



#14

Julio–septiembre
2022

Crítica jurídica y política en Nuestra América

**Chile: lecciones
de un proceso
constituyente
fallido**

Boletín del
Grupo de Trabajo
**Crítica jurídica
y conflictos
sociopolíticos**

 **CLACSO**

PARTICIPAN EN ESTE NÚMERO

Albert Noguera Fernández
Constanza Estepa
Marcelo Maisonnave
Alejandro Karin Pedraza Ramos
Liliana Beatriz Costante
Ariel Dacal Díaz
Alysson L. Mascaro

Crítica jurídica y política en Nuestra América : Chile : lecciones de un proceso constituyente fallido no 14 / Albert Noguera Fernández ... [et al.] ; coordinación general de Beatriz Rajland ; Lucas Machado Fagundes ; Mylai Burgos Matamoros ; editado por Carlos Rivera Lugo. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : CLACSO, 2022.

Libro digital, PDF - (Boletines de grupos de trabajo)

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-813-330-0

1. Minería. 2. Derechos Humanos. 3. Política. I. Noguera Fernández, Albert. II. Rajland, Beatriz, coord. III. Machado Fagundes, Lucas, coord. IV. Burgos Matamoros, Mylai, coord. V. Rivera Lugo, Carlos, ed.

CDD 306.25



CLACSO

Consejo Latinoamericano
de Ciencias Sociales

Conselho Latino-americano
de Ciências Sociais

Colección Boletines de Grupos de Trabajo

Director de la colección - Pablo Vommaro

CLACSO Secretaría Ejecutiva

Karina Batthyány - Directora Ejecutiva

María Fernanda Pampín - Directora de Publicaciones

Equipo Editorial

Lucas Sablich - Coordinador Editorial

Solange Victory y Marcela Alemandi - Gestión Editorial

Equipo

Natalia Gianatelli - Coordinadora

Cecilia Gofman, Marta Paredes, Rodolfo Gómez, Sofía Torres,

Teresa Arteaga y Ulises Rubinschik

© Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales | Queda hecho el depósito que establece la Ley 11723.

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

La responsabilidad por las opiniones expresadas en los libros, artículos, estudios y otras colaboraciones incumbe exclusivamente a los autores firmantes, y su publicación no necesariamente refleja los puntos de vista de la Secretaría Ejecutiva de CLACSO.

CLACSO

Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - Conselho Latino-americano de Ciências Sociais

Estados Unidos 1168 | C1023AAB Ciudad de Buenos Aires | Argentina

Tel [54 11] 4304 9145 | Fax [54 11] 4305 0875 | <clacso@clacsoinst.edu.ar> |

<www.clacso.org>



Asdi

Este material/producción ha sido financiado por la Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo, Asdi. La responsabilidad del contenido recae enteramente sobre el creador. Asdi no comparte necesariamente las opiniones e interpretaciones expresadas.

Coordinador/as

Beatriz Rajland

Fundación de Investigaciones Sociales y Políticas
Argentina

brajland@gmail.com

Lucas Machado Fagundes

Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento
Socioeconômico. Unidade Acadêmica de Ciências Sociais
Aplicadas. Universidade do Extremo Sul Catarinense.
Universidade do Extremo Sul Catarinense
Brasil

lucas-sul@hotmail.com

Mylai Burgos Matamoros

Universidad Autónoma de la Ciudad de México
Coordinación Académica
México

mylai.burgos.matamoros@gmail.com

Editor

Carlos Rivera Lugo

Contenido

5 Presentación

Carlos Rivera Lugo

NOMOS

9 ¿Qué ha pasado en Chile?

Lecciones de un proceso constituyente fallido

Albert Noguera Fernández

26 Asociación ilícita y *lawfare* en Argentina

Constanza Estepa
Marcelo Maisonnave

35 La comunidad Júba Wajiín

Movilización y contra movilización legal contra la minería en México

Alejandro Karin Pedraza Ramos

47 El derecho y la legislación en el marco de la conformación del poder popular

Normativas internacionales en DDHH. Su función en el estado capitalista. Caso argentina

Liliana Beatriz Costante

RÁFAGAS

54 El sí y sus circunstancias

Política y código de las familias en Cuba

Ariel Dacal Díaz

LECTURAS

60 Crítica à subjetividade jurídica

Reflexões a partir de Michel Villey

Alysson Leandro Mascaro

| Presentación

Este número 14 de nuestro Boletín *Crítica jurídica y política en Nuestra América* arranca con un valioso análisis crítico acerca del proceso constituyente de Chile y el intento fallido de obtener la aprobación del proyecto de nueva Constitución en el plebiscito celebrado el pasado 4 de septiembre de 2022. Contrario a la percepción inicial de algunos de que el sátrapa Pinochet anidaba aún en la consciencia —o inconsciente— de una mayoría silenciosa del pueblo chileno, muy pronto quedó meridianamente claro que la responsabilidad por la derrota decisiva del nuevo texto constitucional no era, en última instancia, producto de un déficit en la subjetividad colectiva chilena. Como bien evidencia el compañero y constitucionalista catalán Albert Noguera Fernández, lo que fracasó fue como tal el proceso y su conducción, incluyendo el producto final de éste, independientemente de los avances que representaba en relación a la constitución vigente legada por la dictadura.

Ahora bien, el resultado del plebiscito constitucional chileno también fue un reflejo del desgaste y la pérdida del poder de convocatoria del gobierno del presidente Gabriel Boric, incluso entre un sector de la llamada centroizquierda, luego de tan sólo seis meses. A la fecha del plebiscito, el apoyo al gobierno rondaba alrededor de un 38 por ciento. Incluso, pocas semanas antes de la consulta el propio Boric dio señales de que anticipaba la posibilidad real de una derrota del proyecto constitucional al proponerle a las organizaciones integrantes de su gobierno que se comprometiesen a mejorar y enmendar el texto aún en el caso de ser aprobado finalmente por el pueblo. La derecha se aprovechó de la debilidad política coyuntural y las contradicciones de la llamada “nueva izquierda”

gobernante para ampliar su base de apoyo en la campaña que precedió al plebiscito. Con ello se comprueba una vez más que los avances de la derecha generalmente se explican por algún fracaso u oportunidad perdida de la izquierda.

En segundo lugar, este número incluye un artículo de los compañeros Constanza Estepa y Marcelo Maisonnave, integrantes de nuestro Grupo de Trabajo CLACSO, sobre la nueva campaña de *lawfare* desatada contra la vicepresidenta argentina Cristina Fernández de Kirchner. El grado de ensañamiento y parcialidad que ha caracterizado a un sector del Poder Judicial es francamente escandaloso. La derecha pretende criminalizar por completo la gestión gubernamental tanto de la influyente líder peronista, quien fue previamente presidenta de Argentina (2007-2015), como también de Néstor Kirchner, su esposo fallecido en el 2010, quien fue igualmente presidente (2003-2007). El clima de persecución y polarización política ha llegado a tal grado que el 1 de septiembre pasado hubo un atentado contra la vida de Cristina Fernández de Kirchner.

En tercer lugar, el compañero Alejandro Karin Pedraza Ramos, también de nuestro GT CLACSO, nos colabora con un texto sobre la estrategia de movilización legal que se ha adoptado por la comunidad indígena Júba Wajiín en México para detener proyectos de minería, en su territorio, aprobados unilateralmente y contrario al Estado de derecho por parte del gobierno federal. Le sigue una colaboración de la compañera Liliana Beatriz Costante, también de nuestro Grupo de Trabajo, sobre el deterioro, en el caso de Argentina, en relación a los derechos humanos ante las desigualdades que arrojan crecientemente al país bajo el capitalismo.

Por otra parte, el Boletín incluye un comentario político del educador popular cubano Ariel Dacal Díaz acerca del importante proceso que culminó recientemente con la aprobación en Cuba del nuevo Código de las Familias, lo que indudablemente constituye un importante precedente jurídico y logro histórico para la Revolución.

Finalmente, el compañero Alysson Leandro Mascaró, miembro de nuestro GT, cierra este nuevo número de nuestro Boletín con una reseña del

libro *Crítica à subjetividade jurídica: Reflexões a partir de Michel Villey*, de la profesora Juliana Paula Magalhães. Este libro constituye una nueva contribución valiosa por parte de la autora a la Filosofía del Derecho, desde una perspectiva marxista.

Un abrazo fraternal,
Carlos Rivera Lugo
Editor

Nomos

Crítica jurídica y política en Nuestra América
Número **14** · Junio/septiembre 2022

¿Qué ha pasado en Chile?

Lecciones de un proceso constituyente fallido

Albert Noguera Fernández*

Las reformas económicas de Pinochet, durante los años 70 y 80, convirtieron a Chile, hasta hoy, en uno de los modelos neoliberales más salvajes de la región. Frente a esta realidad, el estallido social, iniciado el 18 de octubre de 2019, puso de nuevo sobre la mesa la histórica demanda de la Asamblea Constituyente para aprobar una Constitución que sustituyera la pinochetista de 1980 y forzó a la coalición oficialista de derechas Chile Vamos y parte de la oposición a firmar el *Acuerdo por Paz Social y la Nueva Constitución*, que incluía la convocatoria de un referéndum de activación del proceso.

Con el objetivo de poder convocar el plebiscito y habilitar el proceso de redacción de la Constitución, se procedió a una reforma constitucional (Ley 21.200, de 23 de diciembre de 2019), donde se incluía el plebiscito y la regulación del proceso a seguir. En octubre de 2020, la ciudadanía chilena se pronunció en referéndum, con una mayoría aplastante, a favor

* Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Valencia (España).

de la redacción de un nuevo texto (78,28%) por parte de una Asamblea Constituyente (79%), de manera que, en mayo de 2021, el presidente Piñera convocó a elecciones para una Convención Constitucional, obteniendo mayoría absoluta las izquierdas.

No cabe duda que se abría una oportunidad para revertir el neoliberalismo. Oportunidad que se consolidó con la victoria del candidato del Frente Amplio, Gabriel Boric, en las elecciones presidenciales de 21 de noviembre de 2021, celebradas en pleno funcionamiento de la Convención. Aun así, después de un año de trabajo, el proyecto de Constitución presentado fue, el 4 de septiembre de 2022, mayoritariamente rechazado en referéndum (61,86%). El “Rechazo” ganó en las 16 regiones del país.



Pero, ¿por qué la gente votó en contra del proyecto de Constitución? ¿Qué provocó que una Convención Constitucional que empezó con fuerte apoyo popular se fuera deslegitimando a medida que pasaban los meses de funcionamiento?

Resultaría superficial y carente de autocrítica afirmar que se debe a que, en Chile, la gente es sociológicamente de derechas o ha sido manipulada

por las mentiras de los medios de comunicación. Sería absurdo pensar que la misma mayoría que en el 2020 votó en masa a favor de activar un proceso constituyente, en mayo de 2021 eligió una Convención con mayoría absoluta de las izquierdas y en noviembre del mismo año eligió un Presidente de izquierdas, se ha convertido a la derecha, en solo siete meses. Difícilmente podemos entender las causas del desastre sino somos capaces de hacer autocrítica y poner sobre la mesa la mala dirección y gestión que determinada izquierda institucional ha hecho del Proceso Constituyente.

Podemos mencionar cuatro grandes límites del proceso que han actuado como neutralizadores de un potencial contenido transformador e ilusionante del proyecto constitucional: 1) Las ligaduras del proceso constituyente; 2) La cultura política de la izquierda constituyente y la inexistencia de Constitución económica; 3) La composición y metodología de funcionamiento de la Convención constitucional; y, 4) La ausencia de conflicto social y la participación domesticada. Estos cuatro límites actuaron como neutralizantes de un contenido constitucional transformador con capacidad de ilusionar a la gente. Tomar nota resulta indispensable para evitar repetirlos en futuros procesos. Detengámonos en ellos.

1. Las ligaduras del proceso constituyente

El primer error por parte de la izquierda institucional chilena se produjo cuando en el 2019, en pleno auge del estallido social y con una correlación de fuerzas más favorables que nunca, aceptaron las condiciones impuestas por la derecha, mediante reforma constitucional, para desarrollar el proceso constituyente. La Ley 21.200 de reforma constitucional no solo se conformó como una norma habilitadora del proceso, sino también disciplinadora del mismo. En ella se incluyen varios artículos pensados para neutralizar el posible potencial rupturista de la Convención, entre los cuales encontramos: A) La definición de la Convención como poder no soberano sometido a límites de contenido; B) El establecimiento de una mayoría de dos tercios de votos para la aprobación de la Constitución y la posibilidad de reversibilidad del proceso; y, C) La fijación de

límites a las disposiciones transitorias de la nueva Constitución destinadas a mantener la vieja superestructura estatal. Tal Ley fue aprobada con los votos de la izquierda hoy al Gobierno. Vamos por partes.

- A) La primera ligadura impuesta por la Ley 21.200 fue vaciar a la Constituyente de soberanía y establecerle limitaciones a la reforma de determinados aspectos de la anterior Constitución, así como de actos de los poderes Ejecutivo y Judicial constitutivos del modelo económico del país. Entre ellos, las sentencias judiciales firmes y ejecutadas, y los tratados internacionales vigentes ratificados por Chile. En el momento de instalarse la Convención, se encontraban ratificados y en vigencia en Chile diferentes acuerdos multilaterales (por ejemplo, el Tratado de la Organización Mundial del Comercio), acuerdos de libre comercio, así como acuerdos bilaterales de inversión con más de 50 países. La obligatoriedad de respetar los mismos imposibilitó a la Convención Constitucional reorientar el modelo económico de libre comercio en el proyecto de Constitución, ni tampoco permitió redefinir la geopolítica y nuevos socios estratégicos en términos comerciales.
- B) En adición a lo anterior, la reforma constitucional estableció que la Convención tenía que aprobar el nuevo texto por un cuórum de dos tercios de sus miembros. Así mismo, se fijó que si el resultado del referéndum ratificatorio del proyecto fuese negativo, continuaría vigente la presente Constitución pinochetista. Estos mecanismos estaban pensados, originariamente, para otorgar posibilidad de veto a la derecha sobre la izquierda. Y, en segundo lugar, al no tener la derecha interés alguno ni incentivo para negociar ni llegar a algún acuerdo en nada, puesto que el no acuerdo era la manera que tenía para hacer valer, por defecto, su posición, situarían a esta en una posición de ventaja respecto a la izquierda. Negar sus votos era la manera de imponer su voluntad, esto es, la vieja Constitución.
- C) Otra de las ligaduras que la Ley 21.200 impuso fue relativa a la cuestión de las disposiciones transitorias a incorporar en la nueva Constitución. Coincidiendo todavía en pleno periodo de trabajo de la Convención, se celebraron elecciones presidenciales y legislativas.

En las primeras, Gabriel Boric, del Frente Amplio, obtuvo la victoria. Pero, en las legislativas, la coalición con más votos, en ambas cámaras, fue la derechista Chile Podemos Más, obteniendo la derecha fuerte presencia y capacidad de veto en ambas cámaras. Con este contexto, y de acuerdo con la ligadura citada, las disposiciones transitorias del nuevo proyecto constitucional, mantienen en vigencia el Poder Ejecutivo y Legislativo, elegido con anterioridad a la aprobación de la Constitución, y retrasa la entrada en vigor del nuevo texto en esta parte, hasta el 2026. Los gobernadores regionales y los consejeros regionales también se mantienen hasta 2025. Además, mantiene en vigencia el viejo procedimiento legislativo regulado en la vieja Constitución hasta el 11 de marzo de 2026. Se trata de un procedimiento caracterizado por la exigencia de mayorías cualificadas que otorgan poder de veto a la derecha. También se mantienen en todos sus cargos todas las autoridades de los órganos autónomos y jueces de altos tribunales designados por el anterior gobierno de derechas. Así como toda la legislación. Mientras que, en cualquier proceso, la nueva Constitución tiene una cláusula derogatoria que establece que toda la legislación que contradiga el nuevo texto queda automáticamente derogado, en el caso chileno se establece que toda la normativa vigente seguirá en vigor mientras no sea derogada, modificada o sustituida, lo cual resulta imposible con un legislativo donde la derecha tiene poder de veto. El retraso de la entrada en vigor parcial de la nueva Constitución, el mantenimiento de la vieja superestructura estatal hasta 2025 o 2026 y la permanencia de toda la legislación hasta que no exista nueva legislación que la sustituya, eliminaba toda posibilidad que el nuevo texto sirviera para transformar algo.

A pesar de que todas estas ligaduras estaban establecidas en la Ley 21.200 de reforma constitucional que establecía el procedimiento a seguir por la Convención, el momento de instalación de la misma y de aprobación de su reglamento de funcionamiento hubiera sido una oportunidad para que, de acuerdo con la teoría clásica del Poder Constituyente, la Convención Constitucional con mayoría absoluta de las izquierdas hubiera procedido: 1. A aprobar una declaración reivindicando su carácter de Poder

Constituyente soberano y plenipotenciario, expresión directa de la voluntad popular manifestada en referéndum; y, 2. A aprobar, en ejercicio de sus poderes plenipotenciarios, un reglamento de funcionamiento que revirtiera todas las ligaduras. No hacerlo por miedo a confrontar el Poder constituido, fue el primer error de una Convención que ya nació como poder limitado.

2. La cultura política de gran parte de la izquierda institucional chilena y la inexistencia de Constitución económica

El segundo límite neutralizador del carácter transformador del proyecto de Constitución es la cultura política del bloque de izquierdas mayoritario a la Convención. Entenderemos aquí por cultura política el conjunto de creencias sobre la Constitución y sus funciones, la manera de entender la política y las pautas de comportamiento que este bloque manifestó en su actuación en el seno de la misma durante el proceso de redacción del nuevo texto. Esta cultura política estuvo caracterizada por dos rasgos principales: A) La cultura de los grandes acuerdos y el no conflicto; y, B) La concepción procedimentalista de la democracia plasmada en una preocupación prioritaria por la parte orgánica y despreocupación por aquello económico.

A grandes rasgos, los diferentes enfoques de la teoría política han presentado el progreso de las sociedades desde dos grandes teorías opuestas: las teorías de la armonía social y las teorías del conflicto. Gran parte del bloque político de izquierdas percibió la redacción de la nueva Constitución como un cambio del país por la vía de la armonía social, no del conflicto. Esta apuesta por el acuerdo social no fue una decisión estratégica coyuntural sino, tal como han señalado autores como Claudio Fuentes (2013), una característica definitoria de la manera de entender la política por parte de esta izquierda chilena durante las últimas décadas, que tendría su origen en la práctica política normalizada por la Constitución de 1980.

Con el objetivo de impedir que el modelo político y económico impuesto por la dictadura pudiera ser transformado por un eventual Poder legislativo con mayoría de la oposición democrática, la Constitución de 1980 estableció la exigencia de cuórum calificados para la aprobación de leyes. Estos cuórum legislativos, señalan Atria, Salgado y Wilenmann (2017), han acabado imponiendo en el país una cultura política basada en la idea que cualquier decisión impuesta por la mayoría en una votación dividida, es una cosa contraria a la democracia que crispa la situación política. Así, negociar hasta que la decisión de la que se trate sea aceptable para todos y no afecte seriamente los intereses de nadie, es entendido como la marca de la acción política virtuosa. Incluso en aquellos momentos históricos en los cuales el centroizquierda o la izquierda ha podido tomar decisiones sin tener que contar con el apoyo de la derecha, durante la presidencia de Bachelet (2006-2010 y 2014-2018), no se ha atrevido a hacerlo.

En consecuencia, la Constituyente chilena no transcurrió en una lógica de campo de lucha entre diferentes grupos conformados alrededor de la afirmación y defensa de su proyecto político de clase en conflicto para imponerlo sobre el de su enemigo. Sino de acuerdo con una lógica ciudadanista donde cada convencional percibía su función allí, no como la imposición de sus intereses políticos, sino como la obligación de cooperar con el resto de convencionales, independientemente de su color político, con el objetivo de redactar una Constitución que respondiera al “interés común”. El Proceso Constituyente no fue percibido por estos como un proceso de lucha de clases, sino como una reactualización de la noción hegeliana de civismo o civilidad como conjunto de prácticas individuales apropiadas en aras del bien colectivo. Más que como campo de lucha, la Convención era percibida por sus actores, de acuerdo con el espejismo de la tradición filosófica del republicanismo democrático burgués, como arena pública en la cual las clases y los enclavamientos han desaparecido como por encanto y los miembros del cual actuaban como concertantes al margen de su identidad política a través del intercambio de argumentos racionales y la búsqueda del interés general, para el cual el conflicto es un obstáculo a vencer mediante el diálogo. Más que como acto de imposición de Poder por parte de la mayoría sobre las minoría,

gran parte de los convencionales del bloque de izquierdas percibían la Convención como un reino imaginario en el cual individuos representantes y portadores en su interior del interés general discuten y aprueban artículos haciendo abstracción del lugar que cada cual ocupa en la estructura social real.

Esta concepción, plasmada en la defensa de los dos tercios y la cultura de los grandes acuerdos, fue otro de los elementos que contribuyó a desactivar cualquier posible carácter transformador del texto constitucional.

Pero, además, a esto se le sumaba la existencia, en gran parte del bloque de izquierda y centroizquierda, de una concepción procedimentalista de la democracia, que hizo que su principal interés se centrara mucho más en la voluntad de reforma de la parte orgánica de la Constitución de 1980 que no en la cuestión de las garantías de los derechos y la Constitución económica, considerada esta última, incluso, como una cuestión secundaria.

Esto también tiene una explicación histórica. Desde que se reinstauró el régimen post-dictatorial en 1990, la principal preocupación y reivindicación de las fuerzas políticas democráticas había sido desmilitarizar la institucionalidad estatal, con fuerte presencia y capacidad de influencia de los militares, y eliminar los llamados enclaves autoritarios establecidos por la dictadura en la Constitución de 1980 para impedir al poder legislativo democrático naciente la capacidad de modificar cualquier cosa, ni desarrollar su propias decisiones políticas. Después de 33 años y a pesar de las reformas constitucionales producidas entre 2006 y 2019, esto no se había podido conseguir del todo.

Con tal historia, la Convención fue vista por parte de la izquierda institucional como la oportunidad definitiva para acabar esta tarea, por eso centró su atención principal, especialmente, en la reforma de la parte orgánica de la Constitución y menos en la cuestión de las garantías de los derechos y la Constitución económica. Existen evidencias claras que prueban esta tesis. Entre ellas, la distribución temática de las comisiones del Reglamento General, donde se organiza el funcionamiento de

la Convención en siete comisiones temáticas. Tres de siete se dedican a la parte orgánica de la Constitución, pero lo que, seguramente, resulta más llamativo es ver que se dedica una comisión a “Sistemas de Conocimientos, Culturas, Ciencia, Tecnología, Artes y Patrimonios”, pero, sin embargo, no existe una comisión sobre régimen económico destinada a establecer los principios básicos que regulan el sistema económico de un país y, especialmente, aquellos que establecen los parámetros de la intervención del Estado en el mercado. La cuestión económica fue considerada, en todo momento, como una cuestión secundaria.

La cuestión del modelo económico aparece como un añadido al final del nombre de la Comisión 5 llamada “Comisión sobre Medio Ambiente, Derechos de la Naturaleza, Bienes Naturales Comunes y Modelo Económico”, que abordó, casi íntegramente, temas medioambientales y en la cual el perfil profesional y vital de sus miembros es también, íntegramente, el de personas con trayectorias y cargos en las luchas o área medioambiental y de los derechos indígenas que por deformación profesional, inevitablemente, parten de una subordinación de lo económico a lo ambiental. Además, el poco interés a tocar cuestiones estructurales de la economía se hizo evidente, también, en el hecho que el principal colectivo de la izquierda en el interior de la Convención, el del Frente Amplio, decidiera no enviar a ninguno de sus 16 convencionales a integrar esta comisión. Lo mismo sucedió con el principal colectivo del centroizquierda, el Colectivo Socialista. De sus 17 miembros solo postuló a la Comisión 5 a María Castillo Boylet, bióloga no militante del Partido Socialista, quien se había presentado como candidata a la Convención en calidad de independiente, en la “Lista de Independientes de Coquimbo”, y que, posteriormente una vez ya empezada la Convención, se integró al Colectivo Socialista. Más allá de ella, el Partido Socialista no envió ninguno de sus convencionales militantes orgánicos a defender un proyecto económico nacional alternativo al neoliberalismo en esta comisión. Su prioridad fue también las comisiones de la parte orgánica.

El resultado de todo esto es que el proyecto constitucional chileno de 2022 no contiene, prácticamente, una Constitución económica, sin la cual resulta imposible transformar la base estructural del modelo neoliberal

heredado del régimen anterior. Hay que recordar que la principal demanda de los más de 1,2 millones de personas que protagonizaron, en el marco del estallido, la marcha del 25 de octubre de 2019 en Santiago, la más grande de la historia de Chile, fue el fin del neoliberalismo. El hecho de que el nuevo proyecto de Constitución no diera, de manera clara, valiente y real, respuesta a esta demanda provocó que el nuevo texto no generara ilusión.

3. La composición y metodología de funcionamiento de la Convención constitucional

Otros elementos que dificultaron poder redactar una Constitución rompedora con el modelo neoliberal y contribuyeron a deslegitimar la Convención fueron: A) La composición de la Convención Constitucional, caracterizada por la fragmentación de grupos sin proyectos políticos alternativos integrales; y, B) La organización del cronograma del trabajo y lógica de funcionamiento interna.

Si bien el día de la instalación de la Convención la mayor parte de los convencionales estaban agrupados en cinco grandes coaliciones electorales (Vamos Chile, Apruebo Dignidad, La Lista del Pueblo, la Lista del Apruebo e Independientes por una Nueva Constitución), más algunos otros independientes y los escaños reservados a indígenas; a pocos meses de su inauguración, sus integrantes ya se habían dividido, enemistado, fragmentado y reagrupado en una enorme cantidad de grupos pequeños denominados “Colectivos”. A finales de noviembre de 2021, en el quinto mes de funcionamiento, ya existían 16 colectivos diferentes, de los cuales el más numeroso no sumaba más del 11% de los votos de la Convención.



Esta fragmentación sobrevenida se explica, en parte, por el propio sistema electoral. El régimen electoral binominal mayoritario definido en Chile por la dictadura había incentivado, tradicionalmente, a los partidos a conformar grandes coaliciones para competir en las elecciones presidenciales y del Congreso. Si bien este sistema fue modificado por la Ley núm. 20.840 de 2015, el nuevo sistema mantuvo ciertos elementos de binominalidad. Tal lógica se mantuvo en las elecciones a la Convención constitucional, donde se aplicó el mismo sistema electoral que para el Congreso de Diputados.

Este sistema electoral, sumado a la cultura política de las grandes coaliciones, explica por qué los partidos políticos se presentaron a las elecciones constituyentes a través de grandes frentes electorales que incluían en su interior a partidos muy diferentes. Esto provocó que una vez elegidos y con la Convención constitucional en marcha, sus diferencias los llevaron a fragmentarse en múltiples colectivos. La fragmentación dificultó enormemente poder llegar a acuerdos en muchas ocasiones y deslegitimó la propia institución.

A esta fragmentación y vetos cruzados se le sumaba, además, que la amplia mayoría de los colectivos no tenían un proyecto político-ideológico alternativo integral de la Constitución, sino simplemente algunas reivindicaciones parciales sectoriales que defender. En procesos constituyentes anteriores como el de Bolivia (2006-2009), la conformación de la Asamblea Constituyente fue precedida de un trabajo previo de discusión y aprobación de un proyecto político-ideológico integral de Constitución por parte de la izquierda. En el caso chileno, por el contrario, existen varios elementos que hicieron que esto no fuera así.

Por un lado, parte de las coaliciones presentadas a las elecciones constituyentes, como la de los Independientes por una Nueva Constitución, etc. eran candidaturas meramente instrumentales y no programáticas o la suma de individualidades independientes y, por lo tanto, sin proyecto político definido. De los 155 miembros electos, 48 convencionales provenían de listas independientes a los partidos políticos (31%) y 40 más fueron elegidos en papeletas de partidos en los cuales no militaban, ascendiendo el porcentaje de independientes al 57%.

Por otro lado, ni siquiera aquellas fuerzas más orgánicas y articuladas cómo el Frente Amplio, que en diciembre de 2021 ganaría las elecciones presidenciales, no disponían de programa político ni de una propuesta de Constitución previa por escrito.

Y, finalmente, por otra parte, los Colectivos de los movimientos sociales (Movimientos Sociales Constituyentes, Coordinadora Constituyente Plurinacional y Popular, La Lista del Pueblo, etc.) estaban integrados por una multiplicidad de convencionales provenientes de movimientos sociales varios con demandas micro propias de su parcela de actuación pero sin un proyecto político unitario de impugnación global e integral del sistema articulado.

A esta fragmentación, se le sumó la aprobación, por parte de la Convención, de un cronograma de trabajo y de un Reglamento con una lógica de funcionamiento interna que resultaron nefastos.

El cronograma de trabajo estableció que de los 12 meses de los que se disponía para redactar el texto, los primeros siete meses se dedicarían a tareas de aprobación de los reglamentos internos, escucha de la ciudadanía mediante audiencias públicas y difusión territorial del proceso, sin entrar en la discusión y aprobación de contenido constitucional, lo que no empezó hasta enero-febrero. Esto, no solo generaba la sensación pública, amplificada por la derecha, de que los convencionales no avanzaban en nada, sino que obligó a discutir y aprobar los 499 artículos del primer borrador de Constitución en tan solo cuatro meses, haciendo que una gran parte de artículos se acordaran y aprobaran, con prisas, fruto de negociaciones y acuerdos improvisados entre pocas personas en los pasillos durante los recesos del pleno, sin mayor deliberación ni debate. Y el resto de las partes se mantuvieron igual o sin demasiadas modificaciones que las ya previstas en la vieja Constitución, puesto que no hubo tiempo para discutir las.

Y respecto a la lógica de funcionamiento interno, la manera de conformar las comisiones temáticas en Chile fue diferente a la que se acostumbra a usar en las cámaras legislativas de todas partes. No se garantizaba, en las comisiones, el mismo juego proporcional de mayorías y minorías que había en el pleno. De acuerdo con el art. 70 del Reglamento general, la manera de conformar las comisiones consistía en que cada convencional manifestaba a qué comisión quería ir y conseguía el apoyo de otros para ser nombrado a ésta. Esto hacía que en cada comisión existieran mayorías y minorías políticas diferentes y estas también eran diferentes a las del Pleno, y más aún en una convención tan fragmentada con grupos con muy pocos convencionales. De este modo, el hecho de que después de largos procesos de negociación se consiguiera aprobar, por dos tercios, una propuesta de articulado en la comisión, al llegar luego al pleno, como que el juego de mayorías era diferente y esta no obtenía los dos tercios, siendo rechazada y devuelta, haciendo absolutamente difícil aprobar cualquier cosa.

En resumen, la división de la izquierda en múltiples Colectivos y convencionales con demandas fragmentadas, aisladas y no integradas en un proyecto unitario e integral de Constitución, unido a la mala organización del cronograma de trabajo y la lógica de funcionamiento de la

Convención, contribuyó a la deslegitimación social de la Convención a medida que pasaban los meses.

4. La ausencia de conflicto social y la participación domesticada

Otro de los factores que permite explicar la ausencia de una Constitución antineoliberal es, en el caso chileno, la forma de la intervención ciudadana en el proceso constituyente.

La Convención constitucional chilena afirma haber sido una de las más participativas de la historia. Sin embargo, la tesis que defiendo es que la Convención transcurrió en un clima de coparticipación pero no de lucha social, que son cosas diferentes. Esto hizo que no existiera el que, seguramente, es uno de los principales elementos radicalizadores de cualquier proceso: el conflicto social.



La lucha y la coparticipación social son dos formas diferentes de intervención de la sociedad en el espacio político. Estas se diferencian por su motivación, su materialización y su función (NOGUERA y NAVAS, 2016: 50-59).

Por un lado, la lucha social se caracteriza por tener una motivación ideológica estrechamente vinculada: en primer lugar, a una crítica al orden estatal y económico neoliberal; y, en segundo lugar, a una estrategia de

transición, a un desbordamiento de las estructuras estatales, las instituciones políticas y sus relaciones de distribución, para reorganizar formas alternativas de apropiación, gestión, organización y dirección de recursos y procesos sociales y políticos. La lucha social es, en resumen, la politización de los diferentes tipos de escasez o precarización social, de la cual emana una acción colectiva conflictiva que desborda los espacios institucionales estatales para crear nuevas realidades. Esta se materializa en escenarios de desorden, puesto que su objetivo es desorganizar el viejo orden para organizar uno de nuevo. La función que ejerce es la de generar movimiento transformador y/o democratizador.

Por otro lado, y por el contrario, la coparticipación social se caracteriza para tener una motivación técnica. La participación carece aquí de proyecto histórico y se limita a dinámicas particulares de participación individual integradas en órdenes institucionales “abiertos”. La coparticipación de los ciudadanos se construye como concesión de un derecho formal a “ser consultado en” o “formar parte de” los procesos decisorios de la institucionalidad estatal, pero sin que esta participación se construya a partir del conflicto estructural con los propios principios de organización política de la sociedad y las formas de distribución de la riqueza social. Su ejercicio se materializa de manera ordenada y procedimentalizada dentro de los canales de la racionalidad institucional. Se trata de una práctica participativa ligada a disposiciones normativas y reglamentarias preestablecidas, plazos, formularios de inscripción o queja, solicitudes, etc. que la convierten en un mero procedimiento técnico desideologizado que, además, en Chile se hacían a través de una plataforma digital por internet. En consecuencia, la participación acaba siendo no la irrupción popular de la masa en el escenario político para transformar de manera estructural la realidad, sino la mera implementación del contenido de un conjunto de normas y procedimientos institucionales preestablecidos. La función que ejerce no es de transformación sino de legitimación formal conservadora de la institucionalidad que lo opera.

Cómo decía, la tesis que sostengo es que si bien, durante los años previos al plebiscito constituyente, se dan en Chile ciertos estallidos sociales que conforman episodios de lucha social (el estallido de los estudiantes de

2006 y 2011; las movilizaciones del movimiento feminista; el movimiento “No más AFP” en 2016 y el 18-O de 2019) y que, sin duda, permiten abrir el proceso constituyente, la no existencia en el país, más allá del movimiento mapuche, de estructuras orgánicas fuertes capaces de sostener una acción política prolongada hace que la intervención de la ciudadanía durante la etapa de redacción de la Constitución adoptara la forma de coparticipación pero no de lucha social. Esto, como decía antes, hizo que no existiera uno de los principales elementos radicalizadores de todo proceso político: el conflicto social.

No deja de ser sorprendente que en un momento constituyente, donde se está redefiniendo la totalidad articulada de relaciones económicas, políticas, sociales y culturales, no exista algún tipo de movilización ni conflicto en las calles del país. El Proceso Constituyente boliviano (2006-2009) se desarrolló entre enfrentamientos sociales con muertes y heridos. Lo mismo se temía que pudiera pasar en el proceso de Ecuador (2008-2009) que, para evitarlo, instaló la sede de la Asamblea Constituyente no en Quito sino encima de un cerro de difícil acceso en el municipio de Montecristi, en la región litoral de Ecuador donde, a pesar de encontrarse a 400 km de la capital, continuaban llegando marchas de sectores diversos. Nada de esto ocurrió en Chile. Difícilmente se puede redactar y conseguir aprobar una Constitución antineoliberal si el trabajo de los convencionales dentro de la Asamblea no va acompañado de movilización y conflicto social en la calle.

En resumen, el día 4 de septiembre de 2022, se enterró en Chile una oportunidad histórica para poner fin a la Constitución de Pinochet. Después de la contundencia de los resultados del “Rechazo” en el referéndum, resulta difícil creer que la derecha estará dispuesta a un nuevo proceso Constituyente que vaya más allá de introducir meras reformas cosméticas en la vieja Constitución. Entender y pensar los errores en la dirección y gestión del proceso chileno que han conducido a esta situación, es de fundamental importancia para evitar volver a repetirlos en experiencias próximas.

REFERENCIAS

- Atria, Fernando; Salgado, Constanza; y Wilenmann, Javier (2017). *Democracia y neutralización. Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional*. Santiago de Chile: LOM.
- Fuentes, Claudio (2013). *El pacto: poder, Constitución y práctica políticas en Chile (1990-2020)*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.
- Noguera, Albert y Navas, Marco (2016). *Los nuevos derechos de participación ¿Derechos constituyentes o constitucionales? Estudio del modelo constitucional de Ecuador*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Asociación ilícita y *lawfare* en Argentina

Constanza Estepa*
Marcelo Maisonnave**

1. Introducción

Entre el 20 y 26 de septiembre de este año tuvo lugar en la ciudad de Nueva York la 77^o Asamblea General de las Naciones Unidas, cada año, todos los mandatarios y mandatarias de los Estados miembros se reúnen para tratar asuntos de interés global. Si bien en esta ocasión buena parte de los discursos giraron en torno a la necesidad de aunar esfuerzos para garantizar la seguridad alimentaria y energética, como así también combatir el cambio climático a través de la reducción de la emisión de gases de efecto invernadero; destaca la conferencia de la Presidenta de Honduras, Xiomara Castro, quien no sólo expresó que los países centrales del orden mundial son los responsables por el grave deterioro del ambiente, sino que además aseveró la necesidad de ponerle un freno regional al

* Abogada, U.N.R. Maestra en Derechos Humanos U.A.S.L.P. Docente de Derechos Humanos y Derecho Constitucional II, FDER-UNR. Becaria Doctoral CONICET. Directora de Investigaciones de la Cátedra de Pensamiento Constitucional Latinoamericano ICLA-UNR. Investigadora del Grupo de Trabajo de Crítica Jurídica y conflictos sociopolíticos de CLACSO. Investigadora del Observatorio de Lawfare de CELAG. constanzaestepa@hotmail.com

** Abogado, U.N.R. Maestro en Derechos Humanos U.A.S.L.P. Docente de Derechos Humanos y Derecho Constitucional II, FDER-UNR. Docente en la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado. Director de Investigaciones de la Cátedra de Pensamiento Constitucional Latinoamericano ICLA-UNR. Investigador del Grupo de Trabajo de Crítica Jurídica y conflictos sociopolíticos de CLACSO. Investigador del Observatorio de Lawfare de CELAG. marceloamaisonnave@gmail.com

lawfare: “Las naciones pobres del mundo ya no soportamos golpes de Estado, el uso de *lawfare*, ni Revoluciones de Colores, usualmente organizadas para expoliar nuestros vastos recursos naturales”.

En las líneas que siguen, historizamos el surgimiento del delito de asociación ilícita para vincularlo con la causa *Vialidad* que tiene como principal acusada a Cristina Fernández de Kirchner. Por su parte revisamos cómo este montaje mediático-judicial alcanzó su cénit con el fallido atentado contra la vida de la Vicepresidenta de la Nación Argentina.

2. Genealogía del delito de asociación ilícita en Argentina

El 2 de diciembre de 1918, en un contexto de precarización laboral, desempleo, escasez de alimentos e inflación generalizada, los obreros metalúrgicos de los Talleres Vasena e Hijos, una de las empresas que protagonizó el auge industrial argentino sobre principios de 1910, se declaran en huelga. Entre otras cuestiones, los trabajadores reclamaban al Directorio la reducción de las jornadas de trabajo -de 11 a 8 horas-, el pago de horas extras, la reincorporación de obreros despedidos y la mejora en las condiciones laborales.

Durante el mes de enero de 1919 la intransigencia patronal contra los reclamos agudizó el conflicto entre los trabajadores y Vasena, dando inicio a un ciclo de resistencias obreras que comienzan a amplificarse y expandirse a otros sindicatos y barrios de la Ciudad de Buenos Aires. Si bien no es posible encontrar datos oficiales sobre la cantidad de muertos, se estima que los incidentes producidos por las sucesivas represiones sangrientas de la policía contra los trabajadores generaron centenares de muertos y miles de heridos (Schavelzon Chavin y Igareta, 2014). Este estallido social es conocido en la historia argentina como *Semana Trágica*.

Pero, ¿qué tiene que ver la Semana Trágica con el delito de asociación ilícita? Nada es casualidad. El conflicto desatado por las exigencias de mejoras laborales de los obreros metalúrgicos en la que el Estado tuvo su

primer impulso de respuesta mediante la represión, fue resuelto con una 'ley' que incorporó la figura penal de asociación ilícita en el Código Penal. Esta figura es la contracara del derecho a la libertad de reunión, expresión, asociación y participación política. Toda vez que abre una ventana 'legal' para perseguir penalmente a sindicalistas y militantes sociales que se asocian y organizan en defensa de sus derechos.

En 1921, tan sólo dos años después de la Semana Trágica, el Congreso de la Nación incorporó el delito de *asociación ilícita* en el Código Penal -luego de varios intentos fallidos previos- como un "delito contra el orden público". Este hecho constituye un claro ejemplo del uso del poder punitivo estatal para perseguir la organización social a través de la ley penal.

Dentro de la criminología crítica, los trabajos de inspiración económica del derecho, sostienen que en la base de formación del derecho penal están los intereses de aquellos grupos que tienen el poder de influencia sobre los procesos de criminalización. Por eso, la categorización de un comportamiento como delito responde esencialmente a situaciones políticas de desigualdad de poder entre los sectores dominantes y los grupos dominados (Baratta, 2004; Austin, 1969; Vold, 1958). En Argentina, los grupos dominantes han sido los sectores concentrados del poder nacional e internacional que históricamente estuvieron aliados a las dictaduras y gobiernos neoliberales.

En estos tiempos convulsionados donde es hegemónico el capitalismo cognitivo en plena revolución de las tecnologías de la información y la comunicación, se suscitan conflictos y disputas por otros medios (Sierra Caballero, 2017). Así, el *lawfare* ha ido ganando terreno en América Latina como una alternativa 'legal' a los golpes de Estado (Gils Carbó, 2021). En la actualidad, estamos asistiendo a un montaje mediático-judicial contra la vicepresidenta Cristina Fernández de Kirchner por la causa *Vialidad*. En esta causa, que se encuentra en etapa de alegatos, CFK fue procesada como jefa de una asociación ilícita ¿casualidad?

3. Causa Vialidad y *Lawfare*

Para los fiscales Diego Luciani y Sergio Mola, CFK es la jefa de una asociación ilícita que se extendió durante los tres mandatos de gobierno peronistas desde 2003 a 2015. Es decir, plantean que todo el gobierno kirchnerista fue un montaje para delinquir. Podemos recordar que ni en el Juicio a las Juntas Militares de la década del '80, ni desde la reanudación de los juicios desde el año 2003, se planteó como acusación que los jerarcas de la dictadura cívico-militar hayan conformado una asociación ilícita desde el gobierno de facto. Es decir, la figura que pretenden imponer contra CFK, ni siquiera fue planteada para el peor gobierno de la historia argentina, responsable de los crímenes más atroces.

En noviembre de 2019, el Relator Especial para la Independencia de los Magistrados y Abogados del Alto Comisionado de la Organización de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Diego García-Sayán, expresó su preocupación ante las denuncias que recibió en torno a *“presuntos actos de amenaza, intimidación y presión a magistrados y magistradas, fiscales y abogados y abogadas, incluyendo: la manipulación del Consejo de la Magistratura; la selección, designación, traslado y subrogación de jueces y juezas sin tener en cuenta las garantías establecidas en los estándares internacionales; la intimidación contra la Procuradora General y fiscales; los ataques contra jueces y juezas y fiscales cuyas actuaciones no responderían a los intereses del poder ejecutivo; campañas mediáticas contra jueces y juezas, fiscales y abogados y abogadas; y los procesos de sustitución, suspensión y destitución de jueces y juezas sin respetar los requisitos establecidos en los estándares internacionales, entre otras actuaciones”*. Más aún, el Relator sostuvo que *“considero que las informaciones recibidas son suficientemente fiables para indicar que existe un asunto que justifica una atención inmediata”*.

Estos hechos denunciados, acontecidos durante los años de gobierno de Mauricio Macri, fueron coordinados por la llamada “mesa judicial macrista”, integrada por el propio Macri, y quienes fueron entonces Jefe de gabinete Marcos Peña Braun, Ministro de Justicia Germán Garavano, Director de la Agencia Federal de Inteligencia Gustavo Arribas, asesor

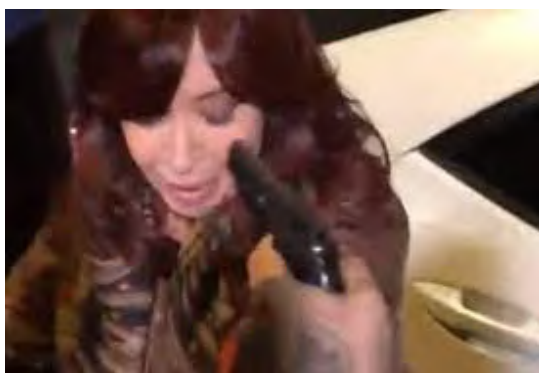
Fabián “Pepín” Rodríguez Simón, jefe de Asesores de la Presidencia José Torello, y secretario Legal y Técnico Pablo Clusellas, entre otros. Respecto de “Pepín” Rodríguez, desde que la jueza Servini de Cubría lo citó a indagatoria en marzo de 2021, se dio en fuga al exterior del país (presumiblemente a Uruguay) y no retornó, burlando las obligaciones ante el Poder Judicial que ni CFK ni ningún funcionario kirchnerista evadieron. La causa por la que fue citado “Pepín” investiga las presiones a los dueños del Grupo Indalo, al que pertenece el canal televisivo C5N, de parte de ex funcionarios integrantes o vinculados a la mencionada mesa judicial macrista.

Eugenio Raúl Zaffaroni, en el prólogo de “Justicia a la carta. El Poder Judicial en la era macrista”, el libro que coordinó Emanuel Desojo y que fue publicado en 2020, refiere que el Estado de Derecho argentino “*nunca estuvo tan deteriorado desde que hace treinta y cinco años retomó el ansiado cauce constitucional*”. Lo peor, de acuerdo a Zaffaroni y a quien adherimos, es que lo que se revela incapaz de cumplir con el objetivo esencial del sistema republicano, esto es, distribuir el poder para un ejercicio ordenado de la soberanía popular, es el propio proyecto de Estado. Está en crisis el acuerdo básico, elemental, que toma forma en la Constitución Nacional, por efecto de las “*mutaciones del poder mundial y de sus actuales tácticas colonialistas. Nuestra Constitución Nacional, proyectada y sancionada en el marco del poder mundial de mediados del siglo XIX, resulta inservible en el actual contexto planetario, pues su distribución del poder, lejos de posibilitar hoy el ejercicio ordenado de la soberanía, ha permitido su concentración para que, en forma unipersonal y arbitraria, se rinda esta ante las exigencias del colonialismo financiero transnacional*” (Zaffaroni, 2020).

Al menos doce son las causas que se impulsaron en los últimos años contra CFK. En cinco de éstas se la acusa de asociación ilícita. Actualmente, la vicepresidenta enfrenta instancias definitivas en la causa ‘Vialidad’; habrá otra audiencia por la causa ‘Memorándum con Irán’; y tiene otras causas tramitándose en la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y la Cámara Federal de Casación Penal. No hay que olvidar que en Argentina estamos a un año de la definición de las candidaturas presidenciales

y el *lawfare* tiene un afinado sentido para intensificarse en los momentos política y electoralmente cruciales (CELAG, 2022).

En 2020 pocos hubieran imaginado que, dos años después, estaríamos aún peor que entonces. Con la vicepresidenta acusada de asociación ilícita en una causa amañada como Vialidad, con un sistema judicial que no da garantías de respeto al debido proceso y a los derechos humanos, y qué decir del intento de magnicidio en plena calle ante la vista en vivo y en directo de todo el país. En este momento, se empiezan a conocer los hilos conductores de los perpetradores materiales del intento de magnicidio hacia posibles autores o cómplices intelectuales.



Cuatro son las personas que hasta el momento están detenidas por el atentado contra la vida de CFK, sin embargo el abogado que patrocina a la vicepresidenta, Juan Manuel Ubeira, afirmó que “hay alguien de más nivel y vinculado a la oposición, que tuvo intervención directa en la idea del homicidio de la vicepresidenta” (PÁGINA 12, 9 de octubre de 2022). Es decir, las cuatro personas detenidas no serían las únicas responsables del intento de asesinato. Ubeira denunció recientemente que “no hay ningún interés por parte del Poder Judicial de esclarecer el intento de magnicidio a la vicepresidenta”. De hecho parte de la pista que se debe investigar está asociada al financiamiento del grupo que perpetró el atentado, donde se podrían encontrar vínculos con espacios políticos de extrema derecha. Asimismo, la querrela ha pedido mayor celeridad y recursos para la investigación en virtud de las altas probabilidades de que se pierda material de prueba. Se le ha pedido a la Corte Suprema de

Justicia de la Nación (CSJN) que envíe más recursos a la jueza a cargo de la causa, a la Cámara Federal que suspenda los turnos al juzgado de María Eugenia Capuchetti –jueza que investiga el atentado contra CFK- y al procurador Ricardo Casal que brinde refuerzos a la fiscalía. Nada de esto sucedió. Es imposible imaginar hasta dónde llegará el deterioro del sistema republicano y democrático en Argentina si esta investigación no avanza. En el alegato final de la causa de Vialidad, CFK expresó sentirse “en estado de indefensión, con este país y este poder judicial”.

Si bien el escenario argentino actual presenta diferencias sustanciales con el de principios del siglo XX, la tensión entre el discurso jurídico y los intereses político-económicos de los sectores concentrados se mantiene vigente de manera particular a través del derecho penal. Se requiere una comunidad jurídico-académica organizada y profundamente comprometida con los sectores populares que reclaman justicia y un horizonte de auto gobierno. Una comunidad académica que tome posición y se comprometa frente a las contradicciones disfrazadas de derecho, porque el *lawfare* ha erosionado hasta tal punto los principios democráticos que creíamos consolidados, que es hora de barajar y dar de nuevo.

Brasil está a punto de elegir presidente, y es muy probable que sea electo Lula Da Silva, quien fuera dos veces presidente, líder histórico del Partido de los Trabajadores y quien tuvo que atravesar 580 días preso por un delito que no cometió, lo cual le implicó ser proscripto en las elecciones de 2018 que consagraron a Jair Bolsonaro como presidente del Estado más grande y la economía más fuerte de América Latina. Esto debe generar un cisma en el modo en el que construimos nuestros esquemas institucionales y jurídicos, porque algo grave está atacando a las democracias latinoamericanas.

Las víctimas directas del *lawfare*, no son, acaso, los dirigentes políticos. Son los pueblos, los marginados, las vulneradas, los sectores históricamente excluidos, que sufren condiciones de indignidad en un mundo que ostenta opulencia, lujo y éxito imparables de la mano de las grandes corporaciones privadas.

4. Nota final

¿Qué hacer ante una realidad tan preocupante?

Por lo pronto, desde nuestro lugar de ciudadanos y en particular como estudiosos del Derecho, lo primero es trabajar por la reconstrucción de acuerdos básicos que son imprescindibles para convivir en cualquier sociedad democrática. Es necesario recuperar el Poder Judicial brindando mayor participación a la ciudadanía, con más transparencia, democratizando los mecanismos de selección de jueces y juezas, repudiando e investigando al fondo cada hecho de violencia política y que los responsables sean efectivamente condenados, aislando a quienes pretenden usufructuar de las tecnologías de la información y la comunicación para instalar posverdades, *fake news* y mecanismos de colonialismo cultural, y lo más importante: fortaleciendo las redes comunitarias, regenerando la confianza y los anhelos de construir una sociedad con justicia social.

BIBLIOGRAFÍA

Baratta, Alessandro (2004). *Criminología crítica y derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*. Buenos Aires: Siglo XXI.

CENTRO ESTRATÉGICO LATINOAMERICANO DE GEOPOLÍTICA (CELAG) - Observatorio de Lawfare. *El ataque judicial contra CFK en Argentina y las 12 causas*, 5 de agosto de 2022, disponible en <https://www.celag.org/el-ataque-judicial-contra-cfk-en-argentina-y-las-12-causas/>.

Desojo, Emanuel (coord.). (2020) *Justicia a la carta: el Poder Judicial en la era macrista:*

un relato imparcial del Plan sistemático y estructural de Cooptación del Poder Judicial en el gobierno de Cambiemos / prólogo de Eugenio Raul Zaffaroni. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO; La Plata: Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación Universidad Nacional de La Plata.

Ganón, Gabriel Elías, “El derecho a la protesta social y la crítica a la violencia” en

Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 7 (13), Noviembre 2017.

Kollman, Raúl y Hauser, Irina (9 de octubre de 2022). Atentado a Cristina Kirchner: “Hay alguien por arriba y ya sabemos quién es”, dicen los abogados de la vicepresidenta en *Página 12*, Buenos Aires, disponible en <https://www.pagina12.com.ar/488262-atentado-a-cristina-kirchner-hay-alguien-por-arriba-y-ya-sab>.

Sierra Caballero, Francisco. (2017). Tecnopolítica y nuevo sensorium. Notas para una teoría de la cibercultura y la acción colectiva, en SIERRA CABALLERO, Francisco y Gravante, Tomasso. *Tecnopolítica en América Latina y el Caribe*. Sevilla: Comunicación Social Ediciones y Publicaciones.

Schavelzon Chavin, Daniel Gaston; Igareta, Ana Teresa. La destrucción de la modernidad:

los talleres Vasena y la Semana Trágica en Buenos Aires. *Anuario de Arqueología*; 6; 7-2014; 13-21, Universidad Nacional de Rosario. Departamento de Arqueología.

Vold, George B. (1958). *Theoretical Criminology*. New York: Oxford University Press.

Turk, Austin. (1969). *Criminality and Legal Order*. Chicago: Rand McNally.

Turk, Austin. (1982). *Political criminality. The defiance and defense of authority*. California: SAGE Library of Social Research.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro (2002). *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: EDIAR.

La comunidad Júba Wajiín

Movilización y contra movilización legal contra la minería en México

Alejandro Karin Pedraza Ramos*

Cada vez es más frecuente que diversos actores sociales en México, cómo los pueblos indígenas, recurran a los tribunales, como parte de estrategias de Movilización Legal (ML) para hacer valer sus derechos humanos. Las comunidades han sabido conocer y usar el sistema normativo nacional e internacional que se les quiere imponer desde afuera, para hacer valer sus intereses y demandas, disputar el contenido sustantivo de sus derechos, construir autonomía y autodeterminación, así como para hacer frente a los embates de los procesos extractivos en sus territorios.

* Profesor Asociado “C” Tiempo completo en el Colegio de Desarrollo y Gestión Interculturales, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro del Grupo de Trabajo CLACSO “Crítica jurídica y conflictos sociopolíticos”. El presente trabajo fue presentado en el Coloquio Taller “Pensamientos jurídicos críticos y derechos humanos en América Latina” en la mesa: Luchas sociales, pueblos indígenas y realidades en Nuestra América, el 6 de junio de 2022. Este evento se celebró en preparación de la 9ª Conferencia Latinoamericana y Caribeña de Ciencias Sociales Tramas de las desigualdades en América Latina y el Caribe. Saberes, luchas y transformaciones, efectuada del 7 al 10 de junio de 2022 en la Ciudad de México.

El objetivo de este trabajo es reflexionar en torno a los procesos de movilización legal llevados a cabo por la comunidad indígena Júba Wajiín, de San Miguel en México, para hacer frente a los procesos extractivos que se pretendían imponer en su territorio, así como a las estrategias de contra movilización legal llevadas a cabo para frenar las demandas de los pueblos. La contramovilización legal se lleva a cabo mediante acciones legales, pero también a través de omisiones jurídicas y legislativas que tienen por objetivo frenar, desarticular, o posponer los cambios jurídicos y sociales que debería devenir de las movilizaciones legales llevadas a cabo por los pueblos, lo cual además pone en riesgo su existencia y sus derechos.

Movilización y contra movilización legal

Como lo ha advertido Balakrishnan Rajagopal (2015), poco a poco el discurso de los derechos humanos se ha convertido en un lenguaje progresista en el Tercer Mundo, el cual ha servido para enmarcar las luchas y demandas de los movimientos sociales como parte de una estrategia que tiene por objetivo dar legitimidad a sus demandas y, mediante su judicialización, lograr se pongan en marcha mecanismos jurídicos e institucionales para el disfrute y la garantía de los derechos demandados. En México, esta estrategia se ha fortalecido sobre todo a partir de la reforma de derechos humanos de 2011.

Como enfatiza la jurista y politóloga Alba M. Ruibal (2015), en América Latina, en las últimas décadas: “El lenguaje de los derechos ha permeado los reclamos políticos de los movimientos sociales, que han recorrido crecientemente al marco constitucional y de derechos humanos para mantener sus demandas” (Ruibal, 2015: 176). Ello ha permitido a diversos actores sociales desarrollar nuevas formas de acción colectiva en la lucha por la defensa de sus derechos. Pues, poco a poco, algunas cortes (en particular las constitucionales) han pasado de ser consideradas un obstáculo, a ser usadas como una vía legal explotable en la lucha por los derechos (Sandoval, 2013). La movilización social recurre cada vez más al lenguaje de los derechos para posicionar y hacer valer sus demandas, e

incluso, podría afirmarse que uno de los objetivos de dichos movimientos también es incidir en la re-configuración del campo legal.

En concordancia con Frances Kahn Zemans (1983), para quien la movilización legal es una forma de actividad política mediante la cual los ciudadanos utilizan la autoridad pública en su propio nombre, Riulba (2015) propone entender la movilización legal “como la articulación de aspiraciones y reivindicaciones políticas a través del discurso de los derechos. Así, se considera que la movilización legal incluye las acciones de litigio y judicialización, pero también, de manera más general, el uso del lenguaje de los derechos por parte de los movimientos sociales y el encuadre de sus reclamos a través de marcos discursivos que incorporan e interpretan conceptos legales” (RUILBA, 2015: 182). Según este enfoque, la movilización legal puede generar un impacto positivo en la opinión pública, pues jugar las reglas del juego del sistema normativo estatal, influye en la percepción de la sociedad y contribuye a legitimar el “derecho a tener el derecho” exigido.

Sin olvidar que, para muchas autoridades y grupos hegemónicos, es incluso una estrategia recurrente judicializar una demanda social con el objetivo de limitarla, transformarla, restringirla e, incluso, deslegitimarla, sobre todo cuando se considera que la exigencia social no está claramente contenida en la norma o la excede. Aunque, socio-políticamente hablando, los derechos no están restringidos a su enunciación y reconocimiento normativo, si bien es necesario, ello no agota el proceso de creación de derechos. Además, la denominación jurídica de una demanda social también es capaz de resignificar derechos o crearlos. Las leyes con las cuales se busca normar, regular y garantizar un derecho, deben considerar y responder a las demandas de la sociedad; aunque es precisamente esta búsqueda de consideración y concordancia de la demanda social la que genera buena parte de los conflictos socio-legales.

Como puede advertirse, el problema no sólo radica en que las cortes acepten los reclamos de los pueblos, pues la judicialización de una demanda está condicionada sobre todo a la manera en la cual la autoridad correspondiente reconoce, interpreta y aplica el derecho demandado.

Para Orlando Aragón y Érika Barcenas (2021), en los conflictos socio-legales en los cuales están en juego los derechos de los pueblos indígenas, se presenta una dinámica jurídica que pueden representarse como una máscara de Jano, una máscara bifronte compuesta por relaciones contrarias: negación y reconocimiento, aunque, en principio excluyentes entre sí, coexistentes: “Se dirá entonces, que en el primer rostro, el de la negación, tiene tres gestos diferentes y que guardan una relación gradual entre ellos: la inexistencia, la superioridad y la suplantación. De la misma manera, en el segundo rostro, el del reconocimiento, también tiene tres gestos distintos y graduales: la diferencia cultural, la perspectiva intercultural y el horizonte poscolonial” (Aragón y Bárcenas, 2021: 26).

Si bien la apuesta del movimiento indígena es por el reconocimiento de su diversidad y exigen que las autoridades actúen con perspectiva intercultural a la hora de atender conflictos relacionados con sus pueblos y comunidades, vale la pena enfatizar los “gestos de negación” llevados a cabo por las instituciones estatales, ya que estos pueden constituirse como actos de contra movilización legal, ser su antesala e incluso su condición de posibilidad.

Según la caracterización de Bárcenas y Aragón, la primera relación de negación se presenta ante situaciones jurídicas en las que las autoridades estatales actúan o juzgan como si la diversidad jurídica y los derechos asociados a ellas no existieran, no estuvieran reconocidas legalmente o no fueran relevantes para ser consideradas. Como segundo gesto está la superioridad, el cual se produce en situaciones jurídicas en las que si bien la autoridad estatal reconoce la existencia de las justicias indígenas, “las desecha con acciones o razonamientos por considerarlas inferiores, atrasadas o indeseables con respecto a una que se estima más avanzada o superior” (Aragón y Barcenas, 2021: 28). Este proceso se justifica muchas veces como resultado de una ponderación y jerarquización de derechos, pero en el fondo encubre visiones coloniales y racistas de los sistemas normativos indígenas, de las decisiones tomadas en ellos e incluso de pueblos y comunidades quienes las materializan. El tercer gesto es el de la suplantación, la cual “desde el principio es compleja porque supone un reconocimiento falso, por medio de la instrumentalización o

de plano de la suplantación de las formas o instituciones tradicionales de justicia vinculadas con los controles y las dinámicas comunitarias” (Aragón y Barcenás, 2021: 28).

En este complejo esquema el Estado visibiliza y reconoce la existencia de las justicias indígenas, pero las suplanta en la medida en que “no responde a formas e instituciones de justicia indígena bajo el control comunitario, sino a expresiones consideradas así por el Estado mexicano, que son funcionales para su sistema de gobernanza neoliberal” (Aragón y Barcenás, 2021: 28). Aunque, estos espacios usurpados (como los juzgados indígenas de Puebla o los juzgados comunales de Michoacán) también han abierto campos de disputa en los que las comunidades luchan contra las autoridades estatales para visibilizar sus demandas y hacer valer sus formas de decir e impartir justicia.

Lo paradójico de la representación jurídica presentada por Aragón y Barcenás es que, como contraparte a la cara de negación, se pueden presentar diferentes niveles de reconocimiento (diferencia cultural, perspectiva intercultural y horizonte poscolonial), no del todo dicotómicos y excluyentes de sus opuestos. Pues, incluyen elementos que aunque en principio parecen abonar al reconocimiento y emancipación de los pueblos, en su puesta en práctica no queda garantizado dicho resultado. Tal es el caso de los peritajes antropológicos que si bien han servido como herramienta de visibilización e incluso de configuración del enfoque intercultural, transfieren el reconocimiento de una práctica indígena a un tercero, ajeno a la comunidad, quien debe certificar su existencia. En todo caso, es sumamente importante el tipo de relación negación/reconocimiento que los MS ven en sus demandas, para determinar la estrategia jurídica y política que desde la movilización legal se puede dar.

Del mismo modo que la movilización legal puede ser útil a las demandas y exigencias de la movilización social, también ha sido usada por diversos actores para oponerse a los procesos de democratización y garantía de viejos y nuevos derechos, como parte de estrategias de contra movilización legal. En sentido estricto, la contra movilización legal se lleva a cabo por diversos actores sociales, partícipes o interesados en el

conflicto social y legal, al poner en marcha procesos jurídicos cuyo objetivo es disputar a los MS la significación, acceso, garantía y disfrute de los derechos directamente en los tribunales.

Además, hay un fenómeno que si bien no necesariamente “moviliza” al derecho y a los tribunales contra las demandas jurídicas de los MS, es muy útil y hace las veces de antesala o condición de posibilidad de las estrategias de contra movilización. Me refiero al fenómeno de “desentendimiento normativo”, como son las omisiones legislativas. Esto podemos ilustrarlo refiriendo al artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que enuncia un cúmulo amplio de derechos de los pueblos indígenas, pero que en lo referente al derecho a la autonomía transfiere las condiciones de su disfrute y garantía a las normas locales de los diferentes estados de la nación, siendo que dichas normas no se han creado o son muy generales. De igual modo sucede con el derecho a la consulta, donde la inexistencia de una ley federal y de leyes locales para regularlo ha sido usado como pretexto útil para negar a las comunidades el disfrute efectivo de dicho derecho.

Por desentendimiento normativo entiendo el fenómeno en el cual, quien tiene la facultad de crear, aplicar e interpretar la ley, concientemente omite asumir obligaciones jurídicas, estándares interpretativos, jurisprudencias y condiciones sociojurídicas trascendentes para atender las demandas de la sociedad. Como se puede observar, este fenómeno de desentendimiento normativo, concuerda también con los niveles de negación propuestos por Aragón y Bárcenas referidos líneas atrás. El desentendimiento contempla diversos niveles y formas de negación de significados y obligaciones jurídicas por parte de las autoridades, ya sea porque se actúa de manera limitada ante ellas, se les manipula según diversos intereses o se omite cumplir con las obligaciones judiciales y legislativas. En todo caso, lo que hay que resaltar es que las estrategias de contra-movilización tienen por objetivo cerrar ventanas de oportunidad jurídica que puedan ser aprovechadas por otros movimientos sociales para acceder al disfrute efectivo de sus derechos.



La comunidad Júba Wajiín de San Miguel del Progreso contra la minería

El caso de la comunidad Me'phaa, Júba Wajiín de San Miguel del Progreso, en la Costa chica de Guerrero, es un caso paradigmático donde podemos observar claramente el fenómeno de movilización y contra movilización legal. El proceso de lucha comenzó en 2011 cuando la comunidad se enteró, mediante una solicitud de información pública, que la Secretaría de Economía había concesionado a la empresa Hochschild Mining —de origen peruano y con capital inglés— buena parte de su territorio para explotación minera sin consultarle ni informarle la decisión. La comunidad se movilizó social y jurídicamente, con apoyo del Centro de Derechos Humanos de La montaña “Tlachinollan”, para frenar el proceso extractivo de minería que la empresa quería poner en marcha en su territorio. Frente a la amenaza extractiva, la comunidad misma sufrió un proceso de reconfiguración de su identidad y su territorio, la inherente relación entre la identidad agraria y la identidad indígena fue reforzada

como resultado del conflicto, lo que de acuerdo con Teresa Sierra (2017) también “revela la decisión del pueblo me´ phaa Juba Wajiín de activar sus instituciones en la defensa del territorio y de acudir al derecho estatal para exigir justicia” (Sierra, 2017: 166).

Ante la ausencia de mecanismos jurídicos claros para hacer valer sus derechos y frenar el proceso extractivo, la comunidad recurrió a formas organizativas y mecanismos jurídicos ya conocidos. En asamblea decidieron hacer uso de la Ley Agraria para presentar sus demandas, sobre el supuesto de que dicha herramienta jurídica les permite decidir el uso que darán a su territorio¹.

La movilización legal comenzó el 13 de julio de 2013, cuando la comunidad decidió interponer un primer amparo ante la justicia federal exigiendo la cancelación de las concesiones, además de solicitar la revisión de constitucionalidad de la ley minera mexicana, por considerarla violatoria de sus derechos humanos como pueblos indígenas y contraria a los estándares y tratados internacionales en la materia.

En un primer momento, el Juez Tercero de Distrito del Centro Auxiliar de la Séptima Región en Acapulco, Guerrero, el 6 de febrero de 2014 otorgó el amparo a la comunidad de San Miguel del Progreso reconociendo que la concesión minera violó el derecho colectivo a la consulta, poniendo con ello en riesgo la supervivencia de la comunidad indígena (Sentencia de Amparo Indirecto 167/2014). No obstante, en su argumentación el juez decidió no discutir la constitucionalidad de la ley minera, por considerar que no era su competencia. En un claro acto de contra movilización legal, el amparo fue impugnado por la Secretaría de Economía (SE) y finalmente la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación atrajo el caso. Ante la posibilidad de que la Sala entrara a discutir el fondo del asunto –es decir, la constitucionalidad de la ley minera en

¹ Otras comunidades han decidido seguir el ejemplo y registrar ante el Registro Nacional Agrario actas comunitarias donde manifiestan su rechazo a los procesos extractivos en marcha en sus territorios. Además, se ha conformado en la región el Consejo Regional de Autoridades Agrarias en Defensa del Territorio de la Montaña de Guerrero, cuyo objetivo es analizar las amenazas a su territorio y poner en marcha estrategias coordinadas para enfrentarlas.

materia de derechos indígenas–, las compañías mineras en acuerdo con la SE desistieron de las concesiones sobre el territorio de San Miguel. Con esta insólita decisión el amparo se sobreseyó, lo que significó por un lado cancelar las concesiones pero por otro lado dejó abierta la puerta a nuevas licencias.

La SE argumentó que la comunidad conocía del proyecto minero y lo había aceptado, además de que afirmaba que éste no tenía derecho a reclamar su territorio ni el derecho a la consulta previa libre e informada por no ser un pueblo indígena y que la propiedad (y derecho de concesión) del subsuelo es exclusiva del estado mexicano. Como se puede observar, la estrategia de contra movilización legal llevada a cabo por la SE favorecía el capital privado sobre los derechos de los pueblos estuvo sustentada en actos de desentendimiento normativo “negando” la condición sociocultural de la comunidad y los derechos asociados a ella.

Para determinar la legitimidad de la demanda, el tribunal correspondiente requirió un peritaje antropológico, realizado por la antropóloga Teresa Sierra. De acuerdo con la antropóloga, el pueblo Me´ phaa logró confrontar y frenar el extractivismo minero en su territorio gracias a la movilización social y a la lucha jurídica, basada en los más altos estándares de derechos humanos de los pueblos indígenas a los que México está obligado. Asimismo, el proceso judicial permitió “analizar el sentido en que el lenguaje de la cosmovisión y del derecho propio entran en la argumentación judicial generando efectos diferenciados” (SIERRA, 2017: 116). Los saberes y el derecho propio de la comunidad retaron al poder y le obligaron a considerar una concepción del mundo que en principio era ajena a los tribunales. El peritaje, además de determinar la condición indígena de la comunidad, permitió llevar a cabo un uso contra-hegemónico del derecho, visibilizando otras concepciones del mundo, defender otros modos de vida y cuestionar al capitalismo.

Sin embargo, el conflicto no terminó ahí, pues las concesiones fueron suspendidas y liberadas nuevamente, con la alternativa a ser solicitadas por cualquier empresa interesada en los territorios correspondientes. Por ello, en 2015 se interpuso un nuevo amparo alegando la violación del

derecho colectivo de la comunidad indígena a la consulta, a la propiedad territorial y a la protección integral de sus tierras. En este contexto la comunidad se impuso el objetivo ulterior de luchar por la anulación de la Ley Minera por contravenir la protección ambiental y permitir la puesta en marcha de proyectos social, cultural y ecológicamente destructivos. El 28 de junio de 2017 la sentencia del juicio de amparo 429/2016 resolvió a favor de la comunidad Júba Wajiín declarando su territorio libre de toda actividad minera. Dicho “fallo inédito reconoce y garantiza los derechos colectivos de la comunidad y es la primera vez que a través de la vía judicial se le ordena a la Secretaría de Economía dejar insubsistente una Declaratoria de Libertad de Terrenos a favor de la comunidad y no de las empresas” (DESINFORMÉMONOS, 8 de agosto de 2017). Sin embargo, la exigencia de la comunidad para revisar la inconstitucionalidad de la Ley Minera fue declarada improcedente. La decisión fue sustentada en el antecedente de que el 9 de octubre de 2015, se le notificó a la comunidad que el Ejecutivo Federal había solicitado la cancelación del juicio de revisión de la Ley Minera, debido a que la empresa Hochschild Mining —nuevamente— había renunciado a sus concesiones y al encontrarse estas canceladas quedaba anulado el acto jurídico que motivaría la revisión constitucional de la norma. Una estrategia muy sutil, que se permitió perder una inversión millonaria con tal de mantener la legislación minera intacta.

Conclusiones

Durante mucho tiempo, para los movimientos sociales recurrir a la movilización legal y jugar el juego del derecho significó poner en marcha estrategias de defensa que les permitieran soportar el embate de la violencia del derecho hegemónico, poco favorable y receptivo a buena parte de las demandas sociales. Sin embargo, en los últimos años asistimos a una transformación sustantiva del uso que los MS hacen de la herramienta jurídica al judicializar sus demandas, pues han pasado de estrategias de resistencia a estrategias de reconocimiento y ampliación (creación) normativa. El caso de la comunidad Júba Wajiín ilustra la manera en la cual la comunidad se apropió del derecho estatal, usando estructuras de

oportunidad legal existentes y conocidas en torno al derecho agrario, complementándolas con interpretaciones progresistas de sus derechos humanos como pueblos indígenas, para frenar los procesos extractivos en su territorio. Asimismo, nos permite observar las estrategias de contra movilización legal usadas, tendiente a imponer una visión desarrollista, en la que los derechos de los pueblos pueden ser desechados y subordinados ante los intereses capitalistas de las empresas mineras transnacionales.

Por último, además de evaluar los triunfos obtenidos en los tribunales, también hay que evaluar el impacto que la movilización legal tienen sobre las estructuras, espacios y los actores; la manera en que la movilización legal modifica la misma dinámica de los movimientos sociales, enfatizando las ganancias y pérdidas de dichos procesos. Pues si bien las sentencias exitosas han sentado las bases para que otros pueblos y comunidades puedan transitar más fácilmente el mismo camino para hacer valer sus derechos, también es importante traer a cuenta que, aunque no siempre se obtenga el “objeto” demandado, el conflicto puede generar otros logros. Tal es el caso de la comunidad Júba Wajiín, que si bien no logró que se revisara y declarara inconstitucional la Ley Minera, la movilización legal abonó al reforzamiento de la identidad y los procesos de organización comunitaria.

BIBLIOGRAFÍA

Aragón, Orlando. (2019). *El derecho en Insurrección. Hacia una antropología jurídica militante desde la experiencia de Cherán, México*. México: UNAM/ENES Unidad Morelia.

Aragón, Orlando y Bárcenas, Erika (2021). *Las relaciones entre las justicias indígenas y el derecho estatal en México. A propósito*

de la sentencia SUP-REC-38/2017. Ciudad de México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Recuperado de https://www.te.gob.mx/publicaciones/sites/default/files/archivos_libros/Justicias_Indi%CC%81genas.pdf

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LA MONTAÑA TLACHINOLLAN (2016). *Júba*

- Wajiín. *Una batalla a cielo abierto en la Montaña de Guerrero por la defensa del territorio y la vida*. México: Centro de Derechos Humanos de la Montaña Tlachinollan. Recuperado de https://mx.boell.org/sites/default/files/tlachinollan_web.pdf
- DESINFORMÉMOMONOS. (8 de agosto 2017). Pueblo Me'phaa llama a acatar fallo de Juba Wajiín y gobierno federal pide revisión ante tribunales. Recuperado de <https://desinformemonos.org/pueblo-mephaa-llama-acatar-fallo-juba-wajiin-gobierno-federal-pide-revision-ante-tribunales/>
- Kahn, Frances. (1983) Legal Mobilization: The Neglected Role of the Law in the Political System. *The American Political Science Review*, 77 (3), 690-703. Recuperado de <https://www.jstor.org/stable/1957268>
- Manzo, Mariana. (2018). La movilización del derecho por Movimientos Sociales: dinámicas de la política radical de transformación y el espacio de lo jurídicamente pensable, *Oñati Socio-legal Series*, 8(5), pp.677-702. Recuperado de <https://doi.org/10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-0964>
- Ragalopal, Balakrishnan. (2015). *El derecho internacional desde abajo. El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del Tercer Mundo*. Colombia: ILSA.
- Ruibal, Alba. (2015). Movilización y contra-movilización legal: Propuesta para su análisis en América Latina. *Política y gobierno*, 22(1), 175-198. Recuperado de <http://www.scielo.org.mx/pdf/pyg/v22n1/v22n1a6.pdf>
- Sandoval, Nathalia. (2013). La movilización social en tiempos de la Constitución: feministas, indígenas y víctimas de crímenes de Estado ante la Corte Constitucional colombiana. *Colombia Internacional*, 79, pp. 191-217. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-56122013000300007&lng=en&tlng=es.
- Sierra, María Teresa. (2017). El pueblo Me'phaa confronta el extractivismo minero. *Ecología de saberes en la lucha jurídica, e-cadernos*, 28, 165 -185. Recuperado de <https://journals.openedition.org/eces/2553>
- Tavera, Ligia. (2020). El enfoque de la movilización legal en el estudio de los movimientos sociales, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 239, pp.223-232. Recuperado de <https://doi.org/10.22201/fcyps.2448492xe.2020.239.75457>
- Torrow, Sidney. (2012). *El poder en Movimiento. Los movimientos sociales, la acción colectiva y la política*. Madrid: Alianza Editorial.

El derecho y la legislación en el marco de la conformación del poder popular

Normativas internacionales en DDHH. Su función en el estado capitalista. Caso argentina

Liliana Beatriz Costante*

El presente trabajo es una apretada síntesis de lo expuesto en la XV Conferencia del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO) —celebrado en México en junio de este año— respecto al avance de la investigación a la que me encuentro abocada, a saber: el cotejo de normas internacionales sobre Derechos Humanos (DDHH) y de estadísticas y trabajo de campo que dan cuenta del progresivo deterioro de las

* Abogada argentina e integrante del Grupo de Trabajo CLACSO “Crítica jurídica y conflictos sociopolíticos”.

condiciones de vida de vastos sectores de la población. Desde el marco teórico del pensamiento crítico, damos por confirmado que el sistema jurídico del Estado capitalista opera como un dispositivo de poder que garantiza la producción y reproducción de bienes, su distribución y consumo. La investigación que tomé a cargo se atiene a verificar los alcances y extremos de la aplicación de decisiones políticas enmarcadas en la *lex mercatoria* al par que, por caso en la Argentina, la tenaz presión social llevó a que en la reforma de la Constitución nacional de 1994, lxs Convencionales Constituyentes incorporaran instrumentos internacionales de DDHH integrándolos en el punto más alto de la jerarquía del orden jurídico nacional, por encima de tratados comunes como son los de promoción y protección de inversiones, y de las demás leyes que rigen la nación. Y, con aquéllos, su hermenéutica específica que fuera sostenida incluso por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallos insignes.

De derechos escritos vs. ejercicio igualitario de derechos

Los constituyentes históricos de 1853 sostuvieron el pensamiento liberal burgués de raigambre lockeana. Así la codificación civil de años más tarde que selló la igualdad de las partes contratantes entre quien ofrecía su fuerza de trabajo a quien, poniendo las condiciones, la compraba. El ejercicio de la libertad e igualdad en el estado capitalista, queda sometido a la defensa de la propiedad privada y, en lo que hace al tema que nos ocupa, a la propiedad privada de los medios de producción. La fuerza doctrinaria burguesa impuso el carácter de *cláusula pétrea* al artículo de la Constitución sobre el derecho a la propiedad privada. El lenguaje es un dispositivo condicionante “de” y “en” las relaciones sociales de producción. De *libertad* en el sistema capitalista sólo puede hablarse abstrayendo a las y los individuos de las condiciones materiales de su existencia, las cuales constituyen la verdadera base de la alienación. La igualdad en el acceso a los derechos y garantías sólo queda integrada a un proyecto emancipador, si precede a la libertad y le da sentido a ésta en cuanto su contenido personal, social y político. En esos términos, la igualdad no es más importante que la libertad. La igualdad es anterior en cuanto

condición necesaria de la libertad. Ambas —libertad e igualdad— se exhiben como ficciones perversas en la base de sustentación de un sistema socio-económico que tiene como objeto la producción y reproducción del capital para lo cual no sólo los bienes pasan a ser mercancías sino que los sectores sociales desiguales en desventaja quedan entrampados en las urgencias cotidianas por acceder a aquéllos —los indispensables para la subsistencia y los asumidos como indispensables para asimilarse de alguna forma a los sectores aventajados.

A 28 años de la reforma constitucional, la extrema confrontación entre literalidad normativa “superior” vigente frente a la progresiva desigualdad en el acceso igualitario a los bienes del producto social que padecen sectores sociales progresivamente vulnerados nos movió a interrogarnos sobre si la incorporación de normas internacionales de DDHH en la cúspide de la pirámide jurídica del Estado capitalista es una paradoja del sistema en su actual modelo —neoliberalismo— o, por el contrario, integra el paradigma. Abordamos el impacto de decisiones políticas de corte crematístico como límite político pragmático justificante de la falta de concreción de las referidas normas, de resultas de lo cual colegimos que la lucha por los DDHH en el Estado capitalista pasó de ser planteada y/o percibida como *utopía* para establecerse como *espejismo*. La reversión de este escenario en el campo social importa la toma de conciencia respecto a la imperiosa necesidad de asumir un sentido de la existencia propia y de lxs otrxs en dirección opuesta a la que evidencia la matriz productiva del sistema socio-económico imperante.

A la interrogante respecto a si los DDHH en el estado capitalista son una paradoja del sistema o si responden al paradigma del mismo sistema y de qué forma lo hacen; y de qué manera se ha logrado que la utopía esperanzadora deviniera en espejismo frustrante para los sectores progresivamente desaventajados, la respuesta emerge de la acción concreta de los sectores sociales en el conjunto de relaciones de producción que conforman la base real sobre la que se asienta el Estado y el Derecho. Ya hemos referido que, desde el pensamiento crítico, categorizamos al Derecho como dispositivo de poder para la reproducción del sistema de producción, distribución y consumo de bienes. Agregamos entonces como nodo de la investigación,

la producción de “sentidos”. A mayor abundamiento, del sentido de la vida, de la propia y de la de los demás, de la humana y de la no humana. Es ese sentido lo que resulta transfigurado *con* y *desde* la alienación.

La experiencia real de lxs individuos concretxs —trabajadores con empleo o sin él—, es que la concreción de los DDHH está condicionada por los avatares presupuestarios del Estado. La evaluación de prioridades es decidida políticamente bajo los criterios desigualitarios del sistema socioeconómico. La frustración sistematizada a la que quedan sometidos los sectores vulnerados los direcciona al agotamiento y al descrédito de alternativas viables para la construcción de relaciones no mercantilizadas —alternativas a las que, por sus propias condiciones de clase, aceptan con más incredulidad que a las promesas del capitalismo.

Para los sectores progresivamente desigualados, la concreción de los DDHH está más allá del horizonte y de sus expectativas. Se les hace ajeno y lejano hasta convertirse en “lo imposible”. En ese sentido, la dinámica ineludiblemente ofensiva del capital consigue transformar a los DDHH en espejismo. “Lo posible” —como consigna de salvación— refuerza la reproducción del sistema, disolviendo la unidad de los sectores que reclaman por derechos y garantías reales de cuyo ejercicio pleno se encuentran excluidos, aún de aquéllos incorporados en la literalidad normativa. La organización para luchar por reivindicaciones específicas encuentra resistencia dentro de los propios sectores excluidos que, por su propia situación de clase, tratan de evitar ser actores de una lucha contra el poder por temor a la violencia institucional o por miedo a perder beneficios sectoriales concretados institucionalmente. El manejo discrecional de subsidios y apoyos económicos por parte del Estado funciona de tal suerte que los grupos favorecidos quedan entrampados en lo que reciben en calidad de “lo que se pudo conseguir”, por lo que eluden acompañar la lucha de los grupos desfavorecidos en el reparto, por temor a perder lo conseguido. Los sectores sociales desaventajados se aferran mayoritariamente a las salidas que les ofrece la militancia religiosa —en especial, la evangélica— y reproducen modelos de vida en los que prima el miedo inculcado incluso a determinadas palabras como cambio estructural o emancipación y, fundamentalmente, comunismo, marxismo o revolución. Sobre los efectos

psicológicos del terrorismo de Estado, la violencia institucional proyectada y profundizada en el tiempo. El temor —a la pérdida de un derecho, a la represión— sigue funcionando como dispositivo eficiente del poder para economizar los costos de la dominación.

El derecho burgués ¿puede ser “mejorado” en favor de lxs desposeídos?

En materias específicas se han hecho avances en reconocimiento de derechos que el Estado clasista exhibe como parte de su orden de “lo posible”. La pregunta de este subtítulo es deliberadamente tramposa, toda vez que el derecho burgués responde a una lógica por la que las desigualdades de base son parte de las premisas y de la conclusión. Los sectores sociales que fueron perdiendo derechos y aquellos otros que tampoco pueden ejercer plenamente los DDHH reconocidos constitucionalmente a consecuencia de la referida desigualdad de base en la que están insertos, lejos de ser el producto no deseado de la evolución del sistema de producción, son la exhibición misma de las entrañas del sistema.



La globalización capitalista hace gala de una arquitectura financiera internacional que diezma economías nacionales y regionales en tratados comerciales con cláusulas leoninas que gobiernos de derecha aplauden y que los otros -los progresistas- justifican al firmarlos. El progresismo muestra hoy su directa funcionalidad a la derecha al poner a los DDHH como espejismo. Un ejemplo: el anterior gobierno tomó deuda con el FMI. El gobierno actual acordó hacer frente a pagos tan ilegítimos como la deuda asumida por el gobierno anterior que era de signo contrario. Y lo acuerda sin previa auditoría del crédito, de su destino o de las responsabilidades políticas de quienes lo propiciaron, llevaron adelante o se beneficiaron con ello. Los sectores vulnerables y progresivamente vulnerados son traccionados a elegir en las urnas entre el posibilismo del progresismo y las distintas proyecciones de una derecha sin eufemismos, ampliando el espectro un personaje autodefinido como anarcoliberal que consiguió su banca de diputado en las últimas elecciones. Esto así más allá de que un sector de la izquierda logre afianzar un espacio en la representación política parlamentaria.

El capitalismo financiero es mucho más sofisticado y potente que el mercantil y el industrial. Es una fase más compleja del capitalismo, con mucha más potencialidad en su capacidad destructiva y explotadora de la naturaleza, de la clase trabajadora, de las condiciones de vida y de las relaciones sociales. Ejemplo de ello es una de sus últimas creaciones: la categoría de “personas trabajadoras empresarias de sí mismas” según lo cual, y desde esa ficción, ya no cabe hablar de explotados ni de explotadores, porque no los hay en esa fantasía perversa. El ocultamiento de la realidad clasista funciona como el velo de Maia, sólo que en el capitalismo ese velo no es de gasa ni de seda ni de liencillo sino de cemento aún con cesuras e intersticios.

En el empoderamiento del proceso de producción está la transformación radical del modo de producción y reproducción de la cultura del capital.

La respuesta en conciencia al interrogante del subtítulo sobrevuela en aquella canción cuya letra mantiene vigencia: “Hay que dar vuelta el tiempo como la taba, que el que no cambia todo no cambia nada”. La tesis 11 de Marx nos sigue interpelando³.

³ La Undécima Tesis de Marx sobre Feuerbach lee: “Los filósofos no han hecho más que *interpretar* de diversos modos el mundo, pero de lo que se trata es de *transformarlo*.”

Ráfagas

Crítica jurídica y política en Nuestra América
Número **14** · Junio/septiembre 2022

El sí y sus circunstancias

Política y código de las familias en Cuba

Ariel Dacal Díaz*

El pasado 25 de septiembre de 2022 se votó el Código de las Familias¹ en Cuba que, entre sus valores, nos ha hecho reflexionar, potenciar controversias, dialogar, caracterizar, proponer sobre muchos temas y enfoques. Este tiempo puso sobre la mesa, más allá del matrimonio igualitario, asuntos como el Estado Laico, el derecho a tener derechos, la relación entre fe y política, el conservadurismo que pervive en la sociedad cubana, entre otros.

La nueva Ley, ya aprobada, presenta contenidos muy avanzados a nivel global. Ha establecido principios rectores como el interés superior de los niños, niñas y adolescentes relacionado a la crianza positiva, la autonomía progresiva y la multiparentalidad.

* Educador popular, Centro Martín Luther King Jr., Cuba.

¹ Para consultar la ley aprobada ver: <https://www.gacetaoficial.gob.cu/sites/default/files/goc-2022-087.pdf>

La protección de grupos en situaciones de vulnerabilidad y riesgo como son las personas adultas mayores, las que se encuentran en situación de discapacidad, estableciendo equidades en materia de cuidados.

Transversalmente regula varios aspectos contra la violencia de género a través de la igualdad, la no discriminación y el respeto a la diversidad, ya establecidos en la Constitución cubana aprobada en 2019. De aquí se deriva el matrimonio igualitario, la adopción de parejas del mismo sexo o gestación solidaria para parejas homosexuales.



La responsabilidad parental, más allá del obsoleto concepto de patria potestad, pone en la mesa diferentes formas de filiación (consanguínea, adoptiva, asistida y socioafectiva), más la reproducción asistida y la gestación solidaria, todos temas controversiales que tienen muchos aspectos técnicos delimitados, con controles específicos bajo los principios rectores del Código que implican respeto, solidaridad, equidad, responsabilidad compartida, en fin, búsquedas diversas de felicidad como establece la propia norma jurídica.

Más allá de los contenidos, lo cierto es que tuvimos delante un referéndum que, con independencia de sus resultados, dejó señales importantes, datos de la sociedad cubana realmente existente. Dejó la necesidad de profundizar en el análisis de lo acontecido hasta aquí y el levantamiento de aprendizajes políticos, jurídicos, educativos y pedagógicos para el después de la votación. Dejó una lectura más acabada de las fuerzas y tendencias políticas que nos conforman y los paradigmas de desarrollo,

incluyendo los derechos humanos, que dan contenido a sus narrativas políticas.

Ir a las urnas fue un ejercicio pleno de nuestra soberanía. Se votó de manera directa, libre y secreta por la nueva legislación. En ese minuto preciso cada una y cada uno llevó a punta de lápiz su conciencia, su sentido de la justicia, y el acumulado de preceptos culturales, morales y políticas que condujo a marcar en un cuadrado o en el otro.

Sin embargo, parecía, que el 25 de septiembre tendríamos dos referendums distintos. Para muchas personas quedaba claro que ese día era la oportunidad de aprobar o no un código específico, con contenidos concretos, atinentes a las maneras en las que organizamos, reconocemos y protegemos la pluralidad de familias que somos, las condiciones diferentes en las que estas se desarrollan y la variedad de sujetos que las constituyen.

Por otro lado, parecía que estábamos ante un plebiscito referido a la situación del país, a la gestión de la economía, la situación eléctrica, la escasez de pan, el transporte deficitario, los altos precios, y un largo etcétera. Parecía que estábamos ante la posibilidad de un “voto de castigo” por la compleja situación del país.

Este enfoque, que cobró fuerza en los días previos a la votación, tuvo, al menos, dos perspectivas de análisis. De un lado, fue encaminado por fuerzas de oposición que lo son contra todo lo que sea propuesto por el gobierno cubano y sus instituciones, usen los argumentos que usen, sea el tema que sea, muestre los avances que muestre, incluso en el ámbito de los derechos humanos. Fuerzas organizadas y conscientes con una clara agenda política que no contempla ni una pequeña zona de diálogo posible.

De otro lado, estaban personas ciertamente agobiadas por la tensa y prolongada situación de crisis cotidiana. Quiénes quizás vieron el referéndum como oportunidad para reiterar, de otra manera, y en otro espacio, el desacuerdo con el creciente deterioro en la calidad de vida de las

cubanas y los cubanos. Esta postura, comprensible e incluso legítima, permite, también postproceso de sufragio, intuir potencialidades para el diálogo.

Lo que pretendo significar con este potencial referéndum *de facto* es que sus motivos, intenciones, sentidos e impulsos no son homogéneos. Esto complejiza las circunstancias en las que votamos el Código y enriquece la comprensión de la sociedad que somos y las tensiones que la describen.

Ante la idea, también en circulación, de que no era momento para enro-larnos en esta lid, considero que en cualquier momento que se produjera saldrían a relucir tantas o más aristas de análisis e interpretaciones. La cuestión central acá, y el proceso del Código es solo un catalizador (un importante catalizador), repito, de que la sociedad cubana no es la misma de hace cinco años. La manera en que interactúan asuntos como los derechos, la fe y la política son diferentes en sus contenidos, en sus manifestaciones; también difieren las dinámicas y características de los actores sociales que las conjugan.

Quienes apostamos por un país de justicia, equidad, dignidad, derechos y soberanía, tenemos en el Código una oportunidad tremenda para empujar un mejor orden social; aun y cuando ese voto no resuelve el problema de la electricidad, el pan, el transporte, la inflación y otras tensiones. Fue la oportunidad de que, también quienes viven insatisfacciones en clave de ruptura con todo el orden establecido, votaran en positivo por una zona de país mejor.

El Código tiene, entre otros, un valor esencial, no niega ningún derecho, más bien explaya derechos. Anunciar condiciones de mayor calidad, legales, morales y de modelos para la convivencia familiar es un empujón importante que pudimos dar, entre todas y todos, en medio de la crisis que vivimos. No hubiera sido justo, ni atinado, cerrar las puertas a los derechos y valores que la nueva Ley anuncia, para esgrimir desacuerdo con la prolongada coyuntura de crisis.



A la puerta del colegio electoral tuvimos, como soberanas y soberanos, dos caminos posibles: votar Sí, y tener condiciones más favorables (legales y morales) para el desarrollo de nuestras familias cuando salgamos del atolladero en el que vivimos; o votar NO, y salir de la crisis (porque en algún momento saldremos) con la deuda histórica de seguir en la batalla por los derechos que hoy tenemos la posibilidad de disfrutar por la aprobación mediante sufragio universal.

El 74,12 por ciento de los votantes registrados asistieron a las urnas; cómputo por encima de los cálculos previos más optimistas. Este dato grueso se desagrega en un 94,26 por ciento de votos válidos, de los cuales el 66,85 afirmó la norma, y el 33,15 por ciento sentenció su NO. Estas cifras se parecen más a la sociedad que somos, diversa, plural, y en ocasiones polar.

En medio de la situación compleja, tensa y definitiva en la que vivimos en Cuba, nuestro pueblo fue sabio, hermoso, enorme. Salvó la prevalencia de los derechos el don del discernimiento político de nuestra gente que, sin desatender sus inconformidades, sus zonas de desesperanzas, su agotamiento cotidiano, votó mayoritariamente Sí por la justicia, la prosperidad, el pan y la belleza.

Lecturas

Crítica jurídica y política en Nuestra América
Número **14** · Junio/septiembre 2022

Crítica à subjetividade jurídica

Reflexões a partir de Michel Villey

Alysson Leandro Mascaro*



Juliana Paula Magalhães
Crítica à subjetividade jurídica: reflexões a partir de Michel Villey
São Paulo: Contracorrente, 2022¹

O pensamento jurídico do século XX conheceu um avassalador domínio juspositivista, sempre próximo de orientações políticas capitalistas liberais. Para muitos, desde então até hoje, nem haveria outras formas de pensar o direito. O enredo da filosofia do direito em

vários países se passa apenas no âmbito reduzido do embate entre variadas acepções de juspositivismos – ecléticos, estritos ou “éticos”.

* Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São Francisco - USP). Livre-Docente em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo. Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo. Advogado. Professor Emérito e implantador de Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito em várias instituições no Brasil. Autor, dentre outros livros, de *Crise e Golpe* e *Estado e Forma Política* (Boitempo Editorial), *Filosofia do Direito* e *Introdução ao Estudo do Direito* (GEN-Atlas).

¹ La presente reseña aparece como Prefacio del libro.

Ocorre que, para muito além desses quadrantes idealistas juspositivistas de louvor da ordem e da lei, a Idade Contemporânea possibilitou efetivas descobertas científicas a respeito do fenômeno jurídico. Proponho, em *Filosofia do Direito* (Ed. GEN-Atlas), que os eixos da filosofia do direito, desde o século XIX até hoje, sejam pensados a partir de três grandes caminhos. O primeiro deles, por mais banal e imediato, é o das tradições juspositivistas. O segundo deles, no entanto, parte de pressupostos bastante distintos e chega a conclusões, muitas vezes, patentemente contrastante em face das prédicas normativistas. Aos pensamentos de tal caminho dou o nome de não juspositivistas. Por fim, num terceiro grande caminho, apresentam-se as descobertas científicas acerca do direito e da sociedade capitalista possibilitadas pelo marxismo, numa vertente que chamo de crítica.

É comum considerar que muitos dos não juspositivistas, exatamente por não tratarem o direito apenas como um conjunto normativo, não compartilham das visões liberais de defesa da legalidade e das instituições – conservação da ordem já dada – e, portanto, postulam horizontes políticos de perfil reacionário. Ocorre que alguns dos não juspositivistas se prestaram não a fins fascistas ou de reacionarismo; partes do pensamento de Michel Foucault, por exemplo, se aproximam grandemente já das leituras críticas. Mas, mesmo no campo tradicionalmente lido como não liberal – Friedrich Nietzsche, Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer – há alguns potenciais proveitos críticos substanciais.

O jurista e filósofo francês Michel Villey guarda uma posição bastante específica nesse quadro. Pensador destacadamente católico, antagonista dos louvores à modernidade iluminista liberal individualista, perfilhou posições que poderiam ser consideradas antiquadas e, mesmo, serviu de inspiração a alguns movimentos jurídicos reacionários, próximos da resistência ao modernismo de ambientação teológica católica. No entanto, seu não juspositivismo não apenas deu margem a esse proveito teórico e prático: alguns dos intelectuais mais expressivos do pensamento crítico marxista do século XX beberam das fontes de Villey e alguns, diretamente, foram seus orientandos na Sorbonne.

Desvendar os mistérios e as múltiplas facetas desse que é um dos pensadores mais importantes da filosofia do direito contemporânea é a contribuição decisiva deste livro de Juliana Paula Magalhães. Dotada de uma alta capacidade filosófica e de pesquisa, a autora se põe a sistematizar a obra villeyana a partir de ângulos teoricamente rigorosos, permitindo extrair, então, paralelos, contrastes, aberturas e caminhos surpreendentes às velhas recepções a respeito de Villey na França, no Brasil e no mundo. Resultará, daí, a descoberta de um pensador que, além de resistente à modernidade – o que é sobejamente conhecido –, é também um dos de maior potencial de abertura à crítica que o século XX conheceu – e tal conhecimento é raro.

Magalhães propõe desenvolver, neste livro, o mais profícuo ângulo de desenvolvimento das ideias de Villey, aquele que se ocupa de sua reflexão a respeito da subjetividade jurídica. Abre-se aqui, então, guardadas as diferenças, o valoroso paralelo entre Villey e Evguiéni Pachukanis, o maior pensador crítico marxista do direito. Magalhães aponta para o fato de que Villey reconhece que a modernidade mudou estruturalmente o fenômeno jurídico e sua compreensão. A velha arte do justo romana dá lugar a uma tecnicidade normativa lastreada na subjetividade jurídica, nos direitos do indivíduo – o sujeito burguês. Pachukanis, por outra vertente e de modo bastante rigoroso e científico, sustentou, em *Teoria geral do direito e marxismo* (Boitempo Editorial), que somente no capitalismo, quando do assentamento das relações sociais baseadas na forma-mercadoria, dá-se uma específica forma de subjetividade jurídica, tendo em vista que a produção deixa de ser escravizada ou servil e passa a ser contratual, sob forma de salariado. Para Pachukanis, então, há um corte entre o modo de produção capitalista e as manifestações ditas jurídicas do pré-capitalismo. A forma jurídica é derivada da forma mercantil. Para Villey, também há esse corte, ainda que não propugnado do mesmo modo nem exatamente em decorrência dos mesmos fenômenos sociais. Em nomenclatura que se constrói em sentido inverso ao de Pachukanis, Villey chamará de direito ao fenômeno do passado, pré-capitalista, e não o reconhecerá naquilo que a partir da modernidade se chama por direito.

Tal paralelo entre Villey e Pachukanis acerca do nascimento da subjetividade jurídica é exposto por Magalhães tendo por pano de fundo uma vasta erudição de referências sobre os pensadores antigos, medievais e modernos. Platão, Aristóteles, os juristas romanos, Agostinho, Tomás, Ockham, Lutero, Calvino, Vitória, Suarez, Althusius, Grócio, Descartes, Hobbes e Kant são algumas das referências exploradas por Magalhães em sua investigação acerca das diferenças entre o fenômeno jurídico antigo e o moderno. Numa história tortuosa de séculos e milênios, a investigação da autora permeia a leitura villeyana a respeito da dinâmica da filosofia do direito, trazendo-a para ângulos e proveitos críticos hodiernos.

Após tais proposições jusfilosóficas decisivas, Magalhães alcança extrações políticas e jurídicas concretas e candentes aos nossos tempos, como aquelas que envolvem os direitos humanos, reiteradamente considerados a partir de visões juspositivistas liberais. A crítica à subjetividade jurídica é ressaltada na obra de Villey, pondo na berlinda a bandeira do humanismo como correlata do individualismo burguês, remetendo a considerações que Magalhães já empreendera em outro de seus livros, *Marxismo, humanismo e direito: Althusser e Garaudy* (Ideias & Letras). Com base nas mais rigorosas proposições marxistas, o humanismo que se agitava como apanágio da concórdia social do século XX nada mais é do que a manutenção dos direitos do indivíduo burguês e da exploração contratual do trabalho assalariado, ainda que em graus considerados “humanos”. No entanto, a potência crítica da filosofia de nosso tempo está justamente em não aceitar qualquer grau da exploração como sendo “humana”. Magalhães, apoiada em Marx, Pachukanis e Villey, faz tal trajeto exemplarmente.

Os capítulos finais deste livro, nos quais a autora trata das comparações entre Villey e o marxismo, são de excepcional originalidade. Buscando nos textos villeyanos sua visão a respeito do marxismo e trazendo à baila os importantes discípulos marxistas de Villey, Nicos Poulantzas, André-Jean Arnaud e Michel Miaille, além de sistematizar as potenciais comparações entre Villey e Pachukanis, Magalhães contribui com um enlace dos dois mais ricos teoricamente dos três caminhos da filosofia

do direito contemporânea – não juspositivismo e crítica. Resulta, desse entrelaçamento raro, um vigor de energia notável à crítica do direito no século XXI.

Juliana Paula Magalhães se destaca, no quadro do pensamento jurídico e filosófico atual, como uma de suas pensadoras mais vigorosas e incontornáveis. Ocupando-se tanto dos debates da filosofia marxista – como foi o caso de seu mestrado a respeito de Althusser e Garaudy – quanto como de questões especificamente da filosofia do direito, como são aquelas que envolvem Pachukanis e, agora, Villey, tem tido um papel decisivo na batalha das ideias de nosso tempo. Este livro, que ora se publica, é originalmente a Tese de Doutorado da autora, defendida e aprovada unanimemente no ano de 2020 na tradicional Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, da Universidade de São Paulo, onde desenvolveu sua formação desde a graduação. Tenho a alegria de tê-la como minha aluna desde os tempos de aluna dos bancos da graduação, tendo sido seu orientador tanto em seu mestrado quanto em seu doutorado. Docente de altas qualidades e intelectual pública de projeção, Magalhães entrega, com este livro originalmente sua Tese de Doutorado, um importante contributo para o avanço crítico da filosofia do direito.

Superar os juspositivismos e fazer abeirarem os não juspositivismos da mais rigorosa e radical crítica marxista, eis o delineamento jusfilosófico valioso e raro que o público leitor tem agora em mãos neste livro.

Boletín del Grupo de trabajo
Crítica jurídica y conflictos sociopolíticos

Número 14 · Julio/septiembre 2022