

HISTÓRIA DO DIREITO

A leitura colonizada das constituições históricas colombianas.

Exemplos históricos e proposta metodológica¹

*The colonized reading of historic Colombian
constitutions.*

Historical examples and methodological proposal

*La lectura colonizada de las constituciones
históricas colombianas.*

Ejemplos históricos y propuesta metodológica

Andrés Botero Bernal²

1 Este texto foi lido no XIII Congresso Brasileiro de História de Direito, organizado pelo Instituto Brasileiro de História do Direito (IBHD), pela Universidade Federal de Paraná (PPGD/UFR) e pelo Instituto Observatório do Direito Autoral (IODA) em 4 de setembro de 2024.

Este trabalho é resultado do projeto de pesquisa 4233, financiado pela Universidade Industrial de Santander (Colômbia).

2 Doutor em Direito pela Universidade de Buenos Aires (Argentina) e Doutor em Direito pela Universidade de Huelva (Espanha). Professor da Faculdade de Filosofia da Universidade Industrial de Santander (UIS, Bucaramanga, Colômbia). Membro do grupo de pesquisa Politeia da UIS. <http://orcid.org/0000-0002-2609-0265>. E-mail: aboterob@uis.edu.co

RESUMO:

este texto expõe certas práticas de colonização acadêmica na forma como a história constitucional tem sido feita, tanto por iushistoriadores quanto por iusconstitucionalistas. Argumenta-se, com exemplos concretos, que toda vez que uma nova teoria transnacional da moda aparece, é alterada a maneira como são vistas as constituições colombianas do passado, o que tem impedido uma leitura correta e descolonizada de nossa própria história constitucional.

Palavras-chave: colonização acadêmica, história constitucional, teorias transnacionais, história jurídica, direito constitucional.

ABSTRACT:

this paper exposes certain practices of academic colonization in the way constitutional history has been done, both by legal historians and constitutionalists. This text argues, with concrete examples, that every time a new fashionable transnational theory appears, the way in which Colombian constitutions of the past are viewed is altered, which has prevented a correct and decolonized reading of our own constitutional history.

Keywords: academic colonization, constitutional history, transnational theories, legal history, constitutional law.

RESUMEN:

en este texto se exponen ciertas prácticas de colonización académica en la forma en la que se ha hecho la historia constitucional, tanto por iushistoriadores como por iusconstitucionalistas. Se afirma, con ejemplos concretos, que cada vez que aparece una nueva teoría transnacional de moda se cambia la forma en la que se ven las constituciones colombianas del pasado, lo que ha evitado una lectura correcta y descolonizada de nuestra propia historia constitucional.

Palabras clave: colonización académica, historia constitucional, teorías transnacionales, historia del derecho, derecho constitucional.

Introdução

A colonização acadêmica é muito mais do que um processo unidirecional de um “norte hegemônico” malévolos subjugando um pobre “sul dominado”. Essa leitura é tão errônea quanto ideológica. A situação é muito mais complexa e tão multifacetada que é difícil explicar, em poucas palavras, que alguém ou algo foi *colonizado*. O próprio Habermas, quando retoma o conceito husserliano de *colonização do mundo da vida*, percebe a dificuldade de compreender adequadamente este conceito a partir da sociologia e da filosofia³. No entanto, apesar de sua complexidade, gostaria de refletir, mais uma vez⁴, sobre como a visão que os juristas colombianos têm tido de suas constituições é duplamente *colonizada*, uma vez que tanto o objeto observado (as constituições históricas) quanto a forma de lê-lo (a história constitucional) foram colonizados; sem negar que, não apenas como acadêmicos, mas também como pessoas e cidadãos, no *mundo da vida*, somos colonizados por dezenas de narrativas que, aqui, não poderei mencionar, mas que nem por isso deixam de existir.

Antes de entrar no assunto, um esclarecimento: a partir das minhas pesquisas e da minha história de vida como acadêmico, em interação com outras culturas e outros colegas, acredito que muitas das reflexões teóricas que surgem aqui são aplicáveis a outros contextos ibero-americanos. Mas deixo para o público refletir sobre o que pode ou não ser aplicável a seus casos particulares. Portanto, vou me concentrar no que está mais próximo de mim: a história constitucional colombiana.

Está claro, e há uma literatura abundante que comprova isso (e aqui devo destacar os trabalhos do professor Mario Cajas), que grande parte do material com o qual as constituições foram construídas na Colômbia foi retirado de outras tradições, e a forma como os materiais são articulados também é colonizada, na pior das hipóteses, e influenciada, na melhor, por experiências estrangeiras. No entanto, há exemplos claros de como, apesar deste processo de tomada de elementos forâneos, há certos *dispositivos* próprios que são anexados a ele, de modo que não há um *transplante* (o que sugeriria um processo passivo), nem *cópia* (o que indicaria um processo mecânico), mas uma *recepção*⁵ (mais ou menos criativa), uma *tradução*⁶ ou uma *reconstrução* do que é tomado. Para quem se interessar, há um texto de minha autoria, fruto de um debate intelectual com o mestre Fioravanti (RIP), sobre este aspecto específico de como o que é “tomado”, mesmo dos grandes modelos de declaração constitucional de direitos, é “reconstruído” (acrescentando seus próprios componentes) de acordo com as ideologias dos arquitetos constitucionais do momento (Botero, 2015, pp. 15-46). É claro que esses *dispositivos* ou *componentes próprios* podem ser, por sua vez, reconstruções de ideias estrangeiras no passado, mas que, com o passar do tempo, tornam-se autóctones. Isso reitera, uma vez mais, a complexidade de se falar em “próprio” e “estranho”, já que tudo, em suma, está fortemente relacionado historicamente. O estranho pode se tornar próprio, o próprio pode se tornar estranho.

No entanto, quero me concentrar aqui em outra questão, não mais olhando para os *materiais e o processo de construção* das constituições, mas para a *forma* como as constituições do passado foram vistas. Para isso, darei alguns exemplos.

3 Essa ideia está presente em muitas de suas obras, mas cito, por exemplo: (Habermas, 1992, p. 220).

4 Já escrevi algo sobre isso no passado, que deixo para o leitor: (Botero, 2012, pp. 319-341).

5 Sobre a história e a aplicabilidade do conceito de *recepção* na história do direito, consulte (Narváez, 2003/2004, pp. 1-18).

6 No sentido de que o filósofo e o historiador são *tradutores*, isto é, de que são hermeneutas e re-criadores, algo que Gadamer nos ensinou bem e que, para o campo da história, foi desenvolvido por (Fonseca, 2023, pp. 1035-1060).

1. Juízes e constituição no século XIX

A partir da leitura dos registros dos tribunais de primeira instância da primeira metade do século XIX, observo que os juízes, a maioria dos quais não tinha formação jurídica universitária, compreendiam as constituições da época como norma jurídica, com certo poder vinculante sobre as regras e atividades de governo das entidades territoriais. Isso pode ser chamado como um *judicial review* incipiente? Notemos que a pergunta já está equivocada: por que nossa compreensão da constituição deve ser adaptada a conceitos que dão conta de processos que não são nossos? Por que devo adaptar essa experiência judicial a um conceito do *norte hegemonic*? Aqui já podemos observar um traço do colonialismo ao qual quero fazer alusão.

Mas o que chamou a atenção no caso anterior foi o que aconteceu quando as elites jurídicas colombianas, na segunda metade do século XIX e especialmente nas primeiras décadas do século XX, decidiram *se adaptar* às novas tendências do direito público francês, o que significou uma mudança de lente ao observar as constituições do passado. Com a mudança de lente (que já é uma recepção ou reconstrução), negou-se, contra toda evidência, que pudesse haver um valor normativo da constituição, muito menos uma hierarquia em relação aos processos administrativos e às regras das entidades territoriais, com o argumento de que toda constituição é, fundamentalmente, uma disposição política e não jurídica. Para essas elites, se este é o caso na França, deve ser o mesmo na Colômbia. Agora, não estou dizendo que a leitura do constitucionalismo francês pelos constitucionistas colombianos foi correta, pois, como já disse, também foi uma recepção criativa; estou dizendo apenas que sua leitura (boa ou ruim) mudou nossa história constitucional (boa o ruim).

A leitura afrancesada acima foi o recurso de juristas e políticos⁷, especialmente (mas não somente) dos conservadores que temiam que a constituição de 1886 (uma constituição estatista, centralista, clerical e hiperpresidencialista que foi imposta para destruir a constituição liberal, individualista e secular de 1863) colocasse em risco suas formas particulares de governo. Foi assim que o estranho artigo 6 da Lei 153 de 1887 foi aprovado, declarando que, no caso de uma lei emitida após a Constituição de 1886 contradizer essa Constituição, presumia-se por direito que essa lei era constitucional, pois expressava o sentimento soberano da melhor maneira possível⁸. Mas o pior foi que a literatura de direito público que prevaleceu entre 1886 e 1910 apontou que uma constituição (i) não poderia ser uma regra de direito no sentido estrito e (ii) que não havia, não deveria haver e não houve em nenhum momento, qualquer defesa judicial da constituição, de modo que o que alguns arquivos judiciais e certas obras jurídicas estavam clamando foi silenciado por essas duas afirmações.

2. Juízes e constituição na primeira metade do século XX

Foi em 1910, com base em acordos políticos entre setores progressistas dos partidos liberais e conservadores (conhecidos como *União Republicana*), que se impôs uma reforma constitucional estrutural que estabeleceu, no discurso jurídico-político, a ideia de que a constituição é uma norma superior a qualquer outra norma do sistema jurídico, permitindo inclusive que a Corte Suprema de Justiça (tribunal

⁷ Estes papéis estavam profundamente ligados na época. Para obter mais informações sobre a relação entre a elite política e jurídica na história da Colômbia, consulte: (Botero, 2010c, pp. 339-360).

⁸ O artigo 5º da Lei colombiana 57 de 1887 determinou a aplicação preferencial da Constituição sobre a lei, mas essa regra foi modificada pelo artigo 6º da Lei 153 de 1887, que estabeleceu a presunção de constitucionalidade de qualquer lei emitida por ocasião da Constituição de 1886, de modo que a supremacia constitucional com controle judicial mencionada na Lei 53 de 1887 foi, na prática, restrita a leis anteriores à Constituição de 1886.

de cassação) declarasse *inexequível* (inconstitucional), com efeito *erga omnes*, uma norma que contrariasse a Constituição que havia sido reformada naquele ano. Devemos ao Prof. Cajas, um bom amigo, um estudo rigoroso das primeiras décadas de funcionamento dessa instituição jurídica, concluindo que a Corte Suprema nunca solicitou tal poder, que esse poder foi concedido à Corte Suprema para resolver de forma mais civilizada (perante os tribunais e não nos campos de batalha) as disputas entre os partidos no momento de decidir como fazer uma lei e o que ela deveria dizer, e que a Corte Suprema foi muito tímida ao aplicar esse poder em suas primeiras sentenças de *inexequibilidade* (Cajas, 2013, pp. 425-465). O que é interessante, entretanto, é ver como o outro extremo foi levado nos manuais de direito constitucional da época. A visão francesa não era mais sustentável, devido à reforma de 1910, de modo que começou a surgir uma visão no campo constitucional que, com nacionalismo exaltado, queria apontar que a Colômbia era o pai (ou mãe?) da *judicial review* moderna, fazendo, é claro, algumas concessões aos Estados Unidos por *Marbury versus Madison* (1803) e ao México pela ação de amparo. Vou resumir esse novo relato: os Estados Unidos teriam criado a *judicial review*, mas limitada em seus efeitos jurídicos e em termos da possibilidade de quem poderia iniciar tal ação, o México a teria estendido à defesa de certas garantias constitucionais, mas teria sido a Colômbia a expandir essa instituição aos níveis mais modernos da época, para que ela pudesse se espalhar triunfantemente pelo resto do Ocidente. Este relato ignora claramente, como mencionei em outro artigo (Cf. Botero, 2007, pp. 91-102), que já existiam figuras anteriores muito semelhantes em outros países hispano-americanos, mas é preciso reconhecer que a Colômbia foi o primeiro país a elevar essa ação pública de defesa judicial da Constituição ao status constitucional com efeito *erga omnes*, uma ação que poderia ser proposta por qualquer cidadão sem nenhuma restrição. No entanto, essa manualística constitucional continuou silenciando as constituições e as práticas judiciais do século XIX, pois, para afirmar que a ação de *inexequibilidade* era *ex novo*, não se poderia dar maior credibilidade ao que aconteceu no século XIX. Em conclusão, os novos manuais mudaram seu enfoque para tomar conceitos do constitucionalismo estadunidense e mexicano, mas, com relação ao passado anterior a 1910, a leitura continuou sendo de que as constituições não tinham valor normativo e que os juízes, quando podiam operar devido ao caos institucional da Colômbia do século XIX, não davam muita atenção às constituições da época. Em outras palavras, a nova história constitucional queria mostrar que 1910 havia sido uma ruptura total com o passado.

Na década de 1930 a lente mudou novamente, adotando um foco que veio do socialismo jurídico europeu (não estou me referindo ao marxismo ou ao comunismo, embora tenham tido pontos de contato⁹), especialmente das mãos de tradutores espanhóis (como Adolfo Posada) e socialistas franceses, já que o alemão de Menger e dos membros mais heterodoxos da *jurisprudência dos interesses e do direito social* do centro de Europa não era tão acessível aos juristas colombianos quanto as línguas românicas obviamente eram. A constituição passou a ser lida, então, através das lentes da *questão social*: surgiu uma nova abordagem, também reconstruída a partir do recebido-reconstruído, que poderíamos chamar constitucionalismo esperançoso ou reformador, o que, se posso generalizar, significava que a constituição era vista como um poderoso instrumento de reforma social, de modo que, pela simples introdução de elementos de direito social na constituição, a sociedade mudaria de rumo, como se a majestade da lei pudesse, por si só, lidar com as forças contidas e os usos reiterados da sociedade. E isso implicava uma visão de que as constituições anteriores aos governos liberais, que introduziram ideias jurídico-socialistas, eram instrumentos deploráveis de um governo ultraindividualista da sociedade colombiana. Novamente, a mudança na teoria dominante implicou uma mudança na leitura do que havia acontecido. Os arquivos ainda estavam silenciados.

⁹ Sobre a história do direito social e do socialismo jurídico, consulte: (Botero, 2020, pp. 113-149).

3. Colonialismo na leitura da história constitucional

Eu poderia continuar com muitos outros exemplos (especialmente com o que a chegada do *neoconstitucionalismo* no final do século passado implicou para a história constitucional – e não apenas para a ibero-americana¹⁰), mas o tempo não me permite fazê-lo. Queria apenas chamar a atenção, modestamente, sobre duas coisas: 1) sobre como o colonialismo sofre mutações de acordo com o contexto e os textos, pois sua vitalidade depende de sua capacidade de se adaptar, mostrando muitas vezes de forma tão sutil que pode passar desapercebido, inclusive no campo da história constitucional, o que exige que nós mesmos, os iushistoriadores, estejamos sempre alertas; 2) sobre como as teorias transnacionais produzidas no Norte global, as que estão na moda, são rapidamente recebidas e reconstruídas (já que, sendo uma *cultura mestiça e híbrida*, estamos sempre prontos para receber alegremente qualquer nova doutrina para adaptá-la ao que já temos) e, em sua implementação, mudam a história constitucional produzida, de modo que o passado é lido como o novo modelo recebido-transformado exige, para que esse modelo não seja questionado. O simples fato de se adotar uma nova lente como filtro de como fazer e como entender a constituição significa que a história das constituições anteriores é continuamente reescrita, não mais a partir dos arquivos e das obras históricas, mas a partir das exigências do novo modelo, o que me lembra a ânsia frenética dos funcionários do “Ministério da Verdade” no romance *1984*, que reescreviam os jornais de ontem para os alinhar às novas ideologias de hoje. E assim os arquivos permanecem silenciados.

Evidentemente, esse colonialismo não implica passividade por parte dos acadêmicos ibero-americanos diante da ação supostamente agressiva dos acadêmicos dos centros hegemônicos. Eu acreditaria se tratar do contrário: se há alguém responsável pelo colonialismo a que aludi anteriormente, são, acima de tudo, os próprios acadêmicos-juristas de nossas terras, ávidos por importar novas modas teóricas (com as quais certamente foram treinados em seus estudos de pós-graduação, em suas viagens de iniciação ao “primeiro mundo”), que implantam com força virulenta, e um radicalismo que não está presente nos centros produtores dessas teorias. O professor Diego López deixou claro que o radicalismo na defesa de uma teoria é mais fácil de ser encontrado nos centros receptores, como o nosso, do que nos produtores¹¹. Não vamos cair, portanto, em discursos simplistas e maniqueístas de bom e ruim. Em vez disso, devemos nos perguntar por que nossa ânsia de ver o que está sendo feito em certos espaços estrangeiros para trazê-lo, apressadamente, para estes territórios, e por que nossa tendência de ler o passado anacronicamente através das novas lentes da moda, forçando o passado a dizer o que a teoria da moda, que foi reconstruída em sua recepção, diz em relação às constituições de sua tradição estrangeira. Tudo isso nos tem impedido de construir uma história constitucional mais *crítica, própria ou autêntica* (em um sentido heideggeriano, devo esclarecer), e mais próxima do que realmente aconteceu, embora eu esteja ciente de que nunca seremos capazes de abranger com nossas palavras a realidade que foi e que, por mais que tentemos, nunca seremos capazes de suspender completamente nossos preconceitos e nossas lentes teóricas (que são

10 Neste texto menciono, para exemplificar, os anacronismos incorridos por um dos mais renomados autores do neoconstitucionalismo europeu: (Botero, 2010b, pp. 193-228). Com tradução para o português: (Botero, 2010a, pp. 101-135).

11 Essa é uma das muitas lições que essa grande obra nos deixa: (López, 2004).

altamente colonizadas) quando olhamos para o passado¹². Desde o século XIX, os grandes filósofos da época (começando por Schopenhauer e Brentano) deixaram claro que a neutralidade e a objetividade pura não existem em nenhum ato de conhecimento, portanto, sempre haverá algum grau de anacronismo em nossas leituras, em nossas traduções ou recepções¹³.

Não obstante, visões menos anacrônicas, menos ideologizadas, menos contaminadas e menos colonizadas são possíveis quando se olha para nosso passado constitucional ideologizado, contaminado e colonizado. E é isso que almejo, politicamente, como acadêmico: dialogar com colegas de outras tradições e campos, já que podem ser uma fonte inesgotável de ideias e metodologias, mas sempre com a distância que implica aceitar que nossa lealdade é para com esse passado difuso que tentamos traduzir em uma narrativa, dando voz ao arquivo e às obras históricas, e não para com a teoria que, no presente, mais nos convoca por ser a hegemônica. Talvez assim possamos, no futuro, ser mais críticos e céticos em relação aos centros produtores de conhecimento jurídico, o que melhorará a qualidade das reconstruções teóricas que fazemos na Iberoamérica e nos permitirá dar tanta voz a um colega destas regiões do sul quanto damos aos colegas dos centros hegemônicos; espero que a carta de credibilidade de um jurista deixe de ser a sua condição de acadêmico de um centro hegemônico ou de produtor de conhecimento jurídico, que um dia desapareça ou diminua esse fetichismo pelo estrangeiro que tanto mal nos fez, e que isso nos permita entender, de uma vez por todas, que o que esse colega diz pode ser muito válido para a sua tradição, mas não necessariamente para a nossa. E são coisas como essas que o *Instituto Latino-Americano de História do Direito* tem buscado desde que o criamos há vários anos, com amigos aqui presentes, abrindo um espaço onde possamos nos ouvir, cara a cara, para tirar o que nos é útil sem cair nas subordinações quase imperceptíveis que tanto sofremos em outros cenários. Aceitamos o diálogo com todos, próximos e distantes, pois isso enriquece nossa visão, mas que ela continue a ser nossa, atenta às nossas particularidades. Espero, então, que possamos amadurecer o suficiente para abandonarmos o complexo de inferioridade (ou de vira-lata) que rodeia muitas de nossas instituições acadêmicas (e políticas, é claro), um complexo que é nossa responsabilidade assumir e banir.

Bibliografia

- Botero, A. (2007). Haciendo memoria de la defensa judicial de la constitución. *Pensamiento Jurídico*, (20), 91-102.
- Botero, A. (2008). La pluralidad de significados del conservatismo: ¿desde dónde hablamos? En E. Domínguez (Ed.), *Historia de las ideologías políticas: proyecto Ágora* (pp. 595-613). Canal U y Universidad EAFIT.
- Botero, A. (2010a). Crítica da concepção de sistema jurídico e razão prática de Robert Alexy. *Revista da Faculdade de Direito*, (52), 101-135.
- Botero, A. (2010b). Recepción crítica (y parcial) de la concepción sobre sistema jurídico

12 Como intérpretes ou tradutores, sempre haverá uma “perda” do que lemos, pois não podemos apreciá-lo em sua totalidade porque não compartilhamos o mesmo contexto, de modo que toda tradução implica um grau de traição do que foi traduzido, mas, mesmo assim, podemos dizer que há traduções melhores do que outras, que há leituras melhores do que outras (Fonseca, 2020, pp. 351-362).

13 Nem todos os anacronismos são perigosos para a história; somente são perigosos aqueles que transplantam realidades ou significados relevantes de um contexto para outro, ou que pressupõem a análise de estruturas jurídicas com categorias atuais que não correspondem às condições do momento em que foram formuladas (trata-se de *anacronismos de realidades*). Portanto, os anacronismos permitidos (como é o caso dos anacronismos *nominais*) pouco ou nada modificam a veracidade do fenômeno do passado estudado no presente (Botero, 2008, pp. 595-613).

- y razón práctica de Robert Alexy. En A. Botero *Ensayos jurídicos sobre Teoría del Derecho* (pp. 193-228). Universidad de Buenos Aires y La Ley.
- Botero, A. (2010c). Saberes y poderes. Los grupos intelectuales en Colombia durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX. En E. Domínguez (Ed.), *Todos somos historia. Tomo 1: Unión, rebeldía e integración* pp. (339-360). Canal U.
- Botero, A. (2012). La interpretación constitucional en América Latina: una denuncia del colonialismo cultural en la dogmática constitucional contemporánea. En B, Francisco (Ed.), *Historia del derecho público en Colombia. Tomo I* (pp. 319-341). Universidad Externado de Colombia.
- Botero, A. (2015). Fioravanti visita Colombia: sobre la aplicación de los modelos de cartas de derechos constitucionales. *Revista Filosofía UIS*, 14(2), 15-46. <https://doi.org/10.18273/revfil.v14n2-2015001>
- Botero, A. (2020). El derecho social y la comunicación de ideas jurídicas en el Atlántico a fines del siglo XIX y principios del siglo XX. *Revista de Derecho* (54), 113-149.
- Cajas, M. (2013). La Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1910: de juez de la Regeneración a juez constitucional. *Historia Constitucional*, (14), 425-465.
- Fonseca, R. (2020). Traditions, translations, betrayals. Dialogues among legal cultures. *História do Direito (RHD)*, 1(1), 351-362.
- Fonseca, R. (2023). O florentino no além mar: a ‘tradução’ das ferramentas de Paolo Grossi numa ordem jurídica não europeia. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, (52), 1035-1060.
- Habermas, J. (1992). *Teoría de la acción comunicativa, II. Crítica de la razón funcionalista*. Taurus.
- López, D. (2004). *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Universidad de los Andes, Legis y Universidad Nacional de Colombia.
- Narváez, J. R. (2003/2004). Recibir y concebir el derecho en la historia: una propuesta a la base de la función de la historia del derecho. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (7), 1-18.

Recebimento: xx/xx/2025

Aprovação: xx/xx/2025