

## Cuestiones constitucionales



Este es un artículo publicado en acceso abierto bajo una licencia Creative Commons. Fuente: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-91932019000200343](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932019000200343). Acceso em: 02 ago. 2021.

## REFERÊNCIA

PIZA DUARTE, Evandro; SCOTTI, Guilherme. Historia y memoria nacional en el discurso jurídico - el juicio de ADPF 186. **Cuestiones constitucionales**, Ciudad de México, n. 41, p. 343-367, dez. 2019. DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2019.41.13950>. Disponível em: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-91932019000200343&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932019000200343&lng=es&nrm=iso). Acceso em: 02 ago. 2021.



## Historia y memoria nacional en el discurso jurídico – el juicio de ADPF 186

### *History and National Memory in the Legal Discourse – The Judgment of ADPF 186*

Evandro PIZA DUARTE\*  
Guilherme SCOTTI\*\*

**RESUMEN:** El presente artículo busca discutir sintéticamente los argumentos del debate sobre el sistema de cuotas para negros en la enseñanza universitaria, objeto de un intenso debate en la última década y de la decisión de la Suprema Corte Brasileña en la Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental n. 186. Examina de qué modo la referida decisión judicial, al declarar la constitucionalidad del Plano de Metas de Inclusión Étnico-Racial, instituido por la Universidad de Brasilia, recurrió a argumentos sobre la historia brasileña y la identidad nacional. Examina cómo la igualdad y la diferencia fueron articuladas a la narrativa sobre el pasado de las instituciones jurídicas y sociales, y de qué modo la decisión pretendió revisar las presuposiciones de una identidad nacional homogeneizada cuyo paradigma fue construido, sobre todo, en la década de 1930. La decisión puede ser identificada como un nuevo momento de la retórica identitaria por aceptar la existencia de espacios de conflicto en la comunidad nacional que se expresan no

**ABSTRACT:** This article seeks to synthetically discuss the arguments of the debate on the system of quotas for blacks in university education, object of an intense debate in the last decade and of the decision of the Brazilian Supreme Court in the Action of Non-compliance with Fundamental Precept (ADPF) n. 186. It examines how the judicial decision, in declaring the constitutionality of the Plan of Ethnic-Racial Inclusion Goals instituted by the University of Brasilia, resorted to arguments on Brazilian history and national identity. It examines how equality and difference were articulated to the narrative about the past of legal and social institutions, and how the decision sought to revise the presuppositions of a homogenized national identity whose paradigm was constructed in the 1930s, especially. The decision can be identified as a new moment of identity rhetoric to accept the existence of spaces of conflict in the national community that are expressed not only in demands for an equitable distribution of public resources destined for education, but

\* Doctor en derecho, Estado y Constitución por la Universidad de Brasilia (UnB), Brasil; profesor de derecho penal, proceso penal y criminología en la Universidad de Brasilia (UnB); [evandropiza@gmail.com](mailto:evandropiza@gmail.com).

\*\* Doctor en derecho, Estado y Constitución por la Universidad de Brasilia (UnB), Brasil; profesor de teoría y filosofía del derecho en la Universidad de Brasilia (UnB); [gscotti@unb.br](mailto:gscotti@unb.br).

sólo en demandas por una distribución equitativa de los recursos públicos destinados a la educación, sino también por la construcción de la memoria colectiva. La decisión propone el debate sobre el modo en que las instituciones jurídicas redimensionan las identidades nacionales, teniendo en vista las demandas por la tutela de los derechos fundamentales.

**Palabras clave:** Historia, derechos fundamentales, pluralismo, racismo, cuotas raciales.

*also for the construction of collective memory. The decision proposes the debate on the way in which legal institutions resize national identities, taking into account demands for the protection of fundamental rights.*

**Keywords:** History, Fundamental rights, Pluralism, Racism, Racial Quotas.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El debate sobre la historia a partir de la judicialización de las cuotas raciales.* III. *La historia como problema en el constitucionalismo.* IV. *La Constitución brasileña de 1988 como punto de partida de narrativas plurales.* V. *Consideraciones finales.* VI. *Referencias bibliográficas.*

## I. INTRODUCCIÓN

En 2012, después de una década de efectuación de diversos sistemas de acción afirmativa en Brasil, el tema de la adecuación al principio de igualdad del sistema de vacantes reservadas en la enseñanza superior pública a partir de criterios “etno-raciales” (cuotas raciales) fue objeto de decisión por la Suprema Corte Brasileña en la Acción de Incumplimiento del Precepto Fundamental número 186 (ADPF 186). La acción pretendía la declaración de inconstitucionalidad del Plan de Metas de Inclusión Etno-Racial, instituido por la Universidad de Brasilia (PMIERUnB), que creaba una reserva del 20% de los lugares para los candidatos negros (negros y mestizos) en el sistema de pruebas de selección, así como lugares especiales para los indios. La decisión de la Suprema Corte fue el punto extremo de un largo debate en los medios de comunicación masivos que tuvo como articuladores a los directivos de periodismo de la Red Globo, principal cadena mediática brasileña, contraria a la implantación del sistema. El juicio fue televisado y acompañado por los estudiosos del área jurídica y de las ciencias sociales. Los votos de la decisión fueron publicados, faltando sólo lo presentado por el ministro relator. Además de la arena mediática, la decisión fue precedida por la presentación al Congreso Nacional de manifiestos entregados por los opositores y por los defensores de la política de

cuotas raciales, por audiencias públicas organizadas por el Poder Legislativo Federal y por el propio STF en razón de la ADPF 186 y del Recurso Extraordinario 597.285/RS.<sup>1</sup>

En primer lugar, la decisión judicial, al declarar la constitucionalidad de las cuotas raciales, recurrió a argumentos sobre la historia brasileña y la identidad nacional, trazando un paralelo entre el modo de vincular el recurso a argumentos históricos presentes en aquellos dos manifiestos y las opciones hechas por el relator. En este contexto, la retórica sobre la igualdad entre blancos y negros en la historia es significativa, pues desde la década de 1930, se estableció en el discurso nacional el mito de Brasil como el país de la “democracia racial”. Según tal mito, habría una perfecta integración racial, promovida por el mestizaje, capaz de resolver y prevenir eventuales conflictos y desigualdad económica. La decisión comprendía el debate directo sobre esa integración y cómo se habría dado a lo largo de la historia.

¿Sería posible revisar, a partir del debate jurídico, las presuposiciones de una identidad nacional homogeneizada que ya era reconocida como verdadera desde las primeras formulaciones sobre la historia del Estado Imperial Brasileño?

Como se verá, la decisión marca un nuevo momento de la retórica identitaria por aceptar la existencia de espacios de conflicto en la comunidad nacional que se expresan no sólo en demandas por una distribución equitativa de los recursos públicos destinados a la educación, sino también por la valorización de la diferencia que en gran parte está vinculada a la disputa por la construcción de la memoria colectiva. Ella propone el debate sobre el modo cómo las instituciones jurídicas redimensionan las identidades nacionales delante de las demandas por la tutela de derechos fundamentales de grupos minoritarios.

Por tal razón, el texto propone, en su segunda parte, el debate sobre el modo cómo el nuevo constitucionalismo intenta resolver la paradoja del reconocimiento del carácter no objetivo e incompleto del conocimiento histórico y de su uso por el derecho. Aproxima el debate sobre la semejanza entre dos campos de conocimiento: conciencia de la teoría constitucional de que la narrativa jurídica es creativa, al enfrentarse con el problema de la realización de principios jurídicos en nuevos contextos históricos distanciados del momento en que el texto constitucional fue creado y la adopción del

---

<sup>1</sup> Las notas taquigráficas están disponibles en: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

paradigma narrativo en la historia, cuya emergencia está vinculada al escepticismo en la aplicación a la disciplina. Historia de la visión iluminista del progreso y de la neutralidad del observador defendida por el cientificismo.

En otras palabras: si la interpretación jurídica no es sólo declarativa, sino creativa, y si la comprensión de la historia tampoco es neutra, sino una narrativa situada, ¿tendría sentido buscar fundamentos para una decisión en la disciplina historia?

El problema adquiere relevancia en la medida en que los argumentos sobre la adecuación de las cuotas raciales al principio de igualdad proponen recursos fundamentales de justificación histórica, sociológica e identitaria; *a)* de un lado, la constitución de la desigualdad entre blancos y negros debe ser demostrada a partir de la historia, lo que es hecho con referencia al colonialismo y a la esclavitud; *b)* del otro lado, la demostración de relevancia de la desigualdad en el presente propone argumentos cuantitativos de orden sociológico, los cuales tienen premisas sobre la historia de las relaciones raciales; *c)* finalmente, la existencia de un grupo “negro” reivindicante es reconocida en las narrativas sobre la historia capaces de justificar una identidad.

En su tercera parte, el texto sugiere un espacio para pensar la historia como elemento de la retórica interpretativa en el nuevo orden constitucional, inaugurado en la Constitución Federal de 1988, responsable de acabar con la Dictadura Militar. Se argumenta que si los juristas brasileños necesitan recorrer la historia, no deberían hacerlo valiéndose de modelos que no consideran, contrario a los dispositivos constitucionales, la pluralidad de la historia ya afirmada como texto y como estructura fundacional del constitucionalismo. La pluralidad de la narrativa no sería sólo un problema de la disciplina historia, sino del texto constitucional concreto tematizado por la Corte, en el cual ya se encuentran caminos para una historia plural. Además, la pluralidad de la historia se vincula a la emergencia de nuevos sujetos constitucionales que proponen la re-elaboración de los límites del contenido de los principios de igualdad y de libertad, tema del debate constitucional.

## II. EL DEBATE SOBRE LA HISTORIA A PARTIR DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LAS CUOTAS RACIALES

La ADPF 186 fue propuesta por el Partido “Demócrata”, situado a la derecha en la arena política brasileña, y atacó directamente las siguientes

ideas: a) que la pertenencia racial fuese un factor de desigualdad; b) que las personas fuesen reconocidas como negras. Sus actores defendieron: a) la particularidad de la historia brasileña en la constitución de las relaciones raciales; b) el carácter exclusivamente económico de la marginalización social en el país.

La decisión final que negó tales objeciones fue unánime, a pesar del disenso en relación con varias presuposiciones.<sup>2</sup> Recurrió a argumentos que ya estaban presentes a partir de la entrega de dos manifiestos, uno en contra y otro a favor de las “cuotas raciales”, a los representantes del Congreso Nacional. Por ser documentos concisos, permiten una síntesis de las diferentes interpretaciones de nuestro futuro constitucional, pues apelan a tradiciones constitucionales, concepciones de igualdad, diferencia e identidad nacional. Ilustran los argumentos presentes en luchas sociales más amplias, arraigos locales de poder y procesos difusos de conquista de derechos.

Inicialmente, los integrantes del manifiesto contra las cuotas restringían la interpretación de igualdad a igualdad formal, afirmando la imposibilidad de cualquier criterio además de la nota obtenida en exámenes de admisión. Esa equivocación política sería corregida. De ese modo, el manifiesto hace mención de la existencia de la desigualdad social como sinónimo de desigualdad económica, más allá de que no haga referencia a sus causas, y apunta la necesidad de políticas públicas generalistas. Si la crítica inicial era a toda forma diferenciada de acceso a la universidad pública, en las acciones jurídicas fueron excluidos los lugares destinados a la inclusión indígena, permaneciendo el enfoque en los destinados a los negros. El reconocimiento de desigualdades raciales y la constitución de mecanismos estatales para su aprehensión son denunciados como una amenaza contra la identidad nacional, promovida por instituciones extranjeras.

En el debate sobre la “exclusión social” subliman las referencias al pasado esclavista, y destacan que la igualdad dependería de “servicios públicos universales de calidad” y “políticas de empleo”, o sea, políticas públicas generalistas, y del esfuerzo común contra los “privilegios odiosos”. Aun así, no se indica cuáles serían tales privilegios (y cuáles sus causas y sus beneficiarios). En una lectura, por lo menos, obtusa de Martin Luther King, se impone la sobreposición de dos imágenes, la real y la ideal: o sea, el acto

---

<sup>2</sup> Supremo Tribunal Federal (STF), *ADPF no 186, do Distrito Federal*, 2012, disponible en: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693> (acceso en 26 fev. 2019).

de enunciar que el principio de igualdad es discursivamente aproximado a la existencia de esa misma realidad social. Entonces, se permite hacer creer que la amenaza a la igualdad racial no parte de la realidad fáctica, sino de la norma que pretende combatir la desigualdad.

Si, de un lado, se hace la concesión a la desigualdad económica como respuesta al argumento sobre la existencia de desigualdades raciales, de otro, los brasileños no son retratados sólo como individuos abstractos, sino como “ciudadanos de todos los tonos de piel”, o sea, es una nación que no distribuye privilegios odiosos en razón de la raza. El no reconocimiento de esa “virtud nacional” sería un error, puesto que

Si fuesen aprobados, la nación brasileña pasará a definir los derechos de las personas con base en el tono de su piel, por la “raza”. Así pues: Políticas dirigidas a grupos “raciales” apuntalados en nombre de la justicia social, no eliminan el racismo y pueden incluso propiciar el efecto contrario, respaldando legalmente al concepto de raza y posibilitando el fortalecimiento del conflicto y la intolerancia.

Por lo tanto, las políticas específicas serían capaces de producir dicho fortalecimiento del conflicto y la intolerancia, a pesar de la inexistencia de problemas raciales. “La invención de razas oficiales tiene todo para asemejarse a ese peligroso tipo de racismo, como lo demuestran ejemplos históricos contemporáneos. Y todavía bloquear el camino para la resolución real de los problemas de desigualdad”. O sea, el manifiesto insiste en identificar cuotas raciales, identidad racial y miedo.

La noción de miedo (de la ruptura, del desorden, de la emergencia de la raza) se vincula a la idea de comunidad nacional. Presupone la existencia de una comunidad imaginada, abstraída de las contradicciones históricas. La ausencia de acción del Estado en la promoción de la igualdad racial sería una “virtud nacional”, capaz de construir relaciones sociales menos problemáticas a las demandas de los negros a causa de un mal. El papel del Estado no sería el de atenderlas, sino de negar tales reivindicaciones con base en el valor de la existencia de la igualdad formal, apelando al “esfuerzo común” de los individuos de todos los “tonos de piel”. Entonces, si la ideología de la democracia racial sirvió a los regímenes autoritarios, nuevamente debería servir para negar la existencia de reivindicaciones legítimas, por medio del ejercicio de los procedimientos democráticos de grupos sociales colocados en posición subalterna en el mito de la nacionalidad. Finalmente, se trata de

una combinación contradictoria entre el nacionalismo brasileño y la ideología de la “ceguera para con las identidades” del escenario político americano.

Por su parte, los firmantes del *Manifiesto en favor de las cuotas raciales* reconocen la existencia de una desigualdad *de facto* (desigualdad racial) que tendría su origen en las acciones estatales:

La desigualdad racial en Brasil tiene fuertes raíces históricas y esta realidad no será alterada significativamente sin la aplicación de políticas públicas específicas. La Constitución de 1891 facilitó la reproducción del racismo al decretar una igualdad puramente formal entre todos los ciudadanos. La población negra acababa de ser colocada en una situación de completa exclusión en términos de acceso a la tierra, a la instrucción y al mercado de trabajo para competir con los blancos de frente a una nueva realidad económica que se instalaba en el país. Mientras se decía que todos eran iguales en la letra de la ley, varias políticas de incentivo y apoyo diferenciado, que hoy pueden ser leídas como acciones afirmativas, fueron aplicadas para estimular la inmigración de europeos para Brasil.<sup>3</sup>

Esa desigualdad podría ser aprendida por los datos estadísticos oficiales disponibles en las últimas décadas. Entonces, las cuotas raciales son concebidas como instrumentos para atacar esa desigualdad real, no natural, porque nació de las políticas públicas del periodo post-abolición.

... el Estatuto recupera una medida de igualdad que debería haber sido incluida en la Constitución de 1891 en el momento inicial de la construcción de la República en Brasil. Fue su ausencia que profundizó la fosa de la desigualdad racial y de la impunidad del racismo contra la población negra a lo largo de todo el Siglo XX... Mientras el estatuto no sea aprobado, continuaremos reproduciendo el ciclo de desigualdad racial profunda que ha sido una marca de nuestra historia republicana hasta nuestros días.<sup>4</sup>

Los firmantes de este *Manifiesto* también producen una imagen de sus opositores en que se critica la incapacidad de las políticas generalistas y la necesidad de una postura pro-activa por parte del Estado en los siguientes términos:

---

<sup>3</sup> *Manifiesto em Favor das Cotas*, disponible en: <https://www.geledes.org.br/confirma-integra-do-manifesto-a-favor-das-cotas/> (acceso en 26 fev. 2019).

<sup>4</sup> *Idem*.

...los firmantes del documento no presentan ninguna propuesta alternativa concreta de inclusión racial en Brasil, solo reiterando que somos todos iguales delante de la ley y que es preciso mejorar los servicios públicos hasta que atiendan por igual a todos los segmentos de la sociedad. Esa declaración de principios universalistas, hecha por miembros de la elite de una sociedad multiétnica y multirracial con una historia reciente de esclavitud y genocidio, parece una redición, en el siglo XXI, del inmovilismo subyacente a la Constitución de la República de 1891: minimizó, con un toque de magia, las desigualdades causadas por siglos de exclusión y racismo, y jugó para un futuro incierto el día en que negros e indios podrán tener acceso equitativo a la educación, a las riquezas, a los bienes y a los servicios acumulados por el Estado Brasileño. Esa postergación consciente no es convincente.<sup>5</sup>

Por lo tanto, la oposición entre los firmantes de los manifiestos (pro y contra) está en el hecho de que aquéllos extraen de la igualdad formal la tesis de la ceguera en relación con la raza y la interpretan como ceguera en relación con la existencia del racismo. Éstos, al contrario, a partir del reconocimiento de una trayectoria histórica de datos sociológicos, afirman la necesidad de ajustes en las políticas públicas generalistas. Para los favorables a las cuotas raciales, el momento presente es una oportunidad de reescribir la historia republicana, sin que se tenga que apelar al mito de la nacionalidad. Luego, sugieren una separación entre las interpretaciones de la historia de la nación, tradicionalmente canceladas por la maquinaria ideológica del Estado, y la historia jurídico-constitucional.

Si el tema de la diversidad estructura de modo “positivo” el mito de la nacionalidad, es reinterpretada de modo distinto en esas dos alternativas. En el primer caso, es defendida como una manifestación individual de la esfera privada o como representación de la imagen de una colectividad pacificada. A su vez, la concesión de derechos recurrentes del reconocimiento de voces que denuncian desventajas en razón del racismo, sería una forma de fijación en el Estado de identidades raciales, violadora de la diversidad. Por lo tanto, como se percibe, la diversidad hegemónica se construye sobre las ruinas de la negación de históricas pluralidades de la retórica nacionalista. La reducción de la diversidad a la esfera de la autonomía privada tiende a garantizar la dictadura de los patrones incentivados por los agentes privados o aquellos patrones de diversidad de un grupo que, por la tradición no cuestionada, pasan a ser considerados como patrones comunes adoptados por el propio

---

<sup>5</sup> *Idem.*

Estado. A su vez, el no reconocimiento de las diversidades colectivas o de la pluralidad de las tradiciones culturales impone una profunda desconsideración a la subjetividad de individuos constituyéndose en un instrumento de producción de desigualdades sociales. Eso porque se aniquila la posibilidad de una esfera pública plural donde los individuos, por ser identificados socialmente como negros, denuncian las desventajas para el disfrute de derechos provenientes de prácticas de des-respeto públicas y privadas que son capaces de limitar sus propios proyectos de vida.

### III. LA HISTORIA COMO PROBLEMA EN EL CONSTITUCIONALISMO

¿Cómo fundamentar la elección jurídica entre diferentes alternativas históricas?

Inicialmente se constata que el discurso anticuotas retoma una noción acrítica de la historia, pues, por diversas estrategias, busca excluir la problematización de la historia de Brasil en relación con los negros. La negación de la historia se combina a la idea de que la igualdad racial solamente puede ser alcanzada en una sociedad en la que todos los demás problemas sociales fuesen resueltos, o sea, el advenimiento de la sociedad perfecta expurgaría la posibilidad de las formas de discriminación. Las reivindicaciones por cambios son proyectadas para el juicio final, tal como ocurría en las justificativas religiosas de la esclavitud. O sea, la suspensión de la historia provocada por el discurso nacional es compensada por la proyección de una historia escatológica del mundo “por venir” perfecto. Luego, el pluralismo del que habla el discurso anticuotas es un pluralismo vinculado al pasado y al futuro, no al presente. En fin, es la historia como forma de expurgar el presente y la imposibilidad de reconstruir el futuro. Los negros son “extranjeros” de la historia nacional que no los reconoce como personajes, sino como materia sobre la cual se desarrolla la historia. Y por esa misma razón, son extranjeros del sistema de derechos.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Según Nicos Poulantzas, la idea de nación no haría parte solamente de la historia de las mentalidades, no sería el resultado de los cambios en las formas de representación colectiva. Al contrario, los elementos constitutivos de la nación (la unidad económica, el territorio, la tradición) serían modificados por la acción directa del Estado en la organización material del espacio social y del tiempo, constituyéndose tales procedimientos en una “red de dominación y poder”. Poulantzas, Nicos, *O Estado, o poder, o socialismo*, Rio de Janeiro, Graal, 1981, pp. 112 y 113.

El recurso a la historia en la comprensión de fenómenos de larga duración en la práctica jurídica propone nuevos problemas. Para algunos, bastaría invocar el discurso de autoridad para optar por un modelo de comprensión disponible en el menú de la historia. O sea, la solución podría ser recurrir al modelo de las grandes narrativas y del evolucionismo de la historia del Estado-nación. Todavía, como se vio, en los temas constitucionales, el intérprete se confronta justamente con argumentos cuyo centro es la crítica de la narrativa histórica dominante. El recurso de autoridad, por lo tanto, sólo podría producir una respuesta negativa a las nuevas demandas.

A propósito, Ronald Dworkin defiende la toma de conciencia, en lugar de la sublimación, por parte de los teóricos constitucionales, en cuanto al carácter creativo de la narrativa jurídica, sobre todo cuando se confronta con el problema de la realización de principios jurídicos en contextos históricos distanciados del momento en que el texto constitucional fue creado. De este modo, la narrativa jurídico-constitucional encontraría semejanza con prácticas existentes en la literatura, especialmente de un género literario artificial denominado “romance en cadena”, capaz de explicitar la práctica interpretativa propuesta por el autor para “solucionar” el distanciamiento temporal y las presiones advenidas de nuevas demandas sociales.<sup>7</sup> Véase:

En tal proyecto, un grupo de romancistas escribe un romance en serie, cada romancista de la cadena interpreta los capítulos que recibió para escribir un nuevo capítulo, que es entonces agregado a lo que recibe el romancista siguiente, y así sucesivamente. Cada uno debe escribir su capítulo de modo tal para crear de la mejor manera posible el romance en colaboración, y la complejidad de esa tarea reproduce la complejidad de decidir un caso difícil de derecho como identidad. El proyecto literario ficticio es fantástico, más no irreconocible.<sup>8</sup>

La comparación del autor está lejos de ser “literaria”, pues la cuestión de la interpretación está también al cerner del debate sobre la posibilidad de reconocimiento de la historia. El romance en cadena, al cual se compara la práctica jurídica en su hacer colectivo y segmentado, integra una nueva dimensión del tiempo, pero, en el mismo paso, se distancia de la historia fundada en la percepción del sujeto del conocimiento que debe partir de una coherencia lineal de progreso evolutivo que hace coincidir la histo-

<sup>7</sup> Dworkin, Ronald, *O Império do direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 275.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 276.

ria con las fases de desenvolvimiento humano individual. La historia no es la coherencia con los modelos históricos oficiales, pero es compuesta de posibilidades de re-leer el pasado (¿una intervención sobre el pasado?) en la medida en que lo que se busca es la coherencia de principios, el derecho como integridad.<sup>9</sup> En palabras de Rosenfeld:

Para establecer la identidad constitucional a través de los tiempos, es necesario fabricar la tesis de un entrelazamiento del pasado de los constituyentes con el propio presente y aun con el futuro de las generaciones venideras. El problema, sin embargo, es que tanto el pasado como el futuro son inciertos y abiertos a posibilidades (de reconstrucción), convirtiéndose así inmensamente compleja la tarea de buscarse revelar líneas de continuidad.<sup>10</sup>

La observación de la historia en el derecho es direccionada, pretende solucionar, en el presente, problemas que casi siempre tienen larga duración, pero se presentan con nuevas dimensiones en el caso debatido: “Pretende justificar lo que ellos hicieron (a veces incluyendo, como veremos, lo que dijeron) en una historia general digna de ser contada aquí, una historia que trae consigo una afirmación compleja: la práctica actual puede ser organizada y justificada por principios suficientemente atrayentes para ofrecer un futuro honrado”.<sup>11</sup>

A su vez, la disciplina historia no puede pre escribir lo que debería haber sido el pasado y ni siquiera puede orientar el sentido del futuro. El derecho, por el contrario, integra una dimensión temporal comúnmente reconocida como el “deber ser”, mas esa integración se proyecta para algo distinto de aquello que el hacer histórico manipula, el devenir. El derecho no sólo estabiliza expectativas sobre el futuro, sino que argumenta sobre la “espe-

<sup>9</sup> La comparación entre la historia y el derecho es hecha de forma explícita en los siguientes términos: “La historia es importante porque ese sistema de principios debe justificar tanto el *estatus* cuanto el contenido de esas decisiones anteriores”. *Ibidem*, pp. 273 y 274.

<sup>10</sup> “Aun cuando la efectiva, la real, intención de los constituyentes fuese plena y claramente accesible, permanecería en discusión cuanto y en qué medida y extensión ella debería ser relevante o vinculante para una determinada generación subsecuente. Y dado que la intención de los constituyentes siempre podrá ser aprehendida en diversos niveles de abstracción, siempre habrá la posibilidad de que la identidad constitucional sea reinterpretada y reconstruida”. Rosenfeld, Michel, *A identidade do sujeito constitucional*, trad. de Menelick de Carvalho Netto, Belo Horizonte, Mandamentos, 2003.

<sup>11</sup> Dworkin, Ronald, *op. cit.*, p. 274.

ranza”. De ahí que “el optimismo del derecho es, en ese sentido, conceptual; las declaraciones del derecho son permanentemente constructivas en virtud de su propia naturaleza”.<sup>12</sup> Debe asumir una responsabilidad anterior, la de hablar por los muertos. Muertos no sólo en sentido físico, sino ausentes de las narrativas oficiales que construyen la memoria de un pueblo. Eso porque el lugar ocupado por el pueblo constituyente es constituido por exclusiones. El derecho como integridad cuestiona las narrativas oficiales cuanto su posibilidad de fundamentar decisiones cuando tales narrativas vienen de la violación a la igualdad y a la libertad.

En conclusión, la opción del intérprete para rechazar una historia tradicional (nacional y estatal) y reconocer una historia constituida por el pluralismo de narrativas se apoya en argumentos diversos.<sup>13</sup>

Es imperativo de la condición cognitiva humana, relativa a la interpretación y comprensión, que impide el recurso de las nociones de sujeto de conocimiento y de conocimiento objetivo. Luego entonces, es imposible defender que la narrativa oficial sea la verdad científica. En el límite, de acuerdo a Gadamer, para comprender más es necesario ser capaz de “afiliarse”, o sea, disponerse a una posición de diálogo, lo que provoca adoptar un punto de partida “a priori” de la pluralidad del no conocido.<sup>14</sup>

Es un imperativo emanado del debate sobre el estatuto epistemológico de la historia que demuestra la insustentabilidad de nociones estructurantes de la historia tradicional (progreso, objetividad y neutralidad). Al dársele sentido a miles de acontecimientos, es indispensable la certeza de que los conceptos utilizados en su construcción fueron cuestionados. Las “unidades conceptuales” deben ser problematizadas. El concepto de identidad nacional es profundamente cuestionable.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> *Idem.*

<sup>13</sup> Wolkmer, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico*, São Paulo, Alfa Omega, 1997.

<sup>14</sup> Gadamer, Hans-Georg, *Hermenéutica em retrospectiva - a virada hermenéutica*, Rio de Janeiro, Vozes, 2007. Gadamer, Hans-Georg, *Verdade e método 2 - complementos e índices*, Rio de Janeiro, Vozes, 2004.

<sup>15</sup> Paul Veyne, al inventariar el debate sobre los límites entre historia y sociología, afirma que la crítica al modelo positivista de historia condujo el descubrimiento de que “los hechos no existen”, esto es, no existen en estado aislado, excepto por abstracción, concretamente, existen solamente bajo el concepto que los informa”. Desde ese punto de vista, “la Historia existe solamente en relación a las cuestiones que nosotros le formulamos. Materialmente, la historia es escrita con hechos; formalmente, con una problemática de conceptos”. Veyne, Paul, *O Inventário das diferenças*, São Paulo, Brasiliense, 1983, p. 6.

Es imperativo complementar sobre el punto de partida de las constantes. El intérprete debe optar entre narrar la construcción del Estado-nación, entidad circunstanciada en tiempo o espacio, o en usar conceptos vinculados a la narrativa de construcción del Estado democrático de derecho. Existe un hiato entre ver la historia a partir de conceptos como “integración nacional”, o a partir de la realización de derechos fundamentales, de la posibilidad de integración de sujetos al sistema de derechos. Solamente narrativas plurales pueden presentar los diversos procesos de constitución de los derechos en sociedades en las cuales “las limitaciones que se oponen a una plena realización del individuo y de la vida social están por todas partes”.<sup>16</sup>

Finalmente, la estructura del Estado democrático de derecho apunta para una tensión constante entre igualdad y libertad, presente en la reconstrucción del pasado en el presente, lo que solamente puede ser realizado a partir de narrativas alternativas que, al reconocer derechos, lanzan un nuevo observar sobre los límites de ese pasado. Adoptar una narrativa tradicional sobre la constitución de derechos en Brasil significa excluir sujetos de derechos, desconociendo el valor de la igualdad, y suprimir sus voces de la discusión, violando así la libertad.

#### IV. LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA DE 1988 COMO PUNTO DE PARTIDA DE NARRATIVAS PLURALES

La perspectiva presentada, fundamentada en la necesidad de la reconsideración de narrativas vencidas en el pasado para que se pueda realizar el ideal de derecho como integridad, nace *de facto* de la interpretación dada por Dworkin a las prácticas interpretativas de la Suprema Corte Americana, las cuales son dependientes de una Constitución que, comparativamente, es textualmente más sintética e históricamente más datada de lo que la Constitución brasileña es. Es capaz de demostrar que tal consideración es estructurante del constitucionalismo. Cabe, por lo tanto, considerar un argumento complementador, pero localizado: ¿el análisis de los dispositivos (texto) de la Constitución de 1988 revelaría otra dimensión de abertura para las historias no hegemónicas?

En el amplio espectro de normas constitucionales que se refieren al debate sobre la denominada cuestión racial presentes en la Constitución,

<sup>16</sup> Santos, Milton, *O Espaço do cidadão*, São Paulo, Studio Nobel, 2002, p. 30.

no discriminación, afirmación de diversidades y combate a la desigualdad social resumen el cerner del tratamiento dado al tema “raza” en el ámbito constitucional. Seguramente, éste transita en el espacio conceptual del derecho a la igualdad, pero supera las definiciones construidas en los modelos liberal e intervencionista del Estado. Se trata de una igualdad tensionada por la democratización de una sociedad periférica marcada por el trauma de la esclavitud y por la heterogeneidad de las poblaciones.

De hecho, a pesar de los limitados análisis conservadores, el texto trajo innovaciones a la historia, admitiendo, en varios pasajes, los defectos de la esclavitud y del colonialismo. Fue en el orden constitucional de la cultura, además del título dedicado a los indígenas, que la pluralidad de las formas de vida alcanzó mayor densidad constitucional. Aquí se revela el carácter de tensión entre el pluralismo como expresión de grupos y el pluralismo como valor a ser defendido por el Estado. El artículo 215 afirma que el “Estado garantizara a todos el pleno ejercicio de los derechos culturales y acceso a las fuentes de cultura nacional”, reconociendo la existencia de “manifestaciones de las culturas populares, indígenas y afro-brasileñas”, de “grupos participantes del proceso civilizatorio nacional”, de “diferentes segmentos étnicos nacionales”. El artículo 216 dispone que “constituyen patrimonio cultural brasileño los bienes de naturaleza material e inmaterial, tomados individualmente o en conjunto, portadores de referencia a la identidad, a la acción, a la memoria de los diferentes grupos conformadores de la sociedad brasileña”, determinando en su párrafo quinto que “quedan derribados todos los documentos y los sitios que retienen las reminiscencias históricas de los antiguos quilombos”. Luego reconoce una trayectoria distinta al contexto europeo, respecto a la realidad social y normativa.

Todavía, el texto sugiere que tal diversidad haya sido demarcada por la exclusión y convertida en desigualdad.<sup>17</sup> De ahí que el Estado, para garantizar a todos el pleno ejercicio de los derechos culturales y el acceso a las fuentes de la cultura nacional, necesita proteger manifestaciones culturales de grupos específicos, enunciados conforme a una historia de exclusión (populares, indígenas y afro-brasileñas). Para eso, sugiere marcos simbólicos

---

<sup>17</sup> “Lo que necesitamos saber es lo siguiente: ¿existe o no existe desigualdad socialmente considerada? Abran los datos, existe. Listo. ¿Cómo tratarlas? Cuestión Política. ¿Debemos tratarlas o no? Respuesta: Si, debemos enfrentar el tema”. Jobim, Nelson, *A Inserção do Afro-descendente na Sociedade Brasileira*, conferencia con el ministro Nelson Jobim, presidente del STF, realizada en la Câmara Municipal de São Paulo el 20 de agosto de 2004. Núcleo Técnico de Registro, 712.

para diferentes segmentos étnicos nacionales, valorización de la identidad étnica regional y de un patrimonio cultural brasileño. Éste no es definido como una identidad brasileña homogénea, al contrario, en los términos del artículo 216:

Constituyen patrimonio cultural brasileño los bienes de naturaleza material e inmaterial, tomados individualmente o en conjunto, portadores de referencia a la identidad, a la acción, a la memoria de los diferentes grupos conformadores de la sociedad brasileña, en los cuales se incluyen: I - las formas de expresión, II - los modos de crear, hacer y vivir, III - las creaciones científicas, artísticas y tecnológicas...

Luego entonces, el actuar del Estado no debe garantizar sólo la libertad de expresión (modelo liberal) o el acceso a formas de una cultura oficial (modelo intervencionista), sino que debe pugnar por el pluralismo de las instituciones integrantes de la promoción de la cultura y la valorización de las matrices culturales no dominantes. El orden constitucional de la cultura integra conceptualmente la complejidad y la especificidad de una sociedad marcada por diferencias, al mismo tiempo que busca neutralizar su conversión en recensores de “marcas” de inferioridad. Dos expresiones, en ese contexto, son decisivas: “manifestaciones de las culturas populares, indígenas y afro-brasileñas, y, las de otros grupos participantes del proceso civilizador nacional” y “la valorización de la diversidad étnica y regional”. La posibilidad de nominación siempre fue negada por un constitucionalismo que, marcado por el racismo, gustaría de ver borrada de nuestra historia la presencia negra. La desaparición se daba por la eliminación física o la eliminación simbólica. A su vez, la expresión “procesos civilizadores” debe su origen a la influencia de Darcy Ribeiro, representando una tentativa de describir las transformaciones de las sociedades humanas, a partir de sus elementos constitutivos y del impacto de fuerzas exógenas.<sup>18</sup> Era una respuesta, bajo la perspectiva relativista, al fracaso, en términos de hegemonía, de las culturas de los pueblos conquistados, y tenía un blanco directo, la concepción evolucionista sobre la sobrevivencia a largo plazo de los patrones culturales. Según el autor, fueron las distinciones tecnológicas, inclusive represivas, como las técnicas bélicas,

<sup>18</sup> Ribeiro, Darcy, *O processo civilizatório: estudos de antropologia da civilização; etapas da evolução sócio-cultural*, Petrópolis, Vozes, 1987.

que habrían garantizado la supremacía de determinadas civilizaciones, independientemente de cualquier patrón cualitativo. En otras palabras, era una insurgencia contra la naturalización de la supresión de las diferencias presentes en el concepto de civilización. Otro elemento importante del texto es la expresión “formas de vida”. Si la idea de preservar presupone la de conocer, una lectura conservadora de esa dinámica tenderá a reconstruir una memoria estática de lo nacional, en vez de considerarla como una memoria viva de las resistencias populares y de la dinámica propia de una Constitución ciudadana. Para esa lectura estática, el lugar de la memoria son los repositorios estatales creados para el registro de las hazañas del Imperio Portugués, guardados “literalmente” en la Torre del Tombo. Al contrario, para una lectura procedimental, vinculada a la construcción de un espacio público en sociedades periféricas, es la ampliación de la memoria constitucional de las luchas sociales por la consolidación de derechos de grupos excluidos de las esferas de poder.

A pesar de la reglamentación de la cuestión indígena, se inserta de un modo más destacado en un proceso de reconocimiento de derechos negados; el caso de las poblaciones negras no es menos significativo para reflexionar sobre la complejidad de las demandas que el recurso a las nuevas memorias constitucionales trajo.<sup>19</sup>

En primer lugar, la imposibilidad de proscribir el racismo —porque además de ser una pauta constitucional criminalizadora de determinados comportamientos— se vincula directamente a la memoria constitucional. El hecho de que no se puede proscribir no es sólo lo que puede ser castigado en cualquier tiempo, en cualquier futuro, sino también lo que no puede ser olvidado. No se puede proscribir una memoria social que re-actualiza las experiencias del pasado para reconocer que se tiene un compromiso inevitable contra la discriminación racial. Luego, solamente es justificable delante de la gravedad y del impacto social negativo que, por repercusión, tales acciones pueden provocar. La imprescriptibilidad induce la comprensión de la intencionalidad de activar formas estatales de preservación de grupos sociales amenazados en su historia. Algo que se pretenda ver sin proscripción es algo que puede en los hechos sobrevivir, como espacio de intervención simbólica, a la actividad humana cotidiana, inclusive del le-

---

<sup>19</sup> Silva, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 822.

gislador común en la práctica política ordinaria. A su vez, la imposibilidad de proscripción del racismo retoma la idea de esclavitud como un crimen contra la humanidad, tema recurrente de la retórica abolicionista.<sup>20</sup>

En segundo lugar, el artículo 68 del ADCT dispone que “A los remanentes de las comunidades de los quilombos que estén ocupando sus tierras es reconocida la propiedad definitiva, debiendo al Estado emitirles los títulos respectivos”. Tal dispositivo se vincula al artículo 216, párrafo quinto, según el cual “Quedan abolidos todos los documentos y los sitios detentores de reminiscencias históricas de los antiguos quilombos”. Además del debate jurídico sobre la titularidad del poder de definición de lo que sea quilombo, es innegable que las normas se refieran a la imagen de resistencia negra, como símbolo de la libertad o como lucha por la tierra, y en este caso, por la sobrevivencia material en la redefinición de un espacio físico por medio de tradiciones. Los quilombos siempre fueron negados, inclusive por la historiografía que incorporó al negro a la imagen del nacional, porque ellos representaban al mismo tiempo la continuidad y permanencia de una referencia, en el presente, y proyección a futuro de una identificación con grupos negros. La abolición arriba referida es el único caso determinado por la Constitución.<sup>21</sup> Se demuestra la urgencia, en la medida en que no se puede esperar la valoración o no de los quilombos por las instituciones, e imperatividad, en la medida en que se substraen de los órganos administrativos y legislativos la posibilidad de un juicio sobre la importancia de los quilombos en la formación del patrimonio cultural brasileño. El dispositivo se sitúa en el “Acto de las disposiciones constitucionales transitorias” que hiciera un acierto de cuentas con las prácticas autoritarias de momentos de nuestra trayectoria política. Asume, en ese contexto, el carácter de indemnización, de reparación histórica. De forma concreta, no es el duque de Caxias que es rememorado en términos normativos constitucionales, sino el quilombo de Manuel del Congo contra el cual el comandante Luis Alves de Lima y

<sup>20</sup> Sobre el carácter ideológico de la discriminación, Andrade, Vera Regina Pereira de, *A ilusão de segurança jurídica*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003; Baratta, Alessandro, *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, Rio de Janeiro, Revan, 1997. Supremo Tribunal Federal (STF), *Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus no. 82.424/RS*, Brasília, Supremo Tribunal Federal, 2004.

<sup>21</sup> Sobre la abolición, Silva, José Afonso da, *Ordenação constitucional da cultura*, São Paulo, Malheiros, 2001.

Silva emprendió violenta represión en 1839.<sup>22</sup> De ese modo, el constituyente originario inscribió la historia de las resistencias negras de los quilombos en la memoria constitucional, vale decir, la lucha de los quilombos es un elemento de comprensión de la historia dada por la interpretación jurídica. La historia de la esclavitud, desde el punto de vista constitucional, no es la historia de una lenta acomodación de los negros a una condición de subalternidad o de formación de una nueva raza mística, sino una historia que debe considerar las luchas por la libertad e igualdad negadas por la historia oficial.

En tercer lugar, hay cuestiones culturales que representan aciertos de cuentas con el pasado, teniendo en vista las acciones negativas del Estado brasileño. En el capítulo constitucional dedicado al deporte está el fomento de prácticas desportivas “formales” e “informales” como derecho de cada uno (artículo 217) y la “protección y el incentivo a las manifestaciones deportivas de creación nacional” (inciso IV). El acceso de cualquier individuo al deporte exige que se reconozca la importancia de formas deportivas que son creadas por determinados grupos sociales. Se rompe con una trayectoria de represión a las manifestaciones de creación nacional, específicamente la capoeira que, en el periodo republicano, llegó a ser objeto de criminalización e identificada con la desviación.<sup>23</sup> De manera semejante, “la libertad de conciencia y de creencia se libra del fantasma del «orden público» y de las «buenas costumbres» de las constituciones anteriores”.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> Grinberg, Keila *et al.*, “Rebeliões escravas antes da extinção do tráfico”, en Grinberg, Keila y Salles, Ricardo (orgs.), *O Brasil imperial vol. I (1808-1831)*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2009, pp. 255 y 256.

<sup>23</sup> Sobre la represión al capoeira: Duarte, Evandro C. Piza, *Criminologia & racismo - introdução à criminologia brasileira*, Curitiba, Juruá, 2002; Frigerio, Alejandro, “Capoeira: da arte negra a esporte branco”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 4, n. 10, jun. 1989, pp. 85-98; Soares, Carlos Eugênio Libano, *A capoeira escrava e outras tradições rebeldes no Rio de Janeiro (1808-1850)*, Campinas, Unicamp, 2002.

<sup>24</sup> Silva, Jorge da, *Direitos civis e relações raciais no Brasil*, Rio de Janeiro, Luam, 1994, p. 132. Sobre la represión a las religiones de matriz africana, Augras, Monique, “A ordem na desordem: a regulamentação do desfile das escolas de samba e a exigência de «motivos nacionais»”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 8, n. 21, fev. 1993, pp. 90-103; Carneiro, Edson de Souza, “Os Cultos de origem africana no Brasil”, en Carneiro, Edson de Souza, *Candomblés da Bahia*, 3a. ed., Rio de Janeiro, Conquista, 1961; Carneiro, Sueli y Cury, Cristiane Abdon, “O candomblé”, *Terceiro congresso de cultura negra das Américas*, São Paulo, 1982, pp. 176-191; Rodrigues, Ana Maria, *Samba negro, espoliação branca*, São Paulo, HUCITEC, 1984.

La paradoja aparente es que la libertad religiosa para las religiones de matrices africanas e indígenas solamente encontró posibilidad de realización plena en la medida en que la Constitución les atribuyó un valor positivo específico como patrimonio cultural.

En cuarto lugar, el artículo 242, en su párrafo primero, dispone que “La enseñanza de la Historia de Brasil llevará en cuenta las contribuciones de las diferentes culturas y etnias para la formación del pueblo brasileño”. El dispositivo se opone, en nombre del pluralismo, al monopolio de las instituciones reproductoras de la historia por el Estado nacional. La regla indica una ruptura epistemológica que es esencialmente una ruptura de prácticas institucionales (tales como la selección, entrenamiento de personal, nuevas líneas de financiamiento e investigaciones). La referencia a una historia plural solamente puede emerger de un espacio en que la ausencia de pluralidad no sea una constante.<sup>25</sup> Las expresiones “Brasil” y “pueblo brasileño” sugieren que no se debe interpretar el dispositivo para concebir las contribuciones de las diferentes culturas y etnias, no constantes en las narrativas oficiales, como una particularidad (histórica secundaria) cuya construcción sería tarea específica de determinados grupos, o hasta de una actividad voluntaria dentro de las instituciones de enseñanza e investigación. Al contrario, la historia del pueblo de Brasil es plural, dependiendo de su efectuación de reconocimiento de la desigualdad producida por la negación de determinadas narrativas. Historias de las diferentes culturas y etnias solamente tienen razón de ser cuando se reconoce un doble espacio de pluralismo: aquel que constituye al pueblo y aquel que es negado en la homogeneidad de la historia producida en las instituciones. El pluralismo corresponde a un doble movimiento. Eso ocurre porque historias dominantes concebidas como universales son narrativas universalizantes de particularismos dominantes, o sea, la historia dominante es la historia de grupos que alcanzaron poder institucional suficiente para construir su narrativa. Luego, el pluralismo corresponde a un modelo estructural para la narrativa, pero sobre todo, al reconocimiento de la existencia de narrativas que fueron descolocadas para el silencio o para la imagen del particularismo y que deben ser reinsertadas desde el punto de vista institucional.

Finalmente, el pluralismo, como principio en la Constitución, no se sitúa fuera de una referencia al contexto plural donde podría ser reelaborado. Indica una concepción procedimental que reconstruye una memoria cons-

<sup>25</sup> Carvalho, José Jorge, *Inclusão étnica racial no Brasil*, São Paulo, Attar, 2006.

tucional de igualdad y de libertad negadas. Establece un ámbito mínimo de normatividad capaz de acoplar el texto a las demandas políticas que no eran satisfechas por los mecanismos tradicionales de funcionamiento de la política, tales como los partidos políticos u otros sindicatos, abriendo espacio para una política de reconocimiento, sobre todo a partir de las reglas diferentes al orden constitucional de la cultura.

Entretanto, la decisión sobre la constitucionalidad de las cuotas raciales —sobre todo porque en este punto podría tener repercusión en futuros debates constitucionales sobre la regulación de la propiedad privada y de las tierras de los quilombos— evitó pasar en revista nuestra historia de discriminaciones y potencializar los dispositivos expresos sobre la cultura. Al revés, hizo referencias genéricas a la esclavitud y sus efectos inerciales sobre la población negra, prefiriendo centrarse en las desigualdades sociales del presente. Por lo tanto, más allá de que se afirme la vialidad de la reivindicación, ellas fueron, tendencialmente, desacopladas de la narrativa histórica que construyó una identidad a partir de narrativas de resistencias y luchas.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

¿Cuáles serían las posibles contribuciones del nuevo constitucionalismo para el debate sobre el reconocimiento de derechos de grupos sociales excluidos de la memoria oficial a partir del debate constitucional sobre las cuotas raciales?

Según Habermas, son conocidas dos alternativas para la cohesión entre grupos humanos que encontraron otrora cohesión y sentido de pertenencia en las sociedades estamentales: una solución en la esfera de la cultura o una solución en la esfera de las instituciones de una homogeneidad nacional como condición necesaria del poder democrático.<sup>26</sup> Todavía, los procedimientos ofrecen, a partir del reconocimiento de nuevos sujetos constitucionales, solución para la lectura de nuevos contenidos que no hacen parte del rol de derechos comúnmente encontrados en las Constituciones occidentales. Sugiere la posibilidad de soluciones temporales y siempre pasables de reconstrucciones para la tensión entre universalismo y particularismo vivenciado por las sociedades periféricas. Los “nuevos” derechos son al mismo tiempo universales y locales, pues si es el modelo constitucional de derecho

<sup>26</sup> Habermas, Jürgen, *A Inclusão do outro*, São Paulo, Loyola, 2002, p. 152.

como integridad —como igual respeto y consideración, la tensión entre libertad e igualdad— lo que le da dinamismo, es la experiencia fundante de la modernidad en su contenido negativo —la fractura constitutiva de ese ambiente social local, pero en relación con formas sociales universalizantes— el elemento de aproximación entre vida social y sistema jurídico. En otras palabras, si fue la pretensión de universalidad la que permitió ocultar las diferencias y reproducirlas como formas de desigualdad, es esta misma pretensión (aliada a las luchas sociales) la que permite contradictoriamente reconocer sus límites y, por lo tanto, la necesidad de reconocimiento de las diferencias para su realización. Conforme a Marramao: “el nuevo universal de la esfera pública planetaria que somos llamados a construir o será fruto de una mayéutica relacional, de un verdadero y propio experimento de «traducción» recíproca entre las diversas experiencias culturales, o, simplemente, no lo será”.<sup>27</sup>

En este contexto, la libertad, como lucha democrática por la ampliación y creación de nuevos derechos, es constitutiva también de las nuevas demandas por igualdad. Se trata de la libertad no como un derecho subordinado a la igualdad, sino en tensión productiva, capaz de refundar el orden social establecido. Libertad que no puede más ser leída como libertad dividida y confinada o disciplinada, sino como libertad ciudadana capaz de redimensionar el espacio público o privado y el espacio “estatal”. Libertad que también justifica la necesidad de reconocimiento de nuevos (pero históricamente viejos) sujetos organizados en torno de situaciones concretas de desigualdad social y marginalización, reconstructores de una identidad negada, despojada y humillada; redefinidores de esa misma identidad en nombre de la pretensión de dignidad humana como agentes constructores de las políticas públicas y no sólo clientes u objetos de intervención del Estado asistencial.

La perspectiva del romance en cadena demuestra la necesidad de comprender la identidad de la historia constitucional como un proceso en continua reconstrucción. Conferir dignidad a la historia constitucional es reconocer su carácter intrínsecamente incompleto, y, muchas veces, negativo del pasado. De modo directo, si la memoria oficial festeja la acción de un Estado que fue capaz de garantizar la reproducción de las desigualdades raciales, con-

---

<sup>27</sup> Marramao, Giacomo, *O Mundo e o ocidente hoje – o problema de uma esfera pública global*, trad. de Flaviane de Magalhães Barros, texto presentado en el seminario “Direito, Política e Tempo na Era Global”, promovido por el Programa de Posgrado en Derecho de la PUC Minas, los días 06 y 07 de junio de 2007.

ferir legitimidad a acciones racistas y negar el derecho a la ciudadanía a los negros, una reconducción de esa memoria es la búsqueda por la realización, en el presente, de lo que se negó en el pasado, de igualdad y de libertad. La reconstrucción constitucional no cambia toda la sociedad, sólo señala que una comunidad idealizada<sup>28</sup> a partir de valores universales no puede ser tolerante con formas comunes de naturalización de las desigualdades y del racismo. Reconstruye la comunidad y repara no una deuda histórica para con los negros, sino, sobre todo, consigo misma. El mensaje propuesto es: “No queremos ser racistas. No toleramos las desigualdades raciales. No podemos ser indiferentes frente a la falta de respeto en relación con los negros en nuestra comunidad. Por tales razones, somos una comunidad que pretende ser integrada racialmente. Una comunidad de ciudadanos”. La respuesta es la comunidad fraterna y, por lo tanto, plural.

Finalmente, la apertura del sujeto constitucional a nuevos contenidos significa también una nueva forma de lidiar con los problemas sociales en los cuales los sujetos son constructores de políticas públicas y, al mismo tiempo, una posibilidad de rever, por medio de la inclusión, las narrativas dominantes que representan violaciones a los derechos fundamentales. Es ese modelo de raciocinio que justifica la estructura y el uso democrático de las nuevas políticas públicas de reconocimiento.

Toda decisión jurídica es un acontecimiento, pero no todo acontecer pasa a integrar la memoria social en su dimensión difusa o institucional. Toda acción de recordar importa olvidar. Recordar representa un esfuerzo de selección. En las sociedades humanas la memoria se estableció como una dimensión de poder social. El acontecimiento se convierte en historia en la medida en que se convierte en discurso validado con ese poder. La decisión acontecimiento es un discurso que se construyó como discurso histórico. De hecho, una de las estrategias para dar racionalidad a la decisión es suponer que ella resulta de una red casual de decisiones precedentes. Todavía, *grosso modo*, si en la historia la causa solamente existe como atribución discursiva, como interpretación, a lo que parece, historia y derecho son, para las personas, una producción simbólica, o mejor, solamente adquieren sentido en la esfera de lo simbólico.

---

<sup>28</sup> “Las personas divergen sobre las fronteras de las comunidades políticas, particularmente en condiciones coloniales, o cuando las divisiones existentes entre las naciones ignoran importantes identidades históricas, étnicas o religiosas. Estos, sin embargo, pueden ser tratados como problemas de interpretación y de cualquier modo, no ocurren en los países de los cuales nos ocupamos en el presente”. Dworkin, Ronald, *op. cit.*, p. 251.

A su vez, los desafíos propuestos por la historia que rompió con el paradigma de las grandes narrativas y de las causas fundamentales son muy semejantes a aquellos vividos por un paradigma jurídico que pretende romper con las visiones tradicionales de sujeto de derechos. No basta sólo aceptar la falsedad de la historia única del Estado nacional, se hace necesario aceptar que toda historia es precaria. La constitución de nuevos sujetos y el reconocimiento de nuevos derechos no suspenden la historia. No impiden que ella sea una inclusión-exclusión y que nuevos-otros olvidados o desconocidos resurjan para permitir nuevas reinterpretaciones de los derechos y del pasado. Paradójicamente, siempre hay nuevas o viejas historias de libertad y de igualdad para ser contadas.

## VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de, *A ilusão de segurança jurídica*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.
- AUGRAS, Monique, “A ordem na desordem: a regulamentação do desfile das escolas de samba e a exigência de «motivos nacionais»”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 8, n. 21, fev. 1993.
- BARATTA, Alessandro, *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, Rio de Janeiro, Revan, 1997.
- CARNEIRO, Edson de Souza, “Os Cultos de origem africana no Brasil”, en CARNEIRO, Edson de Souza, *Candomblés da Bahia*, 3a. ed., Rio de Janeiro, Conquista, 1961.
- CARNEIRO, Sueli y CURY, Cristiane Abdon, “O candomblé”, *Terceiro congresso de cultura negra das Américas*, São Paulo, 1982.
- CARVALHO, José Jorge, *Inclusão étnica racial no Brasil*, São Paulo, Attar, 2006.
- DUARTE, Evandro C. Piza, *Criminologia & racismo - introdução à criminologia brasileira*, Curitiba, Juruá, 2002.
- DWORKIN, Ronald, *O Império do direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1999.
- FRIGERIO, Alejandro, “Capoeira: da arte negra a esporte branco”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 4, n. 10, jun. 1989.
- GADAMER, Hans-Georg, *Hermenêutica em retrospectiva - a virada hermenêutica*, Rio de Janeiro, Vozes, 2007.

- GADAMER, Hans-Georg, *Verdade e método 2 - complementos e índices*, Rio de Janeiro, Vozes, 2004.
- GRINBERG, Keila *et al.*, “Rebeliões escravas antes da extinção do tráfico”, en GRINBERG, Keila y SALLES, Ricardo (orgs.), *O Brasil imperial vol. I (1808-1831)*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2009.
- HABERMAS, Jürgen, *A Inclusão do outro*, São Paulo, Loyola, 2002.
- JOBIM, Nelson, *A Inserção do Afro-descendente na Sociedade Brasileira*, conferencia con el ministro Nelson Jobim, presidente del STF, realizada en la Cámara Municipal de São Paulo el 20 de agosto de 2004. Núcleo Técnico de Registro, 712, 2004.
- “Manifesto em Favor das Cotas”, disponible en: <https://www.geledes.org.br/confira-a-integra-do-manifesto-a-favor-das-cotas/> (acceso en 26 fev. 2019).
- MARRAMAO, Giacomo, *O Mundo e o ocidente hoje – o problema de uma esfera pública global*, trad. de Flaviane de Magalhães Barros, texto presentado en el Seminario “Derecho, Política e Tempo na Era Global”, promovido por el Programa de Posgrado en Derecho de la PUC Minas, los días 06 y 07 de junio de 2007.
- POULANTZAS, Nicos, *O Estado, o poder, o socialismo*, Rio de Janeiro, Graal, 1981.
- RIBEIRO, Darcy, *O processo civilizatório: estudos de antropologia da civilização; etapas da evolução sócio-cultural*, Petrópolis, Vozes, 1987.
- RODRIGUES, Ana Maria, *Samba negro, espoliação branca*, São Paulo, HUCITEC, 1984.
- ROSENFELD, Michel, *A identidade do sujeito constitucional*, trad. de Menelick de Carvalho Netto, Belo Horizonte, Mandamentos, 2003.
- SANTOS, Milton, *O Espaço do cidadão*, São Paulo, Studio Nobel, 2002.
- SILVA, Jorge da, *Direitos civis e relações raciais no Brasil*, Rio de Janeiro, Luam, 1994.
- SILVA, José Afonso da, *Ordenação constitucional da cultura*, São Paulo, Malheiros, 2001.
- SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, 2002.
- SOARES, Carlos Eugênio Líbano, *A capoeira escrava e outras tradições rebeldes no Rio de Janeiro (1808-1850)*, Campinas, Unicamp, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), *Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus no. 82.424/RS*, Brasília, Supremo Tribunal Federal, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), *ADPF no. 186, do Distrito Federal*, 2012, disponible en: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693> (acceso en 26 fev. 2019).

VEYNE, Paul, *O Inventário das diferenças*, São Paulo, Brasiliense, 1983.

WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico*, São Paulo, Alfa Omega, 1997.

C

*Fecha de recepción:* 14 de noviembre de 2017.

*Fecha de aceptación:* 13 de febrero de 2019.