una sociedad civil desagregada y enfrentada muchas veces entre sí” (Gallardo, 2010, p. 64). Hablamos, por tanto, de sociedades marcadas por relaciones asimétricas de poder de diversa índole, que se expresan en formas de exclusión, dominio, explotación, marginación y discriminación. Nuestros estados son ámbito para guerras nunca resueltas originadas por la inexistencia de lo que Gallardo denomina un emprendimiento social colectivo.

Se trata de sociedades fracturadas tanto por las dominaciones de clase como por su economía excluyente y dependiente, y los diversos privilegios de status que oponen y discriminan en todos los niveles a los señores de la chusma, a los blancos de los ‘de color’, a la etnia ‘nacional’ dominante de las etnias originarias, a los urbanos de los rurales, a varones de mujeres, a adultos de niños, jóvenes y ancianos, a ejecutivos tecnócratas de analfabetos, etc.

Al mismo tiempo, avanzando en la formulación de su argumento, e identificando tanto expresiones concretas de la situación que denuncia, como sus causas estructurales, el autor nos plantea que, dado que los aparatos estatales modernos son inseparables de su fundamento y expresividad jurídicos, en América Latina

Las ideologías que nutrieron y nutren esta juridicidad resultan sistemáticamente funcionales para el dominio excluyente de minorías ‘naturales’ y para la internalización de identificaciones inerciales individuales y sociales también ‘naturalizadas’ que facilitan la reproducción del sistema jerarquizado de sujeciones. El resultado es que Estado y juridicidad (legalidad) en América Latina se autopresentan como de minorías legítimas (y a veces hasta sagradas) aun cuando funcionen como radicalmente deshumanizadores y como obstáculo al cambio social liberador en tanto se nutren de ‘espiritualidades’ abstractas y a la vez ‘naturalmente’ discriminadoras (Gallardo, 2010, p. 64-65).

Nos encontramos ante formaciones sociales que se plantean como modernas, pero están sujetas por camisas de fuerza burguesas, generando conflictos estructurales (sistémicos) y situacionales; conflictos que se expresarán en los distintos ámbitos de la vida y que obligan a poner en cuestión las promesas desde las que la modernidad y sus formas de organización social y política intentan justificarse. A esta misma conclusión arriban Fernanda Frizzo Bragato y Karina Macedo Fernandes, afirmando que, en América Latina

A incorporação do modelo de Estado moderno não representou rupturas, mas, ao contrário, aprofundou as desigualdades sociais e manteve os interesses e privilégios que o Estado moderno, em alguma medida, buscava democratizar —visando especificamente o exercício do poder político pela classe burguesa. O detentor direto da soberania —o povo, teoricamente— estava em sua maioria muito longe dos espaços de definição do poder político e, apesar das pressões e resistências, muito pouco foi feito no sentido de se efetivar os direitos humanos capazes de garantir patamares de igualdade e justiça social (2015, p. 17).

Esta configuración histórica del Estado en nuestra región explica en buena medida el tipo de relación que establece con los sectores sociales vulnerabilizados, habitantes de las comunidades populares de nuestras ciudades.

De las particularidades propias del mundo de vida popular latinoamericano y sus complejas formas de relación con el Estado han dado cuenta múltiples investigaciones, realizadas también desde diversos posicionamientos y presupuestos epistemológicos. En orden a la reflexión que aquí queremos desarrollar, permítasenos traer a colación el testimonio presentado por Boaventura de Sousa Santos, en su trabajo titulado *Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada*

(1973), donde describe las formas en que la relación Estado/comunidades populares marginadas se han venido configurando. Si bien, sin duda, este testimonio recoge una experiencia particular, consideramos que la caracterización que presenta responde a un fenómeno más amplio que atraviesa el conjunto de las comunidades populares suburbanas en América Latina y su relación con el Estado moderno. Queremos destacar que, del conjunto de descripciones y reflexiones presentadas en el texto en cuestión nos proponemos recuperar tan solo aquellas que nos permitirán caracterizar estos aspectos.

A partir de su experiencia en “Pasárgada”, Santos identifica los siguientes elementos, de particular interés para nuestro análisis:

A favela é um espaço territorial, cuja relativa autonomia decorre, entre outros fatores, da ilegalidade coletiva da habitação à luz do direito oficial brasileiro. Esta ilegalidade coletiva condiciona de modo estrutural o relacionamento da comunidade enquanto tal com o aparelho jurídico-político do Estado brasileiro (Santos, 1973, p. 2) .

Así, Santos llega a señalar una situación particularmente significativa que, creemos, no es exclusiva de “Pasárgada”, ni de las comunidades populares brasileñas, sino que se encuentra presente a lo ancho y largo de América Latina; hablará de “indisponibilidade ou inacessibilidade estrutural dos mecanismos de ordenação e controle social próprios do sistema jurídico brasileiro” (*idem*, p. 5).

La descripción de Santos avanza caracterizando de manera particular el papel que cumplen dos actores fundamentales del accionar del Estado en la administración de justicia: la policía y los jueces. Veamos lo que plantea:

Não existia qualquer propósito útil em chamar a polícia em caso de conflito. Se a vítima ou, em geral, a pessoa prejudicada chamasse a polícia, sabia que esta provavelmente não se disporia a vir (a menos que por outros motivos tivesse nisso interesse) e, se viesse, o culpado e todas as relevantes testemunhas já teriam então desaparecido ou, se não, quando interrogadas, fariam o possível para não fornecer quaisquer informações úteis. Por outro lado, o morador que chamasse a polícia seria considerado traidor ou informante (cagüete) pelos outros moradores e isso poderia fazer perigar a sua permanência na comunidade (*idem*, p. 6).

La policía, ese brazo largo del Estado en su relación con la ciudadanía, es percibida por la comunidad como fuerza hostil, cuya actua-

ción se restringe a la función represiva de los propios habitantes de la comunidad. Por su parte, la descripción que brinda sobre la percepción que existe a propósito de los jueces (y abogados) no resulta más alentadora:

Juízes e advogados eram vistos como demasiado distanciados das classes baixas para poder entender as necessidades e as aspirações dos pobres... os serviços profissionais dos advogados eram muito caros... a idéia de que os serviços dos advogados são muito caros e, por isso, longe do alcance das posses escassas das classes baixas, uma idéia, aliás, profundamente enraizada na consciência jurídica popular e, portanto, correspondente a uma experiência histórica longa para não recorrerem aos tribunais reside no fato de saberem desde o início que a comunidade era ilegal à luz do direito oficial... Recorrer aos tribunais para resolver conflitos sobre terras e habitações não só era inútil como perigoso. Era inútil porque “os tribunais têm que seguir o código e pelo código nós não tínhamos nenhum direito”. Era perigoso porque trazer a situação ilegal da comunidade à atenção dos serviços do Estado poderia levá-los a “nos jogar na cadeia” (*idem*, p. 7).

Así, siguiendo el raciocinio de Santos a partir de su experiencia y análisis sobre el “derecho en Pasárgada”, se hace necesario, diríamos incluso inevitable, reconocer que esta inaccesibilidad a las estructuras del Estado, particularmente en lo que hace referencia a las instituciones dedicadas a la administración de justicia, por parte de los sectores sociales empobrecidos, constituye una de las más evidentes manifestaciones del carácter clasista del aparato jurídico del Estado en las sociedades capitalistas (Santos, 1973, p. 8). Esta constatación forma parte del saber popular en América Latina.

Pero, más allá de las motivaciones de carácter económico, es necesario identificar cómo el estatuto de ilegalidad a que han sido sometidas las comunidades populares (faveladas, empobrecidas, marginalizadas), y el bloqueo ideológico que acompañó ese proceso, configuraron lo que Santos denuncia como una situación de “indisponibilidad o inaccesibilidad estructural de los mecanismos oficiales de ordenación y control social” (Santos, 1973, p. 10).

A partir de estos elementos, Santos observará la profunda ambigüedad que caracteriza la conciencia popular del derecho en sociedades marcadas por notorias diferencias de clase.

Por um lado, a apreciação realista de que o direito do Estado é o que está nos códigos e de que nem estes nem os juízes, que têm por obrigação aplicá-lo, se preocupam com as exigências de justiça social. Por outro lado, o reconhecimento implícito da existência de um outro direito, para além dos códigos e muito mais justo que estes, à luz do qual são devidamente avaliadas as condições duríssimas em que as classes baixas são obrigadas a lutar pelo direito à habitação (*idem*, p. 10).

Además, bajo el discurso de peligrosidad social se configuran narrativas y prácticas de criminalización de la pobreza, agravándose esta construcción claramente clasista (y racista) con una concepción militarizada de seguridad que percibe al “fuera del sistema” como enemigo, negándole no solo alteridad, sino la misma humanidad. Así, asistimos a la puesta en marcha de discursos legitimadores del poder punitivo del Estado actuando contra los sectores sociales empobrecidos. Ante la concepción del otro como “no civilizado” (no occidental, no moderno, no educado, sin cultura), el derecho penal tendría también un papel civilizatorio. Al fin y al cabo, no hemos de olvidar que la modernidad y la ideología de la modernización-desarrollo tuvieron como resultado, entre otras cosas, un proceso de aniquilación de todas las diferencias e identidades, sometidas a la implantación/imposición de una única razón y racionalidad, aquella funcional al capital.

Es importante destacar que nuestra crítica al Estado no pretende sin más postular la necesidad de su desaparición. Ese debate supera las pretensiones de este texto. En todo caso, consideramos que un abordaje mínimamente responsable sobre ese asunto no puede negar otros problemas que devendrían de tal desaparición. Tanto por honestidad intelectual como por responsabilidad política, no pueden evadirse cuestiones como la capacidad que tendrían las comunidades vulnerabilizadas, en un escenario de total inexistencia del Estado, para lidiar con los poderes fácticos (por ejemplo, el crimen organizado) que hacen vida en dichas comunidades. Si bien es cierto que el Estado en cada una de sus instancias se encuentra cada vez más secuestrado por grupos de poder tanto nacionales como internacionales (o simplemente estos grupos lo constituyen), también es cierto que sobre el poder estatal todavía restan algunos mecanismos de control democrático (si bien son cada vez menos y cada vez más débiles) totalmente ausentes en otras instancias.

La constatación fundamental que nos orienta en estas reflexiones se puede resumir en la siguiente idea: “sin el Estado no podemos, pero con este Estado tampoco”. Fue una idea ya presente en el Seminario Internacional organizado por el grupo de investigación “Proyecto latino/latinoamericano modernidad/colonialidad” en Río de Janeiro en 2013, y que atravesó las distintas intervenciones de los ponentes al intentar preguntarse por dónde avanzar en el proceso de transformación hacia sociedades más justas.

Los cuestionamientos a la modernidad, y más concretamente al Estado moderno, que hemos venido planteando han sido ampliamente trabajados desde una perspectiva latinoamericana en el marco del pensamiento decolonial. Dada la riqueza de su aporte en la gestación de un pensamiento crítico, dedicaremos el próximo apartado a presentarlo.

PENSAR DE OTRO MODO LAS RELACIONES DEL ESTADO Y LA ACADEMIA CON LAS COMUNIDADES POPULARES LATINOAMERICANAS

En nuestra búsqueda de caminos que nos permitan identificar los problemas que subyacen a una lectura de las distintas formas de justicia comunitaria, realizadas por actores que responden a un marco de pensamiento moderno, consideramos que los aportes realizados por el pensamiento decolonial en general, con particular atención a las reflexiones hechas por el grupo de investigación “Proyecto latino/latinoamericano modernidad/colonialidad”¹, resultan de gran valor para identificar en qué medida la modernidad implicó e implica formas específicas de colonialidad que afectan nuestra comprensión de los fenómenos, lo que nos permitirá avanzar en los objetivos trazados.

¹ Para una presentación general del grupo, de su trayectoria y aportes, recomendamos la lectura de “*Giro decolonial, teoría crítica y pensamiento heterárquico*”, texto escrito por Castro-Gómez, S. y Grosfoguel, R. (2007) En *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.

Los aportes provenientes del pensamiento decolonial operan a partir de las experiencias y las expectativas de contextos y sujetos colocados en ámbitos geográficos, dinámicas históricas y procesos socioculturales pertenecientes a distintas partes del mundo, sobre todo desde posiciones subalternas (Mignolo, 2010).

Creemos que el pensamiento decolonial nos puede ayudar a vislumbrar qué aportes teóricos han resultado valiosos como categorías de análisis para interpretar la realidad e intervenir en ella, y cuáles se encuentran hasta tal punto atrapados en el marco del pensamiento occidental moderno que los hacen inviables, cuando no dañinos, para ese acto de discernimiento crítico y práctica emancipadora desde el contexto latinoamericano.

De manera muy general y con un carácter introductorio, puede decirse que la perspectiva de análisis decolonial sostiene que si bien el mundo ha ido logrando dejar atrás las distintas experiencias de colonialismo político, no puede afirmarse lo mismo del colonialismo social o cultural, y que reconocer que, de hecho, nos encontramos todavía en sociedades coloniales es un requisito para visibilizar y comprender las relaciones de dominación, explotación, subordinación y opresión en que la desigualdad que siguen azotando a nuestro mundo (Santos, 2006). Sin embargo, si bien el colonialismo tradicionalmente conocido resultaba más evidente dadas sus formas de ocupación política, el reconocimiento de las formas de colonialidad contemporáneas se dificulta al estar entretnejidas en las tramas sociales, configurándose en los procesos culturales, en las subjetividades, las formas de socialización, etc. (Santos, 2010). Así mismo, es importante destacar que los aportes del pensamiento decolonial permiten entender patrones de discriminación subyacentes en mentalidades y dinámicas, pasadas y actuales, tanto de las sociedades no occidentales que fueron víctimas de relaciones de opresión colonial, como las propias sociedades coloniales occidentales (Santos, 2008).

La modernidad fue configurada desde una violencia matricial expresada en la clasificación de las poblaciones, en la estratificación de las razas, en relaciones de subordinación, de marginación epistémica y explotación, todo lo cual acompañó y formó parte del proceso mundial de acumulación de capital. Por ello, si bien capitalismo y colonialismo no son lo mismo, la lucha anticapitalista y lucha anticolonial

no pueden llevarse a cabo una sin la otra (Santos, 2008). Al hablar de colonialidad se señala un patrón de poder que hoy continua en las sociedades postcoloniales reproduciendo relaciones de marginación; un patrón que determina todas las instancias de la vida social. Dicho patrón, si bien está vinculado al capitalismo, no se agota en él. Tal y como la entiende Aníbal Quijano, uno de los principales representantes de esta línea de pensamiento:

La colonialidad es uno de los elementos constitutivos y específicos del patrón mundial de poder capitalista. Se funda en la imposición de una clasificación racial/étnica de la población del mundo como piedra angular de dicho patrón de poder y opera en cada uno de los planos, ámbitos y dimensiones, materiales y subjetivas, de la existencia social cotidiana y a escala societal... Con la constitución de América (Latina), en el mismo momento y en el mismo movimiento históricos, el emergente poder capitalista se hace mundial... con América (Latina) el capitalismo se hace mundial, eurocentrado y la colonialidad y la modernidad se instalan asociadas como los ejes constitutivos de su específico patrón de poder, hasta hoy... Dentro de esa misma orientación fueron también, ya formalmente, naturalizadas las experiencias, identidades y relaciones históricas de la colonialidad y de la distribución geocultural del poder capitalista mundial... Se consolidó así, junto con esa idea, otro de los núcleos principales de la colonialidad/modernidad eurocéntrica: una concepción de humanidad según la cual la población del mundo se diferenciaba en inferiores y superiores, irracionales y racionales, primitivos y civilizados, tradicionales y modernos (2007, p. 342).

La colonialidad constituye el lado oscuro de la modernidad que aún sigue constituyendo subjetividades y definiendo posiciones en la trama de relaciones sociales, políticas y económicas. Si entendemos que el fin del colonialismo formal, no implicó el fin de colonialismo social, cultural y político, se hace clara la necesidad de asumir procesos de descolonización, de redistribución de poder, que enfren-ten las nuevas formas en que el colonialismo subsiste bajo nuevas formas, articulado ahora al capitalismo global. Tomarse en serio la transformación de estructuras económicas y políticas que pretende la descolonización exige atender a la colonialidad en tanto ella plantea la crítica a los procesos de construcción de subjetividades y de producción de saber, que reproducen formas de subalternización. Para Catherine Walsh:

La colonialidad es el lado oculto de la modernidad, lo que articula desde la Conquista los patrones de poder desde la raza, el saber, el ser y la naturaleza de acuerdo con las necesidades del capital y para el beneficio blanco-europeo como también de la elite criolla. La modernidad/colonialidad entonces sirve, por un lado, como perspectiva para analizar y comprender los procesos, las formaciones y el ordenamiento hegemónicos del proyecto universal del sistema-mundo (a la vez moderno y colonial) y, por el otro, para visibilizar, desde la diferencia colonial, las historias, subjetividades, conocimientos y lógicas de pensamiento y vida que desafían esta hegemonía (2007, p. 104).

El planteamiento de Walsh distingue distintas dimensiones en torno a la categoría central de colonialidad, hablando de colonialidad del poder, del saber y del ser, recogiendo los aportes formulados por varios miembros del grupo modernidad/colonialidad que creemos conveniente considerar aunque sea brevemente. Veamos...

La “colonialidad del poder” manifiesta una configuración de poder que teniendo como centro la idea de una ordenación jerárquica racial permite el control de la subjetividad de quienes son colonizados. Así, quienes pertenecen a las razas superiores tienen derecho a dominar a quienes pertenecen a las razas inferiores. Ello permite una división racial del trabajo que hizo posible la emergencia del sistema capitalista. La colonialidad del poder, gestionada por el Estado, establece una articulación del conjunto de la sociedad (espacios, personas, roles, funciones, etc.) en función de las necesidades del capital, y siempre en beneficio de quienes pertenecen a las autodenominadas “razas superiores” (Mignolo, 2010).

Entre las potencialidades analíticas ofrecidas por el pensamiento decolonial, queremos destacar el llamado de atención que realiza sobre la necesidad de atender a los cruces y retroalimentaciones que acontecen entre los distintos procesos de explotación, exclusión y subordinación; lo que exige que los análisis de las dinámicas de poder asuman una perspectiva compleja, no lineal, que permita reconocer sus configuraciones.

Por su parte, con “colonialidad del saber” se pretende expresar una “geopolítica del conocimiento” impuesta a los colonizados por medio de la cual se subalternizan su cultura y saberes, su lengua y comprensión del mundo; se denuncia así una práctica de violenta hegemonía epistémica por medio de la cual se define qué comportamien-

tos y conocimientos son legítimos y cuáles no (Mignolo, 2010). En último término, el eurocentrismo implicó “una forma de controlar la subjetividad, el imaginario, la memoria, y el modo de producción del conocimiento” (Leher, 2005, p. 21).

De esta manera se representó todo conocimiento y forma de saber proveniente de los pueblos colonizados como mítico, inferior, precientífico, pudiendo excluirlo, silenciarlo, marginalizarlo (Castro-Gómez y Grosfoguel, 2007). Tras esta concepción, de cuyo proceso de construcción forma parte la propia ciencia moderna, se justifica la labor “civilizadora” de occidente. Es en ese mismo sentido, Santiago Castro-Gómez denuncia la forma en que gracias a la legitimación científica del mundo, la forma occidental de conocimiento se postula como universal, objetiva y neutral, en lo que él llama la *hybris* del punto cero: “Ubicarse en el punto cero es el comienzo epistemológico absoluto. Equivale a tener el poder de instituir, de representar, de construir una visión sobre el mundo social y natural reconocida como legítima y avalada por el Estado” (2005, p. 25).

Por su parte, Edgardo Lander, ahonda en la descripción de esta geopolítica del conocimiento que la modernidad occidental establece a favor de la perspectiva y los intereses del colonizador europeo y sus aliados locales, en los siguientes términos:

Ésta es la dimensión propiamente colonial en tanto se refiere a cómo se ve el mundo desde diferentes lugares de las articulaciones globales del poder. Es la mirada del mundo que se realiza desde el centro de la construcción imperial; es la mirada desde la cual —a partir de la naturalización del orden existente— se establece la construcción jerárquica de tiempos históricos, de pueblos, de culturas, de las llamadas razas; es la mirada que clasifica el conjunto de la realidad en un orden jerárquico en el cual hay pueblos inferiores y pueblos superiores, pueblos que están en el presente y pueblos que están en el pasado. Construcción que, a su vez, es la expresión de la construcción jerárquica del orden colonial (2004, p. 170).

En este mismo sentido, Lander insistirá en cómo esta concepción jerárquica permite naturalizar las relaciones de subordinación y exclusión, asumiendo que tal jerarquía no hace más que reflejar el orden “natural” de las cosas, que, por tanto, no puede ser transformado.

Por último, con la “colonialidad del ser” se refiere la dimensión ontológica de la colonialidad, misma que convierte en datos naturales los procesos de esclavitud y servidumbre a que son sometidos los

pueblos colonizados, toda vez que se sustenta en la violenta negación del no-europeo, del otro en tanto que otro. Lo europeo agota la totalidad del ser; lo no europeo no es. El Otro, negado en su diferencia, ha de ser, por tanto, asimilado, domesticado, conquistado, pudiendo por ello ser explotado o aniquilado. Al servicio de tal empresa se pusieron el Estado, gestionando la colonialidad del poder, y la ciencia, liderando la colonialidad del saber (Mignolo, 2010).

La tríada “colonialidad del poder”, “colonialidad del saber” y “colonialidad del ser”, en la que se desglosa el proceso de colonialidad, supone al occidente noratlántico (Europa y Norteamérica) en un estadio de desarrollo (cognitivo, tecnológico y social) más avanzado, incluso superior, al resto del mundo; por lo que su forma de vida exige ser reconocida como igualmente superior, constituyéndose hasta nuestros días en el modelo a imitar, la cumbre desarrollada a ser alcanzada. “Esto se expresa en las dicotomías civilización/barbarie, desarrollado/subdesarrollado, occidental/no-occidental, que marcaron categorialmente a buena parte de las ciencias sociales modernas” (Castro-Gómez y Grosfoguel, 2007, p. 14-15). Enrique Dussel formula sintéticamente el Modelo Modernizador que subyace al proceso que venimos presentando en los siguientes términos:

a) La civilización moderna se autocomprende como más desarrollada, superior; b) La superioridad obliga a desarrollar a los más primitivos, rudos, bárbaros, como exigencia moral; c) El camino de dicho proceso educativo de desarrollo debe ser el seguido por Europa (es un desarrollo unilineal y a la europea, lo que determina la falacia desarrollista); d) Como el bárbaro se opone al proceso civilizatorio, la praxis moderna debe ejercer en último caso la violencia si fuere necesario, para destruir los obstáculos de la tal modernización (guerra justa colonial); e) Por el carácter civilizatorio de la Modernidad, se interpretan como inevitables los sufrimientos (costos) de la modernización de los otros pueblos atrasados, de las otras razas esclavizables, etc. (2000, p. 49).

Es importante llamar la atención sobre el hecho de que el eurocentrismo que se viene denunciando no es una perspectiva cognitiva exclusiva de los europeos o del conjunto de la población que domina en el sistema capitalista mundial. Su hegemonía permite que la misma se haga presente, se reproduzca y sea defendida por todos aquellos que han sido socializados bajo este patrón de poder, concebido en función del sistema capitalista colonial/moderno (Quijano, 2000).

La perspectiva de análisis planteada por el grupo de investigación modernidad/colonialidad asume que junto a la crítica epistemológica a los saberes hegemónicos, es necesaria la recuperación, reconocimiento y producción de opciones alternativas prioritariamente desde los grupos que han sido subalternizados a lo largo de la historia; por ello, todo el debate en torno a la necesaria descolonización se articula con diversos movimientos populares y colectivos sociales que reivindican otras formas de conocimiento y modos de vida (Lander, 2006). Se entiende que desde la realidad de los oprimidos y excluidos hay mayor potencialidad para ofrecer alternativas a los callejones sin salida a que ha conducido la modernidad, toda vez que ellos participan tanto de dicha modernidad como de sus consecuencias negativas. En palabras de Boaventura de Sousa Santos, la perspectiva poscolonial entiende que las estructuras de poder y de saber se hacen más visibles desde los sectores que sufren las consecuencias de dichas estructuras. “De ahí el interés de esta perspectiva por la geopolítica del conocimiento, esto es, por problematizar quién produce el conocimiento, en qué contexto lo produce y para quién” (2008, p. 46).

Todos estos aportes cobran particular relevancia en el actual contexto histórico en que actores emergentes, históricamente invisibilizados, subalternizados, considerados como inferiores e incapaces de generar propuestas válidas, aparecen no solo como sujetos sociales y políticos significativos, sino como verdaderos sujetos epistémicos (Nunes, 2008); de ahí la necesidad de asumir el desafío de reconocer esta emergencia, nueva incluso para el propio pensamiento crítico. En este orden de ideas es fundamental atender a los planteamientos de fondo a los que se quiere apuntar con la propuesta decolonial, entendiendo que más que buscar “la verdad”, empresa que ha servido de norte a todo lo largo de la modernidad y que se ha prestado a no pocos extravíos, se pretende poder transformar las tramas sociales a partir de la articulación de la memoria colonial. En palabras de Mignolo, uno de los principales representantes de esta línea de pensamiento, “no se trataría de las puertas que conducen a la ‘verdad’ (aletheia), sino a otros lugares: a los lugares de la memoria colonial; a las huellas de la herida colonial desde donde se teje el pensamiento decolonial” (2007, p. 29).

Más allá de las necesarias elaboraciones teóricas, nos parece fundamental destacar que la colonialidad del poder está de hecho siendo

interpelada en los procesos sociales que se vienen dando en algunos países de América Latina, desde movilizaciones sociales y políticas, apoyadas por gobiernos que, en medio de múltiples contradicciones, comparten una matriz de pensamiento crítico (Medicci, 2010). Esta novedad histórica nos confirma y señala posibles alternativas desde las que seguir pensando y actuando sobre la realidad.

NUESTRO PUNTO DE PARTIDA, LA OPCIÓN ÉTICO-POLÍTICA POR LOS EMPOBRECIDOS

Terminamos estas reflexiones marginales presentando algunas opciones fundamentales desde las que creemos es posible plantear la búsqueda de alternativas desde el diálogo y el reconocimiento como formas de aproximación a las prácticas de justicia comunitaria desarrolladas desde los márgenes del sistema: Una opción ética contra toda relación de injusticia, de exclusión, de opresión, de negación del ser humano; en contra de la pobreza. Una opción política a favor del empoderamiento de quienes se ven sometidos a ese tipo de relaciones, entendiendo que solo desde los sujetos sociales victimizados, y en solidaridad con ellos, se abren procesos de transformación; son ellos los primeros interesados en cambiar el sistema que les niega. Y una opción epistémica por tratar de leer el mundo para cambiarlo desde el lugar de ese otro cuyas condiciones de existencia digna están negadas; opción que obliga a un diálogo permanente que nos descentra y abre a la realidad, desde los lugares epistémicos donde esa realidad exige ser transformada.

Decía Theodor Adorno, uno de los principales representantes de la teoría crítica, que “la necesidad de prestar voz al sufrimiento es condición de toda verdad”. Con ello fijaba posición y alertaba contra toda pretendida “neutralidad” cómplice por parte del quehacer científico. Esa misma opción ética debe seguir alentando el quehacer del pensamiento crítico hoy en día. El propio Horkheimer había referido, a propósito de las ciencias sociales, que “no hay una teoría de la sociedad, ni siquiera la del sociólogo que generaliza, que no incluya intereses políticos acerca de cuya verdad haya que decidir, ya no mediante una reflexión neutral en apariencia, sino nuevamente actuando y pensando” (1974, p. 253).

Sabiéndolo o no, todo pensamiento se posiciona de una determinada manera en el marco del conflicto de intereses que atraviesa nuestro mundo; por ello, resulta necesario un posicionamiento crítico que se haga cargo de la forma en que se avalan o se confrontan las diferentes opciones ético-políticas desde las que se comprende e interviene en la realidad. Toda teoría, aunque sea de manera implícita, supone una serie de decisiones previas que responden a una determinada forma de pensamiento y le sirven de base, condicionando sus apuestas epistemológicas y metodológicas. Por ello, es peligrosa la postura ingenua que desconoce la significación que tiene el conocimiento; los postulados teóricos surgen en un determinado contexto histórico y responden a él, cumpliendo la función de dificultar o impulsar determinados proyectos sociales. En palabras de Hugo Zemelman:

El movimiento de la realidad socio-histórica y su estrecha vinculación con la práctica social obliga a un constante esfuerzo por descifrar los límites (que pueden ser teóricos, ideológicos o axiológicos) en cuyo espacio reviste un significado particular el fenómeno que se quiere estudiar (S/E, p. 3).

Estos límites expresan la opción social desde la cual se construye el conocimiento; implican, por lo tanto, una forma de entender a la realidad, pero especialmente de cómo y para qué construirla en una dirección determinada. Lo que decimos reviste un significado relevante cuando observamos que los parámetros que en general se imponen, sin mediar muchas veces conciencia alguna del investigador, son los que conforman el poder, en cuyos marcos se pretende conferir a los fenómenos el estatus de reales; con el agregado de establecer su identidad como única y excluyente de otras posibles visiones de los mismos.

La teoría crítica asume, pues, conscientemente una serie de opciones, de posicionamientos éticos y políticos frente a la realidad; y los hace explícitos, con lo que se abre al discernimiento, el juicio y la crítica como forma de validación intersubjetiva. Como bien afirma Boaventura de Sousa Santos, “la teoría crítica siempre ha tenido como presupuesto suyo la pregunta: ¿‘de qué lado estamos’? y la respectiva respuesta” (Santos, 2003, p. 286). Así, a una teoría crítica no le resulta indiferente el lugar y la perspectiva desde la que se piensa y se intentan hacer efectivos los derechos humanos.

Al fin y al cabo, se trata de pensar y vivir los procesos de construcción y transformación social desde una opción por las poblaciones victimizadas, en contra de las dinámicas de victimización. La búsqueda de una sociedad sin víctimas, que haya logrado erradicar toda forma de victimización actúa como horizonte utópico.

Pero, ha de entenderse que no se trata sólo de una opción ética y política; es, también, un posicionamiento hermenéutico. Se asume que la perspectiva de las víctimas, de aquellos a quienes se les niega las condiciones necesarias para vivir con dignidad, es el lugar hermenéutico por excelencia para comprender los procesos sociales donde están en juego los derechos humanos.

Entendiendo que “la neutralización epistemológica del pasado siempre ha sido la contraparte de la neutralización social y política de las ‘clases peligrosas’”, se opta por una aproximación al proceso socio-histórico que permita visibilizar y reconocer la perspectiva de quienes en dicha dinámica han sido marginados, excluidos e invisibilizados desde las narrativas oficiales y los saberes hegemónicos. Como bien dice Enrique Dussel:

El método crítico consiste en colocarse en el espacio político de los pobres, las víctimas, y desde allí llevar a cabo la crítica de las patologías del Estado. Desde ese lugar epistemológicos —el de las víctimas, las del sur del planeta, los oprimidos, los excluidos, los nuevos movimientos populares, los pueblos ancestrales colonizados por la Modernidad, por el capitalismo que se globaliza, todo lo cual queda expresado en redes mundiales altermundistas— será desde donde tendremos que ir efectuando la crítica de todo el sistema de las categorías de la filosofía política burguesa (2007, p. 552).

Pero, insistimos, asumir este posicionamiento no pretende solo ofrecer una oportunidad de visibilización a las narrativas que han sido marginalizadas del debate público, lo que ya sería un acto de justicia y una ampliación de las perspectivas de debate que aseguraría un mayor rigor metodológico; más allá de eso, se afirma que esta perspectiva de las víctimas del sistema social, de quienes han cargado con la peor parte, permite una mejor comprensión de dicho sistema que la perspectiva de quienes se ven beneficiados por él. Desde las víctimas, desde los empobrecidos, desde quienes han sido excluidos, es posible plantearse dinámicas de inclusión que reviertan los procesos de mar-

ginación. Así, pues, la opción ética por los desfavorecidos permite la formulación de proyectos de sociedad que alcanzan a todos.

El sujeto principal de la praxis liberadora son las propias poblaciones victimizadas que conscientes de su situación emprenden procesos de organización, articulación y movilización como colectivo para lograr transformar aquellas realidades que les oprimen; la labor solidaria de quienes se sumen a esta lucha no puede pretender sustituirles en el proceso de comprensión de la problemática que les aqueja ni en la búsqueda de alternativas superadoras. Es necesario, por tanto, repensar los distintos procesos sociales a partir del encuentro con quienes son negados en su humanidad, en diálogo con ellos.

REFERENCIAS

- Bragato, F. y Fernandes, K. (2015). “*Da colonialidade do poder à descolonialidade como horizonte de afirmação dos direitos humanos no âmbito do constitucionalismo latino-americano*”. En *RCJ-Revista Culturas Jurídicas*, Vol. 2 (4).
- Castro-Gómez, S. (2005). “*La hybris del punto cero. Ciencia, raza e Ilustración en la Nueva Granada, 1750-1816*”, Bogotá: Universidad Javeriana.
- Dussel, E. (2000). “*Europa, modernidad y eurocentrismo*”. En: Lander, E. (comp.) *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*., Buenos Aires, Argentina: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.
- (2007). *Política de la liberación. Historia Mundial y Crítica*. Madrid: Trotta.
- Gallardo, H. (2010). “*Teoría Crítica y Derechos Humanos. Una lectura latinoamericana*”. En *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, 4, julio-diciembre.
- Castro-Gómez, S y Grosfoguel, R. (2007). “*Giro decolonial, teoría crítica y pensamiento heterárquico*”. En Castro-Gómez, S. y Grosfoguel, R. (comp.) *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.
- Habermas, J. (1984). *Ciencia y Técnica como ideología*. Madrid: Tecnos.
- Horkheimer, M. (1974). “*Teoría tradicional y teoría crítica*”. En: *Teoría Crítica*. Buenos Aires: Amorrortu.

- Lander, E. (2004). “*Universidad y producción de conocimiento: Reflexiones sobre la colonialidad del saber en América Latina*”. En Sánchez Ramos, I. y Sosa Elízaga, R.(coord.) *América Latina: Los desafíos del pensamiento crítico*. México: Siglo XXI.
- (2006). “*Pensamiento crítico latinoamericano: la impugnación del eurocentrismo*”. En Lander, E. *Desarrollo, eurocentrismo y economía popular. Más allá del paradigma neoliberal*. Caracas: Ministerio para la Economía Popular.
- Leher, R. (2005). “*Resgatar a tradição crítica para construir práticas necessariamente renovadas*”. En Léher, R. y Setúbal, M. (org.) *Pensamento crítico e movimentos sociais: Diálogos para uma nova praxis*. Sao Paulo: Cortez Editora.
- Medicci, A. “*Ocho proposiciones sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano y el giro descolonial: Bolivia y Ecuador*”. Ponencia presentada al II Encuentro Internacional de Teoría y Práctica Política en América Latina. Nuevas derechas e izquierdas en el escenario regional. 3 al 5 de marzo 2010. Fac. de Humanidades. UNMDP. (UNLP, UNLPam).
- Mignolo, W. (2007). “*El pensamiento decolonial: Desprendimiento y apertura. Un manifiesto*”. En Castro-Gómez, S. y Grosfoguel, R. (comp) *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.
- (2010). *Desobediencia epistémica*. Buenos Aires: Ediciones del Signo.
- Nunes, J. (2008). “*O resgate da epistemologia*”. En *Revista Crítica de Ciências Sociais*, N° 80, marzo.
- Quijano, A. (2000). “*Colonialidad del poder y clasificación social*”. En *Journal of world-systems research*, VI, 2, Special Issue: Festschrift for Immanuel Wallerstein-Part I; summer/fall 2000, 342-386. Recuperado en: http://www.manuelugarte.org/modulos/biblioteca/q/quijano/quijano_2.html
- (2007). “*Colonialidad del poder y clasificación social*”. En: Castro-Gómez, S. y Grosfoguel, R. (comp) *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.
- Santos, B. de Sousa (1973). *Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada*. Recuperado de: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura_pasargada_passar.pdf
- (2003). *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Bilbao: Desclée de Brouwer.

- (2006). *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social: encuentros de Buenos Aires*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales-CLACSO.
 - (2008). *Conocer desde el Sur. Para una cultura política emancipatoria*. Buenos Aires: CLACSO.
 - (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Buenos Aires: Antropofagia.
- Wacquant, L. (2010). “*Las dos caras de un gueto: Ensayos sobre marginalización y penalización*”. Buenos Aires: Siglo XXI. El artículo “Pensamiento crítico como disolución de la doxa” (pp. 205-212) es el resultado de un diálogo con filósofos argentinos que tuvo lugar en Buenos Aires en abril de 2001, y fue publicado bajo el mismo título en *Adef: Revista de Filosofía*, 26, 1, mayo de 2001, pp. 129-134.
- Walsh, C. (abril 2007). “*¿Son posibles unas ciencias sociales/culturales otras?*”. En *Revista Nómadas* n° 26, abril, Universidad Central, Colombia. Recuperado en: [http://www.ram-wan.net/restrepo/decolonial/16-walsh-son%20posibles%20unas %20ciencias %20sociales% 20culturales%20otras.pdf](http://www.ram-wan.net/restrepo/decolonial/16-walsh-son%20posibles%20unas%20ciencias%20sociales%20culturales%20otras.pdf).
- Zemelman, H. (S/F). *Debate sobre la situación actual de las ciencias sociales*, Recuperado de: http://www.archivochile.com/Ideas_Autores/zemelmanh/zemelman0007.pdf.

Capítulo 3

Justicia comunitaria: entre monismo y pluralismo jurídico

María José Fariñas Dulce

INTRODUCCIÓN

Los modernos sistemas judiciales estatales tienen como misión la gestión democrática de las controversias y la garantía de los derechos para el conjunto de la sociedad. En el derecho estatal moderno occidental se administra justicia utilizando la fuerza para que el conflicto cese a partir de la imposición de la regla establecida. Este sistema se basa en el monopolio legítimo del uso de la fuerza por parte del aparato coactivo del Estado y se dirige a sostener la integridad y la centralidad del sistema jurídico (monismo jurídico) mediante el ejercicio del control social.

Sin embargo hablar de *justicia comunitaria* es plantearse algunas rupturas epistémicas, que afectan a paradigmas establecidos. Al menos, a la tensión entre monismo jurídico y pluralismo jurídico, entre justicia formal y justicia material, entre colonialismo y (de)colonialismo, entre Estado y comunidad, entre mecanismos judiciales y mecanismos alternativos y privados de resolución de conflictos, entre Modernidad y Posmodernidad. Analizar estos paradigmas, sus rupturas epistémicas y los conflictos entre ellos puede ayudar a entender las raíces del enfrentamiento entre la justicia oficial-estatal y las diferentes formas de justicias comunitarias.

Especialmente en los países latinoamericanos con un número importante de comunidades indígenas, en ámbitos rurales y comunitarios se viene desarrollando una denominada “justicia mestiza” o un pluralismo jurídico *comunitario-participativo*¹ que ha emergido como un

¹ Véase al respecto la interesante recopilación de trabajos realizada por: Wolkmer, A.C.; Veras Neto, F.Q y Lixa, I.M (Orgs) (2010), *Pluralismo Jurídico. Os novos caminhos da contemporaneidade*, Editora Saraiva, São Paulo (Brasil).

mecanismo efectivo de resolución de conflicto, de defensa de derechos de los más débiles u oprimidos y de implementación de nuevas formas de sociabilidad. Así también en las grandes urbes globales, donde podemos encontrar que coexiste la ciudad formal junto a la ciudad *informal*² (amplios guetos o barrios ocupados), se constata que frecuentemente en la esta última se acude a autoridades no judiciales del Estado, es decir, a actores privados comunitarios, para la resolución de los conflictos³ y para la supervivencia de la comunidad. Sin olvidar la creciente tensión entre la justicia global de los tribunales internacionales de arbitraje⁴ (la nueva *Lex Mercatoria* que supone una limitación de la soberanía nacional y pudiendo coaccionar a los Estados para que no desarrollen políticas que puedan ir en contra de los intereses de los inversores internacionales) y la justicia estatal-nacional. Así como la tensión entre el denominado *soft law* y los derechos nacionales estatales. La comprensión de todas estas esferas de juridicidad, arcanas o nuevas, dependerá del paradigma cognitivo desde el que aborde su análisis.

En las sociedades capitalistas, jerarquizadas y profundamente asimétricas en que vivimos, siempre hay más de una lectura posible de las relaciones entre lo jurídico-formal o estatal y lo jurídico-material o comunitario, entre justicias públicas-estatales y justicias privadas, comunitarias o globales.

PLURALISMO JURÍDICO VERSUS MONISMO JURÍDICO

Problemas normativos de carácter empírico, tales como, los conflictos de interlegalidad o de internormatividad⁵ (casos en los que sis-

² Más ampliamente desarrollado en Fariñas Dulce, M.J. (2010) *La ciudad en la sociedad global: El derecho a ser ciudadano*, en Nombres Propios, Fundación Carolina, Madrid.

³ Véase la ya clásica referencia a Sousa Santos, B.de (2009) *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común del Derecho*, Ed. Trotta, Madrid, 1ª ed.

⁴ Tal es el caso del Acuerdo Transatlántico para el Comercio (TTIP), tratado de libre comercio entre la UE y EEUU, y del Acuerdo Integral de Economía y Comercio (CETA), tratado de libre comercio entre la UE y Canadá, que prevé la creación de tribunales de arbitraje internacional para dirimir los litigios entre los inversores internacionales y los Estados.

⁵ Término acuñado por Carbonnier, J.(1977) *Sociología Jurídica*, Ed. Tecnos, Madrid, 1ª Ed.

temas normativos no jurídicos entran en conflicto con el Derecho) que afectan a grupos de población sometidos a diferentes exigencias normativas en las que la juridicidad no se reconoce por el Derecho estatal, la *policentricidad* jurídica o pluralidad de centros de decisión jurídica dentro de un determinado sistema, el pluralismo de fuentes del Derecho, el pluralismo judicial, el uso de mecanismos alternativos (formales o informales) de resolución de conflictos (como los diferentes tipos de justicias comunitarias) o las prácticas normativas informales⁶, han ido configurando, especialmente en el ámbito de la sociología y de la antropología jurídicas, el paradigma del pluralismo jurídico en cuanto modelo teórico cognitivo del Derecho.

Tomando como punto de partida el paradigma del pluralismo jurídico, no se podría asumir ya una concepción apriorística, ni monista del Derecho, sino plural y compleja. Por otra parte, es preciso aclarar que cualquier concepción monista del Derecho conlleva una determinada ideología acerca de cómo debe ser entendido el Derecho. Porque todo monismo jurídico, bien esté basado en la idea de soberanía, como poder soberano único, absoluto, entero, exclusivo del Estado (Bodino, Hobbes, etc.), o bien en la existencia de una última norma que unifica el sistema jurídico (Kelsen, Hart), implica una toma de postura ideológica previa acerca de cómo se debe entender el Derecho. Es decir, existe una asunción apriorística del mismo, desde el momento en que todo sistema jurídico es concebido como un sistema unificado, jerarquizado, pleno y coherente de normas jurídicas creadas o reconocidas únicamente por el Estado. El paradigma del monismo jurídico se construye sobre la base de dos ficciones: la de la estructura piramidal de las normas jurídicas (desarrollada por Hans Kelsen) y la de la exclusividad jurídica del Derecho estatal. Ahora bien, desde una perspectiva empírica esto no es más que un mito, un ideal, una ilusión ilustrada o una ficción jurídica (un “*como si*”) que sirve para ordenar o legitimar la realidad, pero nunca puede servir para describirla. Representa el gran mito de la modernidad jurídica liberal, cuya inversión

⁶ Un análisis detallado de estos fenómenos de nuevas juridicidades se puede encontrar en, Arnaud, A.J. y Fariñas Dulce, M. J (2006). *Sistemas Jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, segunda edición.

ideológica ha pretendido hacer creer que eso era lo real, que es lo que es (la falacia naturalista).

Por otra parte, el paradigma del pluralismo jurídico contribuye, inicialmente, a desenmascarar el mito jurídico monista, que es aquél que reduce e identifica toda manifestación de juridicidad con la ley estatal: no existe más derecho posible que el derecho del Estado. De esta manera el dogmatismo o el fundamentalismo jurídico ha negado o marginado todo tipo de pluralidad o diferenciación normativa, es decir, todo derecho no estatal, surgido en los diferentes ámbitos de las relaciones sociales o económicas.

El paradigma del pluralismo jurídico implica la afirmación de la coexistencia simultánea de varios sistemas jurídicos divergentes en un mismo espacio y tiempo: la polisistemía simultánea. Es decir, la coexistencia de varios sistemas de regulación de la acción social, así como de varios mecanismos procesales de resolución de conflictos, lo cual lleva implícito el rechazo a la identificación del derecho con la ley estatal, poniendo de relieve los contrastes y las complejidades existentes entre la sociedad y el Estado de Derecho. De esta manera y desde un punto de vista sociológico, el Estado sería sólo uno más de los grupos sociales que tiene poder de creación normativa, pero no el único, aunque en los últimos siglos haya sido el más importante y el que ha logrado imponerse, dominar y ocultar al resto. El Estado moderno hizo de su propósito de unificación jurídica o de monopolización formal del Derecho un elemento imprescindible para la democratización del poder, a la vez que le sirvió como fuerza organizativa básica del Estado de Derecho.

Pero desde la perspectiva del paradigma del pluralismo jurídico, la concepción de la juridicidad ya no se puede reducir al concepto de la estatalidad. El concepto de juridicidad se amplía, entonces, y pasa a significar la capacidad que pueden tener diferentes actores sociales para crear normas de comportamiento junto con la capacidad procesar para hacerlas cumplir. La aceptación del paradigma del pluralismo jurídico nos invita a superar el racionalismo jurídico abstracto o la razón jurídica universal (fruto de un proceso universal de racionalización), sin caer en sus contrarios, fundamentalmente, el irracionalismo o el naturalismo jurídico.

EL PLURALISMO JURÍDICO CLÁSICO Y EL NUEVO PLURALISMO JURÍDICO

Tradicionalmente no ha existido unanimidad a la hora de aceptar una definición unívoca del concepto pluralismo jurídico. En principio, es preciso tener en cuenta que en ocasiones se utiliza para describir una serie de fenómenos sociales y/o jurídicos y en otras como modelo teórico cognitivo, esto es, como paradigma. Desde esta segunda perspectiva, se suele establecer una diferencia⁷ entre el modelo teórico de un pluralismo jurídico clásico y el del nuevo pluralismo jurídico.

El pluralismo jurídico clásico hace referencia al fenómeno de coexistencia de dos o más sistemas jurídicos en un mismo espacio territorial y temporal que regulan conductas sociales de manera divergente e, incluso, contrapuesta. Sería el caso, por ejemplo, de la situación de los países colonizados, donde se producía un caso claro de dualismo jurídico entre el derecho de la metrópoli y el derecho autóctono del país colonizado que existía independientemente, a pesar de o, incluso, como rechazo a la imposición forzada de una nueva y divergente cultura jurídica.

El nuevo pluralismo jurídico responde a la convivencia de múltiples y diferentes esferas jurídicas en un mismo territorio, como consecuencia de la fragmentación actual de las sociedades postindustriales y de la descentralización de los derechos estatales; así, por ejemplo, la coexistencia que se produce en las sociedades actuales entre reglas locales, comunitarias, regionales, nacionales, internacionales y transnacionales o estatutos jurídicos de minorías reconocidas. El nuevo pluralismo jurídico se estructura, de esta manera, en torno a la existencia de diferentes niveles o redes de juridicidad y a la interacción que se produce entre ellos. Esto demuestra que la existencia de un contexto de pluralismo jurídico no es una situación propia de sociedades premodernas o de comunidades primitivas, como algunos autores han señalado, sino que la condición plural de lo jurídico es un hecho permanente y estructural en todas las sociedades y, especialmente, de las sociedades *complejas*.

⁷ Cfr. la referencia obligada a Merry, S.E (1988) "Legal Pluralism". En *Law and Society Review*, vol. 22, nº 5, pp. 869-901.

La complejidad, como paradigma, ha de presidir también cualquier concepción plural de lo jurídico. Con el término “complejidad” quiero evocar algo más que la simple complicación. Quiero remitir a la idea de recursividad organizacional, interdependencia y entrecruzamiento de las relaciones jurídicas de un nivel institucional a otro, con zonas de legalidad, i-legalidad o a-legalidad. Es lo contrario de la concepción mecanicista, cerrada y simplificadora de la racionalidad jurídica moderna, en base a la cual se ha construido siempre el conocimiento científico del derecho. Me atrevo a definir el paradigma de la complejidad por oposición al paradigma de la simplicidad, el cual ha presidido las construcciones de la Ciencia Jurídica moderna en torno a conceptos de validez universal y de totalidad. En el mundo jurídico no existe lo simple, en todo caso existe lo simplificado. El conocimiento jurídico, por lo tanto, ha de construirse en su contexto y alejarse de abstracciones. Esto enlaza con conceptos como imprevisibilidad, vaguedad, azar, incertidumbre, desorden, multidimensionalidad, contradicciones, diversidad y contextos que, a mi juicio, deberían contribuir a renovar y/o superar la racionalización simplificadora propia de la Ciencia Jurídica tradicional y su *standard* positivista.

En la actualidad el pluralismo jurídico está cobrando un renovado protagonismo como consecuencia de la quiebra y de la fragmentación de la soberanía de los Estados nacionales, tanto en el ámbito nacional o interno como en el externo o transnacional. Se ha puesto en cuestión la tradicional estructura piramidal y centralista del Derecho, asumiendo ahora una estructura circular e, incluso, reticular, basada en la inevitable pluralidad de centros de decisión jurídica, en la presencia de un sistema de *redes* de la regulación social y en la aparición en escena de nuevos sujetos jurídicos privados y/o colectivos.

Desde la perspectiva de la antropología jurídica se habla también de un pluralismo jurídico de tipo vertical y otro de tipo horizontal. El pluralismo jurídico *vertical*⁸ o jerárquico es perfectamente identificable en las sociedades tradicionales, donde coexisten diferentes niveles jurídicos ordenados jerárquicamente en correlación con las jerarquías sociales existentes.

⁸ Cfr. Pospisil, L.J. (1985). *The Ethnology of Law*, New Haven.

La teoría *horizontal* del pluralismo jurídico se basa en la interrelación entre organizaciones o subgrupos sociales con culturas jurídicas diferentes; esta tesis recuerda bastante a la inicialmente formulada por los autores del denominado Movimiento del Derecho Libre en Alemania a principios del siglo XX⁹. En la antropología jurídica esta concepción es conocida como la teoría de los “campos sociales semi-autónomos”, que son aquellos que se definen y delimitan, no mediante su tipo de organización, sino mediante una característica procesal, es decir, mediante el hecho de que puede crear normas, asegurando su cumplimiento con la fuerza o con la inducción. El espacio en el cual un cierto número de asociaciones están en relación las unas con las otras constituye un “campo social semi-autónomo”. Un gran número de campos de este tipo pueden, a menudo, articularse entre sí hasta llegar a formar cadenas complejas. De este modo, la articulación interdependiente de un gran número de campos sociales semi-atónomos constituye una de las características fundamentales de las sociedades complejas. De esta manera el pluralismo jurídico *horizontal* surge, precisamente, de la interacción constante entre diferentes campos sociales semi-autónomos no jerarquizados, sino coexistentes horizontalmente.

Las concepciones sociológicas y antropológicas del pluralismo jurídico conllevan la superación de la dualística distinción entre “normas jurídico estatales” y “normas sociales”, a favor de un concepto plural de juridicidad, que no equipare unilateralmente ésta al requisito de la estatalidad. Junto al Derecho estatal coexisten otros tipos de sistemas jurídicos u otros *campos jurídicos*, que reciben diferentes denominaciones: derechos alternativos, derechos informales, imaginarios jurídicos no oficiales, derechos de las subculturas o derechos de comunidades diferenciadas o de pueblos indígenas, derechos de las ciudades *informales*, justicias o tribunales comunitarios, el “derecho

⁹ Véase, entre otros, la caracterización que Eugen Ehrlich hizo del concepto del “Derecho Vivo” (Lebendes Rechts), autor que además fue uno de los fundadores del Movimiento del Derecho Libre, En: *Rechts und Leben*, Duncker und Humblot, Berlín, 1967, y que polemizó intensamente con el positivismo normativista de Hans Kelsen. Ehrlich sostuvo con vehemencia la existencia de un denominado “derecho vivo, vivido o social, que permanece al margen del Derecho del Estado”.

hecho en la calle” (*o direito achado na rua*¹⁰). Aun no perteneciendo al Derecho estatal, constituyen auténticos sistemas jurídicos, en cuanto que en ellos están presentes mecanismos de regulación de las conductas sociales junto con mecanismos procesales de resolución de conflictos. La estatalidad deja de ser una cualidad intrínseca y necesaria de lo jurídico.

Por lo tanto, desde una perspectiva sociológica y antropológica, el término juridicidad extralimita las rígidas y formales fronteras de los sistemas jurídicos estatales, poniendo en *jaque* al monopolio jurídico del Estado. En definitiva este concepto plural de la juridicidad introduce una perspectiva descentralizadora, anti dogmática y transdisciplinar del derecho, que intenta superar las rígidas fronteras en las que la ciencia jurídica moderna ha delimitado la positividad del derecho únicamente al derecho creado por el Estado.

Esta nueva manera de entender la juridicidad encaja mejor con el término “campo jurídico” que, parafraseando a Pierre Bourdieu, sería una especie de un “universo social autónomo”, donde se entrecruzan nuevas interacciones cognitivas y autorreferenciales de la juridicidad.

MULTIPLICIDAD DE CAMPOS JURÍDICOS: LA PERMEABILIDAD JURÍDICA

Todas las sociedades son plurales y, por lo tanto, a la pluralidad de grupos sociales y culturales le corresponde también la existencia de tradiciones y culturas jurídicas heterogéneas. Estas pueden dar lugar a sistemas jurídicos diversos entre los que se puede establecer una relación de sucesión, colaboración, coexistencia, yuxtaposición, negación o dominación, según los diferentes contextos de relación.

¹⁰ O *Direito Achado na Rua* representa actualmente un importante movimiento crítico del Derecho en Brasil. Fue elaborado inicialmente desde la Universidad Nacional de Brasília (UnB) por Roberto Lyra Filho y encabezado ahora por su ex Rector, José Geraldo de Sousa Junior, cuyo eje central consiste en dar cuenta de las diversas prácticas sociales creadoras de derecho y establecer nuevas categorías jurídicas sobre ellas.

En el contexto de la actual globalización neoliberal se han ido consolidando potentes agentes y estructuras económico-financieras de ámbito global y supraestatal que, sin constituir realmente un gobierno mundial, gobiernan la economía y el comercio global. De esta manera van generando sus propias normas jurídicas privadas de regulación, sus principios de organización, sus mecanismos informales de decisión, sus criterios de validación, sus procedimientos, sus tribunales globales (privados) de arbitraje o sus órganos jurisdiccionales privados de resolución de disputas, mediante los cuales se garantiza la eficacia del comercio mundial. Aparece, así, en escena una nueva esfera de juridicidad hasta ahora desconocida, la de un campo jurídico global y plural sin Estado. En este caso, el Estado va cediendo espacios de soberanía normativa, de administración de justicia y de regulación a actores empresariales transnacionales.

Este nuevo proceso de juridificación global representa un nuevo tipo de pluralismo jurídico global, de carácter supraestatal, que resulta difícil de gestionar y de armonizar con las tradicionales esferas jurídicas estatales o internacionales. Estamos ante un nuevo escenario jurídico plural y descentralizado de ámbito global, esto es, una nueva *polisistemia* jurídica simultánea, dominado por una lógica economicista de carácter privado y no estatal que se impone por la fuerza compulsiva de los hechos. Se trata de un ámbito jurídico nuevo que no pertenece ni al caduco derecho internacional, ni al orden internacional moderno basado en contratos y tratados, ni al sistema multilateral de comercio, ni al derecho interno de los Estados nacionales. Pretende constituirse en una especie de nuevo derecho imperial, aunque necesita interactuar tanto con el derecho internacional, como con los derechos internos de los diferentes Estados, generando por la vía de hecho no pocas tensiones jurídicas.

Este nuevo tipo de pluralismo jurídico tiene un carácter privado y desterritorializado, por eso no logra generar un derecho global homogéneo e integrado para todos, a pesar de su pretensión de homogeneizar jurídicamente las conductas y, especialmente, las relacionadas con los intereses de los sujetos que actúan en los mercados financieros. Pretende ser una forma de globalización jurídica, pero no consigue ser un nuevo derecho universal y cosmopolita aceptado por todos. Representa, más bien, el derecho de los “nuevos señores feudales”, que serían ahora los oligopolios o monopolios transnacionales, o de

las nuevas “burocracias privadas” del comercio mundial, que están consiguiendo imponer las normas y acuerdos jurídicos que más se ajustan a sus propios intereses económicos.

Estamos asistiendo a la emergencia de nuevos sistemas jurídicos privados que rompen el monopolio y la centralidad estatal de la producción jurídica (el monismo jurídico), a la vez que ponen en cuestión a sus propios criterios de legitimación. Es un sutil proceso de privatización y de mercantilización del Derecho, de las tradiciones jurídicas y de sus mecanismos de resolución de conflictos, debilitados ante las exigencias económicas del sistema imperial del capitalismo global.

Se trata, pues, de una nueva *Lex Mercatoria* privada de las empresas transnacionales, esto es, un derecho global sin Estado y al margen del derecho del Estado y, consiguientemente, sin ningún tipo de control político democrático. Cuanto más se totaliza el control de los mercados, más difícil resulta ejercer un verdadero control político y jurídico frente a ellos. Lo cual significa, en la práctica, la existencia de un poder absoluto de facto o de un imperio sin ciudadanos (sólo con clientes) y sin legitimación democrática, que pretende dominar y gobernar el mundo. Un “gobierno mundial de facto” que abre una nueva era imperial basada en la concentración de poder político, empresarial y militar sin reglas democráticas, pero que sirve para ofrecer estabilidad al capital financiero global, generando sus propias normas de validación y sus tribunales privados de arbitraje.

JUSTICIAS COMUNITARIAS

Las diferentes maneras y formas existentes de justicia comunitaria (*Jueces de Paz* en Colombia o Perú, *Cabildos Indígenas* y/o *Justicia Indígena* en Colombia, Canadá o Nueva Zelanda, *Rondas Campesinas* de Perú, *Sistemas Comunitarios de Seguridad* y *Autodefensa* de México, *Tribunales Populares de Base* en Mozambique, *Street Committees* de Cap Town en la Sudáfrica del *apartheid*,...) tienen como objetivo ofrecer respuestas a necesidades que la administración judicial de justicia no pudo o no sabe responder¹¹. A veces por las particularidades

¹¹ Un análisis clarificador de estas figuras y los desafíos de la justicia en equidad desarrollada en Colombia durante décadas se puede encontrar en: Castro Herrera,

de un contexto poscolonial y periférico, otras por la creciente complejidad de las sociedades globales, lo cierto es que muchos conflictos no llegan a ser tramitados por los procedimientos institucionales de la Administración formal de Justicia.

Justicia Comunitaria, según Edgar Ardilla, “es una modalidad de administración de justicia que se constituye con el conjunto de instituciones y procedimientos mediante los cuales un grupo social tramita sus conflictos de manera acorde con su identidad, independientemente del sistema jurídico estatal”¹². La justicia comunitaria resulta ser una respuesta alternativa a la justicia formal estatal para ciertos sectores de la población que pueden experimentar grandes dificultades para acceder al aparato de justicia oficial, bien por escasez de recursos, por dificultad para acceder físicamente a los despachos judiciales, o ya sea por encontrarse inmersos en controversias que carecen de relevancia para el aparato de justicia formal del Estado, o por encontrarse en situación de marginalidad y exclusión.

Así lo ha reconocido la Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C 631/12:

resulta claro que la justicia estatal formal no siempre es efectiva, en especial cuando no se han previsto recursos idóneos y suficientes que faciliten la solución pacífica de los conflictos, o cuando la complejidad de los procedimientos o de las condiciones de tiempo, modo y lugar exigidas por el legislador restringen la capacidad de alcanzar el goce efectivo, cuya protección se busca al acudir a las instancias judiciales. Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos no representan una desconfianza hacia la justicia estatal formal, sino un reconocimiento de que procedimientos menos formales y alternativos de justicia *autocompositiva* complementan las opciones a las cuales pueden acudir las personas para resolver sus disputas. Por ello, mecanismos como la mediación o la conciliación, más que

F.S.; Ardila Amaya, E.; Jaramillo Marín, J (2017). *Huellas y trazos de la justicia comunitaria en Colombia. Una década de aportes y desafíos de la Escuela*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

¹² Definición dada por un experto en justicia Comunitaria en Colombia, Edgar Ardilla (2000), “Justicia comunitaria claves para su comprensión”, en *Pensamiento Jurídico*, n° 12, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá; véase también del mismo autor *De la justicia judicial a la justicia comunitaria*, Tesis Doctoral defendida en la Universidad Carlos III de Madrid en 2016 (<https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/.../tesis-e-ardila-amaya-2016.pdf>).

medios para la descongestión judicial, son instrumentos para garantizar el acceso efectivo a la justicia y promover la resolución pacífica de conflictos.

Es posible esbozar unos rasgos generales de la *justicia comunitaria* que la diferencian de la justicia formal del Estado:

- 1) Las decisiones de las diferentes formas de *justicia comunitaria* son tomadas en equidad, no en la formalidad del derecho, lo cual implica que la resolución de un conflicto está más dirigida a la recomposición de los vínculos sociales, que a la aplicación de una norma jurídica preexistente. Las decisiones, por ende, deben obedecer a una concepción de justicia que sea aceptable en el contexto comunitario específico de que se trate.
- 2) Si bien para algunos mecanismos o figuras de justicia comunitaria está previsto un procedimiento básico que el operador debe seguir, por regla general se puede afirmar que estas formas alternativas de justicia se rigen por la informalidad, pues más que el sometimiento a formas preestablecidas, los operadores de justicia comunitaria tienen como responsabilidad la búsqueda de vías adecuadas para la solución de las controversias sometidas a su conocimiento. Además es importante subrayar de nuevo que los administradores de justicia son personas de la propia comunidad que cuentan con un alto grado de reconocimiento en ella (de hecho en el caso de los *jueces de paz* o *conciliadores de equidad*, estos son electos mediante votación popular), debido a su probada habilidad para ayudar a solucionar eficazmente los conflictos, y a quienes no se les exige una profesión *ad hoc* para desempeñar esta función.
- 3) La justicia comunitaria se caracteriza por la consensualidad y la confiabilidad, en la medida en que, en la mayoría de los casos, los mecanismos comunitarios de tratamiento de conflictos pasan por el consenso de las partes, siendo ellas mismas a quienes corresponde tomar las decisiones. Estas, por otra parte, no se consideran como individuos aislados, sino en relación con la comunidad y el ambiente en el que se presenta el problema. Normalmente, la justicia comunitaria no tiende exclusivamente a la imposición de una pena y/o castigo, sino que da importancia a la restitución del equilibrio, la reparación del daño y el bienestar colectivo de la comunidad (un modelo de justicia

restaurativa en vez de un modelo represivo). Se espera que la justicia comunitaria restablezca la convivencia entre los actores de cara a la comunidad en su conjunto. Es la comunidad misma la que “hace justicia”, en aras de la reconciliación. En vez de poner el acento en el trasgresor, se pone en los efectos de su comportamiento para la comunidad y en cómo gestionar los mismos.

- 4) Estas figuras o mecanismos de justicia comunitaria cuentan con autonomía orgánica, por cuanto tienden a definir todos sus vínculos orgánicos en el interior de la comunidad, sin establecer una relación jerárquica de dependencia con las autoridades estatales, por cuanto esto las desnaturalizaría. Las partes se representan a sí mismas, lo que hace que se trate de un sistema no profesional e informal, donde no intervienen profesionales del derecho ni se utiliza un lenguaje jurídico específico. Los actores de justicia comunitaria deben tratar de desenvolverse en condiciones difíciles, sin respaldo institucional y con escasos medios económicos para su sostenibilidad. No obstante, con la figura de los *jueces de paz*, por ejemplo, no se busca reemplazar las funciones del aparato estatal encargado de dirimir en derecho los conflictos sino, por el contrario, complementarlo.
- 5) La justicia comunitaria también tiene sus riesgos. Por ejemplo, la tendencia a ser cooptada por la clase política dirigente desde dentro y desde fuera de los operadores locales, o una excesiva desconexión de la Justicia ordinaria o, incluso, el contexto de pobreza e inseguridad, donde se ubican muchas veces los diferentes sistemas de justicia comunitaria, pueden desvirtuar sus propios objetivos. Además, aunque se ha instalado en el imaginario social que el adjetivo “comunitario” parece ser una garantía de equidad e imparcialidad, esto no siempre se corresponde con la realidad. No se debe caer en el error de mistificar lo “comunitario”, ni lo “popular. Es importante no caer en el “buenismo político” de dar por bueno y aceptable todo lo que viene de la mano de lo “comunitario”, en este caso la “administración justicia”. La Justicia Comunitaria *a priori* ni es mejor ni peor que la justicia judicial estatal, es una manera diferente de hacer justicia.

ESPACIOS DE RESISTENCIA EN LA CONSTRUCCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Existe una tendencia en algunas comunidades a reivindicar la justicia comunitaria como columna vertebral del derecho a la propia cultura y de la defensa de sus propios derechos y formas de vida, especialmente cuando se trata de comunidades indígenas o afrodescendientes en países latinoamericanos. Además, se tiene la convicción de que la justicia comunitaria tiende a explorar otras formas de protección de derechos que no acuden a los instrumentos caracterizadamente penales. Así como la convicción de que el sistema judicial oficial no cuenta con mecanismos eficaces para ocuparse de los derechos de los más “débiles” o de los derechos de los que han sido objeto de persecución política. Se reivindican a través de la justicia comunitaria otras prácticas sociales participativas¹³ en favor de los que casi nunca tienen la oportunidad de participar y de la inclusión social, enunciando derechos incluso *contra legem*, cuya fuerza obligatoria vendría directamente de la comunidad sin que pueda afirmarse que ésta delega su poder de decisión.

A veces se trata de administrar justicia en los sectores más marginales y excluidos de la sociedad. Así, por ejemplo, en las denominadas “justicias mestizas” desarrolladas en muchos países de Latinoamérica, en espacios de convivencia entre indígenas o afrodescendientes, donde la reivindicación del derecho a la diversidad y a la identidad propia se convierte en un vector importante de sus operadores locales de justicia, como mecanismo de resistencia y emancipación. Se reclama la defensa de sus propios valores culturales y cosmovisiones en la esfera de un proyecto propio incluyente y sostenible de sociedad frente a la política extractivista estatal-empresarial.

O los “tribunales populares de base” en Mozambique, que tras varios años de luchas por la independencia, sirvieron de base para la reconstrucción de la propia organización judicial del país; y sirvieron para la promoción de la participación popular, especialmente, facili-

¹³ Sobre la expresión de las *alteridades* en el pluralismo jurídico de las diferentes formas de justicia, véase Wolkmer, A.C (2001). *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nova Cultura no Direito*, 2ª ed., São Paulo, Editora Alfa-Omega.

tando un acceso igualitario y democrático a la justicias para toda la población¹⁴.

En todos estos casos nos encontramos con la presencia de nuevos sujetos jurídicos colectivos que buscan, mediante mecanismos alternativos de justicia, satisfacer necesidades humanas básicas y fundamentales, reivindicar derechos de emancipación e integración social o proteger sus propias identidades y culturas. El reto está en poder definir la naturaleza jurídica de estos nuevos sujetos colectivos capaces de elaborar nuevos proyectos políticos de transformación social, que supere los límites del formalismo legal positivista.

¹⁴ Un análisis exhaustivo de las autoridades tradicionales de justicia en Mozambique y sus estructuras de pluralismo jurídico frente al derecho portugués colonial ha sido desarrollado por Meneses, M.P. (2005). *Traditional Authorities in Mozambique: Between Legitimisation and Legitimacy*, Coimbra: Oficina do CES, n. 231; y Meneses, M.P. (2007). *Pluralism, Law and Citizenship in Mozambique*, Coimbra: Oficina do CES, n. 291.

Capítulo 4

A descolonização do Direito e a justiça comunitária no marco do Novo Constitucionalismo latino-americano

Gisele Ricobom
Felix Pablo Friggeri

INTRODUÇÃO

Uma das categorias teóricas mais ricas e dinâmicas sobre a estruturação injusta da realidade latino-americana é aquela revelada pela colonialidade do poder e do saber, não apenas como uma perspectiva de análise do passado, mas sobretudo como uma reflexão permanente e atual que possui extrema capacidade de penetração em todas as camadas sociais da América Latina.

A colonialidade permite compreender as características planetárias do poder que se fundou sobre *Nuestra América* pela constituição e afirmação de um capitalismo mundial que promove sua ideologia e seu padrão de dominação e exploração, desde o primeiro momento da invasão territorial.

As décadas finais do século XX e as iniciais do século XXI são testemunhas de um processo, ainda que não restrito à nossa região, que tem obtido um aporte nuclear a partir da proposta da descolonização política e epistêmica que se reflete em diversos campos do conhecimento.

Nesse sentido, ainda que a justiça comunitária seja uma prática existente na América Latina antes mesmo da colonização, a sua compreensão e defesa como alternativas emancipatórias do sistema de domínio monista perpetrado pelos ditos Estados democráticos e de direito, encontra uma contribuição valiosa da referida epistemologia descolonizadora, especialmente quando se trata das possibilidades de se aportar práticas contra-hegemônicas do direito e de outros sistemas de justiça não oficiais.

Assim sendo, o objetivo do artigo é compreender a descolonização do direito resultado dos movimentos do novo constitucionalismo latino-americano a partir do reconhecimento da justiça comunitária. Nesse caminho, consideramos fundamental resgatar, num primeiro momento, as características balisares da colonialidade de saber como instrumento teórico adequado para, num segundo momento, compreender as características do direito descolonizado e então finalmente verificar como a justiça comunitária pode se traduzir em efetiva descolonização do direito, a partir da experiência boliviana.

A DESCOLONIZAÇÃO DO CONHECIMENTO NA AMÉRICA LATINA

A reflexão crítica sobre os quinhentos anos da invasão europeia à América e a contestação ao neoliberalismo, que marcaram as últimas décadas na América Latina, contaram com forte protagonismo do movimento indígena na construção de um processo efetivo que resultou na politização do étnico. Confluíram para esse movimento o questionamento dos saberes dominantes (colonialidade do saber), como também a insurgência contra o modelo de estruturação econômica e política de um capitalismo selvagem que foi sanguinariamente instalado, em grande medida por ditaduras militares (colonialidade do poder), pró-estadunidenses que tiveram como eixo central de sustentação a doutrina de segurança nacional.

A formação do grupo modernidade/colonialidade constitui referência central dos aportes epistêmicos da descolonização¹. Um dos

¹ O grupo surgiu no final da década de noventa, tendo como marco o encontro na Universidad Central da Venezuela em 1998, que reuniu Aníbal Quijano, Fernando Coronil, Edgardo Lander, Arthuro Escobar, Walter Mignolo e Enrique Dussel. Resultou de um descontentamento com os pressupostos teóricos dos estudos sobre a pós-colonialidade, que teve como um dos principais autores o linguista hindu Homi Bhabha, acadêmico de Harvard que desenvolveu o conceito de “hibridização” e o crítico literário e ativista palestino Edward Said, que foi professor em Columbia e ficou conhecido por sua obra *Orientalismo* de 1978. Posteriormente, surge o grupo de estudos subalternos que se inicia com pesquisas sobre a Índia e o colonialismo, tendo por referência a Antonio Gramsci, Jacques Derrida, Michel Foucault e Ranajit Guha. Outros autores referenciais são Partha Chatterjee, Gayatri Spivak e vários latino-americanistas que se somaram como

principais pensadores do referido grupo é o peruano Aníbal Quijano, que possui uma longa e eminente trajetória no pensamento latino-americano, protagonista no desenvolvimento da Teoria da Dependência e a Teoria do Colonialismo Interno, sendo a categoria da colonialidade de poder uma potentíssima fonte de inspiração para análise da realidade da América Latina.

Em seu histórico e fecundo artigo “Colonialidade do Poder, Eurocentrismo e América Latina” apresenta a colonialidade do poder como um padrão mundial surgido na invasão europeia na América pela qual “Las nuevas identidades históricas producidas sobre la base de la idea de raza, fueron asociadas a la naturaleza de los roles y lugares en la nueva estructura global de control del trabajo. Así, ambos elementos, raza y división del trabajo, quedaron estructuralmente asociados y reforzándose mutuamente, a pesar de que ninguno de los dos era necesariamente dependiente el uno del otro para existir o para cambiar” (Quijano, 2000: 204).

No centro da “colonialidade do poder” está identificado o padrão do poder colonial que constitui a complexidade dos processos de acumulação capitalista articulados em uma hierarquia racial, étnica global e suas classificações derivativas de superior/inferior, desenvolvimento/subdesenvolvimento e dos povos civilizados/bárbaros. De igual modo, a ideia de “colonialidade” vincula o processo de colonização das Américas e a constituição do sistema-mundo capitalista como parte de um mesmo processo histórico iniciado no século XVI. A construção da hierarquia racial e étnica global foi simultânea e contemporânea, espaço-temporalmente, com a divisão internacional do trabalho organizada em relações centro-periferia em escala mundial (Castro-Gómez e Grosfoguel, 2007: 18-19).

Quijano convida a uma profunda e necessária crítica da racionalidade moderna. A desconstrução do paradigma europeu da racionalidade não é apenas indispensável, mas também urgente. Para ele, é duvidoso que o caminho consista na simples negação de todas as suas

Fernando Coronil e Florencia Mallon, formando o grupo de estudos subalternos. Algumas críticas revelam que apesar do intento em produzir um conhecimento radical e alternativo, reproduziram o esquema epistêmico dos Estudos da área dos Estados Unidos.

categorias, na dissolução da realidade no discurso, na pura negação da ideia e da perspectiva da totalidade do conhecimento. Para além disso, é necessário desprender-se das vinculações da racionalidade-modernidade com a colonialidade, rompendo em definitivo com todo poder não constituído na decisão das pessoas livres. É a instrumentalização da razão do poder colonial, em primeiro lugar, que produziu paradigmas distorcidos do conhecimento e malogrou as promessas libertadoras da modernidade. A alternativa, em consequência, é clara: a destruição da colonialidade do poder mundial² (Quijano, 1992: 19).

Edgardo Lander realiza seu aporte à colonialidade do poder, destacando que seu pressuposto básico é o caráter universal da experiência europeia, em que se realiza uma “lectura de la totalidad del tiempo y del espacio de la experiencia humana a partir de esta particularidad (que) se erige una universalidad radicalmente excluyente” (Lander, 2000: 16-17).

Segundo Lander, tal visão universal da história está associada a ideia de progresso e que desde então se classifica e se hierarquiza os povos, naturalizando a superioridade dos saberes daqueles que dominam de forma a superar os saberes populares, que são considerados obstáculo ao progresso. Por esta razão, é necessário “un esfuerzo de

² Outra figura chave para e episteme descolonizadora é Enrique Dussel, um dos inspiradores da Teologia e da Filosofia da Libertação. Citamos outros autores do movimento descolonial que foram se somando ao grupo inicial, sem pretensão de exaustividade: Arturo Escobar que trabalha uma profunda crítica ao paradigma do desenvolvimento. Catherine Walsh, linguista norte-americana que foi discípula de Paulo Freire; Ramón Grosfoguel, sociólogo porto-riquenho que trabalha em Berkeley, Califórnia; Santiago Castro-Gómez que desenvolveu o conceito da “*hybris del punto cero*” criticando a ciência moderno-ocidental; O filósofo porto-riquenho Nelson Maldonado Torres que desenvolveu o concepto de “decolonialidad” e Boaventura de Sousa Santos, com a sociologia das emergências. Há igualmente um imenso aporte do movimento indígena, dos seus intelectuais que foram e estão surgindo com força para acompanhar o movimento, citamos alguns: Luis Fernando Sarango Macas; Blanca Chancoso; Mario Bustos; Humberto Cholango Simón Yampara; Javier Lajo; Alberto Acosta; Pablo Dávalos; Xavier Albó e o Grupo Comuna da Bolívia, onde participaram Álvaro García Linera; Luis Tapia; Raúl Prada Alcoreza; Óscar Vega; Raquel Yrigoyen Fajardo. En México, uma série de intelectuais que acompanharam os movimentos indígenas, especialmente as lutas pela autonomia: Pablo González Casanova; Rodolfo Stavenhagen; Luis Villoro; Gilberto López y Rivas. Em Uruguai Eduardo Gudy-nas e Raúl Zibechi.

deconstrucción del carácter universal y natural de la sociedad capitalista-liberal (que) requiere el cuestionamiento de las pretensiones de objetividad y neutralidad de los principales instrumentos de naturalización y legitimación de este orden social: el conjunto de saberes que conocemos globalmente como ciencias sociales” (Lander, 2000: 12).

Igualmente Walter Mignolo entende o chamado “giro decolonial” como uma abertura a “formas de vida-outras” y como um “desprendimiento de la retórica de la modernidad y de su imaginario imperial articulado en la retórica de la democracia”, objetivando a superação da matriz colonial do poder (Mignolo, 2007: 29-30).

Somando todos os esforços, consideramos que a descolonização epistemológica abre caminhos para: a) a construção de um pensamiento latino-americano original; b) a comunicação intercultural em um ambiente de equidade que possibilite o diálogo de saberes; c) a relação entre o cultural e o político-econômico, superando algumas dicotomias empobrecedoras e seguindo a linha de politização do étnico que foi aprofundada pelo movimento indígena; d) o combate e a apresentação de alternativas frente ao “servilismo intelectual” presente no âmbito acadêmico caracterizado por “la adopción, casi ciega de los modelos teóricos y conceptos desadaptados a nuestro medio, pero que tienen sus referentes en Europa y los Estados Unidos” (Fals Borda, 2009: 224); e) a possibilidade de respaldar com a “insurgência epistêmica” os caminhos da “insurgência política”, fortalecendo caminhos revolucionários de inspiração autóctone ao “poner en escena lógicas, racionalidades y pensamientos distintos” (Walsh, 2008: 134); f) a possibilidade de um diálogo com outras vertentes revolucionárias que aportaram sua luta e pensamento na América Latina (marxismo, cristianismo de liberação, nacionalismos anti-imperialistas, populismos de esquerda, anarquismo, etc.), ajudando a dar o melhor de si ao abandonar seus elementos ocidentalizados e possibilitando uma releitura dos próprios e valiosos conteúdos desde os aspectos mais profundos da nossa região; g) o diálogo entre os povos do Sul Político (Santos, 2002: 380) abarcando “el espacio planetario de la expansión colonial/imperial” (Mignolo, 2007: 45).

Para os objetivos do presente artigo, ressalta-se o compromisso com os saberes dos povos latino-americanos, que devem produzir um conhecimento não apenas “para” ou “sobre” América Latina, mas so-

bretudo “desde” nossa região. A eleição do lugar “desde onde” construímos o conhecimento nos fornece tanto as aproximações como as distâncias (epistêmicas, afetivas e políticas) frente aos problemas que abordamos e, principalmente, aos seus sujeitos históricos. A eleição e o compromisso com o lugar têm uma importância vital no caminho do conhecimento que surja das sabedorias das lutas populares latino-americanas.

Geralmente o conhecimento pró-oligárquico, lamentavelmente dominante em nossa academia, busca ocultar o lugar, alegando neutralidade e objetividade científica. Poucos admitem que o discurso cientificista omite o compromisso com as estruturas de poder. Contudo, há também os setores da academia que manifestam apoio ético e político com as maiorias populares, mas que não puderam ou não quiseram transcender o compromisso ao epistêmico ao reproduzir um conhecimento marcado pelo eurocentrismo e, portanto, pela colonialidade.

A compreensão da justiça comunitária exige a manifestação desse compromisso ético, que se traduz em uma postura teórica que promova o giro decolonial, visto que resulta de práticas e saberes que subsistiram marginalizados nas epistemologias científicas da América Latina, especialmente quando se trata da filosofia do direito cuja matriz ocidental é profundamente arraigada na cultura jurídica latino-americana, como será observado na próxima seção.

DESCOLONIZAÇÃO DO DIREITO E O NOVO CONSTITUCIONALISMO

O paradigma jurídico dominante é caracterizado pelo monismo, estatalidade, racionalidade formal e pela defesa dogmática da segurança jurídica. A legitimação do direito nos Estados modernos ocorre pelo monopólio da força, pela despersonificação do poder, pelo sentido de legalidade estrita e legitimidade jurídico-racional (Wolkmer, 2006). Tal fórmula, forjada no seio das revoluções liberais, escamoteia a estrutura capitalista que sustenta os interesses da classe dominante nas relações de poder verticalizadas e estatalizadas.

A fonte única de produção do direito é o Estado e o critério de validade formal das regras substitui os critérios de eficácia e de aceitação social que decorrem de outras fontes de justiça. A filosofia do positivismo normativo, que tanto influenciou a herança do direito na América Latina, alijou por completo as experiências normativas autênticas da região, sobretudo àquelas decorrentes do mundo indígena que foram absolutamente excluídas do ordenamento oficial. O direito estatal, quando regulava interesses indígenas, o fazia de modo ultrajante seja atribuindo à incapacidade civil ou sequestrando o *status* jurídico de cidadania, princípio básico para usufruir das garantias normativas do Estado liberal.

Ainda que em crise, o monismo segue sendo o pilar estruturante do Estado de direito contemporâneo, ao lado do dogma da segurança jurídica. Assim sendo, monismo e segurança jurídica constituem dois mitos que sustentam as estratégias da colonização do direito, cuja função primordial é a garantia das liberdades negativas e individuais contra o Estado para assegurar o livre mercado e reprimir penalmente todos àqueles que não alcançam o status de cidadania.

O mito do monismo jurídico, de acordo com Amaya, apresenta uma dupla tendência, tanto de inclusão como de exclusão:

De inclusión porque implica selección y articulación de normas y estructuras producidas en la sociedad, atrayendo partes de los sistemas jurídicos socialmente producidos que se van incorporando al derecho estatal centralizador mediante la asignación de competencias y posiciones dentro de la jerarquía normativa. De exclusión, porque la selección implica el rechazo de construcciones normativas que se derivan externas al orden jurídico para perseguirlo, deslegitimarlo o dispersarlo (Amaya, 2002: 51).

A colonização se dá nos dois aspectos: na inclusão visto que a incorporação de normas de outros sistemas jurídicos desautoriza outros intérpretes da lei que não os funcionários a serviço do poder; e na exclusão, especialmente pela imposição hegemônica do sistema jurídico oficial sobre os demais sistemas jurídicos.

Já a segurança jurídica conforma-se como artifício discursivo que objetiva legitimar a centralidade da produção e aplicação do direito em nome de uma justiça supostamente garantidora de estabilidade social, ainda que excludente e profundamente repressora em relação aos marginalizados do sistema estatal.

Diante da realidade de um direito claramente colonizado, ordenado e sustentado pelo capitalismo, tanto em sua conformação teórica como em sua prática, existem algumas práticas que ajudam a visibilizar os caminhos da descolonização em um âmbito tao impermeável às perspectivas originais e autônomas.

Um dos elementos chaves desse processo é o movimento que vem sendo denominado de “Novo Constitucionalismo Latino-Americano” cujas expressões mais eminentes são as Constituições Equatoriana de 2008 e a Boliviana de 2009, que foram marcadas fundamentalmente pelas contribuições dos movimentos indígenas desses países.

Trata-se de um constitucionalismo real (Pastor; Dalmau, 2010), pluricultural (Fajardo, 2011) ou transformador (Boaventura, 2010). Segundo Fajardo (2011: 142):

Las Constituciones de este ciclo incorporan un nuevo y largo listado de derechos indígenas, en el marco de la adopción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989). Esos derechos incluyen la oficialización de los idiomas indígenas, la educación bilingüe intercultural, el derecho sobre las tierras, la consulta y nuevas formas de participación, entre otros. (...) Las Constituciones de este ciclo reconocen a las autoridades indígenas, con sus propias normas y procedimientos o su derecho consuetudinario y funciones jurisdiccionales o de justicia.

Para Santos, o constitucionalismo transformador ocorre “a través de una institucionalidad nueva (plurinacionalidad), una territorialidad nueva (autonomías asimétricas), una legalidad nueva (pluralismo jurídico), un régimen político nuevo (democracia intercultural) y nuevas subjetividades individuales y colectivas (individuos, comunidades, naciones, pueblos, nacionalidades)” (*ibid*: 72).

Dos vários elementos que poderíamos destacar, indicaremos três que são fundamentais para o presente artigo, quais sejam, a plurinacionalidade, o pluralismo jurídico e a presença de princípios indígenas na parte dogmática das Constituições.

O Estado Plurinacional é a modificação mais importante na estrutura e ideologia do Estado-Nação que ocorreu desde sua época fundacional. Implica, entre outras coisas, o intento de efetivar no âmbito político institucional uma realidade negada pela Colonialidade

do Poder: que existem nações que pré-existem ao Estado liberal e que, portanto, tem um direito próprio que deve ser respeitado. A plurinacionalidade requer que se organize um sistema de diálogo entre saberes, critérios e práticas de diferentes direitos que estão atuando em todo território, inclusive considerando algumas características internacionais desses direitos.

Outro elemento, intimamente vinculado ao anterior, é o pluralismo jurídico compreendido especialmente a partir do exercício e da luta dos movimentos indígenas. Este pluralismo jurídico é “producto de lo que podríamos llamar la capacidad ancestral y ‘popular’ de convivencia y de resolución de conflictos” (Friggeri, 2014: 177-178). O Estado deixa de ser a única fonte do direito e reconhece que há um “derecho que nace del pueblo” (De la Torre R., 1986) e que deve ser “elevado” em virtude de sua soberania e autodeterminação.

O terceiro elemento é fundamental, sobretudo porque nas referidas Constituições estão assegurados os princípios indígenas em convivência com os princípios consagrados ocidentalmente na história dos direitos humanos liberais. A presença dos valores indígenas na parte dogmática das Constituições dá um caráter referencial e de potencialidade para informar a interpretação das leis e, por consequência, fazer respeitar a jurisdição indígena originária.

Segundo Uprimny (2011: 113) ao lado do reconhecimento amplo dos direitos indígenas, a parte dogmática das referidas Constituições incorporou direitos civis e políticos herdados das tradições demoliberais, estabelecendo amplamente direitos sociais, econômicos e culturais, mas apresentou o grande diferencial de reconhecimento das variadas formas de direitos coletivos, como, por exemplo, o direito ao meio ambiente e o direito da natureza (Pachamama) na Constituição Equatoriana, que passa a ser sujeito jurídico pelo menos formalmente, bem como a incorporação da cosmovisão indígena em ambas constituições.

É, portanto, a partir da plurinacionalidade, do pluralismo jurídico e do reconhecimento de valores comunitários que se começa a compreender a função e o espaço da justiça comunitária no corpo constitucional, como será verificado na próxima seção.

JUSTIÇA COMUNITÁRIA NO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

A descolonização do direito no processo constitucional Bolívia: no decorreu do reconhecimento do pluralismo jurídico em seu artigo 179:

Artículo 179. I. La función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley.

II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originaria campesina gozarán de igual jerarquía.

III. La justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

IV. El Consejo de la Magistratura es parte del Órgano Judicial.

Em um mesmo dispositivo, a Constituição boliviana supera o processo de inclusão e exclusão monista em duas decisivas incorporações: primeiro pelo reconhecimento da justiça comunitária ao estabelecer igual hierarquia entre a jurisdição ordinária e a jurisdição indígena; segundo pela criação de um Tribunal Constitucional Plurinacional-TCP constituído por magistrados eleitos por sufrágio universal, respeitando a proporcionalidade indígena resultado da observância do critério da plurinacionalidade.

A forma de coordenação entre os dois sistemas de justiça foi regulamentada pela Lei de Deslinde Jurisdiccional —Lei 73 de dezembro de 2010— que foi criticada por pesquisadores por considerar que o dispositivo legal blindava a justiça ordinária contra os excessos da justiça comunitária, não obstante reafirmar a necessidade de cumprimento das decisões originárias (Wolkmer; Ferrazzo, 2016: 68).

Já o Tribunal Constitucional Plurinacional deve zelar pelos princípios da plurinacionalidade, interculturalidade, pluralismo jurídico e complementariedade, segundo a Lei 27 de 6 de julho de 2010 que organiza seu funcionamento. Uma das estruturas do Tribunal (sala especializada) deve tratar das consultas formuladas pelas autoridades indígenas, em caráter exclusivo.

Para Wolkmer e Ferrazzo, “em geral, as decisões conduzem a uma mitigação do pluralismo jurídico, reafirmando a supremacia do direito estatal, tornando ineficaz a jurisdição indígena, ou ainda, eventualmente, implicando na criminalização tácita da jurisdição indígena” (2016: 68-70).

Por outro lado, reconhecem os autores que também existem casos positivos, como na sentença 1422 de 2012 que reconheceu a hermenêutica plural ou multidimensional que interpreta vivências e experiências a partir da materialidade concreta do povo indígena originário.

Em análise da jurisprudência do TCP há uma clara limitação da jurisdição comunitária indígena quando da violação dos direitos fundamentais, reforçando o que se constatou pelos autores Wolkmer; Ferrazzo (2016: 68-70). No mesmo sentido, a sentença 952 de 2017-S2 que trata sobre a decisão de expulsão, pela justiça originária, de indígenas da comunidade Chiara Araña, no Departamento de La Paz em razão de um delito penal, reconhece que:

...si bien la jurisdicción indígena originaria goza de reconocimiento en la Ley Fundamental, por el reconocimiento plural del Estado Boliviano; el principio de unidad de la función judicial, implica que todas las jurisdicciones deban cumplir y respetar los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas, en el marco de la obediencia máxima a la Constitución Política del Estado, límites que le son impuestos pese a su reconocimiento, tomando en cuenta la máxima eficacia de los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas, así como la materialización de los principios, valores y fines que fundamentan la Norma Suprema en defensa del carácter supremo que le atinge.

Já a Declaração Constitucional 88 de 2017 que delibera sobre uma consulta de autoridades indígenas originárias campesinas sobre a aplicação de normas jurídicas a um caso concreto reconheceu a autonomia da justiça indígena para solucionar um conflito de terras na Estância Tansilla, que se localiza no Departamento de Potosí.

Na decisão, além de reconhecer os princípios indígenas suma gamaña (“viver bem”), qhapaq ñan (caminho ou vida nobre) que orientaram a comunidade indígena a adotar uma decisão comunitária, o Tribunal fundamentou a declaração de aplicabilidade ao caso concreto a determinação adotada pelas autoridades originárias de Ayllu Achuma “Khucho” tanto na Convenção 169 do OIT, como nas

normas constitucionais que estabelecem a autodeterminação dos povos indígenas e até mesmo na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awastinguini *versus* Nicaragua, que reconheceu a forma comunal dos indígenas de propriedade coletiva da terra. Para o TCP:

La Constitución Política del Estado Plurinacional con relación a la gestión territorial autónoma es clara y ratifica todo lo señalado en el párrafo anterior, dejando simplemente aclarado que debe tomarse el derecho de los terceros que hayan sido “legítimamente adquiridos”, resaltamos esta última expresión por las consecuencias históricas por los que tramitó la territorialidad indígena, no todos los terceros poseen de manera legítima la tierra, muchas han sido producto de imposiciones de negociados y de despojos bajo el manto de la legalidad, siendo imperativo la reconstitución territorial en el marco de la Plurinacionalidad, al respecto la Ley fundamental en el art. 30.II.17 expresa que los pueblos indígenas tienen derechos: “A la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros”.

Dessa forma, podemos concluir de forma parcial que a jurisprudência do TCP tende a reconhecer os direitos coletivos indígenas, mas subjugam a justiça comunitária aos direitos fundamentais quando esta viola os direitos individuais de matriz liberal ocidental.

Portanto, devemos entender o pluralismo constitucional boliviano em tripla perspectiva: primeiro, pelo reconhecimento de outros sistemas normativos pelo sistema hegemônico oficial que permite aceitação dos processos decisórios da justiça comunitária, sempre e desde que limitados pelos princípios da unidade jurisdicional, o que pode se traduzir na sobreposição dos princípios do monismo frente aos princípios indígenas; segundo, pela inclusão de princípios indígenas como fontes oficiais no sistema hegemônico oficial; terceiro, pela inclusão de representantes indígenas eleitos para exercer as funções na corte constitucional, garantindo assim a correta interpretação dos valores da cosmovisão indígena.

A conformação dessa correlação entre a justiça comunitária e a jurisdição estatal resulta do conflito entre a legalidade demoliberal e a legalidade subalterna que se expressa em quatro classes de sociabilidade: violência, coexistência, reconciliação e convivialidade. A vio-

lência resulta da supressão e subordinação da legalidade subalterna pelo sistema oficial. A coexistência é a não hibridização dos sistemas, típicos do apartheid cultural que produz a incomunibilidade entre eles. A reconciliação se fundamenta na justiça restaurativa para reparar as violações do passado e a convivialidade é uma reconciliação voltada para o futuro, quando as violações do passado foram superadas, facilitando os intercâmbios tendencialmente iguais e a autoridade compartilhada entre os dois sistemas. No último caso, o sistema oficial e o subalterno são considerados visões alternativas que, quando entram em conflito, são solucionados segundo as regras consensuadas (Sousa Santos, 2010: 89-90).

O pluralismo boliviano apresenta uma sociabilidade que preza pela convivialidade dos dois sistemas, especialmente em razão do reconhecimento da plurinacionalidade. Na prática judicial observamos uma tendência em reconhecer a autonomia do sistema indígena em relação aos direitos coletivos, aplicando a previsão constitucional de garantia dos direitos fundamentais em caso de conflito relativos especialmente aos direitos individuais, como visto. Portanto, é possível inferir que as regras consensuadas estão sendo consideradas, ainda que exista uma sensível hierarquia entre os dois sistemas.

Assim sendo, independente das limitações e críticas que possam surgir dos conflitos provenientes da zona de contato entre os sistemas, é inegável o profundo processo transformador realizado pela Constituição Boliviana, especialmente pela preponderância do plurinacionalismo, fruto dos movimentos indígenas que se fizeram presentes na Assembleia Constituinte.

Não há, portanto, como se compreender a descolonização do direito pelo reconhecimento da justiça comunitária e o novo constitucionalismo sem que se leve em consideração o protagonismo e ativismo do movimento indígena.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A descolonização do direito requer um diálogo de saberes cuja implementação possui dura resistência dos setores mais oligárquicos da magistratura porque altera a configuração do poder econômico que sempre alicerçou o Estado liberal na América Latina.

A prevalência do pluralismo jurídico é, inclusive, fortemente contraditória com as normas constitucionais que protegem a propriedade privada. Daí a importância de se compreender as potencialidades do novo constitucionalismo latino-americano para consolidar práticas jurídicas emancipatórias que estão orientadas e a serviço das maiorias populares.

Os estudos descoloniais permitiram visibilizar os mecanismos coloniais arraigados nas estruturais institucionais do Estado e da sociedade latino-americana. A emergência de uma sociologia decolonial contribuiu vivazmente para se pensar e construir uma outra possibilidade de justiça, resultado de uma legalidade subalterna que refunda a ordem constitucional em bases profundamente inovadoras.

Como visto no artigo, não se trata apenas dar autonomia para a justiça comunitária ou de reconhecer as fontes dos sistemas normativos não oficiais, mas de incluir outros pilares que sustentam a estrutura estatal como a plurinacionalidade, o pluralismo e os valores indígenas que fragilizam os alicerces do Estado democrático liberal, sem, contudo, substituí-los.

O processo de descolonização é contínuo, a justiça comunitária é apenas uma das suas estratégias mais importantes, mas é uma fonte preciosa e imensa para repensar o direito a partir dos valores populares, libertando-o de sua atadura servil à propriedade burguesa.

REFERÊNCIAS

- Amaya, E. A. (2002). “*Pluralismo jurídico: apuntes para el debate*”. En *El otro derecho*, número 26-27, pp. 49-61.
- Castro-Gómez, S., Grosfoguel, R. (Comp). (2007). *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Colombia, Bogotá: Siglo del Hombre.
- De la Torre Rangel, J. A. (1986). *El Derecho que nace del pueblo*. México, Aguascalientes: CIRA.
- Fajardo, R. Z. Y. (2011). “*El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*”. En Garavito, C. R. (Coord), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Argentina, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, pp. 139-159.

- Fals Borda, O. (2009). *Una sociología sentipensante para América Latina*. Colômbia, Bogotá: CLACSO/Siglo del Hombre.
- Friggeri, F. P. (2014). “‘Alteridad Constitucional’. *Nuevo Constitucionalismo y principios indígenas: de la incoherencia a la revolución*”. En *Cadernos Prolam/USP*, 13(25), pp. 173-187.
- Lander, E. (2000). “*Ciencias sociales: saberes coloniales y eurocéntricos*”. En Lander, E. (ed.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Argentina, Buenos Aires: CLACSO, pp. 11-40.
- Mignolo, W. (2007). “*La opción des-colonial, desprendimiento y apertura: un manifiesto y un caso*”. En Castro-Gómez, S., Grosfoguel, R. (Comp), *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Colômbia, Bogotá: Siglo del Hombre; Universidad Central; Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, pp. 25-46.
- Pastor, R. V.; Dalmau, R. M. (2010). “*Los procesos constituyentes latino-americanos y el nuevo paradigma constitucional*”. En *IUS 25, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, pp. 7-29.
- Quijano, A. (2000). “*Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina*”. En Lander, E. (Comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Argentina, Buenos Aires: CLACSO, pp. 201-248.
- (1992). “*Colonialidad y Modernidad/Racionalidad*”. En *Perú Indígena*, 13(29), pp. 11-20.
- Santos, B. de Sousa (2002). *A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. São Paulo: Cortez.
- (2010). *Refundación del Estado en América Latina Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Peru, Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad.
- Uprimny, R. (2011). “*Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos*”. En Garavito, C. R. (Coord), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Argentina, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, pp. 109-137.
- Walsh, C. (2008). “*Interculturalidad, Plurinacionalidad y Decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado*”. En *Tabula rasa*, n° 9, pp. 131-152.
- Wolkmer, A. C. (2006). *Pluralismo jurídico: fundamentos de una nueva cultural del derecho*. Espanha, Sevilla, Editorial Mad.
- Ferrazo, D. (2016). “*Sistemas Plurais de Direito: desde Práticas Sociais e Insurgências Latino-Americanas*”. En *Direito, Estado e Sociedade*, n. 48, pp. 47-75.

Capítulo 5

Justiça comunitária como justiça legítima: afeto e conflito como elementos políticos emancipatórios

Rosa Maria Zaia Borges
Paulo Abrão Pires Junior

NOTAS INTRODUTÓRIAS

O presente artigo tem por objetivo instigar a discussão em torno da justiça comunitária como prática legítima de composição de conflitos e, por outro lado, fomentar a percepção do quão necessário é o resgate da afetividade para a compreensão dos pressupostos que legitimam e sustentam a constância do espaço público como *locus* de produção de relações sociais e políticas. Intimamente ligado a esta perspectiva, pretende-se fomentar reflexões acerca da potencialidade que tem o conflito como elemento de reconstrução dos vínculos sociais, tomados aqui como igualmente pautados por laços afetivos.

Forjada cartesianamente, acreditou-se, por muito tempo, que só a afetividade poderia propor uma relação imediata entre as consciências, mas que todo o esforço da filosofia consistiria precisamente na libertação desses obstáculos ou dessas subversões da afetividade, concebida como estranha à consciência pura (Fraisse, 1984: 18).

Assim, o que se constata é que a ideia de razão emergente da modernidade estabelece uma relação de exclusão com a ideia de emoção. O conflito entre razão e *éros* constitui-se “num claro produto da modernidade, seguindo uma tradição que já está instalada na dimensão da tradição ocidental, [...] permitindo que cisões e fraturas vertiginosas e inconciliáveis existam também entre pensamento e sentimento, entre mente e coração e entre verdade e paixão” (Bittar, 2008: 100).

Reforça-se este não lugar da afetividade na modernidade, conforme indica Bauman (2001: 47) uma domesticação pela ordem, com vistas à eliminação da ambivalência: “a ordenação —o planejamento

e execução da ordem— é essencialmente uma atividade racional, afinada com os princípios da ciência moderna e [...] com o espírito da modernidade”.

Sendo a ordem tão cara à modernidade, é assim que a ciência jurídica e seu objeto —o direito—, como produtos do caldo moderno, vêm acompanhados de seus dois maridos, parafraseando Warat (1985): a certeza e a segurança jurídicas. Nada que ponha em risco a universalidade das práticas jurídicas e institucionais (tomada como benesse em contraposição às sociedades pré-modernas, meritocráticas) e a ordem (im)posta pelo Estado enquanto único e legítimo vetor de organização social deve ser incentivado. Nestes termos, não há lugar para afetividades e, por outro lado, o conflito ascende à e assenta-se na condição de elemento destruturador, inadequado, desconstituído de qualquer potencialidade, enfim, um estorvo para a paz e o convívio sociais.

Este texto é, portanto, um convite à contestação deste suposto não-lugar do afeto e do conflito e ao reposicionamento destes como elementos políticos emancipatórios em contraposição à pretensa ordem moderna, ensimesmada, autoritária, estadocêntrica. Tal reposicionamento passa, necessária e contundentemente, pela defesa de uma justiça comunitária como justiça legítima —que devolve ao afeto seu papel de mantenedor dos laços sociais e políticos e ao conflito sua condição de incentivador das potencialidades humanas na produção de consensos.

AMOR E CONFLITO COMO ELEMENTOS DE FECUNDIDADE POLÍTICA EM OPOSIÇÃO AO “DESENCANTAMENTO” E À “ORDENAÇÃO” DO MUNDO MODERNO

Tema controverso, a modernidade, parafraseando Habermas (2000), constitui-se como projeto inacabado, já que, ao mesmo tempo, trouxe um conjunto de alterações estruturais na vida social e gerou expectativas e frustrações em relação às promessas de incremento que tais alterações produziram.

Várias foram as abordagens e as perspectivas epistemológicas sobre os tempos modernos. Escolheu-se, de modo exemplificativo, pensadores e ideias cujas contribuições teóricas conversam com a proposta aqui feita que é de perceber a modernidade como um projeto e um processo de descaracterização dos sujeitos, de subjugação dos afetos e de demonização dos conflitos.

Dumont (1987) entende que, em última análise, tanto no plano socioeconômico como no plano filosófico, o que define a modernidade é a *despessoalização do sujeito*, com a insurgência da categoria do indivíduo: uma categoria por definição vazia de significados. Assim, o individualismo pode ser definido da seguinte forma: “cada homem é a encarnação da humanidade inteira e, como tal, é igual a qualquer outro e livre” (Dumont, 2000: 14). Esse individualismo faz-se acompanhar de aspectos de grande importância, segundo o autor. Se na maioria das sociedades, em primeiro lugar nas civilizações superiores, identificadas como sociedades tradicionais, as relações entre as pessoas eram mais importantes, mais altamente valorizadas do que as relações entre as pessoas e as coisas, no tipo moderno de sociedade, esta prioridade é invertida e as relações entre os sujeitos são, ao contrário, subordinadas às relações entre estes e as coisas (Dumont, 2000: 16).

Por outro lado, Rouanet (1993) antevê como ingredientes principais do processo civilizatório da modernidade os conceitos de universalidade, individualidade e autonomia. A universalidade teria como significante visar todos os seres humanos, independentemente de barreiras nacionais, étnicas ou culturais. Já a individualidade significaria que, aos seres humanos, por sua condição de pessoas concretas e não por serem integrantes de uma coletividade, é atribuído *valor ético positivo à sua crescente individualização*. A autonomia significaria que, uma vez tomados como seres individualizados, os humanos estariam aptos a pensar por si mesmos, sem a tutela da religião ou da ideologia, a agir no espaço público e a adquirir pelo seu trabalho os bens e serviços necessários à sobrevivência material.

Preferindo o termo racionalização à modernização, Weber (1987, 1992) discute seus vários processos, aprofundando-se num certo momento histórico e numa determinada região geográfica específica, o Ocidente, demonstrando como estes processos aceleraram-se, difundiram-se, interpenetraram-se, reforçando-se mutuamente, provocan-

do inovações em cadeia, destruindo as bases da sociedade tradicional. Para o autor, a *racionalização* consiste num processo no qual se verifica uma sistematização, intelectualização, especialização, legalização, tecnificação e objetificação em todos os âmbitos da vida. Racionalizar é tornar uma atividade calculável quanto aos meios e previsível quanto aos fins. Alguns fatores são determinantes para tal processo de racionalização: o *desencantamento do mundo*, o politeísmo de valores, a *alienação em relação ao meio social*¹.

Na visão de Bauman (2001), pode-se distinguir a modernidade em suas fases *sólida e líquida* ou *fluida*. O moderno, em seu estado sólido, o era na medida em que estava determinado a emancipar a realidade da “mão morta” de sua própria história —e isso só poderia ser feito “derretendo os sólidos”, o que, dito de outra forma, traduz-se pela profanação do sagrado, pelo repúdio e destronamento do passado e, antes e acima de tudo, da tradição: “o sedimento ou resíduo do passado no presente; clamava pelo esmagamento da armadura protetora forjada de crenças e lealdades que permitiam que os sólidos resistissem à ‘liquefação’”. Isto tudo com um objetivo que não é “[...] acabar de vez por todas com os sólidos e construir um admirável mundo novo livre deles para sempre, mas para limpar a área para *novos e aperfeiçoados sólidos*, para substituir o conjunto herdado de sólidos deficientes e defeituosos por outro conjunto, aperfeiçoado e preferivelmente perfeito, e por isso não mais alterável” (Bauman, 2001: 9). Daí a solidez desta modernidade.

Assim é que o “derretimento dos sólidos” é tratado pelo autor como um traço permanente da modernidade, adquirindo, porém, em determinado momento, um novo sentido, sendo redirecionado a um novo alvo em função da discomposição das forças que não puderam manter a questão da ordem e dos sistemas (tão caras à modernidade sólida) na pauta política:

os sólidos que estão para ser lançados no cadinho e os que estão derretendo neste momento, o momento da *modernidade fluida*, são os elos

¹ De acordo com Rouanet (1993), examinando-se o conjunto destas categorias, é possível verificar que, para Weber, modernização significa principalmente aumento de eficácia. Mesmo quando outros valores parecem entrar em jogo, como a democracia ou a autonomia da razão, o que se esconde atrás deles é sempre um desempenho mais eficaz do sistema econômico, político ou cultural.

que entrelaçam as escolhas individuais em projetos e ações coletivas —os padrões de comunicação e coordenação entre as políticas de vida conduzidas individualmente, de um lado, e as ações políticas de coletividades humanas, de outro (Bauman, 2001: 12).

Não significa, contudo, que o individualismo tenha sido uma opção consciente. De acordo com Bauman, tanto no estágio leve e fluido da modernidade quanto no sólido e pesado, a individualização é uma fatalidade, não uma escolha:

Na terra da liberdade individual de escolher, a opção de escapar à individualização e de se recusar a participar do jogo da individualização está decididamente fora da jogada. [...] Para resumir: o abismo entre a individualidade como fatalidade e a individualidade como capacidade realista e prática de auto-afirmação está aumentando. [...] Saltar sobre esse abismo *não é* —isso é crucial— parte desta capacidade (Bauman, 2001: 43-44, grifado no original).

É por este motivo que, se num primeiro momento o universalismo e o individualismo foram tomados como aspectos positivos da modernidade, o resultado deste projeto civilizatório, contudo, resulta numa situação de precariedade. O universalismo está sendo sabotado por uma proliferação de particularismos (nacionais, culturais, raciais, religiosos). A individualidade submerge cada vez mais no anonimato do conformismo e da sociedade de consumo. A autonomia intelectual, baseada na visão secular do mundo, é explodida pelo reencantamento do mundo. A autonomia política é negada por ditaduras ou transformada numa coreografia eleitoral encenada de quatro em quatro anos. A autonomia econômica é uma mentira sádica para os três terços do gênero humano que vivem em condições de pobreza absoluta (Rouanet, 1993: 9-10).

Este quadro da realidade moderna e seu consequente modelo de convivência social também encontram em Ávila i Serra (2003: 13) definição interessante: vive-se uma cultura da vertigem, da qual é representante a pessoa individualista, egoísta e hedonista que se coloca no centro do universo para que tudo, absolutamente tudo, gire em torno de si, até o ponto em que pessoas, coisas e instituições se convertam em meios para seus fins.

O sintoma é o mal-estar. Próprio de qualquer tipo de civilização, em qualquer estágio evolutivo, mas que pode revestir-se de formas

específicas conforme o período histórico. Nos dias atuais, pode-se falar de um mal-estar moderno ou num mal-estar na modernidade. É a forma contemporânea assumida pelo mal-estar na civilização (Freud, 1997: 72-73).

De acordo com Rouanet (1993: 96-97), assim como todas as formas de mal-estar, este se manifesta sob a forma de um grande ressentimento contra a civilização. Nesse caso, o ressentimento se dirige contra o modelo civilizatório que dá seus contornos à modernidade: o Iluminismo. Sua tradução se faz na leitura pela rejeição global de todo o projeto iluminista, projeto este que, em síntese, visava à auto-emancipação de uma humanidade razoável, através de um conjunto de valores e ideais, consubstanciados em tendências como o racionalismo, o individualismo e o universalismo.

Por via do racionalismo, emancipar significava racionalizar, tanto no sentido negativo de libertar a consciência humana tutelada pelo mito, como no sentido positivo de usar a ciência para tornar mais eficazes as instituições econômicas, sociais e políticas, aumentando com isso a liberdade do homem como produtor e consumidor de cultura, como agente econômico e como cidadão. Pelo individualismo ter-se-ia uma ruptura com as antigas cosmovisões comunitárias, nas quais o homem só valia como parte do coletivo, e a transição para uma nova ética e uma nova política, descentrada, liberta do coletivo, em que o homem vale por si mesmo e não pelo estatuto que a comunidade lhe outorga. Emancipar, aqui, implicava individualizar, desprender o homem das malhas do todo social. O universalismo relacionava-se com a extensão e a abrangência do projeto civilizatório. Partindo de postulados universalistas sobre a natureza humana, emancipar equivalia a universalizar, a dissolver os particularismos locais, removendo, assim, as causas dos conflitos entre os homens (Rouanet, 1993: 97).

Lipovsky (1983) metaforiza a consequência desta eticidade no tempo presente na figura mitológica de Narciso. O roteiro da cena do hoje é a de que o tempo deve prestar-se menos à devoção pelo outro do que à realização e transformação de si próprio. O resultado disso é que quanto mais possibilidades de encontros a cidade desenvolve, *mais sós os indivíduos se sentem*; quanto mais livres e emancipadas das coações antigas as relações se tornam, mais rara se faz a possibilidade de conhecer uma relação intensa. Dessa forma, por toda parte

encontra-se a solidão, o vazio, a dificuldade de sentir, de ser transportado para fora de si. “Porque não posso amar e vibrar? Desolação de Narciso, demasiado bem programado na sua absorção em si próprio para poder ser afectado pelo Outro, para sair de si —e, no entanto, insuficientemente programado, pois que deseja ainda um mundo relacional afectivo” (Lipovetsky, 1983: 73-74).

Warat (1985: 27), ao falar do processo de castração simbólica inerente à modernidade, convoca a encarar nossas sociedades como lugares onde “[...] todos ajustamos nossos desejos às ideias de ordem, dever, legalidade e seriedade. Os corpos perdem seus desejos e os discursos são congelados e, desse modo impedidos de mostrar a imensa possibilidade de sentimentos e de pensamentos acasalados para significar”.

Amparados nestas construções sobre os fundamentos epistemológicos da modernidade, não parece precitada a conclusão de que as instituições (e suas respectivas relações de poder) importam mais do que as pessoas e suas relações entre si. Resta a angústia e, instigados por Pizzolato (1996), há que se perguntar: Um fato político como a paz social pode ser totalmente estranho à categoria do amor, ainda que o amor não possa pretender a função de instrumento único da construção política?

Ao encarar o desafio de problematizar o amor e seu processo de desintegração na sociedade ocidental contemporânea, Fromm (1966: 85) assim preleciona:

[...] Se falamos de amor na cultura ocidental contemporânea, temos de indagar se a estrutura social da civilização ocidental e o espírito dela resultante são de molde a conduzir ao desenvolvimento do amor. Suscitar a pergunta é responder pela *negativa*. Nenhum observador objetivo de nossa vida ocidental pode duvidar de que o amor [...] seja *fenômeno relativamente raro*, sendo seu lugar tomado por numerosas formas de pseudo-amor que, em realidade, são outras tantas formas de desintegração do amor.

Para o autor, a consequência disso faz compreender que o indivíduo moderno é alienado de si mesmo, de seus semelhantes e da natureza (Fromm, 1966: 87).

Complementarmente, poder-se-ia falar de uma alienação da fala, já que não se tem mais a referência do Outro. Aquilo que Warat

(1985: 59) chama de fala aberta como “significação caminhando para a sua dispersão, sua multiplicação”. A intertextualidade que se perde no vazio da unidade moderna, a perda do embaralhamento das discursividades alheias. Afinal, “às vezes buscamos, no outro, o reflexo de nós mesmos, identificando o outro, identificando-nos a nós mesmos. O outro é a chave da nossa identificação” (Warat, 1985: 59).

Fiel a esta premissa, Warat (1990: 20) chama a atenção para o que ele chama de “grande ética do amor”, onde o fundamento seria o respeito à imprevisibilidade. E termina provocando: “Todo amor ordenado é um risco de morte, um risco totalitário é uma perda ecológica”.

Desprezada contemporaneamente, portanto, a afetividade deveria, mais do que em qualquer outra circunstância histórica, do ponto de vista filosófico, ser resgatada e reescrita para contrapor-se às formas de produção de subjetividades neste terceiro milênio. É necessário buscar outros (velhos) elos afetivos que possam contribuir para que se faça da vida aquilo que se quer e não a reprodução daquilo que se impõe (Ionta, 2007: 20).

Se, por um lado, a modernidade faz voto de fé em uma sociedade livre de afetos como garantia de cumprimento de seus pressupostos —racionalismo, individualismo e universalismo—, por outro, também lhe é inerente a unicidade. Por consequência, ao forjar como modelo ideal de sociedade aquela pautada pela ordem, força à presunção de uma paz social onde os mecanismos sejam suficientes e eficientes para eliminar toda e qualquer forma de conflito. O risco que se corre ao adotar, de modo apriorístico —para não dizer convenientemente dissimulado— tal perspectiva é a de ignorar (sufocando) a ação social e o conflito social como mediadores necessários. Afinal, ao projetar a constância do Estado de Direito e suas instituições enquanto fórmula ideal(izada) de organização política e social moderna, também se pode invocar a democracia como condição essencial para o exercício de poderes. Contudo, ao falar de democracia não se pode ignorar sua inerente dimensão conflitiva enquanto mola propulsora da (re)construção de consensos. Conflito e consenso, portanto, formam par em uma sociedade que se pretenda democrática.

Tal ideia encontra eco nas palavras de Warat (1985: 26),

[...] o gesto inaugural de uma prática democrática consista no reconhecimento da legitimidade do conflito na sociedade. Entretanto, para que exista tal gesto, precisamos contar (...) com uma sociedade questionante e desmistificadora dos eufemismos donde emerge o mito da unidade; o mito de um dever uniformizado como virtualidade permanente, incapaz de acolher a fragmentação, a polifonia dos costumes, das crenças e dos desejos que fazem as experiências do mundo.

Entende-se que a esta pretensa necessidade de eliminação do conflito associa-se a desoportunização de práticas de encontros comunicativos de esclarecimento. Encontros estes que são gerados pela presença de uma crise que, paradoxalmente, só pode ser resolvida por um (re)encontro. Mas não um simples encontro para esclarecimento conceitual. Esclarecimento significa, nestes termos, compreender por que nasceu a crise, quais forças a acionaram, e desbaratá-las, tirar-lhes o valor, o sentido. Esclarecimento significa rever juntos criticamente o passado, percorrê-lo para trás até antes da incompreensão, da queda. O encontro que resolve a crise supera essa pré-história, reata a sequência dos encontros e permite outro passo adiante.

Almejar a eliminação dos conflitos em nome de uma suposta paz social é mirar no enfraquecimento da democracia e abrir portas para uma ordem social autoritária, fundada em uma ordem jurídica também de mesma natureza. Ao contrário, se o que se pretende é o fortalecimento da democracia, encarar o conflito como oportunidade de transformação e produção de novos consensos é o mesmo que abandonar sua percepção como interação negativa, destrutiva, alienante e demonizante para outra que é positiva, construtiva, conectora, e humanizante, mesmo quando o conflito e a desavença ainda permaneçam (Bush, Folger, 2005: 56).

Cabe apresentar, neste momento, o papel da justiça comunitária como prática autêntica de composição de conflitos que permite redesenhar uma sociedade, de fato, democrática nos termos aqui defendidos.

A JUSTIÇA COMUNITÁRIA COMO PRÁTICA EMANCIPATÓRIA: O RESGATE DOS HORIZONTES HUMANOS

Pode-se encontrar na literatura especializada denominações distintas de “justiça comunitária”, tais como “recomposição de disputas de vizinhança”, “justiça informal”, “mediação comunitária”, etc. Estas várias instâncias, de acordo com Pavlich (1996: 708), podem ser colocadas sob a rubrica da “justiça comunitária”, não porque tenham uma singular e homogênea identidade, mas para desvelar uma racionalidade política contingente.

Adotada a expressão justiça comunitária, adianta-se, aqui, uma definição: instrumento eco-pedagógico-comunicacional de autocomposição de conflitos que visa à emancipação social sob os fundamentos de uma ética da alteridade.

É instrumento *ecológico*, pois permite “uma possibilidade de transformação dos conflitos que apontem, mais que à decisão, a uma melhor qualidade de vida das partes envolvidas no conflito”, no sentido preconizado por Warat (1998: 6).

Consubstancia-se em instrumento *pedagógico* na medida em que ensina a enfrentar os problemas; a descobrir novas formas de lidar com os conflitos e, diante deles, a lidar com as diferenças; é pedagógico porque ensina uma nova forma de convivência social, suplantando princípios individualistas e sobrepondo princípios de reconhecimento e solidariedade. A justiça comunitária ensina que os conflitos só são gerados porque se vive em sociedade, ou seja, as pessoas relacionam-se umas com as outras. Se os conflitos surgem da convivência social, se são criados a partir dessa convivência, portanto, cada parte tem sua parcela de participação na criação do conflito, que deverá ser solucionado também *com* o outro e não *contra* o outro.

Aprende-se, também, a enxergar os conflitos de forma positiva, como uma oportunidade de mudança, de transformação; faz aprender os caminhos da autonomia, pois faz enxergar a importância de ser protagonista das transformações das querelas vividas. Nos dizeres de Warat (1998: 40), é uma “eco-estratégia pedagógica” na medida em que se aposta no conflito como uma possibilidade de criação de

espaços transferenciais que facilitam encontros transformadores entre as partes.

Há na justiça comunitária a recuperação do valor do diálogo na composição dos conflitos, daí ser um instrumento *comunicacional*. Há, em sua prática, a possibilidade de um encontro comunicativo. Para Folger e Jones (1997: 16) a comunicação é condição *sine qua non* do conflito, pois a conduta comunicativa cria reflexos e sana os conflitos, compreendidos como uma estrutura funcional comunicativa que gera significados, como um processo simbólico, afinal os conflitos são “uma realidade socialmente criada e manejada comunicacionalmente, que surge no seio de um contexto sócio-histórico que afeta o significado e a conduta e, que por sua vez, é afetada por essa realidade”.

Nesse sentido, o conflito é visto como um processo simbólico e a justiça comunitária como um processo de reconstrução simbólica do conflito, no qual as partes têm a oportunidade de resolver suas diferenças reinterpretando, no simbólico, o conflito com o auxílio de um terceiro, que as ajuda, com sua escuta, interpretação e mecanismos de transferência, para que elas encontrem os caminhos de recomposição, sem participar da recomposição ou influir em decisões ou mudanças de atitude (Warat, 1998: 31).

É instrumento de *autocomposição* de conflitos porque são as pessoas que escolhem, voluntariamente, compor seus conflitos através da justiça comunitária. Além de voluntário, é um mecanismo de natureza consensual: as pessoas, por si próprias, decidem utilizar a justiça comunitária, e ao fazê-lo, podem construir conjuntamente o resultado.

A justiça comunitária proporciona uma nova forma de se posicionar no mundo e na sociedade: um posicionamento como sujeitos conscientes, autônomos e conhecedores do mundo do qual fazem parte, capazes de questionar a partir do vivido e do construído e de não aceitar conceitos e regras que não sejam fruto de um processo coletivo de descobrimento, elaboração e conclusão. A este processo se pode chamar de racionalidade emancipatória:

[...] a capacidade do pensamento crítico de refletir e reconstruir sua própria gênese histórica, isto é, pensar sobre o próprio processo de pensamento. Mais especificamente, a capacidade de pensar sobre o pensamento aponta para um modo de raciocínio que tem como objetivo romper a ideologia “congelada” que impede uma crítica da vida e do mundo, sobre

a qual as racionalizações da sociedade dominante se baseiam (Giroux, 1986: 249).

Partindo dessa racionalidade emancipatória, a justiça comunitária propicia a composição de conflitos por pessoas incentivadas a se apropriarem, conscientemente, de sua capacidade e discernimento para buscarem a satisfação de seus interesses, onde princípios de democracia, cidadania e participação se sobrepõem aos interesses meramente individualistas. Oportuniza-se para as pessoas tornarem-se produtoras de sua história a partir do que já viveram e acreditam ter sentido, constituindo a justiça comunitária em um mecanismo de emancipação social.

A justiça comunitária, ao contrário da fórmula tradicional, propõe uma nova lógica para a recomposição dos conflitos, baseada na ética da *alteridade*. Isto quer dizer que não há vencidos e vencedores, ganhadores e perdedores, culpados e inocentes; há, sim, sujeitos. Sujeitos que se relacionam, que vivem em sociedade, que não podem praticar ideais de autonomia, democracia ou de cidadania sozinhos, já que precisam do outro para justificar tais condições.

De acordo com Warat (1998: 7), na justiça comunitária não deve existir a preocupação de dividir a justiça, por isso, não se deve também pensar em autonomia, democracia e cidadania “em relação a algo idealizadamente apresentado como inteiro, como pleno, mas em relação a algo que nunca se fecha, que se constitui em *relação e com* o outro, devendo ser objeto de uma permanente justiça comunitária”.

Enfim, é preciso suplantare as ideologias individualistas e construir uma prática de recomposição de conflitos baseada na ética da alteridade, que é uma ética antropológica que parte das necessidades de segmentos excluídos e se propõe a gerar uma prática pedagógica, capaz de emancipar os sujeitos oprimidos, injustiçados e expropriados (Wolkmer, 1994: 241). Esta ética orientadora da prática da justiça comunitária reúne todos os elementos do conceito aqui apresentado, complementando-a.

Uma última questão precisa ser ressaltada aqui: quando se fala em justiça comunitária, ao mesmo tempo em que, por um lado, defende-se sua potencialidade como instrumento de resgate da afetividade e solidariedade perdidas na modernidade e, por outro, confere-lhe o papel de propulsora de identidades, autonomias, emancipações, cons-

truídas no conviver humano, pressupõe-se, de modo absoluto e inegociável, que uma justiça comunitária demanda, necessariamente, sua realização por *membros da própria comunidade*.

Dito de outra forma: todos aqueles elementos distintivos da justiça comunitária da forma como se apresentou aqui não lhe seriam adequados se realizados por agente externos à comunidade —sem querer parecer redundante, nestes termos. Enfim, o que se quer dizer aqui é que justiça comunitária só se converte em prática de justiça legítima se conduzida pelos próprios sujeitos que se identificam como membros de uma determinada comunidade; caso contrário, têm-se aí mera extensão do Estado. Não é isso que se pretende defender aqui.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

“As aparências jurídicas enganam. As aparências morais enganam. O cálculo reflexivo da razão também nos engana” (Warat, 1985: 35).

Ao final deste texto, pretende-se que a leitora e o leitor tenham sido demovidos do ato de fé cega de que ao afastar-se da afetividade, elimina-se o risco de errar, já que, de fato, o sentimento, o ódio, o amor e a amizade podem deixar cegos. A proposta foi a de um convite a experimentar, a romper, a inaugurar, a imaginar, a resistir politicamente —tomada a ação política aqui como procura por e fomento de novas formas de subjetivação, de imagens e modelos para pensar e amar. Resistir à castração imposta pela modernidade, nos termos em que dispõe a linguagem waratiana:

Somos sujeitos castrados quando não sentimos a necessidade de um confronto com o instituído, quando não vemos a importância de expor os poderes estabelecidos frente aos conflitos que os desestabilizam, quando não podemos fazer (porque não percebemos a necessidade) uma prática descentralizada e desierarquizada do político e, sobretudo, na medida em que não sabemos transformar o político e o saber em um espaço simbólico sem proprietários. Enfim, quando procuramos a autodestruição da sociedade adormecendo Eros, simulando o alívio da culpa originária na mecânica das verdades científicas e nas lendas do amor (Warat, 1985: 17).

Em que termos, afinal, a justiça comunitária colabora com a ideia de democracia como ordem do plural? Ou, por que assumir a justiça comunitária como prática emancipatória?

Como primeiro argumento para as duas perguntas pode-se afirmar que a justiça comunitária promove o resgate do afeto como forma de composição do conflito e, ao fazê-lo, transmuta-se em forma de resistência contra as formas unívocas de mundo impostas pela modernidade. Quando se devolve o poder de fala às pessoas, na ausência ou na presença do conflito, promovem-se práticas sociais democráticas que se valem das palavras para o desenvolvimento de uma luta que requer coragem, astúcia e malandragem, parafraseando Warat (1985: 69): “a abolição de toda cosmovisão autorizada e centralizadora (cheia de medo e falsa unidade) do mundo”.

Há na justiça comunitária uma contestação da jurisdição moderna, na medida em que, ao promover a reapropriação do poder de fala para si com o outro, seja para compor conflitos ou para produzir consensos, contesta-se o abandono do amor e da linguagem como ferramenta amorosa, como via de sentimentos. Isso é emancipador, porque se pode criar, aprender, compor conflitos e manter laços sociais, no espaço público, através da linguagem. É a mais pura versão de uma prática discursiva carnavalizada, como pregava Warat:

[no] momento em que nos situamos no interior de um processo de significações carnavalizadas, não é mais possível à sociedade representar-se na imagem de uma comunidade orgânica e unificada, na imagem de um mundo ‘um’ firmemente definido na razão e na imagem de uma sociedade que conta papéis claramente definidos. [...] não existe mais fundamentos seguros para definir o lugar de um e de outro. Estamos diante de uma versão aberta, de uma *versão democrática do mundo*” (Warat, 1985: 98, grifado pelos autores).

Não se pode esquecer que o espaço social é, ao mesmo tempo, o espaço onde as palavras são produzidas e a condição da instauração das relações simbólicas de poder. Há, portanto, uma natureza política da linguagem. Contudo, em se tratando de uma prática de justiça comunitária nos moldes em que se defendeu aqui, há uma expectativa de que os encontros —dialógicos, significativos, comprometidos— para lidar com os (inevitáveis) conflitos que sobressaem do convívio social

possam ser tomados como oportunidades de reconstrução dos laços afetivos.

E, de certo modo, a dimensão simbólica de poder que há por detrás da linguagem, passa a ser, ela própria, a ferramenta de promoção de um poder compartilhado não delegado, fruto de um processo de empoderamento e reconhecimento de si mesmo por causa do outro. Há como que uma desprivatização dos desejos, dos interesses, e, por consequência, uma publicização e politização da afetividade a partir do conflito.

Por fim, por tudo o que foi apresentado e priorizado no debate aqui feito, entende-se que a justiça comunitária promove um resgate da dimensão política do afeto e recoloca o conflito como elemento potencializador dessa dimensão. Admitir a legitimidade e a potencialidade da justiça comunitária como mecanismo de composição de conflitos é reabrir uma dimensão simbólica emancipatória, não mais como promessa e sim como prática real, possível e concreta.

REFERÊNCIAS

- Àvila I Serra, M. (2003). *Una mirada a la amistad*. Barcelona, España: El Barquero.
- Bauman, Z. (2001). *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro, Brasil: Jorge Zahar Editor.
- Bittar, E. C. B. (2008). “Razão e afeto, justiça e direitos humanos: dois paralelos cruzados para a mudança paradigmática. Reflexões frankfurtianas e a revolução pelo afeto”. En *Revista Mestrado em Direito*, 8 (n. 1), 99-128.
- Bush, R. A. B.; Folger, J. P. (2005) *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*. San Francisco, United States of America: Jossey-Bass.
- Dumont, L. (1987). *Ensayos sobre el individualismo. Una perspectiva antropológica sobre la ideología moderna*. Madrid, España: Alianza Editorial.
- (2000). *Homo Aequalis: gênese e plenitude da ideologia econômica*. Bauru/SP, Brasil: EDUSC.
- Durkheim, E. (1995). *La división del trabajo social*. Madrid, España: Ediciones Akal.
- Folger, J. P.; Jones, T. S. (1997). *Nuevas direcciones en mediación. Investigación y perspectivas comunicacionales*. Buenos Aires, Argentina: Paidós.
- Fraisse, J. (1984). *Philia. La notion d'amitié dans la philosophie antique*. Paris, France: Librairie Philosophique J. Vrin.

- Freud, S. (1997). *O mal-estar na civilização*. Rio de Janeiro, Brasil: Imago.
- Fromm, E. (1966). *A arte de amar*. Belo Horizonte, Brasil: Itatiaia.
- Giroux, H. (1986). *Teoria crítica e resistência em educação*. Petrópolis, Brasil: Vozes.
- Habermas, J. (2000). *O discurso filosófico da modernidade. Doze lições*. São Paulo, Brasil: Martins Fontes.
- Ionta, M. (2007). *As cores da amizade: cartas de Anita Malfatti, Oneyda Alvarenga, Henriqueta Lisboa e Mário de Andrade*. São Paulo, Brasil: Annablume.
- Lipovetsky, G. (1983). *A Era do Vazio. Ensaio sobre o individualismo contemporâneo*. Lisboa, Portugal: Antropos.
- Pavlich, G. (1996). "The Power of Community Mediation: Government and Formation of Self-Identity". En *Law and Society Review*, 4(v. 30), 707-34.
- Pizzolato, L. (1996). *La idea de la Amistad en la Antigüedad clásica y cristiana*. Barcelona, España: Muchnik Editores SA.
- Rouanet, S. P. (1993). *Mal-estar na modernidade: ensaios*. São Paulo, Brasil: Companhia das Letras.
- Warat, L. A. (1985). *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul, Brasil: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul.
- (1990). *O amor tomado pelo amor: crônica de uma paixão desmedida*. São Paulo, Brasil: Editora Acadêmica.
 - (1998). *Em nome do acordo: a justiça comunitária no direito*. Buenos Aires, Argentina: ALMED.
- Weber, M. (1987). *Ensayos sobre sociología de la religión*. Madrid, España: Taurus.
- (1992). *Economia y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. México/D.F., México: Fondo de Cultura Económica.
- Wolkmer, A. C. (1994). *Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo, Brasil: Alfa Omega.

Capítulo 6

Justicia comunitaria como justicia originaria

Pilar Eirene de Prada

Las sociedades occidentales pasan en estos días por una profunda crisis de valores, de modelo de estado, económico, de gobierno o de la propia justicia. En esta era de la pos-verdad, de avance de nuevas formas de totalitarismo y de regresión de derechos y libertades, parece una tarea urgente y necesaria dejar de lado los pensamientos occidentalistas y eurocéntricos para centrar nuestra mirada en las fuerzas subalternas —normalmente invisibilizadas— que resisten desde distintas posiciones el avance precisamente de este modelo voraz de capitalismo de mercado y ampliar así nuestros horizontes con el objetivo de buscar, pensar y encontrar posibles alternativas y soluciones.

Los movimientos de los pueblos originarios de América Latina en su lucha por la autonomía, el territorio, el buen vivir y la protección de la madre tierra conforman uno de los focos de resistencia a las políticas neoliberales proponiendo alternativas a esta crisis global aunque ello suponga ponerse en el punto de mira de muchos al convertirse un elemento de “preocupación” para las élites políticas y económicas (López Bárcenas, 2006: 424). Estas formas de resistencia contra-hegemónica desde los espacios locales en clave comunitaria constituyen todo un ejemplo de los que de Sousa Santos (2001: 154) ha calificado como “globalización contra-hegemónica”, pues su lucha durante siglos ha sido y es contra el colonialismo —pasado pero también presente— y contra la violencia directa, estructural, simbólica y cultural.

Las siguientes páginas pretenden llevar a cabo una breve aproximación a la justicia originaria desde una orientación multidisciplinar, postcolonial y bajo los principios de la “ecología de los saberes” —y lejos de los pensamientos “abismales”— (Santos, 2014) que nos permiten aportar una nueva visión de las realidades que nos rodean y otra forma de afrontar los retos que el complejo mundo de hoy nos plantea. El presente análisis se centrará en la experiencia colom-

biana y tomará más directamente los ejemplos que ofrece de uno de los pueblos indígenas cuya resistencia pacífica histórica pero también durante el conflicto armado colombiano ha sido reconocida tanto a nivel nacional como a nivel internacional: el pueblo Nasa. Este pueblo indígena también es conocido por la férrea defensa que ejerce del derecho propio pese a las feroces críticas que ha recibido en muchas ocasiones y al intento de folclorización de aspectos esenciales de su cultura propia.

BREVE GENEALOGÍA DEL CONSTITUCIONALISMO EN AMÉRICA LATINA (DE DÓNDE VENIMOS Y HACIA DÓNDE VAMOS)

Resulta interesante esbozar una breve genealogía de las políticas de reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina de cara a ubicar dentro de este contexto el constitucionalismo colombiano y las demandas de sus pueblos indígenas. Marzal (1986: 43) define, dentro de su tipología sobre México y Perú, las políticas indigenistas como los diferentes “proyecto[s] de los vencedores para integrar a los vencidos dentro de la sociedad que nace después de la conquista”. En efecto, el indigenismo ha atravesado por varias fases, todas con el denominador común de la utilización del control ideológico y la dominación política de los pueblos como instrumento para mantenerlos bajo la férula del Estado (López Bárcenas, 2006). Según Yrigoyen Fajardo (2006), estas políticas se pueden agrupar en función del grado de autonomía o sometimiento que confieren a las sociedades indígenas en tres grandes modelos que a su vez se distinguen en tres fases históricas: (a) siglo XIX (independencia), caracterizada por los modelos asimilacionistas; (b) principios del siglo XX, por la llegada de las visiones integracionistas y; (c) finales del siglo XX y principios del XXI, por la visión del horizonte pluralista.

Con la independencia de las fuerzas coloniales en el siglo XIX, las élites mestizas y criollas latinoamericanas lideraron la creación de los nuevos estados liberales. Las bases fundacionales de los nuevos estados repitieron las mismas premisas que habían traído consigo españoles y portugueses: la idea de un poder soberano único, una sociedad homogénea y con derechos iguales, y bajo la premisa del mo-

nismo jurídico. En este esquema no encontraban cabida los pueblos indígenas, no entraban en el nuevo pacto social y en consecuencia sus derechos fueron violados impunemente despojándoles de muchos de sus territorios. (López Bárcenas, 2006: 428). En la práctica se repitió el esquema de los conquistadores españoles y portugueses creando una nueva empresa colonial pero esta vez liderada por mestizos y criollos. Esta segunda ola de colonización buscaba civilizar a los “salvajes” para al fin convertirlos en “ciudadanos”: era el nacimiento de las políticas asimilacionistas.

Durante el siglo XX, con la llegada del constitucionalismo social, las políticas indigenistas evolucionaron hacia el integracionismo como una forma de superar la negación del indígena del modelo asimilacionista. Los pueblos indígenas empezaron a ser reconocidos como minorías (comunidades o etnias, pero no como pueblos) y se les otorgaron ciertos derechos culturales y socio-económicos con el objetivo de integrarlos en el Estado y el mercado (Marzal, 1986) aunque se mantiene el monismo jurídico. Se aceptan y reconocen las costumbres indígenas, aunque no el derecho indígena como tal o el pluralismo legal. La situación de los pueblos indígenas se entiende como un problema de marginalidad socio-económica debido a la concentración de la tierra que se dio durante el siglo anterior, la servidumbre indígena y la falta de desarrollo agrícola y las políticas públicas del estado se encaminan en estas líneas de actuación (Yrigoyen Fajardo, 2006).

El final del siglo XX es testigo de importantes cambios en las concepciones indigenistas que abren paso al horizonte pluralista. Yrigoyen Fajardo (2006) divide en tres ciclos en el horizonte del constitucionalismo pluralista: (a) el constitucionalismo multicultural (1982-1988); (b) el constitucionalismo pluricultural (1989-2005) y; (c) el constitucionalismo plurinacional (2006-2009).

Este cambio de paradigma se empieza a formular en las constituciones de Guatemala (1985), Nicaragua (1987) y Brasil (1988), reconociendo por primera vez la conformación multicultural del Estado, el derecho a la identidad cultural y nuevos derechos indígenas. El multiculturalismo emerge en un contexto internacional de crítica a las políticas integracionistas promovidas por el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y que provocaron su revisión entre 1987 y 1989.

Sin embargo, el reconocimiento de la jurisdicción indígena no llega hasta la constitución de Colombia (1991), a la que le siguieron las de Perú (1993), Bolivia 1994-2003), Ecuador (1998), Venezuela (1999), y aunque con ciertas limitaciones, las de Paraguay (1992), México (1992-2001) y Argentina (1994). Estas constituciones se enmarcan dentro del llamado constitucionalismo pluricultural y en el ámbito internacional surgen tras el Convenio 169 de la OIT de 1989 y que reconoce las aspiraciones de los pueblos indígenas a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y desarrollo y al fortalecimiento de sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados. Asumen como principios el pluralismo y la diversidad cultural, aunque simultáneamente confluyen con una serie de reformas de corte neoliberal que en la práctica tuvieron efectos negativos para los pueblos indígenas pues se tradujeron en muchos casos en nuevas formas de despojo territorial (Yrigoyen Fajardo, 2006).

El tercer ciclo se da en el contexto de la aprobación de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y supone una auténtica refundación del Estado. Son constituciones como la de Bolivia (2006-2009) y Ecuador (2008) que reconocen las raíces milenarias de los pueblos indígenas y buscan acabar con el colonialismo. Los pueblos indígenas adquieren por primera vez con estas constituciones el reconocimiento como naciones originarias o nacionalidades con derecho a la libre determinación y no como meras “culturas diversas”. El Estado se configura por lo tanto como un verdadero Estado plurinacional. Esto supone un gran avance en las demandas indígenas ya que les otorga una verdadera autonomía y autogobierno. En el ámbito interno estas constituciones se enmarcan en el retorno a las políticas sociales.

EL CONSTITUCIONALISMO PLURICULTURAL Y LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA DE 1991

La actual Constitución colombiana (1991) —parte del ciclo del constitucionalismo pluricultural— fue el primer intento de revertir la invisibilidad, exclusión y dominación a la que históricamente habían sido sometidos los pueblos indígenas, otorgándoles por primera vez junto a los afrodescendientes plenos derechos civiles y políticos. De-

sarrolló la concepción de Estado plurinacional convirtiendo el pluralismo y la diversidad cultural en principios constitucionales.

Así, la carta magna garantiza sobre el papel toda una serie de derechos a los pueblos indígenas, tales como: la diversidad cultural y la protección de las minorías étnicas (art. 7); la libertad de culto (art. 8 y art. 19); la oficialización de las lenguas indígenas en sus territorios y el derecho a la educación bilingüe (art. 10); el derecho a la educación respetando las tradiciones (art. 68); el principio de igualdad de las culturas y de protección de la herencia cultural (art. 70 inc. 2 y art. 71); el reconocimiento de los resguardos indígenas (art. 63); la representación de los pueblos indígenas en la cámara de representantes y en el senado de la república a través de la creación de una circunscripción especial (art. 171 y art. 176 inc. 3 y 4); el reconocimiento de la jurisdicción indígena dentro del territorio (art. 246); el derecho a la propiedad de la tierra como una propiedad colectiva no enajenable (art. 329 inc.2); el derecho a la autonomía política dentro de sus territorios (art. 330); el derecho a la consulta previa como una forma de garantizar que la explotación de los recursos naturales se haga sin desmedro de la identidad cultural, social y económica (art. 330 parag.); la autonomía financiera (art. 357); el reconocimiento de los territorios indígenas como entidades territoriales del estado así como la creación de las Entidades Territoriales Indígenas (art. 286 y art. 329).

Si bien es cierto que la Constitución de 1991 supuso un gran avance para los derechos de los pueblos indígenas, que hasta entonces habían sido pisoteados o ignorados en el mejor de los casos, el proceso constituyente paralelamente abrió paso a la implementación de políticas liberales (minimización del carácter social del Estado, flexibilización de los mercados, etc.) que de facto provocó la neutralización de muchos de los nuevos derechos conquistados (Yrigoyen Fajardo, 2011). Solo hay que fijarse en la incesante lucha de los pueblos indígenas colombianos por el territorio y en especial las duras confrontaciones que han tenido y aun hoy mantienen con empresas nacionales y extranjeras por el respeto a la consulta previa y la protección del medioambiente.

Respecto de la jurisdicción indígena, aunque hasta 1991 no se reconoció constitucionalmente; ésta ha existido, como justicia originaria, de forma paralela a los distintos sistemas de derecho positivo,

aunque de forma invisible y marginada. La Ley 89 de 1890 “por la cual se determina como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada” y vigente hoy en día —si bien solo parcialmente— fue la primera norma colombiana que abordó el asunto de los sistemas jurídicos indígenas y su relación con el Estado. Ello implicó aceptar la existencia de una justicia originaria propia de los pueblos indígenas, aunque esta ley estaba muy lejos de ser en ningún aspecto emancipadora.

Esta ley estableció la autoridad del cabildo indígena (art. 3)¹ al que se dotaba de una cierta autonomía de cara a preservar sus tradiciones y costumbres (art. 4) y se les atribuyeron una serie de facultades gubernativas (art. 7): el establecimiento de un gobierno propio; normas y procedimientos propios; creación de un censo; de un registro de títulos de propiedad de tierras; la potestad de distribuir tierras y otros beneficios entre la comunidad; determinar el uso y distribución de los bienes de uso común; y la facultad de proteger la integridad de la tierra comunitario, con la posibilidad incluso de impedir su enajenación.

A pesar de estos aparentes avances en el reconocimiento de la autonomía de los pueblos indígenas de Colombia, la Ley 89 de 1890 se basaba en ideas asimilacionistas, los principios de las misiones civilizadoras y en la conversión de las poblaciones “salvajes”². La ley establecía una división de los pueblos indígenas entre: salvajes, semi-salvajes y civilizados. Al aplicarse la ley únicamente a estos últimos, la mayoría de la población indígena seguía sin ser reconocida derechos políticos, por ejemplo, se le negaba el derecho a la participación política al ser considerados incapaces.

No fue sino hasta 1996 que la Corte Constitucional buscó revertir esa intención discriminatoria, opresora y colonialista de la norma, cinco años después de la promulgación de la constitución de 1991 y más de 100 años después de la creación de la ley. La sentencia C-136 de 9 de abril de 1996 de la Corte Constitucional determinó que, al

¹ Posteriormente, las figuras de la autoridad tradicional y del cabildo indígena también se reconocieron en el Decreto 2164 de 7 de diciembre de 1995.

² Otras leyes colombianas de la época hacían referencia a los pueblos originarios como “miserables” (Ley 11 de 1821) o “barbaros” (Ley 153 de 1887).

calificar a los indígenas como “salvajes” y considerarlos como “menquados” o “incapaces relativos”, la ley no se acompasaba con el reconocimiento de la diversidad étnica reconocida en la constitución y en consecuencia anuló varios de sus artículos.

El Código Penal del año 2000 volvió a tropezar en la misma piedra cuando en su artículo 33 definió al sujeto inimputable como “quien en el momento de ejecutar una conducta típica y antijurídica no tuviera capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares”. A su vez los artículos 69 y 73 establecían la reintegración al medio cultural propio del individuo como solución a la inimputabilidad por motivo de su “diversidad sociocultural”. Estos preceptos al igual que el artículo 378 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000) que regulaba el mismo extremo en su vertiente procesal contravenían claramente los principios del pluralismo jurídico por considerar los elementos esenciales de la cultura propia de los pueblos originarios como una forma de inimputabilidad equiparable a la incapacidad mental. Todo ello reflejaba una vez más el paternalismo del Estado frente a los pueblos indígenas que una vez más repetía la misma historia y volvía a considerarlos como menores de edad. La Corte Constitucional en 2002 (sentencia C-370) se pronunció sobre la inconstitucionalidad de ambas normas decretando que los mencionados artículos eran incompatibles con los principios consagrados en la Constitución.

Esto pone de manifiesto que las narrativas legales colombianas construidas desde el poder no han evolucionado tanto con el paso del tiempo y sobre todo, que no han conseguido llegar a una perspectiva emancipadora. Estas narrativas siguen construyéndose bajo las perspectivas eurocéntricas de subjetividad que, basadas en un pensamiento por oposiciones en el que el “yo” se construye por oposición y negación a lo “otro”, generan una relación de dependencia con lo “otro” de cara a poder definir su identidad, sosteniendo a través del tiempo una jerarquía en la que el uno ocupa una posición preferente. Ideas del “blanco” en contraposición con el “indio”, el “civilizado, hombre de ciudad” en contraposición con el “salvaje”, siguen vigentes hoy en día, y siguen permeado todos los niveles sociales e institucionales tal y como veremos a continuación, produciendo un choque de trenes irremediable hasta que consigamos descolonizar nuestro

pensamiento y dejemos de ver a los pueblos étnicos, indígenas y afros, como a los “otros”.

LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA

Según datos oficiales, existen en Colombia 87 pueblos indígenas, localizados en 25 de los 32 departamentos colombianos, y con presencia en alrededor de 214 municipios. El último censo de 2005 determina que los pueblos indígenas representan un 3,4 por ciento (1.4 millones) de la población nacional y ubicándose el 78 por ciento de ellos en áreas rurales del país (Rueda Carvajal, 2008: 340)³. En perspectiva comparada con el resto de países de América Latina podemos observar que Colombia es uno de los países con más pueblos indígenas, aunque la población indígena es minoritaria en comparación con países como Chile, Perú o Bolivia con porcentajes en torno al 11, 24 y 62 por ciento respectivamente (CEPAL, 2014: 43).

El hecho de que los pueblos indígenas de Colombia representen un porcentaje tan escaso del conjunto de la población nacional ha llevado a considerarlos como una minoría étnica, lo cual dejó un poso en la Constitución colombiana que distingue entre “jurisdicción ordinaria”, aplicada a la población general, y “jurisdicción especial”, correspondiente a los pueblos indígenas. Esto da una idea de excepcionalidad que Yrigoyen Fajardo (2011) identifica también como parte de la tradición en Colombia de contar con “legislación especial” y fueros diferenciados para los pueblos no colonizados de la Amazonía o la Guajira, que eran considerados como “salvajes”.

Es importante resaltar, que cada pueblo indígena se rige por su propio sistema normativo, que difiere en mayor o menor grado del de otros pueblos, ya que se encuentran ligados a su sistema social y cultural. A lo largo de cinco siglos las justicias originarias se han permeado de muchos elementos del derecho occidental y africano. Igualmente, el proceso de interculturalidad que viven los pueblos in-

³ Existe una cierta discrepancia entre los datos oficiales proporcionados por el DANE y los recabados por ACNUR. Uno de los graves problemas en este sentido es la falta de actualización de los datos censales, siendo el último censo oficial de 2005.

dígenas hoy en día hace que se apropien de elementos exógenos que consideran de interés a través de un proceso de resignificación social y cultural dentro de la comunidad. Esto aporta una gran diversidad de sistemas de derecho propio, con la especial característica de que muchos de ellos no se ocupan de la totalidad de los conflictos que surgen dentro de la comunidad. Existen determinadas conductas que no se asumen como propias, tales como el homicidio o la violación, y son consideradas propias de individuos “blanqueados”, es decir que personas que se han alejado de la comunidad y han adoptado las costumbres de los “blancos” y por lo tanto deben de ser juzgados por la jurisdicción ordinaria (Sánchez, 2001).

Una de las características más “problemáticas” de las justicias indígenas a ojos del observador occidental que no se ha despojado de su visión colonial —inconsciente en muchos casos— y que busca extender el derecho positivo occidental a todos los pueblos tratando de forzar las categorías legales en su manía de etiquetar y encajar todo según su visión del mundo, es el hecho de que las justicias originarias no perciben el derecho como un compartimento estanco y que no exista una positivización de las mismas. Las justicias indígenas conciben la norma social y la norma jurídica como parte de un mismo todo. Las normas y principios están construidas sobre la base de su cosmovisión y guardan un gran vínculo entre el hombre y la naturaleza. Se basan en una fuerte ética que rige la relación entre los hombres y entre éstos con la naturaleza y un conjunto de fuertes ideales de comportamiento. Para ellos lo axiológico y lo ontológico tiene un mayor peso que lo deontológico, lo que se traduce en que sus normas no se refieren al cumplimiento de un deber sino a una forma de “ser” (Sánchez, 2010).

LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA

El artículo 426 de la Constitución colombiana faculta a los pueblos indígenas a ejercer funciones jurisdiccionales y establece cuatro elementos básicos para ello. Dos elementos confirman el núcleo de autonomía que se les otorga: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas y la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios. Y dos elementos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos indígenas

dentro del ordenamiento nacional: la sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución y a las Leyes de la República y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional (Montaña Pinto, 2009).

La ley estatutaria de la administración de justicia (ley 270 de 1996) —modificada posteriormente por la ley 1285 de 2009— ratifica en relación con la jurisdicción indígena que ésta también ejerce una función jurisdiccional (art. 12) y determina que los conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la especial indígena los resolverá la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (art. 112). Sin embargo, uno de los principales problemas es precisamente la coordinación entre ambas jurisdicciones ya que desde que se aprobara la constitución de 1991, y no obstante la previsión constitucional expresa, aunque han existido tres proyectos⁴, hasta hoy en día no se ha promulgado esta ley de articulación. No obstante, se ha considerado que el funcionamiento de la jurisdicción indígena no depende de este acto legislativo y simplemente la Corte Constitucional es la que con sus resoluciones ha venido hasta la fecha regulando los límites de la jurisdicción indígena.

Esta tarea supone un auténtico desafío para la Corte Constitucional, pues debe emitir sus fallos desde una posición neutra que permita el desarrollo de concepciones culturales distintas a la occidental y el pluralismo jurídico y que no imponga los principios creados por la cultura occidental a los pueblos indígenas. Ello conlleva emprender un dialogo intercultural sincero entre ambos sistemas jurídicos, pero nos encontramos aquí ante el gran problema del desconocimiento del “otro”, de una falta de acercamiento y voluntad de comprender las formas de justicia originaria sin intentar encajarla en las etiquetas occidentales. Y es más, mientras la posición del legislador y los jueces sea la de una lógica colonialista basada en el fondo el constructo artificial de la raza como una forma de separar y justificar la dominación

⁴ A lo largo del tiempo tres distintos proyectos intentaron sin éxito regular la articulación entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria, fueron: el proyecto de la Dirección General de Asuntos Indígenas (1997-8), el proyecto del senador indígena Jesús Piñacué y el proyecto del senador Carlos Gaviria que introdujo modificaciones al proyecto de Piñacué (Para un debate más en profundidad sobre el tema véase: Ávila Linzán, 2009).

de las poblaciones originarias (Memmi, 1969) y en el uso del derecho como una herramienta opresora de subordinación de las poblaciones originarias por tener estas una forma de justicia irracional basada en creencias incomprensibles ya que no se adaptan a las del capitalismo global, que más que un mero medio de producción, es el régimen cultural y civilizacional dominante hoy en día y que occidente se ha encargado de divulgar por todo el globo.

La invisibilización, el sometimiento y la degradación de todo lo indígena a una posición inferior al considerarse irracional y propio de “salvajes” junto con la idea firmemente arraigada de universalidad del derecho proveniente de occidente, parte de las epistemologías dominantes actuales tendentes a homogenización y por lo tanto a la reducción de la diversidad a través de lo que de Sousa Santos (1998: 208) califica como epistemicidio⁵; provoca que hoy en día la Corte Constitucional se encuentre en una posición más que incómoda pues debe fallar sobre un sistema que en muchos casos no comprende, y no tiene tampoco voluntad de comprender (Sánchez, 2001: 70). En este sentido parece hoy más necesario que nunca abordar un proceso que nos lleve a descolonizar la mente y a “ver o alcanzar la comprensión no con los ojos sino a través de ellos” (Bateson, 1991).

En un contexto en el que la Corte Constitucional se ha encargado de llenar el vacío de la ley de armonización entre jurisdicciones han surgido numerosas tensiones y conflictos a raíz de la interpretación de los límites de las justicias indígenas. Mientras que los pueblos indígenas siempre han exigido el respeto de su autonomía jurisdiccional, la Corte Constitucional se ha caracterizado por una disparidad de criterios. Ello ha conllevado que no siempre haya existido una unicidad de criterio al respecto, produciéndose constantes vaivenes en el nivel de reconocimiento de la jurisdicción indígena, de los principios del pluralismo jurídico y de la diversidad de culturas que van desde posturas que se sitúan en una clara intención emancipadora a posturas paternalistas⁶.

⁵ Sousa Santos define el *epistemicidio* como una forma de supresión de los conocimientos locales perpetrada por un conocimiento alienígena.

⁶ Sirva como ejemplo la Sentencia T-349 de 1996 y la sentencia T-496 del mismo año, siendo la primera partidaria de la maximización de la autonomía mientras

Un buen ejemplo de esta disparidad de criterios de la Corte Constitucional es precisamente en relación con el límite de la jurisdicción indígena al respeto a la Constitución y a las Leyes de la República. Éste ha sido cuestionado por no guardar plena consistencia con el convenio 169 de la OIT, que impone como único límite a la justicia o jurisdicción indígena los derechos humanos y fundamentales. Es una limitación que por lo tanto choca con el principio del pluralismo, la protección de la diversidad cultural y con la igualdad de culturas. En este sentido la Corte Constitucional ha mantenido tres posturas distintas que representan una mayor o menor apertura hacia el pluralismo jurídico y la diversidad cultural⁷.

EL FUERO Y JURISDICCIÓN INDÍGENA

El fuero indígena está compuesto constitucionalmente por dos elementos básicos acumulativos: uno de carácter espacial, y otro de carácter personal. El ámbito espacial establece que la justicia indígena conocerá de aquellos hechos que ocurran dentro del territorio indígena. A este respecto, la Corte Constitucional (Sentencia T-254 de 1994) sostiene una visión amplia de territorio al considerar que no solo es territorio indígena el formalmente inscrito como resguardo, sino también el territorio habitualmente ocupado por la comunidad indígena, aunque no esté inscrito como tal. En cuanto al elemento personal, el individuo debe de pertenecer a un pueblo indígena.

Sin embargo, la Corte Constitucional (Sentencia C-463 de 2014) ha determinado que el fuero indígena no es el único factor que determina la competencia de la jurisdicción especial indígena ya que existen otros factores que igualmente se deben sopesar tales como: el factor orgánico, que implica la existencia de autoridades tradicio-

que la segunda volvía a los pasos de la sentencia T-254 de 1994, lo cual fue considerado por numerosos juristas como un claro retroceso.

⁷ Este debate está marcado por la sentencias de la Corte Constitucional T-254/1994 de 1994, T-349/1996 de 1996, SU-510/98 de 1998, que reflejan las distintas posturas mantenidas al respecto por la Corte. Una postura inicial muy restrictiva y limitativa de la jurisdicción indígena, una segunda visión partidaria de la minimización de las restricciones y maximización de la autonomía de la jurisdicción indígena.

nales que ejerzan una función de control social en sus comunidades; o el factor normativo, que viene determinado por la existencia de un sistema de derecho propio en la comunidad compuesto por prácticas y usos tradicionales en materia sustantiva y procesal.

A lo largo de los años la Corte Constitucional ha establecido varios criterios complementarios para aclarar la jurisdicción en casos conflictivos⁸. Así, el principio de minimización de las restricciones y la maximización de la autonomía de la jurisdicción especial indígena determina que únicamente se pueden establecer restricciones a la autonomía indígena en caso de que: (a) sea una medida necesaria para salvaguardar un interés de mayor jerarquía, (b) sea la medida menos gravosa de cara a la autonomía. Por otra parte, el principio de mayor autonomía para la decisión de conflictos internos determina que la autonomía de los pueblos indígenas en materia jurisdiccional es más amplia cuando se trata de conflictos que involucran únicamente a miembros de una comunidad que cuando afecta a miembros de culturas diferentes (indígenas pertenecientes a pueblos distintos, o personas no indígenas). En cuanto al principio de mayor autonomía a mayor conservación de la identidad cultural, establece que a los pueblos que no conservan sus usos y costumbres se les aplicarán las leyes de la república.

CONFLICTOS ENTRE JURISDICCIONES: EL CASO FELICIANO VALENCIA

Uno de los últimos casos que ilustra a la perfección los conflictos vigentes hoy en día entre jurisdicciones es el del líder indígena del pueblo Nasa Feliciano Valencia. Durante una minga celebrada en octubre de 2008 en el resguardo indígena de la María, y en una situación de especial tensión ya que el Presidente de la República había manifestado públicamente que la minga se encontraba “infiltrada” por la guerrilla, la guardia indígena localizó en la zona al cabo tercero del Ejército Nacional Jairo Danilo Chaparral, vestido de civil y portando

⁸ Estos criterios se han ido conformando en varias sentencias de la Corte Constitucional: C-136 de 1996, T-349 de 1998, T-030 de 2000, T-728 de 2002, T-811 de 2004, T-364 de 2011, C-463 de 2014, entre otras.

en un maletín un uniforme de camuflaje, una radio de comunicaciones y una tienda de campaña, lo cual llamó la atención de la guardia al sospechar que pudiera tratarse de un “infiltrado” del Ejército o miembro de un grupo armado al margen de la ley. Chaparral ofreció distintas versiones acerca de los motivos que le llevaban a encontrarse en la zona, y en algún momento, aprovechándose de sus rasgos físicos, dijo ser miembro de la comunidad. Tras rechazar la intermediación de la Defensoría del Pueblo, la Asamblea de Autoridades Indígenas, liderada por Feliciano Valencia, procedió a juzgarle por la ofensa que suponía para la comunidad invadir su territorio. Se le dio la posibilidad de expresar su versión de lo ocurrido y de excusarse ante la asamblea y tras su negativa se le dieron nueve fuetazos y se le entregó a los funcionarios de la Defensoría del Pueblo y del Ministerio Públicos.

Estos hechos provocaron la imputación de Feliciano Valencia por los delitos de secuestro agravado y lesiones personales agravadas. La sentencia en primera instancia dictó un fallo absolutorio a favor del líder indígena, sin embargo, en segunda instancia resultó condenado por un delito de secuestro simple. Por último, la Corte Suprema conoció el caso en casación. La Corte Suprema, con una perspectiva favorable a la diversidad cultural y a la maximización de la autonomía indígena, confirmó la sentencia absolutoria en primer grado al considerar que la conducta era atípica. Concluyó de esta manera que no se cumple con el elemento subjetivo del secuestro ya que la retención que se llevó a cabo por las autoridades indígenas del cabo Chaparral “obedeció al acto de jurisdicción que desplegaron las autoridades indígenas al investigar y sancionar a quien consideraron invadió sus territorios sagrados, lo cual elimina el ánimo del autor necesario para la configuración típica de un secuestro” (Casación 47119 de 2017: 19).

La Corte planteó en la sentencia la legitimidad de la jurisdicción indígena para investigar un comportamiento que consideraron lesivo por invadir la paz y armonía de sus territorios, y en especial del contexto de especial riesgo y tensión en el que se encontraban. Así mismo, consideró que aunque el cabo Chaparral no tuviera la consideración de indígena —uno de los requisitos para la aplicación del fuero— se debía sopesar si el bien jurídico protegido tenía una especial relevancia para la jurisdicción especial indígena y concluyó que era imprescindible realizar un análisis ponderado caso por caso ya que la ausencia de uno de los elementos de atribución de la competencia no debe

implicar que de manera automática se atribuyera la competencia a la jurisdicción ordinaria puesto que se debe garantizar la fórmula que mejor defienda la autonomía indígena, así como el debido proceso y los derechos de las víctimas a la luz de la diversidad cultural.

El tribunal hace un claro esfuerzo por plantear una perspectiva emancipadora y tendente al dialogo intercultural a través del reconocimiento en la sentencia de las formas de investigación que utiliza el pueblo Nasa a la hora de esclarecer los hechos. Hace referencia a la forma de construir la memoria y al uso de rituales de resarcimiento y armonización. En el mismo sentido, la resolución reseña que los fuetazos que recibió Chaparral fueron un remedio y no una sanción, haciendo referencia precisamente a la distinción que las jurisdicciones indígenas hacen entre ambos conceptos. Las justicias originarias, y en concreto la Nasa, no entienden que la solución a una conducta indebida deba ser un castigo sino más bien un remedio para que el individuo vuelva a estar armonizado.

En este sentido el fallo del tribunal cobra un especial interés ya que camina hacia el reconocimiento de los indígenas como pueblos originarios con una cosmovisión y cultura propia y no meramente como una forma de folclore nacional, que es en gran medida lo que ha venido sucediendo hasta ahora a través de la continuación por otros medios del paternalismo estatal que sigue tratando a los pueblos indígenas como menores de edad que deben en todo momento demostrar al Estado que son merecedores de una mayor autonomía.

EL PROCESO DE PAZ EN COLOMBIA COMO PLATAFORMA PARA UN VERDADERO DIÁLOGO INTERCULTURAL

Conflicto armado y pueblos indígenas

En el conflicto armado colombiano la tierra ha sido uno de los principales intereses en disputa, provocando que la población más afectada por éste haya sido la campesina, afrodescendiente e indígena (CNMH, 2015). Esta lucha por la tierra ha obedecido a distintas motivaciones, entre ellas el interés de los grupos armados y otros actores por apropiarse de los recursos naturales y del subsuelo o simplemente

para consolidar las rutas y corredores estratégicos que les permitían una mayor movilidad por el territorio así como una mayor facilidad a la hora de desarrollar el negocio del narcotráfico (CNMH, 2015: 38). Una de los efectos más desproporcionados del conflicto sobre las poblaciones étnicas colombianas han sido los desplazamientos forzados, utilizados como una herramienta para el despojo y la acumulación de tierras. Según los datos del censo de 2005, se estima que cerca 10 por ciento de la población indígena de Colombia ha sido víctima del desplazamiento forzado, en relación con la población afrodescendiente esta cifra ascendería al 15 por ciento. Teniendo en cuenta que representan un escaso 3 y 10 por ciento respectivamente de la población del país, estas las elevadas cifras de expulsión revelan una afectación desproporcionada y agravada a los pueblos originarios (CNMH, 2015: 38).

Los pueblos indígenas y afrodescendientes se han caracterizado por ejercer una fuerte resistencia en el territorio durante el conflicto armado. En el caso indígena se debe a que la tierra conforma la piedra angular de su cosmovisión, que representa no solo un medio de vida sino un pilar central del sistema económico, social y cultural de las comunidades. Su lucha de resistencia por la preservación de la madre tierra se ha transmitido de generación en generación desde la época de la conquista española hasta la actualidad. Por ejemplo, el pueblo Nasa del Norte del Cauca ya en la época de la conquista española resistió la feroz voracidad conquistadora consiguiendo el reconocimiento de varios de sus resguardos por el Rey Felipe II y titulados como propiedad indígena. Esta resistencia desde y por el territorio provocó que se tejiera por parte de distintos actores del conflicto armado una vil y ruin estrategia de aterrizamiento y desmembramiento de la comunidad amenazando, persiguiendo y asesinando a sus líderes comunitarios y *kiwe'thés* (médicos tradicionales) con el fin de provocar el desplazamiento de la población y así adueñarse del territorio. Para las sociedades comunitarias la amenaza, persecución y asesinato de las personas que suponen el puntal y guía de la comunidad supone una gran amenaza para la supervivencia de la propia comunidad, así como para la conservación de sus prácticas tradicionales al ser la mayoría de ellas de transmisión oral.

La ubicación del territorio ancestral del pueblo Nasa en una zona de gran importancia geoestratégica debido a la fertilidad de sus tie-

rras para el cultivo, la riqueza mineral de su territorio y sus recursos naturales, unido a su ubicación en un importante corredor de paso ha provocado que este pueblo indígena se haya visto gravemente azotado por la violencia del conflicto armado colombiano, el narcotráfico y los intereses empresariales. Han sufrido la violencia de las FARC-Ep, del ELN, de los paramilitares de las AUC y de grupos armados violentos post-desmovilización como las Águilas Negras y fuerzas armadas del Estado.

Pese al acuerdo de paz entre el gobierno y las FARC-Ep la violencia no ha cesado en los territorios indígenas, que deben hacer frente a nuevos actores armados y bandas criminales que buscan ocupar el lugar dejado por los guerrilleros, a la presencia del narcotráfico, y a la tremendamente dañina minería legal pero sobre todo ilegal, al igual que al aumento desmesurado en los últimos tiempos del cultivo de palma y caña de azúcar en la región. En definitiva, el Norte del Cauca encierra a pequeña escala la mayoría de problemas y retos que deja el fin del conflicto armado en Colombia.

Además de la continuación por otros medios de la violencia directa, los conflictos en el territorio permiten apreciar la plena vigencia de las causas de fondo de la violencia estructural en Colombia, vinculadas en la voluntad de las clases dominantes de seguir con un modelo económico de capitalismo voraz de expolio y despilfarro de la naturaleza, que margina y excluye las comunidades campesinas, afrodescendientes e indígenas. Así mismo, la violencia cultural es fácilmente palpable en los distintos niveles sociales, así como en las instituciones colombianas, siendo claramente visible en algunos de los aspectos mencionados en relación con la jurisdicción indígena. Si estos tres tipos de violencia no se atajan, la consecución de una paz positiva, estable, duradera e inclusiva no será posible.

EL CAPÍTULO ÉTNICO Y LA NECESIDAD DE DIÁLOGO INTERCULTURAL EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA PAZ

La inclusión en el último minuto de las negociaciones del capítulo étnico en los acuerdos de paz ha sido sin duda una importante conquista de las comunidades étnicas de Colombia. Marca uno de los aspectos clave del acuerdo: el enfoque étnico transversal, que junto

con el de género y el territorial, conforman la esencia del proceso de paz colombiano y hacen de él un texto innovador con vocación de integrar a todo el pueblo colombiano en este camino hacia la paz. A parte de reconocer los principios de “libre determinación, la autonomía y el gobierno propio, a la participación, la consulta y el consentimiento previo, libre e informado; a la identidad e integridad social, económica y cultural, a los derechos sobre sus tierras, territorios y recursos, que implican el reconocimiento de sus prácticas territoriales ancestrales, el derecho a la restitución y fortalecimiento de su territorialidad, los mecanismos vigentes para la protección y seguridad jurídica de las tierras y territorios ocupados o poseídos ancestralmente y/o tradicionalmente”; el capítulo étnico se enfoca en seis principales aspectos: en materia de reforma rural; de participación; de garantías de seguridad (punto 3.4); en solución a los cultivos ilícitos; víctimas e; implementación y verificación de los acuerdos.

Precisamente, el capítulo étnico marca una serie de guías sobre asuntos relacionados con la jurisdicción indígena que dejan entrever una voluntad de inclusión y verdadero diálogo intercultural en muchos momentos ausentes en la institucionalidad colombiana. Aspectos de gran relevancia y significado tales como: el respeto del ejercicio de las funciones jurisdiccionales de las autoridades tradicionales en el diseño y ejecución del Sistema Integral de Vedad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR); el diseño con perspectiva étnica y cultural de los mecanismos judiciales y extrajudiciales, garantizando también la participación y consulta en su definición de los pueblos étnicos; la creación de mecanismos de articulación y coordinación entre la Jurisdicción Especial Indígena y la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) según lo establecido en el artículo 246 de la Constitución; la concertación con las organizaciones representativas de los pueblos étnicos de un programa especial de armonización para la reincorporación de menores y otras personas desmovilizadas pertenecientes a estos pueblos.

Otro aspecto positivo a destacar es que el 10 por ciento de los recién nombrados magistrados de la JEP son indígenas. Dos mujeres y dos hombres pertenecientes a distintos pueblos indígenas: Ana Manuela Ochoa, del pueblo Kankuamo; Florentina Izquierdo Torres, del pueblo Arhuaco; José Miller Hormiga, del pueblo Totoró; y Juan José Cantillo Pushaina, del pueblo Wayuu. Se enfrentarán al reto de respe-

tar la autonomía indígena en el marco de la justicia restaurativa convirtiéndose en los representantes de los pueblos indígenas de Colombia y del derecho indígena y sus valores en la JEP.

Todo ello nos lleva a pensar que un nuevo paradigma se ha abierto en la relación entre las jurisdicciones ordinaria e indígena en Colombia. Sin embargo, existen otros aspectos que también deben ser tenidos en cuenta si buscamos un análisis comprehensivo de la situación. La creación de la comisión étnica que negoció la inclusión de este capítulo no se planteó desde un inicio sino que fue fruto de un largo y duro proceso de negociación impulsado por las comunidades afrodescendientes e indígenas y que se logró in extremis y que, a pesar de que hoy por hoy el enfoque étnico es uno de los rasgos —junto con el de género y el territorial— que definen y dan un carácter innovador por lo inclusivo a los acuerdos de la Habana, no ha sido ubicado sino dentro los anexos al acuerdo. Esto pone de manifiesto, que la voluntad de las élites y poderes sigue siendo la de marginalizar, arrinconar e ignorar, dejándola como un mero apéndice, a una parte fundamental de su sociedad que la dota de riqueza y diversidad cultural.

Desde un punto de vista práctico, el enfoque étnico también se está viendo seriamente amenazado en la implementación de los acuerdos. Existen datos alarmantes que reflejan la falta de sensibilidad y voluntad política por aprovechar un momento histórico como este para mejorar y revertir el olvido, que en algunos casos llega hasta el desprecio hacia las formas de justicia originaria. Existe una clara inquietud sobre cómo se va a articular una consulta previa de las propuestas legislativas relacionadas con los acuerdos de paz con plenas garantías para los pueblos étnicos y respeto a sus propios ritmos y formas de decisión cuando las dinámicas del proceso están inmersas en el ritmo del *fast track*. Muestra de ello es que la Ley Estatutaria de la Jurisdicción Especial para la Paz se ha tenido que radicar dos veces para su debate y aprobación por las Cámaras entre otros motivos por una total ausencia de enfoque étnico y por obviar completamente el compromiso de coordinación con la jurisdicción indígena en su primera versión.

Los pueblos indígenas, son conscientes de los retos que llegan con la implementación y la puesta en marcha de la JEP, puesto que es una jurisdicción diseñada para prevalecer sobre el resto de jurisdicciones

en relación con los delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado. Ante los desafíos que se presentan para la jurisdicción especial indígena, los pueblos indígenas han presentado a la Mesa Permanente de Concertación (espacio para la interlocución entre el gobierno y los pueblos indígenas de Colombia) un listado de situaciones en los que se prevé un conflicto de competencias entre jurisdicciones, y que precisamente se basa en los aspectos que determinan el fuero indígena: casos en que la persona procesada por la JEP sea indígena; casos en los que las víctimas sean indígenas; y casos en los que se sometan a revisión decisiones tomadas por las autoridades indígenas en el ejercicio de su jurisdicción. La recién creada Sala Incidental, compuesta por dos magistrados de la JEP no afectados por el conflicto jurisdiccional y dos autoridades tradicionales del pueblo indígena que ejerció o está ejerciendo jurisdicción en el caso concreto, será la encargada de dirimir este tipo de asuntos. Las decisiones se adoptarán en la sala incidental con mayorías simples y que en caso de no alcanzarse una solución resolverá el presidente de esa jurisdicción. A pesar de que todavía no se conocen los detalles sobre su funcionamiento, distintas autoridades indígenas coinciden en que este mecanismo de solución de conflictos debería acercar la JEP a las comunidades y territorios si la intención es crear un mecanismo que respete la diversidad étnica y cultural.

LA NECESIDAD DE REIVINDICAR LOS VALORES DE LA JUSTICIA INDÍGENA EN EL PROCESO DE PAZ

El proceso de paz abre un camino hacia un nuevo paradigma entre jurisdicciones y si bien existen ciertos elementos de alarma, estamos en una fase muy inicial de implementación y todavía es posible solventarlos. Se abre una clara oportunidad para los pueblos indígenas de reivindicar los valores de la justicia indígena como elementos fundamentales para la paz en Colombia. Tomando por ejemplo los principios del pueblo Nasa de armonía (*fxi'zenxi*) y balance (*kaja'danxi*) podemos encontrar unos fuertes paralelismos con los valores occidentales propios de la justicia restaurativa y la reconciliación. Tal y como sostiene Zaffaroni (2009), el sistema occidental de solución de conflictos es mucho peor que el practicado por las comunidades ori-

ginarias. De hecho, las fórmulas más modernas de solución de conflictos en los sistemas penales occidentales no distan mucho de las practicadas por las comunidades indígenas. La justicia restaurativa propugna valores que toman a la víctima como eje central del proceso judicial, no como un mero objeto que permita justificar la represión sino como persona; busca la reparación de la víctima individual pero también de la sociedad; reducir los impulsos de venganza y; buscar soluciones restaurativas, conciliadoras, reparadoras que contribuyan a restablecer el tejido social.

Todos estos valores podemos encontrarlos en las formas de *jutpenia* (aconsejar o remediar) de los Nasa —así como en los de otros pueblos indígenas— orientadas a la reincorporación del individuo a la sociedad. Las justicias indígenas miran hacia el futuro, a través de valores como la reintegración y reconciliación, y no hacia el pasado, tal y como promueven los sistemas jurídicos occidentales basados en el castigo y la venganza. Perciben el conflicto como una oportunidad para fortalecer y cohesionar principios de alcance moral y ético para las comunidades como la convivencia, la integración y la reincorporación del individuo a la comunidad. Para ello, resulta fundamental conocer la verdad acerca de lo ocurrido, junto con la asunción de la responsabilidad en lo ocurrido y el reconocimiento del daño causado, así como la reparación de cara a poder encontrar de nuevo el equilibrio.

En este sentido, el concepto de los centros de armonización en contraposición a las prisiones, como lugares en el que las personas pueden reflexionar en contacto con la naturaleza a cerca del daño causado a la vez que pueden realizar trabajos que ayudan a la reparación y que permite la reincorporación de estas personas a la comunidad; cobra una especial importancia. Pueblos indígenas como el Nasa consideran que el sistema de prisiones occidental es un lugar para la “pereza y el delito” impidiendo en todo punto la sanación y armonización de las personas que permitan tu reintegración al grupo.

Desde el punto de vista de las interacciones, el derecho indígena nos muestra de forma palpable a los que nos encontramos insertos en otras realidades extraordinariamente condicionadas, otras formas de ver, entender y organizar el derecho, como sistema de normas que no tienen por qué ser escritas, que tienen igualmente capacidad de regu-

lar situaciones, conformar la paz social y que disponen de sus propios medios de evolución y de cambio de la propia normatividad, con sus propios sistemas de aplicación a través de sus mecanismos institucionales. Como estructura o dispositivo más o menos estable que se simbiotiza con su propia forma de entender el mundo, la existencia del hombre y su relación con la naturaleza sin pretender ser instrumentos de dominación, de imposición ni de colonización de clase alguna. Son formas de justicia que parten de la comunidad, con unas normas fluidas y con mayor capacidad adaptativa ya que se basan en la oralidad y la memoria colectiva y que se encuentran en constante construcción ya que se basan en las experiencias de la comunidad. La justicia indígena tiene una aproximación holística, dialogada, intersubjetiva y plurigestionada que la hace particularmente interesante en procesos de justicia restaurativa.

No se trata de denostar los logros civilizatorios de la llamada cultura occidental liberal e ilustrada que ha creado y consolidado artificios jurídicos sumamente complejos y acabados en cuya contemplación y sacralización los juristas occidentales, académicos y prácticos, gastamos enormes recursos, pero si reconocer las limitaciones de este sistema de derecho que no cuenta por sí mismo con suficientes elementos para resolver los grandes retos a los que se enfrenta, por ejemplo, la justicia restaurativa, que precisamente prioriza aspectos como la centralidad de las víctimas y la necesidad de conocer la verdad de cara a construir una memoria colectiva de la violencia que permita pasar la página a la sociedad en su conjunto.

Colombia vive un momento histórico de cambio, y para poder erradicar la violencia estructural y cultural resulta imprescindible un proceso de descolonización del pensamiento que permita, como lo hacen los pueblos originarios (indígenas y afrodescendientes), que deben ser percibidos desde otros ojos, cambiar las narrativas existentes que perciben su cultura, formas sociales y justicias como subordinadas e inferiores y al fin romper la brecha que los ve como unos “otros”, todo ello desde el diálogo intercultural. En palabras de Ávila Linzán (2009: 190) “la complementariedad de estos códigos culturales son los que buscan construir una nueva semiótica social que den vida al derecho muerto en el legalismo liberal y que debemos sepultar con las herramientas de la emancipación social”. De ahí la utilidad, como herramienta de paz, del diálogo intercultural.

RETOS DEL FUTURO

Los pueblos indígenas han establecido un diálogo con occidente a través del cual ha adoptado el discurso de resistencia global desde lo local, convirtiéndose en un foco de resistencia subalterna contra el voraz capitalismo de mercado y la esquilma de los recursos naturales y el medioambiente. En la era del individualismo los pueblos indígenas buscan mantener su espíritu comunitario, parte fundamental de su identidad, mirando hacia el exterior desde su propia cosmovisión, interpelando a un diálogo entre iguales con un occidente que no ha descolonizado todavía su pensamiento y por lo tanto permanece ciego y sordo ante la realidad que se le presenta.

El proceso de paz colombiano supone un desafío a la vez que una oportunidad para los pueblos indígenas. Una forma de conocer la verdad que se esconde detrás de la violencia del conflicto armado, revertir la violencia estructural que han sufrido, y promover los valores culturales propios para acabar con la violencia cultural a la que han sido sometidos. Tienen la oportunidad de apropiarse y reconocerse en la JEP, ya que los valores que propugna la justicia restaurativa son los suyos, los de la justicia originaria, y a través de un auténtico diálogo intercultural, evidenciar las complementariedades de ambas justicias y así abrir un nuevo paradigma que ayude a superar los conflictos entre jurisdicciones fundados en la mayoría de los casos en una falta de comprensión, en una falta de capacidad para ver al otro y entender que no es un sujeto que debe ser civilizado, colonizado u occidentalizado, sino una parte más de la sociedad colombiana. Los pueblos indígenas colombianos han sido y son un ejemplo de lucha y resistencia pacífica comunitaria durante el conflicto armado, al igual que las comunidades afrodescendientes y campesinas. Los más azotados por las violencias, los más abandonados por el Estado, y los que deben apropiarse del proceso de paz desde lo local y sin renuncia a sus culturas, revindicando el papel renovador de las formas comunitarias de lucha contra-hegemónica.

REFERENCIAS

- Ávila Linzán, L.F. (2009) “Los Caminos de la Justicia Intercultural”. En Espinosa Gallegos-Anda, C. y Caicedo Tapia, D. (eds.) *Derechos Ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pp. 187-218
- Bateson, G. (1991) *Sacred Unity: further steps to an ecology of mind*, New York: Harper Collins
- Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH) (2015) *Una nación desplazada: informe nacional del desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá: CNMH-UARIV
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2014) *Los Pueblos Indígenas de América Latina: avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*, Chile: Naciones Unidas, Accesible online [último acceso 08/09/2017]
http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37050/S1420783_es.pdf;jsessionid=4A3B085C451B71D01DEADFD857F917D8?sequence=4
- López Bárcenas, F. (2006) “Autonomías indígenas en América: de la demanda de reconocimiento a su constitución”. En Berraondo, M. (coord.) *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Bilbao: Universidad de Deusto, pp. 421-450
- Marzal, M. (1986) *Historia de la Antropología indigenista: México y Perú*, Lima: PUPC
- Memmi, I. (1969) *Retrato del Colonizado*, Buenos Aires: Ediciones de la flor
- Montaña Pinto, J. (2009) “La autonomía jurídica y jurisdiccional en Colombia”. En Espinosa Gallegos-Anda, C. y Caicedo Tapia, D. (eds.) *Derechos Ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
- Rueda Carvajal, C.E. (2008) *El reconocimiento de la jurisdicción especial indígena dentro del sistema judicial nacional en Colombia. El debate de la coordinación*, Bogotá: Universidad del Rosario.
- Sánchez, E. (2001) “El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena”. En Sousa Santos, B. de y García Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: Análisis socio-jurídico*, Tomo I, Bogotá: Siglo del Hombre editores.
- Santos, B. de Sousa (1998) *La Globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá: ILSA-Universidad Nacional de Colombia.
- (2001) “Derecho y democracia. La reforma global de la justicia” en de Sousa Santos, B. y García Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: Análisis socio-jurídico*, Tomo I, Bogotá: Siglo del Hombre editores.

- (2014) “*Más allá del pensamiento abismal: de las líneas globales a una ecología de saberes*”. En De Sousa Santos, B. Y Meneses, M.P. (eds.) *Epistemologías del Sur (Perspectivas)*, Madrid: Akal
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, de 28 de junio de 2017 (Casación 47119 de 2017), *Caso Feliciano Valencia*, Magistrado ponente Eugenio Fernández Carlier
- Yrigoyen Fajardo, R. (2006) “*Hitos del Reconocimiento del Pluralismo Jurídico y del Derecho Indígena en las Políticas Indigenistas y el Constitucionalismo Andino*”. En Barroaondo, M. (ed.) (2006) *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Bilbao: Universidad de Deusto, pp. 537-567
- Yrigoyen Fajardo, R. (2011) “*El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*”. En Rogríguez Garavito (Coord.) *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, pp. 140-159
- Zaffaroni, E.R. (2009) “*Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal*”. En Espinosa Gallegos-Anda, C. y Caidedo Tapia, D. (eds.), *Derechos ancestrales. Justicia en contextos plurinationales, Justicia y derechos humanos, neoconstitucionalismo y sociedad*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pp. 99-121.

Capítulo 7

O “direito a dizer o direito”: os Tribunais Internacionais de Opinião como espaços de resistência comunitária

Charlotth Back

O presente capítulo tem como objetivo uma análise preliminar dos tribunais internacionais de opinião como uma prática normativa, inserida no marco amplo da justiça comunitária, e que se constitui como um espaço de resistência no cenário jurídico político da atualidade. Por meio da apropriação estratégica dos procedimentos e dos conteúdos jurídicos, os movimentos e grupos sociais lutam por seu “direito a dizer o direito”. A análise é considerada preliminar uma vez que está inserida em uma investigação mais abrangente que examina esses tribunais como verdadeiros mecanismos de governança no que concerne à provisão de bens e direitos a populações destituídas do acesso à justiça em casos de violações massivas de direitos humanos.

Como forma de organizar o estudo, serão desenvolvidas três sessões. A primeira delas tem o propósito de delimitar, de maneira geral, o que são os aqui chamados tribunais internacionais de opinião. Em um segundo momento, será apresentada a primeira forma de apropriação do direito observada nestes tribunais: o apoderamento dos procedimentos judiciais. Por meio da descrição das atividades gerais dos tribunais, juntamente com dois exemplos, ilustraremos e aproximaremos o estudo da realidade de alguns movimentos da história recente e da atualidade. Posteriormente, apresentaremos a segunda forma de apropriação do direito, a qual se constitui pela aplicação e interpretação das normas aos casos concretos. Estas duas seriam as principais dimensões que compõem o repertório de resistência dos tribunais internacionais de opinião na sua reivindicação pelo “direito a dizer o direito”.

INTRODUÇÃO

A teoria crítica dos direitos humanos considera que o direito é produto de uma determinada ordem social, que por sua vez é regulada pelas normas, regras e procedimentos estabelecidos pelo Estado, no sentido de condicionar e regular o acesso aos bens dentro de um grupo social. O processo de criação e reprodução do direito está intimamente ligado à divisão social, a qual, nas sociedades capitalistas, está baseada na separação de grupos hegemônicos e de grupos subordinados no que concerne tanto ao acesso aos bens como à influência nos processos políticos. Por isso, o direito não é “autossustentado por si mesmo”, mas condicionado às disputas, ao apoio e à crítica dos grupos de interesse que contrapõem as diferentes formas de regular as relações sociais, como sinaliza Herrera Flores (2008). Nesse sentido, são “as relações sociais —sejam de viés emancipador ou conservador— (que) constituem o motor que impulsiona tanto a criação como a transformação da ordem jurídica”.

Dessa forma, o direito somente pode ser compreendido na medida em que se relaciona com os processos hegemônicos ou emancipadores e com os contextos políticos, econômicos, sociais e culturais de uma determinada sociedade. Quando tratamos dos direitos humanos, a dinâmica é a mesma. Para Herrera Flores (*ibid*), estes direitos, assim como a ordem jurídica, podem servir para legitimar relações e processos hegemônicos —principalmente quando são entendidos de forma descontextualizada—, mas também podem ser convertidos em processos de abertura e consolidação de espaços que permitem que os oprimidos lutem por sua dignidade.

Para que os direitos humanos possam ser este instrumento de libertação, é necessário construir uma visão crítica, dinâmica e contextualizada do direito, do pensamento e da prática jurídica contemporâneos. O desenvolvimento de novas metodologias críticas do direito nos fornece ferramentas para denunciar as desigualdades e dominações, para desestabilizar os discursos e a racionalidade do direito hegemônico e para transformar a realidade e torná-la mais justa e democrática.

Muito se discute sobre a possibilidade de o direito ser emancipatório ou não (Sousa Santos, 2007); no entanto, a questão aqui abordada é sutilmente distinta: o que será avaliado é se as práticas

que utilizam o direito como instrumento e linguagem de luta estão baseadas em critérios e atividades que permitam que os sujeitos se libertem da opressão, seja ela social, política, cultural ou jurídica. De uma maneira geral, no atual contexto da globalização neoliberal, o direito tem sido usado para a consolidação cada vez maior da exclusão e subalternização de certos grupos sociais e raciais em favor do privilégio de outros. O discurso baseado na legalidade tem mascarado rupturas institucionais, golpes de Estado e reformas sociais que visam retirar direitos conquistados das populações, principalmente das camadas desfavorecidas. Os instrumentos jurídicos são utilizados de forma traiçoeira, o que acaba por gerar a mitigação dos direitos e das garantias mais fundamentais, resultando no esvaziamento da própria democracia.

Historicamente, todavia, o direito já foi e tem sido responsável por mudanças reais no sentido do empoderamento de grupos oprimidos e do reconhecimento da sua dignidade, e mesmo pela defesa de populações contra o autoritarismo e a violência; ou seja, a linguagem jurídica tem potencial para ser um instrumento de luta e de resistência. Nesse sentido, são os próprios atores sociais subalternizados que precisam gerar disposições alternativas aos valores e às posições hegemônicas que fazem da maioria das normas jurídicas algo funcional aos interesses dos privilegiados. São necessárias novas concepções, novas práticas, novas organizações que sejam especialmente ativas no esforço de propor formas jurídicas alternativas de globalização contra hegemônica.

Na sua origem, os direitos humanos teriam sido criados para limitar o poder dos Estados nacionais em favor do indivíduo, assim como para democratizar o exercício dos direitos, que não seriam mais determinados por pertencimento a uma classe social no momento do nascimento. No entanto, atualmente, em um cenário em que os Estados passam a ser um dos principais violadores dos direitos humanos, e que os mesmos dificultam ou impedem o acesso ao sistema jurídico por parte dos cidadãos, surgem novas necessidades políticas, jurídicas e sociais que passam a ser preenchidas por manifestações de juridicidade da sociedade civil organizada. Para Maria José Fariñas Dulce (1997: 35), “entre o ordenamento jurídico e os seus destinatários não existe um espaço vazio, e sim um grande número de campos sociais semiautônomos que geram regras jurídicas, as quais também orien-

tam a conduta dos indivíduos e produzem uma inter-relação mútua entre todos eles”.

O pluralismo jurídico surge como uma proposta que desmarcara o mito jurídico monista e centralista do direito-que reduz e identifica toda a manifestação de juridicidade com a lei estatal. Baseando-se neste mito, o pensamento jurídico moderno nega todo tipo de pluralidade, todo tipo de direito não estatal e todo tipo de juridicidade surgida em âmbitos alheios ao Estado. Nega, além disso, que a proteção e a promoção dos direitos dos indivíduos possam ser derivadas direta ou indiretamente de relações sociais não estatais.

O pluralismo jurídico, por sua vez, reconhece a coexistência de vários sistemas de regulação social em um mesmo espaço sociopolítico, assim como a vigência de vários mecanismos de resolução de conflitos. Desta forma, o Estado seria apenas mais um dos grupos sociais que têm poder de criação normativa (Wolkmer, 1994). O que ocorre é que o Estado, por séculos, conseguiu impor-se sobre outros grupos, principalmente por meio do uso da força.

O pluralismo jurídico tem alguns elementos definidores: a recusa da identificação do direito com a lei estatal, ao reconhecer um pluralismo nas fontes de produção do direito; a recusa do monopólio do Estado na aplicação do direito, ao reconhecer um pluralismo nas instituições de aplicação do direito; e a admissão de uma descentralização do direito, ao reconhecer uma pluralidade nos centros de decisão jurídica. Ao aceitarmos estes fundamentos do pluralismo, passamos a considerar um conceito mais amplo de juridicidade, que se descola da ideia de estatalidade, e engloba outros sistemas jurídicos, que também contenham mecanismos de regulação de condutas sociais e mecanismos de resolução de conflitos, ainda que estes não pertençam à esfera estatal e não tenham o reconhecimento ou o aval do Estado (*ibid*).

De acordo com Sousa Santos (2014), a juridicidade não oficial é um dos poucos instrumentos a que as classes oprimidas urbanas podem recorrer para organizar a vida comunitária, e conferir um mínimo de estabilidade a uma situação estrutural precária. O que aqui chamamos de justiça comunitária se relaciona com essa exclusão estrutural presente na sociedade capitalista, uma vez que o conceito abrange mecanismos de resolução de conflitos não pertencentes ao âmbito do poder judiciário, com “um lastro de organização e ins-

titucionalização” (Araujo, 2014: 99), nos quais, uma terceira parte não pertencente ao conflito atua como facilitador ou promotor da solução do mesmo. Tais mecanismos podem ser reconhecidos ou não pelo Estado, resultar da própria iniciativa estatal ou da iniciativa da sociedade civil, e podem ter mais ou menos formalidades no que diz respeito aos seus procedimentos.

Em nome do “combate ao desperdício da pluralidade de experiências jurídicas existentes na atualidade”, no presente estudo, a categoria de justiça comunitária contempla “novas e velhas formas de direito e de justiça” (*ibid*: 100), assim como instancias híbridas ou fronteiriças, de contato entre a entidade estatal e as organizações civis. Os tribunais internacionais de opinião, nosso objeto de estudo, são práticas inseridas neste campo de investigação da justiça comunitária. Isso porque dentro deste campo extenso se encaixam desde mecanismos de resolução de conflitos que tenham ligação formal com o poder judiciário estatal e reconhecimento do próprio Estado, como outros espaços de ação política que estejam à margem do poder do Estado, sem estarem amparados em qualquer institucionalidade oficial, além de procedimentos que envolvam apenas partes singulares ou partes coletivas.

OS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS DE OPINIÃO: DEFINIÇÃO DO CONCEITO

Como forma de delimitar a pesquisa e esclarecer o objeto principal deste trabalho, inicialmente será definido o que é chamado de “tribunal internacional de opinião”. Estas iniciativas integram um tipo de evento internacional, análogo a um julgamento oficial, que são realizadas pela própria sociedade civil organizada (Silva Filho, 2016) e têm três elementos principais: a denominação “tribunal”, o seu caráter internacional e a ideia de opinião pública.

Em primeiro lugar, há que se destacar que a ênfase da presente pesquisa é referir-se a iniciativas civis que se auto intitulam “tribunais internacionais”; não pretendemos abordar movimentos sociais ou coalizões internacionais de luta que se utilizam de estratégias de *advocacy* em direitos humanos ou de demandas coletivas junto a instituições estatais (Keck; Sikkink, 1998). Essa escolha se dá para ser

possível evocar as dimensões estruturadas específicas que encontramos somente nas ações derivadas desse tipo de ativismo internacional. Em vez de simplesmente serem ignorados ou englobados como parte de movimentos sociais maiores, os tribunais podem ser entendidos não apenas como uma forma de advocacia e ativismo político, mas também como instituições que se envolvem seriamente na construção e na interpretação do direito, em geral, e dos direitos humanos, em particular.

É exatamente esta ênfase no direito internacional e no processo deliberativo de avaliação de evidências à luz do direito que distingue estes tribunais de um discurso em uma manifestação pública denunciando violações de normas internacionais por Estados, de uma demonstração pública em larga escala, ou de um movimento como o “Occupy” (Klinghoffer; Klinghoffer, 2002). A diferença reside nas formas e nos procedimentos adotados, bem como na análise e no raciocínio jurídico ali empregados. Como é de se esperar da atuação da sociedade civil organizada, os tribunais de opinião variam muito na maneira como irão conduzir suas aspirações para obter uma “forma juridificada” (*ibid*: 105) de procedimentos e de deliberações, mas todos eles têm a preocupação de valorizar esta dimensão simbólica nas suas atividades.

O simbolismo dos tribunais, neste caso, é essencial para cumprir suas funções. Herrera Flores (2011: 14), citando a frase do linguista Ludwig Wittgenstein —“imaginar uma linguagem é imaginar uma forma de vida”—, defende que construir uma linguagem, nomear os fenômenos e dotar-lhes de significado significa que estamos trabalhando “a partir” e “em direção” a uma forma de vida já estabelecida ou que queremos estabelecer. Nesse sentido, ao “auto nomearem” suas iniciativas de forma equivalente a um órgão estatal existente e responsável pela juridicidade, os tribunais de opinião pretendem também assumir este papel no que concerne à construção e interpretação das normas jurídicas.

Tecnicamente, estes tribunais não pertencem ao poder público, ao Estado, sendo uma iniciativa exclusiva da sociedade civil organizada. Portanto, carecem de inserção jurídica institucional —tanto estatal, como interestatal ou supranacional. Estabelece-se uma semelhança com os processos judiciais, dando com isso força simbólica e moral

aos veredictos. “O entendimento é que a designação de ‘tribunal’ é meramente analógica, quase metafórica, tanto mais quanto se sabe que a deliberação é desprovida de poder coercitivo. Numa palavra, situa-se no campo ‘parajudicial’” (Moita, 2015).

O carácter “parajudicial” pode lhes ser atribuído uma vez que estes eventos não pertencem à esfera dos poderes públicos, mas têm um formalismo análogo ao dos tribunais oficiais e seguem procedimentos inspirados nas instâncias jurídicas tanto nacionais como internacionais. Muitas outras iniciativas que se assemelham aos tribunais internacionais de opinião, mas que com eles não se confundem, têm utilizado este paradigma “parajudicial”, como é o caso das comissões internacionais de inquérito e das comissões de investigação¹.

De acordo com Moita (2015: 49), esta expressão “parajudicial” tem a vantagem de apontar implicitamente para a ambivalência presente no conceito de justiça.

Justiça é, por um lado, a aplicação da norma jurídica e nesse sentido se diz que os tribunais fazem justiça. Mas justiça também é um valor ético e social, uma ambição de equidade nas relações entre os humanos e nessa acepção a justiça é algo de programático em direção ao futuro. Os tribunais de opinião estão de algum modo na fronteira destes dois conceitos: de um lado aproximam-se do procedimento jurídico e da referência à legislação codificada, do outro tentam ser câmaras de eco da aspiração de justiça que atravessa positivamente as sociedades.

Por esta analogia, ocorre a tentativa de recuperação do argumento jurídico, para que este seja usado “como instrumento a serviço dos cidadãos e das cidadãs” (Santos, 2012: 205). Ao dar esta “capacitação simbólica” às suas lutas, os tribunais passam a atuar no universo do direito, e este passa a ser objeto de disputa e de ressignificação, uma vez que a sociedade civil passa a reclamar “para si sentidos para além dos reconhecidos pelo cânone”. Ocorre, ao mesmo tempo, a “repolitização do direito” e “relegalização da política” (Macdowell Santos, 2007).

¹ Os tribunais de opinião devem ser diferenciados das comissões da verdade, ainda que ambos operem fora do âmbito judicial, já que estas últimas são sancionadas, fundadas e organizadas por investigadores oficiais, e normalmente nomeados pelos poderes públicos.

Uma outra característica diz respeito ao entendimento da função de julgar. A semelhança com os processos judiciais dá força simbólica aos pronunciamentos dos tribunais de opinião. Como se viu, tudo isso passa pelo entendimento de que a designação de “tribunal” é meramente metafórica, pois a deliberação é desprovida de qualquer poder coercitivo. Apesar deste caráter apenas representativo, o funcionamento destes tribunais de opinião implicou na revitalização da capacidade de julgar (Moita, 2015), a qual se encontrava submetida pelo positivismo do direito penal apenas a um procedimento para obter uma pena, uma punição (Gouveia, 2008).

A faculdade e a capacidade de julgar constituem ferramentas fundamentais de constituição do laço social, pois permitem que os seres humanos e os grupos sociais distingam a “diferença entre o bem e o mal” (Aguirre, 2001), identifiquem aquelas condutas que causam danos ao laço social a ponto de requerer uma profunda reflexão coletiva para poder elaborar suas consequências e confrontar seus legados, assim como tentar impedir sua repetição. As teorias de garantismo penal (Suxberger, 2016) nos trazem uma nova perspectiva para as respostas dadas pelos tribunais. Muitas vezes, as respostas punitivas não são as melhores quando tratamos de violações coletivas e massivas de direitos humanos, que destruíram o tecido social, e, nas quais os violadores continuam a fazer parte da comunidade. Juntamente com respostas diferentes, fora do escopo de punição, é necessário pensar em outras alternativas para a reparação das vítimas e para a restauração da sua dignidade.

Nesse sentido, mais do que punir, o que obviamente não pode nem ser considerado pelos tribunais internacionais de opinião, os tribunais buscam a sensibilização acerca da violação de direitos e da capacidade das energias libertadoras que advêm de práticas de justiça restaurativa. A função jurídica, nesse sentido, é reconduzida a uma de suas principais vocações, pois recupera-se o papel originário atribuído ao direito que, ao contrário de ser um instrumento de controle, pode atuar como instrumento de libertação de todas as formas de dominação, exclusão e negação (Sousa Santos, 2007).

De acordo com Moita (2015: 52), os chamados ‘juízes’ “deixam para trás o papel tradicional de julgadores, superando a dimensão penal e punitiva do direito, para se converterem em acompanhantes,

cujo papel é o de guiar a interpretação dos fatos para a reconstrução da verdade que legitima as denúncias e as resistências”. A atuação se assemelha a um tribunal de consciência, composto por organizações sociais, vítimas, intelectuais, militantes, acadêmicos, artistas e demais indivíduos de setores da comunidade internacional, todos eles dispostos a opor-se a injustiças e violações de direitos humanos que não foram julgadas pelas instituições existentes, que foram invisibilizadas ou que são parte de um contexto global de impunidade.

Nesse sentido, os participantes dos tribunais não são neutros no julgamento, uma vez que a neutralidade implicaria na perpetuação das assimetrias jurídico-políticas já existentes entre as partes envolvidas nos casos —grupos de indivíduos *versus* Estado. Estes julgamentos somente ocorrem pois partimos do pressuposto de uma desigualdade fundamental entre as partes², da inexistência de paridade de armas e da instrumentalização das instituições públicas e da violação das cláusulas mais elementares do direito internacional dos direitos humanos ou do direito internacional humanitário. Segundo Silva Filho (2016), “se os tribunais de opinião acontecem é justamente por não existirem espaços justos, isentos e democráticos na institucionalidade dos Estados violadores para o conhecimento amplo dos fatos e das violações que estão sendo praticadas”, ou foram mascaradas.

A narração e a publicização das violações de direitos humanos ocorridas são o principal foco destes tribunais. A ideia é desafiar a história oficial, a narrativa forjada pelos “vencedores”³, e revelar os fatos e as memórias que ficaram encobertos por um discurso incompleto, que contempla somente uma versão e uma interpretação da história. Seria a oportunidade de que a “verdade desarmada” das vítimas tem para enfrentar uma “farsa armada” (Nixon, 2010), criada por aqueles

² Desigualdade esta que inclusive impede o acesso efetivo à justiça por uma das partes.

³ A narrativa histórica é fabricada por aqueles que “venceram” ou conseguiram impor seu domínio sobre os outros. Portanto, detrás de qualquer história oficial, há relatos daqueles que foram “vencidos”, massacrados, oprimidos, e que revelam situações que foram devidamente omitidas e dissimuladas. Ver Benjamin, W. (1985). *As Teses sobre o Conceito de História*. En: *Obras Escolhidas*, v. 1, São Paulo: Brasiliense, p. 222-232 e Hobsbawn, E. (1998). *Sobre História*, Tradução C. K. Moreira. São Paulo: Companhia das Letras.

que detêm o poder do dinheiro, das armas e das instituições, e, por isso, conseguem impor a sua verdade, a sua versão da história.

Ao analisarmos a segunda metade do século XX, entretanto, percebemos que a história está repleta de casos de violências que foram esquecidos ou mesmo dissimulados pela história oficial, e nem por isso foram alvo de julgamentos em tribunais de opinião. Nesse cenário, pergunta-se: sob quais condições os tribunais são possíveis ou mesmo prováveis de surgir?

Para respondermos à pergunta, passamos à segunda característica dos tribunais de opinião aqui estudados: o seu caráter internacional. De uma maneira geral, em primeiro lugar, estas iniciativas surgem em contextos em que os canais entre os grupos sociais domésticos e os seus governos estão bloqueados ou travados, ou onde estes canais são inefetivos para responder às demandas sociais por justiça, colocando em prática uma espécie de “padrão bumerangue”⁴ (Keck; Sikkink, 1998), e, em segundo lugar, em contextos em que os ativistas consideram que a internacionalização dos seus pleitos irá fortalecer suas campanhas ou constranger os seus governos por meio de pressão política internacional.

Quando os canais de efetivação da justiça estão bloqueados, a arena internacional pode ser o único meio que os ativistas domésticos têm para ganhar atenção para seus pleitos. A estratégia do “padrão bumerangue” é bastante comum quando as violações de direitos humanos têm como causa políticas domésticas de Estado, atuais ou passadas. Em face da magnitude política que a exposição pública de Estados violadores pode gerar, da relevância e da gravidade das temáticas ali apresentadas, os tribunais internacionais de opinião ocorrem, com frequência, em locais distintos daqueles das violações e são compostos por membros de várias nacionalidades. Isso porque as atividades

⁴ A estratégia do “padrão bumerangue” é delimitada por Keck e Sikkink (1998) da seguinte forma: ao constatarem que as instâncias internas estão inacessíveis ou mesmo não foram capazes de contemplar suas demandas —e subsistindo a violação a direitos—, os grupos sociais recorrem à arena internacional em busca de apoio e de pressão política contra uma determinada situação. Essa pressão política pode se dar por meio de recurso a organismos e tribunais internacionais, ou a terceiros Estados, que constrangeriam o Estado violador a fim de cessar as atividades consideradas ilegais.

dos tribunais de opinião precisam se libertar de possíveis censuras, ameaças, perseguições que podem surgir dentro do território, além de outros constrangimentos jurídico políticos (*ibid*).

O fato de os tribunais de opinião se autodeclararem internacionais é também uma tentativa de superar a especificidade de suas reivindicações e de demonstrar que a subalternização e a exclusão ultrapassam as fronteiras nacionais, e constituem uma questão mundial. Ao utilizarem o ideário do direito internacional, os movimentos adquirem um “denominador comum a outras lutas, processo que lhe(s) confere legitimidade social, ao mesmo tempo em que reforça uma visão interseccional acerca das múltiplas formas de violação dos direitos humanos” (Santos, 2012: 198).

Além disso, o caráter internacional dos tribunais apresenta outra vertente complementar no que diz respeito à sua composição: os tribunais são normalmente formados por especialistas em direito internacional dos direitos humanos e em direito internacional humanitário de diversas nacionalidades (Byrnes, 2012), que atuam em nome próprio. Este formato confere independência, credibilidade e higidez aos juízes que, por não estarem diretamente inseridos nos conflitos domésticos dos Estados em julgamento nem serem representantes de organizações, conseguem observar e julgar os fatos com maior isenção, o que reforça a imparcialidade na administração da justiça.

Outro aspecto a ser destacado no que concerne à definição geral dos tribunais internacionais de opinião é delimitar o que queremos dizer quando tratamos de “opinião”. Ao iniciar a sessão inaugural do Tribunal Russell em 1967, a primeira iniciativa deste tipo no século XX, Jean Paul Sartre, citado por Tosi e Ferreira (2014: 28), resume de que forma se constitui a opinião final neste tipo de tribunal:

De fato, não trabalhamos para nós mesmos, nem tão somente para nossa edificação moral, e não pretendemos impor as conclusões a que chegaremos como uma fulguração. Na verdade, nós desejamos, graças à colaboração dos meios de informação, manter um contato constante com as massas que, em qualquer parte do mundo, vivem a dor da tragédia do Vietnã. Nós desejamos que estas massas aprendam como nós aprendemos, que descubram conosco os relatórios, os documentos, os testemunhos, que estas possam apreciá-los e possam construir, como nós, a sua própria opinião, dia após dia. As conclusões, quaisquer que sejam, queremos que nasçam por si mesmas, para todos, ao mesmo tempo que para nós; talvez até antes. Esta sessão é uma empreitada comum, cujo

resultado final deve ser, segundo a expressão de um filósofo: ‘uma verdade que se torna tal’. Sim, se as massas ratificarão o nosso julgamento, então ele se tornará verdade e nós, no instante mesmo em que desaparecermos, elas far-se-ão sentinelas e poderoso apoio daquela verdade, saberemos que fomos legitimados e que o povo, manifestando-nos o seu consentimento, revela uma exigência profunda: aquela que um verdadeiro “tribunal contra os crimes de guerra”, seja criado como órgão permanente, ou seja, que tais crimes possam ser, em qualquer lugar e em qualquer momento, denunciados e punidos.

Ao analisarmos a fala de Sartre, ficam evidentes duas críticas bastante recorrentes aos tribunais internacionais de opinião: o seu elitismo e sua predisposição a considerar que aqueles com especial conhecimento e educação estariam na vanguarda da opinião pública e, por isso, poderiam se pronunciar em assuntos que fossem juridicamente relevantes (Lippmann, 2008). De fato, em diversos tribunais internacionais de opinião, não houve efetiva participação popular, em sentido amplo, o que poderia nos levar a ver que alguns tribunais partem de uma visão de mundo que considerava que o povo precisaria ser tutelado por alguns poucos, “uma vanguarda intelectual”, uma vez que a população não teria “capacidade” para julgar ou determinar o que é certo ou errado (Klinghoffer; Klinghoffer, 2002).

No entanto, na presente pesquisa, parte-se da premissa de que os tribunais aqui analisados e chamados de “tribunais internacionais de opinião” foram fruto de um projeto construído pela sociedade civil organizada (composta por movimentos sociais, partidos políticos, associações de estudantes etc), e exatamente por isso estão inseridos no marco da justiça comunitária. Nesse sentido, a opinião expressa ali pelos juízes é formada com base em um julgamento coletivo, que leva em consideração os anseios dos grupos populares que dali participam. A ideia central desses tribunais é que os expertos e intelectuais “emprestariam” seu prestígio social, sua consciência e sua biografia para a denúncia de violações de direitos humanos (Silva Filho, 2016); ao mesmo tempo em que, por seu reconhecido conhecimento jurídico, eles seriam capazes de traduzir as vozes de resistência e de denúncia para a retórica jurídica, dando assim legitimidade formal para os termos da luta social.

Ainda sobre a questão da opinião, há que se considerar que para que estes tribunais obtenham impacto ou efeitos significativos no

que diz respeito à opinião pública, é essencial que tanto as sessões de julgamento como seus documentos de suporte e sua opinião final⁵ sejam publicizados e disponibilizados para consultas posteriores. Todo o material utilizado e produzido no decorrer das sessões constitui relato único, e muitas vezes inédito, de episódios históricos que foram invisibilizados pela história oficial. Lelio Basso observou que a mídia representa o principal canal de comunicação entre os tribunais de opinião e o público em geral.

O momento histórico atual fornece, ao mesmo tempo, desafios e oportunidades nesta cooperação com os meios de comunicação. Há uma clara dificuldade quando nos deparamos com uma imprensa cada vez mais controlada pelos grandes grupos econômicos, que ditam pautas e as linhas editoriais de periódicos e canais televisivos. No entanto, a expansão das redes sociais, ainda que estas também pertençam a grupos econômicos poderosos, disponibiliza novos meios de divulgação de informações, o que acaba por fortalecer as articulações dos movimentos sociais (Silveira, 2010).

Portanto, para a presente pesquisa, alguns aspectos (Klinghoffer; Klinghoffer, 2002) contribuem para a caracterização geral dos tribunais internacionais de opinião: são iniciativas da sociedade civil organizada; são processos participativos envolvendo juristas, acadêmicos, intelectuais, movimentos sociais locais, fundações, representantes religiosos, organizações de trabalhadores e ativistas de direitos humanos; fundamentam-se tecnicamente em normas vigentes no direito internacional; procuram compensar as insuficiências do direito internacional, das suas instituições ou da sua aplicação; denunciam e condenam graves crimes contra seres humanos e contra povos; visam sensibilizar a opinião pública e, através dela, os poderes estabelecidos. Ademais, essas iniciativas se baseiam na crença de que os indivíduos podem fazer a diferença, com o uso criativo de informações e com o emprego de estratégias inovadoras de ativismo político jurídico em seus pleitos (Keck; Sikkink, 1998).

Há que se ressaltar que, apesar de traços que unificam estas iniciativas civis em uma definição mais ou menos homogênea, cada tribunal

⁵ As denominações dos pronunciamentos finais variam nos diversos modelos de tribunal de opinião: sentença final, opinião consultiva, veredito, opinião do tribunal.

de opinião conta com suas próprias peculiaridades. Considerando estes tribunais como formas de resistência social contra as mais variadas formas de opressão e de violência, o dinamismo organizacional e a originalidade são essenciais para manter o potencial transformador e para demonstrar que é possível refletir e agir de forma distinta e alternativa.

O primeiro tribunal internacional de opinião que se tem registro foi instalado em 1966 por iniciativa do ganhador do Prêmio Nobel da Paz, Bertrand Russell, em conjunto com o filósofo Jean Paul Sartre. O caso a ser julgado reunia os crimes internacionais de guerra cometidos pelos Estados Unidos (EUA) durante a Guerra do Vietnã. A finalidade do Tribunal era o julgamento de condutas que configurariam crimes internacionais praticados pelo governo americano, e que, segundo seus idealizadores, sem a exposição feita por este Tribunal, permaneceriam invisibilizados ou naturalizados, obstaculizando dessa maneira o acesso à verdade histórica e à responsabilidade dos perpetradores por parte da opinião pública mundial.

Segundo seus criadores, o Tribunal Russell respondeu à falta de um organismo internacional formal que pudesse, legalmente e na prática, analisar as alegações de graves violações do direito internacional e do direito internacional humanitário. A finalidade do Tribunal, conforme as palavras de seu criador Russell, era “prevenir o crime do silêncio” (*apud* Aguirre, 2001) com relação aos graves atentados cometidos contra a humanidade, que tenderiam a ficar esquecidos na história dos vencedores, uma vez que os autores destas agressões eram exatamente os governos de países centrais, os quais, desde esta época, não eram atingidos, afetados ou punidos pelas sanções do incipiente direito penal internacional.

Os tribunais *ad hoc* do pós-guerra moldaram a percepção de Russell sobre o planejamento do Tribunal Russell e, por isso, ele escolheu o termo “tribunal” para designar esta iniciativa. Como observou o *Le Figaro*, o uso da “palavra tribunal nos obriga a reconhecer uma analogia das ações e da culpa” (*apud* Klinghoffer; Klinghoffer, 2002: 113). O Tribunal Russell, nesse sentido, iria revitalizar o processo e o modelo *ad hoc*, já que não existia ainda um órgão permanente de julgamento de crimes internacionais, mas, ao mesmo tempo, pretendia afastar-se da forma de justiça dos vencedores.

Críticos ao Tribunal sinalizavam que os critérios que foram aplicados às ações das forças armadas dos EUA durante o julgamento não foram aplicados às ações dos *vietcongs*. Todavia, há que se considerar aqui quem são os agressores e quem são as vítimas desta guerra. Não se pode culpar as vítimas, equipará-las aos invasores e acusá-las de criminosas —esta seria a total subversão dos próprios direitos humanos, na medida em que este seria usado para massacrar e submeter, mais uma vez, as vítimas do conflito.

O rápido prestígio internacional alcançado, não obstante a indiferença do governo dos EUA, revelou que o Tribunal Russell e suas novas formas de ação surgiram para preencher um espaço vazio no contexto internacional. Composto por 25 membros, contou em suas primeiras sessões com a participação de representantes de 28 países, e apreciou os testemunhos de 30 pessoas, incluindo soldados americanos e vietnamitas, possibilitando que o corpo de jurados pudesse construir uma forte convicção para realizar um julgamento justo, com regras claras do devido processo legal. Russell demonstrava de maneira clara e inequívoca a razão de ser do Tribunal: “Creio que temos direito a concluir sobre a necessidade de reunir um Tribunal solene, integrado por homens eminentes, não pelo seu poder, mas sim em virtude de sua contribuição intelectual e moral ao que se convencionou chamar, de modo otimista, a civilização humana” (*apud* Aguirre, 2001).

A primeira experiência do Tribunal foi continuada por mais três sessões que se dedicaram à investigação de violações de direitos humanos na América Latina (1974), na Alemanha Oriental (1975) e nos Estados Unidos (1976). Assim que a segunda sessão do Tribunal Russell foi encerrada, foram forjadas três novas instituições semelhantes: a Fundação Internacional para os Direitos e Liberdades dos Povos, a Liga Internacional para os Direitos e Liberdades dos Povos e Tribunal Permanente dos Povos (TPP) (Tosi, Ferreira, 2014).

Inspirado no Tribunal Russell, o Tribunal Permanente dos Povos foi inaugurado em 1979, com sede em Roma, e faz parte da Seção Internacional da Fundação Lelio e Lisli Basso. O TPP é permanente assim como seus membros, convidados por suas qualidades morais, científicas e literárias; inclusive alguns dos membros são ganhadores de prêmios Nobel.

Tendo consciência da inovação que representava a criação de um tribunal de opinião permanente, Lelio Basso considerava que este seria um meio verdadeiramente popular para tentar colmatar o fosso entre as pessoas e o poder, já que este, quanto mais institucionalizado, mais se afasta dos indivíduos. Com a finalidade de ser um fórum permanente para receber reclamações que não possam ser contempladas pela institucionalidade vigente, o TPP baseia-se na proposição de que devem existir “tribunais populares para os despossuídos”, e para as “vozes marginalizadas”, a fim de que estas possam expor injustiças que foram ignoradas pelos seus governos, pelos tribunais internacionais ou mesmo pelas Nações Unidas. O Tribunal existe porque foi constatado que a ordem jurídica internacional administrada pelos Estados não é suficiente para garantir o respeito efetivo dos direitos humanos em escala global. Nesse sentido, os espaços de justiça têm que ser ocupados, fortalecidos e reivindicados pelos povos como atores principais na defesa dos seus direitos.

Para o TPP, as normas internacionais de direitos humanos devem ser interpretadas de modo a suplantar a soberania dos Estados (Klinghoffer; Klinghoffer, 2002), e as sentenças devem trazer a condenação de violadores de direitos humanos, ainda que o Tribunal não tenha capacidade de implementação das decisões. “Enquanto os dois tribunais Russell foram simplesmente tribunais de opinião, expressões ocasionais de uma fração da *intelligentsia* ocidental, ao conferir ao Tribunal um caráter permanente e ao dotá-lo com um instrumento de referência —a Declaração Universal dos Direitos dos Povos—, a Fundação Lelio Basso tem como objetivo contribuir para a criação de uma ordem humanitária transnacional” (*ibid*: 164-165). De acordo com Falk (2015), o TPP traz benefícios à descolonização e tem uma autoridade moral que supera o prestígio do próprio Tribunal Russell.

Em seus quase quarenta anos de atividade, o TPP seguiu e apoiou as lutas dos povos contra violações de direitos fundamentais, como a reiterada negação do princípio da autodeterminação dos povos, as invasões estrangeiras, a destruição ambiental e a imposição de novas formas de submissão econômica e política. Depois de analisar a realidade e as complexas causas históricas, políticas e econômicas que levam às violações do direito dos povos, o TPP emite decisões contra os responsáveis pelos atos ilícitos.

Desde a sua criação, a TPP organizou 38 sessões, todas relacionadas com violações internas e externas da autodeterminação dos povos. Das questões abordadas nos últimos anos, algumas temáticas foram recorrentes nos julgamentos: “impunidade na América Latina” (1991), “conquista e direito internacional” (1992), “as políticas do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial” (1989 e 1994), e “direito internacional e novas guerras” (2002). Além disso, outra questão recorrente no Tribunal é a análise dos crimes econômicos, vistos como categorias estruturais de violações de direitos humanos. Este foi o foco das sessões sobre “catástrofes industriais”, como Bhopal (1992) e Chernobyl (1996), sobre os “direitos internacionais das pessoas na Colômbia” (2006-2008) e sobre a “União Europeia e as empresas transnacionais na América Latina” (2006-2010). Tais temáticas são muitas vezes sugeridas por organizações não governamentais e fundações que, ao fazerem, concordam em cobrir os custos envolvidos na organização e instalação do Tribunal.

As decisões proferidas depois das sessões do Tribunal são enviadas a órgãos internacionais, como as Nações Unidas e as cortes de direitos humanos, com o objetivo de difundir os seus resultados, bem como de instrumentalizar e embasar modificações dentro das instituições.

O DIREITO A DIZER O DIREITO: PROCEDIMENTOS DOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS DE OPINIÃO

Os tribunais internacionais de opinião contribuem para inaugurar uma “estratégia inédita de mobilização política e de pluralismo jurídico” (Moita, 2015). Por toda segunda metade do século XX e no início do século XXI, tal estratégia demonstrou suas potencialidades e se multiplicou rapidamente como uma forma de luta alternativa aos esquemas usuais e consolidados de ativismo político, até então hegemônicos.

Por meio de analogia aos procedimentos judiciais, ou seja, apropriando-se de práticas e da retórica que são derivadas de órgãos estatais, estes eventos internacionais julgam condutas de grandes proporções que tenham implicado na violação de direitos humanos, frequentemente comandadas e executadas pelos próprios Estados —mas não somente por estes. Recorrendo a ações ilegítimas, irregu-

lares ou ilegais, os agentes estatais ou privados que causaram danos a sujeitos individuais e coletivos —e que continuam impunes perante o direito internacional ou mesmo perante os direitos nacionais— são postos em julgamento. Com o objetivo de concretizar o que anteriormente foi analisado de forma apenas teórica, traremos a descrição dos expedientes dos tribunais de opinião e dois exemplos paradigmáticos —o Tribunal Russell e o Tribunal Permanente dos Povos.

De um modo geral, o funcionamento desses tribunais se assemelha ao conhecido funcionamento dos tribunais estatais, ou seja, perante um grupo de pessoas, que são chamadas de juízes, há a exposição de uma denúncia de violação de direitos, sustentada por fatos e provas, conduzida por um advogado. O causídico presta assistência jurídica à(s) vítima(s) e enquadra os acontecimentos em tipos legais, de forma a demonstrar a ilegalidade das condutas denunciadas. Apesar da presença de um advogado, a dinâmica procedimental gira preferencialmente em torno da vítima denunciante ou de seus familiares denunciantes, já que eles são os atores que, por meio de testemunho oral, possibilitam a demonstração das condutas ilegais e constroem toda a narrativa que justifica a convocação do tribunal e que, posteriormente, sustentará a opinião final dos juízes.

Há que se frisar que os tribunais, por seguirem analogamente os procedimentos judiciais, e presarem pelo princípio do contraditório e da ampla defesa, buscam a participação daqueles que estão sendo acusados das violações de direitos humanos ali expostas. Eles são constantemente convidados, mas raramente se manifestam perante aquilo que consideram ser um foro parcial e tendencioso. Muitas vezes, o tribunal determina um expert para apresentar-se em nome dos acusados, ou seja, não se elimina a possibilidade de que o julgamento contenha a defesa de quem está sendo julgado. Esta defesa se apresenta com a exposição da narrativa oficial adotada pelos governos e grupos responsáveis pelas violações em questão na tentativa de negá-las, explicá-las ou justificá-las, evidenciando as razões jurídicas, políticas e econômicas que estão sendo arguidas pelos violadores (*ibid*).

Após a exposição dos fatos e do direito, dependendo do formato do tribunal, os juízes ou se reúnem para a deliberação de uma decisão única ou elaboram individualmente seu voto sobre as questões levantadas pelas vítimas denunciantes no decorrer das sessões de jul-

gamento. O mais usual é que os juízes, enquanto grupo, expeçam uma opinião conjunta⁶, que posteriormente se tornará o documento conclusivo dos trabalhos do tribunal.

Nesta decisão, de um modo geral, é utilizado o direito internacional como a base normativa, sendo que os principais instrumentos internacionais empregados são a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o Pacto de Direitos Cíveis e Políticos de 1966, o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, além dos princípios imperativos amplamente reconhecidos em matéria de direito internacional humanitário. Além destes instrumentos, deve também ser reconhecida a importância do direito penal internacional como a linguagem utilizada pelos tribunais para demonstrar a transnacionalização dos crimes contra a humanidade e para legitimar a gravidade da violação dos direitos humanos (Keck; Sikkink, 1998). De acordo com Frisso (2016), o direito penal internacional “reflete um determinado consenso acerca das condutas a serem rejeitadas pela comunidade internacional”, e, por isso, exigiriam reparação dos danos por elas causados. Nesse sentido, ocorre “a apropriação do direito internacional penal pelo indivíduo e pela sociedade civil sem a mediação do Estado”. Frisso (2016) completa, “neste contexto, o direito internacional pode tornar-se um instrumento coerente de resistência ao próprio direito”.

Esta função promocional e protetiva do direito internacional evidencia-se em momentos em que o Estado, que deveria ser o garantidor dos direitos humanos, passa a ser o principal agente violador das garantias dos indivíduos e se recusa a cumprir os compromissos assumidos no âmbito internacional. Como esta recusa se dá normalmente por meio de instrumentos legais, “o posicionamento do Estado acaba criando uma clara oposição entre o direito nacional e o direito internacional” (Frisso, 2016). Nesse sentido, lutar pelo respeito às normas de direito internacional é exigir que os Estados mantenham suas decisões políticas domésticas coerentes com seus compromissos políticos assumidos externamente, evitando assim que a ratificação

⁶ As denominações dos pronunciamentos finais variam nos diversos modelos de tribunal de opinião: sentença final, opinião consultiva, veredito, opinião do tribunal, decisão do tribunal.

dos tratados seja um procedimento meramente formal, sem nenhum impacto transformador na vida dos indivíduos (Risse; Sikkink, 1999).

Ao serem criados, em clara oposição a tribunais internacionais já existentes⁷, os tribunais de opinião também tornam visível a parcialidade da legalidade internacional, pretensamente neutral, mas que é bastante seletiva e sectária na aplicação de punições internacionais por violações de direitos humanos (Olasolo Alonso, 2017). Por isso, a única alternativa para “julgar” condutas ilegais praticadas por Estados contra indivíduos, principalmente quando tratamos de Estados “poderosos”, seria a criação de um tribunal fora da órbita de controle político desses Estados.

Ao estudarmos os tribunais internacionais de opinião, observamos que estes, exatamente por se colocarem em uma posição que normalmente é preenchida por instituições estatais e tomarem para si funções que expressam o monopólio estatal na aplicação do direito, são capazes de abalar as certezas do monismo e do centralismo do direito estatal. Ao estarem nesta posição crítica, se propõem a atuar de forma diferente do que consta no “receituário” da aplicação da justiça, ou seja, questionam a assepsia da justiça e contextualizam os fatos e as histórias a serem julgados por eles. Os “casos” que chegam a estes tribunais são inseridos dentro de um contexto histórico mundial e local de opressão e de submissão de certos grupos, em nome da manutenção de privilégios de outros. Ademais, ao olharem a história a contrapelo (Benjamin, 1985), as atividades dos tribunais deixam evidentes os dilemas e as disputas que se instalam no campo jurídico e no campo do ativismo político sempre que o direito é mobilizado por forças sociais com interesses opostos ou até mesmo contraditórios.

⁷ Esta crítica, no entanto, não deve significar o rechaço das normas internacionais por completo ou a negação das garantias formais ali reconhecidas; ao contrário, as garantias são importantes, são parte essencial da luta pelos direitos, mas não eximem nem muito menos substituem a luta e a expectativa pela satisfação dos direitos, ou seja, do real acesso aos bens. Tais garantias jurídicas internacionais são instrumentais para os processos de luta, porém, na maior parte das vezes, são insuficientes ou ineficazes. Para Proner (2011: 20), é necessário combater a tendência de rechaço às normas, o “impulso pela desqualificação imediata gerado pelo pensamento crítico”, ao mesmo tempo em que é preciso submeter a norma à ‘prova do contexto’.

Ademais de desconstruir a história oficial, os tribunais denunciam o elitismo do direito, principalmente do direito internacional, assim como a falsa neutralidade do direito aplicado pelos tribunais. As normas jurídicas não existem por causalidade ou pela vontade abstrata de um legislador imaginário (Proner, 2011), mas estabelecem, ao contrário, como será satisfeita ou obstruída uma necessidade de um sujeito específico. E é exatamente nesta circunstância que são instauradas as desigualdades no acesso aos bens, os privilégios de determinados grupos e a exclusão de outros.

Nesse sentido, ao tomarem para si os procedimentos e práticas dos tribunais estatais e os aplicarem, os tribunais internacionais de opinião logram transitar pela tensão presente nas discussões de direitos humanos, qual seja, a pretensão de universalização destes direitos *versus* o resgate do próprio, do específico, do comunitário e do contextualizado. Por estarem bastante próximos da realidade, mas, ao mesmo tempo, manterem o caráter internacional que os une a movimentos de resistência transnacionais, é possível lidar com a juridicidade de forma a reconhecer como específico aquilo que caracteriza aquele grupo social e incorporar simultaneamente princípios que o aproximam de um conceito partilhado de dignidade humana. Este reconhecimento simultâneo se faz na “esteira do cosmopolitismo subalterno” (Santos, 2012: 209), baseando-se tanto no princípio da igualdade como no reconhecimento da diferença (Sousa Santos, 2009).

Para Santos (2012: 207), os novos tipos de movimentos sociais, ao dialogarem com “uma noção abrangente de direitos humanos”, “prestam um serviço ao projeto emancipatório que subjaz a este conceito, contribuindo para a sua resignificação à escala local”. Dessa forma, há, ao mesmo tempo, o combate ao monopólio estatal do conceito de justiça, da aplicação da justiça e da própria definição de direitos humanos assim como surge um “efeito multiplicador” (*ibid*: 208) que se espalha por outras lutas sociais.

Os procedimentos dos tribunais de opinião nos convidam a refletir e a compreender o direito, e principalmente os direitos humanos, sob uma perspectiva crítica, que pressupõe uma posição de confrontação e resistência, mas também uma potencial vontade de pensar alternativamente. A luta pelo acesso à justiça não pode ser separada da “luta dos sobreviventes que, no presente, inventam gramáticas de dignidade

e reconhecimento” (Martins, 2016: 144). Uma dessas gramáticas tem sido a criação de tribunais internacionais de opinião, que resgatem a vocação prática dos direitos humanos, por meio da apropriação das práticas jurídicas.

Ao fazerem uso do direito e de uma analogia aos procedimentos legais, os tribunais acabam por apropriar-se da juridicidade e desenvolvem resistência contra um direito opressor e perpetuador de injustiças. Com isso, apresentam um potencial (Sousa Santos, 2007), que, se colocado a serviço da auto-organização e do empoderamento das classes subordinadas, transforma-se em um processo jurídico emancipatório.

O DIREITO A DIZER O DIREITO: SIGNIFICADOS DOS DIREITOS NOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS DE OPINIÃO

Os tribunais internacionais mostram-se como uma alternativa jurídico política, a qual, por meio da apropriação estratégica do direito (Sousa Santos, 2007), tem capacidade de resistência contra o esquecimento e a exclusão daqueles grupos sociais assim como demonstra um potencial emancipador e libertador da subalternidade (Spivak, 2003). Além da apropriação procedimental do direito, o repertório de resistência se completa com o questionamento do sentido das próprias normas jurídicas e do significado do “acesso à justiça”. Este questionamento se estabelece por meio de duas dimensões que se entrelaçam e se coconstituem no decorrer das atividades de julgamento. A primeira delas seria uma dimensão político-sociológica, e a segunda seria a dimensão político-jurídica.

Em primeiro lugar, com relação à dimensão político sociológica, percebemos que o ambiente criado nos tribunais internacionais de opinião é concebido para serem espaços de enunciação, espaços coletivos de reconhecimento, de identificação e de construção de uma narrativa coletiva sobre os fatos ali expostos. A abordagem do passado, tendência radicalmente oposta à do historicismo que mantém a história dos vencedores e o tratamento estético dos acontecimentos, visa romper com a opressão dos “derrotados” e “pasarle a la história

el cepillo a contrapelo” (Benjamin, 1985) —mostrar o outro lado da história: a história dos vencidos, seus sofrimentos e suas resistências.

Os testemunhos orais das vítimas e dos seus familiares colhidos nas sessões destes tribunais demonstram que a existência de um lugar público para registrar suas histórias e suas lembranças individuais, de alguma maneira, os fortalece para continuar resistindo à exclusão e ao esquecimento de que são vítimas; uma vez que aqueles que testemunham são aqueles que conseguiram sobreviver ao massacre. O testemunho é uma prova de sobrevivência e, ao mesmo tempo, uma prova de desobediência e resistência ao destino que lhes foi traçado pela subalternização social e pela obstrução ao acesso à justiça. Nesse sentido, a exposição pública de suas histórias acaba por reconhecer cada indivíduo como vítima, o que desmonta a culpabilização que lhes é constantemente imposta por narrativas oficiais que negam a responsabilidade estatal pelos crimes perpetrados.

Resistir ao esquecimento é reconhecer que aqueles sujeitos que prestam seu testemunho foram vítimas de injustiças no passado, são vítimas de injustiças no presente e continuam a ser vítimas desta “injustiça histórica” (Sousa Santos, 2013), que invisibiliza suas histórias e ignora suas existências. A narração oral é um ritual de atualização de eventos passados, recuperando da memória informações úteis para o presente, uma vez que a memória serve para elaborar processos críticos do momento presente, mudar a maneira de compreendê-lo e desenvolver planos de ação para o futuro. “Trata-se de ressignificar o que é contado, organizá-lo e construir o futuro” (Clifford, 1998: 21).

O processo de comunicação desenvolvido nestes tribunais detém um enorme potencial de criação de identidade coletiva entre aqueles que ali estão, uma vez que os testemunhos não são unilaterais, como na justiça estatal, mas interagem, se modificam e se mesclam com manifestações do público presente (*idem*). Neste processo, há que se sinalizar a existência de uma comunicação entre sujeitos; comunicação esta entendida como uma interação mediante a qual um emissor transmite em forma de símbolos (verbais, vocais, corporais, faciais) —sem interferências que impeçam a transmissão—, uma mensagem através de um meio de comunicação —a oralidade— para um ou mais receptores. Estes receptores são considerados parte essencial do processo de comunicação.

Nesse sentido, a oralidade é um modo de participação no coletivo, pois o auditório participa não somente escutando, como reagindo e memorizando aquilo que lhe foi exposto. Fica patente a percepção de que as memórias individuais são profundamente dependentes de uma memória coletiva (Martins, 2016).

Resistir também é reivindicar um processo de construção coletiva da memória (Clifford, 1998) que reflita a verdade dos fatos. Esta verdade, invisibilizada e escondida pela narrativa oficial, é construída pela resignificação dos atores, pela resignificação das experiências e pela resignificação da ideia de “coletivo”. Este exercício contribui para gerar confiança, estabelecer laços sociais e construir um tecido de solidariedade entre as vítimas, ainda que este esteja marcado pelas violências do passado. Ocorre aqui a reinvenção de uma sociabilidade.

Ademais da identificação pessoal enquanto vítimas e do reconhecimento coletivo enquanto grupo, a exposição dos testemunhos pessoais transcende a esfera individual e reafirma a memória como capacidade (*ibid*) e instrumento de luta pela dignidade e pela reivindicação de direitos. A coletivização do sofrimento transforma os tribunais em espaços de enunciação, nos quais, de acordo com Kirmaye (*apud* Martins, 2016: 133),

o trauma partilhado por uma comunidade inteira cria um espaço público potencial para reenunciação. Se uma comunidade concorda que os eventos traumáticos aconteceram e incorpora este fato na sua identidade, então a memória coletiva sobrevive e a memória individual pode encontrar um lugar (ainda que transformado) dentro dessa paisagem.

Em segundo lugar, observamos nas atividades dos tribunais de opinião uma dimensão político jurídica, que, por meio da ressignificação do direito e da produção de um novo sentido à juridicidade, é eficiente em restaurar a dignidade daqueles que ali se envolvem (Atuahene, 2016). Esta dimensão se compõe de alguns elementos. O primeiro deles é o estabelecimento de uma reavaliação dos fundamentos teóricos e filosóficos sobre os quais se constituiu o direito moderno (Fariñas Dulce, 1997), como o afastamento da norma da realidade social. A atuação dos tribunais faz transparecer que a prática dos direitos humanos é central na construção dos mesmos, ou seja, ali é apresentada uma concepção de direitos mais realista e totalmente ancorada na

realidade, baseada na ideia de que os direitos humanos nascem com uma vocação prática para resolver conflitos sociais e satisfazer as necessidades e carências humanas. Para Sousa Santos (1990), a contextualização da legalidade é um exercício composto por duas vias —a aproximação do direito à realidade social e a aproximação da realidade social ao direito.

Com esse objetivo, de tornar o direito mais pragmático e utilitário para as lutas sociais, surge um segundo elemento, já analisado na sessão anterior: a apropriação dos procedimentos dos tribunais estatais pelos tribunais de opinião. Ocorre aqui uma rebelião contra um sistema jurídico regulador e limitador dos direitos, seguida da tentativa de utilização desse mesmo direito a serviço dos cidadãos e cidadãs. Para Dussel (2002), o direito é apenas instrumental, ou seja, a juridicidade deveria ser libertada e retomada pelas classes subalternas, uma vez que aquela tem (ou deveria ter) como fim último o benefício dos seres humanos. Seria apenas por meio de práticas legais alternativas, que aumentem o poder das classes subordinadas e de grupos discriminados e que contribuam para a auto-organização e autonomia desses grupos, que poderia ser alcançada alguma transformação social. Ademais, ao utilizar o ideário do direito, os tribunais adquirem um denominador comum a outras lutas, processo que lhe confere legitimidade social “ao mesmo tempo em que reforça uma visão interseccional acerca das múltiplas formas de violação dos direitos humanos” (Santos, 2012: 198).

Para além da criação de procedimentos que instrumentalizam a utilização do direito à serviço dos oprimidos, os tribunais buscam também desenvolver valores, espelhados na realidade social dos seus sujeitos. Ocorre aqui a apropriação e a ressignificação de valores como justiça, verdade e dignidade. A ideia simbólica de justiça surgida por meio da prática alternativa do direito não parte de uma perspectiva hegemônica universal, mas da perspectiva advinda “de um outro”, o qual é construído por aqueles que foram e são vítimas do esquecimento. Haveria o exercício de um “universalismo situado” (*ibid*: 209), que é gerado a partir da apropriação estratégica do imaginário universalista dos direitos humanos, porém moldado pelas especificidades locais. Tal prática dota a ideia de direitos de um dinamismo, “contrariando a versão legalista e estática inerente à priorização da

codificação da dignidade humana em detrimento das práticas cotidianas” (*idem*).

Os valores aparecem, assim, contextualizados, imersos em uma temporalidade e em uma espacialidade concretas (Fariñas Dulce, 1997). Por conseguinte, o sujeito de tais valores não pode ser concebido como um indivíduo abstrato, isolado, absoluto ou universal. Ele é, na verdade, um ser humano “situado” e “contextualizado” (*ibid*), inserido em sua subjetividade e em seu próprio entorno histórico, político, econômico e social. Nesse sentido, a contextualização dos direitos se estabelece com base na solidariedade e no reconhecimento recíproco, valores que têm sido retomados pelas iniciativas sociais comunitaristas.

Nestas iniciativas, surgem novos sujeitos coletivos, que reivindicam direitos e alavancam a mobilização social. Os tribunais internacionais de opinião, por meio da coletivização do sofrimento, desenvolvem um vínculo social entre os indivíduos, um sentimento de co-pertencimento e um sentido de luta comum em busca do direito à justiça.

O “direito a dizer o direito”, por meio da apropriação dos procedimentos legais, a (re)criação de valores e a criação de novas instâncias de juridicidade, trazem a resignificação do direito e produzem um novo tipo de juridicidade insurgente, que vem de baixo e que tem potencial de satisfazer as necessidades reais de indivíduos que lutam por seus direitos.

CONCLUSÃO

Ao fazerem uso do direito e de uma analogia aos procedimentos legais, os tribunais internacionais de opinião acabam por apropriar-se da juridicidade e desenvolvem resistência contra um direito opressor e perpetuador de injustiças. Com isso, apresentam um potencial (Santos, 2007), que, se colocado a serviço da auto-organização e do empoderamento das classes subordinadas, transforma-se em um processo jurídico emancipatório.

Por meio da implementação de uma juridicidade democrática, participativa e emancipatória, os tribunais aqui estudados são espaços onde as vítimas de violações de direitos humanos são capazes de resistir contra o esquecimento histórico e libertar-se da opressão de um

direito que as exclui e as massacra. Se, de acordo com Dussel (1973: 66), “vivemos na legalidade da injustiça”, os tribunais internacionais de opinião nos oferecem alternativas político jurídica para atuarmos de modo diferente, legislarmos de modo diferente, julgarmos de modo diferente, interpretarmos o direito de modo diferente, enfim, de lutarmos contra a “legalidade da injustiça” de modo diferente.

REFERÊNCIAS

- Aguirre, E. L. (30 de novembro de 2001). “*La influencia del Tribunal Russell como alternativa superadora del sistema tradicional del Derecho Penal Internacional*”. En *Blog Derecho a Replica*. Disponível em <http://www.derechoareplica.org/index.php/derecho/428-la-influencia-del-tribunal-russell-como>
- Araújo, S. (2014) *Ecologia de justiças a Sul e a Norte: cartografias comparadas das justiças comunitárias em Maputo e Lisboa*. Tese de doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI, apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, sob a orientação de João António Fernandes Pedroso e António Casimiro Ferreira, Coimbra.
- Atuahene, B. (2016). “*Dignity Takings and Dignity Restoration: Creating a New Theoretical Framework for Understanding Involuntary Property Loss and the Remedies Required*”. En *Law & Social Inquiry*, v. 41(4), pp. 796-823.
- Benjamin, W. (1985). “*As Teses sobre o Conceito de História*”. En: *Obras Escolhidas*, v. 1, São Paulo: Brasiliense, pp. 222-232.
- Byrnes, A. (08 de outubro de 2012). “*Claiming international law for the people: the persistence and role of civil society tribunals in the modern world*”. Ponência apresentada na Universität Zürich. Disponível em <http://www.ahrcentre.org/sites/ahrcentre.org/files/mdocs/Byrnes%20-%20Zurich%20lecture%20text%20-%202008%20October%202012.pdf>
- Clifford, R. (1998). “*La mediación crítica*”. En *Revista Oralidad y Cultura* 1. México DF: Ediciones Colectivo memoria y vida cotidiana.
- Dussel, E. (2002). *Ética da Libertação – Na idade de globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes.
- Dussel, E. (1973). *Para una ética de la liberación latinoamericana*. Buenos Aires: Ed. Siglo XXI.
- Falk, R. (05 de abril de 2015). “*Opposing impunity for geopolitical criminality*”. En *Blog Global Justice in the 21st Century*. Disponível em <https://richardfalk.wordpress.com/2015/04/05/opposing-impunity-for-geopolitical-criminality/>

- Fariñas Dulce, M. J. (1997). *Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la actitud postmoderna*. Cuadernos “Bartolome de las Casas” n. 6. Madrid: Dykinson.
- Frisso, G. (2016). “O direito internacional penal como instrumento de resistência nos tribunais do povo: o tribunal internacional para a aplicação da justiça restaurativa em El Salvador”. En *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, ANIDIP, v. 4, pp. 40-64.
- Gouveia, J. B. (2008). *Direito Internacional Penal: uma perspectiva dogmático-crítica*. Coimbra: Almedina.
- Herrera Flores, J. (2011). “16 premisas de una teoría crítica del derecho”. En: Proner, C.; Correas, O. (Coord.) *Teoría crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores*. Belo Horizonte: Fórum, pp. 13-22.
- (2008). *La reinvencción de los derechos humanos*. Valencia: Atrapasueños.
- Hobsbawn, E. (1998). *Sobre História*, Tradução C. K. Moreira. São Paulo: Companhia das Letras.
- Keck, M; Sikkink, K. (1998). *Activists beyond borders: Advocacy networks in international politics*. London: Cornell University Press.
- Klinghoffer, A. J; Klinghoffer, J. A. (2002). *International Citizens’ Tribunals: Mobilizing Public Opinion to Advance Human Rights*. New York: Palgrave.
- Lippmann, W. (2008). *Opinião pública*. Petrópolis: Editora Vozes.
- Maddow Santos, C. (2007). “Ativismo jurídico transnacional e Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos”. En *Sur-Revista Internacional de Direitos Humanos*, 7, pp. 29-59. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/sur/v4n7/a03v4n7.pdf>
- Martins, B. S. (2016). “Revisitando o desastre de Bhopal: os tempos da violência e as atitudes da memória”. En *Sociologias*, Porto Alegre, ano 18, n. 43, pp. 116-148.
- Moita, L. (2015). “Os Tribunais de opinião e o Tribunal Permanente dos Povos”. En *JANUS.NET e-journal of International Relations*, v. 6, n. 1. Disponível em www.observare.ual.pt/janus.net/pt_vol6_n1_art3
- Nixon, R. (2009). “Neoliberalism, slow violence and the environmental picturesque”. En *Modern Fiction Studies*, v. 55, n. 3, pp. 443-467.
- Olasolo Alonso, H. (2017). *Derecho Internacional Penal, Justicia de Transición y Delitos Transnacionales: Dilemas Políticos y Normativos*. Valencia: Tirant lo Blanch/Universidad del Rosario/Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional.
- Proner, C. (2011). “Reinventando los derechos humanos: el legado de Joaquín Herrera Flores”. En: Proner, C; Correas, O. (Coord.) *Teoría crítica*

- dos direitos humanos*: in memoriam Joaquín Herrera Flores. Belo Horizonte: Fórum, pp. 13-22.
- Risse, T.; Sikkink, K. (1999). *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Santos, A.C. (2012). “Direitos Humanos e movimentos sociais em Portugal: apropriação, resignificação e des/politização”. En: MacDowell Santos, C. (Org) *A mobilização transnacional do direito: Portugal e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, pp. 193-214.
- Santos, B. de Sousa (1990). “O Estado e o Direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum sobre o poder e o direito”. En *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 30, pp. 13-43. Disponível em http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Estado_Direito_Transicao_Pos-Moderna_RCCS30.PDF
- (2002). “Os processos da globalização”. En: Sousa Santos, Boaventura de (Org.). *A Globalização e as Ciências Sociais*. São Paulo: Cortez Editora, pp. 25-103.
 - (2007). *Poderá o direito ser emancipatório?* Vitória: Faculdade de Direito e Fundação Boiteux.
 - (2013). *Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos*. Coimbra: Editora Almedina.
 - (2002). *Toward a New Legal Common Sense. Law, globalization, and emancipation*. Londres: Butterworths.
- Silva Filho, J. C. M. (22 de julho de 2016). “O Tribunal Internacional pela Democracia no Brasil”. En *Blog O Cafezinho*. Disponível em <https://ocafezinho.com/2016/07/22/o-tribunal-internacional-pela-democracia-no-brasil/>
- Silveira, S.A. (2010). “Ciberativismo, cultura hacker e o individualismo colaborativo”. En *Revista USP*, São Paulo, n. 86, pp. 28-39.
- Spivak, G.C. (2003). “¿Puede hablar el subalterno?”. En *Revista Colombiana de Antropología*, v. 39, enero-diciembre, Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia, pp. 297-364.
- Suxberger, A.H.G. (2016). “Repensando os Desafios da dogmática jurídico-penal a partir da Teoria Crítica dos Direitos Humanos”. En *Revista de Estudos Criminais*, n. 61, pp. 99-114. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/103031>
- Tosi, G.; Ferreira, L. F.G. (Orgs.) (2014) *Brasil, violação dos direitos humanos-Tribunal Russell II*. João Pessoa: Editora da UFPB.
- Wolkmer, A.C. (2012). *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Editora Saraiva.
- (1994). *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Editora Alfa Omega.

Capítulo 8

Justicia comunitaria para restaurar. La singular experiencia del Tribunal de El Salvador (2009-2017)

José María Tomás y Tío

INTRODUCCIÓN

Al objeto de aportar alguna reflexión en el ámbito de las posibilidades que la Justicia comunitaria ofrece, sobre todo en América Latina, como instrumento de lucha por los derechos en el siglo XXI, la experiencia de ofrecimiento de justicia y reparación en El Salvador nos sitúa en un escenario de realidad y proximidad que permite desdénar la utopía de lo imposible.

Las aportaciones que se hacen por otros pensadores sobre la Justicia comunitaria me relevan de cualquier otra introducción para situarnos en el contexto adecuado. La experiencia de El Salvador se presenta como modelo de movilización y realización de la restauración en cuanto forma de reparación colectiva e individual de la violencia del pasado, lamentablemente también del presente.

Las múltiples acepciones que pueden otorgarse a la denominada “Justicia comunitaria” tienen que ver con su origen, su producción o desarrollo y su objetivo o finalidad. La Justicia comunitaria, como modalidad de la administración de justicia, surge de la profunda convicción y exigente reivindicación mediante las cuales todo grupo social decide tramitar sus conflictos de manera acorde con su propia identidad, cualquiera que fuera el sistema jurídico que el Estado imponga. La creación de instrumentos adecuados para la prestación de la oferta de justicia, se adecua a las necesidades de las personas y de las comunidades que aspiran a obtener a través de la misma la pacificación de sus relaciones o, simplemente, la clarificación de los conflictos en ocasiones irresolubles. El objetivo que se pretende, y en una gran medida se consigue, tiene que ver con las dinámicas de iden-

tidad y pertenencia que en cada comunidad permiten sustentar las instituciones e instrumentos por ellas creados.

A partir de tal configuración, se reduce la intervención del Estado y la burocracia que le circunda, prevaleciendo aquellas normas de comportamiento que el derecho consuetudinario ha venido consolidando se establecen modelos de autogestión a través del consenso y el diálogo, y se mantiene la más alta consideración y respeto a lo resuelto, en cuanto asumido por haber surgido de su propia convicción. Los perfiles que le adornan así lo evidencian, en tanto que se trata de un sistema no profesional, que no exige un específico lenguaje tantas veces incomprensible, ni se reclama otra autoridad que la que la comunidad eligió y que equilibra a las partes, propiciando una sanción a conductas indebidas con la primacía de la restitución del equilibrio entre ellas y la reparación del daño producido.

Sin duda que pudiera llegar a confundirse la Justicia comunitaria con comportamientos o medidas ajenas a derechos esenciales. También la Justicia comunitaria, salvo en algunas modalidades que ni son justicia ni son comunitaria, incorpora en su sistema de funcionamiento el respeto a los derechos humanos como fruto del consenso de los pueblos del mundo, convertidos en el “derecho mínimo” (Bidart Campos) y aspiración de máximos, que impone su prevalencia en cualquier jurisdicción.

No puede aceptarse —porque choca con la realidad— que sea el Estado el único emisor y productor de normas vinculantes, pues la historia nos enseña que grupos sociales diferentes tienen la misma capacidad de ir conformando ese conjunto de principios, valores y normas de carácter no escrito, que regulan las relaciones internas de la comunidad y exigen su observancia mediante la costumbre.

Como sostiene Edgar Ardila, la Justicia comunitaria es un “conjunto de instancias y procedimientos mediante los cuales, para situaciones de controversia, se regulan los comportamientos legítimos a partir de normas propias de una comunidad o contexto cultural específicos”. Queda, por tanto, identificada por cinco elementos: su localización, la búsqueda de la solución de problemas, la descentralización de la autoridad y la responsabilidad, la calidad de vida de la comunidad y la participación ciudadana.

De todo ello ya se advierten algunas diferencias entre la Justicia estatal y la comunitaria, que podrían caber en el esquema siguiente:

Justicia estatal	Justicia comunitaria
Regulada por el Estado	Regulada por la comunidad
Normas jurídicas estatales	Normas sociales de la comunidad
Objetivo de cumplir las leyes bajo la amenaza de sanción en ellas descritas	Aspiración a la convivencia y fijación de sanciones por la comunidad
No interviene la comunidad	La comunidad participa activamente
Regulación impuesta	Todo ciudadano se siente partícipe
Difícil aceptación	Es aceptada con escasas reservas
Lentitud, coste, impositiva, ineficacia, sin linderazgos	Rapidez, gratuidad, reparadora, eficacia, linderazgos naturales

A partir de ahí, no parece que cueste aceptar que la Justicia comunitaria podría considerarse como una modalidad de justicia reparadora e incluso viceversa, es decir, que la Justicia Restaurativa se nutre de los principios que originaron las necesidades de justicia en las comunidades primitivas, que siguen tan vigentes en muchas de las comunidades actuales.

Pongo en el centro de la reflexión al ser humano y su sufrimiento. En mi concepto de justicia, no sólo cabe, sino que se sustenta en la vida de las personas para ayudar a que alcancen una vida mejor.

En este escenario aparecen la Justicia comunitaria con vocación restaurativa y sus instrumentos. Completa la solución imperfecta e inhumana que ha dado el sistema penal. Víctima y perpetrador necesitan verse, mirarse, escucharse, reconocer la humanidad quebrada del otro, para que pueda ser reconstruida. Quien sufrió el delito necesita poder narrar el sufrimiento, que ha de ser profunda y respetuosamente escuchado. La víctima debe descubrir la humanidad de su agresor. Ahí, en este lugar, ambos pueden encontrarse y repararse. Uno, para alcanzar la serenidad integrando esta experiencia en su itinerario vital; el otro, tomando conciencia de su responsabilidad.

La Justicia Restaurativa/comunitaria no supone una enmienda al sistema punitivo. Tampoco reclama el abolicionismo del Derecho penal. Considera que los conflictos son inevitables en la vida de las personas, pues somos capaces de actos sublimes que nos dignifican a todos (incluso a los más timoratos) y de las mayores aberraciones.

En todo caso, tengo para mí que la Justicia no es un privilegio de los jueces, sino de todo el que asuma su papel de protagonista de su historia.

LA JUSTICIA RESTAURATIVA COMO INSTRUMENTO DE PAZ. ¿QUE APORTA?

La mediación penal, instrumento o/y estrategia para la restauración en justicia, ya se encuentra reconocida y recogida en múltiples documentos y prácticas de los organismos especializados de la Organización de Naciones Unidas —Principios básicos sobre la utilización de los programas de la justicia restaurativa en asuntos penales (2002) y el Manual de Programas de Justicia Restaurativa (2006)—, del Consejo de Europa —la Recomendación N.º R. (99) 19 del Comité de Ministros sobre la mediación en asuntos penales; la Resolución Ministerial N.º 2 sobre la misión social del sistema de justicia penal (2005); así como la Recomendación N.º R. (2006) 8 sobre la asistencia a las víctimas.

La Justicia Restaurativa, en sentido amplio, podría ser, en definición descriptiva del maestro Juan Carlos Ríos Martín, “el método de resolver los conflictos que atiende prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social, mediante el diálogo y el encuentro personal entre los directamente afectados, con la participación de la comunidad cercana y con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas de manifiesto por los mismos, devolviéndoles una parte significativa de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito”. En resumen, participa de la esencia del poder de la comunidad.

Las oportunidades que ofrece este método de resolución de conflictos nos remiten sin duda a la oportunidad, más bien diría necesidad, de incorporarlo en toda su plenitud.

A modo de justificación de la propuesta de su necesidad, diría que:

- 1) Es un complemento de la oferta tradicional de la justicia retributiva-adversarial, que permite una respuesta al delito

mediante la satisfacción de las necesidades de la víctima expresadas por ella misma sin eludir los fines tradicionales del derecho penal, pero sin conformarse con la determinación del culpable y la imposición de una pena.

- 2) Se apuesta por las personas frente a los métodos y sistemas formalizados, toda vez que todo proceso de mediación permite el diálogo personal entre los protagonistas del hecho delictivo, orillando los privilegios de la “seguridad”, la burocratización y despersonalización.
- 3) La víctima se convierte en protagonista esencial del proceso, al incluir su atención prioritaria y respeto esencial evitando una nueva victimización. La Justicia Restaurativa nos introduce de lleno en “el tiempo de las víctimas”.
- 4) Se refuerzan y mejoran los fines del sistema penal. Con la mediación, ni desaparece la tipicidad del hecho ni la penalidad que le corresponda, pero añade una mayor aceptación del ofensor incrementando sus posibilidades de integración, junto a la satisfacción reparatoria para la víctima.

De ese modo:

- La eficacia preventiva general negativa, la mediación no significa una elusión, sin más, del castigo. Se puede afirmar que en ningún caso supone impunidad, ni a los ojos del infractor ni de los potenciales infractores, ni de la víctima, ni de las personas que cumplen las normas. El proceso penal actual en España cuenta con la rebaja de un tercio de la pena en caso de conformidad, o con la aplicación de la atenuante con la reparación total o parcial antes del juicio oral, que permite por sí sola la atenuación hasta el grado mínimo de la pena prevista.
- En relación con la prevención general positiva, qué mejor confirmación de la vigencia de la norma —qué mejor “ejercicio de reconocimiento de la norma”— que la asunción de la norma infringida en un proceso dialogado entre infractor y víctima —con la participación de un modo u otro de la comunidad más cercana.
- En relación con la finalidad de prevención especial: el diálogo, sobre todo directo entre infractor y víctima, así co-

mo la imposición de reglas de conducta para posteriores relaciones, la asunción interior de la responsabilidad, el reconocimiento del daño a una persona concreta, con el reconocimiento como persona que ello implica, los compromisos de tratamiento del infractor que en su caso se adopten, el empoderamiento de la víctima que supone el proceso, aumentan la eficacia preventivo especial de la sanción que se imponga o la consiguen al margen de la sanción o sin ella, disminuyendo el riesgo de reiteración delictiva y de re-victimización.

- 5) Incorpora la participación de la comunidad. La justicia restaurativa comprende y alienta la participación, en la resolución del conflicto, de la comunidad o entorno más cercano a infractor y víctima; también se da entrada a la comunidad mediante un instrumento que encuentra un sentido propio en el marco de la justicia restaurativa: los trabajos o servicios voluntarios a la comunidad —como contenido posible de los acuerdos de la reparación— aportan una realidad reparadora al ámbito colectivo.
- 6) Supone una ampliación de los agentes del proceso más allá del Estado frente al delincuente, singularmente la víctima, destinatarios y beneficiarios principales de la justicia restaurativa, así como otros agentes cercanos a las partes y a la comunidad.
- 7) Introduce una ampliación de las respuestas al delito (frente a la pena como única respuesta). Sin perjuicio de que la pena sea una respuesta necesaria para el delito, desde una perspectiva individual o colectiva, los acuerdos que alcanzan las partes entre sí nos permiten descubrir que las posibilidades de dar respuestas diferentes al hecho delictivo son más ricas y eficaces. Se aborda la salud física, la salud mental y la salud social, masillando las grietas del daño.
- 8) Valoriza el diálogo frente a la incomunicación. Fruto del aprendizaje directo y personal por la experiencia vivida, he podido comprobar que la introducción de la palabra y la escucha en la resolución de los conflictos interpersonales, —también en los que existan hechos con significación penal o causados por ellos—, se convierten en la clave sobre la que gira la

transformación de los conflictos, más allá de las consecuencias jurídicas de la reparación. La práctica forense actual excluye casi completamente el diálogo.

- 9) Se trata de estimular el diálogo, ayudar a ponerse en el lugar del otro, cultivar actitudes empáticas, cuidar los procesos de responsabilización personal (único antídoto efectivo frente a la reincidencia) y evitar la frecuente confusión entre responsabilidad ética (mira hacia detrás, pero, sobre todo, hacia el futuro) con la responsabilización criminal (proceso de “adquisición de conocimiento”) que mira únicamente hacia el pasado. Por ello, y en consecuencia, el diálogo es nuestro instrumento de discernimiento y de decisión.
- 10) Ofrece respuesta a necesidades reales más que a pretensiones procesales simbólicas; atiende más a argumentos racionales, que a respuestas emotivas. El proceso penal convencional no sólo no respeta y atiende a las necesidades efectivas de las partes, sino que supone, en la mayoría de los casos, una experiencia dolorosa para las víctimas y para los infractores. Las necesidades de ambos no sólo no son satisfechas, sino que quedan tapadas bajo una maraña de formalidades, que acaban por invisibilizar la naturaleza del problema subyacente y por hacer imposible un abordaje razonable de sus soluciones.
- 11) En este plano, una vez más, la Justicia Restaurativa muestra su superioridad y su dependencia de tres elementos tan fundamentales como sencillos: una idea de justicia muy elemental (dar a cada uno lo que necesita), el rescate de la categoría de “necesidades” (previa incluso a la de “derechos”) y buenas dosis de sentido común.
- 12) La Justicia Restaurativa busca e incentiva la verdad, la orienta a la superación del problema, a la reparación del daño y a la responsabilización del autor. Ciertamente tiene un horizonte axiológico del que forman parte la verdad y la paz social, procura dar a cada uno “lo suyo” y minimiza el uso de la cárcel y de la violencia institucional. La mediación también se sitúa en una posición de ventaja respecto a la mera imposición de la pena en el procedimiento penal, puesto que la verdad construida en el proceso penal tiene muchas menos posibilidades

de acercarse a la verdad y de servir a las funciones antedichas que la verdad construida por los protagonistas en un diálogo personal.

- 13) El derecho a la verdad forma parte de la reparación debida, reivindica la memoria de las víctimas y alivia, al menos en parte, el dolor padecido por sus allegados. La verdad, por muy dolorosa que sea, es capaz de transformar la percepción del conflicto. Permite salir a la víctima de su posición, para ponerse, siquiera mínimamente desde un punto de vista emocional, en el lugar del “otro”. La verdad no busca la venganza ni, mucho menos, exaltar la crueldad. Todo lo contrario, la honradez con la verdad permite que nadie se deshumanice; sin verdad, no puede existir comprensión, ni perdón, ni, por tanto, desinstalación de los sentimientos de odio y venganza. Se constata, así, que el hombre es un ente que no puede desentenderse de la verdad, sino que ésta constituye un ingrediente esencial de su propia realidad humana. Ello exige dar prioridad a los hechos y atender a sus consecuencias. También a las que hasta ahora carecen de relevancia procesal, pero suponen un serio problema. Sólo la verdad responsabiliza al que ha cometido un delito; sólo desde ella la víctima puede sentirse reconocida. Solamente desde la verdad se puede reparar adecuadamente, se superan los miedos y se pacifica la convivencia de manera duradera.

INSTRUMENTOS BÁSICOS PARA LA INTERVENCIÓN EN JUSTICIA RESTAURATIVA

Las instituciones penales —policía, juzgados, cárceles— y los procesos que se dedican a la prevención y gestión del fenómeno delictivo, tienen como única finalidad la búsqueda de “su verdad” para fundamentar una sentencia condenatoria o absolutoria, otorgando al sistema penal las funciones de prevención y protección de bienes y valores que la sociedad entiende como fundamentales para la convivencia. El gran déficit de estas instituciones es el olvido del ser humano y de su necesidad de recobrar un sentido de vida, bien si ha sufrido un delito, bien si lo ha cometido y ha sufrido violencia.

Los instrumentos básicos serían:

1) La comunicación

que es el instrumento esencial de trabajo para los mediadores o facilitadores. También para las personas que han tenido el conflicto. No hay mediador, ni por supuesto persona, que no tenga conflictos en su vida. Es por ello que el aprendizaje comunicativo se hace necesario.

Al escuchar hay que estar atento a los sabotadores internos: ganas de responder inmediatamente, de completar la frase de la otra persona, de adivinar lo que nos quiere decir o por qué lo dice, de enjuiciar lo que dice o de dar un consejo no pedido.

Mi concepción de la justicia implica que no pueda prestarse sin la cercanía a cada persona, sin generosidad y sin competencia.

2) Facilitar el tránsito desde las creencias o ideologías justificadoras de la violencia a la emoción empática

Solo de este modo, en su caso y en su momento, la persona será capaz de escuchar, acoger y abrirse a un universo de emociones inéditas, que literalmente recorrerán su cuerpo al escuchar el relato del dolor padecido por la víctima como consecuencia de su actuar violento y, durante mucho tiempo, autojustificador.

Hay que aprender a surfear en las emociones, como recomienda Susana Bloj.

El fruto sincero de un proceso restaurativo viene marcado por la asunción de la propia responsabilidad, el deseo sincero de reparar el daño y la empatía con el dolor de la víctima.

3) Permitir que aflore toda la información objetiva y emocional

Sin verdad, no hay memoria; en ausencia de ambas no puede haber paz; sin conocimiento tampoco existe la responsabilidad. La comunidad a la que pertenecen las dos partes también precisa la verdad. Cualquier delito supone la quiebra de la vida comunitaria y del respeto común que es su fundamento. La perspectiva restaurativa busca acercar las personas de la víctima y del infractor.

4) Reconocer la historia de dolor

Sin empatía la víctima puede no ver satisfecha una de sus principales necesidades: que el agresor escuche el relato de su dolor,

que pueda acoger y sentir el significado profundo de las palabras para que quiebre cualquier justificación ideológica y acabe repudiando de corazón la violencia utilizada. La empatía, desde luego, necesita dejar en suspenso la ideología para poder escuchar y acoger al otro como otro ser humano sin más apelativos. También se cultiva mediante el diálogo. La compasión surge no de sentirse bueno, sino de sentirse tan trasgresor como la persona que se tiene enfrente.

5) Detectar fortalezas

El facilitador ha de procurar que cada uno saque lo mejor de sí y devuelva los aspectos más sanos de su yo, incluida la valoración positiva de haber accedido a un encuentro restaurativo, solo al alcance de personas con un determinado nivel de introspección y madurez personal. Sólo existen personas de éxito con fracasos, no personas fracasadas.

Aunque los seres humanos perdamos posibilidades biológicas, facultades mentales o habilidades por la edad o por otras circunstancias, existe un desarrollo interno de mayor conciencia, madurez y plenitud, que consiste en “darse cuenta de”.

6) Buscar información sobre la humanidad del agresor

En la fase última del encuentro, la víctima, tras la intensa narración de su experiencia, necesita encontrarse con el ser humano que tiene delante más allá de los delitos que haya realizado. Esta necesidad de humanización aparece en el momento en que la víctima queda liberada de las ataduras de la ira y de la venganza y recobra cierta serenidad.

El día en que la Fundación por la Justicia entregó nuestro V Premio al creador de los microcréditos, luego Premio Nobel de la Paz, Muhammad Yunus, nos regaló este mensaje: “si cogemos la semilla del árbol más alto del bosque y la plantamos en una maceta obtendremos un pequeño bonsái. No hay nada malo en esa semilla, era la mejor semilla, pero el hecho de haberle plantado en una maceta hace que obtengamos un árbol pequeño, que es una copia pequeña exacta de ese árbol tan alto y grande que vimos en el bosque. De hecho, los pobres son como bonsáis humanos, no hay nada erróneo en ellos, tienen la misma semilla que el resto del mundo, simplemente la sociedad

no les ha dado el espacio necesario para crecer y les ha negado los nutrientes. Si la sociedad amplía y les permite nutrientes suficientes, serán tan altos como cualquier otro ser humano. Éste es el sencillo mensaje que tratamos de divulgar. Los seres humanos son la creación más importante del creador. Nace con capacidades y potencialidades muy relevantes. ¿Porque condenarlo a la pobreza? La respuesta es que todo esto pasa por nuestra culpa, por eso hemos de asegurarnos que no pase más. Dejemos de insultar al Creador y construyamos un mundo en el que todos podamos vivir felices”.

7) Conectar con el silencio interior

Una buena integración del “yo” ayuda no poco a encontrarse con un “tú” inédito. El silencio nos permite distanciarnos de las urgencias de un “yo” con pretensiones de dominarlo todo, nos ayuda a discernir cuándo estamos reaccionando a lo nuestro y no a lo suyo; posibilita objetivar la realidad, no caer en las trampas que nos hacemos, en lo que estamos ocultando, oevadiendo, o justificando.

EXPERIENCIA DE PACIFICACIÓN A TRAVÉS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA: EL TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA DE EL SALVADOR

La falta de respuesta institucional a la legítima reivindicación de tantas víctimas que quedaron en las cunetas como consecuencia del conflicto armado que vivió El Salvador entre los años 1970 y 1993, llevó a la Red de Comités de Víctimas del conflicto armado a pedir al Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana de El Salvador (IDHUCA) que les ofreciera alguna expectativa esperanzadora de reparación.

El IDHUCA ofreció la creación de un Tribunal compuesto por jueces de diversos países que definieran y llegaran a constituir ese escenario, que los expertos han dado en considerar como un instrumento de “política pública no gubernamental”.

Desde el año 2009 venimos celebrando una sesión anual del “Tribunal” precedido del trabajo prolongado durante todo el año de acompañamiento y descubrimiento de aquellas experiencias vitales que tantas víctimas llevan como pesada carga sin haber tenido lugar, ni persona que las escuchara, gangrenados en su dolor y necesitados de caricias.

El pasado día 6 noviembre se presentó públicamente en Valencia (España) un volumen que contiene el Informe del Tribunal con lo realizado en los primeros ocho años de funcionamiento, titulado como las víctimas quisieron “A la paz, sólo por la verdad”, cuyo relator y compilador ha sido uno de los jueces, abogado y comprometido hasta las entrañas con el dolor y la reparación de las víctimas, José Ramón Juaniz Maya. Para la presentación llegó a Valencia el Rector de la Universidad Centroamericana, Andreu Oliva —les recuerdo en la que fueron asesinados seis jesuitas encabezados por el Rector de la Universidad, Ignacio Ellacuría, y las dos mujeres que atendían la casa.

El Tribunal se constituye cada año en uno de los enclaves donde las comunidades más sufrieron, porque las personas víctimas viven en una fragilidad constante, sus cuerpos, suspendidos en dolor, arrancados de la realidad. Situamos a las víctimas en el centro, pues ellas nos presiden y escuchamos sus relatos de dolor, desgarradas y algunas casi exhaustas, para terminar con un pronunciamiento fundado en el dolor que las acompaña en sus reivindicaciones ante las autoridades del país y en el derecho que les asiste desde la legislación propia y el derecho internacional humanitario, que incluye la exigencia de reparación por la pérdida del proyecto personal de vida, ya irrecuperable.

La decisión de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del país, declarando la inconstitucionalidad parcial de la Ley de amnistía, ha permitido recuperar la esperanza de que una gran parte de los procesos denunciados inicien el tránsito judicial en búsqueda de la verdad, lo que hasta ahora resultaba imposible.

Como sostiene el juez Juaniz en el Informe recopilatorio del trabajo del Tribunal, las víctimas nos han dado al menos cuatro lecciones:

La primera, es que las víctimas nos piden verdad, justicia y reparación. Hemos escuchado testimonios sobrecogedores demostrativos de que el exterminio se convirtió en una práctica sistemática, preconcebida y desarrollada por los miembros de las fuerzas armadas y cuerpos

de seguridad, grupos de paramilitares y civiles escolta, con voluntad de exterminar a la población campesina que servía o pudiera servir de apoyo a las fuerzas insurgentes de la guerrilla.

La segunda, es que el dolor que provoca el terror siempre es el mismo, porque es universal y la universalidad del dolor de las víctimas se corresponde necesariamente con la universalidad de la necesidad de justicia.

La tercera, es que el dolor no admite diferencias de consideración en función de la ideología con la indumentaria del victimario. No puede haber víctimas siempre presentes y víctimas olvidadas.

Y la cuarta, es que hemos aprendido que el dolor de las víctimas es el lugar de encuentro necesario para una sociedad herida por el terror. Todos estamos llamados a ese espacio, porque una sociedad herida requiere de una sociedad y un Estado valientes, que afronten el dolor de todas las víctimas, sin amputaciones ni olvidos.

A la vista de la falta de reconocimiento institucional de un tribunal como el reseñado, conviene al menos enumerar qué sentido tiene, qué objetivos persigue y qué resultados produce:

- 1) El Tribunal surgió como una demanda de las víctimas, diseñado y puesto en funcionamiento de acuerdo con sus deseos y exigencias, cuya experiencia les pertenece.
- 2) Como experiencia singular e inédita de justicia restaurativa en poder las víctimas —y según ellas mismas— les ha ayudado a sacudirse el sentimiento de culpabilidad y a tomar conciencia de su capacidad reivindicativa.
- 3) El Tribunal se configura como un espacio de encuentro con la memoria y el dolor.
- 4) El Tribunal se ha consolidado como una experiencia cordial para la aplicación de la justicia, en la que la valentía de las víctimas y la acogida de la comunidad acaricia nuestras vidas y nos liberan de violencia, de intransigencia y de egoísmo. La justicia para ser tal tiene que asentarse, plantar tienda en el territorio de la cordialidad.
- 5) El Tribunal se convierte en el escenario adecuado para el ejercicio de la alteridad entre víctimas y victimarios (Mauricio Gaborit afirma que “ante el dolor de los otros uno no puede

permanecer impávido, sobre todo si ha sido el causante de esa desventura y todavía puede considerarse humano”). Ello permite iniciar diálogos restaurativos entre instituciones, las fuerzas armadas y la red de víctimas.

- 6) El Tribunal ha conseguido arraigarse en el país, pues se ha instalado en seis localidades de cinco departamentos y estudiado 28 masacres diseminadas por todo el territorio.
- 7) El Tribunal ha generado una experiencia positiva de terapia curativa de la palabra y la comunicación para las víctimas, porque la víctima cuando verbaliza a trompicones del corazón su vivencia dolorosa, necesita saber y lo ha sabido que es escuchada por una comunidad expectante y por unos jueces humanitarios, cercanos y creíbles. El silencio dificulta el proceso de reparación y el tribunal ha permitido iniciar su sanación.
- 8) A su vez, el Tribunal se ha convertido en un instrumento sanador/transformador de todos los que escuchamos y participamos en él.
- 9) Por fin, también ha sido eficaz en la reparación popular de las víctimas, tantos años privadas de voz.
- 10) El Tribunal es un instrumento de presión e impulso de la acción investigadora de la fiscalía. Más de 60 casos conocidos por el Tribunal han sido presentados para su investigación en los tribunales de justicia del país.
- 11) El Tribunal ya es una realidad histórica y documentada, garantía de satisfacción y de no repetición. La memoria histórica colectiva se contiene en los archivos, audiovisuales, documentos y libros, conferencias y presencias en foros internacionales.
- 12) Los expertos configuran el Tribunal como un instrumento eficaz en la identificación de las víctimas y en la lucha contra la impunidad: ha conocido 100 casos, frente a los 33 de la Comisión de la Verdad, 28 masacres, 21 torturas, 40 ejecuciones sumarias extrajudiciales, y 11 desapariciones forzadas, llegando a identificar a más de 800 víctimas y 11 nasciturus, reportando hasta 3857 víctimas de crímenes contra la humanidad, multiplicando por seis el de las identificadas por aquella Comisión.

- 13) La experiencia del Tribunal se ha convertido en presupuesto necesario de cualquier política pública de justicia transicional que pueda plantearse en El Salvador: en la novena edición, celebrada en Morazán, compareció como representante del Estado salvadoreño doña Matilde Guadalupe Hernández de Espinoza, Subsecretaria de Inclusión Social del Departamento de la Presidencia del Gobierno, don Luis Orlando Pérez y Pérez, observador jefe del Departamento de Derechos Humanos del Ministerio de Defensa Nacional, y numerosos jueces ordinarios del país, además del Procurador de Derechos Humanos que ya había comparecido con anterioridad. Ha sido presentada la iniciativa presidencialmente en diversos países del mundo (Holanda, México, Colombia, Brasil o España), y vía streaming en otros 12 países, disponiendo de un Informe recién publicado que completa el de la Comisión de la Verdad de 1993 y el de la Procuraduría de Derechos Humanos de 2005.
- 14) Finalmente, la experiencia del Tribunal permitiría concluir, frente al sistema adversarial o acusatorio, los beneficios de un sistema comunitario/restaurativo, en el que, sin perder los derechos indispensables de los acusados, se atiende con prioridad a las víctimas y se protege a las comunidades, permitiendo nuevos escenarios de pacificación.

Retomando la caracterización de la justicia comunitaria, expuesta al principio, la experiencia del Tribunal internacional para la aplicación de la Justicia Restaurativa en El Salvador goza de las mismas prerrogativas, impulsos y contenido que aquella:

- a) Surgió desde la necesidad y exigencia de una comunidad sufre.
- b) Se reguló su funcionamiento atendiendo a las necesidades y pretensiones de la Red de víctimas.
- c) Estimó que era el único modo que el Estado podía permitir para mejorar la convivencia y establecer sus propios sistemas de sanción a base del reconocimiento de la memoria y la identificación de los perpetradores.
- d) Cada una de las comunidades a las que el Tribunal ha acudido en las diferentes ediciones ha establecido sus propias reglas de comportamiento y sobre todo de convivencia.

- e) Cada uno de los miembros de las comunidades participantes se han sentido integrados en el funcionamiento mismo de la actividad del Tribunal, aportando lo que su generosidad y compromiso les ha ido dictando.
- f) Las decisiones del Tribunal son aceptadas con normalidad, respeto y satisfacción, en tanto responden a lo pedido por las víctimas.
- g) La respuesta del Tribunal ha sido inmediata, gratuita para la comunidad, satisfactoria, eficaz y amparada en el reconocimiento al liderazgo y prestigio que al mismo Tribunal le ha otorgado su procedencia, presencia y coherencia.

EPÍLOGO

Fruto de mi experiencia personal, cuando una persona agredida deja de considerarse víctima y, como consecuencia, deja de odiar, desaparece la necesidad de venganza: alcanza la paz, sin olvido del evento sufrido —su memoria permanece inalterable, pero sin el contenido emocional negativo que lo sustentaba.

Las deudas han de quedar saldadas desde el conocimiento de la verdad, el reconocimiento público del daño sufrido y el causado, así como de la reparación, real o simbólica. De lo contrario, el sentimiento de injusticia y el resentimiento permanecen y se transmiten a otras generaciones, condicionándoles a comportamientos o vocaciones reparadoras desde la venganza o desde la curación. Es lo que explica la necesidad del reconocimiento público del daño sufrido, del enjuiciamiento público de los autores y de la reparación material.

Pero también la reparación, desde el punto de vista del agresor, es necesaria para que las cuentas, de alguna manera, puedan quedar equilibradas y así, tomando conciencia del daño, pueda tener “el valor de enfrentarse a las obligaciones y a la culpabilidad frente a las deudas emocionales o reales impagadas”.

El resentimiento y el rencor pueden llegar a ser una sobrecarga insoportable que ejerce la historia no integrada.

En definitiva, se trata de satisfacer varias necesidades: la verdad, la memoria, la garantía de no repetición y la reparación —realizada a

través del mismo proceso. Y a ellas se une, en delitos graves, una más: la justicia.

Cuando dejamos a un lado las reivindicaciones de nuestro ego, los agobios desaparecen y se allana el camino de la solidaridad porque descubrimos la grandeza de lo simple.

La vida es la capital de los sueños y uno de los míos es no dejar la búsqueda de la justicia como instrumento de pacificación, a través de estrategias que cambian vidas para cambiar vidas.

Al final, queda la gratitud; queda la vida agradecida y ampliada a la percepción sutil de todo lo que nos rodea. El amor mismo.

La experiencia de la aplicación de la Justicia Restaurativa me ha convencido de que no podemos tener vergüenza de la ternura. Hace falta una revolución de la ternura en un mundo que padece la enfermedad de la cardio esclerosis (Francisco).

Después de 41 años de ejercicio profesional como Juez en distintas jurisdicciones (civil, mercantil, familia, instrucción penal, actualmente presidiendo un Tribunal de apelación que revisa recursos de otros jueces y juzga conductas penales de la mayor gravedad), y como presidente del Tribunal Internacional para la aplicación de la Justicia Restaurativa en los últimos 10 años; puedo confirmarles que creo haber aprendido a interpretar e integrar seria y profundamente toda esa experiencia en mi proceso vital desde espacios terapéuticos y de crecimiento personal.

El tránsito por mis heridas emocionales, personales o profesionales, me ha facilitado la comprensión de mi propio itinerario vital, cuyo impacto me explica toda aquella fuerza o violencia que puede llegar a generarse en decisiones y actividades del ser humano. He aprendido de reconciliación, exponiéndome a ella, al difícil trance de escuchar, de sentir, de abrazar.

Capítulo 9

Justicia, (des)orden y grupos al margen de la ley: Miradas cruzadas sobre Brasil, México y Colombia¹

Hector Olasolo
Éric Lair
Lucia Carcano

Vivimos en un Estado dentro de un Estado [...] la ley que opera es la “ley sin ley”. Esto es la ley del otro lado, que es el de los traficantes. Si la gente tiene un problema va a ellos².

¹ El presente artículo es una versión revisada del trabajo que con el mismo nombre aparece en el Volumen 6 del *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal* (ANIDIP) y hace parte de los trabajos del grupo de justicia internacional de la Red Multidisciplinar de Investigación “Perspectiva Epistemológica Ibero-Americana sobre la Justicia”, coordinada desde el Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional. Así mismo, se inscribe dentro de los siguientes proyectos de investigación: (i) *La función de los órganos judiciales y arbitrales internacionales en la ejecución de un eventual acuerdo de paz en Colombia fruto de la renegociación resultante del Referéndum del 2 de octubre de 2016*; y (ii) *Principios de armonización entre la función y alcance de la justicia y las demandas surgidas en los procesos políticos de transición*. Ambos proyectos se encuentran adscritos a la línea de investigación *Crítica al derecho internacional desde fundamentos filosóficos*, del Grupo de Investigación de Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. Los proyectos son financiados por la Dirección de Investigación e Innovación de la Universidad del Rosario y su Facultad de Jurisprudencia. Los autores agradecer a María Camila Giraldo, estudiante de Derecho de la Universidad del Rosario (Colombia) y pasante del Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH), por el excelente trabajo realizado como asistente de investigación.

² Arias, E. D., & Rodrigues, C. D. (2006). The myth of personal security: Criminal gangs, dispute resolution, and identity in Rio de Janeiro's favelas. *Latin American politics and society*, 48(4), 53-81.

INTRODUCCIÓN

Desde el fin de la Guerra Fría y de la rivalidad “este-oeste” que la caracterizó, los fenómenos de violencia colectiva han evolucionado de manera significativa en el sistema internacional. Entre las tendencias más sobresalientes, se ha observado una difusión de las violencias perpetradas por los actores armados ilegales en diversos contextos. Además del terrorismo, las violencias asociadas al pandillerismo, el narcotráfico y el paramilitarismo, entre otros aspectos, han suscitado una creciente atención. Las motivaciones, los recursos y *el modus operandi* de los actores ilegales han sido de una gran heterogeneidad. Independientemente de sus particularidades, muchos de ellos han logrado establecer un control, más o menos estable, sobre amplios espacios de población. Asimismo, se han convertido en poderes *de facto* capaces de imponer reglas y valores entre las comunidades, para lo que se han servido de mecanismos de creación y aplicación normativa al margen de la legalidad del Estado (Lair, 2003; Arjona, Kasfir & Mampilly, 2017).

En este contexto, el presente trabajo, después de presentar en la sección 2 el marco teórico en el que se inscribe, analiza en las secciones 3, 4 y 5 la actividad de creación y aplicación normativa desarrollada por los grupos armados organizados al margen de la ley (GAOML) en las numerosas comunidades en las que operan en diversos países de América Latina, y en particular en Brasil, México y Colombia. El trabajo finaliza en la sección 6 con una reflexión de los autores sobre las situaciones presentadas en las secciones anteriores.

Los tres países objeto de estudio han sido elegidos con el fin de abarcar los diferentes escenarios de violencia que afectan a la región. Así, Brasil responde a una situación de enfrentamientos recurrentes entre las fuerzas estatales y múltiples estructuras criminales principalmente en la periferia de los centros urbanos. En muchos aspectos, el país refleja los cambios, perceptibles en otras regiones del mundo, de una criminalidad que se articula entre el pandillerismo y las redes de tipo mafioso. Por su parte, México se caracteriza por la expansión de importantes organizaciones del crimen transnacional organizado (dedicadas en particular al narcotráfico) que actúan en numerosas esferas públicas y privadas más allá de los patrones tradicionales de la criminalidad. Lejos de limitarse a la cooptación de las instituciones oficiales, estas organizaciones

constituyen un desafío y una amenaza para el Estado en un escenario que presenta cada vez más rasgos de conflicto bélico e insurgencia. Finalmente, Colombia ilustra el caso de una situación de transición incierta de la guerra a la paz a raíz de un proceso incompleto de desarme, desmovilización y reinserción de los miembros de los grupos armados organizados que durante varias décadas se han enfrentado al Estado, particularmente en zonas (semi-)rurales, lo que favoreció la aparición del paramilitarismo. Beneficiándose de múltiples respaldos de carácter público y privado (GMH, 2013: 48), los paramilitares y las bandas criminales (“bacrim”) formadas a raíz de su desmovilización parcial se definen entre la criminalidad, “la limpieza social” y la lucha contra los sectores asociados a las guerrillas.

MARCO TEÓRICO Y METODOLOGÍA

Las comunidades latino-americanas en las que los GAOML establecen y aplican estándares normativos entran, en gran medida, dentro del concepto de “comunidades marginales” avanzado por Sousa Santos (1977) en su estudio sobre los mecanismos de prevención y resolución de conflictos en la favela de Pasagarda en Río de Janeiro. Este concepto no sólo es aplicable a las favelas de Río, que son analizadas en la sección, sino que puede ser también aplicado a las comunidades que residen en numerosos suburbios urbanos y zonas rurales, como los descritos en las secciones 4 y 5 donde se analizan las comunidades en las que operan los cárteles del narcotráfico mexicanos y los grupos paramilitares colombianos.

De hecho, el análisis realizado deja la impresión preliminar de que el fenómeno que Sousa Santos califica como “comunidades marginales” se encuentra en la actualidad tan extendido en América Latina, que constituye, con sus diferentes variantes, el entorno socio-económico más frecuente en el que “sobrevive” el “ser humano medio latino-americano”³ —por sólo dar algunos ejemplos, téngase en cuenta

³ Sobre el concepto de “ser humano medio”, utilizado como paradigma de referencia en sus trabajos por la Red Multidisciplinar de Investigación “Perspectiva Epistemológica sobre la Justicia”, vid: <http://www.iberioamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion> [última visita: 28 de enero de 2018].

que en Río se calcula que el número de favelas supera las 700, en San Salvador la inmensa mayoría de las colonias de la ciudad se encuentran bajo el control de una mara, amplias áreas de México tienen una presencia muy significativa de los cárteles del narcotráfico y en amplias zonas de 27 de los 32 departamentos de Colombia, incluyendo las ciudades con mayor población, tuvieron plena operatividad los grupos paramilitares antes de su desmovilización parcial en 2006 y posterior transformación en bandas criminales.

Ahora bien, las áreas controladas por los GAOML no se pueden asemejar a simples espacios sin ningún tipo de regulación. No son “zonas grises” des-institucionalizadas y proclives al caos o la anarquía, tal y como han sido descritos otros contextos (Pascalon, 2008). Además, si bien es cierto que la precariedad del Estado y los frecuentes actos de violencia son sinónimos de una alteración de la vida cotidiana, sería erróneo pensar que son territorios marcados por la anomia. Por el contrario, se trata de lugares donde el orden y el desorden se entrelazan (Bataillon & Merklen, 2009), dando lugar a una configuración de poder compleja fruto de la permanente interacción entre los GAOML y las comunidades allí residentes (Cefai & Perreau, 2012).

En lo cotidiano, las conductas, las experiencias y las representaciones individuales o colectivas se ven redefinidas en un ambiente de coerción. Los GAOML inciden en distintas esferas de la vida de la población, tratando de establecer un dominio permanente que es indispensable para el desarrollo de sus actividades. La vigilancia y el control de la seguridad de los municipios en los que operan son dispositivos primordiales en los procesos de territorialización armada al margen de la ley (Arias, 2017).

La creación de normas mediante el establecimiento de códigos de convivencia para la población, su aplicación coercitiva a quienes las incumplen y la resolución de controversias con base en los principios y valores recogidos en dichas normas, constituye un tipo de justicia al margen de la legalidad estatal que también desempeña un papel decisivo —aunque a menudo velado o menospreciado— en esta territorialización.

Para poder comprender adecuadamente este fenómeno, es necesario partir de un concepto amplio de derecho que vaya más allá del limitado a los procesos de creación y aplicación normativa por parte

de las autoridades del estado. Sousa Santos (1977: 10) nos ofrece, en este sentido, una definición lo suficiente amplia al entender el derecho como (a) un conjunto de normas que establecen principios normativos y procedimientos para (b) su aplicación por una autoridad concreta a los casos individuales de conflicto entre las partes que surgen dentro de un determinado grupo o comunidad (justiciabilidad), y que de esta manera (c) contribuyen a la creación, prevención y resolución de disputas a través de la argumentación, (d) con independencia del nivel de respaldo de la fuerza coercitiva con que cuente para su aplicación (Santos, 1977: 10).

Para este concepto amplio de derecho, son múltiples los tipos de autoridades que, dependiendo de la organización del grupo o comunidad de que se trate, pueden estar facultadas para hacer justicia mediante la aplicación, a través de los procedimientos establecidos, de los principios normativos a los casos concretos que se presentan en su seno. Entre ellas, según señala Kantorowicz (1958: 79), se pueden incluir en determinadas circunstancias a los líderes de los GAOML.

Esta situación es ilustrativa de la construcción “desde abajo” en entornos violentos de un ordenamiento no estatal aplicado por autoridades no estatales. Así mismo, refleja la privatización del proceso de creación y aplicación normativa que fragmenta y pone a prueba el principio de soberanía del Estado. Es por ello que no puede sorprender que las tres situaciones analizadas (Brasil, México y Colombia) cuestionen, cada una con sus matices propios, la soberanía y la legitimidad de las instituciones oficiales del Estado, así como la eficacia del estado de derecho (Lea & Kevin, 2007).

Las comunidades y poblaciones que residen en los territorios bajo el control de los GAOML asumen posturas que a veces se adecúan, y a veces no, a las normas que les han sido impuestas por los GAOML. No son, por tanto, meros sujetos pasivos sometidos a las “estrategias de gobierno” que despliegan los GAOML (Arias, 2017). Por el contrario, las actitudes adoptadas por la población oscilan entre la obediencia, la colusión, la elusión, la disimulación y la resistencia. Estas actitudes no son excluyentes ni inamovibles e invitan en todo caso a cuestionarse el verdadero alcance de la dominación ejercida por los protagonistas de la violencia.

El presente trabajo adopta un enfoque socio-normativo con el fin de contribuir a nutrir la reflexión sobre la actividad de creación y aplicación normativa de los GAOML en contextos *a priori* disímiles. Conviene advertir que es un análisis preliminar, el cual deberá ser complementado por futuros estudios que presenten un componente empírico más elaborado⁴. Además, no desarrolla un estudio comparativo *stricto sensu*, sino que ofrece una mirada cruzada, necesariamente fragmentada y parcial, sobre el tema. Esta mirada, derivada de la denominada “metodología cruzada”, cuyo empleo ha sido acogido en los últimos años por diferentes disciplinas científicas (Werner y Zimmermann, 2003), tiene la ventaja de aproximar temas y problemáticas transversales a las tres situaciones seleccionadas, sin tener que entrar en comparaciones detalladas.

LA CREACIÓN Y APLICACIÓN NORMATIVA POR LAS BANDAS ARMADAS EN LAS FAVELAS DE RÍO DE JANEIRO EN BRASIL

Gay (2010) concuerda con Arias & Rodrigues (2006) en que la pérdida de legitimidad que han sufrido las organizaciones estatales en amplias zonas de Río como consecuencia de la violencia ejercida contra la población durante la época de la dictadura (Corte IDH, Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil, 2017), ha derivado en que los miembros de las comunidades busquen en actores no estatales la provisión de servicios, medidas de protección y mecanismos de resolución de conflictos. El grupo Comando Vermelho es un ejemplo paradigmático de esta situación puesto que en las favelas en las que ejerce el control provee a los miembros de la población servicios como transporte gratuito, tratamientos médicos, jardines de infancia y centros recreacio-

⁴ Si bien es posible encontrar estudios de campo y literatura especializada en relación con las bandas armadas de las favelas de Río de Janeiro y los cárteles del narcotráfico en México, no ocurre lo mismo en relación con el operar de los grupos paramilitares colombianos. De ahí que, para su estudio en regiones como Arauca, el Magdalena Medio, Meta y Vichada y el sur del Tolima, se haya recurrido como principal fuente de análisis a las sentencias de la jurisdicción especializada de Justicia y Paz, que recogen confesiones de paramilitares desmovilizados.

nales, además de establecer las normas básicas de comportamiento, asumir funciones de policía, imponer multas e incluso decretar toques de queda. Para Gay (2010), esta situación es consecuencia de que durante la dictadura militar brasileña (1964-1984) los miembros de las nacientes bandas armadas estuvieron en las mismas cárceles que los prisioneros políticos, quienes les enseñaron la importancia de las organizaciones y la lealtad a las mismas, así como ciertas estrategias propias de la guerra de guerrillas.

Las bandas armadas en Río ejercen un control social sobre la población de los lugares en los que operan basado en dos elementos principales (Arias & Goldstein, 2010). Por un lado, el miedo que ejercen sobre dicha población. Por otro lado, la función social que desarrollan mediante la distribución de recursos a las comunidades, la resolución de conflictos y el control sobre otras formas menores de violencia. Según Arias & Goldstein (2010), este fenómeno, al que denominan Violencia Pluralista, se caracteriza porque las bandas armadas de Río han impuesto en las comunidades un orden que es al mismo tiempo coercitivo y cooperativo. Es coercitivo porque castiga a los miembros de la comunidad que llevan a cabo actividades prohibidas en los códigos de comportamiento impuestos por las bandas armadas (Arias & Goldstein, 2010). Sin embargo, es también cooperativo porque brinda a las mismas comunidades servicios a los que estas no podrían acceder de otra forma.

Arias y Rodrigues (2006) mantienen que este orden social se basa en una idea de respeto y reciprocidad que son esenciales dentro de las dinámicas de las favelas. De esta manera, la imposición de este orden social y el cumplimiento del mismo tienen como finalidad crear, en quienes lo siguen, una falsa sensación de seguridad, sin importar la violencia que se vive dentro de las favelas. Este fenómeno, al que denominan el “falso mito de la seguridad”, gira en torno a tres elementos: (i) la definición y aplicación de normas en las favelas; (ii) el manejo del crimen; y (iii) la resolución de conflictos.

En cuanto al primero, la principal norma que rige en las comunidades que viven en las favelas es la ley del silencio (*lei do silêncio*), según la cual está prohibido hablar de la violencia que ocurre en su interior y que pueda tener relación con el líder (*dono*) de la banda que controla la favela (Arias y Rodrigues, 2006). Otras normas de común

aplicación son las prohibiciones de robar dentro de la comunidad, ejercer violencia sexual contra mujeres y niños, causar “desórdenes” públicos debido a la intoxicación por alcohol o drogas y participar en peleas.

Los castigos por el incumplimiento de estas normas pueden variar dependiendo de la reincidencia. Así, según lo manifestado en las entrevistas realizadas por Arias y Rodrigues (2006), la primera vez que se encuentra a alguien robando es común que se escuche a las dos partes para intentar solucionar el problema, la segunda vez se castiga físicamente a quien reincide, y si vuelve a delinquir lo más probable es que sea asesinado. Además, delitos como la violación y el no pagar una deuda al grupo son castigados de forma más grave que la violencia doméstica o el causar desordenes públicos. De esta manera, las actuaciones de los grupos no son del todo arbitrarias, sino que obedecen a una lógica ya conocida por la comunidad (Arias & Rodrigues, 2006; Arias & Goldstein, 2010). Sin embargo, debido a que existe cierta discrecionalidad a la hora de impartir los castigos, estos varían dependiendo de la persona que los ejecute (Arias & Rodrigues, 2006; Arias & Goldstein, 2010).

Para Leeds (1996), es la comunidad en su conjunto la que se beneficia del sistema interno de seguridad de las bandas armadas. Esto se debe a que, en la mayoría de las favelas y proyectos de vivienda pública, el robo, la violación y otros tipos de agresiones físicas son con frecuencia castigados violentamente por el líder de la banda que controla la favela, aplicando con mayor coherencia que el Estado su propio sistema de justicia (Leeds, 1996).

La alcaldía de Rio intentó hacer frente a este fenómeno en el 2008, cuando aprobó una reforma en el régimen de seguridad denominada proyecto pacifista. Las nuevas políticas consistieron en la creación de “Unidades de policía pacificadora (UPP)” en ciertas favelas. Estas unidades tenían colaboración con diferentes unidades de la policía militar, incluyendo el Batallón de Operaciones Especiales (BOPE). Con ello se pretendía restablecer la presencia estatal en las favelas con mayor control de las bandas armadas, de manera que estas últimas fueran paulatinamente debilitadas (Salem, 2017).

Sin embargo, esta política no ha obtenido los resultados deseados, debido entre otros factores a la corrupción y al abuso de poder por las

UPP, y ha generado un incremento significativo de la violencia en Río. Así, mientras que en 2012 había 29 homicidios por cada 100,000 habitantes, en 2016 la cifra aumentó a 38 (Salem, 2017). La situación es de tal gravedad que entre enero y septiembre de 2017, casi dos cientos policías y cerca de mil miembros de las bandas armadas habían sido asesinados en la confrontación que ambas mantienen en Río.

LA CREACIÓN Y APLICACIÓN NORMATIVA POR LOS CÁRTELES DEL NARCOTRÁFICO EN MÉXICO

Los carteles del narcotráfico se desarrollaron en México a comienzos de la década de 1990 como resultado de dos factores principales. Por un lado, la caída de los carteles colombianos y la limitación del tráfico de drogas por el caribe convirtieron a México en un sitio idóneo para el paso de la droga hacia los Estados Unidos (Bunker & Sullivan, 2011). Por otro lado, los altos índices de corrupción del partido que gobernó en México en el periodo 1917-2000 (Partido Revolucionario Institucional) y la abrupta liberalización económica facilitaron, en un país marcado por numerosos desajustes sociales, el crecimiento de los cárteles que hoy en día se disputan el control sobre el mercado de las drogas en México (Duncan, 2015).

Maldonado (2014) señala en relación con los cárteles en la región de Michoacán, que los grupos armados ilegales han establecido políticas populares para reducir los efectos negativos de su violencia en las regiones en las que operan. En particular, los cárteles prefieren mantener la paz y el orden dentro de las comunidades, sobre todo en aquellas de las que provienen sus miembros, para evitar la interferencia de la policía y el ejército⁵. La protección de las mujeres contra cualquier abuso dentro de la comunidad es un elemento esencial de estas políticas.

Por su parte, Bunker & Sullivan (2010) mantienen que algunos carteles mexicanos pueden ser considerados como cárteles de tercera generación porque buscan reemplazar ciertos aspectos del Estado. Es-

⁵ Al respecto Vid. Corte IDH. Caso Fernández Ortega y Otros c. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 30 de agosto de 2010.

tos autores consideran que este es el resultado de los altos niveles de corrupción y cooptación del Estado. Sin embargo, también subrayan que el hecho de que los carteles estén en constantes disputas territoriales entre ellos y contra el Estado ha limitado la posibilidad de que se conviertan en un auténtico Estado paralelo.

Entre los carteles que en México responden a esta situación destacan la Familia Michoacana y el Cartel de Sinaloa. Con respecto al primero, Maldonado (2012) explica como realiza acciones de “justicia popular” al eliminar delincuentes comunes, mediar en conflictos personales, cobrar cuotas al comercio u ofrecer protección personal, entre otras actividades. Así mismo, el propio Maldonado (2014) señala como rasgo característico de la Familia Michoacana el hecho de querer imponer una cierta visión ético-política en las comunidades que residen en sus zonas de influencia a través del castigo y la exposición pública de quienes no la respetan. De esta manera, quienes son atrapados cometiendo delitos comunes son secuestrados y forzados a caminar por las calles con signos en sus espaldas que dicen “esto me pasó porque soy un ladrón” o “esto me pasó porque soy un violador” (Maldonado, 2014). Así mismo, cuando el castigado es ejecutado, se deja junto al cadáver un cartel en el que se explican las razones del castigo (Lantz, 2016).

Lantz (2016) también subraya que La Familia Michoacana no solo toma medidas de control social, sino que también realiza un chequeo sobre las nuevas personas que entran en la comunidad, recoge impuestos y utiliza métodos propagandísticos para imponer sus visiones morales y su doctrina de “justicia divina” (el recurso a la propaganda es también singularizado por Duncan, 2015; Grayson, 2007).

Con respecto al cartel de Sinaloa, que actúa principalmente en la región del pacífico norte mexicana, también se ha señalado que ejerce funciones propias del Estado en las áreas en las que opera, incluyendo la impartición de justicia (Morton, 2012). Duncan (2015) subraya como inicialmente este cartel se centraba exclusivamente en el negocio del narcotráfico hacia los Estados Unidos, pero a medida que el negocio se expandió dentro de México “[...] descubrieron que tenían los medios de coerción y de capital para regular parcialmente —y en áreas más periféricas totalmente— las sociedades en las que se producía y se traficaba la mercancía” (Duncan 2015: 202). De esta

manera, el Cartel de Sinaloa desarrolla una función de creación y aplicación normativa en materia impositiva y penal y provee ciertos bienes y servicios a las comunidades con las que interactúa (Sullivan & Bunker, 2010).

Según el propio Duncan (2015), los líderes del cartel de Sinaloa tienden a ser jóvenes que provienen de familias sin recursos, que al llegar a posiciones de liderazgo quieren tener un reconocimiento legítimo como autoridad dentro de la comunidad, independientemente del poder económico del que gozan. Además, muchos de estos dirigentes encuentran que tener el apoyo de la población garantiza un mejor desempeño en el negocio, reduce sus riesgos e incluso les permiten obtener ayuda cuando son buscados por la policía. Un buen ejemplo de esta situación es el caso del “Chapo” Guzmán, un líder del cártel de Sinaloa que permaneció oculto varios años en el pueblo de Badiraguato (Grayson, 2007 y Duncan, 2015).

No todos los cárteles en México buscan, sin embargo, reemplazar las funciones del Estado y mantener la paz y el orden en las comunidades que residen en las áreas donde operan. Así, los Zetas realizan habitualmente actos violentos en contra de la población civil como parte de su lucha contra los demás carteles por el control del territorio (Campbell, 2010), lo que les ha impedido ser plenamente aceptados por la población. En uno de sus comunicados, los Zetas se presentan como un grupo distinto a los demás carteles puesto que no necesitan, ni tienen interés, en recibir apoyo de la población. En consecuencia, según señalan expresamente, “[...] no les estamos pidiendo que nos apoyen ni que vayan poniendo gente, sólo que no se metan con nosotros y nos dejen trabajar [...]. Nosotros podemos realizar nuestro trabajo sin necesitar el apoyo de la población” (Osorno 2012: 170).

Del mismo modo, los Caballeros Templarios, grupo escindido de La Familia Michoacana en 2014, no han llegado a tener nunca el mismo nivel de aprobación por la población. Así, como señala Duncan (2015), los constantes abusos sexuales por parte de miembros de los Caballeros Templarios a las mujeres han generado un fuerte rechazo al grupo, al punto de que las mismas comunidades, sobretudo en Guerrero y Michoacán, crearon grupos de autodefensa frente a los mismos (Duncan, 2015).

A esto hay que añadir como la intensificación de la guerra entre los cárteles mexicanos ha derivado en un incremento de la violencia, lo que ha debilitado la estabilidad de estos grupos en los territorios por cuyo control compiten. De esta manera, incluso si cárteles como los Zetas o los Caballeros Templarios quisieran asumir ciertas funciones estatales como la provisión de justicia dentro de las comunidades, no cuentan con la capacidad necesaria para llevarlas a cabo de forma sostenida (Atuesta & Ponce, 2017).

LA CREACIÓN Y APLICACIÓN NORMATIVA POR LOS GRUPOS PARAMILITARES EN COLOMBIA

Analizados los casos de las bandas armadas en Río de Janeiro y los cárteles mexicanos, pasamos a continuación a estudiar la situación presentada en varios de los territorios en los que operaron grupos paramilitares hasta su desmovilización parcial en 2006, y en los que tras esa fecha han continuado actuando las denominadas bandas criminales (también conocidas como “Bacrim”). Estos grupos no sólo se dirigieron a enfrentar el comunismo, sino también a regenerar los valores y las costumbres de la población acusada de “estar desviada”, para lo cual establecieron nuevos imaginarios y reglas de comportamiento. De esta manera, la confluencia de la lucha anti-subversiva y la imposición del orden social y moral dieron paso a múltiples prácticas violentas que trastornaron la cotidianidad. Además, los grupos paramilitares se convirtieron en ocasiones en actores para-estatales locales, al ejercer ciertas funciones estatales destinadas al desarrollo de la colectividad. Ante esta situación, la adaptación de las poblaciones de los territorios en los que actuaron fue plural y cambiante —difícil de catalogar en categorías rígidas. Las cuatro regiones elegidas para nuestro estudio (Meta y Vichada, Magdalena Medio, Tolima y Arauca) proveen, sin duda, una buena muestra de esta heterogeneidad⁶.

⁶ Se trata éste de un primer análisis que, ante la dispersión de los estudios al respecto, y los trabajos todavía en curso del Centro Nacional de Memoria Histórica para documentar y analizar las violencias paramilitares en varias regiones colombianas, se ha centrado en gran medida en las consideraciones realizadas en las sentencias

Las Autodefensas Campesinas del Meta y Vichada

Según su documento oficial de constitución en el año 2000, las Autodefensas Campesinas de Meta y Vichada (ACMV), de las cuales José Baldomero Linares fue uno de sus comandantes, se crearon como “[...] una organización antisubversiva actuando dentro del marco político militar armado, para defender los derechos, los bienes y la honra de las personas de bien, comprometiéndonos a ejercer el control general en estas regiones rurales y urbanas donde existe el abandono del Estado y fluye la presencia guerrillera, de milicias de apoyo, milicias populares y grupos delincuenciales organizados dedicados al hurto y al abigeato, convirtiéndose en objetivo militar según el grado de responsabilidad” (José Baldomero Linares Moreno, sentencia, 2013: párr. 674).

En consecuencia, desde su constitución, la finalidad de las ACMV fue ejercer tanto el control armado en sus áreas de operaciones (departamentos del Meta y Vichada), como el control social sobre la población allí residente. Según explica la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz de Bogotá, la ausencia del Estado en la zona propició que el contrato social cambiara, de manera que, en lugar de realizarse con el Estado, pasara a llevarse a cabo con las ACMV, que eran las encargadas de brindar a los residentes seguridad, servicios e incluso infraestructuras (como la central eléctrica en la localidad petrolera de Puerto Gaitán) a cambio de tributos (párr. 754).

En este contexto, las ACMV establecieron un nuevo código de conducta para los residentes de las zonas en que operaron, que llegó a extenderse a las comunidades indígenas que habitaban en dichos territorios, como lo muestra la expresa prohibición de la costumbre de salir a “mariscar” (conseguir animales para el consumo de su comunidad) después de las 22h00 (párr. 755). Estas nuevas normas de comportamiento eran impuestas por las ACMV bajo la justificación de querer defender los derechos, bienes y honra de las “personas de bien”. Con ellas se buscaba imponer en la región un cierto estándar de persona, de manera que los hombres no podían llevar el pelo largo

dictadas por la jurisdicción especializada de Justicia y Paz a partir del año 2010. Sobre los trabajos realizados por el Centro de Memoria Histórica, vid.: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co> [última visita: 27 de enero de 2018].

o “usar vestuario inadecuado” o “estar constantemente embriagados” (párr. 762). Por su parte, los supuestos “criminales” y “delinquentes” eran generalmente castigarlos con la “pena” de muerte para así poder gozar de “paz y tranquilidad” en las zonas bajo su control (párr. 762).

Uno de los casos que más llama la atención respecto a las penas que imponían las ACMV, es el caso de “Las Niñas Calvas” que consistía en jóvenes que ejercían el negocio de la prostitución sin su consentimiento o que usaban minifalda. Como castigo eran rapadas y sometidas a trabajos forzosos, que incluían cargar piedras y arena, arreglar fincas, arreglar carreteras, hacer murallas de piedra para los puentes, hacer obras, restaurar calles y “embellecer” la ciudad. En los casos más graves no solo las rapaban, sino que, después de violarlas, las obligaban a trabajar desnudas o semidesnudas en los municipios de donde procedían o en donde residían (párr. 761).

En todo caso, según señala la Sala de Justicia y Paz de Bogotá, una de las notas más características de las ACMV es que, si bien al establecerse inicialmente en los territorios desarrollaban una violenta represión social, lo cierto es que, con el paso del tiempo dicha represión iba dando paso a una forma de control social más “consentida” por una parte importante de la población. Esto se refleja en el hecho de que, según declaraciones del propio Baldomero Linares, *“hubo padres de familia que “para corregir” a sus hijos metidos en líos de drogas o delincuencia los entregaron a las autodefensas”, y ante intentos de desertión, los “responsables” eran castigados con el homicidio* (párr. 764).

Las Autodefensas Campesinas del Magdalena Medio

El caso contra Ramón Isaza *et al.* ante la jurisdicción especializada de Justicia y Paz gira en torno a los crímenes cometidos por las Auto-defensas Campesinas del Magdalena Medio (ACMM) que operaron en la región central de Colombia bañada por el río Magdalena. En la sentencia emitida por Sala de conocimiento de Bogotá se evidencia el impacto que tuvo el Bloque ACMM sobre los habitantes de las distintas veredas donde actuaron como consecuencia de su política de *limpieza social*, la asunción de funciones estatales y la aceptación de la que pudieron haber gozado entre un parte importante de la población.

Conforme a su política de *limpieza social*, el Bloque ACMM no solo eliminó de las comunidades a aquellas personas que infringían algunas de las reglas básicas impuestas por el Bloque ACMM (p. ej. no robar, no violar, no consumir estupefacientes y no simpatizar con la guerrilla de las FARC-EP), sino que en ocasiones la sanción recayó también sobre personas frente a las que la comunidad se quejaba de tener un comportamiento grosero o inadecuado (Ramón Isaza *et al.*, sentencia, 2014: párr. 238, 246, 248)⁷.

Son numerosos los ejemplos recogidos en la sentencia en los que se hace referencia a la implantación de esta política. Todo comenzaba con la llegada del Bloque ACMM a una determinada vereda y, luego de presentarse, establecía una serie de reglas de conducta aclarando que “[...] iban a “limpiar” la zona de marihuaneros, ladrones y violadores” (párr. 127). Posteriormente, en aplicación de dichas reglas, ordenaban la muerte de campesinos acusados de robar gallinas (párr. 195) o ganado (párr. 238), tener la condición de jíbaros (párr. 208), o haber contratado a personas señaladas de cuatrerros (párr. 237).

El bloque ACMM consideraba también que, debido a la falta de Estado en las regiones en que actuaba, era necesario que, como representante de la sociedad civil, se encargase de asumir sus funciones (párrs. 698, 704). Así, la sentencia muestra, entre otros ejemplos, como el Bloque ACMM actuó en contra de una mujer “[...] por la “reticencia” que demostró frente a un proyecto de interés social que beneficiaba a la comunidad” (párr. 217). El bloque ACMM la secuestró y la obligó a firmar un contrato de servidumbre, garantizando así que los cuatro municipios de la zona tuvieran acceso al agua.

⁷ Según se recoge en Ramón Isaza *et al.*, sentencia, 2014: párr. 246: “Según la investigación que obra dentro del informe de policía judicial del 17 del mismo año, la víctima había presentado problemas mentales que lo llevaron a tener un comportamiento “inadecuado” y “grosero” ante la comunidad, pues con frecuencia se detenía en la mitad de la calle con los pantalones a la altura de la rodilla. Según las manifestaciones de los postulados, miembros de la comunidad se quejaron del comportamiento de la víctima, por lo que se tomó la decisión de asesinar a Toro Gallego, actuado dentro de la política de lo que ellos denominaban “limpieza social”.

El Bloque Tolima

El caso contra Atanael Matajudíos ante la jurisdicción especializada de Justicia y Paz gira en torno a los crímenes cometidos en el Departamento del Tolima, en particular al sur del mismo, por el grupo paramilitar Bloque Tolima de las Autodefensas Unidas de Colombia (Bloque Tolima). Esta región había estado marcada por una clara ausencia del Estado y la creación de toda una serie de guerrillas liberales y comunistas durante las décadas de 1950 y 1960. En las dos décadas siguientes se trató de cubrir esta ausencia con la creación de líderes rurales que asumieron varias funciones estatales, sobre todo las relativas a la seguridad, y que a partir del Decreto-Ley 356/1994 crearían sus propias Asociaciones Comunitarias de Vigilancia Rural (CONVIVIR). Con la ilegalización de las CONVIVIR en 1997 y su reagrupamiento al margen de la ley bajo el mando de Carlos Castaño (comandante de las AUC), se intensificaron las confrontaciones entre la guerrilla de las FARC-EP y el naciente Bloque Tolima. Esto se tradujo “[...] en gran medida en exigencias y condicionamientos sobre los campesinos para que apoyaran de manera irrestricta el grupo armado ilegal” (Atanael Matajudíos Buitrago *et al.*, sentencia, 2014: párr. 327).

En este contexto, el Bloque Tolima adoptó una estrategia de generar terror para mantener controladas las comunidades donde operaba, lo que incluyó tanto una política de limpieza social, como la imposición de un código de normas en el que se especificaba, entre otras cosas, los horarios en los que se podía transitar, las zonas de circulación, otros comportamientos determinados y sanciones no negociables en caso de incumplimiento (párr. 442).

Uno de los aspectos más interesante de la sentencia de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz de Bogotá, es la descripción que realiza de la manera en que el Bloque Tolima aplicaba su código de normas (impartía justicia) a través de juicios de comunitarios. Según la Sala de Conocimiento, los líderes comunales que hacían parte del Bloque Tolima citaban a la población de la comunidad (la presencia en dichas reuniones era obligatoria) para que, bajo su autoridad, decidieran quien debía permanecer o abandonar de manera permanente la zona (párr. 344). A través de estos juicios comunitarios forzados, convocados por quienes ejercían (o habían ejercido) una posición de

liderazgo en la propia comunidad, se buscaba también legitimar al Bloque Tolima (y previamente a las CONVIVIR) como autoridad sustituta del Estado.

Sin embargo, el Bloque Tolima no logró adquirir una legitimidad real entre la población porque su violencia arbitraria (particularmente, el recurso a la desaparición forzada y al desplazamiento forzado de forma masiva) provocó que fueran percibidos como un actor ilegítimo más dentro de la región. En este sentido, conviene señalar que el Bloque Tolima nunca tuvo el control absoluto de los territorios en los que actuaba, debido a la influencia de las FARC-EP en el Departamento del Tolima, en cuya región sur occidental se originaron (Pizarro, 2011). A esto se unió, además que, a partir de la muerte de Carlos Castaño en 2004, el Bloque Tolima perdiera fuerza, lo que le llevó a vincularse con grupos criminales urbanos (Atanael Matajudíos Buitrago *et al.*, sentencia, 2014: párr. 431).

El Bloque Vencedores de Arauca

El caso contra Orlando Villa Zapata ante la jurisdicción especializada de Justicia y Paz se sitúa en el marco de los crímenes cometidos en el Departamento de Arauca por el grupo paramilitar Bloque Vencedores de Arauca (BVA) de las Autodefensas Unidas de Colombia al mando de los hermanos Mejía Munera y del propio Villa Zapata. Para conseguir el control territorial, que se disputaba con el frente Guadalupe Salcedo de las FARC-EP y el frente Domingo Laín del ELN, este Bloque, establecido con el resurgimiento del paramilitarismo en Colombia en el año 2000, se encargó de generar el terror en los municipios en los que actuó (Orlando Villa Zapata *et al.*, sentencia, 2014 párr. 236).

Al igual que el Bloque Tolima, el Bloque Vencedores de Arauca impuso un código de conducta sobre la población civil, cuyo cumplimiento fiscalizaba a través de redes de informantes creadas para ejercer vigilancia sobre la población. En caso de incumplimiento, dicho código era aplicado a través de diversos mecanismos coercitivos como retenes, restricciones de movilidad y juicios comunitarios forzados en los que se declaraba la responsabilidad de quienes infringían sus normas, se imponían los correspondientes castigos (incluyendo la pena de

muerte) y se entregaban al Bloque los bienes de los infractores (párr. 291).

El Bloque Vencedores Arauca, como el Bloque Tolima, se caracterizó por una violencia extrema que, en lugar de tomar la forma de desapariciones y desplazamientos forzados en masa, tuvo como epicentro la tortura y los asesinatos con sevicia de quienes se veían como opositores (párr. 311). Como consecuencia, si bien logró el control de la población por el terror generado, el Bloque Vencedores de Arauca nunca fue percibido como un actor que actuara por el bien de la comunidad y por lo tanto era considerado como un actor ilegítimo más de los que operaban en el departamento (párr. 212).

Esta percepción entre la población resultó reforzada por el tipo de crímenes que cometieron ya que, como en el caso de los Caballeros Templarios en México, el Bloque Vencedores de Arauca se caracterizó por realizar numerosos actos de violencia sexual y de género. Esto lo diferenció marcadamente de la guerrilla de las FARC-EP, que intentó prohibir y controlar los casos de violencia sexual contra los civiles (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2015). En este sentido, la Sala de Conocimiento del Tribunal de Justicia y Paz ha afirmado que “[...] se le atribuye a miembros de la estructura del BVA por su actuar durante y con ocasión de su pertenencia al GAOML, hechos cometidos contra menores de edad que fueron reclutadas, obligadas a tener o permanecer como pareja de otros miembros de la organización, maltratadas y víctimas de violencia sexual” (párr. 790).

REFLEXIÓN FINAL

De las situaciones en Brasil, México y Colombia analizadas en las secciones anteriores, se puede, preliminarmente, concluir que el dominio ejercido, y finalmente el (des)orden creado, depende de; (i) las interrelaciones entre los objetivos y el modus operandi de los GAOML; (ii) la composición política y social y las expectativas de la población; y (iii) la correlación de fuerzas con otros actores armados operativos en la región (con independencia de que sean o no estatales).

En particular, los casos analizados muestran que los GAOML tienen ciertas características comunes en cuanto a la fase inicial del proceso de establecimiento del control social sobre las áreas en las que

operan. Así, recurren a la violencia armada para establecer normas de comportamiento y dar muestras inequívocas de su poder en el territorio manteniendo el orden público, estableciendo mecanismos de solución de conflictos e imponiendo “penas” para quienes no cumplan con sus dictados.

Sin embargo, se observan también al mismo tiempo marcadas diferencias en su forma de actuar. La primera diferencia se refiere a la administración de un mayor o menor nivel de violencia por los GAOML sobre los miembros de las comunidades durante las fases iniciales de su llegada y establecimiento. El nivel de violencia utilizado parece estar vinculado a la mayor o menor capacidad de los GAOML para consolidarse en los nuevos territorios a los que llegan, lo que a su vez se encuentra estrechamente relacionado con la existencia y fortaleza de otros GAOML que también operan en dichas áreas y se oponen a su establecimiento. Como lo muestran los Zetas y los Caballeros Templarios en México y los grupos paramilitares colombianos operativos en los Departamentos de Arauca y Tolima en Colombia, cuanto mayores son las dificultades de un GAOML para establecerse en una zona, la violencia utilizada contra los miembros de la comunidad allí asentada es más intensa y se prolonga más en el tiempo, lo que a su vez tiende a provocar un mayor nivel de oposición a su actividad de creación y aplicación normativa por parte de la comunidad.

La segunda diferencia se refiere al nivel de dominio sobre el territorio que ejercen los GAOML. Así, cuando existen varios grupos operativos en una misma zona disputándose su control, su capacidad para proveer ciertos servicios públicos a las comunidades que residen allí es mucho más limitada. Además, ante la incertidumbre sobre qué grupo acabará haciéndose con el control de la zona, el incentivo que tienen los GAOML para realizar inversiones en servicios públicos en favor de la comunidad (por ejemplo, la construcción de carreteras, la mejora del transporte y los centros de salud, la provisión de servicios asistenciales o el establecimiento de redes eléctricas, por poner sólo algunos ejemplos) es menor, puesto que el alto coste que suponen puede ser en vano si son finalmente desplazados de la zona.

En consecuencia, cuanto mayor es la implantación de un GAOML en un territorio y menor es el nivel de oposición por otros grupos operativos en el mismo —lo que suele además llevar a acuerdos tácitos

tos de no intervención con la policía y el ejército, como hemos visto que sucede en las favelas de Río de Janeiro, en la región del Pacífico norte de México bajo el control del Cartel de Sinaloa, en Michoacán y Guerrero hasta la escisión de la Familia Michoacana en 2014 y la aparición de los Caballeros Templarios, y en las zonas del Magdalena Medio y el Meta y Vichada en Colombia—, mayor es la capacidad y el incentivo que tienen los GAOML para proveer servicios públicos a la comunidad que vayan más allá de sus actividades de creación y aplicación normativa y preservación de la seguridad.

La provisión de estos servicios a las “comunidades marginales” que no los obtienen del Estado, promueve, por lo general, un mayor nivel de aceptación de los GAOML y de su actividad de creación y aplicación normativa. A esto se suma, además, el debilitamiento de la oposición a los mismos desde dentro de las propias comunidades porque, al haberse convertido en el principal actor armado y contar con el consentimiento tácito de la policía y/o el ejército, quienes se han opuesto a los GAOML tienen que abandonar sus comunidades, guardar silencio o exponerse a ser amenazados y asesinados.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. Caso Favela Nova Brasilia vs. Brasil. Decisión sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 16 de febrero de 2017.

Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz:

Sentencia contra RAMÓN MARÍA ISAZA ARANGO y OTROS. MP: Eduardo Castellanos Roso. 29 de mayo de 2014

Sentencia contra ORLANDO VILLA ZAPATA y OTROS. MP: ULDI TERESA JIMÉNEZ LÓPEZ. 24 de febrero 2015

Sentencia contra JOSÉ BALDOMERO LINARES Y OTROS MP. Eduardo Castellanos Roso. 6 de diciembre de 2012

Sentencia contra ATANAEL MATAJUDÍOS BUITRAGO MP. ULDI TERESA JIMÉNEZ LÓPEZ. 7 de diciembre de 2016

REFERENCIAS

- Arias, E.D. & Goldstein, D.M. (2010). “*Violent Pluralism: Understanding the New Democracies of Latin America*”. En Arias, E.D. & Goldstein, D.M: (eds.) *Violent Democracies in Latin America*. Pp. 1-34.
- & Rodrigues, C. D. (2006). “*The Myth of Personal Security: Criminal Gangs, Dispute Resolution, and Identity in Rio de Janeiro’s Favelas*”. En *Latin American politics and society*, 48(4), 53-81.
 - (2017). *Criminal enterprises and governance in Latin America and the Caribbean*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Arjona, A. M., Kasfir, N. & Mampilly, Z. (editors). (2017). *Rebel governance in civil war*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Atuesta, L. H., & Ponce, A. F. (2017). “*Meet the Narco: Increased Competition among Criminal Organisations and the Explosion of Violence in Mexico*”. En *Global Crime*, 1-28.
- Bagent, J. & Charles, M. (2017). *Al interior de las Bacrim de Colombia: Asesinatos. Insight Crime*. Disponible en: <http://es.insightcrime.org/investigaciones/interior-bacrim-asesinatos>
- Bataillon G. & Merklen D. (sous la direction de) (2009). *L’expérience des situations limites*. Paris. Éditions Karthala.
- Bunker, R. J., & Sullivan, J. P. (2010). “*Cartel evolution revisited: third phase cartel potentials and alternative futures in Mexico*”. En *Small Wars & Insurgencies*, 21(1), 30-54.
- Bunker Robert J. (ed). (2013). *Criminal insurgencies in Mexico and the Americas. The gangs and cartels wage war*. New York, Routledge.
- Campbell, L. J. (2010). “*Los Zetas: Operational Assessment*”. En *Small Wars & Insurgencies*, 21(1), 55-80.
- Cefaï, D. & Perreau, L. (sous la direction de) (2012). *Erving Goffman et l’ordre de l’interaction*, Paris, CURAPP-ESS-CEMS-IMM.
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2014). *Nuevos Escenarios de Conflicto Armado y Violencia: Nororiente y Magdalena Medio, Llanos Orientales, Suoccidente y Bogotá DC*.
- (2015). *Crímenes que no prescriben: La violencia sexual del Bloque Vencedores de Arauca*. Bogotá. D.C.
- Duncan, G. (2015). *Más que plata o plomo*. DEBATE.
- Fundación Ideas Para la Paz. (2017). *Crimen Organizado y saboteadores armados en Tiempos de Transición*. Informe Núm. 27.
- Gay, R. (2010). “*Toward Uncivil Society: Causes and Consequences of Violence in Rio de Janeiro*”. En Arias, E. D. & Goldstein, D.M: (eds.) *Violent Democracies in Latin America*. Pp. 201-225.
- Grayson, G. (2007). *Mexico and the Drug Cartels*. Foreign Policy Research Institute E-Note.

- Grupo de Memoria Histórica (2013). *¡BASTA YA! Colombia: Memorias de guerra y dignidad*. Imprenta Nacional: Bogotá. Disponible en: <http://goo.gl/mrFNiK>.
- Kantorowicz, H. (1958). *The Definition of Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Lair, E. (2003). "Reflexiones acerca del terror en los escenarios de guerra interna". En: *Revista de Estudios Sociales*, 15, 2003, 88-108.
- Lea, J. & Stenson, K (2007). "Security, sovereignty and non-state governance from below". En *Canadian Journal of Law and Society*, 22(2), 9-27.
- Leeds, E. (1996). "Cocaine and Parallel Politics on the Brazilian Urban Periphery: Constraints on Local Level Democratization". En *Latin American Research Review*, 31, 3: 47
- Maldonado Aranda, S. (2012). "Drogas, violencia y militarización en el México rural: el caso de Michoacán". En *Revista Mexicana de Sociología*, 74(1), 5-39.
- Maldonado Aranda, S. (2014). "You don't see any violence here but it leads to very ugly things: forced solidarity and silent violence in Michoacán, Mexico". En *Dialectical Anthropology*, 38(2), 153-171.
- Morton, A. D. (2012). "The War on Drugs in Mexico: a failed state?". En *Third World Quarterly*, 33(9), 1631-1645.
- Pascalon, P. (sous la direction de) (2008) *Les zones grises dans le monde d'aujourd'hui*, Paris, Éditions L'Harmattan.
- Pizarro Leongómez, E. (2011). *Las Farc. De guerrilla campesina a máquina de guerra*. Bogotá. Grupo Editorial Norma.
- Salem, T. (2017). "Diplomats or Warriors? The Failure of Rio's Pacification Project: Why Rio de Janeiro's Pacifying Police Units and efforts to reform Brazil's Military Police have failed to bring peace and security to the favelas". En *NACLA Report on the Americas*, 49(3), 298-302.
- Sousa Santos, B. de (1977). "The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasagarda". En *Law and Society*. Vol. 12. Num. 1.
- Sullivan, J. P., & Bunker, R. J. (2011). "Rethinking insurgency: criminality, spirituality, and societal warfare in the Americas". En *Small Wars & Insurgencies*, 22(5), 742-763.
- Werner, M. and Zimmermann, B. (2003), "Penser l'histoire croisée: entre empirie et réflexivité", En: *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 58 (1), 7-36.

Capítulo 10

Justiça comunitária como alternativa de acesso à justiça em favelas pacificadas —análise sobre a pretensa promoção de cidadania e direitos fundamentais instrumentalizados por equipamentos estatais de segurança

Nathalie Ferreira de Andrade

INTRODUÇÃO

Como o título do presente indica, neste artigo será abordada a temática do exercício de cidadania por meio da promoção de justiça na favela e as possíveis alternativas para tanto. Neste sentido, é preciso questionar o que seja justiça. O conceito de Justiça vem sendo discutido há séculos, por diversas áreas de conhecimento, não se concluindo pela unicidade de significação. Mais urgente que os vieses de análise do que é Justiça, é dimensionar o acesso à justiça.

Ocorre que, no ano de 2010, em nome da justiça social, implementou-se um processo de pacificação no Complexo do Alemão e em outras favelas da cidade do Rio de Janeiro, tendo como instrumento as Unidades de Polícia Pacificadora (“UPPs”), em que são registradas uma série de atentados à dignidade humana. O discurso falacioso da UPP como mantenedora da paz na cidade maravilhosa não mais resiste. Neste cenário, nasce, então, um instituto *sui generis* de Intevernção Federal, que não correspnde ao instituto capitulado na Carta Magna, mas, em sua essência, guarda semelhança com a UPP, vez que repete o discurso de subjugar pretos e pobres para manter a cidade carioca a salvo.

O presente trabalho é baseado em dados produzidos em pesquisa realizada no Complexo do Alemão, com destaque para o objeto empírico, qual seja, a coabitação da tentativa do exercício de cidadania e

aparelhos estatais que atentam contra a dignidade humana, legitimados por discursos humanitários. Analisa-se o objeto e argumenta-se a quem atende o discurso de justiça que legitima ações governamentais desta natureza.

UPP COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DE JUSTIÇA E CIDADANIA

É sabido que a relação Estado versus favela é marcada pelo abandono. Embora uma análise histórica, a fim de entender como se estabeleceu esta relação desde o surgimento das favelas seja de grande valia para o entendimento do cenário atual, o enfoque deste trabalho é outro, sendo necessário, porém, analisar as questões que surgem a partir do projeto de transformação da ordem urbana que se instalou nas primeiras décadas do século XXI no Rio de Janeiro. A escolha da cidade como sede de megaeventos internacionais é um marco nas mudanças no cenário político, notadamente nos programas de urbanização e segurança pública, pois objetiva-se confirmar a vocação da cidade maravilhosa para receber turistas, e uma cidade moderna e pacífica atrairia investimentos. Para tanto, foram implementadas políticas públicas que visavam apagar do histórico do Rio de Janeiro qualquer imagem relacionada à miséria, desordem e marginalidade.

O poder hegemônico se utilizou de e fomentou o estigma da favela como local ocupado pelas “mentes perigosas”, pela malandragem, por aqueles que vivem à margem da lei, impulsionando, assim, o ideário de que a favela é o mal que assola a cidade do Rio de Janeiro, e que, uma vez dominada a favela, findar-se-ia a violência na cidade. Dentro deste projeto de demonizar as favelas, o Complexo do Alemão foi utilizado como paradigma de combate à violência, vez que, com grande apelo da mídia, alcançou o status de local mais violento da cidade. Desta feita, se o Estado possuísse instrumentos para conter o Alemão, com maior facilidade dominaria as demais favelas, e poder-se-ia sediar os megaeventos esportivos e receber os turistas que teriam a cidade carioca como destino paradisíaco.

Neste cenário, a favela seria o problema e a solução a ser explorada. Era necessário, pois, que o Estado, omissor e opressor no que se relaciona à favela, adotasse novos métodos de relacionamento, inves-

tindo em políticas sociais e modificando a forma de policiamento das favelas, historicamente violento, e estabelecesse um novo pacto social entre cidade e favela. É nesse contexto que surge o programa de segurança pública Unidade de Polícia Pacificadora (UPP), aparato militar que invadiria o território favelado e destituiria o poder dos traficantes de entorpecentes, viabilizando a promoção de políticas públicas de promoção de cidadania nas favelas.

No ano de 2010, o Complexo do Alemão, conjunto de favelas localizado no subúrbio carioca, conhecido internacionalmente como território violento e perigoso, foi alvo de uma operação militar colossal, com cobertura midiática cinematográfica, que dava início ao processo de instalação do Programa de Segurança Pública denominado Unidade de Polícia Pacificadora (UPP) naquele Complexo, sob o discurso de retomar e pacificar o território até então dominado por traficantes.

Não se pode negar que, a reboque da pacificação, outros aparelhos estatais passaram a atuar no Complexo do Alemão, dando esperança aos favelados quanto à melhoria dos serviços públicos. Ainda que passíveis de críticas e sem participação efetiva do favelado, são implementadas políticas públicas de promoção de cidadania, voltadas para moradia, saúde, educação e acesso à justiça.

Deste ponto, passa-se a analisar o direito fundamental de acesso à justiça, posto que mesmo com as garantias previstas na Constituição Federal de 1988, grande parte da população tem que se valer do poder judiciário para ter seu direito verificado. Neste diapasão, Boaventura de Souza Santos, na obra *Para uma revolução democrática da justiça*, trata o fenômeno do necessário acionamento do judiciário para garantia de direitos como “expansão global do judiciário, o crescente protagonismo social e político do sistema judicial e do primado do direito” (Santos, 2010, p. 10).

No que tange à favela, com sua gênese no abandono estatal e serviços públicos sucateados, a situação é ainda pior, pois o poder hegemônico submete esse território e os que o habitam de tal maneira que, por vezes, o favelado sequer sabe como acionar o judiciário, e, uma vez acionado, tem que lutar para que o judiciário, branco e elitizado, compreenda a relevância de sua demanda. O exercício da cidadania é negado aos favelados. Nesta esteira, Milton Santos, no livro “*O Espa-*

ção da cidadania e outras reflexões”, dispõe que “a possibilidade de ser mais ou menos cidadão depende, em larga proporção, do ponto do território onde se está” (Santos, 2013, p. 161). O autor não se limita a uma análise territorial, mas tratando-se da dicotomia cidade versus favela vigente na cidade carioca, onde a favela e suas mazelas é o mal que insiste em fazer parte da cidade, a exposição de Milton Santos se enquadra com precisão. O território em que determinado indivíduo se encontra indicará o grau de cidadania ou a não cidadania que será exercida pelo mesmo.

Ainda sobre promoção de acesso à justiça como expressão de cidadania e políticas pública implementada na favela pós-UPP, no ano de 2010, foi firmado Acordo de Cooperação entre Ministério da Justiça/Secretaria de Reforma do Judiciário, Secretaria de Estado de Assistência Social e Direitos Humanos do Rio de Janeiro e diversos órgãos e entidades federais, estaduais e do Município do Rio de Janeiro, objetivando garantir o acesso aos serviços públicos e, mais especificamente, democratizar o acesso à justiça por aqueles que residem em favelas onde eram desenvolvidos o projeto de pacificação.

“CLÁUSULA PRIMEIRA-DO OBJETO: O presente Acordo de Cooperação tem por objetivo a conjugação de esforços dos partícipes para a implementação de serviços públicos, especialmente aqueles relacionados ao sistema de justiça, nas localidades do Município do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, abrangidas pelas Unidades de Polícia Pacificadora-UPP, com o objetivo de proporcionar o acesso à informação sobre direitos, à assistência jurídica gratuita e a mecanismos judiciais e extrajudiciais para a solução de conflitos”¹

No citado Acordo, os órgãos e entidades, mormente o Ministério da Justiça e o Governo do Estado do Rio de Janeiro, dentre outros mecanismos de acesso à justiça, se comprometem a viabilizar o desenvolvimento do projeto de Justiça Comunitária nas favelas “pacificadas”. Essa política visa a promover o acesso à justiça, sem o necessário acionamento do poder judiciário. O acesso à justiça é consequência do exercício de cidadania pela comunidade, fortalecendo os laços e proporcionando a participação direta do favelado na promoção da cidadania, ampliando e democratizando o acesso à justiça.

¹ Ver <https://www.conjur.com.br/dl/acordo-cooperacao-final-inclusoes.pdf>

Nesta esteira, no ano de 2003, governo do então presidente Lula, foi instituída a Secretaria de Reforma do Judiciário (“SRJ”), entidade importante para o avanço da democratização da justiça e superação dos obstáculos para a promoção da mesma. Desde sua criação, a SRJ desenvolveu ações, criou órgãos e implementou políticas públicas que visavam a ampliar o acesso à justiça. Para atender àqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade social, foi criado o projeto Justiça Comunitária. Utilizado como projeto-piloto, o projeto Justiça Comunitária foi implantado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, ganhando o status de política pública pelo Ministério da Justiça, com investimentos permanentes, no âmbito do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (“Pronasci”), e coordenada pela SRJ.

A política pública Justiça Comunitária, em suma, é uma forma de realizar justiça, que pretende fortalecer a participação da comunidade na efetivação dos direitos humanos e promoção da cidadania. Com base nessa política, a resolução de conflitos é realizada por atores que estejam próximos do fato, e, por conseguinte, mais atentos às especificidades do caso, de maneira mais célere e sem acessar o Judiciário, diminuindo gastos públicos e fortalecendo o sentimento de solidariedade.

Ao analisar as datas dos acontecimentos acima descritos, verifica-se que buscou-se desenvolver o programa Justiça Comunitária no Rio de Janeiro na mesma época da instalação das UPPs. Objetivava-se facilitar o acesso à justiça dos moradores das favelas submetidas ao processo de pacificação, razão para o acordo entre o Ministério da Justiça e a Secretaria de Assistência Social e Direitos Humanos do Rio de Janeiro para instalação de núcleos de Justiça Comunitária em algumas favelas, dentre as quais as do Complexo do Alemão.

No ano de 2012, como resultado de uma parceria do Governo do Estado do Rio de Janeiro, o Conselho Nacional de Justiça e demais órgãos do Poder Judiciário, bem como a Defensoria Pública e o Ministério Público estaduais, alardeou-se a implantação do projeto Casa de Direitos no Complexo do Alemão. O projeto em questão objetivava promover o acesso à Justiça e a efetivação de direitos aos favelados, trazendo para a favela serviços públicos como Defensoria Pública, ouvidoria do Ministério Público, assessoria jurídica, informações sobre

como acessar equipamentos burocráticos que viabilizam o exercício da cidadania, mediação de conflitos e núcleos da Justiça Comunitária.

A dita inauguração da Casa de Direitos do Complexo do Alemão ocorreu de forma concomitante à abertura do funcionamento do teleférico do Complexo do Alemão, e aquele projeto seria parcialmente desenvolvido nas instalações das estações do teleférico. Verifica-se, então, que a coabitação de equipamentos de promoção de políticas públicas viabiliza a mobilidade do favelado, fisicamente —ligando o morro ao asfalto por meio do teleférico— e socialmente —conferindo instrumentos de acessos a serviços públicos de promoção e exercício de cidadania.

Ocorre que, bem como o teleférico e demais programas instalados no Complexo do Alemão, após a instalação da UPP, o projeto Casa de Direitos não teve continuidade no território. Registra-se, oficialmente, a interrupção do funcionamento do teleférico no ano de 2017. Quem mora no local, porém, sabe que, em verdade, a precarização do serviço de transporte vem ocorrendo há muito mais tempo, e os serviços públicos que funcionavam nas estações também estavam sendo sucateados, até que, enfim, encerraram-se oficialmente os trabalhos. Atualmente, as estações do teleférico são utilizadas como base militar, aproveitando a geografia privilegiada para monitorar os favelados.

A favela é território de guerra; guerra aos pretos e pobres, que têm como crime maior seu estado de pobreza (Batista, 2009). Verifica-se os serviços de promoção da dignidade e conservação dos direitos humanos sendo suplantados pela política de segurança pública, que tem como premissa acabar com a favela.

Desta forma, é possível identificar a importância da promoção de direitos na favela e a relevância que a Justiça Comunitária teria para os favelados, caso fosse implementada da forma como prevista. Posto que tratar-se-ia da justiça entendida por aqueles que estão próximos do objeto, que reconhece as especificidades daquela comunidade, muitas vezes ignoradas pelos membros do judiciário. Promover-se-ia, assim, justiça de forma célere, não burocrática e fortalecer-se-ia o senso de comunidade.

No entanto, é difícil implementar Justiça Comunitária em um território onde habitam os não-cidadãos, aqueles a quem o poder hegemônico e seus engendramentos para manutenção do poder não

conferem legitimidade para pleitear por justiça. Neste ponto, pontua-se o temor de que, considerando o histórico de abandono estatal, a “autonomia” para promoção de justiça conferida ao favelado possa ser utilizada pelo Estado, de forma enviesada, para atribuir a responsabilidade da vulnerabilidade ao menos favorecido. Mas a favela é potência, e ao analisar o objeto empírico do presente trabalho, será possível ilustrar a força política latente das pessoas que resistem e lutam de forma aguerrida pelos seus iguais.

JUSTIÇA COMUNITÁRIA FAVELADA

O objeto de análise é a coabitação da Unidade de Polícia Pacificadora e a unidade de ensino Centro de Atenção Integral à Criança e ao Adolescente Theóphilo de Souza Pinto (CAIC), aparelhos de segurança e de educação do Estado, respectivamente. Pontua-se que os aparatos da Polícia Militar, como contêineres e barricadas, foram colocados no terreno da escola sem nenhuma consulta prévia aos membros da escola ou aos moradores. Em conversa informal com funcionário antigo da escola, foi informado que os policiais militares se instalaram “do dia para a noite” e que a direção foi apenas comunicada sobre a decisão da Secretaria de Segurança.

Em visita ao CAIC, pode-se ver bandeiras brancas hasteadas nas janelas e perfurações na fachada, causadas pelos projeteis utilizados no confronto armado entre traficantes e policiais militares. A simbologia trazida nessas imagens é o pedido de socorro. Vidas estão em risco, 50% do corpo discente evadiu-se da única escola da favela, e, de acordo com funcionário da unidade escolar, muitos professores pediram transferência, pois, para além de não conseguir desenvolver o projeto pedagógico, frente à violência e às constantes ingerências de policiais militares na rotina da escola, não mais suportavam a iminente tragédia². Os membros da comunidade escolar não são partes desta “guerra”, mas posicionam-se pedindo paz.

Durante a pesquisa de campo, foram registrados diversos episódios de abuso policial no âmbito escolar, bem como interrupções no

² Ver <https://brasil.estadao.com.br/blogs/estadao-rio/apos-promessa-da-pm-em-maio-upp-segue-em-escola-no-alemao/>

planejamento pedagógico, pois, durante os confrontos entre policiais e traficantes, aqueles se abrigavam no prédio da escola. Neste cenário, temos a suplantação de uma série de direitos fundamentais, como educação e cultura, e a primazia de uma dita política de segurança. Tal situação gera insatisfação e sensação de solidão do favelado frente às arbitrariedades realizadas pelos policiais militares e o abandono estatal. Mas a favela resiste, e utiliza das concessões feitas pelo poder hegemônico com articulações para manutenção do poder para produzir contra hegemonia e conscientizar seus pares. Existe vida e voz política na favela, porém a classe dominante tenta incessantemente calar essa voz.

Associações de moradores, coletivos, movimentos sociais e lideranças políticas do Complexo do Alemão se uniram e reivindicaram junto às autoridades, a retirada da base avançada da Unidade de Polícia Pacificadora Nova Brasília do terreno do CAIC, de tal modo que o caso em questão foi objeto de Audiência Pública realizada pela Comissão Parlamentar de Inquérito, em maio do ano de 2015, com a presença da Comissão de Defesa dos Direitos Humanos e Cidadania da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ).

Na ocasião da Assembleia referida, que foi realizada na quadra esportiva do CAIC, compareceram, também, além das lideranças comunitárias e intelectuais do Complexo do Alemão, moradores e representantes do corpo docente, com muitas reivindicações e falas emocionadas. O discurso era uníssono: se fazia urgente a retirada da base da UPP da escola. A comunidade se uniu para pleitear aquilo que entendia ser melhor para a favela, porém o conflito em questão não pôde ser resolvido pelo favelado, posto que a situação litigiosa foi instalada pelo Estado.

Como resultado da Assembleia, houve a orientação pela retirada imediata da UPP do terreno da escola. Ocorre que a saída da UPP somente ocorreu meses depois, e toda a estrutura da base avançada da UPP Nova Brasília ganhou um novo endereço, o Reservatório, local onde movimentos sociais e moradores organizados promoviam atividades de esporte e lazer. Os projetos desenvolvidos no Reservatório foram desalojados, sem indicação de novo local para manutenção das atividades. Mais uma vez, a favela se articula e promove manifestações públicas de revolta com a situação, bem como no caso do CAIC,

mas a UPP Nova Brasília encontra-se no Reservatório até a presente data. Verifica-se, então, a continuidade do projeto UPP em ignorar direitos humanos e promoção de cidadania ao implementar um projeto de segurança.

Desta feita, entende-se que as questões pilares envolvendo a favela podem ser elucidadas pela voz do favelado, mas a resolução está fora do seu alcance, uma vez que a estrutura socioeconômica capitalista mantém a existência da favela nos moldes atuais, território dos inservíveis. Outrossim, no que concerne à Justiça Comunitária, para além de restar claro a latente potência política favelada na resolução de conflitos em seu território, dever-se-ia primar pela participação do favelado na eleição das questões a serem trabalhadas e as políticas a serem implementadas, uma vez que, sem o envolvimento dos interessados, políticas públicas de qualquer natureza estão fadadas ao fracasso.

A política de Justiça Comunitária surge na favela como um dos serviços públicos desenvolvidos a reboque do programa de segurança pública, UPP, sendo este o responsável por eliminar o domínio territorial dos traficantes de entorpecentes, segundo as autoridades políticas, único empecilho para promoção de serviços públicos de qualidades e promoção de cidadania na favela. Ocorre que a UPP não passa de um discurso que, em nome da segurança da cidade, legitima o escárnio e morte de pretos e pobres.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A parte do programa UPP que incluía obras de infraestrutura e serviços públicos de qualidade nunca se concretizou. Os abusos policiais continuaram a acontecer. Atualmente, verifica-se a queda do discurso da UPP como instrumento de promoção de justiça social e cidadania, bem como finda-se concretamente o projeto de pacificação, com a saída das UPP's de várias favelas do Rio de Janeiro. Com a queda das UPP's o "neoliberalismo se articula com novos regimes de segurança policial e com um urbanismo de guerra" (Bocayuva, 2018).

Como expressão contundente das novas articulações para manutenção do poder, cita-se a intervenção militar na cidade carioca, com *status* de intervenção federal, autorizada pelo Presidente Michel Temer no primeiro semestre do ano de 2018. Dessa vez, sem o discurso de

utilização de forças militares como porta de entrada de promoção de políticas públicas, sem qualquer cortina de fumaça, o chefe do Executivo autoriza que tropas do exército, se valendo de aparato de guerra, realizem operações nas favelas em nome da segurança da cidade e, ignorando os preceitos constitucionais quanto aos direitos dos favelados. Nas palavras de Pedro Paulo Cunha Bocayuva, no artigo *Intervenção militar: ampliação do direito à guerra interna?*, “o processo de intervenção é uma profecia autoconfirmada. Na dialética da crueldade, o medo alimenta a fúria que coloca em cena a síndrome brasileira da solução de força, da tortura, da prisão e do aniquilamento”.

Diante deste quadro, pode-se afirmar que, para os detentores do poder hegemônico, justiça social é gerenciar a onda de medo, mantendo pretos e pobres sem qualquer expressão de cidadania e direitos a estes. Neste passo, acredita-se que, considerando a proposta da Justiça Comunitária, se consultado, qualquer favelado, no auge do senso de comunidade, solidariedade e justiça tão presente na favela, e estimulado, se posicionaria no sentido de não ser o alvo para onde as ponteiros das armas de fogo apontam, defenderia não ser princípio e fim da questão de segurança da sociedade.

Ocorre que as operações militares nas favelas são legitimadas pelo discurso de promoção de segurança, muitas vezes corroborado pelo Poder Judiciário. Sendo complexo pensar em justiça para e pelos favelados, posto que, aos favelados, não é conferido cidadania ou, pelo menos, não em sua plenitude. O que leva à conclusão de que, sendo certo que a Justiça Comunitária pressupõe cidadania em sua plenitude, os favelados são impedidos de ser sujeitos e objetos desta dinâmica.

Buscou-se analisar a promoção de direitos humanos e cidadania nas favelas pelo viés da justiça, pois, em uma sociedade em que se defende o Estado mínimo, a garantia de direitos somente é verificada, em muitos casos, por meio de acionamento do Poder Judiciário. Ocorre que, em uma sociedade em que o judiciário, bem como demais instâncias do poder, regra geral, é formado pela elite branca, demandas advindas de favelados, em sua maioria preta e pobre, são pouco valorizadas ou sequer chegam ao conhecimento de autoridades.

A dinâmica da Justiça Comunitária, nos moldes em que é a pre vista, atenderia não somente aos favelados, mas à sociedade como um todo, vez que ter-se-ia vasta parte da população praticando cida-

dania, pleiteando e exercendo direitos, melhorando a qualidade de vida na cidade e no país. Para tanto, porém, faz-se necessário mudar a concepção do espaço que a favela e o favelado ocupam na sociedade, entender que a favela é potência e resistência política, e que suas demandas e necessidades vão muito além de segurança, devendo ser combatida a desmilitarização do território favelado.

A favela não pertence à polícia militar ou ao tráfico de entorpecentes, mas ao favelado. A favela é cidade e o favelado é cidadão.

REFERÊNCIAS

- Batista, V. M (2009). *O Tribunal de Drogas e o Tigre de Papel*. Revista de Estudos Criminais. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC%2004_108.pdf
- (2012). *O Alemão é muito mais complexo*. Curitiba, Brasil. Revista Justiça e Sistema Criminal.
- Bauman, Z (2005). *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro, Brasil: Jorge Zahar.
- Bocayuva, P. C. C. (2018). *Intervenção militar: ampliação do direito à guerra interna?*, Revista Conexões UFRJ, 13ª edição.
- Bourdieu, P (1989). *O poder simbólico*. Lisboa, Portugal: Difel.
- Cittadino, G. & Selem Moreira, R (2013). *Acesso individual e coletivo de moradores de favelas à justiça*. Revista Brasileira de Ciências Sociais.
- Leite, M. P. (2012). *Da “metáfora da guerra” ao projeto de “pacificação”*: favelas e políticas de segurança pública no Rio de Janeiro. Revista Brasileira de Segurança Pública.
- Santos, B. de Sousa (2010). *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra, Portugal: Edições Almedina.
- Santos, M. (2013). *Espaço da cidadania e outras reflexões*. Porto Alegre, Brasil: Fundação Ulysses Guimarães.
- Site GOVERNO DO BRASIL. *Complexo do Alemão Recebe a Primeira Casa de Direitos Permanentes*. Disponível em <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2011/07/complexo-do-alemao-recebe-sua-primeira-casa-de-direitos-permanente> Acesso em: 15/01/2018.
- Site TJDFR Cartilha *O que é Justiça Comunitária*. Disponível em https://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/justica-comunitaria/arquivos/Cartilha_JusCom.pdf Acesso em: 15/01/2018.
- Site ACORDO DE COOPERAÇÃO-Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/acordo-cooperacao-final-inclusoes.pdf> Acesso em 25/08/2018

Capítulo 11

Justiça comunitária: ser livre *da* comunidade ou ser livre *na* comunidade?

Rosa Maria Zaia Borges
Paulo Abrão Pires Junior

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Partindo-se do entendimento de que a comunidade, como forma de integração social, pode se constituir em espaço de resgate (e produção) de compromissos ético-solidários, e, em uma perspectiva política, enfatizar as formas de participação comunitárias como condições necessárias de uma democracia viva, o presente artigo coloca a justiça comunitária como prática privilegiada de retorno do indivíduo à condição de sujeito, abrindo espaço para uma cumplicidade ética gerada com vistas à satisfação das necessidades e faltas humanas.

Propondo um resgate do conceito de comunidade contraposto ao de sociedade, pretende-se demonstrar que uma abordagem destes dois conceitos implica (ou está implicada) um maior ou menor grau de impessoalidade nas relações humanas, o que resulta numa maior ou menor possibilidade de consensos em torno de interesses que podem ser individuais na medida em que são comuns.

Como reflexo, discutir as formas pelas quais se dão os encontros sociais significativos revela uma discussão sobre como a constituição dos laços sociais e suas rupturas (conflitivas) podem vir a se constituir enquanto pontos de conjunção de interesses no plano público.

Se é certo dizer que a dinâmica da sociedade moderna, constituída de indivíduos¹ (abstratos, formalmente iguais, referidos a nenhuma

¹ Toma-se aqui emprestada a ressalva feita por Dumont (1987) em relação ao termo indivíduo: “[...] cuando hablamos del ‘individuo’, designamos dos cosas a la vez: un objeto que está fuera de nosotros y un valor. La comparación nos obliga a distinguir analíticamente estos dos aspectos: por un lado, el sujeto *empírico*, que habla, piensa y quiere, es decir, la muestra individual de la especie humana,

outra coisa senão a si mesmos), produziu um relativismo moral, a legitimação das comunidades de sujeitos (concretos, reconhecidos mutuamente a partir das suas diferenças, referidos uns aos outros por aquilo que lhes é necessário e lhes aproxima) e das variáveis pelas quais estes laços se constituem e/ou se desestabilizam, faz-se mais do que necessária.

Como resultado desta proposição, pretende-se demonstrar que a justiça comunitária, como espaço de interação social (ainda que, inevitavelmente, permeada por conflitos), permite que se produzam solidariedades, direitos e justiça, propiciando as condições de possibilidade para uma real e efetiva emancipação do sujeito sem que para tantas identidades se percam no abstrato universo moderno.

A COMUNIDADE COMO ESPAÇO DE RESGATE DO “EU” NO MUNDO

Até a época do primeiro romantismo e mesmo, na realidade, até o limiar do século XX, não houve verdadeira diferença na filosofia política entre os termos comunidade e sociedade (Honneth, 2003: 288).

Pode-se definir a sociedade como um agrupamento de indivíduos que ocupam um território relativamente bem circunscrito, partilhando uma cultura e instituições mais ou menos características e mantendo relações de interdependência; ou ainda, acrescenta-se, por vezes, a autossuficiência como elemento, ou mesmo a possibilidade de sua existência perpetuar-se por várias gerações e conter um número elevado de indivíduos. De acordo com Bégin (2003), esses critérios estão longe de ser muito precisos. Tanto o espaço ocupado, a quantidade de indivíduos, a duração e a qualidade das relações são dados sujeitos a uma margem de variabilidade apreciativa.

Depois da metade do século XIX, que marca o apogeu das filosofias da história e o início da sociologia, passa a ser comum distinguir a sociedade da comunidade (menos extensa que a sociedade e apelando

tal como la hallamos en todas las sociedades; por otro, el ser *moral* independiente, autónomo y, en consecuencia, esencialmente no social, portador de nuestros valores supremos y al que encontramos, en primer lugar, en nuestra ideología moderna del hombre y de la sociedad”

mais para uma partilha espontânea dos bens e dos valores em vez de ser mediatizada por convenções entre vontades refletidas) e a sociedade civil do Estado (este último exprimindo a dimensão propriamente política da relação social) (Bégin, 2003: 602).

A despeito de ter sido colocado de lado após a Segunda Guerra Mundial, muito em função das experiências contra-referenciais “traumáticas” —nazismo e fascismo— volta à tona o ideal de comunidade, talvez fortalecido pelo diagnóstico de possível falência do modelo societário individualista e da identificação de uma necessária legitimação das multiidentidades culturais, étnicas e religiosas, da resistência política e cultural dos elementos locais frente ao estado de monopolização ou de predominância de algumas formas e valores culturais homogeneizados, frutos do processo de globalização econômica².

Neste sentido, o conceito de comunidade pode ser utilizado hoje de três maneiras distintas: 1) em filosofia moral, serve para enfatizar a ligação dos sujeitos uns com os outros por valores comuns, ou seja, no plano social a comunidade está vinculada à noção de convicções compartilhadas sobre os valores; 2) em sociologia, serve para fazer sobressair as possibilidades de constituição de um grupo solidário que permita aos sujeitos escaparem do perigo do isolamento social; 3) em política, serve para enfatizar as formas de participação comunitárias que figuram como condições necessárias de uma democracia viva (Honneth, 2003: 292).

Essa preocupação com o valor da comunidade em tempos (pós) modernos pode ser atribuída à escola de filosofia política contemporânea denominada comunitarista —que encontra sua base teórica na filosofia aristotélica—, cujos autores dedicaram suas teses a de-

² Neste mesmo sentido, Delanty discute a questão: “The ideologies of modernity —socialism, liberalism, conservatism, nationalism, fascism, anarchism, kibbutz democracy— have all been inspired by the quest of community. Indeed, it may be suggested that the quest for community has been inspired precisely because of the failure of the social. While society has been associated with the negative aspects of modernity —rationalization, individualization, industrialism, disenchantment— community has been more successful in expressing the emotional demands and needs of solidarity, trust and autonomy” (DELANTY, 2000: 117-118).

monstrar que esta preocupação é tão, se não mais, importante que a liberdade e a igualdade.

Com a pretensão de recuperar a história das tradições culturais, em contraposição aos liberais³, os comunitaristas propõem duas teses fundamentais: 1) em qualquer nível fundamental não se pode dar nenhum debate racional entre as tradições, senão no interior delas; 2) dado que cada tradição desenvolve seu próprio ponto de vista nos termos de seus pressupostos e dado que não é possível nenhuma correção fundamental neste esquema a partir de um ponto de vista externo, pareceria que cada tradição deve desenvolver seu próprio esquema de maneira que não resulte factível inclusive a tradução de uma tradição à outra (MacIntyre, 1991: 375-416).

O comunitarismo estabelece-se, dessa forma, aceitando o horizonte político-econômico do capitalismo tardio, em seu *ethos* histórico cultural e o fará reinterpretando Aristóteles (por meio de MacIntyre), a partir da posição de eticidade hegeliana (pela voz de Taylor), ou recorrendo a princípios materiais de diversas esferas institucionais para esclarecer os problemas de justiça (por intermédio do pensamento de Walzer).

Uma primeira divergência dos comunitaristas em relação aos liberais diz respeito à concepção de justiça aplicável. Michael Walzer, por exemplo, afirma que a busca de uma teoria universal da justiça, como o faz Rawls (1993), é descabida. Uma perspectiva exterior à comunidade é algo que não existe, pois não há meio algum de se colocar fora da história e da cultura. A única maneira de identificar o que a justiça exige, segundo ele, consiste em determinar como cada comunidade particular compreende o valor dos bens sociais. Assim, uma sociedade é justa se ela age de acordo com as compreensões compartilhadas por seus membros, tais como estas se revelam nas práticas e nas instituições características dessa sociedade. Portanto, identificar os princípios de justiça é menos uma questão de argumentação filosófica e mais uma questão de interpretação cultural (Walzer, 2003: 2-5)⁴.

³ Sobre a crítica comunitarista ao liberalismo ver, especialmente, MULHALL, SWIFT, 1992.

⁴ De acordo com Kymlicka, a teoria de Walzer constitui uma forma de relativismo cultural e duas são as principais críticas à sua concepção de justiça: 1) por estabelecer que a escravidão é um mal se a sociedade a reprova, a teoria de Walzer

Outro ponto que é enfrentado pelos comunitaristas diz respeito à importância que os liberais dariam à autonomia e à neutralidade. Neste sentido, afirmam que Rawls (1993) exagera na capacidade que os homens teriam de tomar distância em relação ao seu papel social e de questioná-lo e, ainda, que Rawls ignoraria o fato do “eu” estar encaixado nas práticas sociais existentes. Os papéis sociais e as relações sociais, ou ao menos algumas delas, devem ser considerados como fixos quando se trata de determinar como se quer viver. A identidade é definida por certos fins que não se escolhe, mas sim se descobre, pelo fato de estar inseridos num contexto social comum (MacIntyre, 2001: 370-371)⁵.

Em Taylor (1989), encontra-se a discussão em torno da crise de identidade do “eu” na modernidade e uma crítica à análise de sua origem e conteúdo desde uma mera moral formal abstrata. Propõe o filósofo canadense o enfrentamento do tema em primeiro lugar, a partir de uma descrição da vida ética em geral, já que esta só pode ser reconstruída desde um horizonte orientado por instituições voltadas para o bem, até “hiperbens” que supõem uma ontologia moral baseada, em última instância, no respeito à vida. Concretamente, há uma busca de rearticulação da existência à vida ordinária. O redescobrimento da “identidade do eu” moderno suporia o reconhecimento e

infringe uma das mais profundas das concepções comuns, já que a maior parte dos indivíduos adota uma formulação inversa: reprova a escravidão por ser um mal. Afinal, seu caráter mau explica a concepção partilhada, não resulta dela; 2) pode ocorrer que as concepções comuns que se têm acerca da justiça sejam tão numerosas que não se consiga resolver as divergências entre elas dentro de uma comunidade, daí a única maneira seria retornar a um ponto de vista geral, que pudesse solucionar o impasse (Kymlicka, 2003: 294).

⁵ De acordo com Kymlicka, os comunitaristas exageram nosso grau de “encaixamento” nos papéis particulares: “Talvez não seja fácil questionar crenças profundamente ancoradas acerca do bem, mas a história do movimento de emancipação da mulher, por exemplo, mostra que os indivíduos são capazes de questionar e de recusar os papéis sexuais, econômicos e familiares mais profundamente enraizados. Não estamos presos por nossos vínculos presentes, incapazes de julgar o valor das metas que herdamos ou escolhemos. [...] Seja qual for nosso grau de implicação numa prática social, sentimo-nos capazes de perguntar se essa prática merece ser seguida. O processo é geralmente difícil. Mas uma característica fundamental do mundo moderno é os indivíduos reivindicarem o direito e a responsabilidade, de determinar eles próprios se os papéis que herdaram merecem ser respeitados” (Kymlicka, 2003: 295).

a afirmação das fontes morais históricas da modernidade, implícitas, porém ainda operantes: o deísmo do Deus cristão, a auto-responsabilidade da pessoa como sujeito e a crença romântica na bondade da natureza. Assim conclui, expondo seus objetivos:

La intención de este trabajo ha sido la de una recuperación, un intento de descubrir bienes enterrados a través de la rearticulación y, con ello, impulsar de nuevo esas fuentes, devolver el aire a los pulmones medio colapsados del espíritu. [...] Existe un gran elemento de esperanza. Es la esperanza que percibo implícita en el teísmo judeocristiano [...] y en su promesa central de una afirmación divina de lo humano, más plena que la que los humanos jamás podrían alcanzar por sí solos (Taylor, 1989: 542-543).

A discussão é aprofundada em *Ética da autenticidade* quando, ao criticar os três “males da modernidade” —o individualismo, a primazia da razão instrumental ou do capitalismo tecnológico e o despotismo do sistema— e suas consequências em relação à perda de sentido da vida, dos fins e da liberdade na sociedade burocratizada, propõe pensar reflexivamente a partir de uma autenticidade que é dialógica, que parte dos “outros relevantes”, de onde se afirma tanto a identidade como a diferença ante os mesmos. Esta diferença surge de um horizonte comum, sendo a identidade produto do reconhecimento dos outros. Como conclusão,

[u]na sociedad fragmentada es aquella cuyos miembros encuentran cada vez más difícil identificarse con su sociedad política como comunidad. Esta falta de identificación puede reflejar una visión atomista, de acuerdo con la cual las personas acaben considerando a su sociedad en términos puramente instrumentales (Taylor, 1994:142-143)⁶.

De acordo com Bauman, seria equivocado explicar o renascido comunitarismo dos tempos atuais como um soluço de instintos e inclinações ainda não inteiramente erradicados que o progresso da modernização mais cedo ou mais tarde vai neutralizar ou diluir. Seria igualmente equivocado descartá-lo como uma falha da razão momentânea —um lamentável, mas inevitável caso de irracionalidade, em flagrante contradição com as implicações de uma escolha pública

⁶ Ver também, sobre o tema do reconhecimento universal da diferença: Taylor, 1994b.

racionalmente fundada. Cada formação social promove seu próprio tipo de racionalidade, investe seu próprio significado na ideia de uma estratégia racional de vida —podendo-se argumentar em defesa da hipótese de que a corrente metamorfose do comunitarismo é uma resposta racional à crise genuína do espaço público— e, portanto da política, essa atividade humana para a qual o espaço público é o terreno natural (Bauman, 2001:125)⁷.

Assim, enfrentando (mas não necessariamente descartando), entre outras frentes argumentativas, as premissas de ética comunitarista e tratando-a no nível material da ética, Enrique Dussel (2002) procurará, em nome da justificação de sua “ética da libertação”, articulá-la em um horizonte que permita superar sua incomensurabilidade particularista e abrir-se a um universalismo de conteúdo mais além da mera história, dos hipervalores ou de autenticidade da identidade cultural.

Dussel estabelece como fundamento de sua discussão a necessidade de uma ética da libertação a partir das vítimas e diz, de antemão, que não pretende ser tal ética uma filosofia crítica para minorias, nem para épocas excepcionais de conflito ou revolução. Trata-se de uma “*ética cotidiana*, desde y en favor de las *inmensas mayorías de la humanidad excluidas de la globalización*, en la ‘normalidad’ histórica vigente presente” (Dussel, 2002: 15, grifado).

É, portanto, o marco ou contexto último da ética dusselniana o processo de globalização; mas, simultaneamente, o processo de exclusão das grandes maiorias da humanidade: as vítimas do sistema-mundo. É por este caminho que se prescreve a importância para a discussão aqui proposta de se amparar da ética da libertação: Dussel

⁷ Em uma crítica ao comunitarismo, Sennett discute a questão nos seguintes termos: “Confiança, responsabilidade mútua, compromisso, todas são palavras que acabaram sendo apropriadas pelo comunitarismo. Esse movimento quer fortalecer padrões morais, exigir dos indivíduos que se sacrifiquem por outros, prometendo que, se as pessoas obedecerem a padrões comuns, encontrarão uma força e realização emocional mútuas que não podem sentir como indivíduos isolados. O comunitarismo, em minha opinião, tem um direito de posse bastante dubio em relação à confiança ou ao compromisso; enfatiza falsamente a unidade como fonte de força numa comunidade, e teme erroneamente que, quando surgem conflitos, os laços sociais sejam ameaçados” (Sennett, 2006: 170-171).

parte de um conceito de comunidade que foge a todos até então considerados, mas não os descarta, muito antes pelo contrário.

O conceito de comunidade que aqui interessa e sustenta a proposta argumentativa deste texto, em Dussel, está no conceito de “comunidade de vítimas” e na sua validade anti-hegemônica. Dussel (2007) discute o conceito de poder político em contraposição ao poder dominação legado pela modernidade eurocêntrica e o faz considerando que a “vontade-de-viver” é a tendência originária de todos os seres humanos, constitui-se enquanto força, enquanto potência que pode mover. É necessário que o indivíduo detenha os meios de sobrevivência para satisfazer suas necessidades, que são constituídas de faltas —fome é falta de alimento; sede é falta de bebida; ignorância é falta de saber cultural. Poder empunhar, usar, cumprir os meios para a sobrevivência já é poder.

Assim, a vontade de vida dos membros de uma comunidade já é o substrato material fundamental para a definição de poder político. Enquanto membro de uma comunidade, comunidade essa definida como espaço no qual os seus membros podem dar razão uns aos outros para chegar a acordos, a condição política de cada um se dá na medida da sua participação (argumentativa), quando, nesse exercício simétrico de argumentação, se produzem as convergências das vontades para um bem comum, ou seja, se produzem os consensos. Isso é poder político. Esse consenso, para se caracterizar como resultado de uma comunidade de vontades, não pode ser fruto de dominação. Isso descaracterizaria o querer-viver-próprio. O consenso deve ser um acordo de todos os participantes, como sujeitos livres, autônomos, racionais, com igual capacidade de intervenção retórica. Isso dá às instituições a possibilidade de permanência e governabilidade (Dussel, 2007, especialmente tese 2).

Partindo de uma realidade que é própria da experiência latino-americana e sustentando-se nos ensinamentos de Paulo Freire, Dussel irá construir sua teoria com vistas a sustentar a legitimidade de uma comunidade intersubjetiva, que alcança validade crítica dialogicamente, anti-hegemônica, organizando a emergência de sujeitos históricos que lutam pelo reconhecimento de seus direitos e pela realização responsável de novas estruturas institucionais de tipo culturais, econômicas, políticas, pulsionais, etc.:

Se trata, entonces, de todo el problema del surgimiento de la “consciencia ético-crítica” (monológica y comunitaria, con un Super-Yo responsable y creador) como “toma de consciencia” progresiva (la *concientización*), negativamente, acerca de lo que causa la “*negación originaria*” [...] como momento estructural del sistema de eticidad (sea el que fuere) que causa las víctimas, que ahora inician ellas mismas el ejercicio de la razón crítico-discursiva; y, positivamente, irán discerniendo desde la imaginación creadora (liberadora) alternativas utópico-factibles (posibles) de transformación, sistemas futuros en los que las víctimas puedan vivir (Dussel, 2002: 411, grifado no original).

As comunidades assim constituídas são comunidades de vítimas, na medida em que as mesmas se unem com vistas à autoconservação, enfrentando as faltas (ou ausências de) solidariamente:

el que re-conoce en la víctima otro sujeto ético y se re-sponsabiliza ético-libidinalmente por ella desinhibe el enfrentar el dolor (supera los instintos de autoconservación autorreferente *individual*) y afronta en la comunidad el peligro de ser sensible ante las propias víctimas, y inhibe sus instintos del *propio* dolor por el Otro) (Dussel, 2002: 628, grifado no original).

A ideia de comunidade é relevante, pois, para um contexto (pós) moderno, torna possível articular um imaginário cultural apropriado para a era global, desde que esteja relacionada com o processo de comunicação e com o mundo da vida social. Assim, de acordo com Delanty (2003: 130), a ideia de comunidade deve estar conectada com a ideia do social e não vista como sua antítese. O social não deve fundir-se com a ideia de comunidade, mas deve ser mediado por ela, com a institucionalização de espaços para o exercício da confiança, da solidariedade e da autonomia.

Acrescente-se a ressalva de que não se serve, aqui, de qualquer conceito de comunidade, mas, conforme já dito anteriormente, daquele que dê conta do retorno do indivíduo à condição de sujeito, que dê conta da necessidade de resgate da cumplicidade ética com vistas à satisfação das necessidades e faltas humanas, que dê as condições de possibilidade de um reinventar dos meios pelos quais o sujeito possa, autônoma, mas conjuntamente, trilhar os caminhos para o bem viver.

Acompanhando Bauman (2003: 8), não se quer ver na comunidade ou no viver em comunidade uma ameaça à liberdade, também chamada de autonomia, direito à autoafirmação e à identidade. De

acordo com o autor, as pessoas que “sonham com a comunidade na esperança de encontrar a segurança de longo prazo que tão dolorosa falta lhes faz em suas atividades cotidianas, e de libertar-se da enfadonha tarefa de escolhas sempre novas e arriscadas, serão desapontadas” (Bauman, 2003: 19).

Se o indivíduo é o pior inimigo do cidadão, e se a individualização anuncia problemas para a cidadania e para a polícia fundada na cidadania, é porque os cuidados e preocupações dos indivíduos enquanto indivíduos enchem o espaço público até o topo, afirmando-se como seus únicos ocupantes legítimos e expulsando tudo mais do discurso público.

Convida à reflexão Bauman (2001), dizendo que, pelos motivos acima expostos, o público é colonizado pelo privado; o interesse público é reduzido à curiosidade sobre as vidas privadas de figuras públicas e a arte da vida pública é reduzida à exposição pública das questões privadas e a confissões de sentimentos privados (quando mais íntimos, melhor):

As “questões públicas” que resistem a essa redução tornam-se quase incompreensíveis. As perspectivas de que os atores individualizados sejam ‘reacomodados’ no corpo republicano dos cidadãos são nebulosas. O que os leva a aventurar-se no palco público não é tanto a busca de causas comuns e de meios de negociar o sentido do bem comum e dos princípios da vida em comum quanto a necessidade desesperada de “fazer parte da rede” (Bauman, 2001: 46-47).

Desta forma, compartilhar intimidades, como Richard Sennett (1988) insiste, tende a ser o método preferido, e talvez o único que resta, de construção da comunidade. De acordo com o autor,

[...] quanto mais as pessoas conceberem o domínio político como a oportunidade para se revelarem umas às outras, compartilhando de uma personalidade comum, coletiva, tanto mais serão desviadas do uso de sua fraternidade para transformarem as condições sociais. Manter a comunidade se torna um fim em si mesmo; o expurgo daqueles que realmente não pertencem a ela se torna a atividade da comunidade. [...] A procura pelos interesses comuns é destruída pela busca de uma identidade comum. (Sennett, 1988: 319).

Importante esclarecer, antes de dar continuidade à argumentação, que, conforme já adiantado, entende-se a comunidade como espaço

privilegiado de resgate (e produção) de compromissos ético-solidários. Contudo, não se quer aqui apresentar uma imagem da comunidade como panaceia do mundo contemporâneo. Tampouco se quer aqui dar azo às críticas, tais como a de Sennett (1989, 57), de que se vive uma ressuscitação de imagens de solidariedade comunitárias forjadas para que os homens possam evitar lidar com outros homens. De acordo com o autor, por um ato de vontade, uma mentira talvez, o mito da solidariedade comunitária deu às pessoas modernas a possibilidade de serem covardes e esconderem-se dos outros: “a imagem da comunidade é purificada de tudo o que pode implicar um sentimento de diferença, ou conflito, a respeito de o que ‘nós’ somos. Desse modo, o mito da solidariedade comunitária é um ritual de purificação”.

Enfim, não se quer enxergar na ideia de comunidade um perigo, tampouco pensar que a comunidade ideal pode ser alcançada sem sacrifícios. Contudo, a expectativa de uma convivência ética, permeada eticamente pelo concurso de interesses no plano político, pode ser motivo para se fazer uma aposta neste resgate.

É inegável que, por trás da cortina da generalização e da igualdade de todos, esconde-se uma sociedade repleta de comunidades de vontades sufocadas. Assim, defender o resgate da noção de comunidade favorece o resgate da *potentia* e permite um espaço de interação comunicativa. E a justiça comunitária é um instrumento para alcançar este fim, nos termos em que se define a seguir.

A JUSTIÇA COMUNITÁRIA COMO ESPAÇO DE INTE(G)RAÇÃO E EMANCIPAÇÃO ATRAVÉS DO CONFLITO

Partindo-se da premissa de que a condição de cidadão pode, em termos gerais, ser tomada como universal, registra-se que tal universalidade da cidadania não se opõe ao pluralismo das formas de vida humana. Por isso se justifica a discussão anterior relativa às formas de integração social e a contraposição entre sociedade e comunidade e o resgate desta última como pressuposto para a discussão sobre justiça comunitária.

Concorda-se com Bauman (2003: 126), quando diz que “o teste de uma verdadeira humanidade universal é sua capacidade de dar espaço ao pluralismo e permitir que o pluralismo sirva à causa da humanida-

de —que viabilize e encoraje a discussão contínua sobre as condições compartilhadas do bem”.

Vive-se numa sociedade pluralista —social e juridicamente. Há vários consensos, há vários direitos, porque há várias comunidades de vontades. Ainda que o discurso dominante se dê pelas vias argumentativas contrárias a isso, a legitimação do pluralismo jurídico é pressuposto para uma sociedade democrática. E é pressuposto, portanto, para uma justiça democrática.

Portanto, falar em justiça comunitária é declarar a urgência de uma revolução democrática da justiça. Isto porque, salvo raríssimas exceções, o judiciário, em especial nas sociedades latino-americanas, é hoje a representação de um poder exercido na lógica “os que mandam mandando”, ou seja, do poder dominação (Dussel, 2007). A própria noção de justiça, e do acesso a ela, está vinculada à legitimação do monopólio do Estado de distribuição do direito. Qualquer outra forma de composição de conflitos que não passe pelas mãos do Estado não é legítima.

Essa revolução pode ser pensada a partir de diversas transformações que deve sofrer a administração da justiça. Em amplos aspectos as transformações ocorrem pela transformação do próprio poder Judiciário, de suas práticas e seus agentes; mas também pela transformação do que se considera justiça e de como se dá o acesso a ela. A atenção se volta para esse último ponto, não porque não se acredite na transformação do Judiciário, mas porque se acredita que a justiça não se reduz à sua intervenção.

Enquanto houver uma frustração sistemática das expectativas democráticas, a democracia ela própria pode ser alvo de desistência. Insistir na democracia é lutar pela democratização da justiça, o que significa a ampliação do conceito de justiça e legitimação do seu alcance fora do Judiciário (Santos, 2007).

A jurisdição moderna, como legado da modernidade, impõe uma impessoalidade nas relações jurídicas e judiciárias que acaba por desconsiderar a condição identitária, comunitária, fazendo com que as soluções sejam também desprovidas de estarem diretamente referidas à realidade. Ou seja, há uma universalização dos conflitos, ainda que eles tenham raízes não universalizáveis.

Tomar a justiça comunitária como instrumento eco-pedagógico-comunicacional de autocomposição de conflitos é tornar possível uma concepção de direito e de justiça muito mais próximos da realidade. Legitimar tais práticas é legitimar uma justiça próxima dos cidadãos porque é por eles manufaturada (não no sentido próprio de um “estado de natureza”, mas numa perspectiva de autonomia e emancipação pró-societária), é atender ao conceito de cidadania que permeava a teoria política aristotélica: cidadão é aquele que delibera e decide (Aristóteles, 1993)⁸.

É também por este motivo que a justiça comunitária pode ser tomada como uma prática jurídica popular inovadora. Primeiro porque trabalha com um conceito de liberdade que se contrapõe àquele desenhado pela modernidade — nela o indivíduo é livre *da* comunidade. A concepção de integração social que é pressuposto para a prática da justiça comunitária nos moldes aqui defendidos, prescreve a condição humana de liberdade *na* comunidade. Não se pode pensar o significado de ser e estar no mundo a par da pertença ao local pelo qual se identifica no mundo. O sujeito age, interage, troca, constitui-se a partir da sua identificação com valores, princípios, convicções que não se postulam no isolamento, mas, ao contrário, na comunhão. E conviver constitui-se em algo complexo, que pode vir a gerar conflitos. Se estes são compostos levando em conta o contexto no qual se produzem, de forma não universalista, de maneira consensual, de modo a valorizar e buscar preservar os laços afetivos que cimentam as relações humanas tem-se uma grande probabilidade destes conflitos gerarem transformações sociais positivas.

Também é inovadora, se legitimada como mecanismo de conscientização e organização da comunidade, na medida em que se contrapõe ao processo de exclusão, produto da perversidade de um modelo de sociedade capitalista-liberal-individualista moderna. Quando as

⁸ Cumpre lembrar que a concepção aqui adotada de cidadania não se estabelece a partir dos mesmos critérios defendidos pelo Estagirita. Não se pode esquecer que, para Aristóteles, mulheres, jovens e escravos, por exemplo, não participavam dos processos de decisão sobre o bem da *pólis*. O que se apropria aqui, da tradição aristotélica, é a noção de que se considerado cidadão todo aquele que participa dos processos decisórios. Numa sociedade democrática, esta condição deve estender-se a todos, sem distinção.

próprias pessoas envolvidas no conflito se autodeterminam na busca de uma solução para o seu problema, empoderam-se de seus direitos e constituem-se enquanto sujeitos emancipados e construtores de sua própria história.

A justiça comunitária desmistifica o direito na medida em que trabalha com a valorização dos saberes e conhecimentos produzidos a partir da própria convivência social, saberes estes que são manifestações de consensos construídos com base na capacidade dialógica de cada membro desta comunidade, considerando-se para tanto, a sua condição de ser político. Da mesma forma, contribui para uma politização das demandas, permitindo uma exegese socialmente orientada, não meramente reativa, mas também preventiva dos conflitos.

Assim como o faz Dussel (2007: 21), entende-se que o *privado-público* traduz-se nas diversas posições ou modos do exercício da intersubjetividade. A intersubjetividade, desta forma, contém a trama de onde se desenvolve a objetividade das ações e das instituições e, por outro lado, é também um *a priori* da subjetividade, uma vez que sempre é um momento constitutivo anterior, gênese passiva. Isto posto, a democracia é “uma instituição política *objetiva*, que origina ao mesmo a intersubjetividade tolerante dos cidadãos desde o berço, como suposto *subjetivo*”. Ou seja, “toda subjetividade é sempre intersubjetiva”.

Compreende-se como privado o agir do sujeito em uma posição intersubjetiva “tal que se encontre protegido da presença, do olhar, do ser agredido pelos outros membros dos múltiplos sistemas intersubjetivos dos quais forma parte” (Dussel, 2007: 21). Seria uma prática externa ao campo político. O público, ao contrário, é o modo que o sujeito adota como posição intersubjetiva em um “campo *com outros*”, de acordo com Dussel (2007: 22); modo que permite a função de “ator”, cujos “papéis” ou ações se “representam” frente ao olhar de todos os outros atores; papéis definidos do relato ou narrativa fundante de um certo sistema político. Assim, a política é sinônimo do público e a ética está diretamente vinculada à política, portanto ao público, na medida em que não se pode pensar no agir ético sem a presença do outro.

De acordo com Bittar (2005: 816-817), o espaço público pressupõe a liberdade de encontros comunicativos, o que, de certa forma,

significa que sua espontaneidade não é determinada nem pela mídia, nem pelo governo e nem por outras forças totalizantes. Assim: “[...] A noção de esfera pública é, portanto, incentivadora do pluralismo, do encontro da diversidade, do incremento da politicidade nas sociedades modernas diferenciadas e complexas, pois os critérios de entrada e participação não estão vinculados a pressupostos totalizantes”.

Por outro lado, se a interação social é um processo de descoberta e confirmação das identidades, se por intermédio dela o sujeito se constitui e dá sentido à vida, se a partir dela criam-se as bases para decidir quais objetivos e caminhos serão seguidos, separadamente ou coletivamente, quando se está diante de um conflito pode-se perceber, momentaneamente, uma quebra neste processo. Através da justiça comunitária e sua prática transformativa —que considera o conflito como uma oportunidade de transformar(-se), as pessoas têm a possibilidade de reavaliar, reafirmar, reconstruir seus objetivos e identidades, enxergando no outro a condição de possibilidade disso. Some-se a isso, a possibilidade que as pessoas têm —investidas e apropriadas de sua condição de ser livre na comunidade, sendo o exercício dessa liberdade definido a partir da interação no plano político enquanto pertencente a uma comunidade— de recapturar seu senso de competência e conexão, reverter o ciclo negativo do conflito, restabelecer uma interação construtiva, e seguir adiante com uma postura positiva (Bush, Folger, 2005: 53).

Essa potencialidade de “ser livre *na* comunidade” pressupõe, por um lado, a identificação com os valores comuns construídos consensualmente como algo a ser preservados no convívio social, e, por outro, a possibilidade de escolha. Afinal, como bem ensina Paulo Freire (2008: 71), “[o] que caracteriza o comportamento comprometido é a capacidade de opção”.

Por fim, quando se defende um resgate do conceito de comunidade como espaço de interação social onde as práticas de justiça comunitárias possam vir a se constituir enquanto instrumento de incremento na construção dos consensos —acerca das normas de convívio social ou sobre a forma de restabelecimento dos laços sociais abalados pelos conflitos— o que se defende, pragmaticamente, é um resgate da democracia. Afinal, “as democracias são significativamente enfraquecidas se as pessoas não agem como livres seres autônomos” (Pavlich, 1996: 04).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As ideias aqui apresentadas partem de uma necessidade de se identificar as consequências do rearranjo social fruto da modernidade, contrapondo-se socialização e individualização a partir do cotejo dos conceitos de sociedade e comunidade, em especial a partir dos teóricos do comunitarismo e suas perspectivas críticas, para tomar como privilegiado o conceito de comunidade de vítimas como elemento justificador para a defesa da justiça comunitária enquanto elemento de resgate do público e do político a partir de sua prática.

Espera-se que, a partir da presente provocação, o percurso argumentativo tenha desvelado um dos tantos vieses críticos à modernidade, que, neste caso, compreende a constatação dos efeitos nefastos do individualismo e desnuda os limites da razão instrumental moderna, consignados na imposição de um arranjo social que se materializa naquilo que se denomina *sociedade*.

A despeito da promessa de que, desta forma organizado e estruturado, o convívio social —desde sua formação até sua manutenção— pautar-se-ia pela igualdade e liberdade, o que emana como resultado é impossibilidade de reconhecimento mútuo nas relações jurídicas e políticas e nas fórmulas tradicionais de composição de conflitos.

O texto é um convite à aposta na capacidade do ser humano de ascender à condição de construtor de sua própria história, pois remete à potencialidade que os conflitos têm de transformar a realidade e de recolocar as pessoas enquanto seres livres e partícipes diretos na construção de acordos a partir da identificação de necessidades comuns, remetendo a um difícil, porém salutar e urgente exercício de democracia. Aposta-se, então, na efetividade dos direitos humanos comunitários e no resgate da capacidade dialógica e do exercício da liberdade das pessoas, soterrados pela modernidade.

É, ainda, uma abordagem que convoca a um repensar sobre a figura do Estado como detentor do monopólio da produção e distribuição do direito e da justiça. Afinal, como diziam Negri e Hardt (1994), quando os sujeitos se tornarem produtores autônomos de riqueza, conhecimento e cooperação, sem a necessidade de um comando externo, não haverá razão para um poder soberano externo ao seu próprio.

REFERÊNCIAS

- Aristóteles. (1983). *Política*. Ed. bilingüe y Traducción de Maria Araújo y Julián Marías. Madrid, Espanha: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales.
- Bauman, Z. (2001). *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro, Brasil: Jorge Zahar Editor.
- (2003). *Comunidade: A busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro, Brasil: Jorge Zahar Editor.
- Begin, L. (2003). “Sociedade”. En Canto-Sperber, M. (Org.), *Dicionário de Ética e Filosofia Moral* (pp. 602-608). v. 2. São Leopoldo, Brasil: Editora Unisinos.
- Bittar, E.C.B. (2005). “A discussão do conceito de direito”. En *Boletim da Faculdade de Direito*, 81, 816-17.
- Bush, R. B. Y Folger, J. P. (2005). *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*. San Francisco, Estados Unidos da América: Jossey-Bass.
- Delanty, G. (2000). *Modernity and Postmodernity: Knowledge, Power and the Self*. London/Thousand Oaks/New Delhi: SAGE.
- Dumont, L. (1987). *Ensayos sobre el individualismo. Una perspectiva antropológica sobre la ideología moderna*. Madrid, España: Alianza Editorial.
- Dussel, E. (2002). *Ética de la liberación: en la Edad de la Globalización y de la Exclusión*. Madrid, España: Trotta.
- (2007). *20 Tesis de Política*. Buenos Aires, Argentina: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO). São Paulo, Brasil: Expressão Popular.
- Freire, P. (2008). *Educação como prática da Liberdade*. Rio de Janeiro, Brasil: Paz e Terra.
- Honneth, A. (2003). “Comunidade”. En Canto-Sperber, M. (Org.), *Dicionário de Ética e Filosofia Moral* (pp. 288-292). v. 1. São Leopoldo, Brasil: Editora Unisinos.
- Kymlicka, W. (2003). “Comunitarismo”. En Canto-Sperber, M. (Org.), *Dicionário de Ética e Filosofia Moral* (pp. 292-298). v. 1. São Leopoldo, Brasil: Editora Unisinos.
- Macintyre, A. (1991). *Justiça de quem? Qual racionalidade?* São Paulo, Brasil: Loyola.
- (2001). *Depois da virtude*. Bauru/SP, Brasil: EDUSC.
- Mulhall, S. y Swift, A. (1992). *Liberals and Communitarians*. Oxford, United Kingdom: Basil Blackwell.
- Negri, A. y Hardt, M. (1994). *Labor of Dionysus: A Critique of the State-Form*. Minneapolis/Minnesota, United States of America: University of Minnesota Press.

- Pavlich, G. (1996). "*The Power of Community Mediation: Government and Formation of Self-Identity*". En *Law and Society Review*, 4(v. 30), 707-34.
- Rawls, J. (1993). *Uma teoria da justiça*. Lisboa, Portugal: Presença.
- Santos, B. de Sousa (2007). *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo, Brasil: Cortez.
- Sennett, R. (1988). *O declínio do homem público: as tiranias da intimidade*. São Paulo, Brasil: Companhia das Letras.
- (1997). *Vida urbana e identidad personal: los usos del desorden*. Barcelona, España: Península.
 - (2006). *A corrosão do caráter*. Rio de Janeiro, Brasil: Record.
- Taylor, C. (1989). *Fuentes del yo: la construcción de la identidad moderna*. Barcelona/Buenos Aires/México: Paidós.
- (1994a). "*The Politics of Recognition*". En Taylor, C. et alli. *Multiculturalism: examining the politics of recognition*. New Jersey, United States of America: Princeton University Press.
 - (1994b). *La ética de la autenticidad*. Barcelona/Buenos Aires/México: Paidós.
- Walzer, M. (2003). *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo, Brasil: Martins Fontes.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*



www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- ★ Biblioteca Virtual
- ★ Herramientas Salariales
- ★ Calculadoras de tasas y pensiones
- ★ Tirant TV
- ★ Personalización
- ★ Foros y Consultoría
- ★ Revistas Jurídicas
- ★ Gestión de despachos
- ★ Biblioteca GPS
- ★ Ayudas y subvenciones
- ★ Novedades

 96 369 17 28

 96 369 41 51

 atencionalcliente@tirantonline.com

 www.tirantonline.com