Crítica jurídica

Nueva Época

Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho

Número 6

Enero-Diciembre 2024

Publicación anual

Crítica jurídica

Nueva Época

Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho

Número 6
2024

Crítica Jurídica A.C.

Crítica jurídica
Nueva Época

Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho

Crítica Jurídica Nueva Época. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho es una publicación anual de Crítica Jurídica A.C. (México). Cuenta con la paticioacion académica de varias instituciones de las que se encuentran las siguientes:

Universidad Nacional Autónoma de México- UNAM
Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil
Ecossistema Declatra – Defesa da Classe Trabalhadora
Faculdades do Centro do Paraná - UCP
Faculdades Integradas do Vale do Ivaí - Univale

Director *In memoriam*: Dr. Óscar Correas Vázquez
Coordinadora Editorial: Mtra. Marisela Acosta Rojas
Editor para este número: Julio Moreira

ISSN: 0188-3968. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo: 04-2022-041117164300-102 Contacto: cri_jur@yahoo.com.mx criticajuridica1@gmail.com www.criticajuridica.org

REVISTA ARBITRADA. Evaluada bajo la modalidad doble ciego.

Derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta publicación sin la autorización previa y por escrito de Crítica Jurídica A.C. Las opiniones expresadas por las personas autoras no reflejan la postura de la revista ni de la institución responsable de su publicación.

Crítica Jurídica | Nueva Época
Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho

Director
In memóriam
Oscar Correas Vázquez †

Coordinadora editorial
Marisela Acosta Rojas

Crítica Jurídica a. c.

Consejo Editorial

Alicia González Vidaurri
Universidad Nacional Autónoma de México

Alma Guadalupe Melgarito Rocha
Universidad Nacional Autónoma de México

Amanda Villavicencio Peña
Universidad Nacional Autónoma de México

Aníbal D'Auria
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Arturo Berumen Campos
Universidad Nacional Autónoma de México

Augusto Sánchez Sandoval
Universidad Autónoma Metropolitana, México

Carlos Ordoñez Mazariegos
Universidad Autónoma de la Ciudad de México

Daniel Sandoval Cervantes
Universidad Nacional Autónoma de México

Elina Ibarra
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Eros Roberto Grau
Universidad de São Paulo, Brasil

Humberto Rosas Vargas
Universidad Nacional Autónoma de México

Jaqueline Ortiz Andrade
Universidad Autónoma de México

Jorge Witker
Universidad Nacional Autónoma de México

José Gandarilla
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

José Rolando Emilio Ordoñez †
Universidad Nacional Autónoma de México

Juan Ramón Capella†
Universidad de Barcelona, España

Laura Prieto
Universidad Nacional Autónoma de México

Marcos Navas Alvear
Universidad Central del Ecuador, Ecuador

Peter Fitzpatrick†
Birkbeck, University of London, Inglaterra

Walter Mondelo
Universidad de Oriente, Cuba

Wanda Capeller
Instituto.de Ciencias Sociales y Políticas de Toulouse, Francia

Wilson Ramos Filho
Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil

Diseño de Producción

Diseño Editorial.....Rebeca S. Guerrero Islas

Índice

Desenmascarado al Derecho Penal –Del enemigo – una aproximación desde la Crítica de la Economía Política
Alejandro Jeremías Quezada Barrionuevo 07

"Una tierra sin gente…": El genocidio en Palestrina y los artificios de la imaginación colonial
José Emiliano Márquez García 67

En las márgenes del Derecho Internacional: El Derecho a la Autodeterminación Quilombola en el contexto de la frontera entre Brasil y Uruguay
José Luiz de Moura Filho
Gabriel de Oliveira Soares 85

A 100 anos da Teoria Geral do Direito e Marxismo: Qual o sentido de estudar Pachukanis
Júlio da Silveira Moreira 125

La importancia de la no- propiedad con un sentido alterno originário a la propiedad absoluta
Amanda Villavicencio Peña 139

Reseña del libro: ¿Qué es el Estado? Y otros escritos anarquistas Autora Elina Ibarra
Humberto Rosas Vargas 164

Desenmascarando al derecho penal —del enemigo—
Una aproximación desde la Crítica de la Economía Política
Unmasking the criminal law —of the enemy—
An approach from the Critique of Political Economy

Alejandro Jeremías Quezada Barrionuevo[1]

El develamiento de las raíces de una ideología es el verdadero preludio de su fin.

Evgeny Pashukanis.

Resumen

Este trabajo pretende esbozar una explicación científica del fenómeno jurídico conocido como el "derecho penal del enemigo", partiendo de las categorías de la Crítica de la Economía Política. El análisis se enmarcará específicamente en la contradicción interna del Derecho Penal entre los principios de retribución y prevención, así como entre las tendencias teórico-prácticas del garantismo y el funcionalismo. Bajo ese lineamiento, se abordará la concepción brindada por Günther Jakobs del "derecho penal del enemigo", así como algunos comentarios a las propuestas de sus críticos, todo ello desde los lineamientos de una crítica que trascienda los estrechos márgenes de las posturas ya harto-conocidas al interior de la teoría del derecho.

Palabras clave: Derecho penal del enemigo, crítica de la Economía Política, crítica del derecho, Karl Marx, Evgeny Pashukanis, Günther Jakobs, funcionalismo, garantismo.

Abstract

This work aims to outline a scientific explanation of the legal phenomenon known as the "enemy criminal law", based on the categories of the Critique of Political Economy. The analysis will specifically frame the internal contradiction of Criminal

1 Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Agradezco a Myriam Barrionuevo, Brenda Bayona y a mi profesor Robinson Gonzales, que se tomaron la molestia de leer el borrador de este artículo y motivarme a su publicación.

Law between the principles of retribution and prevention, as well as between the theoretical-practical trends of garantismo and functionalism. In this context, the conception provided by Günther Jakobs of "enemy criminal law" will be addressed, along with some comments on the proposals of his critics, all from the perspective of a critique that transcends the narrow margins of the already well-known positions within legal theory.

Key words: Enemy criminal law, critique of Political Economy, critique of law, Karl Marx, Evgeny Pashukanis, Günther Jakobs, functionalism, garantismo.

Sumario

1. Introducción, 2. Crítica de la Economía Política como marco referencial, 3. Derecho privado y derecho público, 4. Orígenes del derecho penal, 5. Contradicción en el derecho penal, 6. El derecho penal del enemigo, 7. Todo enemigo es enemigo de clase, 8. Bibliografía.

1. Introducción

El presente trabajo pretende esbozar una aproximación científica, establecer un marco referencial y contribuir al debate sobre el carácter del derecho penal del enemigo, partiendo desde laCrítica a la Economía Política; en miras a actualizar el desarrollo de la crítica inmanente de la sociedad, siendo el presente un estudio que se encuentra enmarcado en la propuesta teórico-práctica que enarboló la ortodoxia marxista: la crítica del Derecho.

Nuestro objetivo responde a la necesidad práctica que surge de la exacerbación de las contradicciones entre las clases sociales que se vienen desarrollando en la sociedad peruana, en cuyo contexto la burguesía trae consigo una serie de propuestas normativas, políticas e ideológicas que, precisamente, sirven para aplastar el avance del proletariado en el desarrollo de estas pugnas. La finalidad de nuestro objetivo no abraza, sino un fin eminentemente práctico: servir como fundamento teórico para enarbolar una propuesta práctica coherente que le haga frente al avance de la ciencia

burguesa (*doctrina del derecho*) que busca legitimar la persecución y eliminación de los elementos más avanzados del proletariado.

Para ello, partiremos de las propuestas realizadas por los dos más grandes representantes de la crítica marxista en el campo del derecho: Oscar Correas y Evgeny Pashukanis. En primer lugar, Oscar Correas, en lo desarrollado de la tendencia teórica denominada Crítica Jurídica Latinoamericana sostiene que una *ciencia del derecho* no sería sino aquella que consiste en "la exposición misma del universo jurídico" siendo "a la vez un cuadro del sistema y la crítica del sistema a través de su propia exposición"[2], de modo que "la sola exposición del derecho sin tapujos es la crítica del mismo de la sociedad que lo genera"[3].

Oscar Correas menciona que "los fenómenos sociales aparecen a veces de modo que ocultan su verdadero fondo"[4], siendo que la "esencia está «oculta» por las formas exteriores o «apariencia» del fenómeno o la cosa"[5]. A su vez, ello implica que en la sociedad capitalista la realidad está *invertida*, puesto que nos muestra solo la envoltura que contiene las determinaciones de dicha sociedad: "es el mundo social el que está invertido, el que oculta su propio fondo"[6].

Oscar Correas señala que la tarea de develar dicha apariencia "consiste en advertir la inversión de lo real" y por ello, dicha tarea es "crítica, de la sociedad y de la ciencia que la estudia", puesto que "en esa sociedad donde existe semejante inversión, se genera una ciencia de lo aparente que capta precisamente la realidad tal cual es: invertida"[7]. Precisamente hacia esas tendencias teóricas que pretenden esconder la "esencia" de la realidad y no hacen más que reproducir los fundamentos de la realidad presente, es lo que se pretende hacer objeto de la crítica.

---

2 Óscar Correas, "¿Una dialéctica del derecho? (Acerca del libro de E.B. Pashukanis, La teoría general del derecho)". *Dialéctica*, vol. 3, núm. 4, 1978, p. 246.

3 Óscar Correas, *Introducción a la crítica del derecho moderno (esbozo)*, México, Fontamara, 2013, p. 73.

4 Ibidem, p. 40.

5 Ibidem, p. 41.

6 Idem.

7 Idem.

Nuestra tarea irremediablemente tiene que ser desentrañar la *esencia* de la *apariencia*, únicamente así podremos evitar instalarnos en una práctica fetichizada que impida la transformación del mundo[8]. Es decir, tenemos que evitar una práctica que se limite al análisis superficial de la realidad concreta y no ahonde en sus determinaciones internas, siendo que esta deviene en la reproducción de las formas y de la lógica de dicha inversión. De este modo podremos sostener una ciencia del derecho que tenga el objetivo de generar "el conocimiento de la sociedad (…), al mismo tiempo que aporte fundamental para su transformación"[9], una ciencia jurídica que sea un "instrumento apto para la transformación social"[10].

Es preciso señalar que el análisis de Óscar Correas se sostiene en la propuesta de Karl Marx esbozada en sus manuscritos inéditos, ordenados en el primer tomo de los Grundrisse o "Elementos fundamentales para la crítica de la economía política" cuando este último menciona que "lo concreto es concreto porque es la síntesis de múltiples determinaciones"[11]. Para Karl Marx la realidad concreta, realidad inmediata que se despliega ante nuestra conciencia, no sería, sino la forma que adoptan las determinaciones de dicha realidad, es decir, es la *apariencia* que toma la *esencia* de dicha realidad: el desarrollo de dicha *esencia* de la realidad tiene que darnos por resultado la realidad presente.

En este orden de ideas, el gran jurista soviético Evgeny Pashukanis, quien fue uno de los primeros en realizar una crítica marxista del derecho, lo sintetiza de la siguiente manera:

> "En este caso, igualmente la totalidad concreta, sociedad, población y Estado, debe ser el resultado y la etapa final de nuestras búsquedas, y no ya su punto de partida. Cuando se procede de lo más simple a lo más complejo, cuando se va de la forma más pura del proceso a sus formas más concretas, seguimos un camino

8 Idem.

9 Óscar Correas, "¿Una dialéctica del derecho? …", op. cit., p. 250.

10 Idem.

11 Karl Marx, *Elementos fundamentales para la crítica de la Economía Política (Grundrisse): borrador, 1857-1858*, trad. de Pedro Scaron, vol. 1, 20.ª edición, México, Siglo XXI, 2007, p. 21.

metodológicamente más preciso, más claro y por lo mismo, más correcto que cuando se avanza tanteando, no teniendo delante de sí nada más que una difusa e indiferenciada representación de la totalidad concreta."[12]

Lo expuesto nos señala que el derecho tiene que estudiarse no como un objeto del cual tenemos que partir, sino todo lo contrario: es donde nuestro análisis tiene que desembocar. El derecho, pues, forma parte de la realidad concreta, la cual tenemos por tarea desenmascarar y, por ende, desenmascarar la verdadera *esencia* del derecho. Ello implica inevitablemente desarrollar la crítica de la *doctrina del derecho*, la cual precisamente consiste en reproducir dicha inversión de la realidad concreta a la que hace alusión Óscar Correas, es decir, que contribuyen al fetichismo de la *apariencia*, en el campo de la teoría.

2. Crítica de la economía política como marco referencial

El sustento material del avance de la sociedad se encuentra en la lucha de clases y en el capitalismo, en particular, de la lucha entre la burguesía y el proletariado. Esta es la contradicción principal desde la que tenemos que partir. Por ello, en las siguientes líneas trataremos de dar los alcances necesarios al respecto.

Los sujetos en el capitalismo se relacionan mediante sus mercancías. Nos encontramos ante una relación social indirecta, mediada por las mercancías, cuya mediación va a engendrar la conciencia de ambos participantes de aquella relación, determinándolas como personificaciones de las potencias sociales objetivadas en las mercancías que participan de esa relación[13]. El burgués no es sino la personificación del capital y el

12 Evgeny Pashukanis, *Teoría general del derecho y marxismo*, trad. de Virgilio Zapatero, 1.ª ed., España, Editorial Labor, 1976, p. 54.

13 Juan Iñigo, "El capital: determinación económica y subjetividad política", México, Crítica Jurídica, núm. 34, 2012, p. 55.

proletario la personificación de su fuerza de trabajo: así entran en contacto ambos en la relación social[14].

Ello nos indica que se trata de una relación donde el carácter personal de los sujetos pasa a un segundo plano y por ende no puede ser una relación social de carácter directo. No obstante, si en un plano interno de la dinámica de esta relación social entre los portadores de mercancías se puede evidenciar que se trata de una relación indirecta, en un plano externo[15], la relación va a adquirir un carácter *directo*. Es decir, existirá a la vez de una relación social indirecta, también una relación social directa que brote de ella. Como menciona Karl Marx, "las mercancías no pueden ir por sí solas al mercado ni intercambiarse ellas mismas"[16]. Es decir, que para que exista un intercambio de mercancías se necesita que los portadores de las mercancías interactúen entre sí, generando con ello un tipo de relación *directa* entre ellos.

Efectivamente, Pashukanis da cuenta de este fenómeno y señala que:

> "La conexión social de los hombres en el proceso de producción, objetivada en productos del trabajo y que reviste la forma de una regularidad espontánea, exige para su realización una relación particular entre los hombres en tanto que individuos que disponen de productos, es decir, como sujetos cuya «voluntad domina en las cosas»."[17]

Este tipo de relaciones directas se tratan, pues, de las relaciones jurídicas, que no son sino la *apariencia* que toman las relaciones mercantiles entre los portadores de mercancías. Lo que podríamos denominar como *superestructura jurídica* serían las relaciones que nacen a la par que las relaciones mercantiles y entrañan la lógica del intercambio: mientras que las relaciones mercantiles son relaciones indirectas entre los

14 Idem.

15 Al que llamaremos plano *fenoménico.*

16 Karl Marx, *El capital/ El proceso de producción del capital*, trad. de Pedro Scarón, vol. 1., 28.ª edición, México, Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 103.

17 Op. cit., p. 95.

sujetos[18], las relaciones jurídicas son las relaciones directas entre los sujetos. Relación mercantil y relación jurídica son dos caras de la misma moneda: sin mercancía no hay relación jurídica. Pashukanis nos señala ello:

> "(…) La vida social se escinde, por una parte, en un conjunto de relaciones objetivadas de formación espontánea (tales son todas las relaciones económicas: nivel de precios, tasa de plusvalía, tasa de beneficio, etc.), esto es, de relaciones en las que los hombres no nos dicen más de lo que nos dicen las cosas. Por otra parte, en relaciones en las cuales el hombre no se determina de otra forma que, por su contraposición a la propia cosa, es decir, como sujeto, en relaciones jurídicas. Son estas dos formas fundamentales que se diferencian entre sí en principios y que, sin embargo, están estrechamente unidas del modo más estricto y se condicionan recíprocamente. La conexión social, productiva, se presenta en dos formas incoherentes: como valor de la mercancía y como capacidad del hombre de ser sujeto de derechos."[19]

A su vez, las relaciones jurídicas se constituyen en la interacción entre las categorías jurídicas: las cosas, las personas, los contratos, etc. Las cuales no son, sino, la manifestación *fenoménica* (el ropaje, el envoltorio jurídico) de los elementos de la relación mercantil: las mercancías, los portadores de mercancías, el intercambio equivalente, etc. Las relaciones jurídicas son la mistificación de las relaciones mercantiles: enmascaran y ocultan la esencia de las categorías y las mismas relaciones jurídicas. La forma jurídica no es sino la contraparte de la forma mercantil. Las relaciones jurídicas invierten el orden de las cosas y le otorgan el lugar determinante a los fenómenos que son más bien los determinados. Como menciona Pashukanis, "el fetichismo de la mercancía se completa con el fetichismo jurídico"[20].

Por otro lado, las normas jurídicas serían la positivización de estas relaciones jurídicas y legitiman su realización concreta en el marco de la sociedad burguesa.

18 Por la interacción directa de las mercancías que reúne a sus propietarios en calidad de sus *personificaciones*.

19 Op. cit., p. 95-96.

20 Op. cit., p. 95.

La norma de acuerdo Pashukanis, "es una inferencia de relaciones ya existentes, o bien no representa, cuando es promulgada como ley estatal, más que un síntoma que permite prever con cierta verosimilitud el futuro nacimiento de las relaciones correspondientes"[21].

Tenemos ante nosotros, pues, que el derecho se encuentra irremediablemente atado no solo a las formas, sino al fundamento de la sociedad capitalista y, por ende, está dirigido a afirmarla.

3. Derecho Privado y Derecho Público

Ahora bien, en el derecho existe una clara división en el marco de la sociedad burguesa: el derecho objetivo y el derecho subjetivo, o como también son denominados: el derecho privado y el derecho público. Haciendo a un lado las diferencias que se plantean en el marco de la doctrina jurídica, a efectos de la brevedad del presente artículo, abordaremos la diferencia entre ambos desde la Crítica a la Economía Política.

Desde nuestra perspectiva, podemos afirmar que derecho privado es aquel que se adscribe a la controversia derivada de la realización de las pretensiones de los intereses particulares, que emerge de la misma actividad de intercambio, como, por ejemplo, la relación entre el acreedor y el deudor. Por otra parte, el derecho público emerge de la división entre la sociedad civil y el estado político *que se abstrae de sus bases* y se posiciona como un ente social por encima de las clases sociales con carácter *neutral*.

La forma jurídica encuentra su plenitud en el derecho privado al ser precisamente el intercambio donde nace. La lógica del derecho es, pues, la lógica del intercambio equivalente que no es otra cosa que la lógica de un *trato justo* que encontramos en la circulación mercantil. Por ello, la crítica del derecho inevitablemente parte del análisis del Derecho Civil, tal como Óscar Correas y Evgeny Pashukanis lo hacen en su obra[22]. Ahora bien, la función principal del Estado es ejercer la dominación

21 Op. cit., p. 74.

22 Tanto en *Teoría General del Derecho y Marxismo* y en *Introducción a la crítica del derecho moderno (esbozo)*, podemos apreciar que ambos teóricos parten del derecho civil no por una decisión antojadiza, sino por una

de una clase sobre otra mediante el uso de la violencia organizada siendo que dicha dominación está dirigida a perpetuar un status quo, es decir, a preservar el estado de cosas existente, es necesario aquí recordar a Lenin cuando menciona que es "un órgano de dominación de clase, un órgano de opresión de una clase por otra es la creación del «orden» que legaliza y afianza esta opresión, amortiguando los choques entre las clases"[23]. La función primordial del Estado no es, sino *afirmar* el modo de producción vigente, y, por ende, las relaciones que lo sustentan, es decir, las relaciones mercantiles. El Estado se encarga de garantizar la circulación de mercancías y de su correcto desenvolvimiento[24].

Ahora bien, las potestades del Estado para poder garantizar el tráfico de mercancías y el mantenimiento del estado de cosas existente vienen otorgadas por *derechos*. Estos derechos, por ejemplo, los podemos encontrar en la Constitución Política del Perú, en los Decretos Legislativos, en el Código Penal, etc. La forma jurídica que se encuentra diseñada por la lógica mercantil va a extenderse al amparo de la necesidad de legitimar al Estado para el cumplimiento de sus funciones. Esto conlleva la asunción de que el Estado es *el consenso de todas las voluntades particulares que lo conforman*, tomando el lugar del *interés general despersonalizado*, donde toda función social asume una caracterización jurídica, y de este modo, actúa como un sujeto jurídico (y se le otorgan *derechos* y *obligaciones*)[25]. Sin embargo, dicha extensión de la lógica jurídica al derecho público va a traer dificultades que hacen que el derecho público siempre busque definiciones, conceptos o incluso instituciones del derecho privado[26].

Asimismo, el derecho público al asumir *el consenso entre las diversas voluntades individuales* va a presentar otro problema particular: la contradicción entre *técnica* y la *norma jurídica*. La técnica, de acuerdo a Pashukanis, se caracteriza por la *unidad*

---

cuestión de método: el análisis tiene que partir de la mercancía.

23 Vladimir Lenin, *El estado y la revolución*, República Popular China, Ediciones en Lenguas Extranjeras Pekin, 1966, p. 8.

24 Óscar Correas, *Introducción a la crítica…, op. cit.*, p. 81.

25 Evgeny Pashukanis, *Teoría general del derecho…, op. cit.*, p. 86.

26 Idem.

de fines, mientras que "la premisa fundamental de la reglamentación jurídica es, por consiguiente, el antagonismo de los intereses privados… el momento jurídico comienza allí donde comienza el aislamiento y la oposición de los intereses"[27]. El derecho público, en realidad, no es sino la mistificación de las funciones sociales del Estado bajo el ropaje de las formas jurídicas y aquí es donde encontramos una particularidad del derecho público[28].

En el derecho público, la forma jurídica, a diferencia del derecho privado, no solo puede contener el interés económico de las partes, sino que alberga, dentro de sí, una posición política. Es decir, las pugnas políticas revisten la forma de pugnas jurídicas y en última instancia, revisten la forma de un juicio. Al respecto, a lo que nos referimos es lo que Friedrich Engels señala que la pugna de intereses económicos, conforme se desarrolla la división del trabajo, *reviste distintas formas en las distintas esferas de la vida del hombre*, las cuales adquieren cierta independencia, pero no dejan de encontrarse unidas:

> "La sociedad da origen a ciertas funciones comunes de las cuales no puede prescindir. Las personas elegidas para realizar estas funciones constituyen una nueva rama de la división del trabajo dentro de la sociedad. De esta manera adquieren intereses particulares, distintos, también de los intereses de quienes los emplearon; se independizan de estos últimos, y he aquí el Estado. Y, en lo sucesivo, el desarrollo es el mismo que el del comercio en mercancías y, más tarde, el comercio en dinero; la nueva fuerza independiente, si bien debe seguir en lo esencial el movimiento de la producción, también, debido a su independencia interna (la independencia relativa que se le confiriera en un principio y que se sigue desarrollando) vuelve a actuar, a su vez, sobre las condiciones y el curso de la producción. Es la interacción de dos fuerzas desiguales: por una parte, el movimiento económico; por la otra, el nuevo poder político, que aspira a la mayor independencia posible y que, una vez establecido, tiene también él,

27 Ibidem, p. 67.

28 Ibidem, p. 86.

movimiento propio. En conjunto, el movimiento económico se abre camino, pero también debe sufrir reacciones del movimiento político que estableció, que tiene él mismo, relativa independencia: del movimiento del poder estatal, por una parte, y por otra, de la oposición simultáneamente engendrada. (…) así también la lucha entre las clases que existen y en conflicto…; pero también en forma invertida, no ya directa sino indirectamente, no como lucha de clases, sino como lucha por principios políticos"[29]

Tal como lo señala, así como en la esfera política se pugnan intereses económicos revestidos de principios políticos, la esfera jurídica pública es el envoltorio de la pugna de intereses políticos que se encuentran revestidos por principios jurídicos y que, en última instancia nos remiten a intereses económicos. No obstante, Engels más adelante señala que "el curso del «desarrollo del derecho» solo consiste en gran medida: primero, en la tentativa de eliminar las contradicciones provenientes de la traducción directa de las relaciones económicas a principios jurídicos y de establecer un sistema jurídico armonioso; y luego en las repetidas brechas que se producen en este sistema por influencia y presión del desarrollo económico posterior, que lo arrastran a nuevas contradicciones"[30], cercando con ello la posibilidad de enmarcar a la forma jurídica en un plano político y acercarlo a un plano más económico, pero se debe tomar en cuenta que él mismo señala que "por el momento solo habla de derecho civil"[31]. El derecho privado se encuentra mucho más próximo a la pugna eminentemente económica, siendo que se desenvuelve en el tráfico directo de mercancías y pocas veces se podrá obtener jurisprudencia, doctrina o normas que expongan de manera *explícita* una posición política[32]. Queda aclarado, entonces, el punto de que Engels se refiere solo al campo del derecho privado y específicamente, el derecho civil.

---

29 Karl Marx y Friedrich Engels, "Carta a Konrad Schmidt del 27 de octubre de 1890", *Correspondencia*, Buenos Aires, Editorial Cartago SRL, 1973, p. 383.

30 Ibidem, p. 384.

31 Idem.

32 Obviando, claro está, que todo el Código Civil es una eminentemente obra cuya posición política es afirmativa al sistema capitalista. No obstante, es posible encontrar jurisprudencia, normas o doctrina que remitan

Continuando con el derecho público, este se enmarca en las funciones sociales del estado: se encarga de regularlas y legitimarlas. ¿Dónde entra lo político? Las funciones sociales responden a las necesidades determinas por los intereses de las clases sociales en el marco de la lucha de clases. Para poder cumplir con estas funciones e incluso para poder admitir la creación de nuevas funciones y de eliminar otras, se requiere un tipo de *dirección* que va a orientar el tratamiento de dichas funciones. Dicha dirección u orientación es lo conocemos como *posición política*. Cada orientación distinta viene determinada por una posición política distinta que va a conllevar diversas medidas: vas a reducir el dinero para el sector educativo y aumentar los sueldos de los congresistas, vas a aplicarle una pena desmedida a esta persona que salió a protestar, vas a eliminar el ministerio de la mujer, etc. La forma jurídica es el medio en el que pugnan las posiciones políticas, las cuales son el *fondo* del asunto. La forma jurídica, tanto las formas procesales como sustanciales, se encuentra diseñada para *pugnar*: es su naturaleza, para eso fue creada y para eso sirve. Pero a nivel del derecho público, esa pugna no se da entre meros particulares (como en el derecho privado), sino es una pugna que se da entre clases sociales. Nuestra tarea en este punto es exponer el carácter político que se esconde detrás de las pugnas jurídicas a nivel del derecho público, siendo que los juristas "se imaginan que operan con principios a priori"[33] y ello evidentemente se trata de una concepción ideológica.

Entonces, tenemos que el estado es la imposición de facto de la dominación de una clase social sobre otra, cuyas funciones sociales van a ser mediadas —revestidas— por la forma jurídica y por ende, por la lógica del intercambio equivalente. El estado no se trata de un sujeto jurídico, sino de un "aparato especial para aplicar sistemáticamente la violencia"[34], "no es una superestructura jurídica, sino que únicamente puede ser

explícitamente a una postura política, siendo que la gran parte se encuentra *implícita*. Podemos hallar diferencias en doctrina cuando nos remitimos al modelo económico señalado en la constitución de cada país vigente, el cual tiene sus consecuencias, por ejemplo, en la legislación financiera y el derecho de las obligaciones. De igual forma, en el derecho de familia podemos ver algo de lo que mencionamos.

33 Idem.

34 Vladimir Lenin, "Acerca del estado", *Obras Completas*, tomo 39, URSS, Editorial Progreso, 1981, p. 73.

pensado como tal"[35]. De este modo tenemos que el derecho público es la mistificación de las funciones sociales del Estado. Dichas funciones sociales, van a adoptar la forma jurídica y ello es precisamente lo que detiene a que se representen como simplemente funciones sociales y a sus normas como *meras reglas organizativas*, es decir, como *mera técnica*. La única forma de que aparezcan de manera totalmente sincera y expuesta las funciones sociales del Estado, es decir, que aparezcan como mera técnica, es suprimiendo la sociedad que precisamente se basa en la *unión de intereses particulares*, es decir, suprimiendo el sistema capitalista y con ello, la forma jurídica. Mientras no se supere la forma jurídica, no se podrá tampoco superar el derecho público.

4. Orígenes del Derecho Penal

Dentro del derecho público se encuentra el derecho penal y a fin de abordarlo, partiermos de lo que se conoce como *violación del derecho*:

> "La no sumisión a la norma, la violación de la norma, la ruptura de la normalidad de las relaciones y el conflicto que resulta de ello constituye el punto de partida y el contenido principal de la legislación arcaica. La normalidad, por el contrario, no es definida como tal: únicamente existe. La necesidad de fijar y determinar de manera precisa la extensión y el contenido de derechos y deberes precisos, no surge sino donde ha desaparecido la coexistencia pacífica"[36]

Ello quiere decir que la posibilidad de que exista un desacuerdo implica la existencia de intereses particulares y para ello es necesaria la noción de «individuo». Dicha noción de individualidad nace con la división del trabajo que da lugar a la propiedad privada:

> "… Pero cuando en la comunidad penetró la división del trabajo, y sus miembros empezaron a ocuparse por separado en la producción de un objeto cualquiera, vendiéndolo en el mercado, entonces surgió la institución de la propiedad

35 Evgeny Pashukanis, *Teoría general del derecho…*, op. cit., p. 86.

36 Evgeny Pashukanis, *Teoría general del derecho…*, op. cit., p. 53.

> privada como manifestación de este aislamiento material de los productores de mercancías"[37].

Es decir, que con el surgimiento de la propiedad privada se termina la coexistencia pacífica en el interior de la sociedad humana. Surge la disputa de dos intereses particulares, que para no romper con la normalidad, es decir, con las relaciones sociales establecidas, se crea la norma jurídica. Una sociedad sin disputa individual no necesita normas que tengan que delimitar esas cosas porque no existiría conflicto alguno entre particulares[38]. Al derecho privado, le corresponden dichas pugnas de carácter eminentemente patrimonial e individual.

Asimismo, el surgimiento de las relaciones jurídicas (de la lucha de intereses particulares) va de la mano con el surgimiento de la no-sumisión de la norma, de la posibilidad y/o necesidad de violar las normas, producto de ese conflicto de intereses, o mejor dicho, la no-sumisión a las relaciones jurídicas establecidas, y es precisamente ahí donde se encuentra el origen del derecho penal como una respuesta frente a esta *agresión*.

El derecho penal "tiene el poder de agredir la personalidad individual lo más directa y brutalmente posible", se encuentra, pues, "históricamente unido a la costumbre de la venganza de sangre"[39]. Asimismo, la venganza de sangre en la antigüedad no solo se daba contra aquel que te generaba un perjuicio, sino que se extendía hasta las futuras generaciones:

> "En una situación de la sociedad en la que no existen ni jueces ni leyes, la pena tiene siempre la forma de la venganza y esta permanece tanto más defectuosa, cuanto es la acción de una voluntad subjetiva y, por consiguiente, no es conforme al contenido (…) En cambio, lo injusto, no aparece para el perjudicado en su limitación cuantitativa y cualitativa, sino solo como injusto en general, y en

37 Vladimir Lenin, "Quienes son los «amigos del pueblo» y como luchan contra los socialdemócratas", *Obras Completas*, tomo 1, URSS, Editorial Progreso, 1981, p. 158.

38 La norma jurídica se arraiga en el conflicto de intereses de los portadores independientes de mercancías.

39 Evgeny Pashukanis, *Teoría general del derecho…*, op. cit., p. 144.

> la represalia él puede excederse, lo cual llevaría nuevamente a una nueva injusticia. En los pueblos incivilizados la venganza es una venganza inmortal, como entre los árabes donde solo puede ser reprimida por un poder superior o por imposibilidad de ejecución y en la mayoría de las legislaciones actuales todavía ha permanecido un resto de venganza, puesto que queda permitido a los individuos si quieren o no llevar ante el tribunal una vulneración."[40][41]

Sin embargo, la venganza se empieza a regular bajo un criterio de intercambio equivalente en cuanto se desarrolla la forma mercantil:

> "La venganza no comienza a ser regulada por la costumbre y a transformarse en una reparación según la regla del talión «ojo por ojo, diente por diente» sino cuando, al lado de la venganza, comienza a consolidarse el sistema de arreglos o de reparaciones en dinero. La idea del equivalente, esta primera idea puramente jurídica, encuentra de nuevo su origen en la forma de mercancía."[42]

Desde ahí se puede rastrear el origen histórico del delito, el cual, "puede ser considerado como una variedad particular del cambio en la cual la relación de cambio, es decir, la relación contractual, es fijada post factum; dicho de otra forma, después de la acción arbitraria de una de las partes"[43], donde "la proporción entre el delito y la reparación se reduce igualmente a una proporción de cambio…"[44] y "la sanción aparece entonces como un equivalente que compensa los perjuicios sufridos por la

40 Georg W. F. Hegel, *Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado*, trad. de Eduardo Vasquez, Madrid, Biblioteca Nueva, 2000, p. 174.

41 Cabe resaltar que en la obra se habla que el injusto no aparece *limitado ni cuantitativa ni cualitativamente*, sino que aparecía de *forma general*, lo cual no es, sino cómo los alumnos de Hegel ven el desarrollo del valor en el sistema capitalista, que otorga la posibilidad de cuantificar una cantidad de libertad abstracta en la aplicación de las penas. La *forma general* no significa, sino la incapacidad de cuantificar el daño infligido por el injusto.

42 Ibidem, p. 145.

43 Idem.

44 Idem.

víctima"[45]. El derecho penal "asume el carácter de un contrato comercial"[46]. La figura jurídica del delito tiene un componente evidentemente retributivo: si no es retributivo, es decir, si no tiene esa delimitación del intercambio equivalente, no es delito, es plena y llanamente venganza. Tan evidente es la lógica mercantil del delito que tiene en su raíz histórica atada la reparación dineraria del perjuicio que, más tarde, sería pasada a un segundo plano por las penas privativas de libertad.

Respecto al desarrollo de la pena pública, estas "fueron introducidas en su origen en razón principalmente a consideraciones de orden fiscal y sirvieron para alimentar las cajas de los representantes del poder"[47]. Por su parte, la Iglesia también imponía penas públicas, con la particularidad de que, si bien estas mantienen el carácter de un intercambio equivalente, esta *reparación* "no está ya unida inmediatamente al perjuicio producido por la víctima y no está ya fundamentada en pretensiones de esta última, sino que, adquiere una significación superior, abstracta, en tanto que castigo divino"[48]. De este modo, "la iglesia pretende asociar el carácter material del resarcimiento al motivo ideológico de la expiación y purificación y hacer así del derecho penal, construido sobre el principio de la venganza privada, un medio más eficaz de mantenimiento de la disciplina social, es decir, de la dominación de clase"[49].

De la misma forma, en el ejército "los jefes militares aplicaron dicha dominación de clase, disfrazada de disciplina militar"[50], sobre "los pueblos sometidos como sobre sus propios soldados en casos de motines, complots o simplemente desobediencia… la misma que, antes era tarea de la asamblea popular, hasta la llegada del poder real, esta función se volvió parte de las funciones del rey y se identificó con la defensa de sus privilegios"[51].

45 Idem.

46 Evgeny Pashukanis, *Teoría general del derecho…*, op. cit., p. 146.

47 Ibidem, p. 147.

48 Idem.

49 Ibidem, p. 148.

50 Idem.

51 Idem.

Podemos apreciar como existe un tránsito del derecho privado al derecho público. Ahora que los reyes tienen el poder de aplicar la disciplina social, pues lo hacen para sus fines. Se identifica, pues, los fines del derecho penal con los fines de las clases dominantes. Así se construye el derecho penal moderno como una amalgama de diversos estratos históricos[52].

Sin embargo, la finalidad originalmente económica de la jurisdicción penal se va a cambiar conforme se consolida el desarrollo de las clases sociales y el estado, siendo que ahora "el nacimiento de una jerarquía espiritual y laica hace de la protección de sus privilegios y de la lucha contra las clases inferiores oprimidas de la población, una tarea prioritaria"[53].

El derecho penal sirve abiertamente a la posición de la clase dominante en la lucha de clases, por ello mismo, Pashukanis, afirmaría que "la jurisdicción penal del Estado burgués es un terrorismo de clase organizado que no se diferencia más que hasta cierto punto de las llamadas medidas excepcionales utilizadas durante la guerra civil"[54], siendo esta *diferencia*, la lógica del intercambio equivalente sin la que no sería propiamente derecho, sino la aplicación *desmedida* de la violencia. Es evidente hasta este punto que el derecho penal se desarrolla en el marco de la fricción de dos situaciones *aparentemente* antagónicas: el uso de la violencia para la dominación de clase y a la vez, la aplicación del principio mercantil del intercambio equivalente. En la misma línea de ideas, Pashukanis menciona algo de vital importancia:

> "… La jurisdicción penal es un arma inmediata en la lucha de clases. Cuanto más aguda y encarnizada se hace esta lucha, la dominación de clase tiene más dificultades para realizarse en el interior de la forma jurídica. En este caso, el tribunal «imparcial» con sus garantías jurídicas es sustituido por una organización

52 Idem.

53 Idem.

54 Ibidem, p. 149.

> directa de la venganza de clase, cuyas acciones vienen guiadas exclusivamente por consideraciones políticas."[55]

Es decir, la función social del estado de ejercer la dominación por sobre las demás clases sociales, cuando se hace cada vez más acuciante y requiere de la utilización de más violencia por el desarrollo mismo de la lucha de clases, encontrará mucho más difícil la manera de mediarse a través de la forma jurídica, o en otras palabras: la dominación de clase tendrá más dificultad en esconderse en la forma jurídica en los momentos donde las contradicciones de clase son más álgidas. En dichas situaciones, la función social del Estado sale a la luz y se expone su verdadero carácter de clase, su carácter eminentemente burgués: su función de matar proletarios y a todas las clases sociales que se le opongan. La forma jurídica, la lógica del intercambio equivalente, pasa a un segundo plano y más bien le estorba para llevar a cabo su función. Pashukanis lo expresa de manera clara:

> "No es necesario imaginarse que en el derecho penal haya reinado inicialmente la falsa teoría de la reparación y que haya sido seguida suplantada por el justo punto de vista de la defensa de la sociedad. No se debe considerar su desarrollo exclusivamente en el plano de las ideas. En realidad, la política penal… tenía un contenido de defensa social (o más exactamente clasista). Pero, al lado de esto, contenía, y contiene, elementos que no derivan de esta finalidad técnica y que de esta forma no permiten al procedimiento penal expresarse enteramente bajo la forma racional y no mistificada de reglas técnicas sociales. Estos elementos cuyo origen deben buscarse no en la política penal como tal, sino mucho más profundamente, dan a las abstracciones jurídicas del delito y la pena su realidad concreta y les confieren una significación práctica en el cuadro de la sociedad burguesa, pese a todos los esfuerzos en contrato de la crítica teórica"[56]

De lo citado, se puede constatar que en los inicios del derecho penal primaba la tendencia doctrinaria de la defensa de la reparación equivalente; sin embargo, conforme

55 Ibidem, p. 151.

56 Ibidem, p. 156.

el capitalismo avanza, el aspecto técnico del derecho penal toma el papel principal y el aspecto que abraza la forma equivalente pasa a un segundo plano. Y ello, precisamente va a tener sus repercusiones en la teoría (doctrina), donde aparecerá "la tendencia de hacer del concepto de reglamentación externa el elemento lógico fundamental del derecho", la cual "conduce a la identificación del derecho con el orden social instaurado autoritariamente", siendo que dicha tendencia en el pensamiento jurídico en que el libre mercado o la libre competencia fueron reemplazados por los grandes monopolios capitalistas y la política imperialista, puesto que "el capital financiero aprecia mucho más el poder fuerte y la disciplina que no los «eternos e intangibles derechos del hombre y del ciudadano»"[57].

Dichas tendencias terminan deviniendo en lo que se conoce como "formalismo jurídico" que, a la vez que cumple su rol ideológico en el marco del imperialismo, también expresan la tendencia misma de las relaciones mercantiles: de volverse cada vez más despersonalizadas y dejar atrás los rezagos de los modos de producción anteriores al capitalismo que involucraron en el comercio las *diferencias* que existían entre los individuos[58].

5. Contradicción en el Derecho Penal

El derecho penal, en su desarrollo, tiene irremediablemente atada la contradicción que padece el derecho público: la contradicción entre la técnica y la forma jurídica. De acuerdo a las diversas situaciones históricas, y situaciones políticas, el aspecto principal de dicha contradicción va a variar: o bien el fin social de la dominación de una clase sobre otra, o bien el rescate del principio del intercambio equivalente que se reviste bajo la forma jurídica de las *garantías procesales*. El derecho penal es derecho precisamente por la existencia de dicha contradicción.

57 Ibidem, p. 84.

58 Como señala Óscar Correas, por ejemplo, que en la sociedad romana, el padre no sea igual que el hijo.

En esa línea, Pashukanis menciona que la relación entre el Estado y el delincuente se va a plantear en los términos de "un cambio comercial de buena fe"[59], ya que "en esto consiste precisamente el significado de las garantías de procedimiento penal"[60], esto implica todo el sistema de garantías procesales que conocemos:

> "… La justicia burguesa vigila cuidadosamente que el contrato con el delincuente sea concluido con todas las reglas del arte, es decir, que cada uno pueda convencerse y creer que el pago ha sido equitativamente determinado (publicidad del procedimiento judicial), que el delincuente ha podido libremente negociar (proceso en forma de debate) y que ha podido utilizar los servicios de un experto (derecho a la defensa), etc." (p. 156)[61]

Es evidente que la jurisdicción penal y la concepción del delito entrañan la lógica eminentemente mercantil de la sociedad burguesa. El derecho penal no es sino derecho penal en cuanto se introduce la lógica del intercambio equivalente en la dominación de clase. El derecho penal, como parte del derecho público, es la fetichización de la función social del Estado de reprimir a las clases dominadas mediante el uso de las formas jurídicas. Es la lucha de clases mediada por la forma del intercambio equivalente. Antes del intercambio equivalente, no existía derecho penal: existía la venganza ilimitada. Existía la violencia y dominación de manera desnuda y desvelada: el fundamento del Estado (la violencia) y su función social de dominación era explícita. Con la llegada de la forma mercantil, la dominación de clases *se esconde* detrás de la forma jurídica, detrás del *Estado de derecho*: la dominación se encuentra de manera *enmascarada*. El fundamento del estado sigue siendo el mismo: la violencia organizada.

Asimismo, ello implica que en el campo teórico, los *valores* que representan las garantías pasen a un primer plano y se les confunda con los verdaderos fines del derecho penal. Empiezan a surgir ideas de que el derecho penal busca la justicia, la libertad, la verdad, etc. En otras palabras, la realidad se nos aparece de forma invertida: la

59 Ibidem, p. 156.

60 Idem.

61 Idem.

realidad concreta se despliega mediada por la inversión entre sus determinaciones y lo determinado. Dicha inversión, en el campo de la teoría del derecho penal, se expresa cuando los juristas ven que el fin del derecho penal no es la función social de dominación, sino *la defensa de los bienes jurídicos*, la búsqueda del *restablecimiento de la vigencia de la norma*, la *prevención del delito*, etc. Al momento de limitarse a la realidad concreta y no ahondar en sus determinaciones, terminan por precisamente afirmar la lógica aparente de dicha realidad y sus formulaciones no son sino la captura de dicho momento en el despliegue del movimiento de lo real: el último de ellos.

Aquí es donde nos encontramos con la dicotomía fenoménica realmente existente y determinante en la teoría del derecho penal: la dicotomía entre *retribución*[62] y *prevención*. Por un lado, el carácter fetichista del derecho, que traslada la lógica del intercambio equivalente de mercancías a cualquier ámbito de la norma jurídica, imprime la racionalidad de una pena que se base en una *retribución*, en una *proporcionalidad* al daño infligido: la cuantificación y matematización de la pena son el producto terminado de ello y precisamente no sería derecho sin ello. Por el otro lado, tenemos

62 Cabe aclarar que las propuestas teóricas que desarrollan el carácter retributivo de la aplicación derecho penal precisamente son las esbozadas por Friedrich Hegel e Immanuel Kant: ambos ilustrados y representantes del primer momento del derecho penal, el momento de la revolución burguesa y por ende, la primacía de la lógica del intercambio equivalente. Se tratan, pues, de las teorías de la pena que se corresponden con el primer momento del capitalismo. Asimismo, el fin del derecho penal aquí se presenta como el *castigo del delito*, nos encontramos, pues, con el recubrimiento ideológico del verdadero fin técnico del derecho penal. Sin embargo, conforme se desarrolla la etapa imperialista del capitalismo, comienzan a tomar protagonismo las llamadas *teorías de la prevención general* que se centran ahora en realizar la *función social del Estado* que anteriormente hemos señalado. Las teorías de la prevención al justificar la intervención penal en la necesidad de *evitar el delito*, sea mediante la resocialización o la intimidación, buscan precisamente justificar el mantenimiento del control social, es decir, buscan justificar la vigencia de la dominación: la violencia del Estado se va a aplicar de distintas formas (como imposición de la fuerza, como contención o como intervención «pedagógica», que no es otra cosa que la intervención ideológica sobre el delincuente), pero se despliega de manera consciente y sostenida primando —como se evidencia de su carácter *colectivo* o *social*— la función social de dominación. Asimismo, si bien lo principal es la función social, el aspecto fetichista del derecho se va a expresar precisamente cuando se envuelve bajo el manto ideológico de la justificación de la *prevención del delito*: se está presentando como el fin del derecho penal la *evitación del delito*. Igualmente, en este ámbito también nos podemos encontrar un sector *progresista* que aboga por la resocialización y otro, *conservador,* que lo hace por la intimidación. No entraremos en detallar minuciosamente los aspectos particulares de esta división, debido a la brevedad de este trabajo, pero sí dejaremos constancia que la coincidencia entre las etapas históricas del capitalismo y el protagonismo de las teorías del derecho penal no es casual: se trata de su raíz material. En cada etapa del capitalismo y en cada país, a nivel general, la lucha de clases tuvo diferentes fases y características, y con ello, el derecho penal tuvo que adaptarse. Se puede rastrear una *expansión* y *fortalecimiento* del derecho penal con la llegada del imperialismo, a nivel general, sin embargo, es necesario estudiar la particularidad de cada nación para llegar a conclusiones mucho más precisas.

a la función social del Estado, que es la aplicación directa de la violencia para mantener la dominación de la burguesía, que en tiempos modernos, ha encontrado formas jurídicas para poder seguir escondiendo dicha función de manera más efectiva y legitimar el uso desproporcionado de la violencia: nos referimos a las propuestas teóricas y normativas de la *prevención del delito*, del *orden público* y la *seguridad ciudadana* como bienes jurídicos que *requieren de protección penal* y a la propuesta teórico-práctica del derecho penal del enemigo.

La prevención implica hacer expreso el fin del derecho, siempre fetichizado bajo las formas jurídicas, de acuerdo a su sello de clase: afirmar el estado de cosas existente. La retribución implica mistificar el derecho desde los valores de la sociedad burguesa, principalmente, la justicia. Entonces, tenemos que la contradicción fenoménica entre *retribución* y *prevención*, no es sino la contradicción entre la lógica mercantil del intercambio equivalente y la función social del Estado, revestidas bajo formas jurídicas, siendo que dicha contradicción se encuentra presente con mucha más fuerza que en cualquier otro lado, en el proceso penal. En otras palabras, la contradicción entre la función social del Estado y la forma jurídica, o lo que también se puede llamar, entre la aplicación *no justificada de la violencia* sobre los individuos y la *violencia cuantificada de manera justa* sobre los mismos, aparece ante nuestros ojos como la contradicción entre el *poder punitivo del Estado* y los *derechos de los ciudadanos*: de este modo es como se ve ante nuestra consciencia inmediata. ¿Qué es un proceso penal sino la acusación de un individuo, un ciudadano (un portador de mercancías), un sujeto jurídico, por una institución del estado ante tribunales que son del estado? Es inevitable que la primera noción de dicha contradicción en el derecho penal, bajo la mirada liberal —ideológica— del asunto, sea precisamente la dicotomía entre el estado y los particulares, entre liberalismo y totalitarismo, entre estado de *policía* y estado *garantista*.

Es interesante como la tensión del proceso penal se vislumbra bajo los ojos de la doctrina burguesa. Jürgen Baumann escribe:

> "… El derecho procesal penal se halla siempre en una relación conflictiva (de esto se ocupa sobre todo Peters, Tratado §13) entre el interés de la comunidad

> jurídica en la realización del derecho material (persecución penal) y los intereses de los ciudadanos afectados en sus derechos por el procedimiento penal. En todos los grados del procedimiento (procedimiento preliminar, intermedio y principal) este conflicto de intereses debe ser balanceado según el grado del procedimiento en forma distinta."[63]

El autor da cuenta de la dicotomía fenoménica entre el interés de la "comunidad jurídica" y el interés del "ciudadano", que no es otra cosa que otra forma de la que reviste la dicotomía entre prevención y retribución o entre función social y lógica mercantil. Más tarde, Baumann lo deja muchísimo más claro al afirmar que "el derecho procesal penal no cuida derechos y la utilidad del individuo, sino el bienestar y la seguridad de la colectividad"[64]. Es bastante claro que el "bienestar y seguridad" de la supuesta "colectividad" a la que se refiere en realidad es el manto jurídico que recibe la función social de dominación, siendo que en si en realidad hay un "bienestar y seguridad" que el derecho penal tenga que garantizar no es sino el "bienestar y seguridad" de la burguesía y su orden social. El hecho de que se pretenda hacer pasar el "bienestar y seguridad" de la burguesía como el "bienestar y seguridad" de la "sociedad en su conjunto" es un recurso que ya Karl Marx y Friedrich Engels han hablado antes: la burguesía hace pasar sus intereses como los intereses de todos. El discurso del "bienestar y seguridad" de toda la población es discurso ideológico, una quimera teórica que implica la fantasía de que existe una sociedad uniforme, la cual tenemos que hacer a un lado como veremos más adelante.

Por su parte, podemos apreciar como otro doctrinario, en este caso, Claus Roxin, se embrolla en la manifestación ideológica del Estado en cuanto estructura jurídica, cuando afirma lo siguiente:

> "El derecho de penar está hoy reservado al estado. De ese monopolio del poder penal en el Estado resultan tres tareas que, con cierta espontaneidad e inevitabilidad, fueron asignadas al Derecho procesal penal. Si el Estado prohíbe,

63 Jürgen Baumann, *Derecho Procesal Penal: conceptos fundamentales y principios procesales*, 1.° ed., Argentina, Ediciones Depalma, 1986, p. 16.

64 Ibidem, p. 20.

> por principio, las venganzas privadas y los duelos, tan conocidos y usuales en la Edad Media, entonces nace para él, como reverso de una misma moneda, la obligación de velar por la protección de sus ciudadanos y de crear disposiciones que posibiliten una persecución y juzgamiento estatales del infractor y que la paz social sea renovada a través de la conclusión definitiva del procedimiento"[65]

Cuando Roxin nos menciona del "monopolio de poder penal en el estado", no está sino refiriendo a la monopolización de la violencia que nace con el surgimiento del estado: nadie puede usar la violencia excepto la clase dominante, nadie se encuentra legitimado para ello a excepción de la clase en el poder. En esa misma línea, menciona que debido a ello, el Estado asume "tres tareas", es decir, que el estado asume *obligaciones* porque *ha capturado el derecho de penar*. El derecho le otorga una obligación. Como vemos, de nuevo entramos en el fetiche de la forma jurídica del derecho público: la personalidad *jurídica* del estado en cuanto *sujeto de derechos y obligaciones*. Por lo demás, sobre la "espontaneidad e inevitabilidad", pues todo un proceso histórico del desarrollo del Estado confirma la falsedad de dicha afirmación. Pero con respecto a las "tres tareas" del estado, cabe mencionar que está haciendo alusión precisamente a la contradicción entre técnica y forma mercantil. Por un lado, tenemos la obligación de "velar por la protección de sus ciudadanos" y de la obligación de restablecer "la paz social" que no es, sino la justificación ideológica de la función social de dominación, es decir, la forma en la que se enmascara y legitima el uso de la violencia para "proteger a los ciudadanos" y que haya "paz". Por otro lado, la obligación "de crear disposiciones que posibiliten una persecución y juzgamiento estatales del infractor" es precisamente lo que le otorga el carácter de derecho como tal: la aplicación de un proceso de "juzgamiento", sin ese proceso sería la aplicación plena y directa de la violencia y dejaría de ser derecho.

Roxin sigue sus argumentaciones, desarrollando precisamente el aspecto lógico mercantil del proceso, de la siguiente manera:

65 Claus Roxin, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L., 2001, p. 2.

> "… No se debe ignorar, sin embargo, que el aumento de poder que el Estado recibió a través de la transmisión de la violencia penal puede significar también un gran peligro… Por ello, con la aparición de un derecho de persecución penal estatal, surgió también, a la vez, la necesidad de erigir barreras contra la posibilidad del abuso del poder estatal… Los límites a la facultad de intervención del Estado, que deben proteger al inocente frente a persecuciones injustas y afectaciones excesivas de la libertad, y que también deben asegurar al culpable la salvaguarda de todos sus derechos de defensa, caracterizan al principio de formalidad del procedimiento. Aunque la sentencia consiga establecer la culpabilidad del acusado, el juicio solo será adecuado al ordenamiento procesal (principio de formalidad), cuando ninguna garantía formal del procedimiento haya sido lesionada en perjuicio del imputado. En un procedimiento penal propio del Estado de derecho, la protección del principio de formalidad no es menos importante que la condena del culpable y el restablecimiento de la paz jurídica."[66]

El "principio de formalidad del proceso" es aquel que determina si un proceso ha sido adecuado de acuerdo a si se han respetado las garantías procesales: tenemos ante nosotros que el "trato justo" que se le debe brindar al imputado. Roxin es consciente de que el derecho penal se encuentra en una constante tensión[67]: para él, esta tensión se da producto de que "la meta del procedimiento penal sea la decisión sobre la punibilidad del imputado"[68]. Como la meta del procedimiento penal es la decisión sobre si aplicar violencia o no sobre el imputado, tenemos que tratar de alcanzar tres objetivos respecto de dicha decisión: que sea "materialmente correcta", que sea "obtenida de conformidad con el ordenamiento jurídico-procesal" y que "restablezca la paz jurídica". Los dos primeros, como vimos anteriormente, se sujetan al aspecto lógico-mercantil y el último a la función social del Estado.

Asimismo, afirma que el derecho procesal penal se trata precisamente de:

66 Idem.

67 Vale decir que todos los juristas del derecho penal dan cuenta de esa tensión *fenoménica*.

68 Idem.

> "… La meta del procedimiento penal no consiste en alcanzar la sentencia correspondiente a la situación jurídica material a cualquier precio. Una tarea esencial del Derecho procesal penal consiste en ponderar, en las resoluciones incorrectas desde el punto de vista formal o del contenido, los tres criterios descritos y en establecer pautas jurídicas para determinar, en el caso individual, a cuál de ellos le corresponde la prioridad."[69]

Lo que en realidad se está ponderando son dos objetivos: uno correspondiente a la función social y otro a la lógica mercantil. Roxin solo divide el aspecto lógico mercantil en la correcta delimitación de la sentencia en cuanto a la conducta antijurídica y el "debido" desarrollo del proceso penal. Y dicha dicotomía termina por aparecer en sus planteamientos cuando asevera que:

> "La meta procesal de la corrección material, considerada en forma aislada, también implica dos tendencias opuestas entre sí. Dado que la mayoría de las veces la verdad no está comprobada de antemano y culpabilidad e inocencia, en muchos casos, solo pueden ser averiguadas durante el curso del proceso, entonces el legislador debe armonizar la necesidad de intervenir enérgicamente frente al posible autor, con la exigencia de proceder moderadamente frente a quien quizá es inocente: él debe decidir nuevamente, en cada situación procesal, acerca de si debe autorizar una injerencia en la esfera de derechos del imputado, útil probatoriamente, o si debe prohibirla o rodear su realización con cautelas especiales, para no cargar más de lo debido a quien, tal vez, sea inocente. Muchas reglas legales, como, p. ej., la prisión preventiva con sus numerosas excepciones, limitaciones y contra-excepciones (§§ 112 y ss, ¡leerlos!), únicamente pueden ser comprendidas si se considera como tarea de las normas procesales no solo el garantizar la protección del ciudadano frente al delincuente, sino el preservar al inculpado de una intervención injusta del órgano de persecución penal."[70]

69 Ibidem, p. 3.

70 Idem.

En última instancia, da cuenta de la necesidad de ponderar entre dos polos en el marco de la "corrección material" (producto del litigio): "la necesidad de intervenir enérgicamente frente al posible autor, con la exigencia de proceder moderadamente frente a quien quizá es inocente". En este punto ya es bastante clara la contradicción entre la necesidad de desplegar la violencia sobre el investigado («necesidad de intervenir enérgicamente frente al posible autor») y la lógica equivalente de la forma jurídica («la exigencia de proceder moderadamente frente a quien quizá es inocente»).

Roxin prosigue en su argumentación sosteniendo que:

> "… El proceso penal tampoco puede alcanzar la meta por un camino recto, como si fuera una flecha. Debido a que debe satisfacer pretensiones opuestas, el proceso penal está estructurado —ya de antemano— dialécticamente y requiere su tiempo para la consideración minuciosa de las distintas contingencias y perspectivas…"[71]

El jurista ha captado la esencia del proceso penal: la contradicción de lo que él llama esas "pretensiones opuestas". Capta ese movimiento entre dos extremos antagónicos, pero lo hace en su forma mistificada. No logra dar con la contradicción principal del proceso penal, sino que se entrampa en la contradicción de las formas jurídicas, tratando de, a través de dicha contradicción, superarlas en ese mismo plano fenoménico[72].

Sin embargo, Roxin logra darnos una apreciación algo acertada sobre lo que nos puede brindar un estudio del procedimiento penal cuando refiere:

> "… Dado que, por ello, en el procedimiento penal entran en conflicto los intereses colectivos e individuales entre sí con más intensidad que en ningún otro ámbito, la ponderación de esos intereses, establecida por la ley, resulta sintomática para establecer la relación entre Estado e individuo genéricamente

71 Ibidem, p. 4.

72 No es el único, todo jurista burgués en realidad se enmarca en dicho plano. La tarea consiste en desarrollar la exposición crítica de dicho plano sin dejar de manejarse en él: en un tribunal no se va a dar alegatos *revolucionarios*. No se le está exigiendo a Roxin algo que evidentemente ni él ni ningún jurista burgués haría: se está exponiendo cómo se evidencia en la doctrina jurídica ese entrampamiento *fenoménico*. No se trata de una exigencia que se le hace a la doctrina jurídica a cambiar sus preceptos, se trata de un llamado de acción a nuestros cuadros.

vigente en una comunidad: ¡el Derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado! Reside en ello su actualidad política, la cual significa, al mismo tiempo, que cada cambio esencial en la estructura política (sobre todo una modificación de la estructura del Estado) también conduce a transformaciones del procedimiento penal"[73]

En efecto, de acuerdo a las luchas políticas entre las diversas clases sociales, se va a configurar el grado de violencia y sometimiento que necesite imponer la clase dominante y a la vez, el grado de mesura y contención de la violencia que se ejerce. El proceso penal —como el derecho penal en general—, al contener en su seno la contradicción de la función de dominación, que no es otra cosa que la aplicación de la violencia, y la lógica equivalente de la forma jurídica, que toma la forma de las garantías procesales, expone el grado de desarrollo de la lucha de clases. Para acceder a ello tenemos que hacer un análisis científico que nos pueda liberar de la *niebla ideológica* de las formas jurídicas que encubre dicha contradicción. A través del proceso penal se va a expresar la lucha de clases, pero desde una perspectiva ideológica y deformada.

Si bien Roxin nos menciona que el procesal penal, funciona a modo de un sismógrafo "de la constitución del Estado", nosotros aquí extendemos esa máxima y sostenemos que la determinación material del proceso penal —y el derecho penal en general—, hace posible que todo el conglomerado de su desarrollo doctrinario, normativo y jurisprudencial sean una expresión ideológica y deformada del despliegue de la lucha de clases. Podemos afirmar, que desde su estudio se pueda vislumbrar, de manera indirecta, puesto que está mediada por la forma jurídica, el conflicto entre las clases sociales.

Retomando el punto, dentro del debate doctrinario nos encontramos con el sector *garantista* aboga por un *debido proceso*, en definitiva, se trata, pues, de la defensa del aspecto *retributivo* que obedece a *un trato justo* tal como hemos señalado anteriormente[74]. El debido proceso, involucraría *menor punición*, es decir, menor utilización de la

73 Ibidem, p. 10.

74 Ver Daniel Rafecas, "Una aproximación al concepto de garantismo penal", *Lecciones y Ensayos*, *vol. 1, núm. 80*, 2018.

violencia. Por otro lado, tenemos al sector doctrinario *normativista* que aboga por la *eficacia* en el proceso penal, lo cual involucraría muchas veces que se levanten las *garantías* de los ciudadanos en miras de poder así *prevenir el delito*, *conseguir la paz social*, *restablecer la vigencia de la norma*. Evidentemente, tomar partido por alguna de las propuestas doctrinarias no es más que tomar partido por alguno de los aspectos de la contradicción que se desarrolla en el marco del derecho público y que viene siendo determinada por la existencia de las relaciones mercantiles. Ambos extremos no se apoyan sino en la expresión fenoménica de la contradicción material en la que se desenvuelve la práctica del derecho. No penetran en las determinaciones materiales y se ven cegados por el carácter invertido de la realidad concreta. Donde hay lucha de clases, los juristas ven la lucha entre sujetos de derecho: el estado contra las personas.

Hemos dado con el origen material de la dicotomía fenoménica de la retribución y la prevención: ambas son la manifestación de la contradicción entre la función social del Estado y la forma jurídica y a su vez, esta contradicción propia del derecho público se encuentra determinada por la división entre el estado político y la sociedad civil, generado a su vez por el modo de producción capitalista. En este punto, debemos escuchar a Pashukanis:

> "No se puede comprender el verdadero sentido de la práctica penal del Estado de clase, a no ser que se parta de su naturaleza antagónica. Las teorías del derecho penal que deducen los principios de la política penal de los intereses de la sociedad en su conjunto son deformaciones conscientes o inconscientes de la realidad. La «sociedad en su conjunto» no existe, sino en la imaginación de los juristas: no existen de hecho más que clases que tienen intereses contradictorios. Todo sistema histórico determinado de política penal lleva la marca de los intereses de la clase que lo ha realizado."[75]

Para realizar un verdadero análisis científico del derecho, es decir, a efectos de desarrollar una *ciencia del derecho* que tenga por objetivo estudiar "las formas

75 Evgeny Pashukanis, *Teoría general del derecho*…, op. cit., p. 149.

jurídicas para descubrir su «movimiento» y su «interacción»”[76], no podemos partir de ninguna de las posiciones planteadas con anterioridad. No podemos partir de la idea de *bienes jurídicos* ni la de algún *reestablecimiento de la vigencia de la norma*, puesto que derivan de la concepción ideológica de una sociedad uniforme, abstraída de sus determinaciones materiales, ideal, y sobre todo, parten de lo que deberían explicar, es decir, de lo determinado y no de la determinación.

Una forma jurídica que la teoría del derecho penal ha desarrollado bastante es la del *poder punitivo*, que para gran parte del sector de la doctrina es la captura del poder de punición del estado a los particulares:

> “Todo esto cambió cuando un buen día los señores comenzaron a confiscar a las víctimas. Los jefes de los clanes dejaron de arreglar las reparaciones, y dejaron los jueces su función de árbitros deportivos, porque una de las partes (la víctima) fue sustituida por el señor (Estado o poder político). El señor comenzó a seleccionar conflictos y, frente a ellos, apartó a las víctimas, afirmando la víctima soy yo. Así fue como el poder político pasó a ser también poder punitivo y a decidir los conflictos, sin contar para nada con la víctima, que hasta hoy desapareció del escenario penal”[77].

Es evidente que en realidad la captura del “poder punitivo” no es otra cosa que la monopolización de la violencia por el estado, es decir, por la clase dominante. Para el garantismo el derecho penal cumple la función de servir como *paraguas* de la utilización del poder punitivo, es decir, de la aplicación de la violencia sobre el individuo. El derecho penal *contiene la capacidad punitiva del Estado*: “El derecho penal, como programación del poder jurídico reductor del poder punitivo, no legitima a este, sino que lo contiene y filtra de modo racional”[78], o, mejor dicho, el derecho penal implica el empleo dosificado de la violencia sobre las demás clases sociales.

---

76 Óscar Correas, “¿Una dialéctica del derecho? …”, op. cit., p. 245.

77 Eugenio Raúl Zaffaroni, *En torno de la cuestión penal*, Buenos Aires, Euros Editores S.R.L., 2005, p. 13.

78 Ibidem, p. 248.

El objetivo del derecho penal es, en realidad, ejercer la función de dominación del estado, es decir, de aplicar la violencia sobre las demás clases sociales de forma que, a su vez, mantenga la mistificación de la que depende su existencia. En ese marco, es verdadero lo que mencionan los juristas y abogados progresistas cuando afirman que penas más duras no van a detener la comisión de delitos: "No existe una relación constatada entre la dureza de la pena y sus efectos preventivos. Los estudios empíricos sobre la materia demuestran que el endurecimiento de las penas no afecta a las cifras de la delincuencia (por tanto, a los motivos para delinquir) …"[79]. Podríamos compartir ello siempre y cuando consideremos que el objetivo del derecho penal sea algo relacionado con el castigo o la prevención de los *delitos*, sin embargo, esto no es así. Ante ello, usualmente se expone que busca la *protección de bienes jurídicos* o el *restablecimiento de la vigencia de la norma*, pero ambas son envoltorios ideológicos de lo que pura y directamente hace la jurisdicción penal: aplicar la violencia sobre otras clases y mantener así un status quo. El fondo del asunto no es que incumpliste algo estrictamente estipulado en una legislación[80]: la cuestión reside en que estás transgrediendo el orden que se ha establecido desde una clase para las demás, una clase que ha señalado cuáles son las relaciones sociales que serán legítimas y cuáles no de acuerdo a sus intereses de clase y que, obviamente, nunca podrán contener estrictamente cada una de ellas en una legislación. La realidad es más grande que un código.

El delito no es la mera infracción de la norma: eso es una definición formalista que no apunta a la esencia del delito. El delito es un contrato *post-factum*, su código genético reside en la forma contractual, donde si bien se intercambian mercancías —delitos patrimoniales, por ejemplo— ahora también se intercambian conductas[81][82]. Son

79 Bernardo Feijoo Sánchez, *Retribución y prevención general: Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*, Buenos Aires, Euros Editores S.R.L., 2007, p. 153.

80 O si estabas en vías de hacerlo, claro está.

81 Ello se debe al desarrollo del derecho penal que lo abstrae cada vez más de sus bases materiales: si antes la pena era de naturaleza fiscal, poco a poco pasa a regular también conductas humanas que no abrazan lo meramente patrimonial. Su carácter formal le permite catalogar todo tipo de relaciones sociales con tal que tengan el intercambio equivalente en su código genético e incluso a relaciones sociales que no lo tienen.

82 Obviamente, también un monto de reparación civil que no es sino ese rezago que delata el origen histórico patrimonial de la pena y su origen lógico del intercambio equivalente de mercancías.

relaciones sociales ilegítimas, las cuales en cuanto a su cualidad, se pueden clasificar de acuerdo al tipo de "contrato forzado"[83] en las que han sido estipuladas por la legislación penal: si la parte general de los códigos penales determina cuáles son los *requisitos* para que intervenga o no el poder punitivo[84], la parte especial, regula los *tipos* de "contratos forzados" ilegítimos: los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, los delitos contra la dignidad humana, contra el honor, contra el patrimonio, etc. En suma, el derecho penal no busca castigar o prevenir *delitos*, sino que se ocupa del trasfondo: busca aplicar violencia sobre los que se atreven a transgredir las relaciones sociales legitimadas por la clase dominante. La tarea es exponer ese carácter político que se esconde bajo el manto de la *lucha contra el delito*. Hablar de delito es entramparse en ese aspecto *fenoménico* de la realidad.

El objetivo del derecho penal determinado por su carácter de clase, es eminentemente político. Por un lado, la función del Estado es infligir violencia a los que se oponen, aplastar a sus oponentes que se determinan en medio de la lucha. Por otro lado, la forma jurídica dirige, conduce y dosifica esa violencia. Por un lado, todos los *enemigos* del estado están determinados por sus clases sociales —existiendo también pugnas entre sectores de la misma burguesía—. Por otro lado, la manera en la que en el momento político particular se va a dirigir y dosificar dicha violencia se ve mediada por la forma jurídica (tipicidad, acción, antijuricidad, culpabilidad). Asimismo, si bien la aplicación de la violencia se va a dirigir contra las clases sociales, en el plano fenoménico esto va a adoptar la forma de la aplicación de violencia sobre individuos. Es decir, lo que vamos a ver no es, pues, la categoría de *burguesía* disparando balas a la categoría de

83 En palabras de Pashukanis, como anteriormente señalamos.

84 Así como en el libro II del Código Civil Peruano se habla de los requisitos de validez y eficacia del acto jurídico, la parte general hace lo suyo con los delitos: determina cuándo es válido hablar de delito y por ende, cuando es válido utilizar el *poder punitivo del estado*. Incluso son bastante similares en cuanto a los criterios para determinar la incapacidad (art. 43 y art. 44 del Código Civil Peruano) y la inimputabilidad (art. 20 del Código Penal Peruano), siendo que ambos coinciden, por ejemplo, en la edad mínima legal, e históricamente, también coincidieron en los que presentaban algún problema de índole cognitivo o psiquiátrico. No se trata, pues, de una mera coincidencia nacional, sino que la estructura del código civil, en cuanto la proyectamos sobre el código penal, hace evidente que la base del derecho penal reside en la lógica del intercambio equivalente y en la forma contractual. (Véase Código Civil, Decreto Legislativo N.° 295, del 25 de agosto de 1984, Diario Oficial El Peruano y Código Penal, Decreto Legislativo N.° 635, del 08 de abril de 1991, Diario Oficial El Peruano).

proletariado, sino que veremos a un policía, o sea, el estado, disparando o arrestando a un trabajador, o sea, un ciudadano. La realidad, pues, se encuentra invertida y dicha inversión tendrá sus repercusiones en la teoría del derecho.

El fetichismo jurídico ve sujetos donde hay clases sociales y sobre esa construcción, como ya hemos señalado anteriormente, deviene en los esquemas teóricos que plantean una dicotomía entre el estado y los individuos. La lucha entre las clases sociales va a adoptar en el plano jurídico y político el conflicto que toman en el plano fenoménico: va a ser la contraposición de sus revestimientos inmediatos. De este modo, la lucha entre capitales va a aparecer como la lucha contra el *narcotráfico* o la lucha contra el *progresismo*, como lucha contra el *crimen organizado*, como lucha contra el *racismo*, las pugnas entre sectores de un tipo de burguesía al interior del estado tomarán la forma de la *lucha contra la corrupción* y sobre todo, las pugnas entre la burguesía y el proletariado van a adoptar la figura de la lucha contra el *terrorismo* o el *vandalismo*. Evidentemente, estrictamente no es así, puesto que, por ejemplo, la lucha contra el *terrorismo* también puede enarbolarse en caso de una pugna entre capitales, así que se tiene que analizar en cada situación particular el origen de dicha contradicción fenoménica.

En todos los casos, la contradicción entre forma jurídica y función social va a variar en cuanto a cuál de ambos aspectos toma el papel principal, pero siempre va a tener una clase social como objetivo donde se aplicará la violencia y eso es lo que tenemos que exponer. La función represora del estado es como un vehículo sin frenos y la forma jurídica como el timón: puedes elegir atropellar un perro, una persona, un árbol, pero siempre alguien o algo saldrá afectado; sin embargo, por más que vayas en todas las direcciones que desees, no dejarás de avanzar en una dirección: en afirmar el estado de cosas vigente. Por más garantías que se puedan levantar contra el estado y el proceso penal, en ningún momento el estado deja de ser estado burgués y el proceso penal tampoco deja de ser un proceso mistificado por la forma jurídica, es decir, un proceso también burgués. Son dos mecanismos que en realidad obedecen a la misma lógica.

Ahora bien, el proceso penal es donde se va a concretizar el objetivo del derecho penal, de manera que en su realización se va a desenvolver la contradicción entre retribución y prevención.

Un *debido proceso* pues, involucraría menor uso de violencia, mientras que un proceso penal *irregular* o, mejor dicho, en el que predomine la función social del Estado más que la forma jurídica, evidentemente involucraría más violencia y por ende, en última instancia, buscaría la supresión física del imputado.

La función social del estado de ejercer la violencia para mantener la dominación, implica enarbolar la defensa del estado de cosas existente y esta defensa encierra, el ataque a todo lo que atente a ese estado de cosas. Por ende, el objetivo principal del derecho penal: perseguir clases sociales, determinará un criterio para tratar los distintos niveles de amenaza representen las clases. De este modo, el derecho penal está principalmente enfocado en perseguir a *los enemigos de la sociedad burguesa*. Entonces, es lógico sostener que el más grande enemigo del derecho penal sería el *revolucionario*.

Y es que es evidente ello, el estado utiliza más violencia de la necesaria en procesos que protagonizan este tipo particular de *enemigos de la sociedad*[85]; sin embargo, precisamente la forma jurídica va a legitimar ello y en realidad no es, sino la función social del Estado siendo ejercida: dicho uso del poder *punitivo* en realidad es completamente lógico y justificado por el peligro que significan esos *enemigos* para la sociedad. Es decir, aun cuando se vulneren las garantías procesales, el derecho penal sigue siendo derecho penal, puesto que la forma jurídica se adapta a esta nueva vulneración bajo el manto de la protección del *orden público* o *la tranquilidad pública*, etc. El derecho penal necesita hacer esto: enmascararse bajo la forma jurídica. De lo contrario, queda descubierta la función social del mismo: la violencia pura y directa sobre las clases sociales. Necesita, pues, intentar imprimirle la lógica de la equivalencia en las acciones que plantea realizar.

85 Basta con ver lo sucedido en el conflicto armado interno sucedido entre los años 1980-2000, donde se vulneraron gravemente los derechos humanos y se cometieron delitos de lesa humanidad por parte del estado ante personas que ni siquiera formaban parte del conflicto que se venía desarrollando.

La dominación es la función social que cumple el derecho penal: por eso es un *arma* en la lucha de clases. Dicha dominación está mediada por la forma jurídica: por eso existen ciertas *barreras* o *límites* constituidos por las garantías, principios e instituciones del derecho penal. Por lo tanto, tal como mencionamos anteriormente, el derecho penal está al servicio de la burguesía tanto en su función, pues ejerce la violencia que requiere mantener la dominación de la burguesía, como también en las formas en que se ejerce dicha función, a través de las formas jurídicas que obedecen a la lógica sistémica del mercado: el intercambio equivalente. Forma y fondo son una *unidad de contrarios*.

De acuerdo precisamente al estado de la contradicción entre fondo y forma del derecho penal, podemos vislumbrar, de manera indirecta y mediada por la forma jurídica, el grado de desarrollo de la lucha de clases. Sin embargo, esto no quiere decir que el derecho penal es solo una *pantalla*, todo lo contrario: al interior se puede pugnar entre su contradicción, pugna que toma la forma del *garantismo* y la *eficacia* al interior de la doctrina, la norma y la jurisprudencia. El garantismo y la eficacia es la forma que toman los dos aspectos de la contradicción principal al interior del derecho penal y se encierran en el marco de una dicotomía burguesa.

No tenemos que olvidar que decir que todo el sistema jurisprudencial, doctrinario y normativo del derecho penal, en última instancia, se constituye por una gran tautología que solo afirma lo realmente existente: se limita a reproducir su lógica inmanente a través de las normas, la jurisprudencia y la doctrina. El derecho penal es de carácter *afirmativo* o *tautológico* y en consecuencia, representa una toma de posición que afirma el estado de cosas existente. Es cierto todo ello, pero también debemos recordar que el *uno se divide en dos*:

> "Uno se divide en dos, no es un principio de engendrar el «dos» a partir del «uno». Uno se divide en dos significa: no hay identidad más que escindida. No solamente la realidad es proceso, sino que el proceso es división. Lo real no es lo que reúne, sino lo que separa. Lo que acontece es lo que desune."[86]

86 Alain Badiou, *Teoría de la contradicción*, España, Ediciones Jucar, 1982, p. 53.

Por más burgués que sea el derecho penal, también en su interior encontramos dos alas: un ala de izquierda, representada por el sector de los *garantistas* y un ala derecha, representada por el sector de los *funcionalistas*. Los cuales a fin de cuentas representan una postura al interior de la contradicción del derecho penal: una contradicción eminentemente burguesa. Precisamente partimos de su crítica para forjar, a partir del desmantelamiento de esta estructura burguesa, la construcción de algo que supere las condiciones materiales que hicieron posible su origen. Sin embargo, en el marco de la táctica de la lucha de clases, el proletariado debe manejarse aún bajo esta dicotomía: cómo podemos no hacerlo si ni siquiera aún se ha desmantelado el estado burgués. Esto no implica supeditar las banderas del proletariado a una de las dos posiciones, todo lo contrario: utilizarlas para poder cumplir con los objetivos del proletariado[87]. Por otra parte, es imposible calificar a la doctrina del proletariado de garantista, puesto que mientras el garantismo aún se enmarca dentro del fetiche jurídico, siendo que dicho fetiche lo enmarca en una defensa de lo *abstractamente humano*, el marxismo afirma abiertamente en el tribunal de la historia que se encuentra defendiendo al proletariado: no al conjunto *abstracto* de la *humanidad* enarbolado por la literatura burguesa, sino a la gran multitud de esa humanidad que se encuentra oprimida por la gran minoría que reina el mundo.

Mientras que el garantismo consiste en la visión de que todos los seres humanos merecen un trato *justo*, el marxismo afirma abiertamente que la sociedad ha dividido a los seres humanos en dos grandes clases sociales, en la que a una no le interesa en lo más mínimo tratar *justamente* a la otra y por eso comete las más terribles vejaciones contra ella cuando las necesidades del capital así lo requieran. El garantismo consiste en una visión *principista* del derecho que tiene como consecuencia lógica la defensa de explotados y explotadores: una visión que reposa sobre la igualdad jurídica de los seres humanos y por ende, no diferencia entre un oprimido y un opresor. El marxismo no se puede enmarcar en ese tipo de planteamiento teórico-práctico: para el marxismo el derecho es un piloto automático el cual debe hacerse consciente de su propio movimiento de manera que pueda ser utilizado conforme a la táctica y estrategia

87 Ser abogados al servicio del pueblo.

pertinentes para lograr los objetivos del proletariado en cada situación particular en miras de realizar su liberación.

Es claro que la postura científica demarca una postura política. Las posturas que se tomen respecto del derecho penal, su aplicación, sus fines, su fundamento, etc., son posturas políticas que encierran consecuencias prácticas. Y es que la contradicción al interior del derecho penal no es sino una contradicción política determinada por los intereses de clase en el marco de la lucha de clases. No es sorpresa, pues, que muchas veces presenciemos como se habla de un *uso* del derecho penal para pugnas políticas[88], como si fuese una *desnaturalización* del derecho penal. Esto es erróneo, el derecho penal es eminentemente político y de eso precisamente se tratan las normas jurídicas: de la pugna de intereses. La contradicción del derecho penal sienta las bases para que precisamente sea uno de los terrenos de pugna política por excelencia. Cuando los grandes medios tratan de señalar que el derecho es *apolítico* y se pretende usar como una *persecución política* en realidad no es otra cosa que la hipocresía de un sector de la burguesía para descalificar la valoración social de otro sector de la burguesía con el que se encuentra en conflicto. Las pugnas interburguesas pueden involucrar pugnas en el tribunal y de hecho, usualmente lo hacen. La lucha de clases se disfraza con el ropaje de las formas jurídicas para ahora convertirse en las luchas contra la corrupción, contra el narcotráfico, etc.

El derecho penal es un *arma* de la burguesía para ser empuñada en contra de las demás clases, pero principalmente, el proletariado y sus elementos más avanzados. Esto solo sucede cuando las contradicciones entre las clases sociales en pugna son tan agudas que inevitablemente predomina la necesidad de imponer la violencia desmedida en defensa del estado de cosas existente. En conjunto con esa noción de *arma* también surge la figura del *enemigo*. El derecho penal, en estos casos, priorizará su función de ejercer la violencia y hará a un lado las garantías de los ciudadanos. De este modo, tenemos ante nosotros la configuración en el plano fenoménico de la realidad del *derecho penal del enemigo*.

88 Basta revisar en lo que consiste el llamado “lawfare”.

En cierta forma se puede decir que el derecho penal siempre ha tenido *enemigos*: son todas las clases cuyos intereses atentan con el de la burguesía; sin embargo, la figura jurídica crea la ilusión de que no es así porque limita ese combate mediante las garantías y por ende, este derecho penal del enemigo usualmente es visto como una *externalidad ajena al despliegue normal de las cosas.* Sin embargo, la categoría de "enemigo" que estudiaremos, en realidad, es el revestimiento *fenoménico* que adoptan las diversas clases sociales en la persecución penal: para el derecho no se persigue clases sociales, se persigue a los homosexuales, a los racializados, a los extranjeros, a los hombres, a los judíos, a los pobres, etc. Los juristas, pues, al pretender explicar dicha persecución, se entrampan en la complejidad de la realidad concreta, basándose en las aparentes causas de dicha persecución. No debemos olvidar que no todos los homosexuales son perseguidos (o lo fueron) ni tampoco todos los extranjeros y mucho menos todos los racializados: aquellos que ostentaban posiciones de poder y no representaron un obstáculo para los intereses de las clases dominantes siempre tuvieron la seguridad de una vida cómoda.

A efectos de nuestro objetivo, es necesario introducirnos en la doctrina burguesa que legítima este tipo de especial de persecución penal: recurriremos a lo desarrollado por Günther Jakobs, uno de los juristas que ha desarrollado —por no decir el que más— de manera amplia el concepto de derecho penal del enemigo.

6. El Derecho Penal del enemigo

Günther Jakobs empieza asumiendo la existencia de dos conceptos: el *derecho penal del ciudadano* y el *derecho penal del enemigo*, los cuales serían "dos tipos ideales que difícilmente aparecerán llevados a la realidad de modo puro"[89]. Aclara que, por *ideales*, en realidad se refiere a *tendencias*: "no puede tratarse de contraponer dos esferas aisladas del Derecho penal, sino de describir dos polos opuestos de un solo mundo

89 Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, España, Civitas Ediciones, 2006, p. 21.

o de mostrar dos tendencias opuestas en un solo contexto jurídico-penal.»[90]. Refiere que el derecho penal del ciudadano consistiría en "tratar al autor como persona" y el derecho penal del enemigo en "tratarlo como fuente de peligro o como medio para intimidar a otros"[91]. Como podemos apreciar, el "derecho penal del ciudadano" y el "derecho penal del enemigo" es la forma en la que Jakobs aprehende intelectualmente la dicotomía entre la función social de dominación y la forma jurídica, desde un principio ya ubica su análisis en la realidad *fenoménica*.

Asimismo, aclara que la calificación de "derecho penal del enemigo" no pretende ser peyorativa, antes bien señala que "un derecho penal del enemigo es indicativo de una pacificación insuficiente"[92]. Como ya hemos visto: una "pacificación insuficiente" no significa otra cosa que la existencia de "desorden", "caos", "conflicto" que la burguesía no puede permitirse tener en su "ordenamiento".

El jurista prosigue, hablando de la pena:

> "La pena es coacción… En primer lugar, está la coacción en cuanto portadora de un significado, portadora de la respuesta al hecho: el hecho, ... significa una desautorización de la norma, un ataque a su vigencia, y la pena… significa que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente sin modificaciones, manteniéndose, por lo tanto, la configuración de la sociedad."[93]

No se equivoca cuando caracteriza a la pena como coacción: evidentemente es el sometimiento físico de un individuo, aunque quizás en este punto no es su idea expresar ello. Asimismo, le atribuye la justificación de la intervención penal a la sujeción a la norma y le otorga a esta el centro de gravedad desde el que va a partir la determinación de lo que es delictivo y de lo que no. Ello en razón a que la vigencia de la norma significa la vigencia de "la configuración de la sociedad"[94]. Claramente,

90 Ibidem, p. 22.

91 Idem.

92 Idem.

93 Idem, p. 23.

94 Valdría agregar ahí "sociedad capitalista".

cuando Jakobs habla de mantener la "vigencia de la norma" mediante la pena, nosotros tenemos que entender que no se trata sino de la afirmación de que la sociedad sigue "vigente" a través del uso de la violencia, que no significa otra cosa que la constatación efectiva de un orden social realmente existente.

Algo que produce la pena, según Jakobs es "una prevención especial segura durante el lapso efectivo de la pena privativa de la libertad", claro está, que "el preso no puede cometer delitos fuera del centro penitenciario"[95]. Asimismo, señala que:

> "En esta medida, la coacción no pretende significar nada, sino quiere ser efectiva, lo que implica que no se dirige contra la persona en Derecho, sino contra el individuo peligroso. Esto quizás se advierta con especial claridad si se pasa del efecto de aseguramiento de la pena privativa de libertad a la custodia de seguridad en cuanto medida de seguridad (5 61 núm. 3, 66 StGB): en ese caso, la perspectiva no solo contempla retrospectivamente el hecho pasado que debe ser sometido a juicio, sino que también se dirige —y sobre todo— hacia delante, al futuro, en el que una «tendencia a [cometer] hechos delictivos de considerable gravedad» podría tener efectos «peligrosos» para la generalidad (3 66, párr. 1.0, núm. 3 StGB). Por lo tanto, en lugar de una persona que de por sí es competente y a la que se contradice a través de la pena aparece el individuo peligroso, contra el cual se procede —en este ámbito: a través de una medida de seguridad, no mediante una pena— de modo físicamente efectivo: lucha contra un peligro en lugar de comunicación"[96]

Cuando en el derecho penal del ciudadano y en el derecho penal del enemigo se habla de la pena como *contradicción* y como *aseguramiento* hace manifiesto la contradicción entre la *retribución* y la *prevención*, entre *eficacia* y *garantismo*, expresada en la dicotomía del derecho penal del ciudadano y del derecho penal del enemigo. Vemos que frente a estos "individuos peligrosos" entre el aspecto técnico y el aspecto jurídico del derecho penal, va a primar la finalidad técnica de defensa de la

95 Idem.

96 Ibidem, p. 24.

sociedad —burguesa— del derecho penal, siendo que lo adecuado para su "contención" no sería sino la mera demostración cruda de la coacción y nada más.

No obstante, si existen individuos que son inicuos para la sociedad, también tenemos a los que le son fieles a ella:

> "(…) El Estado moderno ve en el autor de un hecho normal, ... no a un enemigo al que ha de destruirse, sino a un ciudadano, una persona que mediante su conducta ha dañado la vigencia de la norma y que por ello es llamado a equilibrar el daño en la vigencia de la norma(…) Las cosas solo son tan sencillas,... cuando el autor, a pesar de su hecho, ofrezca garantía de que se conducirá a grandes rasgos como ciudadano, es decir, como persona que actúa en fidelidad del ordenamiento jurídico."[97]

La *persona* o el *ciudadano* no serían sino aquellos que actúan "en fidelidad al ordenamiento jurídico". Nos encontramos con una definición de *persona* que gira en torno a la norma. No obstante, esta categoría de *persona* no es estática, sino que debe continuamente corroborarse cognitivamente:

> "Lo mismo sucede con la personalidad del autor de un hecho delictivo: tampoco esta puede mantenerse de modo puramente contrafáctico, sin ninguna corroboración cognitiva. Si se pretende no solo introducir al otro en el cálculo como individuo, es decir, como ser que evalúa en función de satisfacción e insatisfacción, sino tomarlo como persona, lo que significa que se parte de su orientación con base en lo lícito y lo ilícito, entonces también esta expectativa normativa debe encontrarse cimentada, en lo fundamental, de manera cognitiva, y ello con tanta mayor claridad como mayor sea el peso que corresponda a las normas en cuestión"[98]

Entonces, si se quiere tomar o asumir la personalidad del autor de un hecho delictivo como "persona" primero es preciso ver si es que en realidad *califica* o *amerita* ser tomado

97 Ibidem, p. 36.

98 Ibidem, p. 38.

como tal, para lo cual tiene que brindar cierta "seguridad cognitiva" al ordenamiento jurídico[99]. Jakobs nos deja más clara la división que está planteando entre los que serían *personas* y las *no-personas* cuando menciona lo siguiente:

> "(…)Hay otras muchas reglas del Derecho penal que permiten apreciar que en aquellos casos en los que la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera, disminuye la disposición a tratar al delincuente como persona. Así, por ejemplo, el legislador (por permanecer primero en el ámbito del Derecho material) está pasando a una legislación —denominada abiertamente de este modo— de lucha, por ejemplo, en el ámbito de la criminalidad económica, del terrorismo, de la criminalidad organizada, en el caso de «delitos sexuales y otras infracciones penales peligrosas» así como, en general, respecto de los «crímenes», pretendiéndose combatir en cada uno de estos casos a individuos que en su actitud (por ejemplo, en el caso de los delitos sexuales), en su vida económica (así, por ejemplo, en el caso de la criminalidad económica, de la criminalidad relacionada con las drogas tóxicas y de otras formas de criminalidad organizada) o mediante su incorporación a una organización (en el caso del terrorismo, en la criminalidad organizada, incluso ya en la conspiración para delinquir, 3 30 StGB) se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona."[100]

Estamos frente a una definición normativa de la persona: personas son los individuos que se muestran fieles a la norma y dan garantía del cumplimiento de ella[101]. Después de todo, "la personalidad es irreal como construcción exclusivamente normativa" y "solo será real cuando las expectativas que se dirigen a una persona también se

99 Es decir, que dicho individuo nos tiene que garantizar que va a actuar o que actúa bajo un tipo de conducta *ideal* esperada por la norma, o siendo más sincero, por quiénes la redactan.

100 Ibidem, p. 39.

101 Por el otro extremo estarían los enemigos, aquellos que "se han apartado" de manera decidida "del derecho".

cumplan en lo esencial"[102]. Jakobs está respondiendo a la necesidad material de justificar teóricamente la mera sujeción al estado de cosas vigente. Es decir, se alinea con la tendencia que surge en la época del imperialismo "de hacer del concepto de reglamentación externa el elemento lógico fundamental del derecho [que] conduce a la identificación del derecho con el orden social instaurado autoritariamente"[103]. Por ende, podemos afirmar que Jakobs está tomando una postura por la primacía de la finalidad técnica del derecho penal, pero —y lo interesante es que— encubre ideológicamente dicha postura a través de la figura jurídica de *persona*, justificando así la necesidad de primar el aspecto técnico del derecho penal.

Pero, por otra parte, es importante rescatar, así como Oscar Correas ve que Kelsen "atrapa con agudeza el carácter deshumanizado con que el derecho ve una realidad también deshumanizada"[104], podemos ver que Jakobs hace lo mismo en su campo, y así como Kelsen se encuentra "luchando contra la idea jusnaturalista según la cual «persona jurídica» es un reconocimiento que el derecho hace del ser humano y sus atributos «naturales» (y sobrenaturales, como la «voluntad»)"[105], Jakobs se encuentra aquí luchando contra las propuestas del derecho penal que reposan sobre la noción del ser humano en cuanto sujeto biológico para derrumbarlo bajo la concepción jurídica del ser humano como sujeto normativo. Jakobs expresa el formalismo cada vez más necesario y exacerbado propio del imperialismo.

Volviendo al punto, Jakobs nos señala que la existencia de este individuo que se encuentra "alejado" del derecho genera un peligro para la sociedad, por lo que ello implica que la sociedad tome acciones, como el adelantamiento de la punibilidad al campo de los actos preparatorios y la orientación de la intervención penal "al futuro":

> "… No se trata en primera línea de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro: la punibilidad se adelanta

102 Ibidem, p. 47.

103 Evgeny Pashukanis, Teoría general del derecho…, op. cit., p. 84.

104 Óscar Correas, Introducción a la crítica…, op. cit., p. 88.

105 Ibidem, p. 63.

> un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos. Brevemente: la reflexión del legislador es la siguiente: el otro «me lesiona ya por … [su] estado [en ausencia de legalidad] (statu iniusto), que me amenaza constantemente». Una ulterior formulación: un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona."[106]

En este punto ya tenemos bastante clara la idea de Jakobs: "solo es persona quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal"[107] y los enemigos no son sino individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico"[108]. Aunado a ello, va a plantear de manera bastante sincera que:

> "Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no solo no puede esperar ser tratado como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas"[109]

Si el estado no los trata como personas, pues los debe tratar como una fuente de peligro que debe ser *eliminada*. La exclusión, persecución y posterior eliminación, de los enemigos se encuentra completamente legitimada bajo la justificación de la "seguridad" de los ciudadanos. La cual, como ya vimos anteriormente, es la quimera teórica, el discurso ideológico que justifica y legitima a la finalidad técnica del derecho penal[110]. Con ello, Jakobs está abiertamente tomando partido por la aplicación del derecho penal del enemigo e incluso menciona que:

---

106 Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, op. cit., p. 40.

107 Ibidem, p. 51.

108 Ibidem, p. 47.

109 Idem.

110 No obstante, aquí hay una particularidad. No es que sea una casual que en el derecho surja esta contraposición de intereses entre seguridad de todos y la libertad de pocos, pues es la expresión ideológica que surge de la división entre

> "… Sería completamente erróneo demonizar aquello que aquí se ha denominado Derecho penal del enemigo; con ello no se puede resolver el problema de cómo tratar a los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana. Como ya se ha indicado, Kant exige la separación de ellos, lo que no significa otra cosa que hay que protegerse frente a los enemigos"[111]

El derecho penal del enemigo en realidad sería el *método adecuado* para "protegerse frente a los enemigos". En esa misma línea, Jakobs también afirmaba que: "la introducción de un cúmulo de líneas y fragmentos de derecho penal del enemigo en el derecho penal general es un mal desde la perspectiva del Estado de derecho"[112]. Además, cuando se refiere a que el mismo criterio del derecho penal del enemigo delimitado para los delitos de terrorismo es aplicado para los delitos comunes como un simple robo, para Jakobs se trata de un derecho penal del enemigo superfluo, puesto que "la amenaza de pena desorbitada carece de toda justificación"[113]. Jakobs se preocupa cuando ambos tipos de derecho penal "se entremezclan".

Entonces tenemos ya el panorama más claro. Jakobs, identifica la *necesidad sistémica de la existencia y aplicación de un derecho penal del enemigo*, pero no logra ver por su ceguera jurídica que esa necesidad realmente corresponde a la primacía de la finalidad técnica del derecho penal (su función de ejercer la dominación de la burguesía). Jakobs defiende la posibilidad de aplicación de un derecho penal especial para los *enemigos* que busque la mera coacción sobre estos con el único de fin de acabar con el peligro que representan. En ningún momento, Jakobs plantea que no deberíamos optar por el uso de este tipo especial de derecho penal, ni mucho menos lo denuncia, todo lo contrario: incluso plantea su *delimitación*. Jakobs nos dice: existe el derecho penal del enemigo

las personas privadas de libertad y de las que no. El delito es una construcción formal que divide a los que trasgredieron el orden de cosas de los que no: borra todas las diferencias materiales y se resume al cálculo del tiempo abstracto que se estará en prisión. La ley penal agrupa en dos grandes bandos a los seres humanos: los que están en prisión (o han estado) y los que no. Evidentemente, la única forma de deshacer esa contradicción es suprimiendo esa división que toma forma con la institución carcelaria.

111 Ibidem, p. 47.

112 Ibidem, p. 48.

113 Ibidem, p. 50.

y por eso tenemos que diferenciarlo del derecho penal del ciudadano, tenemos que afinar su uso para los peligros especiales. No toquemos a los ciudadanos, ellos son fieles a la norma, guardemos toda la fuerza punitiva, o mejor dicho, toda la violencia organizada para determinados sectores de la sociedad: *orientemos el derecho penal del enemigo hacia los enemigos, hacia los peligros de la sociedad*, *no contaminemos el derecho penal del ciudadano*. Jakobs al pretender delimitar, contener u orientar al derecho penal del enemigo, no lo está negando, sino incluso, *lo está refinando, lo está puliendo*. Jakobs pretende sacarle filo al arma del derecho penal.

Hasta el momento, hemos visto que para el "delincuente común" el derecho penal actúa — o debería actuar— siguiendo todas las garantías de un debido proceso, pero para un enemigo, el derecho penal, actúa como una *guerra refrenada*, mutilando todas las garantías procesales posibles y apuntando todo el sistema punitivo hacia él[114]. Jakobs va a concluir, que para poder mantener la vigencia de la norma, lo cual implica, el mantenimiento del orden jurídico, es preciso utilizar el derecho penal del enemigo contra todos aquellos que representen un peligro para el ordenamiento jurídico vigente[115].

El derecho penal del enemigo; sin embargo, no es una concepción teórica que parta propiamente de la imaginación de Jakobs[116], pero tampoco es una concepción que surja de la cabeza de alguno que le antecedió.

El derecho penal del enemigo no es, pues, un fenómeno normativo, pues no se enmarca exclusivamente a las leyes, sino que, muy por al contrario, se trata de un fenómeno social que podemos aprehenderlo desde la doctrina, la jurisprudencia, las normas jurídicas y en el mismo proceso penal, pero cuyo origen radica en la contradicción entre la finalidad técnica del derecho penal y la forma jurídica con la

114 "Por lo tanto, el derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que este exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad" (Ibidem, p. 42)

115 Lo cual, como ya vimos anteriormente, no es otra cosa que la abstracción jurídica de la defensa social del Estado burgués.

116 Algo en lo que Jakobs busca excusarse al decir en su prólogo que él solo es un "mensajero".

lógica mercantil del intercambio equivalente[117]. El derecho penal del enemigo no es un postulado teórico: es un fenómeno realmente existente.

Ahora bien, al tratarse precisamente de un fenómeno, su explicación no puede residir en el mismo plano fenoménico de la realidad, sino que el análisis científico tiene que llevarnos más adentro: a su determinación material. Y es por ello, que si bien Jakobs nos otorga una explicación que hasta cierto punto podemos calificar de *sincera* al plantear abiertamente la necesidad de tener que *suprimir a ciertos individuos que representan un peligro para la sociedad*, no nos brinda una explicación científica de este fenómeno, no hunde su profundidad intelectual en el origen material de la contradicción que tenemos al frente. El derecho penal del enemigo es solo una de las formas como se nos aparece la lucha de clases en el derecho.

Jakobs nos otorga una definición de "enemigo" mistificada y deformada por la forma jurídica: la amplitud de su concepto precisamente responde a que la única forma de delimitarlo es tomando como referencia su lealtad a la norma[118]. No importa su edad, color, raza, género, orientación sexual, etc., basta con no ser fieles a la norma[119] y serán enemigos. Pero dicha característica en realidad es producto del proceso de igualación entre los seres humanos que implica el desarrollo del mercado, no es producto de la mera voluntad de Jakobs. Si no se distingue las características físicas de todos a los que se les puede calificar de enemigos, es porque se puede hacer ese ejercicio de abstracción del contenido concreto de cada ser humano cuyo origen reside en la división del trabajo concreto y el trabajo abstracto y coincide con el desarrollo del

117 La contradicción entre la finalidad técnica del derecho penal y la forma jurídica con la lógica mercantil del intercambio equivalente nace de la sociedad burguesa y no se podrá resolver en el marco del estado de cosas existente, puesto que ello implicaría la supresión de las condiciones que la hicieron nacer, por lo que mientras siga existiendo seguirá también la dicotomía fenoménica entre el "funcionalismo" y el "garantismo", solo que con el pasar del tiempo revestirán distintos nombres de acuerdo a la particularidad de cada fase de la lucha de clases.

118 La definición formalista del enemigo que nos da Jakobs es una tan amplia que pareciese que la delimitación de lo que se va a considerar enemigo en un determinado momento histórico dependiera de la libre discrecionalidad del "legislador" o, en otras palabras, de la "voluntad política" de los funcionarios del estado. No obstante, en realidad en política nada es producto de "voluntades libres" sino de la pugna de los intereses de clase. Dicha definición en realidad le da mayor margen de acción no a individuos, sino a una clase en particular, como veremos más adelante.

119 Todos cumplen con ser "individuos peligrosos", con ser *enemigos declarados del derecho, la democracia, y las buenas costumbres*.

valor y la mercancía. Jakobs aprehende dicha característica para, consecuentemente, conceptuarlo bajo una definición formalista: el enemigo es un contenedor en el que pueden entrar diversidad de "contenidos" concretos.

No es casualidad, pues, que todo el planteamiento funcionalista sea calificado por ciertos sectores del garantismo como un armazón sin contenido[120]. Muñoz Conde lo expresa de manera tajante:

> "Si se admite su derogación [de los derechos y garantías fundamentales propias del estado de derecho], aunque sea en casos puntuales extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del estado de derecho, cuyo Ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento puramente tecnocrático o funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores, o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, siempre que sus valedores tengan el poder o la fuerza suficiente para imponerlo. El Derecho así entendido se convierte en un puro Derecho de Estado, en el que el derecho se somete a los intereses que en cada momento determine el Estado o la fuerzas que controlen o monopolicen su poder. El derecho es entonces simplemente lo que en cada momento conviene al Estado, que es, al mismo tiempo, lo que perjudica y hace el mayor daño posible a sus enemigos…"[121]

El formalismo del funcionalismo es la expresión del desarrollo de las relaciones mercantiles a las que poco le importan las características personales de los portadores mercancías, sino en cuanto su capacidad de ser portadores de dichas mercancías. La explicación funcionalista de lo que es un "enemigo de la sociedad" se queda atrapada en un plano formal y es muy superficial, por lo que es insuficiente para ser considerada como una explicación científica.

---

120 No obstante, Jakobs solo está expresando las consecuencias lógicas en el capo del derecho, del desarrollo de las relaciones mercantiles.

121 Francisco Muñoz Conde, *De la tolerancia cero, al derecho penal del enemigo*. Nicaragua, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, 2009, p. 56.

Evidentemente, desde el sector opuesto de la doctrina, se le han formulado muchas críticas a Jakobs, la mayoría girando en torno a la vulneración de los derechos humanos que implica la "aplicación y legitimación" de un derecho penal del enemigo:

> "… La concepción del terrorista, del delincuente como enemigo, tiene aptitud bastante para arrollar todas las garantías del derecho penal, desde el principio de legalidad al de culpabilidad, desde la presunción de inocencia hasta la carga de la prueba y los derechos de la defensa."[122]

Así como esa, existen muchos artículos que señalan lo mismo o posturas similares[123]. No obstante, dichas críticas, de nuevo, se enmarcan dentro de la dicotomía de la retribución y prevención: buscan un "trato justo" con los imputados, Tal como mencionamos anteriormente, su lógica es eminentemente principista. Habiendo ya tocado ese tema con anterioridad, pasaremos a otra crítica común en la doctrina.

Muñoz Conde nos dice que "la persecución de actos terroristas puede fácilmente convertirse en una excusa para promover una serie de medidas extremas adicionales que de hecho socavan el imperio de la ley en un sentido más general"[124] y en otro texto nos señala que "el Derecho penal del enemigo representa o puede representar una amenaza para los principios y garantías del Estado de Derecho"[125]. La mayoría de las críticas realizadas por el sector progresista del derecho las hace en función a que el derecho penal del enemigo sería incompatible con un estado social democrático de derecho y en efecto, ello sería cierto siempre y cuando el Estado no fuera la prueba excepcional de que la sociedad se encuentra formada por clases que se encuentran en constante pugna. Los fundamentos sociales del "Estado Social Democrático de

---

122 Luigi Ferrajoli. "El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal", *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 19, 2007, p. 7.

123 Véase: Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión, Manuel Cancio Meliá (coord.) y Carlos Gomez-Jara Díez (coord.), 2 vols., España, Edisofer, 2006.

124 Francisco Muñoz Conde, "Derecho en la guerra contra el terrorismo: el Derecho de la guerra, el derecho penal internacional y el derecho de la guerra dentro del derecho penal interno («derecho penal del enemigo»)". *Revista Justiça E Sistema Criminal*, vol. 5, núm. 9, 2013, p. 94.

125 Francisco Muñoz Conde, *De la tolerancia cero…*, op. cit., 2009, p. 67.

Derecho", determinan la completa "compatibilidad" de este con el derecho penal del enemigo.

Por otro lado, hay otras críticas que giran en torno a que "Jakobs no crítica el sistema", nos detendremos un momento a analizar algo interesante que Luigi Ferrajoli dice en esa misma línea:

> "Así las cosas, conviene distinguir dos significados, dos usos diversos de esta fórmula: a) uno primero de tipo empírico-descriptivo; descriptivo, entiéndase bien, de una perversión del derecho penal, es decir, de prácticas punitivas y represivas (…) que se cubren con el manto del derecho penal y son, por el contrario, su negación; y, b) otro significado, podría decirse, de tipo teórico, merced al cual "el derecho penal del enemigo" resulta presentado o recomendado como un nuevo "paradigma", un nuevo "modelo", como tal normativo, de derecho penal. (…) Con el resultado de que el uso descriptivo de la fórmula (…) se transmuta, más o menos conscientemente, en un uso normativo o cuando menos en un uso en función de legitimación de lo descrito por la fórmula…. Dicho sin rodeos, se trata de la autolegitimación como derecho de las prácticas contrastantes con el modelo normativo del derecho penal, en nombre de la eficiencia. Añadiré que es una falacia a menudo inconsciente. Supongo que si se pregunta a Günter Jakobs si comparte el modelo del derecho penal del enemigo, responderá que se está limitando a describir el fenómeno, destinado, sin embargo, a afirmarse al lado —o incluso a salvar— el "derecho penal del ciudadano". Por lo demás, la distinción metalingüística entre "descriptivo" y "prescriptivo" no forma parte de la cultura jurídica y política funcionalista."[126]

Descripción y prescripción son dos caras de la misma moneda: "Todo conocimiento es orientación, toda descripción es prescripción"[127]. Desde nuestra posición, el problema no reside en que Jakobs "se limita a describir" (cosa que sí hace), sino que él mismo se encuentra condicionado a describir: es el carácter mismo de la metodología de análisis

126 Luigi Ferrajoli. "El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal", op. cit., p. 7.

127 Alain Badiou, *Teoría de la contradicción*, op. cit., p. 12.

jurídico. Los críticos más críticos de Jakobs en realidad también no hacen más que "describir" debido a que usan la misma metodología dogmática con la única diferencia que lo hacen, desde el otro extremo, la otra tendencia al interior del derecho penal. Jakobs es víctima de su método, se encuentra atrapado por la apariencia de las cosas y no puede escapar. La cuestión reside en el método: si se parte de la *esencia* o de la *apariencia*. Todo llamado a la acción proviene de una concepción de las cosas: toda propuesta viene de una comprensión de la realidad. Si esa comprensión se encuentra enmarcada en la apariencia de las cosas, irremediablemente va a estar condenada a enarbolar propuestas que legitimen, reafirmen y reproduzcan dicha apariencia. Precisamente el derecho parte de ahí, no puede hacer otra cosa, su existencia está dirigida a legitimar y mediar un tipo de sociedad. Con lo que en realidad se topan estos juristas no es sino el carácter tautológico del derecho.

Sin embargo, encontramos algo muy diferente con los planteamientos de Pashukanis, aun cuando este no aborda ni desarrolla una "teoría" del derecho penal del enemigo, este logra ir a donde Jakobs no puede ni pudo haber llegado: al verdadero origen de esta tendencia al interior del derecho penal. Si para Jakobs existe un ordenamiento jurídico uniforme, lleno de individuos particulares que se sienten amenazados por algún "enemigo" que viene a romper con ese estado de cosas, Pashukanis ve lo contrario: una sociedad marcada profundamente por la contradicción entre burgueses y proletarios, que lleva en su seno la lucha de clases y que determina, pues, a quiénes la "sociedad" denomina sus enemigos. Esto es posible porque mientras Jakobs parte del fenómeno jurídico, de la mistificación de la "sociedad uniforme" de la abstracción deformada, de la quimera teórica o inversión ideológica de la forma jurídica, Pashukanis parte de la determinación material: de la pugna entre los intereses de las clases sociales, lo que le permite ver más allá del fenómeno jurídico. Jakobs simplemente, al igual que todos los juristas anteriores a él, cae en supeditarse al plano fenoménico de la realidad: ve la relación entre sujetos jurídicos, pero no ve su contraparte, las clases sociales. Jakobs ve el carácter "personal" de las relaciones sociales, la relación entre el estado y el ciudadano, pero no concibe que dicha relación en realidad en realidad es la expresión de una relación mucho más compleja que no se da entre individuos, sino entre clases.

Si la sociedad se encuentra bajo una dictadura del capital, es decir, bajo una dictadura de la burguesía, pues lo que se nos aparece como "enemigos de la sociedad", no serán otros que los enemigos de la clase burguesa. Enemigos que la burguesía siempre va a pretender hacer pasar como enemigos de todas las clases, a través del contrabando ideológico en los diversos productos culturales y medios de comunicación[128]. Se crea así la figura del "enemigo de todos" cuando en realidad es el enemigo de la clase en el poder, porque o bien representa un peligro directo para su dominación, o bien un peligro indirecto, afectando el correcto desenvolvimiento del "estado de cosas".

7. Todo enemigo es enemigo de clase

Todo "enemigo" en realidad es un enemigo de clase y por ende todo "enemigo" es un enemigo de carácter político. El carácter fetichista del derecho penal, es decir, la forma jurídica, va a servir como medio de legitimación —normativa—, justificación —ideológica— y aplicación — jurisdiccional— del contenido político que vaya de acuerdo a los intereses del "legislador" de turno, que no es otra cosa, que a los intereses de la clase dominante.

Los diversos ordenamientos jurídicos van a pretender justificar la persecución de estos enemigos —a través de la doctrin—, otorgar los procedimientos —a través de la norma jurídica— y aplicación correspondiente para su eliminación —jurisdicción—. En otras palabras, frente a la necesidad material de proteger el estado de cosas vigente, la "superestructura jurídica" se va a encargar de positivizar esta necesidad, demarcar la aplicación y otorgar el desarrollo "doctrinario" necesario para justificar —encubrir— la satisfacción de esa necesidad.

En ese marco, los enemigos más peligrosos para la clase burguesa no serían sino aquellos que realmente atentan contra su dominación. De manera concisa y directa, se trata de aquellos "individuos" que se han propuesto, de manera resuelta, la destrucción del modo de producción vigente: los revolucionarios.

128 Los libros, el teatro, la televisión, los periódicos, incluso ahora los tiktoks, etc.

Los revolucionarios son los enemigos declarados del estado de cosas existente, al cual abiertamente le plantean sus intenciones, tal como reza el manifiesto de Marx y Engels: "Los comunistas consideran indigno ocultar sus ideas y propósitos. Proclaman abiertamente que sus objetivos solo pueden ser alcanzados, derrocando por la violencia todo el orden social existente."[129]

Los revolucionarios, ciertamente, tienen como objetivo, acabar hasta las últimas consecuencias, con el estado de cosas actual, es decir, con el modo de producción capitalista, para poder construir una nueva forma de organización social, partiendo de las premisas materiales que desarrolló el capitalismo. Teniendo en cuenta ello, al declararse como enemigo del estado de cosas y a la vez, ser declarado como enemigo del estado de cosas por la clase burguesa, se sintetiza la figura jurídica del enemigo en el revolucionario: el revolucionario es *un peligro para la sociedad*.

Se identifica el ser revolucionario y el ser un enemigo de la sociedad. César Vallejo, poeta comunista peruano, lo expresa de la siguiente forma:

> "El intelectual revolucionario, por la naturaleza transformadora de su pensamiento y por su acción sobre la realidad inmediata, encarna un peligro para todas las formas de vida que le rozan y que él trata de derogar y de sustituir por otras nuevas, más justas y perfectas. Se convierte en un peligro para las leyes, costumbres y relaciones sociales reinantes. Resulta así el blanco por excelencia de las persecuciones y represalias del espíritu conservador. «Es Anaxágoras, desterrado —dice Eastman—; Protágoras, perseguido; Sócrates, ejecutado; Jesús, crucificado». Y nosotros añadimos:— es Marx, vilipendiado y expulsado; Lenin, abaleado. El espíritu de heroicidad y sacrificio personal del intelectual revolucionario, es, pues, esencial característica de su destino."[130]

Al ser el derecho penal del enemigo un fenómeno objetivo, muchos los teóricos van a dar con la descripción de ese fenómeno, pero no todos van a darle una explicación científica y por ende, que halle las determinaciones materiales de dicho fenómeno.

129 Karl Marx y Friedrich Engels, *El manifiesto comunista*, República Popular China, Ediciones en Lenguas Extranjeras Pekin, 1964, p. 79.

130 César Vallejo, *El arte y la revolución*, Lima, Mosca Azul Editores, 1973, p. 14.

Para el estudio marxista del derecho, el enemigo *por excelencia* es el revolucionario: el sistema penal está diseñado específicamente para su eliminación. Para Jakobs, no existe una figura que caracterice mejor al "enemigo del derecho penal" que la del *terrorista*, siendo este "quien rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y por ello persigue la destrucción de ese orden"[131].

Entonces, encontramos en Jakobs una definición de terrorista donde lo que lo distingue de otras figuras es el rol que juega dentro del entramado social, es decir, por su rol político: *el terrorista es el que apunta a la destrucción del estado de cosas actual*. El terrorista es el que rechaza, por completo, el ordenamiento jurídico vigente, en palabras sencillas: el que rechaza de plano a la sociedad en su conjunto.

Es decir, la figura jurídica del "terrorista" va a coincidir de manera totalmente directa con el revolucionario. Podemos afirmar en este punto que la abstracción ideológica, o mejor dicho, la aprehensión jurídica del revolucionario, es la del terrorista: son dos caras de la misma moneda, una expone su carácter científico y la otra su deformación ideológica. Dicha concepción del enemigo y del terrorista legitima la realización de la finalidad técnica del derecho penal, o, dicho en otros términos, la realización del derecho penal —del enemigo— consiste en la persecución y posterior eliminación del revolucionario y la definición funcionalista del "enemigo" la va a legitimar.

La identidad jurídica del revolucionario es la del terrorista. El objetivo principal de la realización de la finalidad técnica del derecho penal, o en otras palabras, del derecho penal del enemigo, son los revolucionarios y por ello, el desarrollo doctrinario y aplicación práctica está diseñada —o se modifica, de acuerdo a la situación concreta— para ello. Sin embargo, el derecho penal —del enemigo— también se puede aplicar —y se aplica— hacia aquellos que, simplemente, se vuelven un obstáculo para el libre desenvolvimiento del estado de cosas, siendo uno de los focos principales, los dirigentes políticos, los delincuentes comunes, etc. Siendo que en ambos casos nunca se deja de lado que la aplicación de la violencia es sobre clases sociales y no sobre sujetos particulares: ellos son solo la forma concreta que adopta dicha relación social de dominación. Asimismo, podemos ver que dicha noción de terrorista se enmarca en

131 Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*…, op. cit., p. 41.

un rotundo formalismo[132]: cualquier clase social aparte del proletariado puede atentar contra el orden social de la burguesía dominante, pero evidentemente, de entre ellas el proletariado es la más preocupante.

Tal como anteriormente hemos expresado, en tiempos donde las contradicciones sociales se agudizan, el derecho penal expone con mucha más crudeza la finalidad técnica del Estado, y este, con sus "fuerzas del orden" persigue a todos los dirigentes, delincuentes comunes, protestantes, etc. Es preciso dejar en claro que bajo la figura de enemigo puede haber varios tipos de grupos sociales, pero todos demarcados bajo el mismo criterio objetivo (la pugna entre las clases sociales, sea esta incluso entre dos facciones de la burguesía) y ninguno encajando tan a la perfección como el revolucionario, como por ejemplo otros sectores de la burguesía o sectores de la pequeñoburguesa, etc. Por otro lado, cabe añadir que la definición formal de terrorista —que vale decir, no requiere de la "realización del terror"—, responde también a la necesidad material de combatir de manera más agresiva a la organización popular debido a la agudización de la lucha de clases en el imperialismo. Dicha figura le da un amplio margen de acción a la burguesía al momento de la persecución penal y que, precisamente, es lo que necesitan en tiempos donde las contradicciones sociales se exacerban[133]. Por otra parte, cabe mencionar que el despliegue de un derecho penal cada vez más crudo y exacerbado no es propio de nuestro país, y mucho menos es un fenómeno "regional": se trata de una tendencia propia del imperialismo que viene acompañada de su respectivo desarrollo doctrinario que la justifica ideológicamente[134].

Algo característico del derecho penal del enemigo que menciona Jakobs, es que se confunden actos preparatorios y comisión del hecho delictivo, de manera que no solo se emprende una lucha contra un "peligro real"—concreto—, sino contra "lo que

132 Ello quien decir que si bien la definición de terrorista calza con la del revolucionario perfectamente, no quiere decir ello que dicho calificativo tenga que necesariamente siempre utilizarse contra revolucionarios: puede hacerse contra narcotraficantes, criminalidad organizada, simples manifestantes, etc., todo de acuerdo a la situación particular de la pugna entre las clases sociales.

133 Es decir, responde a la necesidad de aplicar con más dureza la violencia para mantener la dominación de la burguesía —finalidad técnica del derecho penal—.

134 Nos referimos a la tendencia de primar la finalidad técnica del derecho penal.

puede ser un peligro real", es decir, contra el peligro futuro —abstracto—[135]. Al ser el "terrorista" aquel que "rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y por ello perseguir la destrucción de ese orden", se abre la ventana de la posibilidad de perseguir a todos aquellos que desde "rechacen" a la sociedad y "persigan" su destrucción, siendo que "rechazar" el ordenamiento puede ser desde efectivamente tomar acciones reales a *simplemente mantener una postura de rechazo sin haber tomado acciones al respecto*: el mero hecho de *pensar, expresarte o incluso leer algo*, que implique sostener algún contenido crítico en contra del estado de cosas ya podría ser un peligro, ya es motivo de sospecha, ya es motivo de persecución.

Así como la burguesía hace pasar al "enemigo" como "enemigo de todas las clases", también hace pasar su seguridad como "la seguridad de la población en su conjunto". Prueba de ello son los diversos procesos de lucha que la organización popular ha llevado a cabo: en todos ellos se ha empleado el "terruqueo"[136] y la represión, ¿de qué "seguridad de la población" estamos hablando?[137]. No se trata, pues, más que de la seguridad de una clase social: de la burguesía. "La sociedad en su conjunto", la "población en su conjunto" son solo figuras ideológicas. Es así que, la quimera de "garantizar la seguridad de la población", es utilizada como pretexto para combatir al enemigo y siendo más concretos, al terrorista.

La delimitación del momento en que se va a considerar como una acción que atente contra la "seguridad de la población" va a girar en torno a cuán álgidas se encuentran las contradicciones sociales y también, cuan "peligroso" sea para la burguesía. Como mencionamos, la definición formal de terrorista le da un amplio margen de acción a la

135 Jakobs nos menciona que el derecho penal del enemigo se trata de una regulación que toma como punto de partida de la intervención de la acción penal a la "conducta no actuada, sino solo planeada, es decir, no el daño en la vigencia de la norma que ha sido realizado, sino el hecho futuro" (Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*…, op. cit., p. 49) o dicho de otro modo: "el lugar del daño actual a la vigencia de la norma es ocupado por el peligro de daños futuros" (Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*…, op. cit., p. 49, p. 50), lo cual evidentemente no significa otra cosa que la anticipación de la intervención penal a la comisión de delito entrando en lo que se consideran como "actos preparatorios".

136 Estrategia política que consiste en calificar de terroristas a un grupo social.

137 Es más, no podemos aglomerar a todas las diferentes clases sociales con diferentes intereses en un cúmulo abstracto de sujetos particulares: la concepción de "población" no es sino una deformación ideológica producto de la igualdad jurídica que se le otorga en el plano formal a los diversos integrantes de las clases sociales

burguesía para catalogar dentro a aquellos que compartan algún tipo de pensamiento similar o igual al del "enemigo" o alguna postura que "implique ir en contra del estado de cosas". Incluso por no criticar al pensamiento del enemigo o no criticarlo "como se debe" ya se considera motivo de sospecha y de posterior, persecución[138]. En el caso del Perú, incluso por el mero hecho de llamarle "Conflicto Armado Interno" al proceso bélico acontecido desde la década de los 80' hasta los 2000' ya es motivo de sospecha, y peor aún si deslizas la idea de una "guerra popular" o una "guerra civil": ese discurso no está permitido en la sociedad peruana y lo más probable es que ya la fiscalía te esté haciendo un seguimiento.

Es de este modo que desde tener libros y folletos sobre marxismo o incluso sobre la misma doctrina del derecho penal del enemigo, son tomados como objetivos de incautación en las detenciones[139]. De igual forma, la amplitud del concepto trae consigo incluso el considerar todo acto de protesta como un "acto subversivo": las marchas, en el plano jurídico, alcanzan el nivel de organización, complejidad y "peligro" de una "guerrilla subversiva".

La clase burguesa utiliza la palabra "terror" para infligir miedo a la población: aterrorizarla del enemigo. Se desarrolla lo que se denomina "demonización" de los enemigos ante la población[140]. Todo esto termina por expresarse en lo que conocemos como derecho penal del autor[141]. Por último, se hace a un lado todo el discurso humanista del derecho penal para imponer las penas más crueles y eliminar todas las garantías procesales —llegando a la tortura— en los momentos donde se exacerba la lucha de clases.

Desde nuestra perspectiva, ver al enemigo como simplemente el que atenta contra el orden jurídico implica verlo desde una óptica formalista, meramente superficial.

138 Si no realizas una crítica que sea «aceptable» por la «izquierda» o que no se ajuste a lo ya establecido en el discurso «disidente», ya empiezan los calificativos, las investigaciones.

139 Lp Pasión por el derecho, "Esta es la resolución que autoriza incautación de separatas de derecho penal del enemigo, libros de Marx y otros", en *LP Pasión por el derecho*, 2023.

140 Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, Derecho Penal del enemigo…, op. cit., p. 88.

141 Ibidem, p. 101.

Jakobs analiza la forma, alcanza a describir un estado de cosas, el cual se ve obligado a afirmar porque se entrampa en el mundo de las formas jurídicas.

Restablecer la vigencia de la norma no es otra cosa que "afirmar" la vigencia de un tipo de sociedad, al igual que afirmar un ordenamiento jurídico, implica afirmar las relaciones sociales que determinan ese ordenamiento. Afirmar la vigencia de la norma actualmente existente, implica afirmar la vigencia de la sociedad capitalista. Y pues, esta "vigencia" no se afirma a través del papel, sino por medio de la violencia, puesto que "afirmar la vigencia de la sociedad" no es, sino ejercer la función social de dominación que se realiza a través de la violencia, es decir, realizar la función técnica del derecho penal. Es decir, a través de la fuerza bruta, de un destacamento de hombres armados, es como la sociedad se "afirma".

El fundamento del poder punitivo es la violencia organizada. Y su monopolización por parte del Estado, no es otra cosa que la monopolización de dicha violencia organizada por parte de la clase burguesa y no es sino el monopolio de la violencia que esta ejerce sobre el proletariado y demás clases sociales. En esa línea, es lógico que los que pretendan "rechazar" del estado de cosas actual, tengan que necesariamente recurrir a la violencia: es necesario que tengan que hacerlo porque el estado de cosas actual se fundamenta en ella. No obstante, toda violencia que no emane de la burguesía se encuentra completamente *deslegitimada* por el orden social que históricamente ella misma construyó. Pero eso no hace, sino darle más la razón a los que se rebelan contra ese orden social. Como diría Jakobs: «Quien gana la guerra determina lo que es norma, y quien pierde ha de someterse a esa determinación»[142]. Solo habría que añadirle la precisión de que la lucha que se viene librando es entre clases, siendo la clase que mantiene el aspecto principal de esa contradicción es la burguesía.

Tanto Pashukanis como Jakobs tiene una conclusión similar: la diferencia reside en que Pashukanis analiza el derecho penal desde el desarrollo inmanente de la sociedad, por ello, los "enemigos" no aparecen como una externalidad a cierto régimen normativo, sino que, estas "anomalías" ya se encuentran presentes en el fundamento social que da origen a ese régimen normativo: la lucha de clases. Pashukanis va al

142 Ibidem, p. 41.

fundamento de la abstracción jurídica: la lucha de clases, y esto es lo que le permite, a diferencia de Jakobs, negar el estado de cosas existente, a través de la lucha por la superación de dicha contradicción, y no supeditarse a afirmarlo. Mientras que Jakobs hace un análisis idealista del derecho, Pashukanis hace un estudio materialista. Mientras Jakobs se entrampa en la realidad fenoménica, Pashukanis se abre paso a las determinaciones de esta.

Por otra parte, es totalmente normal que a lo largo de este camino por momento parezca que incluso la cuestión gira en torno al signo lingüístico, es decir, la palabra. Y es que el significado y definición de terrorismo no es unilateral: existen muchas posiciones, pero estas terminan confluyendo dos posiciones, la burguesa y la proletaria. La definición de terrorismo y terrorista que hemos analizado aquí, evidentemente, es una burguesa, pero también hay una definición proletaria, que, por el momento, no hemos desarrollado porque excede la pretensión de este trabajo, pero que vale decir que gira en torno a aquellos que "le rinden culto a la espontaneidad de la indignación más ardiente de los intelectuales, que no saben o no tienen la posibilidad de ligar el trabajo revolucionario al movimiento obrero para formar un todo"[143]. Aquí es donde le damos toda la razón al importante lingüista soviético Valentin Voloshinov:

> "La clase social no coincide con el colectivo semiótico, es decir, con el grupo que utiliza los mismos signos de la comunicación ideológica. Así, las distintas clases sociales usan una misma lengua. Como consecuencia, en cada signo ideológico se cruzan los acentos de orientaciones diversas. El signo llega a ser la arena de la lucha de clases."[144]

Al intentar definir y desenmascarar la concepción de terrorista, se hace evidente que existen muchas definiciones que se encuentran en constante pugna por reclamarse para sí la palabra. Al analizar el signo lingüístico, por ello, es preciso estudiar la situación particular, es decir, el estado de la lucha de clases que ha determinado el estado del signo lingüístico.

143 Vladimir Lenin, *Qué hacer*, República Popular China, Ediciones en Lenguas Extranjeras Pekin, 1975, p. 98.

144 Valentin Voloshinov, *El marxismo y la filosofía del lenguaje*, Buenos Aires, Ediciones Godot, 2009, p. 47.

El lingüista continúa, mencionando que: "la clase dominante busca adjudicar al signo ideológico un carácter eterno por encima de las clases sociales, pretende apagar y reducir al interior la lucha de valoraciones sociales que se verifica en él, trata de convertirlo en signo monoacentual."[145]. En nuestro caso, la burguesía, pues, desarrolla una concepción de terrorista que se ajusta a sus intereses, la cual pretende hacer pasar como la única vigente. No es casualidad que la definición burguesa de terrorista coincida con la definición de revolucionario: está diseñada para legitimar y materializar su persecución.

Finalizando este trabajo, señalamos que es necesario desarrollar un análisis mucho más profundo de la cuestión, de manera que se pueda desplegar una respuesta que abarque por completo las diversas concepciones y posturas sobre enemigo al interior de la doctrina del derecho penal. Se tiene que partir de una crítica teórica implacable contra los fundamentos en los que reposan las abstracciones jurídicas y eso implica problematizar muchos aspectos que este corto artículo no pretende ni puede, por su misma naturaleza, abordar. Una tarea fundamental que aún queda pendiente es poder estudiar cada escuela del derecho penal y el estado de la lucha de clases en cada país que se desarrolló para así poder dar con sus determinaciones materiales, al mismo modo que lo hizo Georg Lukács con la filosofía en su magnífico trabajo "El asalto a la razón". Se trata de poner la política al mando del desarrollo teórico. Asimismo, se requiere tocar en profundidad es la normativa y legislación antiterrorista que sigue vigente en nuestro país, el Decreto Ley N.° 25475, el cual es el fundamento normativo de la persecución política que se viene llevando a cabo a los dirigentes del movimiento popular y el movimiento estudiantil peruano, pero ella será materia de un trabajo mucho más completo y desarrollado que este. Por otro lado, hay partes de los planteamientos de Jakobs y de Pashukanis, que, por lo pronto, hemos elegido hacer a un lado para no extender mucho más la explicación. Nuestro trabajo aquí está incompleto. Sin embargo, se han tratado de dar los lineamientos generales e ideas que pueden orientar nuestro camino. Solo el tiempo dirá cuan ciertas serán estas premisas y cuán útiles lo serán para el gran proceso de transformación de la sociedad peruana. Tenemos que destruir

145 Ibidem, p. 48.

lo viejo para construir lo nuevo, y para los futuros abogados, eso significa desarrollar la crítica de cada una de las categorías del derecho en miras de barrer con los rezagos de la vieja sociedad y hacer concreta su extinción.

La tan vigente y sumamente relevante propuesta teórico-práctica de la crítica del derecho —el punto de vista del proletariado— entra de nuevo en el ring la lucha teórico-política —e ideológica— que se gesta en el Ddrecho (en su "doctrina" y en su "práctica"). Por ahora, aún es débil, pequeña y joven, y su oponente es poderoso, grande y viejo: un combate injusto que, sin embargo, implica la necesidad de enarbolar una lucha justa. Probablemente nos aborde el pesimismo de declarar que es inútil siquiera dar un paso adelante. No obstante, debemos recordar que la doctrina del proletariado es la exposición científica de la justeza de su convicción y sobretodo, es el testimonio de su victoria histórica. Su desarrollo nunca es lineal: poco a poco se levanta con sus retrocesos y con sus avances. Sin embargo, el espíritu de una nueva época comienza a fortalecerse gradualmente, marcando el inicio del inevitable ocaso del viejo mundo. Este pequeño trabajo es solo una pequeña contribución al gran trabajo que aún queda por hacer para forjar una sociedad al servicio de las grandes mayorías del pueblo peruano.

Bibliografía

Badiou, Alain, *Teoría de la contradicción*, España, Ediciones Jucar, 1982.

Baumann, Jürgen, *Derecho Procesal Penal: conceptos fundamentales y principios procesales*, 1.° ed., Argentina, Ediciones Depalma, 1986.

Cancio, Manuel (coord.) y Carlos Gomez-Jara Díez (coord.), Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión, 2 vols., España, Edisofer, 2006.

Código Civil, Decreto Legislativo N.° 295, del 25 de agosto de 1984, Diario Oficial El Peruano. Código Penal, Decreto Legislativo N.° 635, del 08 de abril de 1991, Diario Oficial El Peruano. Correas, Óscar, "¿Una dialéctica del derecho? (Acerca del libro de E.B. Pashukanis, La teoría general del derecho)". *Dialéctica*, vol. 3, núm. 4, 1978, p. 243-251.

Correas, Óscar, *Introducción a la crítica del derecho moderno (esbozo)*, México, Fontamara, 2013. Feijoo, Bernardo, *Retribución y prevención general: Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*, Buenos Aires, Euros Editores S.R.L., 2007.

Hegel, Georg, *Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado*, trad. de Eduardo Vasquez, Madrid, Biblioteca Nueva, 2000.

Iñigo, Juan, "El capital: determinación económica y subjetividad política", México, Crítica Jurídica, núm. 34, 2012, p. 51-69.

Jakobs, Günther y Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, España, Civitas Ediciones, 2006.

Lenin, Vladimir, "Acerca del estado", *Obras Completas*, tomo 39, URSS, Editorial Progreso, 1981, p. 69-90.

Lenin, Vladimir, "Quienes son los «amigos del pueblo» y como luchan contra los socialdemócratas", *Obras Completas*, tomo 1, URSS, Editorial Progreso, 1981, p. 131-363.

Lenin, Vladimir, *El estado y la revolución*, República Popular China, Ediciones en Lenguas Extranjeras Pekin, 1966.

Lenin, Vladimir, *Qué hacer*, República Popular China, Ediciones en Lenguas Extranjeras Pekin, 1975.

Lp Pasión por el derecho, "Esta es la resolución que autoriza incautación de separatas de derecho penal del enemigo, libros de Marx y otros", en *LP Pasión por el derecho*, 2023. Disponible en: https://lpderecho.pe/resolucion-autoriza-incautacion-separatas-derecho-penal-enemigo-libros- marx-otros/

Luigi Ferrajoli. "El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal", *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 19, 2007, p. 5-21

Marx, Karl y Friedrich Engels, "Carta a Konrad Schmidt del 27 de octubre de 1890",

Correspondencia, Buenos Aires, Editorial Cartago SRL, 1973, p. 381-386.

Marx, Karl y Friedrich Engels, *El manifiesto comunista*, República Popular China, Ediciones en Lenguas Extranjeras Pekin, 1964.

Marx, Karl, *El capital/ El proceso de producción del capital*, trad. de Pedro Scarón, vol. 1., 28.ª edición, México, Siglo Veintiuno Editores, 2014.

Marx, Karl, *Elementos fundamentales para la crítica de la Economía Política (Grundrisse): borrador, 1857-1858*, trad. de Pedro Scaron, vol. 1, 20.ª edición, México, Siglo XXI, 2007.

Muñoz, Francisco, "Derecho en la guerra contra el terrorismo: el Derecho de la guerra, el derecho penal internacional y el derecho de la guerra dentro del derecho penal interno («derecho penal del enemigo»)". *Revista Justiça E Sistema Criminal*, vol. 5, núm. 9, 2013, p. 77-100.

Muñoz, Francisco, *De la tolerancia cero, al derecho penal del enemigo*. Nicaragua, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, 2009.

Pashukanis, Evgeny, *Teoría general del derecho y marxismo*, trad. de Virgilio Zapatero, 1.ª ed., España, Editorial Labor, 1976.

Rafecas, Daniel, "Una aproximación al concepto de garantismo penal", *Lecciones y Ensayos, vol. 1, núm. 80*, 2018, p. 159-176.

Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L., 2001.
Vallejo, César, *El arte y la revolución*, Lima, Mosca Azul Editores, 1973.

Voloshinov, Valentin, *El marxismo y la filosofía del lenguaje*, Buenos Aires, Ediciones Godot, 2009.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *En torno de la cuestión penal*, Buenos Aires, Euros Editores S.R.L., 2005.

"Una tierra sin gente…": El genocidio en Palestina y los artificios de la imaginación colonial

"A land without people…": The genocide in Palestine and the artifices of colonial imagination

José Emiliano Márquez García[1]

Resumen

En un nuevo intento por exponer el vínculo entre el derecho y la tierra, este artículo busca entender ese acontecimiento constitucional que es la toma de la tierra en el caso palestino considerando la fragmentariedad de los materiales históricos que hacen legible y narrable la catástrofe: más allá de la resolución de Naciones Unidas en 1947, comúnmente aludida, se encuentra el código agrario otomano de 1858, así como las primeras representaciones cartográficas de la Tierra Santa. La operación en conjunto que se busca evidenciar no es otra que la abrogación de una relación fundamental entre Palestina y sus habitantes históricos que, al ser abolida, da lugar a la conformación de un nuevo estado-nación.

Palabras clave: Palestina, genocidio, derecho internacional, catástrofe, colonialismo, *terra nullius*, soberanía, estado de excepción.

Abstract

In a new attempt to expose the ties between the law and the land, this article seeks to understand the constitutional event which is the taking of land in the Palestinian case, considering the fragmentary nature of the historical materials that make the catastrophe legible and narratable: beyond the commonly referred United Nations resolution of 1947, we find the Ottoman agrarian code of 1858

1 Asistente de investigación adscrito al departamento de Derecho Internacional en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Becario en el Sistema Nacional de Investigadores del CONAHCYT.

but also the first maps depicting the Holy Land. The overall operation that this article seeks to highlight is none other than the abrogation of a fundamental relation between Palestine and its historical inhabitants which, once abolished, gives place to the formation of a new nation-state.

Key words: Palestine, genocide, International Law, catastrophe, colonialism, *terra nullius*, sovereignty, state of exception.

Sumario

1. Introducción; 2. Idea de catástrofe; 3. Cartografías coloniales de Palestina; 4. El derecho internacional y el silencio del soberano; 5. Conclusión; 6. Bibliografía.

1. Introducción

En una conferencia muy famosa, Ernest Renan (1823-1892), historiador y filólogo que en la década de 1860 lideró la misión arqueológica del cuerpo expedicionario francés en Medio Oriente, reconocía como elementos esenciales en la creación de una nación el error histórico y el olvido[2]; este último, en particular, referido a la violencia en el origen del moderno estado-nación.

El recurso selectivo al olvido y la articulación de la amnesia colectiva se instrumentan en la consolidación del estado moderno y su modo de dominación es en principio un dominio de la memoria. La soberanía se construye en la afirmación de una genealogía "que confiere al presente la sacralidad del origen" pues "incluso el poder debe inventarse un origen; el poder sin genealogía es impotente; el poder sin memoria es poder sin legitimidad."[3]

2 Ernest Renan, *Qu'est-ce qu'une nation? Conférence faite en Sorbonne, le 11 mars 1882*, París, Calmann Lévy, 1882, pp. 7-8.

3 Raffaele de Giorgi, "Rom als Gedächtnis der Evolution", *Rechtsgeschichte*, vol. 4, 2004, pp. 146 y 160, http://dx.doi.org/10.12946/rg04/142-161 ("*Auch Macht muss sich einen Ursprung erfinden; Macht ohne Genealogie ist ohnmächtig; Macht ohne Gedächtnis ist Macht ohne Legitimität*").

El estado de Israel, particularmente, se ha afirmado en la fabricación de una realidad sociohistórica que tiene arraigo en la imaginación colonial occidental por lo menos desde la segunda mitad del siglo XIX. Se trata, pues, de la reinvención de Palestina como "una tierra sin gente" susceptible de ser ocupada y reclamada por "un pueblo sin tierra" que ha de redimirla por virtud de un derecho divino.

El propósito de este artículo es mostrar cómo los artificios narrativos de la imaginación colonial han contribuido a abrogar la relación entre Palestina y sus habitantes históricos bajo la conceptualización de una *terra nullius*[4]. La operación fundamental que se busca rastrear en el análisis de diversos materiales, como las primeras representaciones cartográficas modernas de la Tierra Santa, es la abrogación de esa relación fundamental entre Palestina y sus habitantes históricos que constituye el *nomos*, es decir, el vínculo original con el territorio que es condición de posibilidad de toda relación jurídica ulterior.

Así también, se hará evidente que el Derecho Internacional Público, en su ambivalencia discursiva, permite identificar la violencia civilizatoria articulada en la consolidación del estado de Israel, que en los últimos meses se ha dedicado a aniquilar a los palestinos en Gaza en un acto inusitado de desprecio hacia el derecho internacional y hacia las vidas humanas.

Cabe destacar que Israel creó un universo alterno, un derecho internacional a modo[5], al sustraerse de las interpretaciones y de las resoluciones autoritativas, algunas de ellas con fuerza legal, que han conformado en las últimas décadas algo cercano a un consenso sobre la situación jurídica de los palestinos y del territorio bajo ocupación israelí. Entre las fuentes de legitimidad más citadas se encuentran, por ejemplo, documentos expedidos bajo el extinto Imperio Británico, como la Declaración de Balfour de 1917 y el Mandato de Palestina de 1922. Pero también el Antiguo Testamento.

---

4 Para una visión novedosa de las complejas operaciones detrás de este concepto más allá de su realidad discursiva ver: Marcelo Svirsky, "The production of Terra Nullius and the Zionist-Palestinian conflict", en Simone Bignall & Paul Patton (ed.), *Deleuze and the postcolonial*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2010, pp. 220-250.

5 Yael Berda, "Phantom Sovereignty and the Imaginary Version of International Law", *Verfassungsblog*, 16 de julio de 2019, https://dx.doi.org/10.17176/20190716-134644-0

El llamado "reporte Levy"[6], que reúne las conclusiones de un comité especial de juristas israelíes convocados en 2012 por Netanyahu, se puede interpretar precisamente como un intento por hacer de Palestina una tierra vacante, deshabitada y disponible para ser apropiada legítimamente por el moderno pueblo israelí:

> [T]here is no Palestinian people vested with a right to self-determination; the West Bank is *terra nullius*, an empty space; "a land without people" still awaiting to be restored "to a people without a land"; a land over which Jews have always had a right of possession; a land promised once by the good Lord and once again by another Lord representing the British Empire; indeed, a land impregnated with Jewish sovereignty.[7]

Con todo lo anterior, no debe extrañarnos que, mientras el genocidio continúa, actores privados como la inmobiliaria Harey Zahav tengan ya intereses económicos en algunas de las zonas destruidas en Gaza, sobre todo aquellas con vista al mar, donde antes de 2005 se asentaba la comunidad israelí de Gush Katif.[8] Otros, como Nisan Zeevi, residente de un "kibutz" ubicado a pocos kilómetros de la frontera de Israel con Líbano, han expresado a propósito de la escalada reciente del conflicto en la región: "En los últimos 17 años pensamos que vivíamos en la Toscana … Pero cuando empezaron a lanzar misiles desde Líbano, de súbito nos dimos cuenta que, con todo

6 Ver la traducción de las conclusiones de la comisión especial en el micrositio de Naciones Unidas para la cuestión palestina: "Conclusions and recommendations of the Commission to Examine the Status of Building in Judea and Samaria – "Levy report" on settlements / Non-UN document", *United Nations Information System on the Question of Palestine (UNISPAL)*, 13 de julio de 2012, https://www.un.org/unispal/document/auto-insert-206325/

7 Orna Ben-Naftali, "Nomos", en Orna Ben-Naftali, Michael Sfard & Hedi Viterbo (eds.), *The ABC of the OPT. A Legal Lexicon of the Israeli Control over the Occupied Palestinian Territory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 296.

8 "Former Israeli settlers yearn to return to Gaza after war", *France 24*, 27 de diciembre de 2023, https://www.france24.com/en/live-news/20231227-former-israeli-settlers-yearn-to-return-to-gaza-after-war. Ver también: Hanno Hauenstein, "Israeli Real Estate Firm Used Genocidal Rhetoric - Then Politico's Parent Company Put Them in a Trade Fair", *The Intercept*, 6 de abril de 2024, https://theintercept.com/2024/04/06/axel-springer-yad2-israel-genocide-settlement/.

respeto para las *start-ups*, [y] la innovación, […] vivimos en el puto Medio Oriente [*we live in the fucking Middle East*]. Y nos habíamos olvidado de esto".[9]

2. Idea de catástrofe

El rastro de la "catástrofe" o *Nakba* en diferentes acontecimientos, documentos y materiales históricos lleva a entender una operación que abroga la relación fundamental entre los palestinos y su tierra. Esa forma de ocupación colonial que se anuncia en la tala[10] de los olivos palestinos[11] y que avanza en la masacre de inocentes, como en el bombardeo de hospitales, templos y universidades[12]; antes ha requerido construir un *locus amoenus*, un sitio idílico en las representaciones que hacen de Palestina una tierra intocada, lista para el arribo, para ser ocupada por un 'pueblo elegido'. Preparar el territorio para alzar una nueva ciudad sobre las cenizas de otra ha requerido también numerosas decisiones jurídicas[13] que, vistas individualmente, dicen muy poco de su parte en la catástrofe presente.

La palabra *katastrophe*, según su origen en el teatro clásico, indica ese momento creatura de la necesidad que es resolución estructural, revelación inclusive, del principio unitario en el desarrollo de la acción del drama. Es el momento, en el caso

9 "'We thought we lived in Tuscany': Hizbollah strikes ravage Israel's north", *Financial Times*, 3 de agosto de 2024, https://www.ft.com/content/b78d2ec2-382b-4389-90d9-5ca6dcdb003b

10 Malcom Ferdinand, *Une écologie décoloniale. Penser l'écologie depuis le monde caribéen*, París, Seuil, 2019 ("Ce n'est qu'à partir du moment où l'arbre est abattu, que l'habiter colonial commence").

11 Tan sólo en 2023 se estima que 10,000 olivos propiedad de los palestinos en Cisjordania fueron vandalizados presumiblemente por colonos israelíes. UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, "Olive harvest 2023: hindered access afflicts Palestinian farmers in the West Bank", 22 de febrero de 2024, https://www.ochaopt.org/content/olive-harvest-2023-hindered-access-afflicts-palestinian-farmers-west-bank

12 La última universidad de Gaza fue demolida por militares israelíes el 17 de enero de 2024. UN Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, "UN experts deeply concerned over 'scholasticide' in Gaza", 18 de Abril de 2024, https://www.ohchr.org/en/press-releases/2024/04/un-experts-deeply-concerned-over-scholasticide-gaza

13 Sobre la fragmentación como tecnología jurídica empleada en Gaza véase Rabea Eghbariah, "The Ongoing Nakba: Towards a Legal Framework for Palestine", *The Nation*, 21 de Noviembre de 2023, https://www.thenation.com/article/archive/harvard-law-review-gaza-israel-genocide/

de la tragedia griega, en que se manifiesta la fatalidad, es decir, la violencia de los dioses sobre la persona del héroe trágico que ha actuado en contra de la ley divina.

En términos de la hechura de una pieza teatral, el principio oculto de la catástrofe es el propio dramaturgo. Y más allá de los demás elementos que podrían estar fuera de su control estricto, en ella se hace evidente como en ningún otro momento la voluntad encubierta de aquel (o aquello) que ordena el acto en lo esencial.[14]

Así, la *Nakba* es manifestación de la violencia civilizatoria encubierta, fragmentada inclusive, en una gran variedad de materiales históricos. Todos ellos son escenario, acervo de imágenes sobrepuestas a la acción continua de la destrucción en Palestina. Cuando la catástrofe se hace legible en el texto legal, su presencia fantasmal, "diseminada en miles de decisiones legales 'mundanas'"[15] que el discurso jurídico presenta como construcciones contingentes,[16] lo hace ocultando el principio activo que les da coherencia como parte de un mismo proceso cultural que instrumenta el exterminio y la limpieza étnica en la fundación del estado de Israel.

3. Cartografías coloniales de Palestina

En 1860, bajo auspicio de Napoleón III, el profesor Ernest Renan dirige una expedición arqueológica tras el rastro de los fenicios en Oriente Medio.[17] Este viaje a la cuna del cristianismo le sirve de inspiración para escribir *Vie de Jésus*, con intención de dar cuerpo y alma —de *traer a la historia*— a los "pálidos fantasmas sin vida" que

14 Alan Rosen, "Ends and Means: Catastrophe in the Context of Dramatic Form and Theory", *Samuel Beckett Today*, 1993, p. 329, https://doi.org/10.1163/18757405-90000039 ("The catastrophe … reveals or exposes the hand of the dramatist at work in the drama").

15 Haneen Naamneh, "Establishing a Legal Counter-Archive in Palestine", *The Nakba Files,* 26 de mayo de 2016, https://nakbafiles.org/2016/05/26/establishing-a-legal-counter-archive-in-palestine/ ("The Nakba, a foundational temporality in the Palestinian ontology, has been constructed within the Israeli legal discourse as a non (legal) event. […] traces of the Nakba are disseminated through thousands of 'mundane' legal decisions").

16 Ver la idea de "falsa contingencia" vista desde el derecho en Susan Marks, "False Contingency*", Current Legal Problems*, vol. 62, núm. 1, 2009, pp. 1-21, https://doi.org/10.1093/clp/62.1.1

17 Dov Gavish, "French Cartography of the Holy Land in the Nineteenth Century", *Palestine Exploration Quarterly*, vol. 126, 1994, pp. 24-31, https://doi.org/10.1179/peq.1994.126.1.24

rondan los pasajes del Santo Evangelio[18]. Pero el producto más importante de su empresa sería la *Carte du Liban* de 1862. Se trata del mapa que serviría de base al Acuerdo Paulet-Newcombre, negociado en 1920-23 entre Francia y Gran Bretaña para establecer los límites de sus dominios en Palestina, Líbano y Siria.

En esa misma década del siglo XIX, el Fondo para la Exploración Palestina (PEF por sus siglas en inglés) proyectaba un mapa de la región, usando como principio la fórmula bíblica "desde Dan hasta Beerseba" —que sería adoptada posteriormente por Gran Bretaña en la negociación del límite franco-británico bajo el mencionado Acuerdo[19]—. Esto, a diferencia del cuerpo expedicionario francés encargado de la *Carte du Liban*, con intención de identificar las locaciones del Antiguo Testamento que eventualmente estarían bajo el control de Gran Bretaña, elaborando un continuo genealógico entre los israelitas de las escrituras sagradas y los colonos británicos en Tierra Santa como nuevo pueblo elegido[20].

Más allá de los intereses particulares de sus gobiernos extranjeros en la región, los cartógrafos y expedicionistas europeos del siglo XIX comparten una misma forma de mirar, de **ordenar con la mirada el espacio** de acuerdo a un imaginario arraigado en la religión y en las escrituras sagradas. El paisajista y cartógrafo holandés M. Van de Velde, por ejemplo, destaca entre los frutos de su exploración el hallazgo de Arimatea, la locación bíblica original, en la ciudad palestina de Beit-Rimah. Allí, según relata, apuntaban las señas vagamente mencionadas en el libro de Josué —que alude más bien a la provincia de Ramá— y en los Apócrifos; pero además había una equivalen-

18 Según escribía Renan en una carta dirigida a Marcellin Berthelot: "Je crois que pour le coup on aura sous les yeux des êtres vivants, et non ces pales fantômes sans vie: Jésus, Marie, Pierre, etc." Domenico Paone, "La Mission de Phénicie par Ernest Renan. 1864-1874", *Bibliothèque nationale de France*, https://heritage.bnf.fr/bibliothequesorient/fr/la-mission-de-phenicie-par-ernest-renan-1864-1874

19 Asher Kaufman, *Contested Frontiers in the Syria-Lebanon-Israel Region. Cartography, Sovereignty, and Conflict*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2013, p. 30.

20 Lorenzo Kamel, *The Middle East from Empire to Sealed Identities*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2019, p. 187.

cia etimológica entre Beit-Rimah, que en árabe es "casa en lo alto", y Arimatea, que deriva del hebreo *ha'ramathaim*, "lo alto"[21].

Como sucede al peregrino, entre el cartógrafo y la Tierra Santa se interpone, además del relieve hostil y un sinfín de maravillas de belleza inexpresable, el **texto bíblico como horizonte de toda posible experiencia,** de todo (re)descubrimiento arqueológico y de toda relación ulterior con el territorio bajo exploración. **Su mirada inscribe en el espacio las antiguas escrituras**, recobrando la toponimia bíblica y con ella una expectativa de pureza que abroga o encubre la relación entre el territorio y la población árabe establecida desde tiempo atrás.

Ya en el primer atlas moderno, el *Theatrum Orbis Terrarum* (1570) de Abraham Ortelius, la representación arquetípica de Palestina (*Terra Sancta*) mostraba "una tierra para sí misma, sin vínculos sociales o demográficos con sus alrededores, ni siquiera en semejanza con la geografía real […] un espacio donde los viajeros ratificaban las escrituras y experimentaban a Cristo".[22] No pasemos por alto la importancia política de los mapas en la invención del mundo moderno. Para el siglo XVI tardío los Habsburgo negociaban con los cartógrafos más afamados del momento, como Mercator y el mismo Ortelius, ciertas concesiones en sus representaciones del mundo a cambio de títulos y de riquezas.[23]

El *Theatrum*, considerado por algún contemporáneo como la mayor obra de la historia mundial después de la Biblia,[24] prefiguraba ya esta visión decimonónica de Palestina como un espacio intocado, como un lugar suspendido en el tiempo, a la espera de ser llevado al esplendor de un origen, de ser redimido según un derecho fundado en un tiempo pre-jurídico. Es posible, por tanto, reconocer en la catástrofe en curso la

21 Charles William M. Van de Velde, "Discours sur la géographie de la Palestine", *Le Globe. Revue genevoise de géographie*, vol. 4, 1864, pp. 14-23, 21, https://doi.org/10.3406/globe.1864.7232

22 Judy A. Hayden & Nabil I. Matar (ed.), *Through the eyes of the beholder. The Holy Land, 1517-1713*, Leiden, Bril, 2013, p. 225.

23 Jerry Brotton, *Trading Territories. Mapping the early modern world*, London, Reaktion Books, 1997, p. 175.

24 En una carta de Guillaume Postel a Ortelius que data de 1579. John Henry Hessels (ed.), *Epistulae Ortelianae*, Cambridge, 1887, p. 190 ("*post sacros libros summum opus mundi*").

huella de esta visión, articulada en la anulación de todo aquello que es incompatible con la idea de una tierra vacante, de una *terra nullius* dispuesta para ser ocupada con recurso al despojo y a la aniquilación de sus habitantes históricos.

Incluso en la representación fotográfica del lugar que data de 1840-80[25], entre arqueológica y publicitaria, se hace evidente la composición del territorio como *tabula rasa* espacial que llama a la especulación inmobiliaria y al asentamiento de colonos provenientes de Europa, una vez que en 1867 la Puerta Otomana retiró las restricciones a la adquisición de tierras por personas extranjeras. En otras palabras, "por su construcción de Palestina como patrimonio bíblico [*biblical heritage*], la fotografía sirvió a los esfuerzos por presentar la tierra no como un sitio socialmente habitado, sino más bien como una tierra de ensueño a la espera de ser "redimida" y "restaurada"[26].

El que mira, ignora el principio activo que condiciona las resoluciones de su mirar. "La mirada no ve la mirada"[27]. Al mediar nuestra comprensión de lo inabarcable como espejos de las cosas[28], aquellos dispositivos que abstraen y ordenan el territorio construyen nuestra propia manera de mirar el mundo. El *Theatrum* era llamado por Ortelius mismo "el ojo de la Historia", considerando su utilidad para conocer e incluso presenciar las hazañas relatadas en los libros, o bien, el sitio en que estas fueron realizadas.[29]

Al menos desde el periodo de modernización otomano conocido como *Tanzimat*, con la aprobación del *Kanunname-i Arazi*, el código agrario de 1858, se impulsa el debilitamiento gradual del tradicional modo de redistribución y tenencia colectiva de la tierra conocido como *musha'a*, facilitando que capitales europeos y compañías

25 Noa Hazan & Avital Barak, "A Visual Genealogy of a Sacred Landscape", *Israel Studies Review*, vol. 31, núm. 1, 2017, pp. 20-47, https://doi.org/10.3167/isr.2017.320103

26 Issam Nassar & Ariella Aïsha Azoulay, "Time travelers in Palestine. A Stereoscopic Journey", *Jerusalem Quarterly*, vol. 86, 2021, p. 10.

27 Roberto Calasso, *Las bodas de Cadmo y Harmonía*, 5ª ed., Barcelona, Anagrama, 2012, p. 209.

28 Abraham Ortelius, "Benevolis Lectoribus", *Theatrum orbis terrarum*, Amberes, 1570 (Trad. de Cristóbal Plantino, 1588).

29 *Idem*.

como el KKL (*Keren Kayemeth le-Israel* o Fondo Nacional Judío) eventualmente se apropiaran —aunque con poco éxito en un primer momento— de territorios[30] que los campesinos árabes no habían logrado mantener individualmente por diversas dificultades, entre ellas, demostrar su derecho para registrar la tierra a su favor y pagar por el título de propiedad un impuesto, ya conocido desde tiempo antes como *tapu*, pero nunca recaudado tan estrictamente como a partir de ese momento.

La imposición de este nuevo orden de la propiedad tuvo efectos "catastróficos" sobre la vida común de los árabes en Palestina[31] y es un acontecimiento clave que evidencia las dinámicas de despojo promovidas desde la segunda mitad del siglo XIX, cuando, como hemos visto, se afianzaba también la domesticación de la mirada sacralizante hacia Palestina como tierra vacante destinada al "pueblo elegido" (primero Gran Bretaña y luego el estado de Israel). Esto es decir, finalmente, que la *Nakba* como momento culminante de la violencia civilizatoria en Palestina se ha construido desde muchos escenarios y es posible exponer su acción continua al estudiar diversos materiales históricos que han encubierto su desarrollo como un proyecto colonial de limpieza y apropiación de la tierra.

4. EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL SILENCIO DEL SOBERANO

> *"we [the sovereign] do not respect [anyone's] RIGHT […] to pronounce on [any question of the sovereign's interest] in any sense whatsoever —favorably, unfavorably; critically, uncritically; praiseworthily."*
>
> *Henry Kissinger ante el Movimiento de Países No-Alineados, 1976.*

La práctica legal, en su intervención sobre el texto, se enfrenta sobre todo a un problema de legibilidad y como tal conoce apenas unas cuantas operaciones de lectura: excluir,

30 Si bien para 1946 las organizaciones sionistas solo habían redimido el 6% del total de tierra susceptible de ser adquirida. Ver en general: Lorenzo Kamel, "Whose Land? Land Tenure in Late Nineteenth- and Early Twentieth-Century Palestine", *British Journal of Middle Eastern Studies*, vol. 41, núm. 2, 2014, pp. 230-242, http://dx.doi.org/10.1080/13530194.2013.878518

31 Robert H. Eisenman, *Islamic Law in Palestine and Israel. A History of the Survival of Tanzimat and Sharī'a in the British Mandate and the Jewish State*, Leiden, Brill, 1978, pp. 61-62.

velar y desvelar. Se trata, pues, de **manipular la forma dentro de los límites de la forma**[32].

Todo el lenguaje del derecho se ordena así en torno a lo que podemos llamar *hábitos discursivos*. Estos son *hábito* no solo por su arraigo y su reiteración en la práctica del discurso. Lo son también como recubrimiento o textura, como imagen sobrepuesta a la nada, al vacío conceptual de la forma jurídica. La aparición de estos dispositivos supone siempre un *encubrimiento*: es la exclusión de todo aquello que una palabra refiere en otros ámbitos discursivos ajenos al derecho[33]. (En ese sentido, un experto en derecho sería el sujeto capaz de habitar el texto legal en estricto apego a lo que la gramática del derecho hace inteligible, es decir, sólo este sujeto podría leer en ignorancia de los otros registros del habla social con presencia en el texto.)

Ello es evidente, por ejemplo, cuando pensamos el estado y su *encubrimiento* en el lenguaje jurídico como operación deshistorizante y expiatoria. El problema de la formación del estado no concierne como tal, en este caso, al Derecho Internacional Público. La palabra "estado" se vuelve inteligible jurídicamente una vez que un determinado proceso sociopolítico, típicamente violento, se ha consolidado formalmente.

Fuera del *hábito* textual, los caracteres desvelados de dicho proceso no serían reconocidos propiamente en el discurso jurídico y no podrían, por tanto, servirse de la fuerza de ley, si no fuese porque el derecho mismo presenta actualmente un catálogo de categorías que permiten nombrar jurídicamente la violencia civilizatoria que constituye al estado-nación.

Particularmente en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Ggenocidio de 1948 se conforma un lenguaje disponible para identificar y calificar jurídicamente[34], como nunca antes había sido posible, la criminalidad de la violencia

32 Esto desde un enfoque textualista que entiende los estudios jurídicos como un género literario más, según se ha expuesto en: Jean d'Aspremont, *After meaning. The Sovereignty of Forms in International Law*, London, Edward Elgar, 2021.

33 Pues el lenguaje vuelto operativo en una proposición jurídica conforma un sistema autónomo en el que cada palabra adquiere una función exclusivamente jurídica. Yan Thomas, "Le langage du droit roman. Problèmes et methods", *Archives de philosophie du droit*, vol. 18, 1973, pp. 103-125.

34 Cfr. José Emiliano Márquez García, "¿Nombrar la violencia civilizatoria? La Corte Internacional de Justicia ordena medidas provisionales para prevenir el genocidio en Gaza", *Hechos y Derechos*, vol. 15, núm. 80,

constitutiva del estado —muy a pesar de los obstáculos impuestos en la formulación del tratado[35]—. Es decir, por extraño que suene, el Derecho Internacional Público proscribe la institución violenta del estado en tanto se funda en un principio de nación que, a partir de valoraciones etno-raciales y hasta religiosas, construye una minoría antagónica. De ello se sigue que, en paralelo a su bien conocida faceta "imperialista", el Derecho Internacional Público se rige en algunos aspectos bajo la lógica de un orden "poscolonial":

> There are in fact *two separate systems* of PIL [Public International Law]: the actualized and the performed. Both are all around us. The discourse of PIL is vast, and often "post-colonial" in the sense that it assumes colonialism to have ended, and the world to be composed of independent states with sovereign decision-making powers. […] It is a fragmented discourse of legal texts, decisions, and arguments, sketching ideal worlds while ignoring the constraints of reality.[36]

El Derecho Internacional es entonces el sitio de confluencia de una corriente discursiva ambivalente que alterna entre encubrir y desvelar la violencia civilizatoria según la cadencia de su enunciación, según el ritmo impuesto como para salvar el aliento y regular la respiración. Por banal que parezca esta analogía, la soberana decisión de la excepción es al interior del discurso jurídico solo una interrupción, más o menos breve, que permite reanudar, restaurar y recrear con cierta naturalidad el orden del discurso. Al suspenderse el curso de su enunciación, como hace el *enjambement* o encabalgamiento, se quebranta la unidad de sentido haciendo una versura[37], provocando

marzo-abril 2024, https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/18995

35 A. Dirk Moses, "Why the International Community made it so difficult to prosecute the Crime of Genocide", *Democracy for the Arab World Now*, 19 de diciembre de 2023, https://dawnmena.org/why-the-international-community-made-it-so-difficult-to-prosecute-the-crime-of-genocide/

36 Jason Beckett, "Yes, international law is really law", *Critical Legal Thinking*, 12 de julio de 2021, https://criticallegalthinking.com/2021/07/12/yes-international-law-is-really-law/

37 Cfr. Giorgio Agamben, *Idea della prosa*, 2ª ed., Macerata, Quodlibet, 2013, pp. 20-21.

un retroceso, un diferimiento del sentido que, furtivo, se precipita y va, como de verso en verso, de una forma jurídica a otra[38].

El soberano hace efectiva en última instancia la vaciedad sustancial de las formas jurídicas, resolviendo el proceso infinito de diferimiento del sentido con recurso a una violencia incontenible. El texto legal es llevado así al extremo de su indeterminación y más allá de los confines de toda convención gramatical, en tanto sus condiciones de legibilidad se ven suspendidas por el dictado y la razón del más fuerte.

Conviene, pues, recordar ahora lo dicho sobre el lenguaje jurídico, en tanto su eficacia requiere limitar lo que se hace legible en la superficie del texto. Pues el poder soberano se manifiesta también al referir las formas jurídicas más allá de su legibilidad convencional, es decir, *hacia fuera* del texto legal. El derecho moderno se define en una lectura aislada del texto legal, excluyente de cualquier fuente antigua —como el antiguo testamento— que pudiera servir de fundamento para justificar un derecho divino a ejercer un determinado poder o a regir sobre un territorio.

A pesar de su pretendido carácter secular, el Sionismo se ha distinguido por hacer del mesianismo judío un proyecto político que emplea esta imagen del espacio primordial como el escenario de la redención, de su retorno a la tierra prometida[39]. Se trata de un artificio narrativo que, al colapsar dominios temporales excluyentes, inscribe en los límites jurídico-políticos del estado un orden más allá de la historia que lleva su forma al extremo de la indeterminación. Intercalados, texto legal y texto bíblico encubren así la continuidad de la catástrofe en Palestina, justificada como parte de una misión divina retraída al destino material del estado de Israel.

Soberano es, entonces, quien decide en última instancia cómo ha de ser leído el texto legal y qué ha de estar ausente o qué ha de ser ignorado en la textura, es decir, en la superficie del texto. En otros términos, **quien tiene la última palabra, quien clausura cualquier clase de controversia o diálogo entre partes, quien instaura fatalmente el silencio como momento no-discursivo del derecho internacional**

38 Cfr. Jean d'Aspremont, *op. cit*.

39 Cfr. Raef Zreik, "Zionism and Political Theology", *Political Theology*, vol. 24, núm. 7, 2023, pp. 687-705, https://doi.org/10.1080/1462317X.2023.2262226

asume, en sentido último, el poder soberano que define la realidad y los límites del mundo que hace el discurso jurídico.

Si bien este poder difícilmente se manifiesta en estado puro y más bien suele encontrar límites a su afán de dominación absoluta, hoy es evidente que el sistema jurídico internacional diseñado en torno a la ONU y su Consejo de Seguridad ha facilitado —en tanto EE.UU. ejerce el poder de veto contra los proyectos de resolución que buscarían un cese al fuego en Gaza— la masacre continua de miles de palestinos inocentes. Esto con apoyo en una lectura abusiva del artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas, que lleva más allá de toda proporción lógica al principio de legítima defensa.

El discurso jurídico internacional dispone un mundo a la medida del estado-nación. Un mundo que tradicionalmente se asocia al estado de naturaleza en el que predomina la razón del más fuerte, articulada en los márgenes de la legalidad como una especie de función policiaca. Lo propio a la función policiaca es su ejercicio, pretendidamente justificado por la ley, en disrupción del orden normativo que difiere la materialización de la violencia. De ahí que el agente análogo del policía en el ámbito internacional (como ha sido EE.UU.) se identifique frecuentemente con el *rogue state*,[40] con el estado que amenaza la paz y la seguridad internacionales, que en el siglo XXI sería usualmente asociado, en la retórica del Departamento de Estado de EE.UU., con un régimen no democrático, perteneciente al mundo musulmán.

Es decir, aquel que recurre a la agresión en anticipación de la violencia antagónica que ya no se materializa como tal, se vuelve él mismo origen de la transgresión del orden y la paz internacionales que supuestamente se buscaba prevenir. En pocas palabras, en el orden internacional, prevenir la violencia se vuelve el principio que justifica el uso desmedido de la misma, peor aún, como en Gaza, en contra de sujetos protegidos a toda costa y ante cualquier supuesto por el derecho internacional mismo; niños, mujeres, civiles inocentes que no toman parte en un conflicto bélico y que en ningún sentido suponen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales.

De esta manera, las categorías jurídicas, cifradas en la superficie del *corpus iuris* internacional como estigmas de aparición espontánea, con facilidad se vuelven en contra

40 Jacques Derrida, *Voyous. Deux essais sur la raison*, París, Galilée, 2003, pp. 137 y ss.

del mismo proceso histórico que sostiene su genealogía en cuanto formas instituidas con fuerza de ley. Estas no se reconocen, pues, en la historia de su propia formación y pueden estar encadenadas inclusive a una corriente discursiva completamente opuesta a aquella que le dio origen.

5. Conclusión

En oposición al estado-nación como articulación de la amnesia colectiva, quisiera pensar la ley de ese espacio ligado primordialmente a la normatividad que es la ciudad como una palabra permanente contra el olvido. En tanto la ciudad se completa en la vida de sus habitantes, es evidente que la ciudadanía no podría olvidarse de aquello que al habitar inscribe en sus alrededores. La idea de autodeterminación se opone en ese sentido a la moderna escisión entre habitar y construir.[41] Pues legislar para sí es construir para habitar lo construido. La ciudad inhabitable, esa aberración conceptual que igual se ha realizado en Gaza, como antes en Auschwitz[42], es el entierro del porvenir, es la excepción soberana tomando cuerpo en la arquitectura y en la disposición del espacio.

Ahora quisiera pasar a una pregunta que, con toda intención, clausura momentáneamente un primer intento por vincular de nuevo la ley con el espacio. ¿Qué hace entonces ciudad a la ciudad? La promesa, responde Cixous, ¿Y qué promete esta promesa?[43] Me detengo y pienso: "algún jardín para pasear e inmensidad para soñar", según lo ha escrito Victor Hugo. Ilusiones en fuga, destinos entrecruzados, coincidencia y desencuentro, tal vez no el retorno, ni la restitución de lo que se ha desvanecido sin más, pero sí el espacio abierto a la irreductible "promesa de una promesa". Es decir, la promesa que en lo fundamental persiste como la simple posibilidad del porvenir.

---

41 Giorgio Agamben, "Abitare e costruire", *Quodlibet - Una voce: rubrica di Giorgio Agamben*, 9 de julio de 2019, https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-abitare-e-costruire

42 Pues "en Israel, las víctimas de la «cuestión judía» se han convertido en los criminales de la «cuestión palestina»". Jacques Fradin, "L'humanité est morte à Gaza", *Lundimatin*, 18 de diciembre de 2023, https://lundi.am/L-humanite-est-morte-a-Gaza

43 Hélène Cixous, "Villes Promises", *Ex-cities*, Philadelphia, Slought Books, 2006, p. 96.

Todo cabe de vuelta en la ciudad. El cielo abierto, de noche, con luces de edificios y de estrellas, no de misiles, no de explosiones. Las calles libres de tanquetas, soldados, policías. En las afueras, los olivos renacidos y las familias de recolectores reunidas alrededor. La memoria tomando cuerpo, primero, en la palabra articulada contra el olvido. Después, en la ciudad devuelta a aquellos que conocen la verdad de Palestina, devuelta a aquellos que aguardan, pues conocen la verdad de su tierra.

6. Bibliografía

AGAMBEN, Giorgio, *Idea della prosa*, 2ª ed., Macerata, Quodlibet, 2013.

AGAMBEN, Giorgio, "Abitare e costruire", *Quodlibet - Una voce: rubrica di Giorgio Agamben*, 9 de julio de 2019, https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-abitare-e-costruire

BECKETT, Jason, "Yes, international law is really law", *Critical Legal Thinking*, 12 de julio de 2021, https://criticallegalthinking.com/2021/07/12/yes-international-law-is-really-law/

BEN-NAFTALI, Orna, "Nomos", en Orna Ben-Naftali, Michael Sfard & Hedi Viterbo (eds.), *The ABC of the OPT. A Legal Lexicon of the Israeli Control over the Occupied Palestinian Territory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, pp. 277-300.

BERDA, Yael, "Phantom Sovereignty and the Imaginary Version of International Law", *Verfassungsblog*, 16 de julio de 2019, https://dx.doi.org/10.17176/20190716-134644-0

BROTTON, Jerry, *Trading Territories. Mapping the early modern world*, London, Reaktion Books, 1997.

CALASSO, Roberto, *Las bodas de Cadmo y Harmonía*, 5ª ed., Barcelona, Anagrama, 2012.

CIXOUS, Hélène, "Villes Promises", *Ex-cities*, Philadelphia, Slought Books, 2006.

D'ASPREMONT, Jean, *After meaning. The Sovereignty of Forms in International Law*, London, Edward Elgar, 2021.

DERRIDA, Jacques, *Voyous. Deux essais sur la raison*, París, Galilée, 2003.

EGHBARIAH, Rabea, "The Ongoing Nakba: Towards a Legal Framework for Palestine", *The Nation*, 21 de Noviembre de 2023, https://www.thenation.com/article/archive/harvard-law-review-gaza-israel-genocide/

EISENMAN, Robert H., *Islamic Law in Palestine and Israel. A History of the Survival of Tanzimat and Sharī'a in the British Mandate and the Jewish State*, Leiden, Brill, 1978.

FERDINAND, Malcom, *Une écologie décoloniale. Penser l'écologie depuis le monde caribéen*, París, Seuil, 2019.

FRADIN, Jacques, "L'humanité est morte à Gaza", *Lundimatin*, 18 de diciembre de 2023, https://lundi.am/L-humanite-est-morte-a-Gaza

GAVISH, Dov, "French Cartography of the Holy Land in the Nineteenth Century", *Palestine Exploration Quarterly*, vol. 126, 1994, pp. 24-31, https://doi.org/10.1179/peq.1994.126.1.24

GIORGI, Raffaele de, "Rom als Gedächtnis der Evolution", *Rechtsgeschichte*, vol. 4, 2004, pp. 142-161, http://dx.doi.org/10.12946/rg04/142-161

HAYDEN, Judy A. & Nabil I. Matar (ed.), *Through the eyes of the beholder. The Holy Land, 1517-1713*, Leiden, Bril, 2013.

HAZAN, Noa & Avital Barak, "A Visual Genealogy of a Sacred Landscape", *Israel Studies Review*, vol. 31, núm. 1, 2017, pp. 20-47, https://doi.org/10.3167/isr.2017.320103

HESSELS, John Henry (ed.), *Epistulae Ortelianae*, Cambridge, 1887.

KAMEL, Lorenzo, "Whose Land? Land Tenure in Late Nineteenth- and Early Twentieth-Century Palestine", *British Journal of Middle Eastern Studies*, vol. 41, núm. 2, 2014, pp. 230-242, http://dx.doi.org/10.1080/13530194.2013.878518

KAMEL, Lorenzo, *The Middle East from Empire to Sealed Identities*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2019.

KAUFMAN, Asher, *Contested Frontiers in the Syria-Lebanon-Israel Region. Cartography, Sovereignty, and Conflict*, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2013.

MARKS, Susan, "False Contingency", *Current Legal Problems*, vol. 62, núm. 1, 2009, pp. 1-21, https://doi.org/10.1093/clp/62.1.1

MÁRQUEZ GARCÍA, José Emiliano, "¿Nombrar la violencia civilizatoria? La Corte Internacional de Justicia ordena medidas provisionales para prevenir el genocidio en Gaza", *Hechos y Derechos*, vol. 15, núm. 80, marzo-abril 2024, https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/18995

MOSES, A. Dirk, "Why the International Community made it so difficult to prosecute the Crime of Genocide", *Democracy for the Arab World Now*, 19 de diciembre de 2023, https://dawnmena.org/why-the-international-community-made-it-so-difficult-to-prosecute-the-crime-of-genocide/

NAAMNEH, Haneen, "Establishing a Legal Counter-Archive in Palestine", *The Nakba Files*, 26 de mayo de 2016, https://nakbafiles.org/2016/05/26/establishing-a-legal-counter-archive-in-palestine/

NASSAR, Issam & Ariella Aïsha Azoulay, "Time travelers in Palestine. A Stereoscopic Journey", *Jerusalem Quarterly*, vol. 86, 2021.

ORTELIUS, Abraham, "Benevolis Lectoribus", *Theatrum orbis terrarum*, Amberes, 1570.

PAONE, Domenico, "La Mission de Phénicie par Ernest Renan. 1864-1874", *Bibliothèque nationale de France*, https://heritage.bnf.fr/bibliothequesorient/fr/la-mission-de-phenicie-par-ernest-renan-1864-1874

RENAN, Ernest, *Qu'est-ce qu'une nation? Conférence faite en Sorbonne, le 11 mars 1882*, París, Calmann Lévy, 1882.

ROSEN, Alan, "Ends and Means: Catastrophe in the Context of Dramatic Form and Theory", *Samuel Beckett Today*, 1993, 329, https://doi.org/10.1163/18757405-90000039

SVIRSKY, Marcelo, "The production of *Terra Nullius* and the Zionist-Palestinian conflict", en Simone Bignall & Paul Patton (ed.), *Deleuze and the postcolonial*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2010, pp. 220-250.

THOMAS, Yan, "Le langage du droit roman. Problèmes et methods", *Archives de philosophie du droit*, vol. 18, 1973, pp. 103-125.

VAN DE VELDE, Charles William M., "Discours sur la géographie de la Palestine", *Le Globe. Revue genevoise de géographie*, vol. 4, 1864, pp. 14-23, https://doi.org/10.3406/globe.1864.7232

ZREIK, Raef, "Zionism and Political Theology", Political Theology, vol. 24, núm. 7, 2023, pp. 687-705, https://doi.org/10.1080/1462317X.2023.2262226

En los márgenes del derecho internacional: El derecho a la autodeterminación quilombola en el contexto de la frontera entre rasil y Uruguay

On the margins of International Law: The right to quilombola self-determination in the context of the Brazil/Uruguay border

José Luiz de Moura Filho[1]
Gabriel de Oliveira Soares[2]

Resumo

O presente artigo, ancorado no contexto específico da fronteira entre o Brasil e o Uruguai, busca discutir, por meio de revisão bibliográfica e estudo de caso, o direito à autodeterminação de comunidades quilombolas, situadas entre ambos os Estados, sob a lente de uma perspectiva interseccional. O trabalho é norteado pelo entendimento de como as cidades gêmeas condensam manifestações dos problemas característicos da fronteira, impactando no desenvolvimento regional e cidadania, bem como sobre as compreensões do direito internacional enquanto tecnologia de governança racial global e da origem racista das estruturas das relações internacionais, sem ignorar o contexto social histórico de escravidão e liberdade na fronteira. Por fim, os referidos conceitos são relacionados com dados empíricos de estudo de caso da comunidade quilombola binacional Vila da Lata, situada às margens da fronteira Brasil e Uruguai, e que encontra dificuldades em exercer o seu direito de autodeterminação em relação aos seus direitos básicos e políticas públicas.

Palavras chave: Direito Internacional; Autodeterminação; Quilombolas; Fronteira; Relações Internacionais; Interseccionalidade.

---

1 Universidade Federal de Santa Maria, Departamento de Direito.

2 Universidade Federal de Santa Maria, Curso de Direito.

Resumen

Este artículo, anclado en el contexto específico de la frontera entre Brasil y Uruguay, busca discutir, a través de una revisión bibliográfica y un estudio de caso, el derecho a la autodeterminación de las comunidades quilombolas ubicadas entre los dos estados, a través de la lente de una perspectiva interseccional. El trabajo se orienta por la comprensión de cómo las ciudades gemelas condensan manifestaciones de los problemas característicos de la frontera, impactando en el desarrollo regional y la ciudadanía, así como por la comprensión del derecho internacional como tecnología de gobernanza racial global y el origen racista de las estructuras de las relaciones internacionales, sin ignorar el contexto histórico social de esclavitud y libertad en la frontera. Por último, estos conceptos se relacionan con datos empíricos de un estudio de caso de la comunidad quilombola binacional Vila da Lata, situada al borde de la frontera entre Brasil y Uruguay, que encuentra dificultades para ejercer su derecho a la autodeterminación en relación con sus derechos básicos y las políticas públicas.

Palabras clave: Derecho Internacional; Autodeterminación; Quilombolas; Frontera; Relaciones Internacionales; Interseccionalidad.

Sumario

1. Introducción. 2. El problema de la emancipación. 3. Igualdad y diversidad.
4. Individualismo, uniformidad y autoridad. 5. Conclusiones.

1. Introdução

"Ser negra e mulher no Brasil, repetimos, é ser objeto de tripla discriminação, uma vez que os estereótipos gerados pelo racismo e pelo sexismo a colocam no nível mais alto de opressão"[3].

Lélia Gonzalez, em discussão sobre o lugar da mulher negra na força de trabalho e nas relações raciais, em debate apresentado no "Spring Symposium The Political Economy of the Black World", realizado na Universidade da Califórnia, em 1979, faz a referida

3 Lélia Gonzales. *Por um feminismo afro-latino americano: ensaios, intervenções, diálogos*. Rios, Flávia e Márcia Lima (Org.). Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

afirmação, defendendo que, enquanto o homem negro é perseguido e reprimido pela violência policial, a figura da mulher preta é voltada para a prestação de serviços domésticos e de reforço da inferiorização atrelada à raça e ao gênero, ao passo que também enfrenta a dupla jornada de trabalho, conciliando os serviços caseiros, enquanto também sofre com a exploração da sua figura como objeto sexual[4].

Nesse sentido, em relação às populações quilombolas, principalmente no contexto das mulheres, tal inferiorização decorrente do gênero e raça se acentua, levando em consideração, especialmente, a precariedade no acesso aos direitos de cidadania, em uma demonstração da permanência e reprodução de estruturas de opressão colonial que não foram modificadas com o advento da Constituição Federal de 1988, eis que a constante ameaça às suas terras ancestrais também acarreta debilidades postas à sua sobrevivência enquanto grupo identitário[5].

Assim, o presente trabalho busca discutir aspectos do acesso aos direitos e políticas públicas das populações quilombolas enquadradas no aspecto fronteiriço, através de estudo de caso da comunidade quilombola Vila da Lata, localizada na fronteira entre o Brasil e o Uruguai, no território do município de Aceguá/RS, cidade gêmea de Acegua (UY), no Departamento de Cerro Largo, tomando com base dados empíricos obtidos no âmbito do Projeto de Pesquisa e Extensão "Afronteira: antirracista e diversa", desenvolvido pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), desde 2020, em conjunto com a Universidade do Estado do Rio Grande do Sul (UERGS), Universidade Federal do Pampa (UNIPAMPA), *Universidad de La Republica* (UDELAR) e o movimento negro *Organizaciones Mundo Afro* (OMA), estas últimas instituições uruguaia.

Esses apontamentos também irão percorrer o entendimento de Pucci[6] sobre como as cidades gêmeas condensam manifestações dos problemas característicos da fronteira, impactando no desenvolvimento regional e cidadania, bem como sobre as compreensões

4 *Ibidem*.

5 Simone Bohn e Patrícia Krieger Grossi, "Aprendendo com as Comunidades Quilombolas do Rio Grande do Sul". p. 9-28, em Patrícia Krieger Grossi, *et al* (Org.), *Mulheres Quilombolas, Interseccionalidades e Políticas Públicas*. 1. ed. Editora Faith: Porto Alegre, 2021.

6 Adriano Silva Pucci. *O Estatuto da Fronteira Brasil-Uruguai*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2010.

do direito internacional enquanto tecnologia de governança racial global exercitada via pactos narcísicos[7], além da origem racista das estruturas e construções teóricas no âmbito das relações internacionais[8].

Tal análise documental e bibliográfica, norteada pelo método dialético crítico, para o fim de espelhar a realidade fática desses grupos populacionais, necessita abarcar o conceito de interseccionalidade, trazido à academia por Crenshaw[9], porém originário do movimento feminista negro, que reconhece que o pertencimento a determinado grupo pode tornar pessoas vulneráveis a formas de discriminação, mas, considerando que uma pessoa pode pertencer simultaneamente a outros grupos, a complexidade de identidades molda as formas específicas de vivência de preconceitos, se consubstanciando em ferramenta analítica crucial para investigações críticas e práxis políticas a se ter em conta[10]. No caso concreto, os marcadores interseccionais seriam norteados por raça, gênero, classe e nacionalidade, aliados ao contexto do fato geográfico.

7 Karine de Souza Silva. "'Meu Mundo, Minhas Regras': Direito Internacional, branquitude e o genocídio do povo negro brasileiro", *Revista de Direito Internacional*. v. 20, n. 1, 2023. Disponível em: https://doi.org/10.5102/rdi.v20i1.8634. Acesso em: 29 jul. 2024.

8 Alexander Anievas, Nivi Manchanda e Robbie Shilliam, "Confronting the global colour line: an introduction" em Alexander Anievas, Nivi Manchada e Nivi Shilliam (Org.) *Race and Racism in International Relations: Confronting the global colour line*. Nova Iorque/Oxford: Routledge, 2015. p. 44-61; Errol Henderson, "Hidden in plain sight: racism in international relations theory", Alexander Anievas, Nivi Manchada e Nivi Shilliam (Org.) *Race and Racism in International Relations: Confronting the global colour line*. Nova Iorque/Oxford: Routledge, 2015. p. 19-43.

9 Kimberlé Crenshaw. "Mapping the Margins: Intersectionality, Identy Politics and Violence Agains Women of Color". *Stanford Law Review*, v. 43, jul. 1991.

10 Patricia Hill Collins e Sirma Bilge. *Interseccionalidade*. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2020.

2. Direito das populações quilombolas: da formação racista da sociedade ocidental à convenção 169 da OIT

2.1 Direito Internacional, relações internacionais e a linha de cor global

Du Bois[11], ainda nas reflexões preliminares na obra "Almas do Povo Negro", análise realizada sobre a trajetória da população negra estado-unidense no período pós-abolição e Guerra Civil, como perspectiva para a compreensão do racismo em um contexto mais amplo, afirma que "o problema do Século xx é o problema da linha de cor - a relação entre as raças de homens mais claros e mais escuros na Ásia e na África, nas Américas e nas ilhas do mar".

Assim, na perspectiva do confronto à "linha de cor" enquanto fenômeno global como agenda de pesquisa para discussão do racismo e relações internacionais[12], Henderson[13], partindo das concepções de Mills[14] sobre como o "contrato social" é imerso em um "contrato racial" organizado em um dualismo de raça e hierarquização de uma sociedade heterogênea, irá pontuar sobre como as bases do pensamento ocidental contemporâneo são inerentemente racistas e colonialistas.

A literatura contratualista, onde predomina o debate acerca do estado bestial de natureza, é, de todas as formas, uma idealização de uma figura não-branca, sujeita à dominação e civilização através do racionalismo branco[15].

Hobbes, Locke e Rousseau, independentemente das divergências teóricas, eram os mais proeminentes contratualistas. O primeiro, conforme pontua

11 William Edward Burghardt Du Bois. *As Almas do Povo Negro*. São Paulo: Veneta, 2021.

12 Alexander Anievas, Nivi Manchanda e Robbie Shilliam. *Op cit*.

13 *Op cit.*

14 Charles Mills. *The Racial Contract*. Ithaca: Universidade Cornell, 1997.

15 Errol Henderson. *Op cit*.

Henderson[16], traça o parâmetro das populações indígenas como o resultado de involução de que eventual ausência de poder soberano absoluto poderia acarretar aos povos europeus. O segundo, compreendia que, considerando o racionalismo e a industrialização como dádivas divinas inerentes ao ser humano, uma vez que os povos africanos e indígenas não estavam aproveitando os recursos naturais dos seus territórios em produção "industrial e racional", tais populações estariam, portanto, sujeitas à dominação regulamentada daqueles (europeus) que já haviam abandonado o seu estado de natureza[17]. O terceiro, afirmava, evocando exemplos de indivíduos criados em grupos de animais, em síntese, "que os europeus seriam tão intrinsecamente civilizados que levaria criação por animais para os tornar selvagens"[18] (tradução dos autores[19]).

Nesse mesmo sentido, outro "pai" do pensamento ocidental, Kant - reconhecido como o mais importante teórico da ética e lei moral dos últimos trezentos anos - seria o principal teorizador da divisão entre pessoas e sub-pessoas, que posteriormente seria adotada pelo pensamento nazista[20]:

> Kant "nos aconselha a usar uma bengala de bambu rachado em vez de um chicote, para que o 'negro' sofra muitas dores (por causa da pele grossa do 'negro', ele não seria atormentado com agonias suficientes por um chicote), mas sem morrer". Para bater no "negro" de forma eficiente, portanto, é preciso "uma bengala, mas ela deve ser dividida,

16 *Idem*.

17 *Idem*.

18 Charles Mills. *Op cit*. *apud* Errol Henderson, *idem*.

19 Textp original: "Europeans are so intrinsically civilized that it takes upbringing by animals to turn them into savages"

20 Charles Mills. *Op cit*.

> de modo que a bengala cause ferimentos grandes o suficiente para evitar a supuração sob a pele grossa do "negro".[21] (tradução dos autores)[22]

Tais pensadores, inclusive, influenciaram, no âmbito das teorias *mainstream* das relações internacionais, uma justificativa para a compreensão de um sistema internacional anárquico (para o Realismo) partindo para tanto de raízes tropicais; e a necessidade de imposição de uma ordem global democrática e de livre comércio (e inerentemente racista) para as populações tradicionais da África, Ásia, América Latina e Caribe (no âmbito do Liberalismo), operando como um fator de fortalecimento para idealização das civilizações do Sul Global como primitivas, e justificando os processos de colonialismo dos Séculos XIX e XX[23].

Essa compreensão de que a base fundadora do pensamento ocidental é impregnada por racismo e intenções de dominação colonial converge com o entendimento de Fanon[24], de que a "a civilização europeia e seus representantes mais qualificados são responsáveis pelo racismo colonial" (p. 88), e de que a raça sempre esteve presente nas práticas e políticas do ocidente em forma de uma sombra, principalmente no imaginário desumanizador da população estrangeira e nas dominações a ela impostas[25].

O Direito Internacional (DI) surge e opera da mesma forma. Conforme pontuado por Silva[26], entre os reputados fundadores desse campo, se encontra Hugo Grotius, que compreendia e escrevia que "há homens naturalmente escravos, isto é, nascidos para a escravidão, de igual modo há povos que lhes é mais natural obedecer do que

---

21 Emmanuel Eze. "The Color of Reason: The ideia of 'race' in Kant's Anthropology", em Katherine Faull (Org.), *Anthropology and the German Enlightenment*. Lewisburg: Universidade Bucknell, 1995, *apud* Henderson, *op cit.*

22 Texto original: "Kant advises us to use a split bamboo cane instead of a whip, so that the 'negro' will suffer a great deal of pains (because of the 'negro's' thick skin, he would not be racked with sufficient agonies through a whip) but without dying'. To beat 'the Negro' efficiently therefore requires 'a cane but it has to be split one, so that the cane will cause wounds large enough that prevent suppuration underneath the 'negro's' thick skin".

23 Errol Henderson. *Op cit*.

24 Frantz Fanon. *Pele negra, máscaras brancas*. Salvador: Editora da Universidade Federal da Bahia, 2008.

25 Achille Mbembe. *Necropolítica*. São Paulo: n-1 edições, 2018.

26 Karine de Souza Silva. *Op cit*.

governar"[27]. Nas palavras da autora, dialogando com a compreensão da contribuição do racismo científico para a ordem hierarquicamente racializada no sistema internacional e com o necrodireito operante na sociedade brasileira:

> O DI é tributário da racialidade fundadora do racismo científico reinante no século XIX que defende a superioridade intelectual, física, moral e estética dos brancos. O Direito que serve ao controle de corpos e gestão da morte reproduz os estigmas de periculosidade dos negros e negras, e da inocência e do salvacionismo brancos. O DI, portanto, é uma tecnologia de governança racial global exercitada via pactos narcísicos.[28]

Documentos compreendidos como historicamente relevantes para o assentamento dos pilares basilares dos Direitos Humanos - DDHH enquanto instituto universal, tais como a Carta das Nações Unidas, ainda não contemplavam, em seu direito de autodeterminação, os territórios de populações não-brancas que se encontravam sob o domínio colonial, e o Estatuto da Corte Internacional de Justiça ainda não compreende tais povos como civilizados[29]. Em síntese, pode-se compreender que o Direito Internacional legitimou a guerra e dominação colonial, não impondo limites nem normas legais ao direito de matar do colonizador, dentro das colônias, seguindo o compromisso civilizatório, e racionalizando a morte do colonizado[30].

Em um recorte contemporâneo, o "direito à terra", por exemplo, fator central para a autodeterminação e exercício dos direitos humanos de populações tradicionais do Sul Global, é mencionado em apenas um - e ainda de maneira superficial - dos nove

27 Hugo Grotius. *O direito da guerra e da paz*. 2. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002, p. 179, *apud* Karine de Souza Silva, *op cit*, p. 17.

28 Karine de Souza Silva. *Ibidem*, p. 30.

29 Karine de Souza Silva. *Ibidem*.

30 Achille Mbembe. *Op cit*.

principais tratados internacionais sobre DDHH atualmente vigentes[31], mesmo diante das constantes e crescentes demandas sobre reconhecimento[32].

Entretanto, apesar de a lógica construída pelos pensadores modernos e a racialização presente na fundação do Direito Internacional impor a necessidade de organização para o seu fim, para a efetiva implementação de justiça racial - e não de resgate, em perspectiva salvacionista -, Silva também pondera que a internacionalização de demandas através dos mecanismos jurídicos e políticos hoje existentes não deve ser descartada, eis que se trata de "espaços estratégicos para a construção de contranarrativas e difusão de ideias"[33].

2.2 A CONVENÇÃO 169 DA OIT E A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO DIREITO DAS POPULAÇÕES TRADICIONAIS

Nesse contexto, surge a Convenção n.º 169 da Organização do Internacional do Trabalho Sobre Povos Indígenas e Tribais, considerado o primeiro instrumento internacional de caráter vinculante a tratar de forma específica dos direitos dos povos indígenas e populações tradicionais. A referida Convenção, publicada em 1989, substituiu a antiga Convenção n.º 107 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, de 1957, que

31 Para Gilbert (2013), os nove principais tratados de direitos humanos são: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres; a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes de Tratamento ou Punição; a Convenção sobre os Direitos da Criança; a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias; a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. O direito à terra é apenas superficialmente reconhecido no art. 14 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW), quando do reconhecimento do direito à autonomia territorial de mulheres rurais.

32 Thaisa Maira Rodrigues Held. "O Direito Humano ao Território e Identidade Quilombola no Sistema Interamericano de Direitos Humanos". *Libertas: Revista de Pesquisa em Direito*, v. 3, n. 2, p. 122-147, 2018. Disponível em: https://periodicos.ufop.br/libertas/article/view/1288. Acesso em: 29 jul. 2024.

33 Karine de Souza Silva. *Op cit*. p. 30.

apresentava redação paternalista, e que não contou com a participação das populações abarcadas pelo instrumento[34].

A Convenção n.º 169 surge por força da emergência - com amplitude internacional - de um movimento indígena organizado, que se mobilizou na década de 1960[35], contribuindo com a revisão da doutrina clássica do direito internacional. Importante ressaltar a origem indígena da movimentação que contribuiu com a atualização técnica do direito internacional para se alinhar às demandas por reconhecimento, considerando que a área é omissa no tocante às contribuições ao DI e a implementação dos Direitos Humanos por populações do Sul Global, ignorando, nos campos *mainstream*, as construções realizadas pela Revolução Haitiana, e pelo Movimento dos Não-Alinhados, entre outros[36].

No Brasil, após um longo período de discussões no Congresso Nacional, com imposição de preocupações de bancadas sobre alegada não recepção do termo "propriedade" de terras indígenas pela Constituição Brasileira (que concede aos indígenas posse permanente terras de propriedade da União), e rumores sobre suposta desintegração do Estado em virtude do reconhecimento da autodeterminação de povos diferentes do "povo brasileiro"[37], a Convenção foi aprovada através do Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002, e promulgada pelo Decreto Presidencial n.º 5.051, de 19 de abril de 2004, sendo atualmente vigente através do Decreto 10.088 de 5 de novembro de 2019, que consolida os atos normativos relacionados à promulgação de instrumentos internacionais emanados da OIT.

34 Felipe Gómez Isa. "Um pouco de história". *Aportes: Revista da Fundação para o Devido Processo*. n. 22, set. 2020. Disponível em: https://www.dplf.org/sites/default/files/aportes_22_version_portugues_0.pdf. Acesso em: 29 jul. 2024.

35 Isabela Figueroa. "A Convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais", em Bilviany Rojas Garzón, *Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009. Disponível em: https://observatorio.direitosocioambiental.org/wp-content/uploads/2022/03/Convencao-169-da-OIT-sobre-povos-indigenas-e-tribais_-oportunidades-e-desafios-para-sua-implementacao-no-Brasil.pdf. Acesso em: 29 jul. 2024.

36 Karine de Souza Silva e Luiza Lazzaron Noronha Perotto. "A Zona do Não-Ser do Direito Internacional: Os povos negros e a revolução haitiana". *Revista Direito e Justiça - Reflexões Sociojurídicas*. v. 18, n. 32, 2018 Disponível em: http://dx.doi.org/10.31512/rdj.v18i32.2838. Acesso em: 29 jul. 2024.

37 Isabela Figueroa. *Op cit*.

Entretanto, a Convenção foi aprovada com emenda do Senador Romeu Tuma (PMDB-SP), com a supressão dos termos "povos" e "território" do texto original, sob argumento de proteção da soberania nacional e da Constituição Federal[38]. Esse fenômeno se alinha com o entendimento de Thompson[39], de que a incorporação de ideias raciais na política doméstica não é o final da história, já que normas internalizadas não são estáticas e são suscetíveis às mudanças por ações nacionais e internacionais, bem como que construções oriundas de demandas transnacionais são raramente aceitas na esfera doméstica sem algum tipo de modificação.

Importante frisar que, no âmbito brasileiro, o conceito de "povos tribais" é recepcionado pela terminologia de "povos tradicionais", definido pelo Decreto n.º 6.040 de 7 de fevereiro de 2007, que instituiu Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais:

> Art. 3º Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por: I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição[40].

O referido decreto também traz as definições do ordenamento jurídico pátrio para "territórios tradicionais" e "desenvolvimento sustentável":

---

38 Vera Rodrigues. "Brasil e Colômbia: Dinâmicas etnicorraciais e territoriais". *Revista de História Comparada*, v. 8, n. 1, p. 156-188, 2014. Disponível em: https://revistas.ufrj.br/index.php/RevistaHistoriaComparada/article/view/1267. Acesso en: 29 jul. 2024.

39 Debra Thompson. "Through, Agains, and Beyond The Racial State: The transnational stratum of race". em Alexander Anievas, Nivi Manchada e Nivi Shilliam (Org.) *Race and Racism in International Relations: Confronting the global colour line*. Nova Iorque/Oxford: Routledge, 2015.

40 Brasil. Presidência da República. Decreto n.º 6.040, de 7 de fevereiro de 2007.
Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. *Diário Oficial da União*, 08 fev. 2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm. Acesso em: 29 jul. 2024.

> II - Territórios Tradicionais: os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações; e III - Desenvolvimento Sustentável: o uso equilibrado dos recursos naturais, voltado para a melhoria da qualidade de vida da presente geração, garantindo as mesmas possibilidades para as gerações futuras[41].

É de ressaltar que, em perspectiva etnográfica rigorosa, as diferenças entre as diversas sociedades indígenas, quilombolas, caboclos, ribeirinhos, entre outros, e as suas respectivas heterogeneidades internas, são grandes demais para viabilizar um tratamento na mesma classificação[42]. Todavia, no mínimo sob perspectiva institucional e atinente as suas relações com o Estado, ao menos para a análise do presente trabalho, será utilizado temporariamente o termo "povos tradicionais".

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal já proferiu decisões, em algumas ocasiões, reconhecendo os direito à autodeterminação e à consulta prévia livre e informada, intuídos pela Convenção n.º 169 da OIT, como, por exemplo, através do Ministro Edson Fachin, em voto proferido no âmbito do Agravo Regimental de Suspensão de Liminar 995/AM, que versava sobre a construção de linha de transmissão elétrica em área próxima a território indígena[43], e como fundamentação jurídica para a improcedência de Ação Direta de Inconstitucionalidade movida pelo Partido Democratas em face do Decreto nº 4.887/2003[44], que regulamenta a identificação, reconhecimento, delimitação,

41 Brasil. *Idem*.

42 Paul Little. "Territórios Sociais e Povos Tradicionais no Brasil: Por uma antropologia da territorialidade". *Anuário Antropológico,* p. 251-290, 2002-2003. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

43 Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental de Suspensão de Liminar 995/AM*. Relator: Ministro Dias Toffoli. 05 de nov. 2019. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751512012. Acesso em 29 jul. 2024

44 Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.239*. Relator: Ministro Cezar Peluso. 08 de fev. 2018. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028916. Acesso em 29 jul. 2024.

demarcação e titulação das terras de comunidades quilombolas. As menções ao instituto em trechos dos votos e fundamentações mencionadas foram assim realizadas:

> A consulta preconizada pela Convenção, portanto, é prévia à realização de qualquer obra ou empreendimento que possa afetar as comunidades indígenas, e não se pode desconsiderá-la ao argumento de que há outras formas de participação posteriores dos índios, já durante a realização de estudos ou mesmo das obas, restando de todo evidente que, os efeitos deletérios desses empreendimentos podem atingir de forma irreversível o modo de vida das comunidades que ali vivem.[45]

> Nem se diga que o critério da autodefinição é imperativo determinado pela Convenção 169 da Organização Mundial do Trabalho – OIT, sobre povos indígenas e tribais, aprovada pelo Congresso Nacional mediante o Decreto legislativo 143/2002 e promulgada pelo Presidente da República pelo Decreto nº. 5051/2004. Tal tratado, além de ser posterior ao decreto impugnado e de cuidar de outros grupos étnicos, prevê o critério da "consciência" como fundamental à determinação dos grupos aos quais se aplicam suas disposições, e não para a aquisição – é bom que se diga –, deste ou daquele direito.[46]

Entretanto, quando da aplicação das disposições do instrumento em demandas analisadas pelos órgãos julgadores regionalizados, é perceptível a existência de entraves para o seu devido reconhecimento e, por conseguinte, implementação. No tocante ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região - TRF-4, com jurisdição sobre o território no qual se localiza a comunidade do presente estudo de caso, Souza Filho e Da Cruz[47] reconhecem que a Corte ainda tem um caminho extenso para percorrer até que sejam reconhecidas as normas internacionais e o pleno direito à consulta prévia livre

45 Brasil, Supremo Tribunal Federal, *op cit*, 2019.

46 Brasil, Supremo Tribunal Federal, *op cit*, 2018.

47 Carlos Frederico Marés Souza Filho e Isabela da Cruz. "O Tribunal Regional Federal da 4ª Região e o racismo estrutural nos estados do sul do Brasil", em Liana Amin Lima da Silva, *et al* (Org.), *Tribunais Brasileiros e o Direito à Consulta Prévia*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2023. Disponível em: https://observatorio.direito-socioambiental.org/wp-content/uploads/2023/12/i7l00006.pdf. Acesso em: 29 jul. 2024

e informada, mesmo com as constantes reafirmações e demandas das comunidades dentro e fora daquele órgão.

Também, é importante ressaltar que a consciência da sua identidade é fator determinante para aplicação da Convenção n.º 169 da OIT, não bastando o sistema de justiça e órgãos estatais a reconhecer como tal, ou decidir, por si só, se tal comunidade é quilombola ou não, por exemplo[48].

3. A fronteira Brasil Uruguai: Contextualização social e histórica

3.1 A fronteira Brasil/Uruguai

As zonas de fronteira, conforme apresentado por Pucci[49] - cuja compreensão atual surge com a criação do estado burguês e da teoria jurídica do território, e abandono das áreas instáveis de transição entre dois poderes políticos (*no man's land*) -, são as regiões ao redor de limites que separam o território de dois Estados, sendo configuradas pela articulação espontânea entre as faixas de cada um dos lados dos limites internacionais, caracterizando, através das suas interações, meio geográfico próprio que só é perceptível em uma escala regional. Para Mezzadra[50], um território, compreendido como área espacial em que determinado sistema jurídico é válido, não pode existir sem a delimitação prévia da fronteira, que, por sua vez, é definida tomando a territorialidade como ponto de referência.

No caso da fronteira entre o Brasil e o Uruguai, alcunhada de "fronteira viva", "fronteira modelo" ou "fronteira da paz", a região é a mais aberta, densa e homoge-

48 Danilo Serejo. *A Convenção no 169 da OIT e a questão quilombola: elementos para o debate*. 1. ed. Rio de Janeiro: Justiça Global, 2022. Disponível em: https://www.global.org.br/blog/relatorio/e-book-a-convencao-no-169-da-oit-e-a-questao-quilombola-elementos-para-o-debate/. Acesso em: 29 jul. 2024.

49 *Op cit*.

50 Sandro Mezzadra. "Multiplicação das fronteiras e práticas de mobilidade". *REMHU, Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, [S. l.], v. 23, n. 44, 2015. Disponível em: https://remhu.csem.org.br/index.php/remhu/article/view/500. Acesso em: 29 jul. 2024.

neamente povoada entre as demais fronteiras brasileiras, sendo compreendida mais como um espaço binacional do que como um limite internacional[51], cujas múltiplas facetas acarretam necessidade de compreensão enquanto um "espaço social construído historicamente"[52].

A Constituição Federal de 1988, por meio do §2º do seu art. 20, no tocante à definição dos bens da União, define a faixa de fronteira como sendo "faixa de até cento e cinqüenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres"[53]. Entretanto, tal concepção não aborda, necessariamente, para além dos critérios geográficos, a contextualização histórica e social da região e dos municípios abrangidos pela referida faixa. No Rio Grande do Sul, por exemplo, a extensão territorial fronteiriça abrange 197 municípios[54]. Exemplificando: um município tal como Tupanciretã, localizado na mesorregião do centro-ocidental do Estado, é considerado um município de fronteira.

Nesse sentido, Pucci[55] destaca que o meio geográfico que melhor caracteriza a zona fronteiriça se consubstancia nas cidades-gêmeas, conurbações cortadas pela linha imaginária, altamente urbanizadas, que apresentam grande potencial de integração econômica e cultural, ao mesmo tempo em que também condensam manifestações dos problemas característicos da fronteira, impactando no desenvolvimento regional e cidadania. Entre as seis cidades gêmeas existentes na fronteira entre o Brasil e o Uruguai[56], conforme pontuado pelo Ministério da Integração Regional na Cartilha

---

51 Adriano Silva Pucci. *Op cit*.

52 Tau Golin. *A fronteira: governos e movimentos espontâneos na fixação dos limites do Brasil com o Uruguai e a Argentina*. 2a. ed. Porto Alegre: L&PM, 2002. p. 52 *apud* Adriano Silva Pucci, *op cit*, p. 71.

53 Brasil. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*. 05 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 29 jul. 2024.

54 Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Municípios da Faixa de Fronteira e Cidades Gêmeas.* 2022. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/geociencias/organizacao-do-territorio/estrutura-territorial/24073-municipios-da-faixa-de-fronteira.html. Acesso em: 29 jul. 2024

55 *Op cit*.

56 As cidades gêmeas da fronteira Brasil/Uruguai são: Aceguá (BR) - Acegua (UY); Barra do Quaraí (BR) - Bella Unión (UY); Chuí (BR) - Chuy (UY); Jaguarão (BR) - Rio Branco (UY); Quaraí (UY) - Artigas (UY), e; Santana do Livramento (BR) - Rivera (UY).

do Plano de Desenvolvimento da Faixa de Fronteira[57], cinco delas são classificadas, no tocante às interações fronteiriças, como "sinapses", pois correspondem a modelo com alto grau de troca entre as populações fronteiriças com apoio do Estado, com exceção de Aceguá (BR) - Acegua (UY), que possui interação classificada como "capilar", pois ocorre somente no nível local, com trocas difusas e espontâneas, sem a intervenção expressiva do Estado, que também não fornece infraestrutura para a articulação fronteiriça.

Sobre exemplo cotidiano de interações fronteiriças na cidades-gêmeas, para melhor caracterizar o conceito de uma Fronteira Brasil-Uruguai enquanto "espaço social construído historicamente":

> O turista brasileiro que, caminhando pela rua dos Andradas, em Santana do Livramento, cruza a praça internacional e adentra na avenida Sarandí, na vizinha Rivera, mal percebe que cruzou a fronteira. Essas avenidas complementam-se reciprocamente e são perpendiculares à linha imaginária, como que desafiando a divisão. Compreendido em seu idioma, ou em "portunhol", sobe no ônibus e pode pagar em reais, se quiser. Em meio aos pedestres, sente dificuldade em discernir seus compatriotas dos demais: os traços físicos, a indumentária, o hábito de tomar mate, o gosto pelo assado confundem-nos num só elemento humano, o *gaucho*. Nesta e nas outras cinco cidades gêmeas da fronteira uruguaio brasileira, laços históricos, políticos, familiares, econômicos e culturais, anteriores à própria independência dos dois países, contribuíram para formar uma linha de união ao longo dos mais de mil quilômetros de limites e para urdir a percepção do compartilhamento de um "espaço social construído historicamente".[58]

Hábitos, ativismos e políticas públicas desenvolvidas na região de fronteira, principalmente no escopo acadêmico, necessitam de observação e análise dos modos de viver da população local, bem como seus conhecimentos, costumes e vivências, que

57 Brasil. Ministério da Integração Nacional. *Programa de Promoção do Desenvolvimentoda Faixa de Fronteira - PDFF.* 2009. Disponível em: https://antigo.mdr.gov.br/images/stories/ArquivosSNPU/Biblioteca/publicacoes/cartilha-faixa-de-fronteira.pdf. Acesso em: 29 jul. 2024.

58 Pucci. *Op cit.* p. 84.

agem no processo de construção das práticas dos sujeitos fronteiriços[59]. Exemplificando.: para além da concepção da linha imaginária de fronteira do estado burguês, os limites geográficos são compreendidos pela população fronteiriça com um espaço binacional ou uma totalidade[60]. Durante o período da pandemia de Covid-19, a imposição de barreiras sanitárias entre ambos os países, em que pese importante para a contenção da curva de contágio, também impôs limitações físicas aos laços familiares e de compadrio do território de fronteira, havendo relatos de moradora de quilombo[61], em Aceguá, que costumava realizar deslocamento a cavalo - por vezes diário - até o outro lado da fronteira, atravessando propriedades particulares e povoados rurais[62].

Essa característica específica da vida na região fronteiriça entre o Brasil e o Uruguai impõe a necessidade de políticas de integração binacionais e multilaterais que reconheçam a diferença que é viver na fronteira, eis que a cidadania burguesa não é suficiente para vitalizar a democracia[63], sendo necessária a participação da população da região no desenvolvimento de políticas públicas locais, considerando que, conforme pontua Pucci[64], "o cidadão fronteiriço rechaça a posição periférica a que foi historicamente relegado na formulação de políticas públicas" e "reivindica ações de governo diferenciadas e propugna a articulação com outros países para o encaminhamento das demandas *sui generis* da fronteira". Para Mezzadra[65], no contexto do estudo dos

59 Adriana Dorfman e Eric Gustavo Cardin. Estratégias espaciais do ativismo em condição fronteiriça no Cone Sul. *Cuadernos de Geografía - Revista Colombiana de Geografia*, v. 22, n. 2, jul. - dez., 2014. Disponível em: https://doi.org/10.15446/rcdg.v23n2.43369. Acesso em: 29 jul. 2024.

60 Adriano Silva Pucci. *Op cit.*

61 O município de Aceguá/RS conta com duas comunidades quilombolas certificadas pela Fundação Cultural Palmares: Vila da Lata, comunidade participante do presente trabalho e localizada geograficamente "em cima" da linha de fronteira entre o Brasil e o Uruguai); e Tamanduá, próxima à região do "Passo da Mina" e um pouco mais distante da linha de fronteira.

62 José Luiz de Moura Filho e Gabriel de Oliveira Soares. "Apontamentos sobre comunidades de povos tradicionais na faixa de fronteira Brasil-Uruguai realizados no âmbito do Projeto de Extensão 'Corredores Culturais'". *Experiência. Revista Científica de Extensão,* [S. l.], v. 8, n. 1, 2022. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/experiencia/article/view/68916. Acesso em: 29 jul. 2024.

63 Adriano Silva Pucci. *Op cit*.

64 *Ibidem*. p. 28.

65 Sandro Mezzadra. *Op cit.*

campos de fronteiras e migrações, em verdade, seria necessário "des-enfatizar" o foco na cidadania, com o fito de abrir espaço conceitual para abordar e combinar diferentes ângulos que possam elucidar tensões subjetivas de fronteira e migração.

Em que pese a existência de políticas binacionais que se demonstraram ao menos promissoras, afastando o esquecimento costumeiramente relegado à zona de fronteira, que culminou, por exemplo, na criação da Nova Agenda para a Cooperação e o Desenvolvimento Fronteiriço entre o Brasil e o Uruguai[66], a forma de organização distinta de ambos os Estados (unitário no Uruguai e federativo no Brasil), e a autonomia apenas parcial dos municípios concedida pela Constituição Federal de 1988, com a centralização das atividades de cooperação internacional no Ministério das Relações Exteriores e elites de Brasília, resulta em "vácuo legal" e "discrepância regulatória", que inviabiliza, por exemplo, o desenvolvimento de relações paradiplomáticas entre as cidades-gêmeas, que acabam por recorrer para paradiplomacias informais e não institucionalizadas[67].

Um exemplo, constatado no âmbito da ação de extensão que deu origem às discussões do presente artigo, foi o relato do Prefeito de Aceguá afirmando que, durante o período pandêmico (e em outras ocasiões), buscou entregar cestas básicas[68] para brasileiros que residiam em território uruguaio[69]. Todavia, recorrer tão somente para práticas paradiplomáticas informais pode também acarretar entraves decorrentes da vontade dos atores políticos locais, sendo possível também exemplificar com o contexto de Aceguá, que, durante o período de troca mandato municipal, em 2017, experimentou a

66 Thais Mere Marques Aveiro. *Relações Brasil-Uruguai: A Nova Agenda para a Cooperação e o Desenvolvimento Fronteiriço*. 2006. 238 p. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) - Instituto de Relações Internacionais, Universidade de Brasília, Brasília; Bruno de Oliveira Lemos e Aldomar Arnaldo Ruckert. "A nova agenda para cooperação e desenvolvimento fronteiriço entre Brasil e Uruguai". *Revista Política e Planejamento Regional*. v. 1, n. 1, jan-jun, 2014. p. 138-158. Disponível em: https://lume.ufrgs.br/handle/10183/223409. Acesso em: 29 jul. 2024.

67 Gustavo Matiuzzi de Souza. "Paradiplomacy in the cross-border region of Brazil and Uruguay: Between legal vacuum and regulatory discrepancy". *Intellector*, v. 14, n. 27, jul. - dez., 2017. Disponível em: https://orbi.uliege.be/bitstream/2268/221761/1/2017%2008%20-%20Paradiplomacy%20BUCBR.pdf. Acesso em: 29 jul. 2024.

68 Conjunto de alimentos considerados como essenciais para a subsistência de uma família.

69 José Luiz de Moura Filho e Gabriel de Oliveira Soares. *Op cit.*

obstrução do uso do sistema de saúde público por uruguaios e brasileiros residentes no Uruguai, por iniciativa da nova administração do município, que também se mostrou intransigente no cumprimento das normativas brasileiras, particularmente, no que diferiam das leis uruguaias[70].

Além da discrepância regulatória, é possível pontuar distintos fatores de tensão, presentes em outros espaços sociais, mas que se destacam nas regiões fronteiriças, em especial nas cidades gêmeas, como o trabalho estrangeiro clandestino na construção civil, indústria do florestamento e plantações (principalmente arroz e cana-de-açúcar); a falta de atividades recreativas e culturais para a juventude; a economia informal; os conflitos agrários resultantes da distribuição desigual de terras na região, entre outros[71].

3.1 Racismo, escravidão e liberdade na fronteira Brasil/Uruguai

No tocante às populações negras e quilombolas da fronteira, esses problemas se acentuam, sendo a presença daquelas na região um fator de tensionamento nas interações fronteiriças do entre Brasil e Uruguai, desde antes da independência deste e da criação da República Oriental do Uruguai, considerando a existência de documentações que registram reclamações do governo português, em 1813, para a entrega de pessoas escravizadas no Brasil que se refugiaram no território das Províncias Unidas do Rio da Prata, ante a existência de decreto que declarava livre qualquer escravizado em país estrangeiro que passasse para aquele território[72].

Nessa linha, conforme pontuado por Grinberg e Caé[73], quando o Uruguai se estabelece - em 1842 - como território livre da escravidão, com a declaração do seu

70 Gustavo Matiuzzi de Souza. *Op cit*.

71 Adriano Silva Pucci. *Op cit*.

72 Keila Grinberg. "Escravidão e liberdade na fronteira entre o Império do Brasil e a República do Uruguai: notas de pesquisa". *Cadernos do CHDD*, p. 91-114. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, Centro de História e Documentação Diplomática, 2007.

73 Keila Grinberg e Raquel da Silveira Caé. "Escravidão, fronteira e relações diplomáticas Brasil-Uruguai, 1840-1860". *Africana Studia - Revista Internacional de Estudos Africanos,* p. 275-288, 2010. Disponível em: https://ojs.letras.up.pt/index.php/AfricanaStudia/article/view/7328. Acesso em: 29 jul. 2024. p. 280.

governo de que "o negro passou de coisa a homem por quem podia mudar-lhe essa condição; e sem grande injustiça não pode voltar ao estado de escravidão", há uma intensificação de fugas de pessoas escravizadas no Brasil para o território oriental, na esperança da conquista da liberdade, atravessando a fronteira.

Naquele contexto, onde cerca de 18% da população rio-grandense era composta por escravizados, qualquer medida com vistas à emancipação destas pessoas, em países fronteiriços da América do Sul eram vistas como uma ameaça para as autoridades do Rio Grande do Sul e do Brasil, o que, após crise diplomática, resultou na assinatura de tratado de extradição dos mesmos, em 1851, entre o Império Brasileiro e a República Oriental do Uruguai, buscando reconhecer que aqueles que ultrapassem a fronteira a serviço dos seus senhores não seriam considerados libertos, e, em caso de fuga, poderiam ser buscados em territórios estrangeiros[74]. Em consulta ao Concórdia, portal do Ministério das Relações Exteriores que mantém a base de dados dos instrumentos internacionais firmados pelo Brasil, é possível constatar que o referido tratado foi o primeiro pacto internacional firmado pelo Brasil e o Uruguai, tendo sido posteriormente ajustado por notas reversais em 1853 e denunciado somente em 1903[75].

Independentemente disso, utilizando como base a Lei Feijó - que veio a ser conhecida como "lei para inglês ver"[76] -, de 07 de novembro de 1831, a qual o Conselho de Estado do Império entendia que não tinha somente o propósito de acabar com o tráfico humano no Brasil, mas também de diminuir o número de pessoas escravizadas, inclusive as que retornaram de país estrangeiro[77]., bem como efetivar o "princípio da liberdade", que compreendia o território como uma conquista de direitos, com a

74 *Ibidem*.

75 *Tratado entre o Senhor D. Pedro II, Imperador do Brasil, e a República Oriental do Uruguai para Entrega Recíproca de Criminosos e Desertores e para a Devolução de Escravos*. 12 out. 1851. Ministério das Relações Exteriores. Concórdia, 2024. Disponível em: https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/49?IdEnvolvido=350&TipoAcordo=BL&page=33&tipoPesquisa=2. Acesso em: 29 jul. 2024.

76 A Lei Feijó veio a ser conhecida como "lei para inglês ver", tendo em vista que foi promulgada visando amenizar a pressão britânica para o fim do tráfico de escravos. Entretanto, a Lei possuía caráter tão somente formal, já que era flagrantemente violada, inclusive pelas autoridades. Até os dias atuais as leis e decretos que não são devidamente aplicadas são referenciadas por essa expressão.

77 Keila Grinberg e Raquel da Silveira Caé. *Op cit*.

garantia da alforria ao pisar em solo livre, : abolicionistas trabalharam em ações para assegurar que o retorno ao solo brasileiro de pessoas escravizadas lhes propiciasse a libertação[78]. Um caso paradigmático, narrado por Grinberg[79], é o de Joana Felícia, escravizada em território brasileiro após ter cruzado a fronteira em outras ocasiões, e teve a sua liberdade garantida em primeira instância em Jaguarão, na Corte de Apelação no Rio de Janeiro, e no Supremo Tribunal de Justiça[80]:

> Joana Felícia cruzou várias vezes a fronteira entre Brasil e Uruguai, o que foi confirmado pelas testemunhas. Como argumentou o curador, este ato, por si só, bastaria para que a ela fosse conferida a liberdade, de acordo com a lei de 7 de novembro de 1831, a primeira a proibir expressamente a entrada de escravos no país. Mas não era apenas isso: o curador também afirmava que "Joana Felícia já era liberta antes mesmo de regressar ao Império, onde foi vendida mal e indevidamente. Quando Manuel Amaro da Silveira emigrou para o Estado Oriental do Uruguai, desde muito estava abolida a escravidão nessa república e, se os agentes do poder tacitamente a consentiram, nem por isso deixava de ser contrário às leis e constituições daquele país". De nada adiantou argumentar, por parte da suposta senhora da suposta escrava, que aquela era uma situação de exceção e que, na prática, a posse de escravos por proprietários brasileiros era tolerada nas regiões de fronteira com a Argentina e o Uruguai: o juiz de Jaguarão, em primeira instância; a Corte de Apelação, do Rio de Janeiro (naquela época, o Tribunal da Relação de Porto Alegre ainda não tinha sido criado, o que só aconteceu em 1874); e o Supremo Tribunal de Justiça confirmaram que, de acordo com a lei de 7 de novembro de 1831, Joana Felícia e sua filha deviam permanecer libertas, como eram desde que, tendo pisado no solo do Uruguai, retornaram ao Brasil.[81]

78 Keila Grinberg. *Op cit*.

79 *Ibidem*.

80 Equivalente da época ao Supremo Tribunal Federal, que perdurou até a Constituição da República de 1891, com a criação do STF.

81 Keila Grinberg. *Op cit*. p. 91.

Sobre a escravidão e liberdade na história da fronteira Brasil e Uruguai, Grinberg apresenta as seguintes conclusões:

> [...] Houve um trânsito volumoso e importante de escravos nas fronteiras do Brasil com o Uruguai, denotado pela existência do tratado, pela intensa troca de correspondências diplomáticas sobre o assunto e pela abundância de referências a conflitos relacionados a estas ocorrências, seja na documentação oficial (como, por exemplo, os relatórios de presidente de província), seja em processos criminais e cíveis[82].

Nesse sentido, no tocante à aquisição de direitos e liberdade pelas pessoas escravizadas, por meio de argumentação que tomava como base a definição de território, a autora também conclui que:

> [...] O trânsito de escravos na região fronteiriça entre o extremo sul do Império do Brasil e o Uruguai, as disputas dele decorrentes e a variedade de decisões jurídicas e políticas tomadas por diferentes autoridades ao longo do século XIX sinalizam para a possibilidade de a condição do indivíduo poder mudar dependendo do lugar onde ele está, do lugar onde vive, do lugar onde nasceu. No Brasil, mesmo que contra a vontade da maioria das autoridades e legisladores, a definição do território esteve atrelada à possibilidade de aquisição de direitos (e não à sua negação, como nos Estados Unidos). Se o território criava direitos, conceituar escravidão neste período implicava reconhecer os limites de sua própria legitimidade jurídica, delimitados pelo Estado moderno independente e pelos conceitos de nação, nacionalidade e cidadania a ele atribuídos.[83]

Todavia, tais movimentos para a libertação pelo ato de cruzar a linha de fronteira também eram contemporâneos a sequestros de pessoas libertas para tráfico como escravizadas, dadas as condições rurais e a característica da extensão geográfica da fronteira seca entre ambos o Brasil e o Uruguai, conforme registro de reclamação do governo uruguaio ao Império brasileiro, de "roubo" de pessoas negras, tendo um dos casos ocorrido nas proximidades de Aceguá, onde duas crianças foram sequestradas

82 *Ibidem*. p. 100.

83 *Ibidem*. p. 106.

e depois vendidas como escravizadas, no Rio Grande do Sul[84]. Assim, ironicamente, como pontuam Grinberg e Caé[85], para a população escravizada que atravessava a linha e não retornava, ou que conseguia a sua liberdade pela via judicial, fronteira era sinônimo de liberdade, enquanto para os fronteiriços sequestrados e que cruzavam a linha para serem escravizados no Brasil, fronteira e escravidão eram sinônimos.

Tal contextualização social e histórica da região da fronteira Brasil - Uruguai, ora realizada, ao menos na perspectiva de Little[86], é necessária: o autor pontua que, para analisar o território de qualquer grupo, é essencial uma abordagem que "trate do contexto específico em que surgiu e dos contextos em que foi defendido e/ou reafirmado".

Em que pese no estudo referenciado Little discutisse especificamente sobre a defesa de uma "antropologia da territorialidade", e o presente trabalho encarar a perspectiva comunitária sobre conceito jurídico-institucional de "autodeterminação", tais ponderações são válidas, pois, conforme pontua Joseph87, na discussão e aplicação dos direitos territoriais quilombolas é imprescindível um diálogo crítico entre pluralismos jurídicos e a teoria antropológica, visando superar a visão restrita do direito formal brasileiro, sendo que a falta de tal interação poderá ocasionar empecilhos para o reconhecimento de direitos das comunidades.

4. Interseccionalidade e populações quilombolas

O conceito de interseccionalidade encontra algumas das suas principais raízes nos movimentos das ativistas negras estado-unidenses nos anos 1960 e 1970 que, ao utilizarem tal categoria enquanto ferramenta analítica, enfrentaram a problemática do uso da lente monofocal na abordagem da desigualdade social, sem privilegiar um

84 *Ibidem*.

85 Keila Grinberg e Raquel da Silveira Caé. *Op cit*.

86 Paul Little. *Op cit*. p. 254

87 Francine Pinto da Silva Joseph. *Territorialidade e Direito Étnico na Comunidade Negra Rural Vila da Lata - Aceguá, Fronteira Brasil/Uruguai.* 2010. p. 119. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Univerdade Federal de Pelotas, Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Pelotas.

aspecto de análise em detrimento da outro, já que aquelas afro-americanas eram negras, mulheres e trabalhadoras, se inserindo dentro das bandeiras dos movimentos sociais antirracistas, feministas e sindicalistas, ou seja, poderiam analisar as suas demandas de acesso a direitos básicos abordando situações relativas a raça sem excluir análise conjunta de nuances de gênero ou classe[88].

Entretanto, é possível traçar análises interseccionais sendo aplicadas no Sul Global desde o Século XIX, em que pese sem a denominação "interseccionalidade", como, por exemplo, nos trabalhos da ativista dalit Savitribai Phule, que enfrentava os eixos da divisão social do contexto em que estava inserida - casta, gênero, religião, desvantagem econômica e classe - sem escolher apenas uma causa[89].

Definindo o conceito de interseccionalidade, Kimberlé Crenshaw assim a concebe:

> A interseccionalidade é uma conceituação do problema que busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação. Ela trata especificamente da forma pela qual o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes e outras. Além disso, a interseccionalidade trata da forma como ações e políticas específicas geram opressões que fluem ao longo de tais eixos, constituindo aspectos dinâmicos ou ativos do desempoderamento.[90]

Para Collins e Bilge[91], a interseccionalidade adiciona camadas de complexidade às análises sobre desigualdade social, indo além da utilização de lentes unas para abordar raça e gênero, compreendendo-a através de interações entre as várias categorias de poder.

---

88 Patricia Hill Collins e Sirma Bilge. *Op cit*.

89 *Idem*.

90 Kimberlé Crenshaw. "Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero". *Revista Estudos Feministas*, v. 10, n. 1, 2002. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0104-026X2002000100011. Acesso em 29 jul. 2024. p. 177.

91 Patricia Hill Collins e Sirma Bilge. *Op cit*.

Da mesma forma, para além de ferramenta analítica, a interseccionalidade também possui potencialidades na sua utilização enquanto práxis crítica. Como ferramenta analítica, o enfoque interseccional fornece uma abordagem para entender a vida e o comportamento humano e importante mecanismo de ligação entre a teoria e a prática no empoderamento de comunidades e indivíduos; como práxis, se situa como estratégia de intervenção para a justiça social e como importante lente crítica para as iniciativas em favor de direitos humanos, considerando o seu alinhamento do *éthos* dos DH[92].

Vieira e Garcia[93], quando da abordagem da invisibilidade do trabalho das quilombolas, pontuam que as análises interseccionais são plenamente aplicáveis no contexto brasileiro no tocante às mulheres negras, da mesma forma que Rosa e Ferreira[94], discutindo sobre as vivências e narrativas daquelas, no Rio Grande do Sul, afirmam que o tratamento conjunto de marcadores de gênero e raça ajudam na compreensão dos fenômenos sociais relacionados com esse contexto.

Isso porque, apesar de muitas análises interseccionais, como de Collins, por exemplo, serem feitas a partir da sociedade estado-unidense, é possível construir mediações e aproximações que conferem, já que tanto no caso d as mulheres negras dos Estados Unidos como no das brasileiras a realidade não é a mesma das mulheres brancas de classe média e alta das suas respectivas sociedades[95].

Esses enfoques específicos em contextos individuais são importantes para fugir da aplicação generalizada da abordagem interseccional, e, conforme também asseveram Collins e Bilge[96], ao apontar a lente para a realidade das pessoas, é possível oferecer espaços para análises alternativas não derivadas das elites acadêmicas, levando em

92 *Ibidem*.

93 Monique Soares Vieira e Rubya Souza Garcia, "O Trabalho Invisibilizado das Mulheres Quilombolas: desafios do cotidiano". p. 207-222, em Patrícia Krieger Grossi (Org.), *Mulheres Quilombolas, Interseccionalidades e Políticas Públicas*. 1. ed. Editora Faith: Porto Alegre, 2021.

94 Graziela Rinaldi da Rosa, Adriana da Silva Ferreira, "Vivências e Narrativas de Vida de Mulheres das Comunidades Remanescentes de Quilombos do Sul". p. 37-60, em Patrícia Krieger Grossi (Org.), *Mulheres Quilombolas, Interseccionalidades e Políticas Públicas*. 1. ed. Editora Faith: Porto Alegre, 2021.

95 Monique Soares Vieira e Rubya Souza Garcia. *Op cit*.

96 Patricia Hill Collins e Sirma Bilge. *Op cit*.

consideração que os grupos minoritários e subalternos nunca desfrutaram dos benefícios de plena cidadania e têm "menos a perder e mais a ganhar".

5. Estudo de caso: Acesso à direitos na comunidade quilombola Vila da Lata

5.1 A comunidade quilombola Vila da Lata

A Vila da Lata, ou "Lata", como denominada pelos moradores da comunidade e pela população local, é uma comunidade quilombola rural - certificada pela Fundação Palmares desde 2007 -, localizada a cerca de 30km da sede do município de Aceguá, na região do Rio Negro, se inserindo às margens da estrada de chão binacional denominada "Corredor Internacional", que serpenteia a fronteira seca entre o Brasil e o Uruguai, levando por vezes ao lado brasileiro, e por vezes ao lado uruguaio, sendo a localização indicada por marcos de pedra instalados ao longo da mesma[97]. A referida fronteira seca - e os próprios marcos de pedra - é regida pelo "Convênio para fixação do Estatuto Jurídico da Fronteira entre o Brasil e o Uruguai", promulgado pelo Decreto Presidencial n.º 1.846 de 03 de agosto de 1937.

Tal característica geográfica acarreta forte interação binacional, presente na comunidade desde a sua formação histórica. Relatos orais de moradores mais idosos da comunidade apontam a influência das "tropeadas" dos "velhos negros", que trabalhavam no transporte de mercadorias entre os dois países antigamente, atravessando a fronteira durante a noite, bem como é perceptível pela realização de missas mensais em espanhol de padre proveniente de Aceguá/UY, e da própria composição de dupla nacionalidade da população[98].

97 José Luiz de Moura Filho e Gabriel de Oliveira Soares. *Op cit*; José Luiz de Moura Filho e Gabriel de Oliveira Soares, "Corredores Culturais". p. 151-167, em Victor de Carli Lopes e Flavi Ferreira Lisboa Filho (Org.), *Observatório de Direitos Humanos da Universidade Federal de Santa Maria: Identidades, Trajetórias e Perspectivas*. Santa Maria: UFSM, 2022. Disponível em: https://repositorio.ufsm.br/handle/1/27086. Acesso em: 29 jul 2024.

98 Francine Pinto da Silva Joseph. *Op cit*.

Nesse sentido, a maioria da população da Vila da Lata, bem como relatório encontrado nos registros da Defensoria Pública da União (DPU), afirmam que a comunidade foi fundada há mais de 100 anos, possuindo como figura seminal o negro uruguaio Eustáquio da Costa Fernandes, que, possivelmente, teria sido escravizado na região fronteiriça de Aceguá[99]. Eustáquio teria vindo para a atual localização da Vila da Lata, implantado o loteamento, e passado a vender terras e casas de capim Santa-Fé para a população negra da fronteira, sendo essa a narrativa que se sustenta junto aos moradores, que também afirmam que o mesmo teria ido embora para Montevidéu após a venda dos lotes aos negros fronteiriços[100].

Sobre as casas e a sua relação com o nome da comunidade, há relato de morador, viúvo de neta de ex-escravizada que ali morava, afirmando que antigamente havia uma casa de lata utilizada como armazém, culminando no nome "Vila da Lata". Entretanto, o relatório presente nos arquivos da DPU, desenvolvido pelo Centro de Tecnologias Alternativas Populares, e pelo Centro Memorial de Matriz Africana 13 de Maio, ligado à Coordenação Nacional de Entidades Negras, constata que o nome adveio do material utilizado pelas casas antigas na localidade: teto de capim Santa-Fé e com paredes de lata de azeite[101]. Atualmente, boa parte das casas da comunidade é de alvenaria, construídas através do programa "Minha Casa, Minha Vida" (que acessaram em 2013, por meio da Secretaria do Desenvolvimento Rural do Estado do RS e a EMATER/RS - ASCAR) e mobiliadas pelo programa "Minha Casa Melhor"[102].

Apesar da relevância dos referidos programas, em se tratando de comunidade de povo tradicional, importante ressaltar o entendimento do pensador quilombola Antônio Bispo dos Santos, o "Nego Bispo", que compreende que as políticas de habitação também não devem alterar ou proibir a arquitetura existente no local, sem observar

99 *Ibidem*.

100 *Idem*.

101 *Ibidem*.

102 Luana Lucas Alves. *Utopia e realidade: acesso às políticas públicas educacionais na comunidade Quilombola "Vila da Lata" de ACEGUÁ/RS.* 2014. p. 45. Monografia (Licenciatura em Letras), Universidade Federal do Pampa, Bagé. Disponível em: https://dspace.unipampa.edu.br/handle/riu/636. Acesso em: 29 jul. 2024.

as particularidades culturais de cada população e bioma, podendo configurar ataque brutal e institucionalmente colonialista ao modo de vida regional[103].

Há divergências sobre a fundação da Vila da Lata, havendo hipótese de que poderia ter sido formada pelos ex-escravizados e descendentes da estância "Lata", de João Antônio Martins, uma das várias fazendas escravocratas da família Martins, que se estendiam entre Candiota até Cerro Largo, no Uruguai[104]. Entretanto, a história de fundação mais aceita entre a comunidade remete à figura de Eustáquio, sendo que as famílias residentes no local - os Fernandes, Rodrigues, Lima, Diogo, Martins, Silveira e Costa - seriam descendentes dos primeiros adquirentes dos lotes do uruguaio, e, segundo relatos de ex-morador da comunidade, todos seriam escravizados ou descendentes de escravizados, criados e provenientes das fazendas das redondezas[105].

Nessa linha, importante ressaltar que, atualmente, a concepção de "quilombo" não está diretamente atrelada somente às comunidades formadas por meio de movimentos insurrecionais, mas também - e sobretudo - aos "grupos que desenvolveram práticas cotidianas de resistência na manutenção e reprodução de seus modos de vida característicos e na consolidação de um território próprio"[106].

Assim, no presente momento, resistem 18 famílias na Vila da Lata, totalizando população de 37 habitantes, com 22 pessoas do sexo masculino e 15 do sexo feminino, confinadas em área total de 2,5 hectares, cercada por propriedades latifundiárias lindeiras, arranjadas em corredor principal de 275 metros[107]: segundo dados da Secretaria de Saúde do município de Aceguá, 7 moradores da Lata são uruguaios.

---

103 Antônio Bispo dos Santos. *A terra dá, a terra quer*. São Paulo: Ubu Editora/Piseagrama, 2023.

104 Francine Pinto da Silva Joseph. *Op cit*.

105 *Idem*.

106 Eliane Cantarino O'Dwyer. *Quilombos: identidade étnica e territorialidade*. Rio de Janeiro: FGV, 2002. p. 18.

107 Márcio Zamboni Neske. *Relatório do Diagnóstico Rural Participativo (DRP) da Comunidade Quilombola Vila da Lata*. abr. 2024.

Conforme pontua Held[108], em que pese seja possível apontar características comuns em quilombos e quilombolas, cada território possui uma identidade própria, com a definição étnica transcendendo a matéria territorial, dando enfoque ao seu modo de ser, fazer e viver. Nesse sentido, importa destacar que, para os moradores da Lata, não basta somente residir na comunidade para "ser da Lata", e sim, ser descendente das famílias que compraram os lotes de Eustáquio da Costa Fernandes, mesmo que não resida mais no local. Nesse sentido: "só é da Lata quem nasce e se cria na Lata, ou quem nasce em outro lugar, mas têm avós e pais que nasceram na Lata"[109].

Entretanto, apesar das particularidades de identidade e territorialidade, a Vila da Lata enfrenta uma série de problemas comuns às demais espacialidades negras, cuja repressão se acentua nos terreiros, associações, e quilombos[110], através de manifestações de racismo estrutural, institucional e cotidiano, presentes na construção do "sujeito negro" pelo imaginário branco[111], e escondidas pelo manto do mito da democracia racial, resultando no genocídio por denegação, que revela a necropolítica do Estado nos índices de letalidade, nas formas de exclusão e na dificuldade de acesso direitos positivados pela Constituição Federal[112].

Um desses direitos, por exemplo, é o que diz respeito à terra e propriedade das comunidades quilombolas, presente no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT e pelo Decreto Presidencial n.º 4.887, de 20 de novembro de 2003, que "regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos"[113]. A ausência de proteção do direito territorial quilombola vulnerabiliza

108 Thaisa Maira Rodrigues Held. *Op cit*.

109 Francine Pinto da Silva Joseph. *Op cit*. p. 85.

110 Thaisa Maira Rodrigues Held. *Op cit*.

111 Grada Kilomba. *Memórias da Plantação*: *Episódios de racismo cotidiano*. Rio de Janeiro: Cobogó, 2019.

112 Karine de Souza Silva. *Op cit*.

113 Brasil. Presidência da República. Decreto n.º 4.887, de 20 de novembro de 2003. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. *Diário*

ainda mais as comunidades, considerando que os entraves na autonomia e controle das terras ancestrais dos quilombos ameaça a sua sobrevivência comunitária e enquanto grupo identitário, em virtude da sua "complexa relação com o território vivido"[114].

No caso da Vila da Lata, apesar da comunidade ser certificada pela Fundação Cultural Palmares desde 2007, nunca houve procedimento administrativo para o fim de reconhecimento da sua territorialidade, resultando no atual contexto espacial, onde a comunidade é confinada aos 2,5 hectares de terra, situada na região de maior concentração de propriedades latifundiárias rurais, em área que limita a produção alimentícia, criação de animais e demais cultivos[115]. Tal disposição territorial também acarreta outros problemas, como os prejuízos trazidos pela pulverização com agrotóxico nas propriedades lindeiras, culminando na perda das poucas hortas existentes[116].

A comunidade também sofre com deficiências no esgotamento sanitário, água imprópria para consumo humano, insegurança alimentar, falta de trabalho, inexistência de cobertura de sinal telefônico e de internet, carência de transporte público, êxodo rural, entre outros problemas[117].

5.2 Observações sobre demandas de raça e gênero na Vila da Lata

No tocante às questões relativas a gênero, importa destacar que, conforme assevera Lélia Gonzales[118], a dimensão racial impõe inferiorização ainda maior em relação às mulheres negras, que, para além deste tipo de desigualdade, sofrem com aquela de natureza sexual, ocupando o polo oposto ao da dominação, e constituindo o setor mais oprimido e explorado da sociedade brasileira.

Oficial da União, 21 nov. 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm. Acesso em: 29 jul. 2024.

114 Simone Bohn e Patrícia Krieger Grossi. *Op cit*. p. 25.

115 Márcio Zamboni Neske. *Op cit*.

116 Francine Pinto da Silva Joseph. *Op cit*.

117 Márcio Zamboni Neske. *Op cit*.

118 *Op cit*.

Na Vila da Lata, esses processos de opressão e dominação estão presentes nos relatos da comunidade sobre as raízes históricas do território, que contam sobre como Eustáquio da Costa Fernandes possuía várias mulheres, teve filhos com muitas delas várias, e deu uma casa para cada uma no local; e sobre a forma com que os estancieiros locais utilizavam homens negros como escravizados e as negras como "mulher", demonstrando a representação destas como objeto sexual, e a maneira com que os proprietários de terras se relacionavam com estas pessoas[119].

Atualmente, um dos principais problemas da comunidade é a falta de oportunidade formal de trabalho para as mulheres, havendo relatos de moradora que ocasionalmente consegue trabalho de limpeza doméstica na sede do município, mas precisa percorrer a extensa distância de ida e volta a pé (cerca de 60km) por falta de transporte público, recebendo em troca remuneração ínfima[120].

Da análise realizada em Diagnóstico Rural-Participativo – construído pela equipe da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul - UERGS - que compõe o projeto "Afronteira: antirracista e diversa", a avaliação do capital financeiro em atividades remuneradas não agrícolas para mulheres na comunidade resultou extremamente baixa:

> A remuneração das atividades não agrícolas (RNA) para mulheres na comunidade é extremamente baixa, refletindo um escore de 1. As mulheres, em sua maioria, não têm acesso a trabalhos remunerados e dependem basicamente de transferências de renda de programas sociais para sustentar suas famílias. Esta situação reflete uma significativa desigualdade de gênero, onde as oportunidades de emprego para mulheres são praticamente inexistentes. A falta de emprego remunerado impede que as mulheres contribuam financeiramente para a renda familiar, exacerbando as dificuldades econômicas enfrentadas pela comunidade e aumentando a dependência de assistência social.[121]

119 Francine Pinto da Silva Joseph. *Op cit*.

120 Márcio Zamboni Neske. *Op cit*.

121 *Ibidem*. p. 65.

Conforme pontuado por Vieira e Garcia[122], a construção da vida familiar aos moldes patriarcais favorece a reprodução da pobreza, da exploração e marginalização das mulheres, e "o trabalho em condições degradantes muitas vezes é a única possibilidade de remuneração para a subsistência das famílias quilombolas [...]".

Não obstante, Gonzales[123] também pontua que, para além da tripla discriminação sofrida pela mulher negra, a sua figura também representa o sustentáculo econômico, afetivo e moral familiar, sendo a portadora da "chama da libertação":

> Mas sobretudo a mulher negra anônima sustentáculo econômico, afetivo e moral de sua família é quem, a nosso ver, desempenha o papel mais importante. Exatamente porque com sua força e corajosa capacidade de luta pela sobrevivência nos transmite a nós, suas irmãs mais afortunadas, o ímpeto de não nos recusarmos à luta pelo nosso povo. Mais ainda porque, como na dialética do senhor e do escravo de Hegel, apesar da pobreza, da solidão quanto a um companheiro, da aparente submissão, é ela a portadora da chama da libertação, justamente porque não tem nada a perder.[124]

Dialogando com esse entendimento, na Vila da Lata, a participação nas atividades comunitárias ocorre com predominância das mulheres, havendo um desinteresse notável dos homens pela vida comunitária, sendo a maioria das decisões coletivas conduzidas por aquelas[125].

Em discussão sobre desejo comunitário voltado à geração de renda, as moradoras da comunidade manifestaram expressamente a vontade de desenvolver atividades como, por exemplo, panificação para fomentar o empreendedorismo local, visando contribuir para a economia familiar e aumentar a sua autonomia financeira e autoestima[126].

Todavia, essa proeminência - a liderança feminina na comunidade e o desinteresse dos demais moradores na participação das atividades - resulta, por vezes, em disputas

122 *Op cit.* p. 216.

123 *Op cit*.

124 *Ibidem*.

125 Márcio Zamboni Neske. *Op cit*.

126 *Ibidem*.

internas e divergências, decorrentes da falta de confiança que, frequentemente, leva à fragmentação e enfraquecimento da forma de agir coletiva da comunidade[127].

6. Considerações finais

Vieira e Garcia[128], inseridas no âmbito do projeto de pesquisa "Mulheres quilombolas no Brasil e o acesso aos seus direitos de cidadania: desafios para as políticas públicas", pontuam que as experiências sociais das mulheres quilombolas revelam uma naturalização de práticas opressivas, onde o racismo determina a hierarquia de gênero na sociedade. As autoras ressaltam que o trabalho em condições degradantes, muitas vezes, é a única possibilidade de remuneração para a subsistência das famílias quilombolas[129].

Dentro de uma série de relatos orais obtidos em conversas realizadas em grupos focais, o projeto referenciado constata que, na luta traduzida na fala das mulheres quilombolas, é possível constatar heranças de resquícios escravistas que são uma constante no cotidiano quilombola, com dificuldades de inserção e reconhecimento do trabalho feminino, mesmo com a sua atuação conjunta aos homens - e por vezes sozinhas - em atividades administrativas, trabalhos braçais, plantações e serviços domésticos[130].

Nesse sentido, no presente estudo de caso é possível pontuar observações convergentes. Em que pese o direito quilombola à autodeterminação constituído no plano internacional pela Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho, e das garantias fundamentais advindas da Constituição Federal de 1988, a comunidade quilombola Vila da Lata não possui acesso aos seus direitos mais básicos voltados à subsistência. Em se tratando de população binacional fronteiriça, é possível perceber que o apoio do Estado é insuficiente de ambos os lados da fronteira.

127 *Ibidem*.

128 *Op cit*.

129 *Ibidem*.

130 *Ibidem*.

Através de lente interseccional, se constata que os problemas e dificuldades enfrentados pelas mulheres quilombolas da Lata, que remontam à fundação da comunidade e à formação social e histórica da região da fronteira Brasil/Uruguai, são ainda mais severos: a população, na totalidade, se encontra vulnerabilizada, porém, são as mulheres que se situam na ponta mais fragilizada.

Falta de espaços de lazer e sociabilidade, bem como a vulnerabilidade decorrente da carência de oportunidades para geração de renda, com a busca por condições de emprego precarizadas, aliadas às dificuldades oriundas da responsabilidade dos serviços domésticos, tudo isso enquanto também atua como sustentáculo familiar e comunitário dentro das atividades administrativas da comunidade.

Nessa linha, projetos de pesquisa, extensão e trabalhos acadêmicos voltados à sinergia análise/práxis interseccional, ocupam papel relevante para, dentro dos espaços que permitem informar e aprimorar políticas públicas, apresentar dialeticamente as estratégias utilizadas pela mulher negra (e quilombola) para sobreviver e resistir no sistema capitalista e racista[131], local, nacional e global, fomentando, assim, a necessidade de abordagem atenta e alinhada com a prática dos gestores governamentais e sociedade civil.

Pinto, traçando um paralelo da possibilidade de conciliação dos entendimentos de Nancy Fraser e Axel Honneth na aplicação de ambas as teorias no cenário brasileiro, pontua que "não há feminismo antes da feminista, assim como não há paridade participativa antes do sujeito autorreconhecido como igual"[132]. Nesse sentido, importa destacar que, mesmo considerando todos os apontamentos ora realizados, a construção do acesso aos direitos básicos emanados da autodeterminação, em oposição à estrutura racializada, colonialista e patriarcal, somente pode partir do autorreconhecimento.

131 Lélia Gonzales. *Op cit*.

132 Celi Regina Jardim Pinto. "Nota sobre a controvérsia Fraser-Honneth informada pelo contexto brasileiro". *Lua Nova*, n. 74, p. 35-58, 2008. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0102-64452008000200003. Acesso em 29 jul. 2024. p. 36.

7. Referências

Alves, Luana Lucas. *Utopia e realidade: acesso às políticas públicas educacionais na comunidade Quilombola "Vila da Lata" de ACEGUÁ/RS.* 2014. p. 45. Monografia (Licenciatura em Letras), Universidade Federal do Pampa, Bagé. Disponível em: https://dspace.unipampa.edu.br/handle/riu/636. Acesso em: 29 jul. 2024.

Anievas, Alexander, Nivi Manchanda e Robbie Shilliam, "Confronting the global colour line: an introduction" em Alexander Anievas, Nivi Manchada e Nivi Shilliam (Org.) *Race and Racism in International Relations: Confronting the global colour line*. Nova Iorque/Oxford: Routledge, 2015.

Aveiro, Thais Mere Marques. *Relações Brasil-Uruguai: A Nova Agenda para a Cooperação e o Desenvolvimento Fronteiriço*. 2006. 238 p. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) - Instituto de Relações Internacionais, Universidade de Brasília, Brasília

Bohn, Simone e Patrícia Krieger Grossi, "Aprendendo com as Comunidades Quilombolas do Rio Grande do Sul". p. 9-28, em Patrícia Krieger Grossi, *et al* (Org.), *Mulheres Quilombolas, Interseccionalidades e Políticas Públicas*. 1. ed. Editora Faith: Porto Alegre, 2021

Brasil. Ministério da Integração Nacional. *Programa de Promoção do Desenvolvimento*

da Faixa de Fronteira - PDFF. 2009. Disponível em: https://antigo.mdr.gov.br/images/stories/ArquivosSNPU/Biblioteca/publicacoes/cartilha-faixa-de-fronteira.pdf. Acesso em: 29 jul. 2024.

————————. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*. 05 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 29 jul. 2024.

————————. Presidência da República. Decreto n.º 10.088, de 05 de novembro de 2019. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, 06 nov. 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d10088.htm. Acesso em: 29 jul. 2024.

————————. Presidência da República. Decreto n.º 1. 846, de 03 de agosto de 1937.

Promulga diversos Atos Internacionais, firmados em Montevidéo, entre o Brasil e a República Oriental do Uruguai, a 20 de dezembro de 1933. *Diário Oficial da União*, 07 set. 1937. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1846.htm. Acesso em: 29 jul. 2024.

————————. Presidência da República. Decreto n.º 4.887, de 20 de novembro de 2003. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. *Diário Oficial da União*, 21 nov. 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm. Acesso em: 29 jul. 2024.

————————. Presidência da República. Decreto n.º 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. *Diário Oficial da União*, 20 abr. 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 29 jul. 2024.

————————. Presidência da República. Decreto n.º 6.040, de 7 de fevereiro de 2007.

Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. *Diário Oficial da União*, 08 fev. 2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm. Acesso em: 29 jul. 2024.

————————. Presidência da República. Lei de 07 de novembro de 1831. Declara livres todos os escravos vindos de fôra do Imperio, e impõe penas aos importadores dos mesmos escravos. *Coleção de Leis do Império do Brasil de 1831*. Disponível em:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-7-11-1831.htm#:~:text=LEI%20DE%207%20DE%20NOVEMBRO,aos%20importadores%20dos%20mesmos%20escravos. Acesso em: 29 jul. 2024

————————. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.239*. Relator: Ministro Cezar Peluso. 08 de fev. 2018. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028916. Acesso em 29 jul. 2024.

————————. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental de Suspensão de Liminar 995/AM*. Relator: Ministro Dias Toffoli. 05 de nov. 2019. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751512012. Acesso em 29 jul. 2024.

Collins, Patricia Hill e Sirma Bilge. *Interseccionalidade*. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2020.

Crenshaw, Kimberlé. "Mapping the Margins: Intersectionality, Identy Politics and Violence Agains Women of Color". *Stanford Law Review*, v. 43, jul. 1991.

————————, Kimberlé. "Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero". *Revista Estudos Feministas*, v. 10, n. 1, 2002. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0104-026X2002000100011. Acesso em 29 jul. 2024.

Da Rosa, Graziela Rinaldi e Adriana da Silva Ferreira, "Vivências e Narrativas de Vida de Mulheres das Comunidades Remanescentes de Quilombos do Sul". p. 37-60, em Patrícia Krieger Grossi (Org.), *Mulheres Quilombolas, Interseccionalidades e Políticas Públicas*. 1. ed. Editora Faith: Porto Alegre, 2021.

De Souza, Gustavo Matiuzzi. "Paradiplomacy in the cross-border region of Brazil and Uruguay: Between legal vacuum and regulatory discrepancy". *Intellector*, v. 14, n. 27, jul. - dez., 2017. Disponível em: https://orbi.uliege.be/bitstream/2268/221761/1/2017%2008%20-%20Paradiplomacy%20BUCBR.pdf. Acesso em: 29 jul. 2024.

Dos Santos, Antônio Bispo. *A terra dá, a terra quer*. São Paulo: Ubu Editora/Piseagrama, 2023.

Du Bois, William Edward Burghardt. *As Almas do Povo Negro*. São Paulo: Veneta, 2021.

Eze, Emmanuel. "The Color of Reason: The ideia of 'race' in Kant's Anthropology", em Katherine Faull (Org.), *Anthropology and the German Enlightenment*. Lewisburg: Universidade Bucknell, 1995.

Fanon, Frantz. *Pele negra, máscaras brancas*. Salvador: Editora da Universidade Federal da Bahia, 2008.

Figueroa, Isabela. "A Convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais", em Bilviany Rojas Garzón, *Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para*

sua implementação no Brasil. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009. Disponível em: https://observatorio.direitosocioambiental.org/wp-content/uploads/2022/03/Convencao-169-da-OIT-sobre-povos-indigenas-e-tribais_-oportunidades-e-desafios-para-sua-implementacao-no-Brasil.pdf. Acesso em: 29 jul. 2024.

Golin, Tau. *A fronteira: governos e movimentos espontâneos na fixação dos limites do Brasil com o Uruguai e a Argentina*. 2a. ed. Porto Alegre: L&PM, 2002.

Gonzales, Lélia. *Por um feminismo afro-latino americano: ensaios, intervenções, diálogos*. Rios, Flávia e Márcia Lima (Org.). Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

Grinberg, Keila. "Escravidão e liberdade na fronteira entre o Império do Brasil e a República do Uruguai: notas de pesquisa". *Cadernos do CHDD*, p. 91-114. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, Centro de História e Documentação Diplomática, 2007.

Grinberg, Keila e Raquel da Silveira Caé. "Escravidão, fronteira e relações diplomáticas Brasil-Uruguai, 1840-1860". *Africana Studia - Revista Internacional de Estudos Africanos,* p. 275-288, 2010. Disponível em: https://ojs.letras.up.pt/index.php/AfricanaStudia/article/view/7328. Acesso em: 29 jul. 2024.

Grotius, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. 2. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002

Henderson, Errol "Hidden in plain sight: racism in international relations theory", Alexander Anievas, Nivi Manchada e Nivi Shilliam (Org.) *Race and Racism in International Relations: Confronting the global colour line*. Nova Iorque/Oxford: Routledge, 2015. p. 19-43.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Municípios da Faixa de Fronteira e Cidades Gêmeas*. 2022. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/geociencias/organizacao-do-territorio/estrutura-territorial/24073-municipios-da-faixa-de-fronteira.html. Acesso em: 29 jul. 2024.

Isa, Felipe Gómez. "Um pouco de história". *Aportes: Revista da Fundação para o Devido Processo*. n. 22, set. 2020. Disponível em: https://www.dplf.org/sites/default/files/aportes_22_version_portugues_0.pdf. Acesso em: 29 jul. 2024.

Joseph, Francine Pinto da Silva. *Territorialidade e Direito Étnico na Comunidade Negra Rural Vila da Lata - Aceguá, Fronteira Brasil/Uruguai.* 2010. p. 119. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Universidade Federal de Pelotas, Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Pelotas.

Kilomba, Grada. *Memórias da Plantação*: *Episódios de racismo cotidiano*. Rio de Janeiro: Cobogó, 2019.

Little, Paul. "Territórios Sociais e Povos Tradicionais no Brasil: Por uma antropologia da territorialidade". *Anuário Antropológico,* p. 251-290, 2002-2003. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

Mbembe, Achille. *Necropolítica*. São Paulo: n-1 edições, 2018.

Mezzadra, Sandro. "Multiplicação das fronteiras e práticas de mobilidade". *RE-MHU, Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, [S. l.], v. 23, n. 44, 2015. Disponível em: https://remhu.csem.org.br/index.php/remhu/article/view/500. Acesso em: 29 jul. 2024.

Mills, Charles. *The Racial Contract*. Ithaca: Universidade Cornell, 1997.

Moura Filho, José Luiz e Gabriel de Oliveira Soares. "Apontamentos sobre comunidades de povos tradicionais na faixa de fronteira Brasil-Uruguai realizados no âmbito do Projeto de Extensão 'Corredores Culturais'". *Experiência. Revista Científica de Extensão,* [S. l.], v. 8, n. 1, 2022. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/experiencia/article/view/68916. Acesso em: 29 jul. 2024.

————————, "Corredores Culturais". p. 151-167, em Victor de Carli Lopes e Flavi Ferreira Lisboa Filho (Org.), *Observatório de Direitos Humanos da Universidade Federal de Santa Maria: Identidades, Trajetórias e Perspectivas*. Santa Maria: UFSM, 2022. Disponível em: https://repositorio.ufsm.br/handle/1/27086. Acesso em: 29 jul 2024.

Neske, Márcio Zamboni. *Relatório do Diagnóstico Rural Participativo (DRP) da Comunidade Quilombola Vila da Lata*. abr. 2024.

O'Dwyer, Eliane Cantarino . *Quilombos: identidade étnica e territorialidade*. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

Pinto, Regina Jardim Celi. "Nota sobre a controvérsia Fraser-Honneth informada pelo contexto brasileiro". *Lua Nova*, n. 74, p. 35-58, 2008. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0102-64452008000200003. Acesso em 29 jul. 2024. p. 36.

Rodrigues, Vera. "Brasil e Colômbia: Dinâmicas etnicorraciais e territoriais". *Revista de História Comparada*, v. 8, n. 1, p. 156-188, 2014. Disponível em: https://revistas.ufrj.br/index.php/RevistaHistoriaComparada/article/view/1267. Acesso en: 29 jul. 2024.

Serejo, Danilo. *A Convenção no 169 da OIT e a questão quilombola: elementos para o debate*. 1. ed. Rio de Janeiro: Justiça Global, 2022. Disponível em: https://www.global.org.br/blog/relatorio/e-book-a-convencao-no-169-da-oit-e-a-questao-quilombola-elementos-para-o-debate/. Acesso em: 29 jul. 2024.

Silva, Karine de Souza. "'Meu Mundo, Minhas Regras': Direito Internacional, branquitude e o genocídio do povo negro brasileiro", *Revista de Direito Internacional*. v. 20, n. 1, 2023. Disponível em: https://doi.org/10.5102/rdi.v20i1.8634. Acesso em: 29 jul. 2024.

——————— e Luiza Lazzaron Noronha Perotto. "A Zona do Não-Ser do Direito Internacional: Os povos negros e a revolução haitiana". *Revista Direito e Justiça - Reflexões Sociojurídicas*. v. 18, n. 32, 2018 Disponível em: http://dx.doi.org/10.31512/rdj.v18i32.2838. Acesso em: 29 jul. 2024

Souza Filho, Carlos Frederico Marés e Isabela da Cruz. "O Tribunal Regional Federal da 4ª Região e o racismo estrutural nos estados do sul do Brasil", em Liana Amin Lima da Silva, *et al* (Org.), *Tribunais Brasileiros e o Direito à Consulta Prévia*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2023. Disponível em: https://observatorio.direitosocioambiental.org/wp-content/uploads/2023/12/i7l00006.pdf. Acesso em: 29 jul. 2024.

Thompson, Debra. "Through, Agains, and Beyond The Racial State: The transnational stratum of race". em Alexander Anievas, Nivi Manchada e Nivi Shilliam (Org.) *Race and Racism in International Relations: Confronting the global colour line*. Nova Iorque/Oxford: Routledge, 2015.

Tratado entre o Senhor D. Pedro II, Imperador do Brasil, e a República Oriental do Uruguai para Entrega Recíproca de Criminosos e Desertores e para a Devolução de Escravos. 12 out. 1851. Ministério das Relações Exteriores. Concórdia, 2024. Disponível em: https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/49?IdEnvolvido=350&TipoAcordo=BL&page=33&tipoPesquisa=2. Acesso em: 29 jul. 2024.

Vieira, Monique Soares e Rubya Souza Garcia, "O Trabalho Invisibilizado das Mulheres Quilombolas: desafios do cotidiano". p. 207-222, em Patrícia Krieger Grossi (Org.), *Mulheres Quilombolas, Interseccionalidades e Políticas Públicas*. 1. ed. Editora Faith: Porto Alegre, 2021.

A 100 anos da Teoria Geral do Direito e Marxismo: Qual o sentido de estudar Pachukanis hoje?

100 years of the General Theory of Law and Marxism: What is the point of studying Pachukanis today?

Julio da Silveira Moreira[1]

Resumen

Cem anos após a publicação de Teoria Geral do Direito e Marxismo de Evgeni Pachukanis, sua obra continua essencial para a compreensão das expressões do direito sob uma perspectiva marxista. O pensamento de Pachukanis oferece um horizonte revolucionário ao questionar o papel do direito na reprodução das estruturas de dominação capitalista. Este artigo resgata sua crítica e busca colocá-la em diálogo com os desafios contemporâneos, questionando abordagens dogmáticas e abrindo espaço para reflexões inquietantes sobre a práxis jurídica e a luta de classes.

Palavras-chave: Propiedades colectivas, Propiedad absoluta, Pluralismo Jurídico, Comunalismo, Gobernanza del territorio.

Abstract

One hundred years after the publication of General Theory of Law and Marxism by Evgeni Pachukanis, his work remains essential for understanding law through a Marxist perspective. Pachukanis' thought offers a revolutionary horizon by questioning the role of law in reproducing capitalist structures of domination. This article revisits his critique and seeks to bring it into dialogue with contemporary challenges, questioning dogmatic approaches and opening space for unsettling reflections on legal praxis and class struggle.

Key words: Pachukanis, Marxism, legal critique, class struggle, legal theory.

---

1 Professor na Universidade Federal da Integração Latino-Americana. Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Estudos Latino-Americanos.

Sumario

1. Introdução. 2. A recepção de Pachukanis no Brasil. 3. O ano de 1924 pelo mundo. 4. Os limites do marxismo academicista. 5. O desafio atual: o estudo da experiência socialista. 6. Conclusões.

1. Introdução

Cem anos após a publicação de Teoria Geral do Direito e Marxismo (TGDM), de Evgeni Pachukanis, sua obra permanece essencial para quem deseja compreender as expressões do direito sob uma perspectiva marxista. Embora muitas vezes relegada às prateleiras acadêmicas, a obra de Pachukanis oferece um horizonte revolucionário para a prática jurídica, questionando o papel do direito na reprodução das estruturas de dominação capitalista.

O pensamento de Pachukanis desafia qualquer reflexão crítica sobre o direito, especialmente quando relacionada à luta de classes e à construção de uma nova ordem social. Ao resgatar suas contribuições, somos impelidos a analisar como o direito pode ser um instrumento tanto de opressão quanto de libertação, conforme se insere em contextos políticos e sociais específicos. Sua obra não é apenas uma crítica ao normativismo jurídico, mas um chamado à práxis revolucionária.

Nesse centenário, refletir sobre Pachukanis é revisitar as questões fundamentais que ele levantou e colocá-las em diálogo com os desafios contemporâneos, desafios contemporâneos. Trazer sua teoria para o presente é mais do que um exercício acadêmico; é um ato de resistência e transformação em um mundo onde a justiça continua a ser uma promessa distante para muitos.

Mais do que retomar o conteúdo já amplamente discutido do livro que completa cem anos de sua primeira publicação, este texto busca um enfoque mais pessoal e ensaístico, com o objetivo de provocar contradições e questionar o conforto intelectual de leitores habituados a uma crítica dogmática e academicista do direito. Longe de

seguir um caminho previsível ou reproduzir análises convencionais, a proposta é desafiar ideias que se tornaram naturalizadas entre setores da esquerda, sacudindo premissas e abrindo espaço para reflexões menos ortodoxas e mais inquietantes.

2. A recepção de Pachukanis no Brasil

No início dos anos 2000, quando iniciei no curso de Direito, o estudo das interseções entre direito e marxismo ganhou impulso no Brasil, especialmente com a disseminação de obras que relacionavam a crítica jurídica às teorias de Evgeni Pachukanis. Se, por um lado, eu estava interessado em estudar teorias como o Direito Alternativo e o Pluralismo Jurídico, motivado pelo empoderamento de movimentos e organizações sociais a partir de instrumentos jurídicos, por outro lado, a teoria de Pachukanis e sua crítica à forma jurídica como inerente à reprodução do capitalismo apontava para outro rumo.

Nesse período mais recente, a obra de Pachukanis foi difundida no Brasil especialmente pelo Prof. Márcio Bilharinho Naves, da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Meu encontro com sua obra se deu numa feira de livros da Reunião Anual da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC) em Salvador, Bahia, em 2001. Amplamente reconhecida pela profundidade de sua análise da relação entre direito e capitalismo sob uma abordagem marxista, ela abriu novas possibilidades de estudo e pesquisa para quem buscava uma crítica revolucionária do direito. A partir daí, foi reestabelecido o diálogo do direito com a obra de Marx, diferenciando, por um lado, das abordagens puramente tecnicistas, e por outro, de abordagens humanistas e constitucionalistas que não ultrapassam o horizonte do positivismo jurídico e do Estado capitalista.

Ainda nessa época, encontros como o Fórum Social Mundial em Porto Alegre, o Encontro Nacional Universitário com o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), realizado UNICAMP, e os Encontros Nacionais de Estudantes de Direito se tornaram espaços fundamentais para a consolidação de novas redes de debate e articulação teórica em coletivos e movimentos de estudantes de Direito decididos em

contribuir para a luta social a partir de seu campo profissional. Em reuniões e rodas de conversa informais, marcados em horários paralelos à programação, permitiram a articulação de teorias e pesquisas que vinham se acumulando em diferentes regiões do país, como a crítica do ensino jurídico, o direito alternativo, o pluralismo jurídico, o direito insurgente e as Assessorias Jurídicas Populares.

Ao final da graduação, essa formação crítica se consolidou, culminando em uma advocacia voltada para causas coletivas e populares, reforçada pelas visitas a acampamentos camponeses e a busca por uma práxis jurídica comprometida com a transformação social. O horizonte então era a advocacia popular, fortalecida por organizações como a Rede Nacional de Advogados Populares e a Associação Brasileira dos Advogados do Povo.

Em todo esse período, a incorporação prática da teoria de Pachukanis tal como ensinada e aprendida pela obra de Naves permanecia um desafio: lutar contra ou lutar com o direito?

Em paralelo à obra de Naves, a partir de 2008, já se tornava conhecida a obra do Prof. Alysson Leandro Mascaro, da Universidade de São Paulo (USP), especialmente o livro "Crítica da legalidade e do direito brasileiro", fruto da sua tese de doutorado, e importantes livros de introdução aos estudos jurídicos, mais próximos das características dos manuais e, portanto, com maior acesso a estudantes de graduação.

A obra de Mascaro foi fundamental em minhas pesquisas de mestrado, juntamente com a atuação junto à advocacia popular, já se voltando para o Direito Internacional, com minha incorporação à Associação Internacional dos Advogados do Povo, com participação em missões, congressos e reuniões internacionais, bem como elaboração de documentos e notas públicas que demandavam o conhecimento e manejo dos tratados internacionais de direitos humanos e das instituições e mecanismos internacionais.

O México, país escolhido para parte dos estudos de doutorado em Sociologia, proporcionou um ambiente fértil para o aprofundamento dessas questões, agora enfocado nos movimentos migrantes internacionais. E por outro lado, abriu as portas para o grupo de pesquisa liderado pelo Prof. Oscar Correas, na Universidade Nacional Autônoma do México. Foi nesse ambiente acadêmico e político que o diálogo com

a crítica jurídica latino-americana se intensificou, participando de conferências e conhecendo pesquisadores e autores fundamentais desse campo.

Essa experiência no México, aliada ao contato com os seminários de crítica jurídica e às discussões promovidas por Oscar Correas e outros pensadores latino-americanos, ofereceu uma perspectiva mais ampla sobre a recepção da obra de Pachukanis na América Latina, especialmente no México e no Brasil. A leitura da TGDM ganhou novo fôlego ao ser analisada à luz das lutas sociais contemporâneas. Desde os primeiros contatos com a obra de Naves até os dias atuais, essa obra continua a ocupar um espaço central nas reflexões sobre o direito e a crítica marxista na América Latina, especialmente no que diz respeito às suas implicações práticas e teóricas para as lutas sociais.

3. O ano de 1924 pelo mundo

O ano de 1924 foi um marco significativo para a história mundial, especialmente no campo das lutas sociais e revolucionárias, que reverberaram tanto na América Latina quanto na Europa e nos Estados Unidos. Nesse contexto, é fundamental recordar o caso dos operários ítalo-americanos Sacco e Vanzetti, presos em Massachusetts sob a acusação de um crime que não cometeram. Eles foram condenados principalmente por serem migrantes, operários e anarquistas, representando uma ameaça ao status quo da época. Esse caso tornou-se um símbolo da injustiça do sistema legal capitalista, evidenciando como o direito pode ser utilizado como ferramenta de opressão. A execução de Sacco e Vanzetti, em 1927, após uma ampla campanha internacional por sua libertação, inclusive na América Latina, marcou profundamente as lutas operárias e revolucionárias, sendo um exemplo clássico da conexão entre direito e política nas revoluções proletárias do século XX.

Em paralelo, 1924 também foi um ano de revolução no Brasil, um país marcado pela resistência das massas contra a oligarquia latifundiária e seus representantes no governo. O governo de Artur Bernardes, com sua forte repressão aos movimentos populares, pode ser comparado ao "Porfiriato" mexicano, em referência ao regime de Porfirio Díaz, que governou o México em favor das oligarquias agrárias até ser

deposto pela Revolução Mexicana. Foi nesse contexto de repressão que o movimento tenentista ganhou força nas escolas militares, especialmente com o apoio dos setores operários, que enxergavam na luta dos tenentes uma possibilidade de ruptura com a estrutura de poder oligárquica. A revolta, que teve início em 1922 no Rio de Janeiro, deu um passo fundamental em 5 de julho de 1924, com levantes em quartéis e áreas urbanas em muitas regiões do país. Esse movimento daria origem à Coluna Prestes, liderada por Luís Carlos Prestes, que se tornaria uma das figuras mais importantes do comunismo brasileiro e internacional.

No entanto, é curioso observar que, apesar dessas movimentações revolucionárias no campo político e social, as faculdades de direito, naquele mesmo ano de 1924, mantinham-se distantes do marxismo. A formação jurídica no Brasil, mesmo entre as frações mais progressistas da elite bacharelesca, estava mais alinhada ao socialismo cristão, como exemplificado por Evaristo de Moraes, do que a uma crítica marxista consistente. Isso reflete o conservadorismo estrutural das instituições jurídicas brasileiras, que permaneceram impermeáveis à influência do marxismo por décadas, mantendo o direito como um instrumento de manutenção das elites e da ordem social capitalista.

O Partido Comunista do Brasil (PCB) foi fundado em 1922, influenciado pelas diretrizes da Internacional Comunista (IC), criada em torno do marxismo-leninismo em formação. A fundação do PCB foi um marco para o movimento operário brasileiro, unindo trabalhadores e intelectuais comprometidos com a luta revolucionária e a construção de uma sociedade socialista. Luís Carlos Prestes, após a longa marcha da Coluna Prestes, que percorreu o interior do Brasil levando a mensagem de resistência e revolução, aderiu ao Partido Comunista, consolidando-se como um dos maiores líderes da esquerda latino-americana. O levante comunista de 1935, embora derrotado, deixou profundas lições para o movimento revolucionário no Brasil, contribuindo para o desenvolvimento de uma crítica mais elaborada sobre os erros e acertos das estratégias adotadas.

Vamos então para a União Soviética de 1924. A guerra civil que marcou a região logo após a revolução e o triunfo do movimento comunista tinha apenas terminado. Nesse mesmo ano, faleceu Lênin, aos 53 anos. A Internacional Comunista, fundada

em 1919, desempenhava um papel central na articulação dos partidos comunistas ao redor do mundo, incluindo a América Latina.

Em 1928, em seu sexto congresso, a IC publicaria suas teses sobre os países coloniais e semicoloniais, discutindo a necessidade de uma luta de libertação anticolonial, o que influenciaria diretamente pensadores como José Carlos Mariátegui no Peru, que publicaria no mesmo ano os célebres 7 Ensaios de Interpretação da Realidade Peruana, e influenciara também a análise de classes na Revolução Chinesa.

A conexão entre o pensamento de Pachukanis, particularmente seu texto sobre Direito Internacional, e a teoria do imperialismo, conforme formulada por Rudolf Hilferding e Lênin, é evidente. A obra de Pachukanis já antecipava discussões que seriam aprofundadas pela IC nas suas teses sobre a luta anticolonial e as revoluções nos países semicoloniais, como a América Latina.

Infelizmente, os trágicos acontecimentos internos à Revolução Russa nos anos 1930, que resultaram na repressão de diversos intelectuais e militantes comunistas, entre eles Pachukanis, silenciaram um diálogo que poderia ter sido frutífero com as teses da IC sobre os países coloniais e semicoloniais. A falta desse diálogo é uma perda significativa, mas a tarefa de conectá-los ainda permanece aberta. Em 2024, a obra de Pachukanis continua relevante, tanto para a crítica jurídica quanto para a análise das lutas anticapitalistas e anticoloniais na América Latina. A trajetória do comunismo na região foi levada adiante por figuras como Mariátegui e Prestes, mas também por muitos outros intelectuais e militantes que, ao longo das décadas, continuaram a aprofundar e aplicar a teoria marxista-leninista nas lutas locais. Por outra parte, a Revolução Chinesa e as guerras de libertação nacional que ela inspirou representaram a vivacidade das referidas teses da Internacional.

4. Os limites do marxismo academicista

Ricardo Pazello chama a atenção para um dos principais dilemas do marxismo contemporâneo: sua captura pela academia, enquanto movimentos políticos e sociais se afastaram da interpretação marxista em suas práticas cotidianas. Pazello argumenta

que "o academicismo e a aversão pela teoria, cindindo a noção de práxis, são faces da mesma crise". Em outras palavras, a produção teórica colossal dentro das universidades, mesmo com sua sofisticação e profundidade, muitas vezes não ultrapassa os limites das salas de aula. Do outro lado, os que estão imersos na luta social encontram pouco ou nenhum sentido no discurso marxista acadêmico, que, para eles, parece distante e desconectado da realidade prática. Em muitos casos, termos e conceitos marxistas acabam sendo apropriados ou distorcidos, servindo para justificar ações que, na verdade, contradizem os princípios da luta de classes. Esse distanciamento reflete o que Pazello identifica como um problema de dualidade: a cisão entre teoria e prática, que afeta também a interpretação atual da obra de Pachukanis.

Essa crise não é apenas resultado do isolamento acadêmico, mas também fruto de um revisionismo que antecede e segue a trajetória de Pachukanis. O revisionismo, ao fragmentar o marxismo, aceita apenas partes convenientes e rejeita outras, frequentemente as mais centrais, como o materialismo histórico, a luta de classes e a defesa da violência revolucionária como instrumento de transformação social. Nas universidades, esse revisionismo teve uma inserção notável, levando à rejeição de experiências comunistas concretas e à transformação de muitos teóricos marxistas em meros especuladores teóricos, desprovidos de conexão com a prática revolucionária. Aqueles que permaneceram fiéis à totalidade da teoria marxista, incluindo as lições do stalinismo, foram estigmatizados como "stalinistas", o que resultou em um esvaziamento das discussões sobre as complexidades da transição ao comunismo e das experiências históricas do movimento revolucionário.

O legado mais evidente da obra de Pachukanis, no entanto, é sua análise da forma jurídica como uma forma social de dominação intrínseca ao capitalismo. Essa crítica ao normativismo e ao formalismo jurídico permanece como uma das contribuições mais importantes de Pachukanis, mas, apesar de sua profundidade, ainda nos afasta do núcleo mais essencial de sua obra: o papel do direito na construção de uma sociedade socialista. Sua análise vai além da crítica estrutural e busca compreender como o direito pode tanto limitar quanto ser usado como uma ferramenta temporária para a luta revolucionária.

Voltando ao contexto de 1924, ano da publicação da Teoria Geral do Direito e Marxismo, também marca o falecimento de Lênin, figura central no desenvolvimento do marxismo-leninismo e cuja influência permeia toda a obra de Pachukanis. Pachukanis, como comunista e bolchevique, construiu sua obra sob um princípio leninista claro: a necessidade de educar as massas sobre os limites do legalismo burguês e a urgência de construir o poder popular. Em sua abordagem, há uma dialética constante entre criticar o legalismo formal do Estado burguês e, ao mesmo tempo, utilizar os instrumentos jurídicos para a luta revolucionária. Essa tensão não é nova; ela remonta a Marx, como podemos ver em Salário, preço e lucro, e a Engels e Kautsky em Socialismo Jurídico, assim como nas reflexões de Lênin sobre as greves econômicas e políticas. Essas discussões continuam relevantes até hoje, e a obra de Pachukanis se insere diretamente nesse debate.

Em 1925, um ano após a publicação de sua principal obra, Pachukanis escreveu Lenin e os Problemas do Direito, no qual esclarece de forma definitiva seu compromisso com a práxis revolucionária no campo jurídico. Ele argumenta que as obras de Lênin no período soviético são uma "propaganda anti-legal", combatendo a ideologia jurídica burguesa e ao mesmo tempo chamando as massas para lutar contra o analfabetismo e a impotência legais. Pachukanis, assim, não apenas critica a forma jurídica, mas propõe que o direito seja compreendido como uma ferramenta provisória na luta contra o capital, que deve ser descartada assim que a revolução esteja consolidada.

O preço que pagamos por não ter levado essas reflexões adiante fica claro em dois exemplos concretos. O primeiro deles, como aponta Márcio Bilharinho Naves no último capítulo de Marxismo e Direito, está na discussão sobre a forma jurídica e os erros e acertos de Stalin na transição ao comunismo. Naves questiona se o Estado proletário deveria ser fortalecido ou enfraquecido durante essa transição, e sugere que, de acordo com Pachukanis, a forma jurídica serve apenas aos interesses dos capitalistas, e que, portanto, não há espaço para ela em uma sociedade comunista. Esse debate continua essencial para a compreensão das limitações e potencialidades do uso do direito no processo revolucionário.

O segundo exemplo está na frequente tentativa de opor Pachukanis a Petr Stutchka, como se ambos representassem posições antagônicas no campo da teoria jurídica marxista. Essa comparação dualista tem sido amplamente difundida, sugerindo uma suposta superioridade de Pachukanis e uma suposta ilusão jurídica por parte de Stutchka. No entanto, com a recente publicação no Brasil de "O Papel Revolucionário do Direito e do Estado", de Stutchka, estamos contornando esse debate simplista, reconhecendo a complementaridade das obras dos dois teóricos no esforço de compreender o papel do direito na luta revolucionária. Pachukanis e Stutchka não eram adversários, mas diferentes vozes dentro de um mesmo projeto revolucionário, cujo entendimento mais profundo pode nos ajudar a avançar no uso do direito como instrumento de luta, sem perder de vista sua natureza de classe e suas limitações no caminho para o comunismo.

Assim, os limites do marxismo academicista e as distorções revisionistas não apenas enfraqueceram a crítica jurídica revolucionária, como também nos afastaram do cerne da obra de Pachukanis. Revisitar suas reflexões e integrá-las aos desafios contemporâneos é uma tarefa essencial para renovar a crítica ao direito e à sua função dentro do capitalismo, reafirmando a necessidade de uma práxis revolucionária que não se acomode nem nos círculos acadêmicos, nem na luta social sem teoria.

5. O desafio atual: o estudo da experiência socialista

Da mesma maneira que as obras de Pachukanis e Stutchka precisam ser colocadas não como uma oposição vulgar, mas como referências complementares no debate soviético sobre direito e marxismo, também é preciso ir além, e encontrar esse debate em outros processos revolucionários, seja em movimentos de libertação nacional ou em experiências de construção do socialismo. Em função da censura promovida por governos autoritários e pelo alinhamento aos Estados Unidos, quase toda a América Latina ficou privada de fontes de conhecimento sobre essas experiências durante a segunda metade do século xx. Incluindo o Brasil, onde a publicação das obras de Stutchka e Pachukanis é relativamente recente, e nem sequer se fala em juristas socialistas de outros países, quanto menos termos acesso a traduções desses autores,

produções e documentos. Em especial, é preciso uma maior aproximação ao debate entre direito e marxismo no contexto da Revolução Chinesa.

Diferente dos países asiáticos, cujos autores só foram traduzidos e publicados na América Latina em pouquíssimos casos, as universidades brasileiras conhecem bem mais autores europeus que interpretaram à sua maneira a experiência socialista – como Gramsci, Althusser, Poulantzas, Badiou. É um filtro incontestável: através desses autores é que chegam, via de regra, os debates sobre as questões da cultura e da ideologia nas revoluções do outro lado do mundo.

O desafio colocado aos 100 anos da TGDM é esse: ao abordar o debate soviético sobre direito e marxismo, fazer reviver o espírito de pesquisa sobre os muitos debates que a experiência socialista e os movimentos de libertação nacional têm suscitado. E assim, ampliar a biblioteca que reúne a obra viva de tantos advogados, juristas, estudantes e intelectuais que colocaram sua vida ao serviço da justiça social em seus próprios países.

6. Conclusões

Ao completarmos cem anos da publicação da TGDM, é impossível não reconhecer o impacto duradouro e a relevância contínua da obra de Pachukanis, que permanece essencial para aqueles que buscam uma compreensão crítica do direito sob a perspectiva marxista. Muito além de uma contribuição teórica isolada, o grande jurista revolucionário trouxe à tona questões fundamentais sobre o papel do direito na manutenção das estruturas de poder e dominação capitalista. Ao longo de um século, sua análise da forma jurídica como uma expressão direta das relações sociais de produção capitalistas mostrou-se uma ferramenta indispensável para desvendar a natureza opressiva do Estado e do direito burguês. Revisitar sua obra neste centenário nos desafia a refletir sobre o quanto ainda há de atual nas suas reflexões, bem como o que precisa ser atualizado e dialogado com as complexidades contemporâneas.

Apesar da importância incontestável de Pachukanis, sua obra foi frequentemente relegada ao espaço da academia, muitas vezes desconectada das lutas reais e concretas

que ocorrem fora das universidades. Como bem ressaltado por Ricardo Pazello, o marxismo, ao se tornar prisioneiro da academia, perdeu boa parte de seu vigor revolucionário, transformando-se em uma abstração teórica distante da práxis. A cisão entre teoria e prática, ao longo das últimas décadas, enfraqueceu a capacidade crítica do marxismo e tornou o direito insurgente uma ideia marginal, em vez de central para as lutas populares. Em muitos casos, os movimentos sociais e políticos, que outrora poderiam ter se inspirado em Pachukanis, se afastaram da teoria marxista em favor de pragmatismos imediatistas, enquanto as universidades foram tomadas por um revisionismo que distorceu ou fragmentou o legado marxista. Essa acomodação teórica, aliada ao academicismo, criou um ambiente em que a crítica ao direito, apesar de produtiva no campo acadêmico, se distanciou das batalhas essenciais pela emancipação social.

No entanto, a obra de Pachukanis continua a nos oferecer uma leitura poderosa para os desafios contemporâneos, especialmente no que diz respeito às lutas anticapitalistas e anticoloniais que se desenvolvem no sul global. Ao reconhecermos as limitações impostas pelo revisionismo e pelo academicismo, torna-se ainda mais claro que a crítica jurídica marxista precisa ser revigorada e inserida nos movimentos políticos que lutam contra as opressões de classe, raça e gênero. O contexto latino-americano, que ao longo do século XX foi terreno fértil para revoluções populares e movimentos anticoloniais, encontra na obra de Pachukanis um ponto de partida para repensar o direito como uma ferramenta transitória da luta revolucionária. A crítica de Pachukanis ao legalismo burguês não apenas se mantém pertinente, como também ilumina as falhas de modelos contemporâneos de direito progressista que, por vezes, são absorvidos pela lógica do capital. Ao trazer Pachukanis de volta ao debate público e às lutas sociais, somos convidados a repensar a função do direito nas sociedades em transformação e a reconhecer que a revolução também passa pela desconstrução da forma jurídica como um instrumento de dominação.

Por fim, ao refletir sobre o centenário da TGDM, o mais importante é reconhecer que a obra de Pachukanis não deve ser vista como um relicário teórico, mas como um chamado contínuo à ação. Ao analisarmos seus escritos e confrontá-los com os

problemas contemporâneos, percebemos que a tarefa de construir uma crítica jurídica revolucionária permanece aberta e urgente. É necessário ir além das interpretações academicistas e dogmáticas e utilizar suas reflexões para desafiar as injustiças de um mundo onde o direito continua a ser usado como instrumento de opressão. Os debates recentes sobre o direito insurgente e a praxis jurídica popular representam o reencontro da teoria crítica com a ação transformadora no direito.

Em um contexto global marcado pela crescente desigualdade, pelo avanço de regimes autoritários e pela crise do capitalismo, a crítica de Pachukanis ao direito burguês e sua defesa de um poder popular autêntico se mostram mais relevantes do que nunca. Portanto, neste centenário, estudar Pachukanis não é apenas uma tarefa intelectual, mas um ato político, que nos incita a repensar as bases do direito e da justiça em direção à construção de uma nova sociedade.

Referências

COMMUNIST INTERNATIONAL, THE. 1919-1943 **Documents**. In: Royal Institute of International Affairs. v. II: 1923-1928. Selected and edited by Jane Degras, 1959.

MASCARO, Alysson Leandro. **Crítica da legalidade e do direito brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MOREIRA, Julio da Silveira. O caso Sacco e Vanzetti: antecedente para a defesa dos direitos humanos. In: DIAS, José; SANTOS, Priscila (Orgs.). **Conexões**: o direito através de lentes filosóficas. Toledo: Instituto Quero Saber, 2023.

MOREIRA, Júlio da Silveira. **Direito internacional**: para uma crítica marxista. Toledo, PR: Instituto Quero Saber, 2022.

NAVES, Márcio Bilharinho. **Marxismo e direito**: um estudo sobre Pachukanis. São Paulo: Boitempo, 2000.

PACHUKANIS, E. B. **Selected Writings on Marxism and Law**. London: Academic Press, 1980.

PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do Direito e marxismo**. São Paulo: Acadêmica, 1988.

PACHUKANIS, E. B. International Law. In: MIÉVILLE, China. **Between Equal Rights**: a Marxist Theory of International Law. London: Pluto Press, 2006.

PAZELLO, Ricardo Prestes. Jardim suspenso entre dois céus: um ensaio sobre o estado da arte da relação entre marxismo e direito no Brasil, hoje. **Culturas Jurídicas**, v. 8, n. 20, p. 65-87, maio/ago. 2021. Disponível em: https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/. Acesso em: 07 ago. 2024.

La importancia de la no-propiedad con un sentido alterno originario a la propiedad absoluta

The importance of non-property with an alternate originary meaning to absolute property

Amanda Villavicencio Peña[1]

Resumen

En el panorama de la región latinoamericana o *Abya Yala* se observa de forma simultánea, la presencia de la propiedad absoluta como derecho subjetivo característico del Estado Moderno en su normatividad hegemónica y la existencia alterna de las ideas cosmogónicas andinas, mesoamericanas y de pueblos originarios de Brasil, que dan sentido a la relación entre sujetos originarios con la tierra-territorio-naturaleza referida como sujeto o cuerpo sobre el cual, no se debe ejercer el dominio a diferencia del derecho subjetivo de propiedad. En este sentido, tales ideas cosmogónicas son consideradas alternas y también asociadas a la noción de no-propiedad, por lo tanto, resultan distintas frente a la típica propiedad absoluta y la propiedad comunal, asunto que asumimos como relevante analizar para evitar el avance en la destrucción de la Madre Tierra, *Pachamama* o naturaleza en tiempos de cambio climático.

Palabras clave: No-propiedad, propiedad absoluta, propiedad comunal, tierra-territorio-naturaleza, sentido alterno.

Abstract

In the panorama of the Latin American region or Abya Yala, we observe simultaneously the presence of absolute property as a subjective right characteristic of the Modern State in its hegemonic normativity and the alternate existence of the Andean, Mesoamerican and indigenous cosmogonic ideas of Brazil, which give meaning to the relationship between original subjects with the earth-territory-nature referred

1 Doctora en Estudios Latinoamericanos, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Maestra en Derecho, Posgrado de la Facultad de Derecho UNAM y Licenciada en Derecho, Facultad de Estudios Superiores Acatlán-UNAM.

to as a subject or body over which dominion should not be exercised, unlike the subjective right of property. In this sense, such cosmogonic ideas are considered alternative and also associated with the notion of non-property, therefore they are different from the typical absolute property and communal property, an issue that we assume as relevant to analyze in order to avoid the advance in the destruction of Mother Earth, Pachamama or nature in times of climate change.

Key words: Non-property, absolute property, communal property, earth-territory-nature, alternate meaning.

Sumario

1. Introducción. 2. La propiedad absoluta como derecho subjetivo hegemónico en el Estado Moderno. 3. El sentido alterno de la no-propiedad entre los pueblos originarios de Abya Yala. 4. La importancia de la no-propiedad ante la propiedad comunal y la propiedad absoluta. 5. Conclusión. 6. Bibliografía.

"Guaraní es como una flor que brota de la tierra y se abre perfumando la naturaleza…¿Pero hasta cuándo vamos a ver las flores pisoteadas, las aves muertas y la sangre derramada?... [la traducción es nuestra]"

Carta del Pueblo Guaraní Kaiowá de Brasil, 2009.

1. Introducción

El derecho de propiedad como derecho subjetivo absoluto en el Estado moderno, fue naturalizado como inmanente al "hombre"[2]o ser humano en su individualidad, pero por otro lado se pretendió desnaturalizar la tierra para mercantilizarla y reproducir el típico valor de cambio a través de las normas jurídicas del sistema hegemónico, oficializado como Estado nación.

2 La referencia a "hombre" se entiende genéricamente como persona, sujeto o individuo de acuerdo a su utilización clásica en el mundo jurídico, la cual encierra un sentido de exclusión por su contexto en relación a la propiedad en la *Declaración Universal del Hombre y del Ciudadano* de 1789, cuestión que ha cambiado en la actualidad al referirse al "ser humano" en los documentos que tratan el tema de derechos fundamentales como ocurre con la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948.

Así mismo, en virtud del derecho subjetivo está permitido al propietario de determinado bien, hacer con él lo que quiera según lo establece el derecho hegemónico. Por este motivo puede destruirlo progresivamente o venderlo sin que se cuestionen aspectos como el origen de la titularidad, aun considerando que gran cantidad de ellos se han obtenido como resultado de ocupaciones violentas sobre territorios de los pueblos originarios de *Abya Yala*[3] (América Latina). Asunto evidente desde la colonización luso-hispana con efectos en la actualidad, pues comunidades y varios pueblos originarios siguen clamando justicia para evitar el extractivismo, así como establecer sus demarcaciones territoriales ancestrales, cuyo sentido implica la tierra como un ecosistema del que formamos parte los seres humanos constituyendo sociedades diversas. De ahí que en este análisis referimos a la tierra-territorio-naturaleza en sentido amplio.

En este panorama se observa de forma simultánea, un sentido alterno a la propiedad absoluta entre los pueblos mencionados, lo cual se percibe al analizar la relación de los originarios con la tierra-territorio-naturaleza, misma que asociamos con la noción de no-propiedad. Esta última se distingue principalmente por ser aquella que no es estrictamente propiedad, porque en la relación señalada se produce un sentido distinto más allá de las características típicas de la propiedad, establecidas por el discurso jurídico hegemónico llevado a los contenidos normativos vigentes en la mayoría de los países.

Esto significa que el sentido alterno asociado a la no-propiedad, como se aborda en este estudio, antecede a lo tradicionalmente conocido como propiedad en el Derecho moderno y también es distinto a la propiedad comunal, quien al llevar la denominación en díada con lo comunal se vuelve confusa y de alguna manera insiste en la idea del derecho subjetivo que exalta el poder del individuo sobre el bien, *a contrario sensu* en la relación entre pueblos originarios de *Abya Yala* y la tierra en su sentido amplio.

Por consiguiente, en el desarrollo de este análisis identificaremos las ideas concretas asociadas a la noción de no-propiedad, fundamentadas a su vez en la relación entre

3 Es el nombre que en idioma kuna, los pueblos originarios adoptaron para el Continente Americano y aquí lo utilizamos para referirnos a la región latinoamericana principalmente.

tierra-territorio-naturaleza y sujetos de los pueblos originarios, teniendo en cuenta la inserción de la propiedad comunal como referencia señalada también por el derecho hegemónico para aludir a la tenencia de la tierra entre algunos pueblos y comunidades originarias, cuestión que resulta polémica.

Finalmente observaremos la insistencia en el discurso jurídico para continuar relacionando la propiedad de la tierra como derecho subjetivo absoluto y referirse al mismo tiempo a lo comunal, implicando con ello una contradicción y subordinación de lo comunal a la propiedad absoluta mediante la introyección promovida por las normas hegemónicas promotoras de un sentido tendiente a posibilitar el mercantilismo monopolizador, encaminado hacia la destrucción de la tierra-territorio-naturaleza. De ahí que este desenlace sea la preocupación investigativa que nos lleva a señalar la relevancia de la noción de no-propiedad como alternativa.

2. La propiedad absoluta como derecho subjetivo hegemónico en el Estado Moderno

La propiedad absoluta como derecho subjetivo hegemónico, es más clara e indubitable cuando se analiza considerando otras relaciones intersubjetivas como las de los pueblos originarios de *Abya Yala* o América Latina, entre ellos los andino-mesoamericanos y los ubicados en Brasil, debido a que mantienen un derecho propio y por lo tanto un poder manifiesto en sus dinámicas político-organizativas generalmente de tipo comunal, reproductoras de un modo de vida dentro del cual, se da un uso colectivo-comunal de la tierra-territorio-naturaleza en algunas actividades específicas y con ello un vínculo constante entre los sujetos capaces de fortalecer esa ligadura aun en coexistencia con el Estado moderno o Estado-nación.

No obstante, el Estado moderno como ente jurídico o centro de imputación, refiere implícitamente al territorio en las normas considerándolo un medio para la acumulación del capital y precisamente para ese propósito sus contenidos prescriptivos omiten o minimizan a pueblos no-hegemónicos que reproducen distintas formas, concepciones y modos de relacionarse con la tierra.

Para entender esta minimización, es menester empezar por contextualizar que la mayoría de los países de América Latina o *Abya Yala* adoptaron el modelo político-organizativo de Estado-nación al independizarse formalmente del dominio colonial. Con esta adopción, retomaron consecuentemente otros modelos como la forma de estado federal que simula una pluralidad diferenciada como en el caso de México y el modelo centralista en Bolivia, por mencionar algunos ejemplos.

En este modelo organizativo, las formas de Estado se legalizaron a través de las constituciones, quedando así establecidas las figuras jurídicas tradicionales que hasta la actualidad rigen la organización político-administrativa-territorial de la mayoría de los Estados de la región abyayalense a pesar de la "pluriculturalidad[4] y "plurinacionalidad"[5] que se declaran en los ejemplos citados de México y Bolivia respectivamente, cuyas formas de Estado no han cambiado en sus textos constitucionales a pesar de reconocer ciertos grados de descentralización que pudieran ser considerados como, niveles político-administrativos de autonomía limitada *sui generis*.

Así, de la misma manera que se adoptaron estas formas jurídicas tradicionales relacionadas con la administración y división territorial, se trasplantó la figura jurídica de la propiedad como un derecho subjetivo calificado de absoluto, universal y sagrado, según la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano que asumió en 1789 la nación caracterizada por la homogeneidad de su población. No obstante, esa homogeneidad no fue el caso en las tierras colonizadas de *Abya Yala* y sin embargo, como se ha mencionado, se trasplantó la noción de propiedad junto con el Estado-nación especialmente.

En particular, la propiedad considerada como derecho, mantiene implícita en su conceptualización el sentido de lo absoluto, al contrario de otros conceptos ya típicos

4 En el artículo 2° de la vigente Constitución política de México, la cual rige a nivel federal, establece en la primera línea que, la nación mexicana es única e indivisible, pero casi enseguida declara que tiene una composición pluricultural sustentada en sus pueblos indígenas. Consultada el 20 de julio de 2024 en https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf

5 En el artículo 1° de la vigente Constitución de Bolivia, establece que se constituye como un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario y se funda en la pluralidad, el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico. Consultada el 20 de julio de 2024 en https://www.fps.gob.bo/wp-content/uploads/2021/05/constitucion_bolivia.pdf

como la tenencia de la tierra referida generalmente en la enseñanza jurídica tradicional como si fuese un concepto poco útil e imperfecto, por carecer del tradicional *ius abutendi* que sí es atribuido a la propiedad para poder disponer de ella.

En este sentido de imperfección, la tenencia de la tierra se define simplemente, como el conjunto de disposiciones legales que establecen los actos constitutivos de la posesión, los requisitos conforme a los cuales se debe ejercer y los derechos y obligaciones que generan.[6]

Si se tiene en cuenta que en la definición de tenencia de la tierra, existe el elemento de la posesión material de la misma y los derechos y obligaciones que se generan con ello, entonces podemos considerar que dentro del Derecho moderno, la tenencia de la tierra se asemeja aparentemente a la propiedad pero al mismo tiempo se diferencia en cuanto que la propiedad no requiere necesariamente de la posesión por tratarse de un derecho subjetivo cuyo eje es el individuo para quien se pretende asegurar "el poder jurídico que puede ejercer en forma directa o inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido jurídico, siendo oponible este poder a un sujeto pasivo universal por virtud de una relación que se origina entre el titular y dicho sujeto"[7].

En el aprovechamiento total, está uno de los elementos que distingue y define a la propiedad como derecho subjetivo. No ocurre así con la tenencia de la tierra en la que el énfasis está puesto en la posesión de la misma, de la cual se originan o atribuyen los derechos y obligaciones que pueden no ser absolutos en cuanto tienen restricciones o limitaciones comparados con la propiedad, porque esta última es regulada en el grupo de derechos subjetivos que "son correlativos de una obligación universal de respeto. Si el derecho se traduce en la posibilidad de hacer lícitamente algo, todas las demás personas están obligadas a *no impedir* al titular que haga lo que la ley permite."[8]. En esa universalidad radica la amplitud de acción que la ley, normatividad o régimen jurídico establece y le da carácter absolutista.

---

6 Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas, *Glosario de términos sobre asentamientos humanos,* México, Secretaría de asentamientos Humanos y Obras Públicas, 1978, p. 143.

7 Rojina Villegas, Rafael, Compendio *de Derecho civil*, México, Porrúa, 1981, t. II, pp. 78-79.

8 *Enciclopédia Jurídica Omeba*, Argentina, editorial Argentina, s. p. i, t., VIII, p. 275.

Así, la universalidad se encuentra también asociada a lo que refiere el artículo 17 de la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789), al caracterizar la propiedad como un derecho inviolable y sagrado, estableciendo que nadie debe ser privado de aquella sino cuando la necesidad pública legalmente constatada lo exige claramente y con la condición de indemnización justa y previa.

Precisamente esta parte de la universalización del mencionado derecho, coincide con lo que alude Marx como el "Edén de los derechos humanos innatos"[9], y no se trata de los derechos humanos basados en la dignidad humana que defendemos por ser imprescindibles en la sociedad y los pueblos del mundo, sino que Marx se refiere al edén para el intercambio de mercancías donde impera la libertad e igualdad que paradójicamente generan vulnerabilidad para quienes no entran a las dinámicas feroces del mercado tendiente a escalar en dirección hacia el monopolio.

Ahora bien, además de la cualidad universal, se dan otras características aparentes sobre la propiedad. Esto se observa cuando se alude a ella como si estuviera directamente ligada a una cosa por un afecto que en realidad es un interés mercantilista desequilibrado, cuyo dueño es supuestamente el sujeto propietario por lo que se piensa casi en automático en la existencia de: a) una relación persona-cosa; b) permite gozar de la cosa; c) la cosa está sujeta a la voluntad del propietario. Aunque en ningún lado aparece el asunto de la circulación mercantil[10] de los tiempos modernos, el cual en términos marxianos, es el propósito real que motiva a establecer los tradicionales derechos humanos innatos (confusos) de entre los cuales sobresale la propiedad en la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*.

En este sentido de no aparecer el asunto de la circulación mercantil, podemos considerar que la relación con la cosa o bien dentro de este campo de sentido de la propiedad absoluta, lo principal es la vinculación entre sujetos (humanos) en la que "El único poder que los reúne y los pone en relación, es el de su egoísmo"[11],

9 Marx, Karl, *El capital*, México, Siglo XXI, 15° edición, 1985, t. I, p. 214.

10 Correas, Óscar, "La propiedad y las comunidades indígenas en México", *Revista Pueblos y Fronteras Digital, Estudios, Aportes y Retos de la Antropología Jurídica en México*, núm. 5, Junio-noviembre de 2008, p. 9

11 Marx, Karl, *op. cit.*, p. 214.

es decir, las relaciones sociales entre individuos para la actividad mercantil en un sentido negativo que comprendemos en este estudio como la tendencia o inclinación a contribuir progresivamente a un mercado de monopolios y competencia salvaje, porque si la relación se diera principalmente con los bienes o cosas para reforzar una conexión mutuamente afectiva, con mayor razón el sujeto no querría desprenderse con facilidad de ella para venderla a otro sujeto que tendrá el derecho a ejercer poder directo sobre el bien (el cual puede ser la tierra).

Caso distinto ocurre cuando las conceptualizaciones nuevas, nos dan pie a pensar relaciones o vínculos diversos como sucede en algunas constituciones adscritas al nuevo constitucionalismo latinoamericano. En este caso nos referimos a la constitución vigente en Ecuador, la cual considera la naturaleza como sujeto de derechos, cuestión que rompe con la lógica jurídica típica de la propiedad y la matriz ideológica de la Asamblea Francesa, por el contrario la referencia ecuatoriana traer al escenario contemporáneo la conceptualización de la *Pachamama* como un equivalente de la tierra-territorio-naturaleza, la cual comparte con pueblos andinos (algunos de ellos asentados en Bolivia).

En otras palabras, la propiedad es inherente a las sociedades mercantilistas absolutistas con tendencia monopólica[12] que ignoran o minimizan convenientemente mediante artilugios jurídico-discursivos las diferentes relaciones intersubjetivas que incluyen la naturaleza pluridiversa, a pesar de incluir regímenes de propiedad que parecen distintos al atribuirles calificativos de propiedad privada, pública y comunal, aunque al final estas variantes terminan teniendo efectos muy semejantes a los de propiedad absoluta, pues en el caso del segundo régimen señalado, no siempre se puede acceder a ella por más que se considere pública. Y en cuanto a la propiedad comunal, podemos observar que se disipa ante las contrarreformas como sucede lentamente después de la reforma agraria mexicana de 1992, al permitir la conversión de lo que implica un sentido comunal a lo privado respecto de la tierra, como se verá más adelante en el apartado IV.

12 Para ampliar esta temática sobre la función del monopolio en el capitalismo ver Ceceña Cervantes, José Luis, *El imperio del dólar*, México, Caballito, 1979.

Retomando el régimen de la propiedad pública como variación y para reiterar su carácter predominante de propiedad a pesar de su calificativo, recordemos que se distingue porque el sujeto que ejerce el derecho es el Estado considerado sujeto público, a quien se le imputan actos, en este caso de disposición (*ius abutendi*) en virtud de una norma que le atribuye a modo de una ficción "la personificación del ordenamiento jurídico"[13] y por lo tanto "centro de imputación"[14], aunque sabemos que al final la ejecución de los actos estatales los realizan seres humanos de carne y hueso con la investidura de representación.

No obstante, en esta diferencia de sujetos que distingue la propiedad pública de la privada, pues en esta última la titularidad es atributo de los individuos[15], no disminuye en ninguna de las dos la facultad para ejercer poder directo, inmediato y exclusivo sobre los bienes o recursos, es decir, se sigue manteniendo una de las principales características que da sentido a la propiedad en ambas.

Por ende, en contextos como el mexicano se alude constitucionalmente a la nación representada por el Estado (sujeto público), como propietaria de las tierras y aguas comprendidas en los límites del territorio nacional, lo que significa que podrá transmitir el dominio de ellas para constituir la propiedad privada y también regular el aprovechamiento de sus elementos naturales, es decir, la posibilidad de permitir a terceros su explotación[16], y eso incluye implícitamente el *fracking* para extraer gas o petróleo, el cual puede resultar perjudicial al medio ambiente de la misma forma que en Brasil se afecta la Amazonia con la construcción de autopistas por decisiones estatales y otros usos que se dan a tierras consideradas patrimonio público, conocidas también como tierras *devolutas*[17].

---

13 Kelsen, Hans, *Compendio de Teoría General del Estado*, 1° ed, México, Colofón, 1992, p.123

14 *Ibidem*, p.116.

15 Méndez González, Fernando, *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Ponencia presentada en el XVII Congreso del Centro Internacional de Derecho Registral-CINDER, Lima (Perú), 11-14 de octubre de 2010, pp. 9-10.

16 Ver artículo 27 de la Constitución mexicana vigente, en sus párrafos primero y segundo.

17 Cunha, Sérgio Sérvulo de, *Dicionário compacto do direito*, São Paulo, Saravia, 2011, p. 111.

Entonces al final, la propiedad aunque sea calificada de pública (o nacional) se le sigue atribuyendo constitucionalmente un sentido de dominio directo sobre la cosa o bien al que llama territorio nacional pero que nosotros identificamos con el término amplio de tierra-territorio-naturaleza por su relevancia para la humanidad y su relación con los pueblos originarios, cuestión que hace una diferencia como veremos a continuación.

3. El sentido alterno de la no-propiedad entre los pueblos originarios de *Abya Yala*

La alteridad de las relaciones entre sujetos y bienes, en especial con la tierra como elemento necesario para la existencia humana más allá de una superficie parcelada o suelo, es decir, en un sentido amplio de tierra-territorio-naturaleza cuando es considerada un ecosistema del cual formamos parte sociedades diversas, podemos observar diferentes modos de vida, incluyendo a los pueblos originarios de *Abya Yala* (América Latina), asunto indudable en el siglo XXI.

Es esta alteridad, la que nos permite observar paradójicamente con mayor nitidez epistémica, la relación producida por el derecho subjetivo de propiedad establecido en los preceptos del sistema normativo hegemónico, predominante y generador de conductas ya sea mediante la fuerza o el consenso[18] al promulgar normas promotoras de la propiedad con un sentido implícito mercantilista, tendiente a favorecer la monopolización de bienes, por lo que las relaciones alternas lo son al dar otro sentido contrastante a la relación que la hegemonía pretende seguir pensando como propiedad, pero en realidad lo alterno se aproxima más a la noción de no-propiedad que asociamos con los pueblos originarios.

En este orden de ideas y para comprender a fondo la no-propiedad, es importante tener en cuenta la alteridad, no solo manifiesta en las expresiones culturales más

18 Correas, Óscar, *Teoría del Derecho*, México, 2011, Fontamara, p.191.

típicas sino también abarcando los mundos normativos reproductores de relaciones entre sujetos y tierra-territorio-naturaleza que empoderan a ambos mutuamente.

Estos mundos normativos se concretan en sistemas alternativos caracterizados según la teoría Crítica Jurídica, como la coexistencia de al menos dos sistemas normativos con el mismo ámbito personal, territorial y temporal de validez donde uno de ellos tiene al menos una norma que considera como obligatoria una conducta que el otro pone como prohibida[19], esto se da porque sus normas contienen implícitos sentidos diferenciados o antinómicos, de los cuales hablaremos, pues uno de los sistemas alternativo por excelencia es el de los pueblos originarios[20].

Ahora bien, debemos precisar que la alternatividad normativa no radica en la idea predominante de la suma de sistemas estructurados bajo la forma clásica federal o en el grado menor de descentralización percibido en la forma unitaria, sino en sus contenidos cualitativamente distintos a los del sistema hegemónico nacional o formalmente plurinacional, porque en este último la hegemonía también parece seguir presente.

Uno de esos contenidos cualitativamente distintos entre pueblos originarios que hace la alternancia, se identifica en la prohibición del dominio directo sobre la tierra-territorio-naturaleza (TTN) y por ende la imposibilidad de la venta en sentido contrario a la conducta permitida por el derecho hegemónico que sí puede culminar en compraventa como contrato perfeccionado con la entrega de la cosa y a cambio de una cantidad cierta y en dinero.

Por otra parte, para los pueblos originarios la TTN no es una cosa a pesar de que lo producido por ella, sea utilizado para un autoconsumo y en ocasiones para un intercambio de tipo comercial el cual no tiene como propósito principal, llegar a niveles monopólicos destructivos.

En cambio, los Estados-nación entre ellos México y Brasil, incluso Estados plurinacionales como Bolivia y Ecuador en su calidad de sujetos públicos, al tener

---

19 Correas, Óscar, *Derecho Indígena Mexicano I*, México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, Universidad Nacional Autónoma de México y Ediciones Coyoacán, 2007. p. 61

20 Ver características de un sistema alternativo maya en Ordoñez Cifuentes José Emilio, "Geometría y Derecho: la pirámide Kelseniana y el Círculo en el derecho de los pueblos de Abya Yala", *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, núm. 33, 2012

autorizados actos administrativos de imperio sobre la supuesta cosa que puede ser la tierra, tienen permitido realizar expropiaciones motivadas por causas que la ley establezca como de utilidad pública y mediante una indemnización. Estos actos si bien no son estrictamente compraventa, se perfeccionan con la entrega de la "cosa" y el pago en dinero.

Entonces, específicamente en la permisión o prohibición de la compraventa en virtud de la disposición para el traslado de dominio del bien, es donde radica la diferencia cualitativa en contraste con lo que regulan los pueblos originarios respecto de la tierra-territorio-naturaleza.

Así, la permisión en la compraventa o con efectos de ella, sigue consolidando la propiedad plena, absoluta o privada que se ha fundamentado históricamente (según se enseña en la mayoría de las Facultades de Derecho) en la determinación de la antigua Roma, como el derecho de disponer de la cosa, además del uso y disfrute (*ius abutendi*, *ius utendi y ius fruendi* respectivamente), aunque en dichas facultades poco se dice acerca de que no todas las cosas era permitido vender en aquella Roma antigua en distintos periodos[21], como no todo es permitido vender entre los pueblos originarios que los son por su fuerte vínculo ancestral.

Ahora veamos que aunado al derecho de disposición que conlleva a la compraventa de la tierra, tenemos el típico bien común, que no por calificarle de común se evita inducir al fin que tendrá el objeto en sí, a pesar de corresponder a muchas personas o condueños por no estar dividido, pues es posible repartirse a cada uno de ellos siempre que alguno lo pida[22]. Esto significa que los podrán finalmente dividir y con la posibilidad de vender en algún momento.

Esa idea de división también la podemos considerar como parte del sentido de propiedad y observar simultáneamente lo contrario cuando los yaquis originarios de México, al ver amenazada su relación con la tierra-territorio-naturaleza reiteraban: "Dios nos dio a todos los yaquis el río, no un pedazo a cada uno"[23].

---

21 Correas, Óscar, *Derecho Indígena …,cit*., p. 10.

22 Altamira y Crevea, Rafael, *Historia de la propiedad comunal*, Madrid, 1890, p. 3.

23 Caso, Alfonso *et al*., *La política indigenista en México*, 2° edición, México, INI, 1973, p. 300.

Esta reflexión evoca una cosmovisión mesoamericana vigente entre el pueblo Yaqui y al mismo tiempo nos remite a pensar en los referentes cosmogónicos del mundo andino del presente, cuando hablan en sus discursos político-rituales, sobre la *Pachamama* de forma muy semejante a la Madre tierra y los *Achachilas* como espíritus de las montañas en el mundo Aymara, pues esos referentes se acercan más a la concepción de un ser o sujeto que al de "cosas dentro del comercio" como condicionante aludida por el Derecho Civil cuya concepción de propiedad conduce a la permisión de venta.

En contraste a esta tendencia típica civilista, podemos afirmar que a los seres asociados con la tierra-territorio-naturaleza (TTN) no se les debe fragmentar o dividir como se hace con el llamado bien común aludido, porque si se dividieran los cuerpos montañosos de los *Achachilas* se estaría causando su destrucción.

Por consiguiente, la normatividad alterna de los pueblos originarios busca proteger a esos cuerpos de la TTN. En otras palabras, se procura no destruirlos y por ello estas ideas derivadas de la cosmogonía originaria, andina o mesoamericana, son las que en nuestro análisis asociamos al sentido de la no-propiedad.

Por otro lado, y relacionada también a la no-propiedad, tenemos la comunalidad o principio de comunalidad en el Derecho Indígena Mesoamericano, el cual entendemos desde la Crítica Jurídica, como un principio ético generado en la dinámica del modo de vida comunal consistente en actividades desarrolladas en colectividad como el trabajo de cultivo en la milpa, que es la unidad agrícola en muchas regiones de México así como en las danzas de petición de lluvias.

Estas actividades sacralizan la tierra en sí como un sujeto con el que el ser humano mantiene una relación de uso y afectación mutua en la vida cotidiana, pues la acción humana influye a la naturaleza y lo que ocurre en la naturaleza tiene consecuencias en el ser humano, por lo que se forma una relación de interdependencia a través del trabajo tanto físico como ritual, de ahí que se da una comunalidad entre sujetos originarios y tierra-territorio-naturaleza a la que tampoco se le considera cosa y se asemeja a la *Pachamama* o a la naturaleza como sujeto.

En este ejemplo la relación que se da en el mundo originario (indígena) mesoamericano, es punto clave para identificar y analizar una concepción distinta a la del derecho

de propiedad como típicamente subjetivo para disponer de la "cosa", como ya se ha mencionado, y que al permitir la venta reproductora de un mercantilismo desequilibrado de tendencia monopólica pone en riesgo la tierra-territorio-naturaleza (TTN), con efectos como el cambio climático que, en el caso de México provocó la muerte de monos aulladores durante la segunda semana de mayo de 2024 [24]. Precisamente esta clase de daños son los que tratan de evitar los pueblos originarios a través del principio de comunalidad, entre otros propósitos para la vida cotidiana.

En síntesis, los sentidos alternos al mercantilismo que consideramos, a saber: 1) no dividir indistintamente la TTN y 2) la comunalidad observada en el modo de vida comunal-colectivo, los asociamos a la acción de no destruir para evitar consecuencias como cambio climático, pues la relación con la TTN se da de forma recíproca en cuanto que se está frente a otro ser y hay una moderación más allá de un sujeto que dispone por virtud del *ius abutendi* o que tiene el dominio directo sobre una cosa.

Bajo estas premisas identificamos a los sentidos alternos, mismos que asociamos según nuestro análisis, con lo que Óscar Correas interpreta como "un control de la tierra, que no es, estrictamente propiedad"[25]. Así, este control que no es dominio sobre la tierra se ejerce a través de normas que permiten o prohíben, según cada pueblo originario abyayalense, para mantener el vínculo intersubjetivo con la tierra-territorio-naturaleza (TTN).

Un caso concreto de la prohibición normativa que regula la relación entre sujeto y sujeto en los mundos alternativos abyayalenses, lo encontramos claramente entre los nahuas de la Huasteca Hidalguense en México, al prohibir vender la tierra. Esta normatividad se manifiesta de forma oral y les ha permitido reproducir su modo de vida, como lo ha hecho históricamente también el pueblo Yaqui.

Por su parte, los pueblos Guaraní y Tukano de Brasil, de forma clara, oral y estética prohíben la destrucción de la naturaleza cuando entonan fervientemente sus cantos rituales, entre los que expresan y se connota en sus estrofas que el canto del ave guacamaya

24 Paz, Rafael, "Las altas temperaturas afectan los ecosistemas" *Gaceta UNAM*, núm. 5,478, 27 de mayo 2024, p.8

25 Correas, Óscar, *"La propiedad y las comunidades indígenas…", cit.,* p.5.

es de mucha belleza y por tal motivo no pueden destruir la naturaleza[26]. En estas codificaciones orales y melódicas, que además se han entonado en acciones en defensa de su tierra-territorio-naturaleza (TTN) danzando ante los órganos gubernamentales, son contundentes en la premisa de no causar destrucción, pues al final es lo que "no se permite" o prohíbe entre pueblos que mantienen ideas estratégicas relacionadas con sus cosmogonías pues sus efectos son vitales para la continuidad de la vida.

Por último, considerando los sentidos alternos y las prohibiciones concretas en los mundos normativos originarios, de los cuales solo hemos mencionado algunos casos, podemos tener mayor certeza de que dichas referencias están más cercanas a la noción de no-propiedad aunque desde la cosmovisión occidental empleada en el mundo normativo hegemónico se insista en la propiedad, por lo que se ha denominado en ocasiones al vínculo entre sujeto originario y TTN, como propiedad comunal lo cual consideramos poco preciso, aunque distintos actores sociales pronuncien el término con la buena intención en defensa de algunos derechos de los pueblos originarios.

Esta conceptualización de propiedad comunal está alejada de las normas alternativas que estrictamente prohíben la venta de tierra o su destrucción entre pueblos originarios, pues aunque estos también adoptan algunas figuras del derecho hegemónico o recurren a la interlegalidad cuando hacen uso de normas oficiales en materias federales o centrales en países unitarios, es claro que también existen y son aplicables sus propias disposiciones dentro de sus jurisdicciones.

Al aplicar sus normas, los pueblos originarios buscan la continuidad del vínculo intersubjetivo con la tierra-territorio-naturaleza (TTN) en casos específicos de su vida cotidiana frente a las hegemonías normativas. Sin embargo, los legisladores estatales generalmente de tendencia hegemónica demuestran que "lo que más les preocupa es la

26 Esta estrofa, fue entonada en un canto realizado por varios líderes de pueblos originarios de Brasil, entre ellos Tukanos y Guaraníes, reunidos afuera de la Cámara de Diputados, ubicado en el Planalto Central de Brasilia Brasil, en diciembre de 2014 como parte de la protesta contra el proyecto conocido como PEC 215/2000 (Propuesta de Enmienda a la Constitución). Este proyecto de reforma estaba dirigido a someter la decisión final sobre demarcación de tierras de los pueblos originarios al Congreso Nacional y no a la Fundación Nacional del Indio (actualmente Fundación Nacional de los Pueblos Indígenas) como órgano especializado, aunque finalmente la manifestación de los pueblos originarios logró el propósito de detener la propuesta. Ver, Villavicencio Peña, Amanda, "Los pueblos originarios de Brasil: un fuerte eslabón en defensa de la tierra-territorio-naturaleza en América Latina-abya yala" *La Jornada del Campo*, México, número 187,15 de abril de 2023.

propiedad individual o privada"[27] que lleva implícitamente el germen favorecedor de la insistente tendencia mercantilista monopólica destructora de naturaleza y mantienen a su vez el riesgo de subordinar lo comunal, cuando refieren a la propiedad comunal causando también confusiones como veremos en el siguiente apartado.

4. La importancia de la no-propiedad ante la propiedad comunal y la propiedad absoluta

En el apartado anterior se ha destacado la no-propiedad como una noción asociada a la relación con la tierra-territorio-naturaleza entre pueblos originarios de *Abya Yala*, por lo que difiere de la propiedad, pero ahora veremos también sobre el término de propiedad comunal el cual a pesar de ser aplicado en algunas ocasiones para referirse a la tenencia de la tierra entre pueblos originarios, resulta confuso y de alguna manera ineficaz debido a los mecanismos constitucionales y otros argumentos que terminan por subordinar lo comunal al sentido implícito de propiedad.

Si bien, la denominación de propiedad comunal utilizada en ocasiones como sinónimo de propiedad colectiva, se atribuye en la doctrina agrarista principalmente a las comunidades, cabe señalar que en México gran parte de los sujetos en los ejidos pertenecen a comunidades originarias aun cuando el lugar que habitan esté formalmente registrado como ejido, de modo que tanto en comunidades como en algunos ejidos, se ejerce en mayor o menor medida un trabajo de tipo comunal por el vínculo de origen ancestral, lo cual se observa principalmente en el cultivo de la milpa (unidad agrícola), mediante un trabajo colectivo-familiar o vecinal y otras actividades como fiestas o rituales cuyo referente se encuentra en el "*calpulli*" [28]del México antiguo.

27 Altamira y Crevea Rafael, *Op. Cit.*, p. 4.

28 En los *calpullis* como unidades sociales del México antiguo, los miembros estaban emparentados y reconocían antepasados comunes, pero una vez establecidos en una ciudad y sometidos a sus leyes, funcionaban administrativamente para efectos de recaudación de impuestos y participación en la guerra y en el culto religioso. Colegio de Ciencias y Humanidades, *Historia de México 1. Unidad 1 México Prehispánico*, México, Colegio de Ciencias y Humanidades, 2012. p.1. Consultado el 3 de agosto de 2024 en https://e1.portalacademico.cch.unam.mx/materiales/al/cont/hist/mex/mex1/histMexU2OA02/doc/HM1_U2_OA2_ANEXO1.pdf

Ahora bien, a pesar de la cercanía referida al *calpulli* entre ejidos y comunidades en su relación con la tierra-territorio-naturaleza (TTN), también se les ha asociado con la propiedad de los bienes públicos de los romanos, lo cual consideramos impreciso por ser más cercano este último tipo de bienes, a las características de propiedad que hemos venido comentando en el apartado anterior sobre permitir el dominio o disposición, aunque sea público.

Por otra parte, el término de propiedad comunal no siempre estuvo presente en los discursos jurídicos o cuerpos normativos. Por ejemplo, en la constitución mexicana de 1917 en su texto original, no se hablaba de propiedad comunal sino del "estado comunal"[29], así las tierras ejidales y comunales no se podían enajenar. Por lo que nosotros observamos esta característica, más compatible con la noción de no- propiedad.

Por el contrario, en el texto de contrarreforma de 1992 que continúa vigente, establece en su artículo 27 fracción VII, párrafo primero que "Se reconoce la personalidad jurídica de los núcleos de población ejidales y comunales y se protege su propiedad sobre la tierra tanto para el asentamiento humano como para las actividades productivas"[30].

Este texto generado en un contexto neoliberal otorga personalidad jurídica y habla claramente de una propiedad, por lo que nos remite al derecho subjetivo en cuestión, el cual lleva el germen inductor de la mercantilización de tierras comunales y ejidales, complementándose expresamente para el segundo, con la parte final del cuarto párrafo que hace mención al "dominio" del ejidatario sobre su parcela, esto significa que abiertamente le permite venderla.

Esta permisión de la compraventa que se puede lograr mediante la conversión a dominio pleno según se establece en la Ley Agraria reglamentaria del citado artículo y aunado a que se suprime en la misma contrarreforma el reparto agrario, inició un retroceso que instaló a México, en una situación semejante a la de Brasil durante el

29 Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México*, México, Porrúa, 2008, p. 289.

30 Congreso de la Unión, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 2024, consultada el 21 de Julio de 2024 en https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf

gobierno militar con la ausencia de una reforma agraria "directa" dotatoria de tierras[31] a pesar de haber creado su *Estatuto da Terra* en 1964.

Así, con tales disposiciones se evidenció a partir de la contrarreforma un rechazo por parte del Estado-nación a todo uso y relación con la tierra diferente al derecho subjetivo de propiedad plena o absoluta pues vemos que insiste en inducir a la conversión de las parcelas ejidales en disponibles (susceptibles de vender), asunto que ha beneficiado a empresas privadas que ya estaban planeando comprar grandes extensiones de tierras ejidales aprovechando la necesidad económica en el campo, debido a la falta de infraestructura para cultivo de tierras por parte de los ejidatarios pobres que tampoco fueron apoyados con políticas agrícolas estatales. De esta manera la comunalidad o el carácter comunal presente también en ejidos, quedó subordinado en gran medida por constreñimiento al sentido hegemónico de la propiedad.

Por otra parte, y para el caso específico de la comunidad regulada en el mismo texto constitucional sobre el ejido, se dio un precepto específico para inducir la subordinación del sentido de comunalidad al sentido de propiedad. Se trata de las sociedades mercantiles a las que constitucionalmente se alude como "terceros" para otorgar el uso de sus tierras. Esto significa que la comunidad registrada así jurídicamente, se le permitirá poner sus tierras al servicio de aquellas sociedades, asunto que en el fondo implica la explotación de las mismas a cambio de un pago en dinero a través de acciones[32].

De este modo, la contrarreforma agraria inició un proceso de desmantelamiento comunal en un momento de vulneración económica en el campo en contexto neoliberal, al haber generado disposiciones con efectos de propiedad pese a que, para el caso de la comunidad no se habla expresamente a nivel constitucional del "dominio" de

31 Feder, Ernest, *La lucha de clases en el campo. Análisis estructural de la economía agrícola latinoamericana*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973, p. 90.

32 El artículo 27 de la Constitución mexicana vigente, señala en su fracción VII párrafo cuarto, que la ley (reglamentaria) establecerá los procedimientos mediante los cuales ejidatarios y comuneros podrán asociarse entre sí, con el Estado o con terceros y otorgar el uso de sus tierras, por lo que esta disposición, relacionada con el artículo 100 de la Ley Agraria, reglamentaria del citado artículo constitucional, da lugar a la conformación de sociedades civiles o mercantiles, en las que se emiten las acciones serie T equivalentes al capital aportado en tierras agrícolas, ganaderas o forestales o al destinado a la adquisición de las mismas. Ley Agraria, consultada el día 21 de julio de 2024 en https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAgra.pdf

los comuneros sobre su tierra como lo dice del ejidatario sobre su parcela, aunque al final el efecto de pago por el uso de tierras en estado de fragilidad económica en el campo, termina por menoscabar la comunalidad.

Asimismo, los criterios internacionales de derechos humanos insisten en la propiedad sobre otras nociones, incluso cuando constituciones como la de Ecuador ha introducido en sus contenidos, referentes de la cosmovisión andina haciendo mención del respeto hacia la *Pachamama* como naturaleza en la que se "reproduce y realiza la vida"[33]. No obstante, en 2006 entró una compañía petrolera a tierra *Sarayaku* habitada por el pueblo *Kichwa,* acto que significó un ingreso arbitrario y violento, aunque al final se resolvió favorablemente para los originarios[34]. En este asunto se puede advertir también la presencia de gérmenes ideológicos relacionados con la propiedad por los fundamentos utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en los términos que a continuación señalamos.

La CIDH en 2012, resolvió el caso al señalar la obligación del Estado, de garantizar el derecho a la propiedad comunal y para ello invocó como fundamento legal el artículo 21 de la *Convención Americana Sobre Derechos Humanos*[35], el cual dice lo siguiente en su texto:

"Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada.

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

33 Constitución vigente de Ecuador, consultada el 25 de julio de 2024 en https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/02/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador_act_ene-2021.pdf

34 Melo, Mario, "El caso Sarayaku: una lucha por el ambiente y los derechos humanos en la Amazonia ecuatoriana", *Aportes andinos. Derechos a un ambiente sano*, Ecuador, número 15, mayo 2006, p. 2

35 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs Ecuador*, 27 de junio de 2012, consultada el día 22 de julio de 2024 en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley."[36]

Este precepto se refiere a la propiedad privada y al límite del interés social sobre ella, pero en ninguna parte de este fundamento legal aparece expresamente el derecho de los pueblos originarios a la tierra como propiedad comunal y tampoco preceptos que indiquen tomar en cuenta aspectos cosmogónicos relacionados con la no-propiedad.

Si bien es cierto que gracias a la resolución de la CIDH finalmente se ordenó retirar la pentolita (explosivo para exploración) en superficie y enterrada en la zona *Sarayaku,* es importante considerar que el fundamento legal de la resolución no promueve directamente en su texto, una concientización o introyección de sentidos provenientes de las cosmovisiones alternas que reproducen la relación intersubjetiva y comunal con la tierra-territorio-naturaleza (TTN). En todo caso, lo que manifiesta explicita e implícitamente el fundamento jurídico internacional, es sobre la propiedad privada.

Por consiguiente, no debemos conformarnos con las argumentaciones, interpretaciones y discusiones plasmadas en los documentos de la CIDH para la defensa de la TTN de los pueblos originarios, porque en principio son los instrumentos internacionales como fundamentos legales los que se promulgan y difunden, por ello la sociedad tiene mayor facilidad de acceder a sus contenidos para conocerlos y empezar a ser concientizados desde ese momento sobre las ideas plasmadas directamente en el discurso normativo, entre ellas debieran estar claramente aquellas consideradas alternativas, tratándose de la relación entre pueblos originarios y la tierra-territorio-naturaleza (TTN). En cambio, los documentos extensos en los que argumenta e interpreta con distintos métodos la CIDH y se acumulan en decenas o cientos de hojas, suelen ser consultados únicamente por especialistas y no por la sociedad en general.

Por eso, ante este tipo de invocación de fundamentos que insisten en hacer aparecer en sus textos la propiedad como si fuese la única forma jurídica y no hubiese alternatividad, se hace necesario hablar sobre la relevancia de noción de no-propiedad

36 Coordinación de Derechos Humanos *et. al.*, *Compilación de instrumentos internacionales sobre protección de la Persona aplicables en México*, México, Suprema corte de Justicia de la Nación. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas. Derechos Humanos, 2012, p. 183.

para colocar directamente en las normas internacionales los sentidos alternos aquí referidos de los pueblos originarios, pues son estos los que contribuyen en gran parte a reproducir a través de normas internas, conductas relacionadas con una cuestión vital consistente en no destruir la tierra-territorio-naturaleza (TTN).

En otras palabras, la omisión normativa de los sentido alternos que nosotros asociamos en este análisis con la no-propiedad, deja camino jurídico libre para que se pueda diluir o seguir subordinando lo comunal con las confusiones producidas en el discurso del ámbito internacional que invoca insistentemente el precepto de la propiedad plena, como sucede también en el ámbito del sistema hegemónico del Estado-nación cuando insiste en las disposiciones que anteponen la palabra "propiedad" como acto sutil, pero que inducen con sus efectos a la conversión o explotación mercantilista de tendencia monopólica de la tierra.

En este sentido, llama la atención que el fundamento normativo internacional aplicado en el caso *Sarayaku*, contribuye a forzar términos contradictorios y con ello induce a generar discursos entre la sociedad que refieren a una "propiedad privada comunitaria"[37], motivando a sobreponer la propiedad como el derecho subjetivo absoluto y no la alternatividad manifiesta en la relacione entre pueblos originarios con la tierra-territorio-naturaleza (TTN).

En suma, colocamos este análisis para la reflexión y alertar sobre la insistencia del sentido mercantilista de tendencia monopólica promovido con la figura jurídica del derecho subjetivo de propiedad absoluta, el cual se mantiene metafóricamente como un germen latente en las normas nacionales e internacionales, subordinante de lo comunal y que en algún momento puede producir efectos globalizantes generadores de un retroceso semejante al que ocurrió con la contrarreforma agraria en México.

Por ello se debe tomar en cuenta y dar la importancia que requiere la existencia de los sentidos alternos derivados de la relación entre pueblos originarios y TTN asociados a la noción de no-propiedad, para que a través de su inclusión clara en los discurso normativo nacionales e internacionales contribuyamos a evitar las conductas

37 Melo, Mario, *Op. Cit.,* p. 2.

destructivas sobre la Madre Tierra, no solo en *Abya Yala* sino en el planeta para generar el equilibrio entre seres humanos y naturaleza que los pueblos originarios no olvidan.

5. Conclusión

La relación entre pueblos originarios de *Abya Yala* y la tierra-territorio-naturaleza, así como el uso que le dan, tiene otras características al lado del derecho de propiedad absoluta en el sistema hegemónico del Estado moderno ya sea nacional o plurinacional, pues este derecho absoluto tiende a reproducir las relaciones con un sentido mercantilista que se encamina a contribuir a la formación de monopolios, en virtud del derecho subjetivo de propiedad que abarca la tierra y la considera cosa sobre la cual mantiene un dominio para usar, usufructuar, vender o destruir.

Caso contrario sucede según nuestro análisis y de acuerdo a los sentidos alternos que los pueblos producen y reproducen a partir de su modo de relacionarse con la tierra-territorio-naturaleza, configurados por ideas provenientes de las cosmogonías andina, mesoamericana y de algunos pueblos originarios de Brasil, ya que conciben a la tierra-territorio-naturaleza como un ecosistema del que formamos parte y con quien se debe mantener una relación intersubjetiva equilibrada, por ello la identificamos en este estudio con la *Pachamama* o Madre Tierra incluyendo a otros cuerpos de la naturaleza como los *Achachilas*, ríos (como el Yaqui) y en general la naturaleza vital para el ser humano, de ahí la importancia de prohibir su destrucción, división inmoderada o su venta en casos específicos según sus propias normas o discursos normativos.

Así, estos sentidos alternos o ideas que asociamos a la noción de no-propiedad, hacen la diferencia en relación a la clásica propiedad absoluta, razón por la que no se encuentran subordinados a ella como sí ha ocurrido jurídicamente con la variante de propiedad comunal que mediante contrarreforma se ha inducido a su explotación a través de sociedades mercantiles o la venta de los ejidos que se caracterizan en gran parte por mantener modos de vida comunal que en ocasiones se ve agredida por las condiciones de pobreza.

No obstante, por ello hacemos énfasis en la alternatividad y su relación asociada a la no-propiedad, debido a su relevancia frente a la propiedad absoluta y propiedad comunal por lo que consideramos que se debe dar la atención e importancia en el panorama actual como punto de reflexión así como abrir la discusión sobre la insistencia en expresar la alternatividad claramente en los textos normativos sean nacionales, plurinacionales o internacionales de forma específica que sirvan para promover una conciencia sobre la pluridiversidad, pues la noción de la propiedad no es una panacea ya que existe también la noción de no-propiedad que asociamos a la alternatividad de los pueblo originarios abyayalenses y seguimos observando como la opción viable para reproducir la vida entre todos los seres humanos junto con la tierra-territorio-naturaleza en tiempos de notorios efectos del cambio climático.

6. Bibliografía

ALTAMIRA y Crevea, Rafael, *Historia de la propiedad comunal*, Madrid, 1890.

CASO, Alfonso *et al*., *La política indigenista en México*, 2° edición, México, INI, 1973.

CECEÑA Cervantes, José Luis, *El imperio del dólar*, México, Caballito, 1979.

COLEGIO DE CIENCIAS Y HUMANIDADES, *Historia de México1. Unidad 1 México Prehispánico*, México, Colegio de Ciencias y Humanidades, 2012, en https://e1.portalacademico.cch.unam.mx/materiales/al/cont/hist/mex/mex1/histMexU2OA02/doc/HM1_U2_OA2_ANEXO1.pdf

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs Ecuador*, 27 de junio de 2012, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf

COORDINACIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *et. al.*, *Compilación de instrumentos internacionales sobre protección de la Persona aplicables en México*, México, Suprema corte de Justicia de la Nación. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas. Derechos Humanos, 2012.

CORREAS, Óscar, *Derecho Indígena Mexicano I*, México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, Universidad Nacional Autónoma de México y Ediciones Coyoacán, 2007.

------ Óscar. "La propiedad y las comunidades indígenas en México", *Revista Pueblos y Fronteras Digital, Estudios, Aportes y Retos de la Antropología Jurídica en México*, núm. 5, Junio-noviembre de 2008.

------ Óscar, *Teoría del Derecho*, México, 2011, Fontamara.

CUNHA, Sérgio Sérvulo de, *Dicionário compacto do direito*, São Paulo, Saravia, 2011.

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA OMEBA, Argentina, editorial Argentina, s. p. i, t., VIII.

FEDER, Ernest, *La lucha de clases en el campo. Análisis estructural de la economía agrícola latinoamericana*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973.

KELSEN, Hans, *Compendio de Teoría General del Estado*, 1° ed, México, Colofón, 1992.

MARX, Karl, *El capital,* México, Siglo XXI, 15° edición, 1985, t. I.

MELO, Mario, "El caso Sarayaku: una lucha por el ambiente y los derechos humanos en la Amazonia ecuatoriana", *Aportes andinos. Derechos a un ambiente sano*, Ecuador, número 15, mayo 2006.

MÉNDEZ, González, Fernando, *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Ponencia presentada en el XVII Congreso del Centro Internacional de Derecho Registral-CINDER, Lima (Perú), 11-14 de octubre de 2010.

ORDOÑEZ Cifuentes, José Emilio, "Geometría y Derecho: la pirámide Kelseniana y el círculo en el derecho de los pueblos de Abya Yala", *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, núm. 33, 2012.

PAZ, Rafael, "Las altas temperaturas afectan los ecosistemas" *Gaceta UNAM*, núm. 5,478, 27 de mayo 2024.

ROJINA Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho civil*, México, Porrúa, 1981, t. II.

SECRETARÍA DE ASENTAMIENTOS HUMANOS Y OBRAS PÚBLICAS, *Glosario de términos sobre asentamientos humanos,* México, Secretaría de asentamientos Humanos y Obras Públicas, 1978.

TENA Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México*, México, Porrúa, 2008.

VILLAVICENCIO Peña, Amanda, "Los pueblos originarios de Brasil: un fuerte eslabón en defensa de la tierra-territorio-naturaleza en América Latina-abya yala" *La Jornada del Campo*, México, Número 187,15 de abril de 2023.

Legislación consultada:

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia en https://www.fps.gob.bo/wp-content/uploads/2021/05/constitucion_bolivia.pdf

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf

Constitución de la República de Ecuador en https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/02/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador_act_ene-2021.pdf

Ley Agraria, en https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAgra.pdf

RESEÑA:
¿Qué es el Estado? y otros escritos anarquistas
Autora: Elina Ibarra

Humberto Rosas Vargas

La maquinaria estatal ha reducido al ser humano a la penosa condición de dato burocrático, esto es: una referencia estadística, despojada de toda relevancia onto-epistémica. La versión que la modernidad tardía ofrece de este ente inédito lo entiende como un ciudadano, un propietario, un consumidor y un elector: el perfecto autómata del mercado mundial. Cuestión, por lo demás, aceptada por un sector de la Filosofía Política sin la menor oposición. Frente a la así llamada *muerte de la historia*, el saber ha sido reducido a *δόξα* y los nuevos divulgadores del conocimiento reivindican modas ideológicas como versiones narrativas de lo establecido.

En este contexto, el libro de la Maestra Elina Ibarra se erige en poderoso ejercicio intelectual y en clásico instantáneo de la Teoría del Estado, la Filosofía Política, la Filosofía del Derecho y la Teoría Jurídica. A la profundidad conceptual y la generosidad discursiva se suman su implacable sistematicidad y su rigor filosófico-filológico. Reúne, además, los dos atributos epistémicos de la *φιλοσοφία*: la *claridad* y la *crítica*.

¿Por qué el Estado y el Derecho son relevantes para filósofos y juristas? Pregunta relevante en atención a que el primero se erige en una gran construcción ficcional y el segundo en la gran narrativa normativa que rige y configura el mundo de la vida.

La claridad conceptual de la Maestra Elina se muestra, desde la introducción, al distinguir, con precisión, que "[…] todo Estado implica una *comunidad jurídica;*

pero no toda comunidad jurídica implica que haya Estado".[1] La indagación que da sustento a la aproximación teorética del libro incluye el profuso análisis de obras emblemáticas: *La República*, *De Civitate Dei*, *El Príncipe*, *El Leviatán*, *El Segundo Discurso sobre el Origen de la Desigualdad entre los Hombres* y *El contrato social*

El lenguaje de la Filosofía Política constituye un ecosistema epistémico distinguido por la polisemia. Así, la Maestra Elina Ibarra ofrece, generosa, su caracterización de la palabra *crítica* y tal es la siguiente: "un modo particular de reflexión o investigación orientado a *evidenciar los supuestos, condiciones de posibilidad o prejuicios en los que se apoya un determinado discurso*, institución, teoría, concepción o modo de pensar".[2] Ello implica un *verdadero arrojamiento* pues la profundidad temática y el rigor conceptual permiten evidenciar la relatividad de todo edificio categorial alejándose, por completo, de posturas esencialistas, escépticas o nihilistas.

De este modo, se muestran los atributos praxeológicos de la crítica pues ella implica la radical transformación de lo real —a nivel ontológico, político y societal—, pues, en efecto:

> "Otro elemento importante de la crítica, en este sentido técnico filosófico, es que *al relativizar como contingente el objeto criticado*, supone, explícita o implícitamente, la posibilidad fáctica de un orden alternativo al estado de cosas criticado". (p. 29)

El profuso estudio de la Maestra Elina Ibarra identifica tres tipos de teorías: "a) Normativas/Prescriptivas; b) Explicativas/Descriptivas y; c) Críticas"[3] con un tema que es el anclaje definitivo del texto: "Trazar límites claros y precisos entre *comunidad jurídica* y *banda de ladrones*".[4]

---

1 Ibarra, Elina, *¿Qué es el Estado? Y otros escritos anarquistas*, Buenos Aires, Libros de Anarres, 2024, p. 14.

2 *Ibidem*, p. 29.

3 Ibarra, Elina, *Op. Cit*, p. 30.

4 *Ibidem*. Las cursivas son mías.

Se aborda, así, el pensamiento de Platón en el cual se explicita la justificación del problema que inaugura la Filosofía política: encontrar la mejor manera de gobernar. Asimismo, se expone la versión agustiniana de la cuestión, vinculada a una caracterización punitiva y correctiva de la sociedad política.

En sucesiva exposición de un paradigma otro, el lector encontrará la concepción histórica de Rousseau para quien "la fuerza no puede ser causa de derecho".[5] La autora identifica la reedición de la vieja disputa *physis-nomos* la cual le permite sostener al ginebrino que todo derecho se formula por *convención*.

El lector disfrutará, también, la sensibilidad estética que confirma la verdadera maestría filosófica de Elina Ibarra pues detecta la dimensión ficcional, literaria, de los clásicos: "En verdad es necesario distinguir la construcción que hace Platón de «Sócrates» como personaje de sus obras maduras, del Sócrates histórico, del que sabemos muy poco, pero que al parecer fue muy diferente".[6] Con este recurso hermenéutico es plausible asir la diferencia medular entre Trasímaco y Sócrates: la caracterización axiomática de la ley. La *fuerza* para exigir la obediencia en un caso y la *obediencia misma*, en el otro.

El conocido debate entre Sócrates y Trasímaco es testimonio literario de la antigua controversia entre filósofos y sofistas. La exposición de la autora muestra al lector que la secularización de la política se da, en diversos momentos, con los primeros maestros y con Maquiavelo. Aquellos distanciándose del *supuesto metafísico* y éste de las prescripciones éticas en la ejecución de la política como *τέχνη* para el gobierno de los hombres.

El tratamiento erudito prosigue con Hobbes en quien se identifica la petición de principios de la narrativa política encarnada por el *makros anthropos*, pues "el interés que representa el soberano […] ha de seguir siempre un interés propio: conservarse como soberano es el fin egoísta del propio soberano, ya que de esta manera se garantiza el ejercicio del poder absoluto y esto le asegura continuar con vida".[7] Y esto es así

5 *Ibidem*, p. 59.

6 *Ibidem*, p. 65.

7 *Ibidem*, p. 81.

porque, en palabras del propio Hobbes. "El soberano no está obligado por la ley que el mismo establece". En efecto, en *fabulosa aporía*, quien gobierna conserva para sí ciertos atributos políticos: el ser caracterizado metafóricamente como una bestia marina, símbolo de la autoridad o espada de aquel que se erige en *homo artificiale* al permanecer en el estado de naturaleza.

El libro prosigue con la exposición del pensamiento político anarquista —particularmente Proudhon, Tucker y Kropotkin—, en el cual la Maestra Elina Ibarra es una verdadera experta. Tal despliegue teorético muestra que la *indocilidad*, en tanto praxis concreta, encuentra su expresión arcaica ya en los cínicos hasta encontrar fuertes resonancias en los días presentes.

El despliegue intelectual de la autora se erige, así, en implacable indagación de los presupuestos onto-epistémicos de la teoría clásica: esta totalidad, artificial y transitoria, es, precisamente, el objeto de su ejercicio crítico. La persistencia por encontrar lo inédito en lo dado y la invitación a entender filosóficamente el derecho hacen de esta obra un verdadero *objeto estético* que invita, como lo hacía el padre de la Crítica Jurídica, a *seguir pensando.* Adelante, querido lector: *Sapere Aude.*

Ibarra, Elina, *¿Qué es el Estado? Y otros escritos anarquistas*, Buenos Aires, Libros de Anarres, 2024.

Normas editoriales de la revista Crítica Jurídica | Nueva época y lineamientos para el dictamen

Política de la revista

Crítica Jurídica Nueva Época tiene como objetivo publicar trabajos de la teoría crítica relacionados con la sociología, la filosofía y la teoría del derecho. Para este fin, *Crítica Jurídica Nueva Época* sólo recibe trabajos inéditos que profundicen en tales temáticas y planteen soluciones acordes con la problemática que abordan.

Al enviar su trabajo, el autor o autores se comprometen a no publicar éste en otro medio antes de su aparición en la revista. No obstante, el autor es dueño de todos los derechos sobre su artículo y si decide publicarlo posteriormente, se compromete a mencionar que el trabajo apareció previamente en *Crítica Jurídica Nueva Época*, incluyendo el número y la fecha de la revista.

Envío de artículos

- Los trabajos podrán enviarse en archivo digital formato de WORD a los correos cri_jur@yahoo.com.mx y criticajuridica1@gmail.com.
- El envío tiene que incluir dos documentos; en uno deberá aparecer el nombre del autor y en el otro se omitirá.

Documentos anexos

- Se debe adjuntar en el correo electrónico, una carta compromiso con firma autógrafa mediante la cual el autor o los autores mencione(n) expresamente que el artículo que

ha(n) enviado es de su autoría y no ha sido publicado con anterioridad ni aparecerá en otro medio antes que en la revista (en caso de aprobarse para publicación, la carta deberá enviarse físicamente).

- En el mismo envío, un documento aparte, incluir una breve reseña curricular del autor donde se mencione su puesto o cargo y la institución en que se desempeña actualmente, así como la información de contacto: dirección postal, número telefónico y correo electrónico.

Formato

El texto deberá estar en formato de Word, con letra Times New Roman de 12 puntos e interlineado de 1.5. El primer párrafo y la primera línea después de cada subtítulo van sin sangría; el segundo párrafo y los siguientes, con sangría izquierda en la primera línea.

Los títulos de libros y revistas van en *cursivas* y también las palabras en un idioma distinto al del artículo. En particular, se escribirán con mayúscula inicial los nombres de ciencias. Las palabras *estado y derecho*, con minúscula, a menos de que se trate de nombres propios como *Estado de México*, o de disciplinas, como *Derecho Constitucional*. Cuando se escriba entre —*rayas*— se debe utilizar rayas (se encuentran en el menú de Word "insertar" y luego "símbolos especiales") y no -*guiones*-. Se debe evitar el subrayado y se prefieren las *cursivas* para resaltar un término.

Carátula

La carátula es la primera página del documento y debe incluir los elementos que se enlistan a continuación (ver el ejemplo de carátula más adelante):

- Título del trabajo en español, centrado y en negritas.
- Debajo el título en inglés.
- Nombre(s) y apellido(s) del autor(es), como desea(n) que aparezcan en la revista, alineados a la derecha.
- Resumen en español, o *resumo* para los artículos escritos en portugués, y *abstract* en inglés (máximo 12 líneas).
- Palabras clave y *keywords* debajo del resumen y del *abstract*, respectivamente. Se recomienda incluir de 5 a 7 palabras que describan el contenido del trabajo.
- Sumario. Éste consiste en la mención ordenada con números arábigos de cada apartado general del trabajo; los subtítulos no se incluyen.

- Pie de página: Información del autor (autores) de su universidad, centro o instituto con su actual adscripción. Tamaño de letra 10 puntos.
- Después de estos elementos comienza el texto del trabajo, con el primer apartado.

Ejemplo de carátula

Título en español

Título en inglés

Nombre(s) y apellido(s) del autor 1

Nombre(s) y apellido(s) del autor 2

RESUMEN
Lorem ipsum dolor sit amet, consectetuer adipiscing elit. Nam nibh. Nunc varius facilisis eros. Sed erat. In in velit quis arcu ornare laoreet. Curabitur adipiscing luctus massa. Integer ut purus ac augue commodo commodo. Nunc nec mi eu justo tempor consectetuer. Etiam vitae nisl. In dignissim lacus ut ante. Cras elit lectus, bibendum a, adipiscing vitae, commodo et, dui. Ut tincidunt tortor.

Palabras clave:
Crítica jurídica, derecho, revista, Latinoamérica, teoría del derecho.

ABSTRACT
Donec nonummy, enim in lacinia pulvinar, velit tellus scelerisque augue, ac posuere libero urna eget neque. Cras ipsum. Vestibulum pretium, lectus nec venenatis volutpat, purus lectus ultrices risus, a condimentum risus mi et quam. Pellentesque auctor fringilla neque. Duis eu massa ut lorem iaculis vestibulum. Maecenas facilisis elit sed justo. Quisque volutpat malesuada velit.

Keywords:
Legal criticism, law, journal, Latin America, law theory.

SUMARIO: 1. Lorem ipsum. 2. Dolor sit amer. 3. Consectetuer. 4. Nunc varius facilisis eros.

Carátula

Información de Universidad, Centro o Instituto.

Time New Roman 10 puntos, sin sangrías.

[1]Universidad Autónoma de México, Facultad de Filosofía y Letras.

[2] Universidad Nacional de la Plata, facultad de Derecho.

Sistema de citas y bibliografía

Citas

La revista *Crítica Jurídica Nueva Época* utiliza un sistema para citas textuales basado en notas al pie de página. Excepcionalmente se aceptará el estilo Harvard, y los artículos escritos en portugués podrán apegarse al sistema vigente en su país.

Cuando las citas son textuales deben ir entrecomilladas, no así las paráfrasis, y en ambas se inserta una llamada para nota al pie con la fuente citada. No se usan sólo mayúsculas para los apellidos de autores citados; es decir, se escribirá Marx, y no MARX.

En la primera mención de una fuente en la nota al pie se incluye la referencia bibliográfica completa y posteriormente se utilizan abreviaturas latinas en cursivas. En particular, *ibidem* e *idem* no llevan tilde ni punto, la abreviatura *ibid*. sí lo lleva y en *et al*. sólo va punto después de *al*.; asimismo, *op. cit*. únicamente puede iniciar con "o" mayúscula de acuerdo a las reglas de puntuación, pero *cit*. siempre iniciará con minúscula.

▪ Latinismos más frecuentes

ca. (circa)	"Alrededor de". Se usa habitualmente en textos de historia o para datar acontecimientos no exactos.
cfr. (confer)	"Compare". Remite a una fuente que aborda el mismo tema, pero con otro tratamiento o que no se incluye en la bibliografía. En la primera mención se incluye la ficha completa.
et al. (et alii)	"Y otros". Se usa cuando existen más de tres autores de una obra. Con esta indicación se incluye al primero y se omite al resto de los autores.
idem	"Lo mismo". Se refiere a la misma fuente y página(s) de la nota inmediata anterior.
ibid. (ibidem)	"Mismo lugar". Remite a la misma fuente de la cita inmediata anterior, pero página diferente; por lo tanto, requiere de número de página(s).

op. cit. *(opere citato)*	"En la obra citada". Se utiliza cuando se trata de una fuente citada que no es la inmediata anterior. Si en el texto no se menciona al autor de la fuente, la nota debe iniciar con el apellido únicamente, después op. cit. y la(s) página(s). Si existe más de una fuente de un mismo autor, se incluye una forma corta del título y después op. cit.
sic	"Así". Por lo general entre paréntesis, da a entender que una palabra o frase empleada que pudiera parecer inexacta, es textual.
supra	"Arriba o antes". Remite al lector a un pasaje previo. Se puede anotar la página o epígrafe.
infra	"Abajo o después". Se refiere a párrafos posteriores.
passim	"En diversos pasajes". Cuando una cita alude a diferentes páginas.

▪ Abreviaturas más frecuentes

cap., caps.	capítulo, capítulos
comp.	compilación
coord., coords.	coordinador(a), coordinadores(as)
doc. inéd.	documento inédito
ed.	edición
núm., núms.	número, números
p., pp.	página, páginas
reimp.	reimpresión
s.f.	sin fecha
s.p.i.	sin pie de imprenta
vol., vols.	volumen, volúmenes

▪ Notas explicativas

En las notas explicativas al pie de página se pueden incluir datos complementarios al texto; son comentarios u observaciones que hacen los autores, por lo que no necesariamente incluyen información bibliográfica.

Bibliografía

La bibliografía va al final de cada artículo. Se recomienda incluir solamente las fuentes citadas en el desarrollo del trabajo atendiendo lo siguiente:

- Incluir las fuentes o fichas bibliográficas completas tal como en la primera mención en el artículo, salvo que en esta lista los nombres de los autores inician por el apellido.
- El orden es alfabético.
- En caso de existir más de una fuente de un mismo autor, éstas se ordenan de manera cronológica ascendente (de la más antigua a la más reciente).
- A partir del segundo autor de una obra, se inicia con el nombre y luego el apellido.
- Las fuentes deben incluir el nombre completo y no iniciales, tanto en la primera nota al pie como en la bibliografía.
- En las revistas se omite el lugar de edición, así como la preposición "en" antes del título de la revista.
- El número de página(s) en la bibliografía se omite para libros completos, pero se utiliza para capítulos, secciones o artículos.
- La fecha de consulta de los sitios web es opcional.
- La separación de cada elemento es con coma.

Ejemplos de notas al pie de página y bibliografía

- *Libros*
  - Autor,
  - Título,
  - Ciudad,
  - Editorial,
  - año.

En las coediciones, los coeditores se separan con una diagonal.

Ejemplos para nota al pie:
Antonio Truyol y Sierra, *Los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1968.

Oscar Correas, *Acerca de los derechos humanos. Apuntes para un ensayo*, México, CEIICH-UNAM/Ediciones Coyoacán, 2003.

Ejemplos para bibliografía:
Truyol y Sierra, Antonio, *Los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1968.

Correas, Oscar, *Acerca de los derechos humanos*. Apuntes para un ensayo, México, CEIICH-UNAM/Ediciones Coyoacán, 2003.

- ***Libros con dos o más autores***
  - Autor
  - y nombre y apellido del segundo autor,
  - Título del libro,
  - Ciudad,
  - Editorial,
  - Año.

Cada autor se separa con coma, excepto el último, que va precedido de la conjunción "y". A partir de tres autores, en la nota al pie se utiliza la abreviatura *et al.* después del nombre del primer autor. En la bibliografía se anotan todos los nombres.

Ejemplos para nota al pie:
Max Horkheimer y Theodor Adorno, *Dialéctica del iluminismo,* Buenos Aires, Sudamericana, 1969.

Marco Aparicio *et al*. (eds.), *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Ejemplos para bibliografía:
Horkheimer, Max y Theodor Adorno, *Dialéctica del iluminismo*, Buenos Aires, Sudamericana, 1969.

Aparicio, Marco, Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva y Rubén Martínez Dalmau (eds.), *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

- ***Capítulos o secciones de libros***

- Autor,
- [y nombre y apellido del segundo autor,]
- "Título del capítulo/sección",
- en
- Autor del libro por nombre y apellido
- (figura autoral),
- Título del libro,
- Ciudad,

- Editorial,
- año,
- pp.

Si el autor del capítulo o sección es el mismo que el del libro, no se repite el nombre, pero en caso de ser coordinador, editor o compilador, se menciona de nuevo.

Ejemplo para nota al pie:
Aníbal Quijano, "Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina", en Edgardo Lander (comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Buenos Aires, Clacso, 2000, p. 205.

Ejemplo para bibliografía:
Quijano, Aníbal, "Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina", en Edgardo Lander (comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Buenos Aires, Clacso, 2000, pp. 201-246.

- ***Artículo de revista académica***
  - Autor,
  - "Título del artículo",
  - Título de la revista,
  - vol.,
  - núm.,
  - año,
  - pp.

Ejemplo para nota al pie:
Aníbal Quijano, "La crisis del horizonte de sentido colonial/moderno/eurocentrista", *Casa de las Américas,* vol. 50, núm. 259, 2010, p. 8.

Ejemplo para bibliografía:
Quijano, Aníbal, "La crisis del horizonte de sentido colonial/moderno/eurocentrista", *Casa de las Américas,* vol. 50, núm. 259, 2010, pp. 4-15.

- ***Artículo de periódico o revista***
  - Autor,
  - "Título del artículo",
  - Título de la revista o periódico,
  - vol.,

- núm.,
- fecha,
- pp.

Si no se dispone del nombre del autor, la nota al pie comenzará por el título del artículo; la bibliografía, por el nombre de la publicación.

Ejemplos para nota al pie
Gregorio Belinchón, "El padrino del cine español", *El País,* 19 de julio de 2010, p. 35.

"Damnificados por 'Manuel' pelean por ayuda", *La Jornada*, 30 de octubre de 2013, p. 1.

Ejemplos para bibliografía:
Belinchón, "El padrino del cine español", El País, 19 de julio de 2010, pp. 34-36.

La Jornada, "Damnificados por 'Manuel' pelean por ayuda", 30 de octubre de 2013, p. 1.

- ***Datos del traductor o similar***
  - Autor,
  - Título,
  - trad. de [nombre y apellido del traductor]
  - Ciudad,
  - Editorial,
  - año.

Cualquier dato adicional o complementario se anota entre el título y la ciudad de publicación, separado por comas.

Ejemplo para nota al pie:
Karl Marx, *El capital: crítica de la economía política*, trad. de Diana Castro, 3 vols., 8ª ed., México, Siglo XXI, 1999.

Ejemplo para bibliografía:
Marx, Karl, *El capital: crítica de la economía política*, trad. de Diana Castro, 3 vols., 8ª ed., México, Siglo XXI, 1999.

- ***Tesis***
  - Autor,
  - "Título de la tesis",
  - tesis de grado,
  - Institución,
  - año.

Ejemplo para nota al pie:
Martha Angélica Meza Méndez, "Análisis racionalmente motivado del discurso de la contradicción de tesis sobre anatocismo", tesis de licenciatura, UNAM, 2003.

Ejemplo para bibliografía:
Meza Méndez, Martha Angélica, "Análisis racionalmente motivado del discurso de la contradicción de tesis sobre anatocismo", tesis de licenciatura, UNAM, 2003.

- *Ponencias o conferencias*
  - Ponente,
  - "Título de la ponencia",
  - ponencia presentada en [nombre del evento],
  - Ciudad,
  - Institución,
  - año.

Ejemplo para nota al pie:
Luis David Briseño, "La antropología social en el Caribe", ponencia presentada en el III Coloquio Latinoamericano de Antropología, México, UNAM, 1990.

Ejemplo para bibliografía:
Briseño, Luis David, "La antropología social en el Caribe", ponencia presentada en el III Coloquio Latinoamericano de Antropología, México, UNAM, 1990.

- *Documento electrónico*
  - Autor u organización como autor,
  - "Título del documento",
  - en
  - *Título o nombre del sitio web,*
  - fecha de publicación o última actualización.
  - Disponible en: [enlace sin punto final]

Ejemplo para nota al pie y bibliografía:
Fundéu (Fundación del Español Urgente), "Azafato, masculino válido", en *Fundéu BBVA*, última modificación 17 de febrero de 2017. Disponible en: http://www.fundeu.es/?s=azafato

▪ Ejemplos citas y bibliografía de documentos jurídicos

- *Legislación*
  - Designación oficial y número de la ley.
  - *Título de la publicación donde aparece oficialmente,*
  - fecha de publicación,
  - núm.,
  - lugar de publicación,
  - pp.

Ejemplo para nota al pie y bibliografía:

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm., 281, España, p. 33987.

- *Tesis de pleno y salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)*
  - Tesis [J] para tesis jurisprudenciales y Tesis [A] para aisladas:
  - letra de la instancia correspondiente: Pleno (P), una diagonal y J. Para tesis aisladas, (1ª) o (2ª) Sala.
  - Números que corresponden a la tesis y a las dos últimas cifras del año de aprobación, separadas por diagonal; en el caso de tesis aisladas, el primer par de números va en romanos y el año completo.
  - *Título de la publicación,*
  - Época,
  - tomo,
  - fecha de publicación,
  - pp.,
  - Registro (Reg. IUS #).

Ejemplo de tesis jurisprudenciales para nota al pie y bibliografía:
Tesis [J]: P./J. 18/91, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, tomo VII, junio de 1991, p. 52. Reg. IUS 205798.

Ejemplo de tesis aisladas para nota al pie y bibliografía:
Tesis [A]: 2ª. XIX/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Décima Época, s. t., mayo de 2016, s. pp., Reg. IUS 2011608.

- *Tesis aisladas de los Tribunales Colegiados de Circuito (TCC)*
  - Tesis [A]:
  - clave de publicación sin espacios. Se indica el circuito del tribunal con número romano seguido de punto y en número arábigo el número del tribunal;

luego la sigla que expresa la materia del tribunal; el número de secuencial que corresponde a la tesis en cuestión (en número arábigo utilizando uno, dos o tres dígitos, según sea el caso, sin colocar ceros a la izquierda) y al final la sigla que expresa la materia a la que corresponde la tesis, penal (P), administrativa (A), civil (C), laboral (L) o común (K). Se finaliza con coma y luego las siglas TCC,
- *Título de la publicación,*
- Época,
- tomo,
- fecha de publicación,
- pp.
- Registro (Reg. IUS #).

Ejemplo para nota al pie y bibliografía:
Tesis [A]: L.7o.A.666A, TCC, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXX, diciembre de 2009, p. 1489. Reg. IUS 165873.

- ***Tesis jurisprudenciales de los TCC***
  - Tesis [J]:
  - clave de publicación. Inicia con número romano que indica el circuito; sigue número arábigo que señala el tribunal de dicho circuito (cuando sea tribunal único no se hará señalamiento); letra inicial de la materia del tribunal (sólo se aplica a tribunales especializados por materia). Por último, se señala con la letra J que se trata de jurisprudencia, se coloca una diagonal (/) y el número arábigo de la tesis correspondiente. Se finaliza con coma y luego las siglas TCC,
  - *Título de la publicación,*
  - Época,
  - tomo,
  - fecha de publicación,
  - pp.
  - Registro (Reg. IUS #).

Ejemplo para nota al pie y bibliografía:
Tesis [J]: I.7o.A. J/15, TCC, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena época, tomo VX, febrero de 2002, p. 697. Reg. IUS 187750.

- *Jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF)*
  - Jurisprudencia
  - clave: se compone con un número consecutivo, una diagonal y el año de publicación,
  - *Título de la publicación,*
  - año,
  - número,
  - año de publicación,
  - pp.

Ejemplo para nota al pie y bibliografía:
Jurisprudencia 45/2010, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral*, año 3, núm. 7, 2010, pp. 44-45.

- *Sentencias de la SCJN*
  - Tipo de asunto
  - número de expediente,
  - Nombre del ministro,
  - RUBRO (EN MAYÚSCULAS).
  - Órgano de radicación.
  - Ponente: (nombre),
  - fecha de la resolución,
  - votos a favor: #, en contra: #.
  - Disponible en: [enlace]

Ejemplo para nota al pie y bibliografía:
Contradicción de tesis 326/2015, Min. José Fernando González Salas, IMPEDIMENTO DE UN JUEZ DE DISTRITO PARA CONOCER DEL JUICIO DE AMPARO. DETERMINAR SI SE ACTUALIZA CON LA MANIFESTACIÓN DE AQUÉL AL SEÑALAR RESPONSABLE O SI QUIERE ACREDITAR EL INTERÉS PERSONAL QUE LO VINCULA CON AQUÉL. Segunda Sala. Votado por unanimidad el 20 de abril de 2016. Disponible en: http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=189688

- *Sentencias y opiniones consultivas (OC) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH)*
  - Corte IDH.
  - Caso (nombre más conocido) en cursivas.
  - "Título de la sentencia o de la OC",
  - Sentencia/Opinión Consultiva y fecha.

- Serie y número,
- párr. (número de párrafo).
- Disponible en: (enlace)

Ejemplo de sentencia para notas al pie y bibliografía:
Corte IDH. Caso Duque vs. Colombia. "Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C núm. 310. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf

Ejemplo de opinión consultiva para notas al pie y bibliografía:
Corte IDH. "Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional", Opinión Consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014. Serie A núm. 21. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf

Lineamientos para el dictamen

Todos los trabajos que se envíen con fines de publicación serán sometidos a una revisión por pares académicos, esto es, un dictamen riguroso realizado por al menos dos especialistas de reconocida trayectoria académica dentro de las áreas temáticas que aborda la revista. Los dictaminadores serán designados por los miembros del consejo de asesores.

Los resultados de los dictámenes son inapelables y pueden consistir en aprobar el trabajo para su publicación, sugerir modificaciones al trabajo para que éste sea aprobado o recomendar la no publicación del trabajo. En caso de que se resuelva que el trabajo necesita ser modificado para ser publicable, será responsabilidad del autor realizar dichas modificaciones y entregar la versión final. Si los dictámenes tienen resultados disímiles, es decir, uno favorable y otro desfavorable, el trabajo será enviado a un tercer dictaminador.

Normas para el arbitraje

Al dictaminar el trabajo, los pares académicos tendrán en consideración los siguientes puntos:

a. El tema sobre el que trata el trabajo tiene amplia relevancia en las discusiones teórico-filosóficas, sociológicas y jurídicas actuales.
b. El trabajo aborda el tema desde un enfoque innovador, de tal forma que su visión es original dentro de las discusiones existentes.

c. El contenido del trabajo, de acuerdo con la metodología, la forma de argumentación y la originalidad de los planteamientos que contiene, representa o posibilita un avance posterior dentro de la filosofía, la sociología y la teoría política o del derecho.
d. El contenido de la investigación está desarrollado de conformidad y con coherencia respecto a los planteamientos iniciales y los objetivos que el autor estableció al inicio de su trabajo.
e. La estructura del trabajo se desarrolla de tal forma que muestra consistencia con los objetivos y una secuencia coherente que articula de forma adecuada la exposición de cada idea o argumento, y permite una relación sólida entre las diferentes ideas o argumentos afirmados durante el desarrollo del trabajo.
f. Los argumentos que el autor expone a lo largo del trabajo se encuentran debidamente fundamentados y desarrollados de manera que resulten aceptables y que se encuentren en consonancia con los planteamientos esenciales del trabajo.
g. El autor utiliza fuentes que, debido a su relevancia dentro de la teoría y la filosofía del derecho y la política, así como a su actualidad, pueden ser consideradas como adecuadas para una investigación novedosa y que tenga como efecto un avance en dichas disciplinas.
h. El autor utiliza dichas fuentes de forma adecuada en relación con el desarrollo de los planteamientos y los objetivos del trabajo de investigación, de manera que constituya un sustento suficiente para la afirmación de sus argumentos.
i. El autor emplea una metodología y argumentación que, tanto por su idoneidad con los objetivos del trabajo y la reflexión teórico-filosófica desarrollada, así como por su rigurosidad y coherencia, permiten afirmar que el producto de la investigación resulta filosófica y teóricamente serio y concordante con los objetivos del trabajo.

Crítica jurídica
Nueva Época
Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho

Crítica Jurídica Nueva Época, fue creada sin fines lucrativos de acuerdo con la legislación mexicana. Todos los artículos son sometidos a la revisión de los miembros del Consejo Editorial y Asesores. Las opiniones expresadas por los autores de los trabajos son exclusiva responsabilidad de los mismos y no representan la opinión de Crítica Jurídica Nueva Época. El material publicado en esta revista, puede ser utilizado citando su fuente. La reedición de los trabajos será autorizada por **Crítica Jurídica Nueva Época.**

El propósito de **Crítica Jurídica Nueva Época** es publicar trabajos académicos sobre teoría del derecho, filosofía y sociología, con un enfoque particular en la teoría crítica y la promoción de nuevas perspectivas desde América Latina para lograr un derecho más justo e inclusivo. La revista busca analizar el derecho desde una perspectiva que cuestione el positivismo jurídico tradicional y la visión de las élites para generar transformaciones sociales.

ISSN: 0188-3968. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo: 04-2022-041117164300-102 Contacto: cri_jur@yahoo.com.mx | criticajuridica1@gmail.com www.criticajuridica.org