

ESCLAVITUD Y CODIFICACIÓN EN BRASIL, 1888-2017:
POR UNA HISTORIA DESCOLONIZADA DEL DERECHO
LATINOAMERICANO

SLAVERY AND CODIFICATION IN BRAZIL, 1888-2017:
FOR A DECOLONIZED HISTORY OF LATIN AMERICAN LAW

Por BARTOLOMÉ CLAVERO *

RESUMEN:

Brasil cuenta hoy con Constitución, Código Civil y Código Penal cimentados todos en derechos de libertad sin resquicio pensable para la esclavitud. El Código Civil, código que abarca al derecho mercantil, se inspira en un constitucionalismo social que no parece permitir a todo lo ancho del derecho privado la menor posibilidad de prácticas contrarias a la libertad individual. Brasil tiene además ratificado un buen número de tratados multilaterales de derechos humanos que flanquean y fortalecen sin género de dudas ese mismo paradigma. No obstante, la esclavitud se practica en Brasil. El presente trabajo intenta explicar cómo esto sea jurídicamente posible. También afronta el reto que la estructura del sistema jurídico brasileño radicado hoy en el derecho internacional, unida a sus serias dificultades para estar a la altura en relación a la abolición de la esclavitud, está planteando a una historia de la codificación y del constitucionalismo abordada desde una perspectiva no eurocéntrica. En breve, he aquí un par de cuestiones interrelacionadas: ¿Tiene algo que ver la codificación del derecho con la práctica de la esclavitud o con su abolición fallida? Si es así, ¿resulta la esclavitud, ya de iure, ya de facto, realmente relevante para la entera historia contemporánea del derecho?

PALABRAS CLAVES: Esclavitud - Posabolición - Constitucionalismo - Codificación - Derecho internacional.

Original recibido: 15/10/17.

Original aceptado: 02/11/17.

Original enviado con modificaciones: 28/11/17.

* Proyecto de investigación "Historia Cultural e Institucional del Constitucionalismo en España y América", dirigido por Marta Lorente y Jesús Vallejo (DER2014 -56291-C3-2-P).

** Profesor emérito de la Universidad de Sevilla, Facultad de Derecho, Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas. Dirección postal: Campus Ramón y Cajal, C/ Enramadilla, 18-20, 41018 Sevilla, (España). E-mail: clavero@us.es

ABSTRACT:

Brazil is currently ruled by a Constitution, a Civil Code and a Criminal Code all grounded on freedom's rights without any conceivable loophole for slavery. The Civil Code, which is a code common to Business Law, is inspired by a social constitutionalism that does not seem to allow in the whole field of private law the least possibility of practices contrary to the freedom of individuals. Brazil is also party to quite a number of multilateral human rights treaties that undoubtedly accompany and strengthen the very same paradigm. Yet, slavery is practiced in Brazil. This essay attempts to explain how this is legally possible. It also faces the challenge that the structure of the Brazilian legal system embedded today in international law -together with its serious difficulties in being up to the task of abolishing slavery- is posing to a history of both codification and constitutionalism approached from a non-Eurocentric perspective. In short, here are a couple of interrelated questions: does legal codification have anything to do with either slavery or its failed abolition? If so, does slavery, whether de iure or de facto, happen to be truly relevant for the whole of late modern legal history?

KEYWORDS: Slavery; Post-abolition; Constitutionalism; Codification; International law

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN: ¿CODIFICACIÓN VERSUS ESCLAVITUD O VICEVERSA? II. CÓDIGO CIVIL CON DERECHO MERCANTIL DE FUNCIÓN SOCIAL AMBOS. III. DERECHO CONSTITUCIONAL (DE BRASIL) EN EL SENO DE DERECHO TRANSNACIONAL (DE NACIONES UNIDAS). IV. ABOLICIÓN Y PRÁCTICAS ESCLAVISTAS ENTRE LEYES BRASILEÑAS, CÓDIGO INCLUSIVE, Y DERECHO DE DERECHOS HUMANOS. V. REPASO DE NARRATIVAS, TÓPICOS, COMPARACIONES, COBERTURAS, FRUSTRACIONES, ALTERNATIVAS, CEGUERAS Y DEMÁS. VI. REFLEXIÓN SOBRE HISTORIOGRAFÍA, ESCLAVITUD Y CODIFICACIÓN SIN FRONTERAS. VII. COLOFÓN: ¡LUZ DEL DÍA! ¡TÚ ME GUÍA!

Ficou comprovado que desde o início do século XX [vinte] existe no Brasil uma prática que favorece a existência de trabalho escravo, a qual foi intensificada a partir de meados do século.

Comisión Interamericana
de Derechos Humanos, 2011¹.

ABOLIÇÃO. Ato de abolir alguma coisa. No caso da escravidão, o ato de extinguir esse sistema de trabalho. Ele podia acontecer por um movimento revolucionário, como no Haiti, ou por meio de uma norma jurídica, como no Brasil. A abolição no Brasil efetivou-se em 13 de maio de 1888.

Dicionário da Escravidão Negra no Brasil, 2004².

I. INTRODUCCIÓN: ¿CODIFICACIÓN VERSUS ESCLAVITUD O VICEVERSA?

En Brasil, como nos acaba de recordar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el siglo XX es un siglo en el que hay esclavitud. Es también un siglo en el que hay codificación. Lo es de la codificación civil en Brasil, pues no se logró, aunque se intentó, durante el siglo XIX. En éste se alcanzó una abolición de la esclavitud cuyo alcance resulta entonces una incógnita. ¿Qué relación hay entre una cosa y la otra, entre la esclavización de personas y la codificación del derecho?

¹ <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2015/12066FondoPt.pdf>, Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, par. 154, con sentencia condenatoria de la Corte en 2016: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf.

² CLÓVIS MOURA, *Dicionário da Escravidão Negra no Brasil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2004, p. 15, primera voz la de abolición, antes de entrar en las de esclavitud, en vez de postrera, tampoco la última como vamos precisamente a ver, por requerimiento del orden alfabético poco menos que providencial para ofrecer la falsa imagen de que la esclavitud siempre estuvo abocada a desaparecer.

Para el propio Código Civil brasileño relación no hay pues, para el mismo, la esclavitud no existe. Pero ahí está³.

La esclavitud implica derecho, el del dominio propio y el del contexto que la admite o, de no ser así, la posibilita. De existir, ¿por qué el Código Civil la ignora? No vamos a decir que hubiera de regularla sólo porque existiera. Al menos por la región que ha venido a llamarse reductivamente América Latina, una América como mínimo Indo-Euro-Afro, la codificación no viene a asumir y regular la esclavitud como práctica establecida, aun teniéndose un precedente vecino como el de Luisiana en 1825 y no faltando algún caso cual el del Perú de 1852 en vísperas de una abolición tan precaria o poco definitiva como la brasileña que habremos de ver⁴. Tampoco cabe decir que, por las Américas en el siglo XIX, el movimiento codificador partiese de una posición de libertad incompatible con la esclavitud, aun representando un caso temprano la postura adversa a la misma⁵. Mas la codificación civil de Brasil es un acontecimiento del siglo XX, a cuyas alturas, si existe la esclavitud, como nos asegura la Comisión Interamericana, ¿no correspondería que le hubiera salido al paso el propio Código Civil, un código que se ocupa del derecho de personas, de propiedad y de contratos?

Imaginemos. Un código civil del siglo XX en sociedades donde existe esclavitud podría contener perfectamente pronunciamientos como los siguientes: “La propiedad recae sobre cosas materiales o inmateriales. Es ilícita cualquier forma de propiedad que, directa o indirectamente, implicare dominio sobre las personas”; “El arrendamiento de servicios o el contrato de trabajo no admiten el establecimiento de cláusulas o el desarrollo de prácticas que sean lesivas para la libertad o la dignidad de las personas”; “Dada la función social de la propiedad y de los contratos, no se admitirán en caso alguno esclavitud, aunque sea voluntaria o temporal, ni prácticas análogas a la misma”. La función social de la propiedad y de los contratos aparece en la codificación civil brasileña, pero sin especificarse esta especie primaria de consecuencias.

³ Todos los enlaces a la web de este trabajo se han revisado a final de noviembre de 2017. Agradezco a Laura Volkind su asistencia editorial en el cotejo de referencias y enlaces.

⁴ <https://archive.org/details/civilcodeofstate00loui>: *Civil Code of the State of Louisiana*, 1825, lib I, tit. VI, cap. 3: “Of Slaves”; <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/LeyesXIX/1851098.pdf>: Código Civil del Perú, 1852, lib. I, sec. II, tit. 5: “De los ingenuos, siervos y libertos”, aun considerando ya en vías de extinción a la esclavitud formal. Otras aseveraciones de esta introducción anticipan datos o argumentos que vendrán luego a asentarse y desenvolverse. Como utilizo bastante material online, para las revistas y los trabajos de investigación, nunca en cambio para las normas, opto en ocasiones por registrar tan sólo los enlaces a los repositorios, no las direcciones completas. En cuanto al problemático calificativo de *latinoamericano*, lo utilizo desde el subtítulo a efectos meramente locativos.

⁵ http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k58601621/f8.image_r-code+ha%C3%AFti.langFR: *Code Civil d’Haïti* (Haití y República Dominicana actuales), 1826, por un silencio que en su caso lleva implícito, para el contexto americano, antiesclavismo.

Sigamos imaginando. Pongamos que, durante el siglo XX, tras haber adoptado un tratado antiesclavista en 1926, el derecho internacional se hubiera desentendido de la notoria subsistencia del esclavismo. Hoy, en el XXI, cuando ni siquiera todavía está por completo erradicado, nos sorprendería. El desentendimiento, de haberse dado, nos chocaría sobre todo a partir del planteamiento de un derecho internacional de derechos humanos desde mediados del siglo XX. Esta es la sorpresa que quiero llevar al ánimo de quien haya comenzado a leerme ante el silencio, de signo inequívocamente desentendido, de la codificación civil, la codificación de derecho de personas, propiedad y contratos, respecto a la esclavitud que subsistía por las latitudes llamadas latinoamericanas. El caso de Brasil no es único, pero será nuestra base de operaciones.

Cabe por supuesto decir que la esclavitud, si existe, no es asunto del Código Civil, sino del Código Penal. Y la codificación penal brasileña tipifica, en efecto, como delito la esclavitud. ¿Explica esto que en sede de derecho privado, inclusive el mercantil, se le ignore? Ni la historiografía jurídica ni otras especialidades del estudio del derecho se lo plantean. Ante un ordenamiento que tiende a la escisión entre lo constitucional, lo administrativo, lo procesal, lo civil, lo mercantil, lo laboral, lo penal y hasta un etcétera, la historiografía y la doctrina suelen también trocearse y ensimismarse conforme a dichas mismas coordenadas, con lo cual se les escapa algo tan elemental como que el fenómeno de la esclavitud afecta y debe concernir a todos los sectores normativos comenzándose ante todo por el del derecho constitucional⁶.

Es la Constitución la que entonces debiera formular la incompatibilidad radical entre principio de libertad y existencia de esclavitud cualquiera que sea su forma. Sin embargo, tal no es el caso de la Constitución de Brasil. No es entonces de extrañar que el asunto tienda a recluirse en el ámbito del derecho y de la política de carácter penal. Y la historiografía jurídica adopta el mismo patrón. Ahí tenemos una historia del constitucionalismo, otra del derecho civil, otra del derecho mercantil, otra del derecho penal, otra del derecho del trabajo, etcétera, cuando lo que se necesita es, igual que un ordenamiento integrado, una historiografía

⁶ Subrayando el caso haitiano como precursor valioso para el replanteamiento actual del constitucionalismo en línea de descolonización aún pendiente, EVANDRO C.P. DUARTE, GABRIELA BERRETTO DE SÁ y MARCOS V. L. QUEIROZ, “Os locais e as ausências da diáspora africana no Novo Constitucionalismo Latino-americano”, en *Anais do II Simpósio Internacional “Pensar e Repensar América Latina”*, organizado por el Programa de Pós-Graduação Interunidades em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo (PROLAM/USP), del 17 e 21 de octubre de 2016, enlaces a trabajos por orden alfabético de autores (disponible en <http://sites.usp.br/prolam>), A efectos igualmente introductorios, aun sin referencia a esclavitud, BARTOLOMÉ CLAVERO, “Constitucionalismo y colonialismo: el paradigma perdido en la historia constitucional”, en *Revista de Historia del Derecho [online]*, enero-junio 2017, núm. 53, pp. 23-39, ISSN 1853-1784 (disponible en <http://www.scielo.org.ar/pdf/rhd/n53/n53a02.pdf>).

integral, una historiografía que para ser general no se construya por la mera agregación de piezas del ordenamiento.

La República Federativa del Brasil tiene un Código Civil del siglo XXI que sigue guardando silencio sobre la esclavitud. ¿Es que ya no existe o que, a estas alturas, se le ha reducido a un vestigio marginal? Si el caso no es exactamente éste, ¿no puede encerrarse en el silencio del Código la complicidad del negacionismo? El recordatorio de la Comisión Interamericana citado se ha emitido en 2011 por referencia además a un caso de esclavitud colectiva al que no se le considera como algo aislado. He aquí entonces, estando así las cosas, un asunto que conviene abordar desde la historia y desde el derecho, desde una historia y desde un derecho sin compartimentos estancos⁷.

Si la historia de la codificación civil, existiendo esclavitud, tiende a ignorarla porque el Código Civil lo hace, o si la historia constitucional se comporta de igual modo porque la Constitución lo haga, algo falla en la historiografía jurídica. Y vale el corolario. Si la norma constitucional y la codificación civil ignoran, permisivas o no, la esclavitud existente en la sociedad a la que se dirige, algo falla en el derecho. Al final, todo esto no sólo va a interesar a Brasil. La esclavitud brasileña contemporánea podrá ser piedra de toque para un replanteamiento de la historia de la codificación y del constitucionalismo o, sin más, de la historia del derecho contemporáneo.

Por una vez y para que sirva de precedente, invirtamos la geopolítica de la historiografía jurídica. Descentralicémosla o, dicho mejor por su mayor alcance, descolonicémosla en relación a un colonialismo que es dominio europeo sobre el resto de la humanidad, la indígena y la africana por las Américas⁸. Esto va, en

⁷ Para un buen dossier reciente, REBECCA J. SCOTT y JEAN HEBRARD (Eds.), *Dossier: Esclavage contemporaine, en Brésil(s). Sciences Humaines et Sociales [online]*, núm. 11, 2017, ISBN 978-2-7351-2065-9 (disponible en <https://journals.openedition.org/bresils/2250>). Para estimaciones globales, <http://www.alliance87.org/2017ge/#section=0>.

⁸ Respecto a las dificultades historiográficas de la calificación *colonial* para el espacio latinoamericano, entre indicios y testimonios de un doble impedimento, el de concebir el colonialismo cual fenómeno periclitado y el de situar y debatir su existencia histórica respecto más a la relación de Europa con su diáspora que a la de la una o de la otra, también de la segunda, con humanidad no europea, THOMAS DUVE y HEIKKI PIHLAJAMÄKI (Eds.), *New Horizons in Spanish Colonial Law: Contributions to Transnational Early Modern Legal History*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2015; PHILIPPE CASTEJÓN, “‘Colonia’ y ‘Metrópoli’, la génesis de unos conceptos históricos fundamentales, 1760-1808”, en *Illes i Imperis*, vol. 18, 2016, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra. Departament d'Humanitats, pp. 163-179 (algo más amplio en “‘Colonia, entre appropriation et rejet: la naissance d'un concept (de la fin des années 1750 aux révolutions hispaniques)”, en *Mélanges de la Casa de Velázquez*, vol. 43, núm. 1, 2013, Madrid, Casa de Velázquez, pp. 251-271); BARTOLOMÉ CLAVERO, *Europa y su diáspora. Debates sobre colonialismo y derecho*, Santiago de Chile, Olejnik, 2016.

definitiva, a ocuparme. Trataré de todo lo anunciado en esta introducción y de algunas cosas más que nos encontraremos por el camino, como del derecho de los derechos humanos, algo que ya de por sí trasciende el caso de Brasil y cualquier otro sin por ello sobreeserlos⁹.

II. CÓDIGO CIVIL CON DERECHO MERCANTIL DE FUNCIÓN SOCIAL AMBOS

La historia jurídica brasileña que convendría tener ante la vista corre entre una Constitución y un Código civil pasando por alguna otra Constitución, la actual, y por varios códigos, unos pasados y otros presentes, quiero decir que en vigor. La primera Constitución de Brasil, de 1824, ya hace una previsión de codificación interesante de por sí, puesto que, de una parte, la vincula a derechos y, de otra, no parece requerir un código mercantil distinto al civil: “A inviolabilidade dos Direitos Cívicos e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: (...) Organizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça e Equidade” (art. 179.XVIII). Adviértase, ya también de entrada, la posición de *a propriedade* como base constitucional porque, según habremos de considerar, interesaba neurálgicamente a la esclavitud sin necesidad de que se especificase¹⁰.

El Código Civil último, de 2002, se sitúa, al cabo del tiempo, en un horizonte de apariencia similar, bien que abriendo posibilidades impensables para la codificación y el constitucionalismo decimonónicos: contiene buena parte de la materia comercial, se vincula a un constitucionalismo social estableciendo el principio de una función tal, social, tanto para la propiedad como para los contratos, y se desarrolla en términos de igualdad no sólo entre no comerciantes y comerciantes, sino de alcance general conforme a la Constitución en vigor, de 1988.

⁹ Una primera versión del presente trabajo ha respondido a la invitación bienvenida a un homenaje merecido: *Diálogo com a obra de Judith Martins-Costa*, a publicarse por GZ Editora. Ahora lo desarrollo potenciando tanto la dimensión comparativa como la significación del caso brasileño. Asistencia debo y agradezco a Laura Beck Varela. También estoy en deuda con Mariana Paes, Carlos Garriga, Romina Zamora y Carlos Ramos, así como con quienes se han esmerado en la labor anónima de *peer-reviewers*.

¹⁰ El sitio web *Planalto*, que utilizo como repositorio normativo, es de la Presidencia de la República, igual que el palacio en la Praça dos Três Poderes de Brasília que le presta nombre (disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Para el acomodamiento de la esclavitud bajo esta primera Constitución, TÁMIS PARRON, *A política da escravidão no Império do Brasil, 1826-1865*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2011. Por mi parte, de lo que me ocuparé es de la esclavitud posabolición.

Aparece, no sólo por cronología, como pieza complementaria y sustanciadora de los derechos constitucionales entre particulares. Como de lo que nos ocuparemos en sustancia, contrastándolo con Código y con Constitución, es de la esclavitud posterior a su abolición, una abolición que fuera decretada en 1888, podemos contraer el arco temporal en el que vamos a estar moviéndonos. Lo que nos interesa es la esclavitud de hecho sin esclavitud de derecho.

Podemos situarnos más acá de 1888 porque no hay una historia continua de codificación civil entre el mandato constitucional de 1824 y el Código civil-mercantil de 2002. Lo previsto por entonces no guarda relación con lo realizado al cabo del tiempo, lo cual merece subrayarse aunque no suela hacerse¹¹. Incluso ocurre que el Código actual viene de una serie de proyectos que se han sucedido durante décadas, conociendo fases de inspiración nada constitucional. Sólo tras la Constitución de 1988 comenzó a evolucionar en una línea más sensible para con los derechos¹². El mismo motivo de la función social en el derecho privado cobra una valencia diversa según el contexto no constitucional o constitucional. Gracias a acabar situándose en el seno del constitucionalismo, Brasil cuenta hoy con un Código Civil que puede destacar en el panorama transestatal y pluricontinental de la codificación del derecho por plantearse resueltamente sobre unas bases de inspiración social en un marco de derecho constitucional frente a la propia tradición del fenómeno codificador desde los tiempos napoleónicos europeos¹³. Se

¹¹ Primando entre los problemas de la codificación los de cultura, ésta en un sentido supremacista que resulta de magro capital social de una minoría europeizante, RICARDO MARCELO FONSECA, “Dal diritto coloniale alla codificazione: Appunti sulla cultura giuridica brasiliana tra Settecento e Novecento”, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 33-34, 2004-2005, *L'Europa e gli "Altri". Il diritto coloniale fra Otto e Novecento* Florencia, Università degli Studi di Firenze, pp. 963-983; RICARDO MARCELO FONSECA, ANDRÉS BOTERO-BERNAL, “La modernización frustrada: La cuestión de la codificación civil en el Brasil del siglo XIX”, en *Pensamiento Jurídico*, num. 33, 2012, *Derecho comparado*, Bogotá, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, pp. 109-141 (disponible en <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/37879>). Partiendo a su vez de una problemática contraposición entre esclavitud y codificación civil como factor que la dificultó, pero desplegando a continuación una visión un tanto más compleja que aprovecharemos, KEILA GRINBERG, “Esclavage, citoyenneté, et élaboration du code civil au Brésil, 1855-1917”, en J. HÉBRARD (Ed.), *Brésil. Quatre siècles d'esclavage. Nouvelles questions, nouvelles recherches*, París, Karthala - CIRESC (Centre International de Recherches sur les Esclavages), 2012, pp. 309-329.

¹² DANIELA SILVA FONTOURA DE BARCELLOS, *Código civil: professores entre as faculdades de direito e o governo federal*, Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2011 (disponible en <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/72741>), acerca de su larga gestación y con noticia inicial del marcado contraste de opiniones sobre su carácter finalmente constitucional, más una historia de la enseñanza del derecho y del derecho mismo en Brasil, de su derecho de Estado.

¹³ BARTOLOMÉ CLAVERO, *Ama Llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y código ladino por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, cap. 3: “Aventuras

sitúa así bien lejos de la concepción de la entera codificación como derecho de los poderes domésticos, propietarios y mercantiles, derecho del varón padre de familia, de la propiedad privada y del tráfico del mercado¹⁴. Por todo ello no es extraño que en algunas ediciones oficiales de este Código Civil se le anteponga todo lo que hay en la Constitución interesante al derecho privado, lo que hoy resulta bastante. Como reciprocidad, en éste, en el Código, hay también actualmente en Brasil un tanto que puede interesar, en mayor o menor medida, a la Constitución, esto es, a derechos constitucionales e incluso a políticas sociales¹⁵.

Dispositivos básicos del Código Civil brasileño son la función social de los contratos y la buena fe objetiva dentro del mismo campo de los negocios jurídicos tanto civiles como mercantiles: “(...) comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”; “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”; “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (arts. 187 y 421-422)¹⁶. Ambos principios pueden ser elementos promotores y garantistas de derechos. Son operativos que, de tomarse en serio y aplicarse a fondo, más de lo que lo hace el propio Código, pueden desarticular los mecanismos que, con codificación o sin ella, han convertido el ordenamiento civil y mercantil en un espacio, no de ejercicio de libertades privadas, sino de institución de poderes sociales¹⁷. Aunque el Código no

y desventuras de Napoleón, el código, por América: trasplantes ladinos y rechazos indígenas” (primera versión “Ley del código: trasplantes y rechazos constitucionales por España y por América”, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 23, 1994, Florencia, Università degli Studi di Firenze, pp. 81-194)

¹⁴ TERESA NEGREIROS, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998; JUDITH MARTINS-COSTA (Org.), *A reconstrução do direito privado. Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002; GERSON LUIZ CARLOS BRANCO, *Função social dos contratos. Interpretação à luz do Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 2009; J. MARTINS-COSTA, *A Boa-Fé no Direito Privado. Critérios para a sua aplicação*, São Paulo, Marcial Pons, 2015.

¹⁵ https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/506294/codigo_civil_5ed.pdf?sequence=6, para dicha edición del Código Civil con Constitución y más cosas que diré, edición debida al Senado federal.

¹⁶ Para una introducción de quien dirigiera la comisión que elaboró el proyecto decisivo, aun introducción que no resalta precisamente sus mejores potencialidades, MIGUEL REALE, “Visão Geral do Novo Código Civil”, en *Revista da EMERJ* (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro), 2002, Edición Especial Parte 1, *EMERJ debate o novo Código Civil*, pp. 38-44 (y en *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, 13, 2002 Roma, Centro di Studi Giuridici Latinoamericani dell'Università di Roma "Tor Vergata", in collaborazione con l'Istituto Italo Latino Americano e l'Associazione di Studi Sociali Latino Americani).

¹⁷ KIT BARKER, SIMONE DEGELING, KAREN FAIRWEATHER y ROSS GRANTHAM (Eds.), *Private Law and Power*, Oxford, Hart Publishing, 2017; K. BARKER, K. FAIRWEATHER y R. GRANTHAM (Eds.), *Private Law in the 21st Century*, Oxford, Hart Publishing, 2017.

guarde consecuencia en todo, es respecto a tal *background* aún presente y virulento que debe valorársele de entrada. Sus principios de funcionalidad social y buena fe contractuales podrían ser capaces de lograr que el derecho privado constituyese un ordenamiento no sólo permisivo, sino también promotor de la libertad de todas y todos; dicho de otra forma, capaces de lograr que los ordenamientos civil y mercantil se fundaren en bases consistentemente constitucionales o, formulado todavía de otro modo, capaces de lograr que se tenga un derecho civil y mercantil constitucional, algo así incipiente en Brasil y no desconocido, de diverso modo, por otras latitudes¹⁸.

El Código brasileño, este código común a derecho civil y derecho mercantil, pone especial empeño en que sus principios se apliquen en el segundo campo, el de mercado y finanzas por encima de la autonomía contractual. He aquí un pronunciamiento contenido en su *Livro complementar de Disposições Finais e Transitórias*: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos” (art. 2035, par. 1), lo cual no ha de resultar substancialmente afectado por la salvedad, todavía, de algún derecho mercantil: “Salvo disposição em contrário, aplicam-se aos empresários e sociedades empresárias as disposições de lei não revogadas por este Código, referentes a comerciantes, ou a sociedades comerciais, bem como a atividades mercantis” (art. 2037). Así, para todo el derecho privado, inclusive el mercantil, han de prevalecer valores de *orden público* y de función social, no de familia patriarcal y de mercado venal como tradicionalmente ocurriera en el movimiento codificador. Para la propiedad es en la Constitución donde primeramente figura su función social: “a propriedade atenderá a sua função social” (art. 5.XXIII, abundando en 170.III, 173.I, 182.2 y 184-186)¹⁹. He ahí principios que resultan desafiantes en especial con respecto al derecho mercantil, un orden que, codificado o no, ha venido constituyendo un buen instrumento, donde los haya, tanto de dominio social como

¹⁸ Literatura se tiene desde FRANCESCO GALGANO, *Il diritto privato fra Codice e Costituzione*, Bolonia, Zanichelli, 1978, hasta ÁNGEL M. LÓPEZ, *Derecho civil constitucional*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2015, pasando por MICHEL VERPEAUX (Ed.), *Code Civil et Constitution(s)*, París, Economica, 2005, o, desde 1993, por la revista *Derecho Privado y Constitución* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), aparte trabajos brasileños sobre *direito civil constitucional*. Para la polaridad de base entre Constitución y Codificación y respecto a sus correcciones, BARTOLOMÉ CLAVERO, “Código como fuente de derecho y desagüe de constitución”, en PAOLO CAPPELLINI y BERNARDO SORDI (Eds.), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milán, Giuffrè, 2002, pp. 69-147.

¹⁹ Para usos anteriores, incluso alguno en sede constitucional, del motivo de la función social de la propiedad, ALEXANDRE DOS SANTOS CUNHA, “The social function of property in Brazilian Law”, en *Fordham Law Review*, vol. 80, núm. 3, 2011, pp. 1171-1181.

de expansión colonial²⁰. Un código de comercio no renovado conforme a tales exigencias, conjuntamente o por separado del civil, queda entonces fuera de lugar. Frente a atavismos o nostalgias que no faltan, en Brasil consta²¹.

El Código Comercial brasileño data de 1850, aunque, por efecto del Código civil y de otras leyes como una de quiebra de 2005, sólo está todavía en vigor prácticamente en lo que se refiere a derecho marítimo²². Su valor es ahora residual, a la espera de pasar definitivamente a la historia como ya lo haya hecho el anterior Código Civil, que data a su vez de 1916²³. Esto no quiere decir que el derecho mercantil esté quedando en Brasil bajo la égida de un ordenamiento privado común de inspiración social. No sólo se tienen en contra las dificultades intrínsecas de sujetar el mercado a las exigencias de la función social y la buena fe objetivamente calificables. Hay algo más. Por estas latitudes americanas, como por doquier, un derecho mercantil internacional está actualmente desbordando fronteras de Estados bajo principios precisamente contrarios a tales otros, a los representados por función social y buena fe²⁴. En el mundo de hoy, para lo malo y para lo bueno,

²⁰ Para lo segundo, lo colonial, MARTTI KOSKENNIEMI, WALTER RECH y MANUEL JIMÉNEZ FONSECA (Eds.), *International Law and Empire: Historical Explorations*, Oxford, Oxford University Press, 2017, subrayándose desde la propia introducción del primer editor. Dominio ni social ni colonial es tomado en consideración por la mejor historiografía del derecho mercantil: FERDINANDO MAZZARELLA, *Un diritto per l'Europa industriale. Cultura giuridica ed economia dalla Rivoluzione Francese al Secondo Dopoguerra*, Milán, Giuffrè, 2016; CARLOS PETIT, *Historia del Derecho Mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

²¹ J. MARTINS-COSTA, "O Projeto de Código Comercial: desnecessário e inoportuno", en *Letrado* núm. 98, 2012, San Paulo, Instituto dos Advogados de São Paulo, pp. 16-17.

²² http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L0556-1850.htm, para expresiva edición del Código de 1850 con tachadura para lo derogado.

²³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm, para su edición completamente tachado. Esta anunciada la publicación de las actas de un congreso celebrado en 2016 en la Universidade de São Paulo bajo la dirección de JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES sobre *Cem Anos de Codificação Civil Brasileira*. Para las de otro congreso, coordinadas por AIRTON CERQUEIRA-LEITE SEELAENDER, *Revista do Instituto Histórico y Geográfico Brasileiro*, Ano 178, Número 473, 2017, *Cem anos do Código Civil*, ISSN: 2526-1347 (disponible en <https://ihgb.org.br/revista-eletronica/artigos-473.html>) en las que algún trabajo nos interesará.

²⁴ Para un capítulo bien significativo, con ulteriores referencias, BARTOLOMÉ CLAVERO, *Constitucionalismo global. Por uma história verossímil dos direitos humanos*, Goiânia, Vieira, 2016, cap. 3: "Globalização do constitucionalismo? Transnacionalidade de empresas entre poderes e direitos, 1947-2012" (original en "¿Globalización del constitucionalismo? Transnacionalidad de empresas entre poderes y derechos por tiempos postcoloniales, 1947-2011", en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 41, 2012, Florencia, Università degli Studi di Firenze, pp. 483-580). Hay literatura en la línea contraria de señalar un presunto compromiso creciente con derechos por parte de un orden mercantil internacional nacido y desarrollado al servicio de la expansión del mercado al margen de Naciones Unidas y de su derecho de derechos humanos: GABRIELLE MARCEAU (Ed.), *A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO: The Development of the Rule of Law in the Multilateral Trade System*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

no cabe confiar exclusivamente en el derecho del Estado para vencer la resistencia de los poderes sociales de propiedad, familia y mercado sostenidos por la codificación clásica, lo que viene significando que por el mismo Estado. Hoy hay un derecho internacional privado que ya no se reduce a la concurrencia y composición para resolución de conflictos entre ordenamientos de Estados. Hay un derecho transestatal de carácter sustantivo, en materia tanto civil como mercantil, desarrollándose además en direcciones contradictorias, una favorable y otra adversa a la funcionalidad social y a la buena fe promotoras y garantistas de derechos. Vamos a interesarnos también, en el apartado siguiente, por la primera tendencia, la halagüeña, lo que es hacerlo por el derecho de derechos humanos.

El Código Civil brasileño es ciertamente singular. No tiene al menos parangón por la América llamada Latina. Se le vino a comparar enseguida con el Código Civil italiano, que le precede en sesenta años, porque ya lo es común a derecho civil y derecho mercantil²⁵. Mas no hay color. Ya hemos apreciado que lo decisivo no se cifra tanto en la codificación común civil y mercantil como en que ambos sectores del ordenamiento se renueven bajo unos mismos principios de alcance constitucional, lo que por supuesto se facilita si no se codifican por separado²⁶. La propia separación entre códigos de derecho privado ha sido una forma de imponer privilegios de propiedad y de mercado. A su vez, la historiografía por separado de un derecho mercantil sin derecho civil y de un derecho civil sin derecho mercantil reproduce la opacidad social de tal forma de codificación²⁷.

El Código de Brasil se plantea bajo una inspiración de constitucionalismo social que en 1942, en pleno fascismo, era impensable, ya sólo por constitucional,

²⁵ DIEGO CORAPI, "L'unificazione del codice di commercio e del codice civile in Brasile", en ALFREDO CALDERALE (Ed.), *Il Nuovo Codice Civile Brasiliano*, Milán, Giuffrè, 2003, pp. 3-14.

²⁶ No lo estiman en el mismo grado quienes aún se ensimisman en la trayectoria de la codificación sin la debida atención al momento constitucional: MÁRIO LUIZ DELGADO RÉGIS, *Codificação, descodificação, recodificação do direito civil brasileiro*, São Paulo, Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, 2009. Atiende la relación de la recodificación con el derecho constitucional en el mismo caso brasileño JOSELI LIMA MAGALHÃES, *Da recodificação do direito civil brasileiro*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, especialmente cap. 4.

²⁷ Está señalado respecto a la mejor historiografía última de derecho mercantil: MAZZARELLA, *Un diritto...*, cit., PETIT, *Historia...*, cit. Aunque tampoco suela ser así, en la historiografía del derecho civil puede tenerse más a la vista la dimensión de dominio social de la codificación desde ANDRÉ-JEAN ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du code civil français: La règle de jeu dans la paix bourgeoise*, París, LGLJ, 1973. Por lo que respecta a Brasil, la existencia del Código común sobre bases constitucionales no ha animado todavía a un planteamiento reintegrador de la historia de la codificación. Sirva de muestra R. M. FONSECA, "A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação no século XIX", en *Revista da Faculdade de Direito*, vol. 44, 2006, Curitiba, Universidade Federal do Paraná, pp. 61-76. Según sabemos, la vinculación entre derechos y códigos se tiene en Brasil expresamente formulada desde la primera Constitución.

para el *Codice* de Italia. Por mucho que se le quiera abstraer de sus circunstancias históricas por mantenerse en vigor tras la derrota del fascismo, el Código italiano ni vino ni se le ha atraído a un planteamiento de raíz constitucional que alcance a sus propios principios y no sólo a algunos de sus capítulos²⁸. Lo propio cabe decir, mudando lo que haya de mudarse, acerca de otros intentos latinoamericanos por unificar el derecho de obligaciones en un Código Civil común, como el de Perú de 1984, el de Paraguay de 1987 o el de Cuba de 1988²⁹. Aun con todo esto y con toda la singularidad de sus méritos, el Código Civil brasileño puede que haya llegado tarde. El derecho ya no está tan a disposición del Estado como la codificación presume. Por esto y por cuanto hemos visto hasta ahora, es por lo que habremos de ocuparnos de los derechos humanos.

III. DERECHO CONSTITUCIONAL (DE BRASIL), EN EL SENO DE DERECHO TRANSNACIONAL (DE NACIONES UNIDAS)

Está indicado que, por la sintonía ahora existente, el Código Civil puede editarse junto a las secciones de la Constitución que interesan a toda la materia del

²⁸ PAOLO CAPPELLINI, "Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento historiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime", en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 28, 1999, *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, Florencia, Università degli Studi di Firenze, pp. 175-292. Para contextos, otras renovaciones y más perspectivas, PAOLO CAPPELLINI y BERNARDO SORDI (Eds.), *Codici. Una riflessione di fine millennio. Atti dell'incontro di studio Firenze, 26-28 ottobre 2000*, Per la storia pensiero giuridico moderno 61, Florencia, Milano Giuffrè Editore, 2002; J. MARTINS-COSTA y LAURA BECK VARELA (Orgs.), *Código: Dimensão histórica e desafio contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Grossi*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2013.

²⁹ LORENA CARVAJAL, "La unificación del derecho de las obligaciones civiles y comerciales", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 27, 2006, Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, pp. 37-53; FRANCISCO JAVIER PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, "El nuevo (proyecto de) código civil y comercial de Argentina y la unificación del derecho de obligaciones y contratos", en *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Estudios doctrinales, 2012, pp. 1-27 (disponible en http://www.refdugr.com/estudios_doc.php?anyo=2012). En Brasil, la idea del Código común, civil-mercantil, no es enteramente nueva: FONTOURA DE BARCELLOS, *Código civil: professores entre as facultades...*, cit., pp. 122-123. De los códigos citados, sólo el de Paraguay se refiere a función social y esto solamente para propiedad (art. 1954), no para contratos, en conformidad con la propia Constitución de entonces, de 1967 (art. 96, anteponiendo económica a social, lo mismo que la actual, de 1992, art. 109), sobre cuya inoperancia al efecto de la propiedad comunitaria BARTOLOMÉ CLAVERO, *¿Hay genocidios cotidianos? Y otras perplejidades ante la América indígena*, Copenhague, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA), 2011, pp. 56-61, 88-92, 154-157 y 215-218 (disponible en <http://www.bartolomeclavero.net/wp-content/uploads/2014/08/genocidio-cotidiano.pdf>).

derecho privado. Lo hace el Senado Federal, a cuya edición, “atualizada até outubro de 2014”, llamaré en adelante la edición constitucional del Código Civil³⁰. Es, sin género de dudas, una iniciativa encomiable en la línea de planteamiento y desarrollo de un ordenamiento civil y mercantil de fondo constitucional, pero que resulta insuficiente a los efectos de traer a la vista y tener a mano toda la normativa que interesa, en Brasil, al derecho privado. A nuestras alturas, han de tenerse en cuenta normas no sólo constitucionales, de la Constitución de la República, sino también internacionales, del derecho de los derechos humanos. No conozco, ni en Brasil ni en parte alguna, un Código Civil editado con la integridad de estos complementos, los constitucionales y los transestatales. No hay ediciones de códigos acompañados por derechos humanos.

“A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) prevalência dos direitos humanos (...)”, es la primera referencia de la Constitución a los derechos humanos (art. 4.II). Resulta un tanto ambigua. Tales derechos se reconocen como vigentes en el orden de las relaciones internacionales, cuando su vocación inequívoca es la de regir, ante todo, en el interior de los Estados. En este sentido, la misma Constitución, reforma mediante, enseguida modula: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (art. 5, pars. 2 y 3, conforme a reforma constitucional de 2004). Constando en tratados así ratificados, con mayores exigencias que para las ratificaciones comunes, los derechos humanos se convierten en derechos constitucionales en Brasil, derechos equivalentes a los que figuran en la Constitución. Debieran entonces comenzar por comprenderse en ediciones del Código Civil de inspiración constitucional. En la del Senado no deja de recogerse, como parte de la Constitución, dicha recepción de 2004, pero sin el efecto de la reproducción de instrumentos internacionales en su propia edición constitucional del Código Civil.

³⁰ Es la edición del enlace ya registrado (https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/506294/codigo_civil_5ed.pdf?sequence=6): *Código Civil e normas correlatas*, 5ª edición, Brasília, Secretaria do Senado Federal de Editoração e Publicações, 2014. Contiene las secciones pertinentes de la Constitución, la *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*, equivalente al título preliminar de los códigos civiles, el Código civil-mercantil de 2002 y las leyes complementarias de entre 1968 y 2008, no todas así posteriores al mismo. La *Lei de Introdução*, igual que los usuales títulos preliminares, al identificar el ordenamiento y formular sus reglas de vigencia, es de objeto materialmente constitucional, pero se desgajó del Código en 1942, entonces como *Lei de Introdução ao Código Civil*, de uno nuevo que quedó nonnato, sin integrarse luego en la Constitución, aunque se reformó tras ella, en 2010. En el Código de 1916, el título preliminar se denominaba *Introdução*, de donde proviene el nombre de la ley.

De hecho, la vigencia interior de los derechos humanos puede ir más allá de su recepción mediante tratados. De una parte, existe ahora en las Naciones Unidas, desde 2006, el mecanismo del Examen Periódico Universal ante el Consejo de Derechos Humanos, mediante el cual los Estados son no sólo examinados sobre el cumplimiento de tratados ratificados, sino también llamados a capítulo por la no ratificación de otros o por la desatención a meras declaraciones. Es mecanismo al que por supuesto Brasil se somete. Ha pasado un examen, que vamos a ver, en 2012³¹. De otra parte, hay también ahora declaraciones de derechos humanos que contienen cláusulas vinculantes para los Estados. La más significativa interesa neurálgicamente a Brasil, pues es la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas³². Invito a que se comparen los derechos que ahí se registran con los que se consignan en la edición del Código Civil del Senado, los cuales resultan extremadamente inferiores: la posesión, y no la propiedad, de sus territorios (Constitución, arts. 20.XI y 231), el reconocimiento de la personalidad jurídica de sus comunidades y organizaciones, con legitimación procesal mediatizada por el ministerio fiscal (Constitución, art. 232; Código Civil, art. 4, par. 1) y la excusación de la inscripción en el registro civil (Ley de Registros Públicos, art. 50, par. 2). ¿No debería entonces comprenderse la entera Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en la edición constitucional del Código Civil? No cabe ratificársele porque no es un tratado³³. Y desde luego no es lo único del cuerpo internacional de derechos humanos que habría de incorporarse a la edición constitucional del Código.

Brasil viene ratificando un buen número de tratados de derechos humanos que interesan a capítulos de su Código Civil, comenzando por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Indiquemos que Brasil es también parte, por ejemplo, de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la

³¹ <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/UPR/Pages/BRSession13.aspx>. Un primer examen lo pasó en 2008 y uno tercero le toca en 2017.

³² http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf, arts. 38 y 42: “Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración”; “Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, incluso a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia”.

³³ Bolivia en todo caso, aun con desigual eficacia, ha incorporado la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas mediante ley: BARTOLOMÉ CLAVERO, *Constitucionalismo latinoamericano: Estados criollos entre pueblos indígenas y derechos humanos*, Santiago de Chile, Olejnik, 2016, caps. 2 y 5.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad o la Convención para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas³⁴. Brasil no siempre es además signatario de los correspondientes protocolos de supervisión jurisdiccional por organismos de Naciones Unidas, pero estos instrumentos, los tratados de derechos humanos, han sido incorporados a la Constitución misma por la reforma referida de 2004. ¿No deberían comprenderse todos ellos en la edición constitucional del Código Civil? ¿Es que no interesan a materias suyas, a veces con superior compromiso y mayores pormenores que los de la propia Constitución? Incorporados están aunque esto no se refleje en la edición constitucional del Código. El procedimiento previsto por la reforma de 2004, el de aprobación por dos quintos de cada cámara del Congreso, se ha aplicado a instrumentos de fecha posterior y no parece que haya de hacerse con los ratificados previamente. En todo caso, tienen valor normativo interno, por virtud de la ratificación conforme a las reglas antes del propio derecho internacional que del constitucional brasileño³⁵.

He invitado a la comparación entre la edición constitucional del Código Civil y la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Hay otra que quiero hacer por mí mismo, una que considero aún más significativa³⁶. Se refiere a lo que puede considerarse la piedra de toque con respecto a los derechos fundamentales que inspiran a la Constitución y al Código. Si hay uno realmente básico es el que condiciona la misma posibilidad de existencia de todo el resto: el derecho a la vida garantizada, a la dignidad respetada, a la libertad asegurada y a la personalidad reconocida por el ordenamiento. Así se registra en Constitución y Código brasileños: “A República Federativa do Brasil (...) tem como fundamentos: (...) a dignidade da pessoa humana”; “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”; “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho

³⁴ <https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>, para acceso a la información sobre ratificaciones tratado por tratado.

³⁵ CÉSAR AUGUSTO BALDI, “Pessoas com deficiência. Os tratados internacionais podem ampliar direitos”, en *Consultor Jurídico* (<http://www.conjur.com.br>), noviembre de 2009; GABRIELA RASIA, *A Constituição de 1988 e a emenda constitucional n. 45/2004: uma análise da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil*, Ijuí, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, 2011 (disponible en <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1077/monografia%20terminada.pdf?sequence=1>); MARIA LUCIA RIBEIRO DOS SANTOS, “Da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e sua recepção com hierarquia constitucional”, en UBIRAJARA COELHO NETO (Org), *Temas do Direito Constitucional: Estudos em Homenagem ao Professor Carlos Augusto Alcântara Machado*, Arajarú, Universidade Federal de Serpige, 2014, pp. 121-140.

³⁶ Para confrontación entre dicha Declaración junto a otro derecho internacional sobre pueblos indígenas y una Constitución cercana no sólo en el tiempo a la brasileña como sea la actual de Colombia, de 1991, CLAVERO, *Constitucionalismo latinoamericano...*, cit., cap. 4.

humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)” (Constitución, arts. I.III, 5 y 170); “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” (Código, art. 1, interesando también los siguientes al derecho a la personalidad jurídica).

Si hay algo radicalmente contrario a vida, dignidad, libertad y personalidad humanas como derechos así reconocidos y proclamados en Brasil es la práctica de la esclavitud. Si hay un envés de derecho humano en vida, no es otro que el esclavismo³⁷. He aquí la piedra de toque anunciada desde el título con relación a códigos y a derechos desde el siglo XIX hasta hoy en el XXI. Tal vez se piense que la comparación es anacrónica, puesto que la esclavitud ya está de tiempo abolida tanto por Brasil como por el derecho internacional. Sabemos que no es así. Comencemos por lo segundo. Vamos a ver, ante todo, lo dispuesto por el derecho de los derechos humanos incorporado al derecho brasileño. Luego veremos lo que hay en el derecho producido por Brasil.

Brasil tiene ratificados los instrumentos de derecho internacional abolicionarios de la esclavitud. El compromiso entre los Estados se inició en 1926, en tiempos de la Sociedad de Naciones, con una Convención no inspirada en el derecho humano a la libertad. Contemplaba la inmediata supresión de la trata y una abolición diferida, cual objetivo último, de la esclavitud misma³⁸. Esta Convención se ha mantenido como término de referencia por los instrumentos antiesclavistas de las Naciones Unidas³⁹, los cuales sólo trabajosamente han venido a situarse en el ámbito de los derechos humanos que requieren la abolición terminante, no sólo de la misma esclavitud, sino también de toda forma de trabajo forzoso y todo género de prácticas análogas⁴⁰. La visión usual sobre este proceso internacional es más bien celebratoria, a veces solapadamente, sin percepción acerca de las dificultades del propio derecho de los derechos humanos para llegar a un planteamiento neto del imperativo abolicionista por razón de libertad y

³⁷ Por si hiciera falta confirmación además de reflexión, THOMAS CASADEI, *Il rovescio dei diritti umani. Razza, discriminazione, schiavitù. Con un dialogo con Étienne Balibar*, Roma, Derive Approdi, 2016; BENJAMIN GREGG, *The Human Rights State: Justice Within and Beyond Sovereign Nations*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2016, cap. 3: “The Body as Human Rights Boundary”. Para Brasil, RICARDO FIGUEIRA, ADONIA PRADO y EDNA GALVÃO (Orgs.), *Privação de liberdade ou atentado à dignidade: escravidão contemporânea*, Rio de Janeiro, Mauad, 2013.

³⁸ Objetivo último menos presente en Brasil, aunque no es raro que se presuma todavía hoy otra cosa, con la abolición de la trata por presión internacional en 1850: BEATRIZ G. MAMIGONIAN, *Africanos livres. A abolição do tráfico de escravos no Brasil*, São Paulo, Companhia das Letras, 2017.

³⁹ JEAN ALLAIN, *The Slavery Conventions: The Travaux Préparatoires of the 1926 League of Nations Convention and the 1956 United Nations Convention*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008.

⁴⁰ <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/UniversalHumanRightsInstruments.aspx>, apartado *Esclavitud, servidumbre, trabajo forzoso e instituciones y prácticas análogas* para enlaces a los instrumentos internacionales desde la Convención referida de 1926.

dignidad del ser humano. Incluso en el día de hoy, frente a lo que usualmente ocurre con otros instrumentos de derechos humanos, Naciones Unidas no ha sido para establecer una instancia colegiada permanente para supervisión de la trayectoria de los Estados con relación a la abolición de la esclavitud y prácticas análogas⁴¹. Hay comités de tratados de derechos humanos para cada uno de los pactos internacionales y para diversas convenciones, pero ninguno para los instrumentos abolicionarios de la esclavitud⁴².

Conviene dejar todo ello señalado para que podamos ubicar la persistencia, en Brasil, de situaciones prácticamente esclavistas y del reto que tal dato supone para un ordenamiento civil y mercantil de bases constitucionales, ordenamiento de derechos no sectorializados por códigos ni subordinados en cuanto tales, en cuanto que derechos de libertad, a ellos. Que tales situaciones esclavistas existen en Brasil se constata por las propias Naciones Unidas. El Consejo de Derechos Humanos ya sabemos que examinó a Brasil en 2012. En su informe el dato se registra⁴³. Se deja ante todo constancia de que está luchándose contra prácticas esclavistas, lo que supone, desde luego, su existencia. Se reconocen “the Government’s efforts to eliminate slave labour”. Se alaba una enmienda constitucional para “the expropriation of properties where slave labour is practised”, que veremos en su momento. Se expresa, con todo, preocupación porque, pese a reforma constitucional y también a unos Planes Nacionales para la Erradicación del Trabajo Esclavo⁴⁴, sigan recibiendo “reports of slave labour” en Brasil. Se formulan unas recomendaciones: “Take effective legislative measures for special protection and integration mechanisms for victims of slave labour”; “Secure what is prescribed in Article 149 of the Brazilian Penal Code, relating to the criminal prosecution of the crime of slavery”, Código que igualmente veremos; “Give greater importance to the recommendations made by the Committee of the International Labour Organisation Experts as regards the combat of slavery labour”. El Consejo de Derechos Humanos no es el único concernido. También, como él mismo nos recuerda, se ocupa y preocupa por las prácticas esclavistas la Organización

⁴¹ Para bibliografía y polémica, BARTOLOMÉ CLAVERO, *Europa y su diáspora. Debates sobre colonialismo y derecho*, Santiago de Chile, Olejnik, 2016, cap. 2: “¿Se debe a derechos humanos la abolición de la esclavitud?” (original en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 44, 2015, Florencia, Università degli Studi di Firenze, pp. 1075-1109).

⁴² <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx>.

⁴³ <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/151/15/PDF/G1215115.pdf?OpenElement>, *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review: Brazil*, 9 de julio de 2012 (A/HRC/21/11), pars. 10, 21, 24, 87, 89, 103 y 119.106-109 para lo que refiero. El informe del examen de 2017 abunda y aprecia avances que vamos a ver. El asunto ya estuvo muy presente en el examen de 2008. Para la documentación de los tres (<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/BRIndex.aspx>).

⁴⁴ <http://www.sdh.gov.br/assuntos/conatrae/direitos-assegurados/pdfs/pnete-2>: 2º Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, Brasília, CONATRAE (Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo), 2008, a lo que volveremos.

Internacional del Trabajo, cuyos convenios al efecto Brasil tiene ratificados⁴⁵. Las agencias e instancias de derechos de la constelación de Naciones Unidas pueden complementarse en vez de interferirse.

Está dicho que en Naciones Unidas no hay un comité permanente que se ocupe de la esclavitud, pero, entre los procedimientos especiales del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, existe, desde 2007, una instancia unipersonal y temporal, la del Relator Especial sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud, cuya titular a la sazón realizó una visita a Brasil en mayo de 2010, emitiendo informe prestamente en agosto⁴⁶. Sus evidencias y recomendaciones van en la misma dirección de constancias e insuficiencias: “The Special Rapporteur found that forced labour in the rural areas is most prevalent in the cattle ranching industry, followed by the agricultural industry. (...) In urban centres, forced labour is a feature of the garment industry. Such sectors are in need of urgent reform to prevent slavery-like practices, such as forced labour, from being used. In all these situations, the victims of forced labour work long hours, with little or no pay. They are threatened with or subjected to physical, psychological and sometimes sexual violence. The Special Rapporteur commends Brazil for recognizing that forced labour exists in the country, and for the exemplary policies that the Government has put in place to combat contemporary forms of slavery in Brazil. These exemplary actions are, however, threatened by the impunity enjoyed by landowners, local and international companies and intermediaries”.

Hay más instancias internacionales que interesan al efecto, no sólo además en Naciones Unidas, sino también en el sistema americano de derechos humanos, en este derecho regional y en sus instancias supervisoras y jurisdiccionales. La Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969, de la que Brasil es parte desde 1992, prohíbe el esclavismo y otras formas de trabajo forzoso: “Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio (...)” (art. 6.1 y 2). En 1994, así de prontamente tras la ratificación, un caso de esclavismo en el Estado de Pará llegó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, resolviéndose en 2003 mediante la asunción de responsabilidades por parte de Brasil, tanto particulares

⁴⁵ <http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/lang-pt/index.htm>. LEONARDO SAKAMOTO (Coord.), *Trabalho escravo no Brasil do século XXI*, Brasilia, Organización Internacional del Trabajo, 2007; PATRICIA TRINDADE MARANHÃO COSTA, *Fighting Forced Labour: The Example of Brazil*, Ginebra. International Labour Office, 2009. En todo caso, que pueda encubrir todavía esclavitud, Brasil no tiene aún ratificado el Convenio sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos, de 2011.

⁴⁶ http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/15session/A.HRC.15.20.Add.4_en.pdf. *Rapport of the Special Rapporteur on contemporary forms of slavery, including its causes and consequences, Gulnara Shahinian: Mission to Brazil*. Cito ahora del *Summary*.

respecto a la víctima como generales en relación a la dejación oficial en la lucha contra la esclavitud⁴⁷. Este caso ha constituido un factor influyente en la adopción de una política antiesclavista más resuelta que veremos⁴⁸. Sin embargo, a estos y otros efectos relacionados, Brasil sólo viene muy irregularmente ateniéndose a las directrices marcadas por las instancias de derechos humanos, tanto de las interamericanas como de las de Naciones Unidas⁴⁹.

Como cuestión jurídica de presente, en países como Brasil se tiene el problema de la esclavitud, no sólo de la actual, sino también de la histórica. Está pendiente el asunto de las responsabilidades por los siglos de tráfico esclavista transatlántico, de la servidumbre consiguiente y de todas sus secuelas hasta hoy. La Constitución brasileña reconoce derechos de descendientes de esclavos, pero no dice nada con relación a la reparación. El reconocimiento mismo resulta, de por sí, restrictivo. Se refiere a cultura afrobrasileña y a la propiedad colectiva de las comunidades formadas por fugitivos de la esclavitud: “O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”; “Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos”; “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos” (Constitución, arts. 215.I y 216.V.5; Disposiciones Transitorias, art. 68). *Quilombos* son comunidades

⁴⁷ <https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm>.

⁴⁸ TELMA BARROS PENNA FIRME, *O caso José Pereira: A responsabilização do Brasil por violação de direitos humanos em relação ao trabalho escravo*, Brasília, Jus Laboris, Biblioteca Digital da Justiça do Trabalho, 2005 (disponible en <https://hdl.handle.net/20.500.12178/31899>).

⁴⁹ BIVIANY ROJAS GARZÓN, ERIKA M. YAMADA y RODRIGO OLIVEIRA, *Direito à Consulta e Consentimento dos Povos Indígenas, Quilombolas e Comunidades Tradicionais*, Washington, DC, Due Process of Law Foundation, 2017 (disponible en http://www.dplf.org/sites/default/files/direito_a_consultaprevia_no_brasil_dplf-rca-3.pdf), (quilombolas: afrodescendientes que forman comunidades). En relación al caso de la Corte Interamericana citado en la primera nota, JULIANA MARKENDORF NODA y THÁMISA GONZALEZ DE OLIVEIRA, “Trabalho escravo contemporâneo: o caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil”, en *Conjuntura Global [online]*, vol. 5, núm. 2, 2016, pp. 382-391. ISSN: 2317-6563 (disponible en <http://dx.doi.org/10.5380/cg.v5i2.49353>). Sobre resistencias de Brasil a la justicia interamericana en otros asuntos, GABRIEL MATTOS FONTELES, *Povos indígenas e globalização. Redes Transnacionais de Apoio a Causas Indígenas e a Usina Hidrelétrica de Belo Monte: Um estudo exploratório*, Brasília, Universidade de Brasília, Dissertação de Mestrado, 2012 (disponible en <http://repositorio.unb.br/handle/10482/11386>); DANIELLE ANNE PAMPLONA y DANIELLE ANNONI, “La protección del medio ambiente según el sistema interamericano de derechos humanos: socioambientalismo y el caso Belo Monte”, en *Revista Catalana de Dret Ambiental [online]*, vol. 7, núm. 1, 2016, ISSN electrònic: 2014-038X (disponible en <https://www.raco.cat/index.php/rcda/article/view/314956/405092>). La alarma estaba dada: PAUL L. ASPELIN y SILVIO COELHO DOS SANTOS, *Indian Areas Threatened by Hydroelectric Projects in Brazil*, Copenhagen, IWGIA, 1981, sin olvidar el filme de MICHAEL BECKHAM, *Kayapo: Out of the Forest*, Granada TV, 1989.

afrodescendientes⁵⁰. En todo caso, no hay nada sobre derecho a la reparación ni en la Constitución ni en el resto del derecho estrictamente brasileño⁵¹. Para plantearla ha de recurrirse a categorías acuñadas en el ámbito del ordenamiento internacional⁵².

En Naciones Unidas viene abriéndose espacio al desafío de afrontar reparaciones pendientes por responsabilidades que han de recaer sobre los Estados, los que para este caso serían Portugal, otros países europeos, España incluida, el mismo Brasil desde luego y, como Estado internacionalmente reconocido de una iglesia cristiana, la Santa Sede⁵³. Entre los procedimientos especiales no permanentes del Alto Comisionado para los Derechos Humanos existe también, desde 2002, el Grupo de Trabajo de Expertos sobre Personas de Ascendencia Africana, ante el que cabe, por supuesto, plantearse la cuestión de las reparaciones debidas a comunidades y personas descendientes de la diáspora

⁵⁰ ILKA BOAVENTURA LEITE, “Os quilombos no Brasil: questões conceituais e normativas”, en *Etnográfica*, vol. 4, núm. 2, 2000, pp. 333-354, Portugal, Centro em Rede de Investigação em Antropologia (disponible en <http://cria.org.pt/wp/etnografica>); HEBE M. MATTOS, “Terras de quilombo: citoyenneté, mémoire de la captivité et identité noire dans le Brésil contemporain”, en HÉBRARD (Ed.), *Brésil. Quatre siècles d’esclavage...*, cit., pp. 331-358; CARLOS EDUARDO MARQUES y LILIAN GOMES, “A Constituição de 1988 e a ressignificação dos quilombos contemporâneos: limites e potencialidades”, en *Revista Brasileira de Ciências Sociais [online]*, vol. 28, núm. 81, 2013, pp. 137-255. ISSN 1806-9053 (disponible en <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v28n81/09.pdf>).

⁵¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm, el *Estatuto da Igualdade Racial* de 2010, art. 4.VII, par. I: “Os programas de ação afirmativa constituir-se-ão em políticas públicas destinadas a reparar as distorções e desigualdades sociais e demais práticas discriminatórias adotadas, nas esferas pública e privada, durante o processo de formação social do País”, sin permitirse ni siquiera, a tales efectos de reparación por los efectos negativos del “proceso de formación social del País”, mención explícita de la esclavitud, lo que no suele acusarse. TATIANA DIAS SILVA, *O estatuto da igualdade racial. Texto para discussão*, Rio de Janeiro, IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), 2012, contiene al menos (nota 10) referencia incidental a “reparação dos danos provocados pela escravidão” cual argumento que queda completamente fuera del horizonte de dicho Estatuto al optarse por identificar sus sujetos como *negros* y *negras* en vez de *afrodescendentes* (disponible en http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_1712.pdf);

⁵² FABIANE BATISTI, *A escravidão brasileira sob a ótica da justiça da transição: o direito negro à memória, verdade, justiça e reparação*, Porto Alegre, Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Universidad Federal do Rio Grande do Sul, 2013 (disponible en <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/91072>).

⁵³ En el noveno período de sesiones (2010) del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, se plantearon las responsabilidades de la Iglesia Católica al debatirse un *Informe sobre las consecuencias para los pueblos indígenas de la teoría jurídica internacional conocida como la doctrina del descubrimiento* (disponible en <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/E.C.19.2010.13%20ES.pdf>). Soy testigo, como vicepresidente a la sazón de dicho Foro, de que, ante las instancias de Naciones Unidas, la Santa Sede, en su calidad de observadora permanente, no muestra mayor sensibilidad con respecto a legitimación, cobertura y participación pretéritas en políticas de esclavitud sin solapamientos.

africana causada por la esclavitud, así como a los pueblos que fueron afectados por la sangría del tráfico⁵⁴. Ya ha habido reparaciones para casos de inferior envergadura. ¿Hace falta decir que no basta con la memoria por muy cuidadosamente que se le recupere?⁵⁵. En esta historia hay cuestiones más que políticas, cuestiones de derecho estricto, no sólo de pasado y de presente, sino también de futuro, de un futuro no necesariamente condicionado de forma negativa por la historia⁵⁶.

IV. ABOLICIÓN Y PRÁCTICAS ESCLAVISTAS ENTRE LEYES BRASILEÑAS, CÓDIGO INCLUSIVE, Y DERECHO DE DERECHOS HUMANOS

La que hemos llamado edición constitucional del Código Civil, la que lo publica precedido por las secciones de la Constitución que le interesan, no hace

⁵⁴ <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Racism/WGAfricanDescent>: Último informe a la Asamblea General, de 2016, par. 34.b: “(...) importancia de la justicia restaurativa para reparar a las víctimas de la trata de esclavos y la esclavitud transatlánticas, la colonización y el colonialismo como la única vía para hacer frente a las consecuencias de esos crímenes de lesa humanidad (...)” y, por tanto, imprescriptibles. Una delegación del Grupo realizó a finales de 2013 una visita a Brasil cuyo informe también se tiene en el mismo sitio. No contiene ninguna referencia a reparación.

⁵⁵ ANA M. LUGÃO RIOS y H. M. MATTOS, *Memórias do Cativo. Família, trabalho e cidadania no pós-abolição*, Río de Janeiro, Civilização Brasileira, 2005 (hay versión filmada con sus testimonios de base, Laboratório de História Oral e Imagem da Universidade Federal Fluminense); ANA LUCIA ARAÚJO (Ed.), *Politics of Memory: Making Slavery Visible in the Public Space*, New York, Routledge, 2012, caps. 11 y 12, respecto a Brasil; ANA LUCIA ARAÚJO, *Shadows of the Slave Past: Memory, Heritage, and Slavery*, New York, Routledge, 2014; ANA LUCIA ARAÚJO (Ed.), *African Heritage and Memories of Slavery in Brazil and the South Atlantic World*, New York, Cambria, 2015.

⁵⁶ ELAZAR BARKAN, *The Guilt of Nations: Restitution and Negotiating Historical Injustices*, New York, W.W. Norton and Co., 2000, cap. 12; ROBERT DIBIE y JOHNSTON NJOKU, “Cultural Perceptions of Africans in Diaspora and in Africa on Atlantic Slave Trade and Reparations”, en *African and Asian Studies*, vol. 4, núm. 3, 2005, Netherlands, Brill, pp. 403-426; RHODA E. HOWARD-HASSMANN, “Reparations for the Slave Trade: Rhetoric, Law, History and Political Realities”, en *Canadian Journal of African Studies*, vol. 41, núm. 3, 2007, Canadian Association of African Studies (CAAS) - Taylor & Francis, pp. 427-454; Dossier sobre esclavitud en revista *Almanack [online]*, 2016, núm. 12, ISSN 2236-4633 (disponible en http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_issueoc&pid=2236-463320160001&lng=en&nrm=iso); ANA LUCIA ARAÚJO, *Reparations for Slavery and Slave Trade: A Transnational and Comparative History*, Londres, Bloomsbury Academic, 2017. Desde España no cabe dar lecciones ni para antes ni para ahora: BARTOLOMÉ CLAVERO, *España, 1978. La amnesia constituyente*, Madrid, Marcial Pons, 2014, en comparación con BARTOLOMÉ CLAVERO, “Comisiones de la Verdad en América y no España”, en Opinión y blogs “Contrapoder”, en *eldiario.es*, publicado 17/12/2014 (disponible en <https://www.eldiario.es/contrapoder/comisiones-verdad-america-6-336026413.html>).

mención alguna de la esclavitud, ni a favor por supuesto, pero tampoco en contra. Como podría esperarse y ya además nos consta, entre Constitución y Código se reconocen los derechos a la vida, a la dignidad, a la libertad y a la personalidad que inmediatamente suponen el repudio más radical de la esclavitud. En cualquier caso, a la altura de una edición que, como hemos visto, se declaraba “atualizada até outubro de 2014”, el silencio sobre la esclavitud era la opción de una pieza tan importante del derecho brasileño. De hecho, como ahora veremos, la edición cometió un serio descuido en este extremo tan crucial de la esclavitud.

En junio del mismo año, 2014, la Constitución, como igualmente ya nos consta, había roto el silencio, un silencio nada recomendable si a lo que se da por supuesto, la abolición, no ha respondido enteramente la sociedad. Las prácticas esclavistas estaban ahí. Y el silencio tiene una tradición, precisamente, en otra línea. La primera consolidación del derecho civil, de 1857, emprendida como trabajo preparatorio del Código, ya lo practicaba, en su caso, para mantener la esclavitud⁵⁷. Se oscilaba, por entonces, entre el silencio de una parte y, de otra, la confección de un *Código Negro* como si fueran dos opciones para una misma posición de fondo⁵⁸. El Código de 1916 vino a su vez acompañado por la opinión doctrinal de que el esclavismo no había constituido un elemento ni influyente ni contaminante en la historia del derecho brasileño⁵⁹. Así se negaba para el presente y se minimizaba para el pasado.

⁵⁷ GRINBERG, “Esclavage, citoyenneté, et élaboration du code civil...”, cit., pp. 315-316, 318 y 328.

⁵⁸ FONTOURA DE BARCELLOS, *Código civil: professores entre as faculdades...*, cit., p. 81: “As leis concernentes à escravidão, que não são muitas, serão pois classificadas à parte e formarão nosso Código Negro”, dicho por el autor material de la consolidación de 1858. Para la referencia, LOUIS SALA-MOLINS, *L’Afrique aux Amériques: le Code Noir espagnol*, París, Presses Universitaires de France, 1992; MANUEL LUCENA SALMORAL, *Los códigos negros en la América española*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 1996; MANUEL LUCENA SALMORAL, *Regulación de la esclavitud negra en la América española, 1503-1886: Documentos para su estudio*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2005. En Brasil, el derecho esclavista era escaso, pero tampoco tanto pues se rellenaba con derecho romano amortiguado: AGOSTINHO MARQUES PERDIGÃO MALHEIRO, *A escravidão no Brasil. Ensaio histórico-jurídico-social*, Parte 1 (Jurídica), *Direto sobre os escravos e os libertos*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1866. Incongruentemente se pretende que la remisión a un Código Negro era signo de liberalismo: MARCELO NEVES, “Ideas in Another Place? Liberal Constitution and the Codification of Private Law in the Turn of 19th Century in Brazil”, en MARÍA ROSARIO POLOTTO, THORSTEN KEISER y THOMAS DUVE (Eds.), *Derecho Privado y modernización. América Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2015, pp. 47-81.

⁵⁹ KEILA GRINBERG, *Código Civil e cidadania* (2001), Rio de Janeiro, Zahar, 2008, pp. 34-37, libro de algunos de cuyos apartados procede, sin la advertencia, su “Esclavage, citoyenneté, et élaboration du code civil...”, cit.; en las partes que coinciden, cito de la edición francesa por ser posterior y más asequible fuera de Brasil (más sinceramente, leí la traducción, de J. Hébrard, antes de identificar el original y no vi razones para el cambio de las citas).

Que el silencio ahora ya no era tal, lo sabemos. Nos lo ha notificado el informe del Consejo de Derechos Humanos. Sobre la esclavitud, contra ella por supuesto, se pronuncian el Código Penal y una reforma constitucional, ésta de junio de 2014⁶⁰. En esta fecha la política antiesclavista hace su entrada en la Constitución de 1988 para establecer, no alguna regla general, sino una medida concreta de carácter penal: “As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei (...). Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei” (Constitución, art. 243). Es un agravamiento de pena que se atiene al extremo concreto de la confiscación, porque da por supuesto que se trata de un añadido a lo ya previsto por el Código Penal. No entremos aquí en los casos de cultivo de sicotrópicos y tráfico de estupefacientes, así asimilados al esclavismo nada menos, aunque en la confusión entre estos supuestos de fondo tan diverso se generan problemas en cuanto a la misma clave de la concepción del trabajo esclavo⁶¹.

El actual Código Penal, que data de 1940, no guarda silencio. Se ocupa de la esclavitud, esto es, de la tipificación de delitos con el objetivo de su erradicación. Lo hace desde su edición original y, con mayor empeño, desde una reforma de 2003⁶². Originalmente tan sólo contemplaba el delito de “reduzir alguém a condição análoga à de escravo” sin más especificación. Al cabo de sesenta años, el compromiso se reitera y fortalece. Se define ahora mejor, más comprometidamente, el tipo: “reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto” (art. 149). Otra reforma, en 2016, añade otros supuestos delictivos. Es delito “agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alugar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de (...) submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo” y “submetê-la a qualquer tipo de servidão”

⁶⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc81.htm.

⁶¹ DÉBORA MARIA RIBEIRO NEVES, “Consequências de promulgação da EC 81/2014: retrocesso no combate ao trabalho escravo”, en *Revista de Direito do Trabalho*, jul. - ago. 158, 2014, pp. 61-72, ISSN: 0102-8774 (EC = Emenda Constitucional); ALEX SOARES DE BARBUDA y NISIÉLIA SOARES FERREIRA, “Desapropriação confiscatória dos bens imóveis. EC 81/2014 e a problemática na conceituação de trabalho escravo”, en *Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro [online]*, 2015, pp. 1-21, ISSN 2178-6925 (disponible en http://www.unipacto.com.br/revista-multidisciplinar/arquivos_pdf_revista/revista2015_1/11.pdf).

⁶² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm.

(art. 149-A). Con todo ello así también Brasil se conforma mejor con el derecho internacional de los derechos humanos⁶³, particularmente con la Convención sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956, cuya ratificación por Brasil data a su vez de 1966⁶⁴. Por lo que podemos sospechar y por lo que veremos, ni la legislación ni la jurisprudencia habían hecho honor a este instrumento de derechos humanos. Comprobaremos que la justicia tampoco es que se haya hecho cargo tras 2003, con posterioridad a la reforma del Código Penal⁶⁵.

Legalmente, en Brasil no existe la esclavitud desde 1888, desde un siglo antes de la Constitución actual. Es una fecha ciertamente bien tardía, aunque prácticamente coetánea a la de las colonias españolas, en el contexto de las Américas⁶⁶. Tal, 1888, es el año de la llamada encomiásticamente *Lei Áurea* o ley de oro, la ley que *Declara extinta a escravidão no Brasil* según su epígrafe⁶⁷. Y eso es lo que hacía de forma harto sumaria: “Artigo 1. É declarada extinta desde a data desta Lei a escravidão no Brasil. Artigo 2. Revogam-se as disposições em contrário”. Esto era todo, tras algún intento de baremar legislativamente la indemnización por emancipación⁶⁸, lo que ahora queda, así, cancelado por completo. Respecto a la misma ley de abolición, se debatió y rechazó, no sólo la indemnización para los propietarios, sino también la reparación para los esclavos, ésta defendida con el

⁶³ LEONARDO DE ANDRADE BARBOSA, “L’enjeux de la définition juridique de l’esclavage contemporaine au Brésil: liberté, dignité et droits constitutionnels”, en *Brésil(s). Sciences Humaines et Sociales*, vol. 11, 2017, *Dossier: Esclavage contemporaine*, cit. art. 3 (disponible en <https://journals.openedition.org/bresils/2111>)

⁶⁴ <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvSupAboEscTraffEscInstPraAnaEsc.html>.

⁶⁵ Con anterioridad a todo ello no había sido en rigor delito de esclavitud el de esclavización de persona libre: BEATRIZ G. MAGINONIAN y K. GRINBERG, “Le crime de réduction à l’esclavage d’une personne libre (Brésil, XIXe siècle)”, en *Brésil(s). Sciences Humaines et Sociales [online]*, núm. 11, 2017, ISBN 978-2-7351-2065-9 (disponible en <https://journals.openedition.org/bresils/2138>)

⁶⁶ ROBIN BLACKBURN, *The American Crucible: Slavery, Emancipation and Human Rights*, Londres, Verso, 2011, *American* significando de las Américas, no solo de los Estados Unidos, Brasil así inclusive; SEYMOUR DRESCHER, *Abolition: A History of Slavery and Antislavery*, New York, Cambridge University Press, 2009 (trad., Universidade Estadual Paulista, 2011), pp. 348-371.

⁶⁷ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3353.htm. Como para empezar ya así paliando el esclavismo brasileño lo mismo que aquella imagen de la primera voz del *Dicionário da Escravidão Negra* de MOURA, cit., el diploma celebrativo de la *Lei Áurea* ilustra la portada de ANDRÉ EMMANUEL BATISTA BARRETO CAMPELLO, *A escravidão no Império do Brasil. Perspectivas jurídicas*, s.l., Lulu, 2010.

⁶⁸ <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66550>, la llamada *Lei dos Sexagenários* sobre la que volveré más tarde. Ignoro por qué no aparece en el repositorio de Planalto. Del debate sobre la indemnización se ocupa JOSELI M. NUNES MENDONÇA, *Entre as mãos e os anéis. A lei dos sexagenários e os caminhos da abolição no Brasil*, Campinas, Universidade Estadual de Campinas, 1999.

argumento, no de compensación por la libertad sustraída, sino de asistencia a la integración social tras la emancipación. Sin embargo, las instituciones imperiales, como el Consejo de Estado, no estaban por la labor⁶⁹.

La ley, finalmente, evitó cualquier previsión en uno u otro orden y se limitó a la ilusa declaración de finalización de la esclavitud el mismo día de su promulgación, el 13 de mayo de 1888, fecha de celebración de fiesta nacional durante un tiempo⁷⁰. A efectos operativos, a lo más, en lo sucesivo, las prácticas esclavistas no podrían lograr amparo por la justicia, lo que incluso sería problemático, como comprobaremos. Tampoco es que éste del incierto alcance de la abolición sea ningún descubrimiento a estas alturas⁷¹. Que se viera sucedida por formas de trabajo nada libres ha llegado a considerarse la pauta general⁷². En sociedades de subordinaciones bien marcadas, como la de mujeres a padres o maridos con un largo etcétera, no desentonaba el hecho de que el acceso del trabajo al mercado no constituyese, precisamente, una vía de liberación. A veces era

⁶⁹ http://www.senadogov.br/noticias/jornal/arquivos_jornal/arquivosPdf/encarte_abolicao.pdf. J. M. NUNES MENDONÇA, *Cenas da abolição. Escravos e senhores no parlamento e na justiça*, São Paulo, Fundação Perseu Abramo, 2001; GRAZIELA PONTES VELOSO, *A lenta, gradual e discriminatória política de liberdade para os escravos no Brasil: O processo político de abolição no Parlamento brasileiro*, Brasília, Câmara dos Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento, Programa de Pós-Graduação, 2007; JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES, *O Oráculo de Delfos. O Conselho de Estado no Brasil-Império*, São Paulo, Saraiva, 2010, pp. 177-179 y 286-291.

⁷⁰ LEONARDO SAKAMOTO, “Por que a Lei Áurea não representou a abolição definitiva?”, en *ONG Repórter Brasil*, 13 de mayo de 2008 (disponible en <http://reporterbrasil.org.br/2008/05/por-que-a-lei-urea-nao-representou-a-abolicao-definitiva/>), con esta entradilla: “os escravos modernos são herdeiros dos que foram libertados em 13 de maio de 1888”, y señalando cómo el contexto normativo sobre inmigración, sobre crédito y sobre tierras permitió y alentó la continuidad de prácticas esclavistas. Sobre tierras habré de volver.

⁷¹ R.J. SCOTT, S. DRESCHER, H.M. MATTOS, GEORGE REID ANDREWS y ROBERT M. Levine, *The Abolition of Slavery and the Aftermath of Emancipation in Brazil*, Durham, Duke University Press, 1988, con ocasión del centenario de la abolición; DAVID BARONOV, *The Abolition of Slavery in Brazil: The “Liberation” of Africans Through the Emancipation of Capital*, Westport, Greenwood Press, 2000. Para el capítulo precedente de la abolición no menos problemática de la trata, LESLIE BETHELL, *The Abolition of Brazilian Slave Trade: Britain, Brazil and the Slave Trade Question, 1807-1869*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970; BARTOLOMÉ CLAVERO, *Constitucionalismo colonial. Oeconomia de Europa, Constituição de Cádiz y más acá*, Madrid, Universidad Autónoma, 2016, cap. 6 (original: “Bioko, 1837-1876: Constitucionalismo de Europa en África, Derecho Internacional Consuetudinario del Trabajo Mediante”, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 35, 2006, Florencia, Università degli Studi di Firenze, pp. 429-556).

⁷² RICHARD B. ALLEN, “Slaves, convicts, abolitionism and the global origins of the post-emancipation indentured labor system”, en *Slavery and Abolition [online]*, 2014, vol. 35, núm. 2, pp. 328-348. ISSN: 1743-9523 (disponible en <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/0144039X.2013.870789>). Del caso de Brasil, más tarde.

incluso el camino hacia la servidumbre⁷³. No olvidemos nunca el contexto del entero ordenamiento, no tan liberal, con Constitución y Código, como suele aun presumirse.

No hubo pronunciamientos legislativos sobre principios relevantes para la puesta en práctica de la abolición, como fueran los de su motivación en derechos o en políticas y, si fuese el primer caso, el de si el derecho a tener en cuenta hubiera de ser el de la propiedad abolida del esclavista o el de la libertad lesionada del esclavo. Una cosa estaba clara. El derecho a la compensación por todos los años, colectivamente los siglos, de sustracción de libertad no lo tomaban en consideración ni siquiera quienes proponían una compensación a los esclavos, a fin de que se facilitase su tránsito de salida de la esclavitud. Del resarcimiento independiente, no sólo familiar, a las esclavas ni se hablaba. No se concebía por los agentes oficiales de la abolición. Si había alguna consideración de derecho, se dirigía al de propiedad, mirándosele con favor aunque legislativamente no se previera su indemnización. Y esto podía tener sus consecuencias prácticas. Ni para el derecho ni para la economía ni para las políticas predominantes cabía un tránsito expedito de la esclavitud a la libertad, aunque sea otra la impresión que aún hoy se transmite⁷⁴. A efectos celebrativos, el 13 de mayo de 1888 puede seguir presentándose, en el imaginario brasileño, como parteaguas entre esclavitud y libertad sin riesgo además de contradicción por la generalidad de la historiografía⁷⁵.

Mediaba, entre tanto, un estado de emancipación durante el que se debía reverencia y subordinación al expropietario, lo mismo, se entendía, que para el caso del hijo emancipado, mayor de edad y todo, quien no quedaba totalmente exonerado de obligaciones exigibles hacia el padre⁷⁶. Emancipaciones eran ambas, la servil y la filial. La asimilación en Brasil llega al punto de que la justicia de

⁷³ AMY DRU STANLEY, *From Bondage to Contract: Wage Labor, Marriage, and the Market in the Age of Slave Emancipation*, New York, Cambridge University Press, 1998; R. FIGUEIRA, *Pisando fora da própria sombra. A escravidão per dívida no Brasil contemporâneo*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2004.

⁷⁴ Incluso por los mejores estudios: LUIZ ARANHA CORRÊA DO LAGO, *Da escravidão ao trabalho livre. Brasil, 1550-1900*, São Paulo, Companhia das Letras, 2014, con epígrafes (2.3 y otros por regiones) sobre “abolição definitiva da escravidão” dentro del siglo XIX.

⁷⁵ PETRÔNIO DOMINGUES, “Salve o 13 de maio: as comemorações da abolição da escravatura”, en *Anais da XXVI Simpósio Nacional de História 2011* (Florianópolis, 27 al 31 de julio de 2011), Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) - Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC) Diretorio de ANPUH (disponible en http://snh2015.anpuh.org/arquivo/download?ID_ARQUIVO=57869), enlaces a trabajos por orden alfabético de autores.

⁷⁶ AGOSTINHO MARQUES PERDIGÃO MALHEIRO, *A escravidão no Brasil. Ensaio histórico-jurídico-social*, cit., parte 1, cap. 3, sec. V: “Patronos. Seus Direitos. Revogação da alforria”, arguyendo que, aunque la relación ya no sería tan fuerte como en derecho romano, existe siempre, cual “a regra para nós”, la obligación “do respeito e bons officios para com o patrono a semelhança do bom filho para com seu pai” (p. 193),

huérfanos, el *Juiz de Órfãos*, contaba con competencia sobre los esclavos emancipados⁷⁷. Nada de esto tenía por qué quedar automáticamente cancelado por la abolición de la esclavitud⁷⁸. En el mismo Brasil había estado precedida, en 1879, por una *lei da locação de serviços* que ha podido ser justamente caracterizada como un código de trabajo forzado por cómo impelía y vinculaba al contrato al no propietario. Aún de corta vida formal, pues se deroga en 1890, marcó la pauta⁷⁹. La esclavitud venía y siguió contaminando. Andaba, además, más pujante de lo que suele presumirse por efecto del espejismo causado con la abolición y por mirarse en escasa medida a las prácticas rurales menos documentadas⁸⁰.

⁷⁷ Registrando esa extensión de competencia: GISLANE CAMPOS AZEVEDO, “Os Juizes de Órfãos e a institucionalização do trabalho infantil no século XIX”, en *Histórica. Arquivo Público do Estado de São Paulo [online]*, núm. 27, noviembre 2007, pp. 1-9. ISBN: 1808-6284 (disponible en <http://www.arquivoestado.sp.gov.br/site/assets/publicacao/anexo/historica27.pdf#page=02>).

⁷⁸ “Sobre os silêncios da lei: lei costumeira e positiva nas alforrias de escravos no Brasil do século XIX”, MANUELA CARNEIRO DA CUNHA, *Antropologia do Brasil: mito, história, etnicidade*, São Paulo, Editora Brasiliense, 1987, pp. 123-144; MOURA, *Dicionário da Escravidão Negra...*, cit., pp. 18-20 y 24, voces *Africano livre*, *Africanos libertos* y *Alforria, Revogação por Ingratidão*; LILIA MORITZ SCHWARCZ, “Dos males da dádiva: sobre as ambiguidades no processo da abolição brasileiro”, en OLÍVIA MARIA GOMES DA CUNHA y FLÁVIO DOS SANTOS GOMES (Orgs.), *Quase-cidadão. Histórias e antropologias da pós-emancipação no Brasil*, Rio de Janeiro, FGV (Fundação Getúlio Vargas), 2007, pp. 23-54; TALITA TEIXEIRA, “O negro nos meandros dos debates parlamentares da Primeira República (1889-1894)”, en *Revista Crítica Histórica [online]*, núm. 10, 2014, pp. 243-270. ISSN 2177-9961 (disponible en http://www.revista.ufal.br/criticahistorica/index.php?option=com_content&view=article&id=225:2014-12-24-06-28-12&catid=106:num-10afc&Itemid=68); SIDNEY CHALHOUB, “The politics of ambiguity: conditional manumission, labor contracts, and slave emancipation in Brazil, 1850s-1888”, en *International Review of Social History [online]*, vol. 60, núm. 2, 2015, pp. 161-191. ISSN: 1469-512X (disponible en <https://doi.org/10.1017/S0020859015000176>); MAMIGONIAN, *Africanos livres...*, cit., caps. 8 y 9.

⁷⁹ ROBERT EDGAR CONRAD, “Neither Slave nor Free: The ‘Emancipados’ of Brazil, 1818-1868 (1953)”, en su *World of Sorrow: The African Slave Trade to Brazil*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1986, pp. 154-170; LÚCIA LAMOUNIER, *Formas da transição da escravidão ao trabalho livre: a Lei de Locação de Serviços de 1879*, Campinas, Mestrado do Departamento de História do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, 1986 (no he visto la edición impresa, São Paulo, Papyrus, 1988) (disponible en http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/279087/1/Lamounier_MariaLucia_M.pdf); LÚCIA LAMOUNIER, “Between Slavery and Free Labour: Early Experiments with Free Labour and Patterns of Slave Emancipation in Brazil and Cuba”, en MARY TURNER (Ed.), *From Chattel Slaves to Wage Slaves: The Dynamics of Labour Bargaining in the Americas*, Londres, James Currey, 1995, pp. 185-200; BEATRIZ GALLOTTI MAMIGONIAN, *To Be a Liberated African in Brazil: Labour and citizenship in the nineteenth century*, Waterloo, Tesis de doctorado, University of Waterloo (Canadá), 2002 (disponible en su página de la Universidade Federal de Santa Catarina: <http://bgmamigo.paginas.ufsc.br/files/2011/05/BMamigonian-PhD2002.pdf>); GRINBERG, “Eslavage, citoyenneté, et élaboration du code civil...”, cit., pp. 321-327.

⁸⁰ KEILA GRINBERG, “Re-escravização, direitos e justiças no Brasil do século XIX”, en SILVIA HUNOLD LARA y J.M. NUNES MENDONÇA (Orgs.), *Direitos e justiças. Ensaios de história social*,

Con estas condiciones, podía activarse, incluso judicialmente, la subordinación del emancipado o liberto, de la emancipada o liberta. La libertad deparada por la emancipación era, por sí, precaria⁸¹. Precedentes de regulación de este estado, sin necesidad de que las medidas de abolición lo previeran, se dan desde temprano en el ámbito dicho latinoamericano⁸². Con previsión de estado de emancipación o sin ella, las condiciones estaban allí, entre sectores que consideraban natural la subordinación acentuada del trabajo presuntamente libre a propiedad, de deudores a acreedores, de comunidades a haciendas, de los exesclavos a los exesclavistas. Y exesclavo podía presumirse a todo afrobrasileño. Los indígenas no se encontraban en mejor posición ante la apropiación y la depredación de eurodescendientes de fondo indistintamente racista. Dicho todo esto de otra forma, las condiciones para prácticas análogas a la esclavitud estaban dadas para los unos como para los otros, para indígenas como para

Campinas, Universidade Estadual de Campinas, 2006, pp. 101-128; KEILA GRINBERG, “Escravidão, alforria e direito no Brasil oitocentista: reflexões sobre a lei de 1831 e o ‘princípio da liberdade’ na fronteira sul do Império brasileiro”, en JOSÉ MURILO DE CARVALHO (Org.), *Nação e cidadania no Império: novos horizontes*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2007, pp. 267-285.

⁸¹ SIDNEY CHALHOUB, *A força da escravidão. Ilegalidade e costume no Brasil oitocentista*, São Paulo, Companhia das Letras, 2012, cap. 9: “Liberdade precária”, SIDNEY CHALHOUB, “The precariousness of freedom in a slave society (Brazil in the nineteenth century)”, en *International Review of Social History [online]*, vol. 56, núm. 3, 2011, pp. 405-439. ISSN: 1469-512X (disponible en <https://doi.org/10.1017/S002085901100040X>); MARIANA ARMOND DIAS PAES, “Aquisição de propriedade e ilegalidade no Brasil oitocentista: uma agenda de pesquisa para a história de direito”, en *Actas. VIII Jornadas de Jóvenes Investigadores en Historia del Derecho*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2016, pp. 117-124, anunciando una investigación que interesa a esa precariedad tanto de propiedad como de libertad por un estado de “ilegalidad” permitido y hasta fomentado por el mismo ordenamiento jurídico.

⁸² FREDERICK COOPER, THOMAS C. HOLT Y R.J. SCOTT, *Beyond Slavery; exploration of race, labor, and citizenship in postemancipation society*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 2000; R.J. SCOTT, *Slave Emancipation in Cuba: The Transition to Free Labor, 1860-1899*, con nuevo epílogo, Pittsburg, University of Pittsburg Press, 2000; HOWARD TEMPERLEY (Ed.), *After Slavery: Emancipation and its Discontents*, Londres, Frank Cass, 2000 (= *Slavery and Abolition [online]*, vol. 35, núm. 1, 2014, ISSN: 1743-9523 (disponible en <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/01440390008575303>)); R.J. SCOTT, *Degrees of Freedom: Louisiana and Cuba after Slavery*, Cambridge, Mass., Balknap, 2005; CHRISTOPHER SCHMIDT-NOWARA, *Slavery, Freedom, and Abolition in Latin America and the Atlantic World*, Albuquerque, University of New Mexico Press, 2011; MAGDALENA CANDIOTI, “Regulando el fin de la esclavitud. Diálogos, innovaciones y disputas jurídicas en las nuevas repúblicas sudamericanas, 1810-1830”, en *Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas [online]*, vol. 52, núm. 1, 2015, pp. 149-171. ISSN 2194-3680 (disponible en <https://doi.org/10.7767/jbla-2015-0109>); BARTOLOMÉ CLAVERO, *Sujeto de derecho entre estado, género y cultura*, Santiago de Chile, Olejnik, 2016.

afrodescendientes⁸³. El racismo en Brasil no ha venido siendo hasta el día de hoy tan residual como ha llegado finalmente, por lo común, a entenderse⁸⁴.

Que, por lo que nos interesa, no había una dicotomía de términos excluyentes entre trabajo libre y trabajo forzado era vieja sabiduría colonial europea que podía seguir operando tras la independencia: “La fuerza o compulsión o detención de los indios (...) no se puede decir que contradiga o quebrante su libertad. (...) República bien gobernada tiene autoridad para obligar a sus ciudadanos a que trabajen, y no por eso dejan de ser libres”. Lo que se predicaba de indios valía igualmente, o a mayor razón por proceder de la esclavitud, de emancipados⁸⁵. Obsérvese el juego de *libre* y *ciudadano* en la cita del jurista colonial. He ahí términos que sólo significaban que no se tenía la condición estricta de esclavo, no necesariamente más. A menudo se olvida que las palabras tienen su

⁸³ YUKO MIKI, “Slave and Citizen in Black and Red: reconsidering the intersection of African and Indigenous Slavery in post-emancipation Brazil”, en *Slavery and Abolition [online]*, vol. 35, núm. 1, 2014, pp. 1-22. ISSN: 1743-9523 (disponible en <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/0144039X.2013.825457>). Para la necesaria concepción más amplia del racismo contemporáneo, JOSHUA GOODE, *Impurity of Blood: Defining Race in Spain, 1870-1930*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 2009.

⁸⁴ JOHN FRENCH, “As falsas dicotomias entre escravidão e liberdade: continuidades e rupturas na formação política e social do Brasil moderno”, en DOUGLAS COLE LIBBY y JÚNIA FERREIRA FURTADO (Orgs.), *Trabalho livre, trabalho escravo. Brasil e Europa, séculos XVIII e XIX*, São Paulo, Annablume, 2006, pp. 75-96; WLAMYRA R. DE ALBUQUERQUE, *O jogo da dissimulação. Abolição e cidadania negra no Brasil*, São Paulo, Companhia das Letras, 2009. De otro modo lo considera la literatura que tiene a Brasil como una “democracia racial” en comparación con Estados Unidos: MARCOS CHOR MAIO, “Unesco and the study of race relations in Brazil: regional or national issue?”, en *Latin American Research Review*, vol. 36, núm. 2, 2001, Pittsburgh, University of Pittsburgh, pp. 118-136. Es tópico justamente desacreditado: EDWARD E. TELLES, *Race in Another America: The Significance of Skin Color in Brazil*, Princeton, Princeton University Press, 2004; STANLEY R. BAILEY, *Legacies of Race: Identities, Attitudes, and Politics in Brazil*, Stanford, Stanford University Press, 2009; ROBERT STAM y ELLA SHOHAT, *Race in Translation: Culture Wars around the Postcolonial Atlantic*, New York, New York University Press, 2012, cap. 6: “Brazil, the United States, and the Culture Wars”; DAVID SCOTT FITZGERALD y DAVID COOK-MARTIN, *Culling the Masses: The Democratic Origins of Racist Immigration Policies in the Americas*, Cambridge, Harvard University Press, 2014, cap. 7: “Brazil: Selling the Myth of Racial Democracy”; JUSTIN R. BUCCIFERRO, “Racial Inequality in Brazil from Independence to the Present”, en LUIS BÉRTOLA y JEFFREY WILLIAMSON (Eds.), *Has Latin American Inequality Changed Direction? Looking Over the Long Run*, Cham, Springer International, 2017, pp. 171-194. Para contraste respecto a indígenas, CLAVERO, *¿Hay genocidios cotidianos?...*, cit., pp. 33-35, 97-100, 126-128 y, aun con referencia sólo incidental a Brasil, capítulo final.

⁸⁵ JUAN DE SOLÓRZANO PEREIRA, *De Indiarum Iure (Liber III: De retentione Indiarum)* (1629), Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1994, p. 145 (cita por la adaptación castellana del propio autor, *Política Indiana*, 1648), con la extensión explícita a afrodescendientes ya no esclavos pues todos ellos precisarían de la coacción laboral: “son flojos en gran manera y amigos del ocio”. Sirva la cita de una edición contemporánea como muestra del paratexto habitual de una lectura nada descolonizada.

historia y que pueden arrastrar sentidos cuando se dan las condiciones para que sigan operando⁸⁶. Mas no hace falta que ahora nos elevemos a tiempos de colonialismo europeo. Mejor nos acercamos de nuevo a la actualidad.

Regresemos. Desde mediados de los años noventa del siglo pasado, el XX, Brasil oficialmente reconoce la existencia de unas prácticas esclavistas que nunca habían desaparecido y a las que venía prestando ojos ciegos, salvo por el registro inoperante del delito de esclavismo sin más especificación. El reconocimiento no sólo fue un gesto para la galería exterior⁸⁷. Al mismo tiempo, el Ministerio del Trabajo federal puso en marcha un servicio de inspección para la detección de haciendas esclavistas y consiguiente denuncia a la justicia⁸⁸. A esta política le dio un notable impulso el establecimiento en 2003, en el seno del Ministerio de Justicia y Ciudadanía federal, de la Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Esclavo, formada por representación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial federales, de agencias de Naciones Unidas y de organizaciones sociales, con el mandato principal de elaborar planes para el avance en dicha erradicación⁸⁹. Al mismo tiempo se estableció un registro de empresas que recurriesen a prácticas esclavistas, a fin de impedirles no sólo acceso a ayudas o a contratos públicos, sino también relaciones de negocios con aquellas que en cambio suscribiesen un Pacto Nacional para la Erradicación del Trabajo Esclavo promovido por la Comisión⁹⁰.

En 2008 se lanzó el Segundo Plan Nacional con especial empeño en promover instancias equivalentes en las entidades federativas. Estados como Pará, Maranhão, Mato Grosso, Tocantins y Bahia han establecido sus propias comisiones para luchar coordinadamente contra la impunidad e impulsar conjuntamente programas de rescate social de trabajadores y trabajadoras víctimas de prácticas

⁸⁶ Los posibles equívocos, usuales por lo demás en la historiografía comenzando por la especializada en historia de los conceptos con perspectivas europeas para las Américas, no llegan hoy en Brasil al extremo tan tajante que pretenden STAM y SHOHAT, *Race in Translation...*, cit., p. 200: "...the double, even opposite meanings of *cidadão* [citizen] in Brazilian Portuguese, both as the bare-life unprotected rights-less individual and as the societally endowed rights-bearing person". La confusión puede que proceda de la indicación más matizada de JAMES HOLSTON, *Insurgent Citizenship: Disjunctions of Democracy and Modernity in Brazil*, Princeton, Princeton University Press, 2008, pp. 4-6, introduciendo un tratamiento incisivo de la historia de la ciudadanía.

⁸⁷ Como en parte, por presión entonces británica, las medidas más o menos abolicionistas del XIX: MOURA, *Dicionário da Escravidão Negra...*, cit., pp. 240-241, voz *Lei para inglês ver*, expresión bien elocuente que se acuñara para la proscripción del tráfico en 1831 conforme a un tratado de 1826 con Gran Bretaña.

⁸⁸ *Rapport of the Special Rapporteur on contemporary forms of slavery...*, cit., pars. 10 y 36-37.

⁸⁹ <http://www.sdh.gov.br/assuntos/conatrae/programas/comissao-nacional-para-a-erradicacao-do-trabalho-esclavo>.

⁹⁰ *Rapport of the Special Rapporteur on contemporary forms of slavery...*, cit., pars. 38-40.

esclavistas⁹¹. Entre reforma del Código Penal, asunción de responsabilidades ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y lanzamiento de políticas antiesclavistas, el año 2003 supuso un verdadero giro⁹². Toda esta política pone además de manifiesto que las prácticas análogas a la esclavitud distan de ser tan sólo del *hinterland* remoto, como se nos dirá. Se tienen hasta en casa con el trabajo doméstico, a lo que la ley sale también al paso⁹³. Han sido años en los que las evidencias de diversas formas de esclavitud posabolición han emergido a la conciencia ciudadana además de a la política⁹⁴. Aunque no estén a la altura de la deuda social por el legado de la esclavitud, unas políticas muy debatidas de acción afirmativa o, dicho peor, discriminación positiva lo hacen presente⁹⁵.

Aparte los avatares no siempre constitucionales de la política que han llevado a mediados de 2016 al gobierno federal a manos de sectores nada entusiastas de tales compromisos emancipatorios en un ambiente parlamentario

⁹¹ 2º Plano Nacional para a Erradicação..., cit., donde puede también compulsarse las entidades que dan vida a la Comisión.

⁹² RODRIGO GARCIA SCHWARZ, *Trabalho escravo: a abolição necessária. Uma análise da efetividade e da eficácia das políticas de combate à escravidão contemporânea no Brasil*, São Paulo, LTR Editora, 2008, ubicando justamente el giro de 2003 en el contexto de la reivindicación no sólo de la libertad y la dignidad, sino también y muy especialmente de los derechos sociales y laborales, o de una concepción y unas políticas promotoras y garantistas de derechos inescindiblemente civiles y sociales.

⁹³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp150.htm. OLÍVIA MARIA GOMES DA CUNHA, “Criadas para servir: domesticidade, intimidade e retribuição”, en OLÍVIA MARIA GOMES DA CUNHA y FLÁVIO DOS SANTOS GOMES (Orgs.), *Quase-cidadão: histórias e antropologias da pós-emancipação no Brasil*, Rio de Janeiro, Editora FGV, 2007, pp. 377-417; DORA PORTO, “Trabalho doméstico e emprego doméstico: atribuições de gênero marcadas pela desigualdade”, en *Revista Bioética [online]*, vol. 16, núm.2, 2008, pp. 287-303. ISSN: 1983-8034 (disponible en http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/74) Pero ya también indicaré que Brasil no tiene aún ratificado el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo al respecto.

⁹⁴ GLADISON S.B. PEREIRA, “Escravidão contemporânea no Brasil: a trajetória histórica de um debate teórico-metodológico e político (1985-2003)”, en *Aedos. Revista do Corpo Discente do Programa de Pós-Graduação em História da UFRGS [online]* (Universidade Federal do Rio Grande do Sul), vol. 1, núm. 1, julho-dezembro 2008, pp. 252-267. ISSN 1984-5634 (disponible en <http://www.seer.ufrgs.br/index.php/aedos/article/view/9820/5621>).

⁹⁵ PETRÔNIO DOMINGUES, *A nova abolição*, São Paulo, Selo Negro, 2008, cap. 4: “Ações afirmativas para negros no Brasil: o início de uma reparação histórica”; THAIS SANTOS MOYA y VALTER ROBERTO SILVÉRIO, “Ação afirmativa e raça no Brasil contemporâneo: um debate sobre a redefinição simbólica da nação”, en *Sociedade e Cultura. Revista de Pesquisas e Debates em Ciências Sociais [online]*, Dossiê *Relações raciais em perspectiva*, 12-2, 2009, pp. 235-249. ISSN: 1980-8194 (disponible en <https://www.revistas.ufg.br/fchf/article/view/9097>); LUIS FELIPE DE ALENCASTRO, “O pecado original da sociedade e da ordem jurídico brasileira”, en *Novos Estudos CEBRAP [online]*, (Centro Brasileiro de Análise e Planejamento), núm. 87, 2010, pp. 5-II. ISSN: 1980-5403 (disponible en <http://www.scielo.br/pdf/nec/n87/a01n87.pdf>); STAM y SHOHAT, *Race in Translation...*, cit., cap. 7: “From Affirmative Action to Interrogating Whiteness”. ocupándose también del debate brasileño como ya sabemos.

tampoco muy halagüeño⁹⁶, existe un talón de Aquiles incardinado en los momentos de la verdad doctrinal y, lo que es más grave por supuesto, judicial. Hay historiografía del derecho que lo está poniendo de relieve y analizándolo cuidadosamente. Comienza por interrogarse sobre el posicionamiento, más taciturno que locuaz, de la jurisprudencia tanto doctrinal como judicial sobre la esclavitud en los ámbitos civilista y, más particularmente, penalista, cuestión de toda evidencia crucial desde que, evidentemente, los tipos del Código Penal no pueden hacerse valer por sí solos ni el poder ejecutivo cabe que se baste para erradicar el esclavismo. Advirtamos ya que, si hemos apreciado alguna renovación doctrinal activa en el impulso y la promoción de los mejores valores del Código Civil, no resulta la misma representativa de la generalidad de la doctrina académica brasileña. Parece que falla, en especial, la doctrina penal predominante, la de un sector tan decisivo para la erradicación de las prácticas esclavistas⁹⁷.

Hemos visto el giro que se ha producido en la tipificación del delito de esclavismo entre el Código de 1940 y la reforma de 2003. Pues bien, la doctrina penal predominante no puede decirse que se diera por enterada. Ya hemos visto lo

⁹⁶ Recientemente se reedita en sede parlamentaria un par de volúmenes celebratorios de la abolición como si fuese un hecho consumando en el siglo XIX: *1823-1888. A Abolição no Parlamento. 65 anos de lutas* (1988), Brasília, Senado Federal, 2012, con presentación de esta segunda edición, suscrita por José Sarney en su calidad de presidente del Senado, eludiendo la cuestión de la esclavitud contemporánea. Y me permito un breve recordatorio innecesario en Brasil. El primer impulso neoabolicionista se efectuó, desde 1995, bajo la presidencia de Fernando Henrique Cardoso, del Partido de la Social Democracia, y el segundo más decisivo, el de la primera década de este siglo, con la de Luiz Inácio Lula da Silva, del Partido de los Trabajadores. Recordemos también que F.H. CARDOSO se doctoró con una investigación sobre esclavismo: *Capitalismo e escravidão no Brasil meridional. O negro na sociedade escravocrata do Rio Grande do Sul* (1962), 6ª edición, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2011.

⁹⁷ MARIANA ARMOND DIAS PAES, *O estatuto jurídico dos escravos na civilística brasileira*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, 2010 (disponible en http://www.academia.edu/388464/O_estatuto_jur%C3%ADdico_dos_escravos_na_civil%C3%ADstica_brasileira); MARIANA ARMOND DIAS PAES, “Eu vos acompanharei em vosso vôo, contanto que não subais muito alto”: as escolhas de Teixeira de Freitas sobre o direito da escravidão”, en *Anais eletrônicos da XXVIII Simpósio Nacional de História [online]*, 2015. “Lugares dos historiadores: Velhos e novos desafios, enlaces a trabajos por orden alfabético de autores; ISBN: 978-85-98711-14-0 (disponible en http://www.snh2015.anpuh.org/resources/anais/39/1434319100_ARQUIVO_DIASPAES.M_A.final.pdf); MARIANA ARMOND DIAS PAES, “La esclavitud contemporánea en la doctrina jurídica brasileña: un análisis desde la perspectiva de la Historia del Derecho”, en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja [online]*, núm. 17, 2016, *Dossier: Codificación, lenguajes jurídicos y usos del derecho. Algunas reflexiones desde la historia social de la justicia*, pp. 6-34. ISSN : 1851-3069 (disponible en [file:///C:/Users/User/Downloads/221-382-1-SM%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/221-382-1-SM%20(4).pdf)); MARIANA ARMOND DIAS PAES, “L’histoire devant les tribunaux: la notion d’esclavage contemporain dans les décisions judiciaires brésiliennes”, en *Brésil(s). Sciences Humaines et Sociales [online]*, núm. 11, 2017, ISBN 978-2-7351-2065-9 (disponible en <https://journals.openedition.org/bresils/2172>).

sumamente escueto que era la definición del tipo originalmente: “Reduzir alguém a condição análoga à de escravo”. No podía decirse menos. La referencia se hacía a condición análoga a la esclavitud porque la esclavitud ya estaba abolida. Así, prácticamente todo quedaba a la interpretación doctrinal y judicial. En la Exposición de Motivos de la Parte Especial de aquella primera edición, en 1940, se ofrecía una interpretación: el tipo se refiere a “o fato de reduzir alguém, por qualquer meio, à condição análoga à de escravo, isto é, suprimir-lhe, de fato, o *status libertatis*, sujeitando-o o agente ao seu completo e discricionário poder”, prosiguiéndose aún con la prestidigitación: “É o crime que os antigos chamavam *plagium*. Não é desconhecida a sua prática entre nós, notadamente em certos pontos remotos do nosso *hinterland*”⁹⁸. Adviértase. Difícilmente puede darse una lectura más restrictiva. *Plagium* se había convertido en Brasil durante el siglo XIX en una especie de eufemismo como sinónimo de la esclavitud que, de paso, servía para legitimarla con invocación de derecho romano⁹⁹.

A partir de todo esto, lo que opera es una doble reducción. De una parte, el esclavismo se remite a un fenómeno residual y remoto, cosa del *hinterland*. Por otra más decisiva, se concreta la definición de un modo que lo convierte en un delito prácticamente imposible. Sería la privación consumada del estado de libertad, esto es, esclavitud pura y dura, cuando la esclavitud formal o institucionalizada ya no existe, esclavitud en un grado de absoluta sujeción humana que estrictamente ni siquiera existió en otros tiempos¹⁰⁰. En época colonial, el esclavo podía ejercer derechos sin que ello implicase reconocimiento como sujeto de derecho¹⁰¹. El

⁹⁸ <https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>.

⁹⁹ SIMONE ESTRELLITA DA CUNHA, *Atualidade do 'plagium'. Redução à condição análoga à de escravo*, Rio de Janeiro, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (<http://www.emerj.tjrj.jus.br>), Monografías dos Alunos, 1995; DÉBORA DINIZ y ANA TERRA, *Plágio: palavras escondidas*, Brasília, Letras Livres, 2014; RENATA FERREIRA COSTA, “Estudo diacrónico da mudança semântica da palavra ‘plágio’”, en *Revista da Anpoll [online]*, (Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Letras e Linguística), vol. 1, núm. 39, 2015, pp. 128-140. ISSN: 1982-7830 (disponible en <https://revistadaanpoll.emnuvens.com.br/revista/article/view/912>).

¹⁰⁰ Resaltando que el esclavo no es objeto a efectos penales, MIGUEL REALE JR., “O escravo como não sujeito no direito brasileiro do século XIX”, en MARTINS-COSTA y BECK VARELA (Orgs.), *Código: Dimensão histórica e desafio contemporâneo...*, cit., pp. 131-149; a más efectos, MARIANA ARMOND DIAS PAES, *Sujeitos da história, sujeitos de direitos: personalidade jurídica no Brasil escravista, 1860-1888*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2014 (disponible en <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-21082017-150447/pt-br.php>). Para el derecho penal con el esclavo como sujeto imputable, JOÃO LUIZ RIBEIRO, *No Meio das Galinhas as Baratas não têm Razão. A Lei de 10 de Junho de 1835. Os escravos e a pena de morte no Império do Brasil, 1822-1889*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

¹⁰¹ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *A ordem do mundo e o saber dos juristas. Imaginários do antigo direito europeu*, Lisboa, Create Space, 2017, cap. 3: “Direito e imaginação antropológica na época moderna”; AIRTON CERQUEIRA-LEITE SEELAENDER, “A longa sombra da casa. Poder

estereotipo histórico de la esclavitud reducida absolutamente a objeto sirve ya a la humanización de la imagen de la colonial¹⁰², ya a la negación de la contemporánea. Aquí tenemos el auténtico *plagium*.

Sobre tales tópicos, más o menos sobrentendidos, a veces incluso inconscientes, la doctrina recurrió a la lectura doblemente reduccionista como si fuera interpretación auténtica del Código Penal y formara así parte de la tipificación del delito. Y la justicia se sumó de forma incondicional. Inoperante el poder ejecutivo y neutralizado el Código Penal, el mandato legislativo de erradicar las prácticas esclavistas desapareció del mapa. Y ha habido algo peor. Esta doctrina y esta jurisprudencia se han hecho traslaticias. Tras la reforma de 2003 que, en la línea que venía marcando el derecho de derechos humanos, acudía claramente a corregir la neutralización del delito de esclavismo, se ha mantenido en la academia y en la justicia, con contadas excepciones, la interpretación que convierte el esclavismo en un delito imposible en teoría e impune, así, en la práctica. No hay que añadir que, a efectos operativos, doctrina y jurisprudencia predominantes se muestran indiferentes al derecho de los derechos humanos, por muy vigentes que estén en Brasil. La política antiesclavista se encuentra con la yerba segada bajo sus pies por la resistencia más o menos solapada de una justicia, no diremos tanto como esclavista, pero permisiva de la impunidad del esclavismo frente a las propias previsiones del Código Penal al que se debe¹⁰³.

doméstico, conceitos tradicionais e imaginário jurídico na transição brasileira do antigo regime a modernidade”, en *Revista do Instituto Histórico y Geográfico Brasileiro*, Ano 178, Número 473, 2017, pp. 327-424. ISSN: 2526-1347 (disponible en https://drive.google.com/open?id=0BydR8nHYLc_KbVo4LXgzQzBwREE); ROMINA ZAMORA, *Casa Poblada y Buen Gobierno. Oeconomía católica y servicio personal en San Miguel de Tucumán, siglo XVIII*, Buenos Aires, Prometeo, 2017, trascendiendo su demarcación territorial.

¹⁰² Poco menos que resucitándose a GILBERTO FREYRE, *Casa-grande e Senzala. Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal* (1933) y FRANK TANNENBAUM, *Slave and Citizen* (1946), con sus miradas complacientes hacia el esclavismo de ámbitos católicos, la constatación de la capacidad de hecho o, a algunos efectos incluso procesales, prácticamente jurídica, de esclavos, en particular urbanos, está hoy exagerándose hasta el extremo de convertirse la excepción en regla incluso para el tiempo colonial: MICHELLE A. MCKINLEY, *Fractional Freedoms: Slavery, Intimacy, and Legal Mobilization in Colonial Lima, 1600-1700*, New York, Cambridge University Press, 2016. Recordemos unas críticas: JACOB GORENDER, *A escravidão reabilitada*, São Paulo, Ática, 1990; ALFREDO BOSI, *Brazil and the Dialectic of Colonization* (1992), Urbana, University of Chicago Press, 2015.

¹⁰³ CRISTIANO PAIXÃO y LEONARDO BARBOSA, “Perspectives on human dignity (On judicial rulings regarding contemporary slavery in Brazil)”, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 44, 2015, Florencia, Università degli Studi di Firenze, pp. 1167-1184; más rigurosa, MARIANA ARMOND DIAS PAES, “La esclavitud contemporánea en la doctrina jurídica brasileña; O crime de “redução a condição análoga à de escravo” em dados: análise dos acórdãos do Tribunal Regional Federal da 1ª Região”, en R. FIGUEIRA, A. PRADO y E. GALVÃO (Orgs), *Discussões contemporâneas sobre o trabalho escravo: teoria e pesquisa*, Rio de Janeiro, Mauad, 2016, pp. 81-98. La cuestión estaba en el aire: SHIRLEY SILVEIRA ANDRADE y

¿En qué situación estamos? En líneas generales, ante casos detectados o denunciados, los trabajadores o las trabajadoras son liberados por acción ejecutiva, pero los esclavistas, ellos y ellas, quedan impunes en sede judicial. De mantenerse las cosas así, de no establecerse, por ejemplo, mediante reforma constitucional una jurisdicción federal solvente e independiente para el enjuiciamiento de las prácticas esclavistas¹⁰⁴, las eventuales responsabilidades de esclavistas y encubridores brasileños, jueces o juezas prevaricadores en casos, podrían ser residenciadas ante la Corte Penal Internacional, cuyo Estatuto, de 1998, ha sido ratificado por Brasil en 2002. El compromiso se había contraído constitucionalmente con anterioridad¹⁰⁵. Su competencia se da desde que Brasil no garantiza la justicia. Aun con un concepto un tanto restrictivo, salvo por su extensión a la esclavitud sexual, y una práctica que por el momento aún lo resulta más, el Estatuto tipifica la esclavitud como crimen de lesa humanidad (art. 7.1c y 2.c)¹⁰⁶. No habrá de decirse a estas alturas que, por virtud de la ratificación, los delitos contemplados por el Estatuto de la Corte Penal Internacional lo son igualmente en el derecho brasileño. Habrán de serlo en los términos como se tipifican, salvo en el caso de hacerlo de una forma, en comparación, restrictiva. Por

JOSÉ IVAN ALVES BARROS, “Trabalho escravo contemporâneo: por que tantas absolvições?”, en FIGUEIRA, GALVÃO y PRADO (Orgs), *Privação de liberdade ou atentado à dignidade...*, cit., pp. 143-162. BRUNA PIVETTA SCHMOLLER, *Reflexões contemporâneas acerca do trabalho escravo no Brasil*, Curitiba, Universidade Federal de Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015 (disponible en <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/42419/99.pdf?sequence=1&isAlloWed=y>), apunta como factores actuales de su resistencia la lenidad judicial junto a la tendencia sobrevenida de desregulación del derecho del trabajo.

¹⁰⁴ Como en principio ni mencionaba la esclavitud, no había en la Constitución pronunciamiento sobre la competencia judicial respecto a prácticas esclavistas, pero la federal se dedujo del art. 109.VI: “Aos juízes federais compete processar e julgar: (...) os crimes contra a organização do trabalho (...)”; conforme a la reforma vista de 2004 y por la misma, se agregó en este artículo un inciso V-A: “as causas relativas a direitos humanos (...)” y un parágrafo 5º: “Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal”, todo lo cual interesa por supuesto al efecto.

¹⁰⁵ Constitución, tít. X, *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*, art. 7: “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”. La ratificación se constitucionaliza mediante reforma de 2004; art, 5, par. 4: “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

¹⁰⁶ J. ALLAIN, *Slavery in International Law: Of Human Exploitation and Trafficking*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2013. Estatuto de la Corte, art. 7.2c referido: “Por esclavitud se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños”. Compárese con los arts. 149 y 149-A. citado del Código Penal brasileño o también, en el propio derecho internacional, con la Convención sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud.

lo que se refiere, en particular, al trabajo y a los efectos estrictos de determinación del tipo, hoy el Código Penal de Brasil tiene mejor definida la esclavitud que el derecho penal internacional. Lo procedente habría de ser la complementariedad normativa entre ambos niveles, junto a la subsidiaridad competencial de la jurisdicción internacional¹⁰⁷.

¿Qué decir, finalmente, del Código Civil brasileño y de su edición constitucional, la del Senado, en relación a la esclavitud? En todo el contexto visto, su silencio puede parecer clamoroso. En realidad es aparente. El Código no contiene ciertamente un artículo como el que indiqué en la introducción: “É ilícita qualquer forma de propriedade que, direta ou indiretamente, implique domínio sobre as pessoas”, sea dicho ahora en su lengua. En el mismo hay título, el tercero del libro tercero, *Dos Atos Ilícitos*, donde podía haber tenido perfectamente cabida. En todo caso, implícitamente, demasiado implícitamente para la significación del asunto, la declaración de ilicitud se contiene por supuesto en un artículo como el 187 ya citado: “(...) comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. No obstante, al registrar este pronunciamiento. la proscripción de la esclavitud no estaba en la mente del Código, si una tal mentalidad existe, puesto que, en otro caso, no hubiera dejado de especificarlo. Sencillamente, el Código Civil ignora una realidad flagrante como si pudiera bastar que el Código Penal la observara.

¿Cabe remediarse el aparente silencio con la aplicación de la función social de la propiedad y del contrato de forma que implicara la proscripción de las prácticas esclavistas?¹⁰⁸. Hubiera sido conveniente entonces que el Código Civil aplicara específica y circunstanciadamente al contrato de trabajo, tanto individual como colectivo, la función social; dicho de otra forma, que se hubiera extendido como derecho común, igual que a lo mercantil, a lo laboral, a un ordenamiento que,

¹⁰⁷ Sobre la frustración de este planeamiento respecto al caso cercano de Colombia, CLAVERO, *¿Hay genocidios cotidianos?...*, cit., pp. 258-259, de un informe a Naciones Unidas que realicé en su día (2010) como miembro de su Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas, mismas que fueron suprimidas, no diré que censuradas, en la edición oficial.

¹⁰⁸ HELENA NEVÉS MAUÉS CORRÊA DE MELO, *O trabalho escravo contemporâneo como fator de descumprimento da função social da propriedade rural*, Belém, Universidade Federal do Pará, Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, 2009 (disponible en <http://repositorio.ufpa.br/jspui/handle/2011/6397>); GRAZIELLA PAVAN RISSATO, *Trabalho escravo contemporâneo e função social da propriedade: a expropriação de terras no combate à servidão por dívidas na zona rural*, Brasília, Universidade de Brasília, Biblioteca de Monografias, 2013 (disponible en http://bdm.unb.br/bitstream/10483/5849/1/2013_GraziellaPavanRissato.pdf). Sobre la previsión constitucional penal, KÊNIA BARCELOS DRUMOND BARROS, “Função social da propriedade rural. Expropriação de terras particulares onde exista exploração da mão de obra escrava”, en *Percurso Acadêmico [online]*, vol. 2, núm. 3, 2012, pp. 59-89. ISSN: 2236-0603 (disponible en <http://periodicos.pucminas.br/index.php/percursoacademico/article/view/4781>).

como el del trabajo, ya de por sí aporta funcionalidad social. No es sólo que los derechos constitucionales tengan validez entre privados; se trata también de que el derecho privado, todo él, responda a constitucionalismo de derechos. Por esta vía podría quedar abierto el horizonte para el desenvolvimiento efectivo de un derecho civil constitucional integrador tanto de derecho mercantil constitucional como de derecho laboral constitucional, piezas realmente necesarias donde las haya¹⁰⁹. La lucha contra la esclavitud habría podido inspirar el objetivo en el caso de Brasil.

Para la erradicación definitiva de la esclavitud, estrictamente para esto, ¿es todo ello necesario cuando el derecho de los derechos humanos y el derecho penal internacional, con su rechazo más comprometido y contundente, tienen, deben tener, valor normativo en Brasil? Hay doctrina incluso contraria al mismo normativismo estricto con el argumento de una tradición constitucional de *brasileidade* de signo componedor en caso de quiebra del derecho¹¹⁰. Con tal contexto, lo que entonces conviene subrayar es que el Código Civil no desentona en un marco constitucional y de derechos humanos. Dije que, a efectos mercantiles, está sobrepasado por un derecho internacional adverso, pero también cabe la utilización del principio de la función social de los contratos para contrarrestar. Ese derecho mercantil internacional está pesando más que el de los derechos humanos¹¹¹. ¿Está la doctrina predominante respondiendo o el caso es el mismo,

¹⁰⁹ CLAVERO, *Sujeto de derecho...*, cit., cap. 6: “Derecho constitucional del trabajo ayer y hoy”. Como pieza separada, GILBERTO STÜRMER, *Direito constitucional do trabalho no Brasil*, Sao Paulo, Atlas, 2014. Sobre el derecho civil, ANDREY FELIPE LACERDA, “A constitucionalização do direito civil e sus efeitos”, en *Revista da Faculdade de Direito Sao Bernardo do Campo [online]*, vol. 20, 2014, pp. 2-28. ISSN: 2358-1832 (disponible en <https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/32/0>). A más efectos, con tendencia sintomáticamente restrictiva mediante la conversión de la autonomía de la voluntad o libertad de los privados en límite de la constitucionalización del derecho como si la una no pudiera ser función de la otra, LUÍS ROBERTO BARROSO, “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil”, en *Revista Jus Navigandi [online]*, año 10, núm. 851, 1 de noviembre de 2005. ISSN 1518-4862 (disponible en <https://jus.com.br/artigos/7547>); DANIEL SARMENTO y CLAUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO (Orgs.), *A constitucionalização do direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

¹¹⁰ CRISTIANO PAIXÃO, “Autonomía, democracia e poder constituyente: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira, 1964-2014”, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 43, 2015, Florencia, Università degli Studi di Firenze, pp. 415-458, llevando el argumento al extremo de condonar los crímenes de Estado contra Constitución y derechos humanos.

¹¹¹ Para la tesis respecto a derechos humanos, ULISSES TERTO NETO, “Democracy, social authoritarianism, and the human rights state theory: toward effective citizenship in Brazil”, en *The International Journal of Human Rights [online]*, vol. 21, núm. 3, 2017, pp. 289-305. ISSN: 1744-053X (disponible en <https://doi.org/10.1080/13642987.2017.1298733>), aunque sin el contraste del derecho mercantil igualmente internacional. Tampoco lo toma en cuenta, como debería por la adversidad que supone en el mismo campo del derecho transestatal, la

mudando lo que haga falta, que el del derecho penal? ¿Hasta qué punto la función social tanto civil como mercantil y la buena fe, con su carácter objetivo ambas, están sirviendo para transformar la jurisprudencia? No mucho al parecer, comenzando por no renovarse la información precisa¹¹². En todo caso, no soy yo, observador exterior, quien se encuentra en la mejor posición para ofrecer respuestas¹¹³.

Una historia jurídica de presente puede poner justamente de relieve la perversión del derecho que constituye, ella misma, derecho, mediante tanto doctrina como justicia. De nada sirve que la reforma constitucional de 2014 haya agravado drásticamente la pena del delito de esclavismo si la justicia está ignorando su misma tipificación. Que por esta vía haya hecho su aparición, en el texto constitucional, el término de esclavo resulta más significativo por sí que por lo que dispone. Y así sucesivamente. Al final, lo que tenemos es, en un extremo, que la esclavitud figura en la Constitución y, en otro, que se practica no sólo por el *hinterland*. Que venga la historia del derecho y lo vea¹¹⁴. La historiografía puede que esté en condiciones de asistir al abordaje jurídico, a la tipificación normativa y al escrutinio judicial de las prácticas esclavistas de presente¹¹⁵. Digo de asistir, no

matriz de la categoría de *Estado de derechos humanos* al que se aspira y que se discute en este número del *Journal*: GREGG, *The Human Rights State...*, cit.

¹¹² SCHWARZ, *Trabalho escravo: a abolição necessária...*, cit., p. 17, en relación a nuestro medio profesional: “a exígua oferta de informação acadêmica regular sobre a questão da escravidão contemporânea, e mesmo sobre outros procedimentos degradantes, relacionados ao mundo do trabalho, com seu declinante silêncio”. Respecto al Código de 2002, tampoco es que su potencial de principios en definitivas cuentas proscriptivos de explotación humana se aprecie en el exterior. Confróntese CALDERALE (Ed.), *Il Nuovo Codice Civile...*, cit.

¹¹³ J. MARTINS-COSTA, *Comentários ao Novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações*, V-2, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 16, señala para el derecho civil la inercia de la doctrina traslaticia que hemos visto en el ámbito penal. Tomo esta cita de LAURA BECK VARELA, “Leituras das sesmarias entre a história e os modelos de direito privado”, en J. MARTINS-COSTA (Org.), *Modelos de Direito Privado*, São Paulo, Marcial Pons, 2014, pp. 457-483 (p. 470).

¹¹⁴ REBECCA J. SCOTT, “O Trabalho Escravo Contemporâneo e os Usos da História”, en *Revista Mundos do Trabalho [online]*, vol. 4, núm. 9, 2013, pp. 129-137. ISSN 1984-9222 (disponible en <https://doi.org/10.5007/1984-9222.2013v5n9p129>), con evidencias históricas del estilo de las proporcionadas por DIAS PAES, *Sujeitos da história...*, cit., para salir al paso de las acusaciones de anacronismo y abuso de lenguaje contra la tipificación actual de prácticas esclavistas como tales, como nuevas formas de esclavitud. Y se habrá observado que el primer trabajo sobre *La esclavitud contemporánea en la doctrina jurídica brasileña* de DIAS PAES, el editado en la *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, lleva por subtítulo *un análisis desde la perspectiva de la historia del derecho*. Un antropólogo que entra en el pasado para entender el presente (HOLSTON, *Insurgent Citizenship...*, cit., p. 33: “History as an Argument about the Present”) donde se introduce es en el campo de la historia del derecho.

¹¹⁵ R. J. SCOTT, “Under Color of Law: ‘Siliadin v France’ and the Dynamics of Slavery in Historical Perspective”, en J. ALLAIN (Ed.), *The Legal Understanding of Slavery: From the Historical to the Contemporary*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 152-164.

tiene por qué ser más. Y el caso de la esclavitud contemporánea, con toda su envergadura¹¹⁶, no tiene por qué ser el único. Confluyendo con el derecho, su historiografía de presente tiene, ante sí, un horizonte inédito de función social propia.

V. REPASO DE NARRATIVAS, TÓPICOS, COMPARACIONES, COBERTURAS, FRUSTRACIONES, ALTERNATIVAS, CEGUERAS Y DEMÁS

La historia es la que es. Cabe a veces reparar sus injusticias, pero nunca, salvo en la literatura de ficción, modificar sus derroteros. La historiografía puede aplicar su función social a lo primero, aunque a menudo sea disfuncional hasta el punto de distorsionar de un modo que bloquea la misma posibilidad de plantearse la reparación. Porque no pueda modificar la historia, no deja de alterarla. No me refiero así, con esto, a operaciones de negacionismo, sino a inconsciencia de la profesión, de una profesión que presume de reconstruir la realidad de un pasado por hacer el intento desde el presente. Hay objetos y hay formas de negacionismo, como el que interesa al legado de la esclavitud transatlántica, que no suele tenerse hoy ni siquiera a la vista en cuanto tal¹¹⁷.

La esclavitud suele representarse como fenómeno propio de otras épocas, de cuando no existía la sensibilidad por las libertades que hoy nos atribuimos, un fenómeno que vendría ineluctablemente a declinar cuando perdió su caldo de cultivo tanto cultural como económico o, si se prefiere, tanto económico como cultural¹¹⁸. ¿Se reconoce, con esto, la composición de lugar de historiografía y doctrina predominantes, ya idealistas, ya también materialistas? En tal panorama

¹¹⁶ <http://www.globallslaveryindex.org>, no figurando Brasil entre los Estados con más esclavitud alegal.

¹¹⁷ GERMAN M. TERUEL, *La lucha del Derecho contra el negacionismo. Una peligrosa frontera*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, sin sentirse la necesidad, seguramente tampoco por parte de la lectura, de anunciar su concernimiento exclusivo con el holocausto nazi; también sobre negacionismo. BARTOLOMÉ CLAVERO, “¿Es que hubo genocidio en las Américas?”, a publicarse en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 47, 2018, Florencia, Università degli Studi di Firenze.

¹¹⁸ Para ilustración en el campo de la historiografía jurídica brasileña, FONSECA, “Dal diritto coloniale alla codificazione...”, cit., pp. 969-970: “malgrado il segno liberale della Costituzione del 1824” la esclavitud siguió viva “dimostrando in modo abbastanza eloquente, in questa odiosa forma di riduzione di una persona in una cosa, la persistenza di strutture arcaiche”, lo que resulta toda “una pasadosale forma di adattamento dei principi liberali importati” de Europa y de Estados Unidos (también, literalmente éste y otros pasajes, sin advertirse por la traducción, en su *La modernización frustrada*, p. 123). En la cobertura de la esclavitud por la Constitución de 1824, que ya detectamos al principio, abundaré enseguida.

de progresismo historiográfico y determinismo histórico, sea un factor u otro el que se destaque como inductor del cambio entre esclavitud y abolición, los mismos agentes del esclavismo pueden acabar fácilmente apareciendo como adalides del abolicionismo. ¿Qué responsabilidades irían entonces a reclamarse? ¿Cómo podría hablarse de reparaciones? La historia es la historia y, ya se sabe, la función de la historiografía es reproducirla. La del caso británico sabe bastante de toda una narrativa de perspectivas unilaterales complacientes. Su abolicionismo sería tan desinteresado que habría frontalmente contrariado los propios intereses esclavistas, sustentadores de su economía en aquellos tiempos¹¹⁹.

Dejémonos de ficciones y afrontemos evidencias. La primera ficción es la de que la esclavitud acaba con la abolición. De la codificación se ha dicho que la promulgación de códigos no es fin de historia, sino comienzo¹²⁰. Lo propio cabe decir respecto a la esclavitud y su abolición pues es a partir de esta última, de su presunta desaparición, que comienza su historia efectiva, una historia de *pós-abolição*¹²¹. Ya fue una ficción interesada en su momento la de que, con la abolición,

¹¹⁹ Para la formulación más sofisticada, S. DRESCHER, *Econocide: British Slavery in the Era of Abolition* (1977), 2ª edición con nueva introducción del autor y prólogo de DAVID BRION DAVIS, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 2010, dejando a salvo su sólida aportación de base en el sentido de que la abolición política no fue necesariamente la consecuencia de una decadencia económica de la esclavitud atlántica, idea del declive previo que resiste bastante en la historiografía brasileña. Para planteamiento por un émulo con coloquio, JOÃO PEDRO MARQUES, "Slave Revolts and the Abolition of Slavery: An Overinterpretation", en S. DRESCHER y PIETER C. EMMER (Eds.), *Who Abolished Slavery? Slave Revolts and Abolitionism. A debate with João Pedro Marques*, New York, Berghahn, 2010, pp. 3-92.

¹²⁰ Últimamente, con ocasión de su investidura como doctor honoris causa de una Universidad española, insiste en dicha idea PIO CARONI, *Historia de código. Un itinerario*, Madrid, Universidad Carlos III, 2017. Y considera justamente que la codificación cumplida resulta opaca: para captar su alcance no basta con la fotografía de fachada blanqueada, sino que se necesita la radiografía de entrañas recónditas (PIO CARONI, *Lecciones de historia de la codificación*, Madrid, Universidad Carlos III, 2013, pp. 47-49).

¹²¹ Como muestra de la postergación historiográfica de la posabolición, BRENDA E. STEVENSON, *What is Slavery?*, Malden, Polity Press, 2015, último epígrafe: "Abolition". En cambio, la revista citada *Slavery and Abolition* que se publica desde 1980, lleva como subtítulo *A Journal of Slave and Post-Slave Studies*. En Brasil, en las últimas décadas (<http://www.labhoi.uff.br/narrativas/home>: Laboratorio de Proyecto História Oral e Imagem: "Memórias do Cativo: Narrativas", coordinado por Hebe Maria Mattos), la *pós-abolição* ha devenido un género historiográfico, bien que enfocándose en la suerte de la esclavitud afrodescendiente abolida, no de la subsistente o de la renovada que además no es sólo de descendencia africana: ANA MARIA RIOS y HEBE MARIA MATTOS, "A pos-abolição como problema histórico: balanços e perspectivas", en *Topoi. Revista de História*, vol. 5, núm. 8, janeiro-junho 2004, pp. 138-169. ISSN: 2221-0341 (disponible en <http://www.scielo.br/pdf/topoi/v5n8/2237-101X-topoi-5-08-00170.pdf>). FÁBIO DANTAS ROCHA, "Aqui estamos; para onde vamos": o entendimento historiográfico sobre a pós-emancipação no Brasil", en *Epígrafe*, número cero, 2013, pp. 51-68, San Pablo, Universidad de San Pablo (disponible en <http://www.revistas.usp.br/epigrafe/article/view/69061>).

la historia de la esclavitud concluía irremisiblemente en Brasil¹²². Y esta finalización por efecto de la *Lei Áurea* marca la perspectiva que se ha impuesto en la historiografía, incluso de aquella que se ocupa de la *pós-abolição*¹²³. Otras ficciones campean, como la de presumirse que, por mucho que haya resistencia, la esclavitud se contradice radicalmente con el constitucionalismo y la codificación¹²⁴. De hecho, lo que se produce es un acomodo sin solución de continuidad. El mismo proyecto codificador conoció inicialmente momentos coloniales, con esclavitud incluida, que luego se han tendido a olvidar¹²⁵. Conviene comenzar por distinguir tiempos. Aun con todas las inercias, Constitución y Código no significan hoy lo que significaron ayer¹²⁶. Y distingamos espacios. Situémonos en los terrenos de la historia y de la comparación, en el campo de la historia constitucional comparada si quiere decirse, siempre que no se le aborde desde atalayas supremacistas o con la visión continuista de sectores esclavistas travestidos como abolicionistas, propietarios siempre al cabo¹²⁷. Dicho de modo más reconocible, evitemos el eurocentrismo en su sentido cultural, no necesariamente geográfico¹²⁸.

¹²² http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/IP_AnaisImperio.asp: *Anais do Senado do Império do Brasil*, anno de 1888, livro 1, sessão de 13 de mayo, la de aprobación de la *Lei Áurea*, p. 44: “O captiveiro (da escravidão) está morto e não póde resuscitar (...), a nossa tarefa, por este lado, está terminada” (...). Ó Libertad! Luz del día! Tu me guia! *Vozes*: Muito bem, muito bem”, lo que comentaré al final, en el Colofón. En línea análoga, previamente, AGOSTINHO MARQUES PERDIGÃO MALHEIRO, *A escravidão no Brasil. Ensaio histórico-jurídico-social*, cit., Parte 2, *Índios* (1867), arranca anunciando que ahí “vai succintamente historiada a escravidão dos Índios até sua completa e definitiva abolição”, dándola así por consumada.

¹²³ HEBE MARIA MATTOS, “Les derniers esclaves: pouvoir privé et droits civils (Brésil, XIX siècle)”, en KATIA DE QUEIROS MATTOSO (Ed.), *Esclavages. Histoire d'une diversité de l'océan Indien à l'Atlantique sud*, París, L'Harmattan, 1998, pp. 155-172.

¹²⁴ Ya sabemos que es el punto de partida de GRINBERG, “Esclavage, citoyenneté, et élaboration du code civil...”, cit., para explicar las dificultades de la codificación civil brasileña, por lo que puede formularse esta pregunta (p. 314): “comment fonder en droit les relations privées entre habitants d'une pays si un bonne partie de ces derniers ne sont pas considérés comme des personnes?” (GRINBERG, *Código Civil...*, cit., p. 47). Pesa la posición que entiende la unidad del sujeto, sin salvedades sustanciales, como requisito primordial de la codificación: GIOVANNI TARELLO, *Storia della Cultura Giuridica Moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bolonia, Il Mulino, 1976. Puedo remitirme de nuevo a CLAVERO, *Sujeto de derecho...*, cit.,

¹²⁵ MALICK W. GHACHEM, “Montesquieu in the Caribbean: The Colonial Enlightenment between ‘Code Noir’ et ‘Code Civil’”, en *Historical Reflections - Réflexions Historiques*, vol. 25, núm. 2, summer 1999, Postmodernism and the French Enlightenment, pp. 183-210. ISSN: 1939-2419 (disponible en <https://www.jstor.org/stable/41299142>).

¹²⁶ GRINBERG, *Código Civil...*, cit., con apartados sobre la clave del derecho de familia que no figuran en su “Esclavage, citoyenneté, et élaboration du code civil...”, cit.; CLAVERO, “Código como fuente de derecho...”, cit.

¹²⁷ JUSTIN COLLINGS, “What should comparative constitutional history compare?”, en *University of Illinois Law Review [online]*, vol. 2017, núm. 2, pp. 475-496. ISSN 0276-9948 (disponible en <https://illinoislawreview.org/wp-content/uploads/2017/03/Collings.pdf>), recluido en el mundo académico de lengua inglesa con comunicación al exterior limitada

Asomémonos, sólo esto, a la historia constitucional comparada para seguir centrados en Brasil. A tales efectos comparativos, el esclavismo no puede decirse que suela abordarse como asunto de interés constitucional. La cuestión de la persistencia y viabilidad de la esclavitud en tiempos de constitucionalismo y codificación o, dicho de otra forma entonces, de liberalismo y capitalismo se discute hoy en términos económicos más que en los constitucionales o los meramente jurídicos¹²⁹. Hay, por las Américas, una excepción bien visible, la de los Estados Unidos, donde no faltan estudios, en términos estrictamente de derecho, sobre la permanencia y el encaje de la esclavitud en el seno de su flamante sistema constitucional. La excepción no sólo se debe a una historiografía diligente y comprometida, sino también, y antes, al derecho mismo. Los Estados Unidos comienzan por constitucionalizar la esclavitud, con lo que la problemática jurídica resulta, ya de entrada, más identificable¹³⁰.

por lo que toca al derecho, como es hoy regla incluso para quienes son de otra procedencia, llega a afirmar (p. 110) que “the most striking aspect of current comparative constitutional historiography is its scarcity”. *Lusitanum est, non legitur*. Brasil, igual que Portugal, España o que todas las Américas salvo Estados Unidos y Canadá, quedamos así en los andurriales de la historia constitucional comparada; p. 112: “Where are the histories of the courts on the ‘periphery’ of global constitutionalism?”. Pues puede que estén, mejores o peores, en las lenguas que se ignoran.

¹²⁸ RON HARRIS, “Is it time for Non-Euro-American Legal History?”, en *American Journal of Legal History [online]*, vol. 56, núm. 1, 2016, pp. 60-65. ISSN 2161-797X (disponible en <https://doi.org/10.1093/ajlh/njv026>), aun para un contexto euroasiático. La necesidad no deja de proclamarla, como hoy es de estilo, COLLINGS, *What should comparative ...*, cit., pero, a la hora de concretar, deslocaliza eurocentrando de nuevo; por ejemplo, para una historia comparada de la jurisdicción constitucional de la que se entiende especialista por su monografía, no comparativa, sobre Alemania (JUSTIN COLLINGS, *Democracy’s Guardians: The History of the German Federal Constitutional Court, 1951-2001*, Oxford, Oxford University Press, 2015), propugna que el caso de Sudáfrica no se estudie en el contexto africano, sino en relación con los europeos y el de Estados Unidos por encontrarse aquí sus términos de referencia, cuya práctica ve así plausible. El problema radica quizás en la falta de conciencia sobre la propia ignorancia: “My argument is that while most historians aim to avoid ethnocentricity (like teleology), they rarely succeed in doing so because of their limited knowledge of the other” (JACK GOODY, *The Theft of History*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 4).

¹²⁹ S. DRESCHER, *From Slavery to Freedom: Comparative Studies in the Rise and Fall of Atlantic Slavery*, Londres, MacMillan Press, 1999, cap. 5 (1988): “Brazilian Abolition in Comparative Perspective”. Esclavitud y emancipación se destacan entre los temas que más vienen prestándose a estudios de historia comparada: COLLINGS, *What should comparative...*, cit., pp. 105-106 y 114, sin advertir que la comparación sobre esclavitud y emancipación no es a la dimensión constitucional a lo que precisamente se aplica.

¹³⁰ PAUL FINCKELMAN, *Slavery and the Founders: Race and Liberty in the Age of Jefferson* (1996), New York, Routledge, 2015; THOMAS D. MORRIS, *Southern Slavery and the Law, 1619-1860*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1996; P. FINCKELMAN (Ed.), *Slavery and the Law* (1997), Lanham, Rowman and Littlefield, 2002. Para más referencias y problemática, CLAVERO, *¿Se debe a derechos humanos la abolición...?*, cit., epígrafe 4: “Abolición en Estados Unidos versus derecho constitucional a la propiedad esclavista”.

A esta diferencia se añade que las aboliciones suelen ser más tempranas por la llamada América Latina, lo que cierra dicha misma posibilidad de constitucionalización, planteándose de otra forma la problemática jurídica de la reproducción y el encaje ulteriores de prácticas esclavistas. El intento de constitucionalización directa ni se produjo¹³¹, lo que no significa que la presencia del esclavismo se despejase desde temprano del escenario latinoamericano. No todo es diferencia por cuanto interesa a la esclavitud. Un elemento decisivo de fondo se comparte: el entendimiento del derecho de propiedad como base de los derechos de libertad, de un derecho propietario que asegurase la autonomía del ciudadano. He ahí la primacía constitucional de un derecho dominical del que, de entrada, no se excluía en absoluto la esclavitud como su objeto¹³².

Las Constituciones de Brasil no mencionan la esclavitud, salvo muy recientemente del modo y a los efectos que hemos visto. Tampoco se refieren nunca a la abolición, lo que no es menos significativo. A su luz parece que ni lo uno ni lo otro, ni el esclavismo ni el antiesclavismo, fuera de interés constitucional. Lo que registran es la propiedad. La Constitución de 1824, Constitución del Imperio, la considera como base de los derechos constitucionales y como derecho constitucional ella misma: “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: (...) É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude” (art.179-XXII). Es el mismo artículo sobre derechos en el que, como hemos visto, se contiene el mandato de codificar. En lo que interesa a la propiedad privada como dominio social en el que cabía la esclavitud, la codificación ya había creado, en Europa, un modelo depurado. El propio Código Napoleón, código prototípico para los Estados latinoamericanos, ofrecía esa categoría de propiedad, con cabida para la esclavitud¹³³. Y tanto aquel modelo constitucional como el de codificación

¹³¹ BARTOLOMÉ CLAVERO, *Freedom's Law and Indigenous Rights: From Europe's Oeconomy to Constitutionalism of the Americas*, Berkeley, Robbins Collection, 2005, cap. 2: “Minority Making: Indigenous people and non-indigenous law between Mexico and the United States” (original en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 32, 2003, Florencia, Università degli Studi di Firenze, pp. 175-290), por lo que se refiere al caso de Texas, que se independizara de México para constitucionalizar la esclavitud.

¹³² BARTOLOMÉ CLAVERO, *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, cap. 4: “Propiedad como libertad: declaración primera de derecho”.

¹³³ BARTOLOMÉ CLAVERO, “Les domaines de la propriété, 1789-1814: propiedades y propiedad en el laboratorio revolucionario”, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 27, 1988, Florencia, Università degli Studi di Firenze, pp. 269-378; RAFFAEL BLAUFARB, *The Great Demarcation: The French Revolution and the Invention of Modern Property*, New York, Oxford University Press, 2016. Por su parte, RICARDO MARCELO FONSECA, “A ‘Lei de Terras’ e o advento da propriedade moderna no Brasil”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho [online]*, vol. XVII, 2005, pp. 97-112. ISSN: 0188-0837 (disponible en <https://revistas->

entendían un principio de igualdad bajo la ley, menos que ante ella, como el medio por el que esta misma establecía o implicaba distinciones de estados sociales entre sujetos privados¹³⁴.

Respecto a la propiedad, la Constitución de 1891, Constitución de la República, introduce variaciones: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude” (art. 72.XVII). La propiedad sigue siendo derecho básico, aunque ya no aparece como base de otros derechos constitucionales, al tiempo que se enfatiza su entendimiento como derecho constitucional en sí. Se amplía el sujeto, incluyéndose a extranjeros residentes, pero nada se especifica en cambio sobre el acceso a la propiedad de los exesclavos. La abolición acababa de producirse un par de años antes. Tras ella, por si hubiera dudas, el derecho de propiedad “se mantiene en toda su plenitud”. Había ofrecido cobertura a la esclavitud y, sin precaución constitucional alguna en otro sentido, podía seguir haciéndolo a las prácticas esclavistas ulteriores¹³⁵.

Por medio, entre 1824 y 1891, con anterioridad a la abolición, se venía desarrollando una legislación y una política de colonización promotora de la apropiación privada de tierras comunitarias y de la conversión de derechos enfitéuticos y posesorios en propiedad, pudiendo ésta caer igualmente en manos ajenas a los titulares previos, con la garantía ahora de su inscripción en registro, el parroquial de la iglesia católica¹³⁶. Así se creaban haciendas que incluían, en su interior, a comunidades humanas, por lo común indígenas o afrodescendientes, que, privadas de su derecho al aprovechamiento de tierras y recursos, se veían abocadas a sostenerse por el trabajo forzado para la gran terratenencia o a desplazarse con

colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-mexicano-historia-der/article/view/29680/26803), estima en cambio, pp. 106-107 y 111, que aquel concepto constitucional de la propiedad era “iluminista e liberal” y, por ende, contradictorio con la realidad de la esclavitud.

¹³⁴ Con expresa referencia a la cabida constitucional de la esclavitud, es el punto que resalta HOLSTON, *Insurgent Citizenship...*, cit., pp. 27-29, observando además que la misma concepción de igualdad ciudadana ante ley desigualitaria se mantiene por la Constitución republicana a la que ahora me refiero.

¹³⁵ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm, para la Constitución de 1891. El enlace a la de 1824 ya está registrado, así como la entrada de su artículo 179 ya también se citó.

¹³⁶ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L0601-1850.htm, para la ley principal, la conocida como *Lei de Terras*, de 1850, oficialmente *lei sobre as terras devolutas no Império, e acerca das que são possuídas por título de sesmaria*. Sesmaria era especie de enfiteusis genuina, esto es, en dominio público o, en el caso, reputado por tal; las tierras públicas se decían *devolutas* por entenderse recuperadas de enfiteusis que habían incumplido la obligación de puesta en explotación: LAURA BECK VARELA, *Das Sesmarias à Propriedade Moderna. Um estudo de história do direito brasileiro*, Río de Janeiro, Renovar, 2005.

resultados no menos precarios bajo acoso o en dependencia de latifundios de reciente formación. La presión genocida produjo cantidad no sólo de individuos esclavizados, sino también de comunidades cautivas del esclavismo¹³⁷. Cautiverio más expropiación cuecen caldo de cultivo de la esclavitud. Aunque ley y reglamento no se pronunciasen al respecto, el planteamiento legislativo y reglamentario de las garantías para el título dominical supuso, desde mediados del siglo XIX, la reducción del derecho sobre el territorio indígena y afrodescendiente en mera posesión sin posible amparo judicial frente a la propiedad expropiadora¹³⁸.

Y a estas situaciones no les afectó la abolición. Debe esto subrayarse, pues dicho efecto de expropiación comunitaria se posterga por completo, sobre todo entre juristas, como si de lo que se tratase fuera, en exclusiva, de la modernización

¹³⁷ REGINA MARIA D'AQUINO FONSECA GADELHA, "A lei de terras (1850) e a abolição da escravidão: Capitalismo e força de trabalho no Brasil do século XIX", en *Revista de História*, núm. 120, janeiro-junho 1989, San Paulo, Universidade Federal de São Paulo, pp. 153-162 (disponible en <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9141.v0i120p153-162>), LÍGIA OSÓRIO SILVA, *Terras devolutas e latifúndios: Efeitos da lei de 1850*, Campinas, Universidade Estadual de Campinas, 1996; HOLSTON, *Insurgent Citizenship...*, cit., cap. 4: "Restricting access to landed property". Para caso elocuente, ALMIR ANTÔNIO DE SOUZA, "A lei de terras no Brasil Império e os índios do Planalto Meridional: a luta política e diplomática do Kaingang Vitorino Condá (1845-1870)", en *Revista Brasileira de História [online]*, vol. 35, núm. 70, 2015, pp. 109-130. ISSN 1806-9347 (disponible en <http://dx.doi.org/10.1590/1806-93472015v35n70007>). En la visión de FONSECA, "A 'Lei de Terras'...", cit., al presentar tal ley como introductora del derecho de propiedad estrictamente dicho en Brasil, no cabe la percepción de su funcionamiento efectivo; en línea similar, SÉRGIO SAID STAUT JÚNIOR, *A posse no direito brasileiro da secunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916*, Curitiba, Universidade Federal de Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2009 (disponible en <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/19305>). Confróntese la información reflexiva de VARELA, "Leituras das sesmarias...", cit.

¹³⁸ Está dicho que la actual Constitución es también tan sólo la posesión lo que reconoce, pero no está citado el pronunciamiento que ya de por sí, y más por su contexto, le confiere un alcance diametralmente diferente: "As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes" (art. 231, par. 2). Para un desarrollo que se mueve entre hacer valer ya el reconocimiento, ya sus limitaciones, BARTOLOMÉ CLAVERO, "El valor del derecho: caso Raposa Serra do Sol" y "Celebración indígena y contraofensiva judicial", ambos en *Servindi. Servicios en Comunicación Intercultural*, 2009 (disponible en <https://www.servindi.org/actualidad/6077> y <https://www.servindi.org/actualidad/opinion/9523> respectivamente); M. C. DA CUNHA, *Índios no Brasil: História, direitos e cidadania*, São Paulo, Claro Enigma, 2012; THAIS J. WENZENOVICZ, *Pueblos indígenas. Reflexiones contemporáneas desde Brasil*, Joaçaba, Universidade do Oeste de Santa Catarina, 2017. Para muestra de perspectiva supuestamente constitucionalista inclinada al mantenimiento de la supeditación en términos de tutela estatal con exclusión del derecho civil y constitucional común, JOSÉ TARCÍZIO DE ALMEIDA MELO, *Direito Constitucional do Brasil*, Belo Horizonte, Do Rey, 2008, cap. 45: "Dos Índios". Contrástese también, en PAIXÃO y BARBOSA, *Perspectives on human dignity...*, cit., p. 1184: "Brazil is struggling to provide legal protection to the aborigines since its Independence". Para el momento de regression actual, confróntese a su vez MARIA DE LOURDES BELDI, *Brazil*, en *The Indigenous World 2017*, Copenhagen, IWGIA, pp. 233-237.

del derecho mediante la privatización de la propiedad cual requisito, además, para la codificación. Mas aquellas situaciones de fondo esclavista ni se contemplaban, puesto que no se respondía en absoluto al propósito de cancelarlas. El principal indicio de que no se perseguía el objetivo de una efectiva emancipación es el visto de la negativa a una compensación a los exesclavos, tras la abolición, con vistas a su integración social; el siguiente, la ratificación inmediata de la propiedad como derecho constitucional “en toda su extensión”, derecho de titularidad privada y no, para nada, comunitaria. Si tuvo algún efecto la abolición por gracia de ley en aquellas situaciones, fue el de hacer pasar la esclavitud a lo que luego se llamará práctica análoga. Así se iniciaba, en Brasil, esclavismo sin institución de la esclavitud pero con cobertura de derecho. Es la que podría denominarse esclavitud tercera, pues hay historiografía que computa como segunda la de tiempos contemporáneos anteriores a la abolición¹³⁹. Ésta, con todo, dista de marcar el final de esta historia.

Había alternativas frente a la continuidad entre segunda y tercera esclavitud desde la misma perspectiva de la propiedad. Y lo eran de un signo constitucional superior al de la abolición habida. Comenzaba por la referida de compensación al esclavo, aunque no fuese por reconocimiento de derecho, sino para permitirle que se sustrajera al vínculo esclavista o análogo. En todo caso, tras el largo tiempo de secuestro de libertad y despojo de trabajo, la no compensación significaba expropiación, y no desde luego de los expropietarios, sino de los exesclavos. Había entonces alternativas a la vista. Contemplarlas no es aventurarse en historia contrafactual, sino ubicar la historia que se produjo. Limitarse a sus resultados implica perder claves esenciales. Por esta vía se llega al encarecimiento de la *Lei Áurea* por su presunto equilibrio entre intereses de exesclavistas y exesclavos al no prever nada a favor de ninguna de las partes¹⁴⁰.

¹³⁹ DALE W. TOMICH, *Through the Prism of Slavery: Labor, Capital, and World Economy*, Lanham, Rowman and Littlefield, 2004; JAVIER LAVIÑA y MICHAEL ZEUSKE (Eds.), *The Second Slavery: Mass Slavery and Modernity in the Americas and in the Atlantic Basin*, Zurich, Lit, 2014. Ha llegado a caracterizarse por la formación de una internacional antiabolicionista entre Estados Unidos, Brasil y Cuba: RAFAEL DE BIVAR MARQUESE y TÁMIS PEIXOTO PARRON, “Internacional escravista: a política da Segunda Escravidão”, en *Topoi. Revista de História*, vol. 12, núm. 8, julho-dezembro 2011, pp. 97-117. ISSN: 2221-0341 (disponible en <http://www.scielo.br/pdf/topoi/v12n23/1518-3319-topoi-12-23-00097.pdf>). También hubo internacional abolicionista: J.R. OLDFIELD, *Transatlantic Abolitionism in the Age of Revolution: An International History of Anti-slavery, c-1787-1820*, New York, Cambridge University Press, 2013.

¹⁴⁰ Como muestra algo matizada, VELOSO, *A lenta, gradual e discriminatória política de liberdade ...*, cit., p. 67: “Não tratou (o projeto da *lei Áurea*) de indenizar os fazendeiros nem de obrigar os libertos a trabalhos por tempo determinado nas fazendas onde foram cativos. Tampouco conferia aos ex-escravos algum direito à cidadania. Parecia que objetivava não favorecer nenhum dos lados e realizar a abolição da forma mais concisa possível, como se fosse possível amenizar os efeitos da nova ordem econômico-social iminente”.

Recuperemos perspectiva. La compensación por impropiación era una opción presente desde los inicios del abolicionismo latinoamericano, continuamente excluido ya para mantener al exesclavo en situación de dependencia, ya para impulsarlo a un mercado de trabajo en el que habría de doblegarse a condiciones de la propiedad exesclavista¹⁴¹. Leyes abolicionistas que no preveían nada al respecto, igual que la más tardía de Brasil, se desarrollaban reglamentariamente contemplando el panorama, no de la emancipación efectiva, sino de la continuidad más o menos transitoria, más o menos acentuada, de la dependencia¹⁴². Ocurre incluso en un caso de autoemancipación como el de Haití, con unos primeros gobiernos afrodescendientes pugnando porque el trabajador se mantuviera en la plantación de su pasada esclavitud, frente a la alternativa de convertirse él mismo en propietario¹⁴³. Ya sabemos que el derecho de entonces, presente durante un largo siglo XIX, abona la continuidad de la supeditación sin necesidad de que se le reglamentase¹⁴⁴. Y ya también nos consta la existencia de un derecho del trabajo tan preventivo que era, en la práctica, código de trabajo forzado¹⁴⁵. El fomento de la inmigración en general y de la china en particular, con

¹⁴¹ Para el planteamiento explícito en la época, a las vísperas de la abolición brasileña, *Manual do Súbdito Fiel ou Cartas de um Lavrador a Sua Magestade o Imperador sobre a Questão do Elemento Servil*, Rio de Janeiro, Moreira, Maximino e C., 1884, p. 8: “fazer pacificamente a melindrosa transição do trabalho escravo para o trabalho livre, cousa difficilima e nunca vista. Uma dessas medidas, por exemplo, o meio compulsório de coagir o liberto alforriado” a permanecer en el mismo trabajo mediante contrato o a obligarle a trabajar en todo caso. Era el planteamiento imperante a nivel oficial antes de la abolición definitiva: LAMOUNIER, *Da escravidão ao trabalho livre...*, cit., epígrafe II.1: “Do antes” de dicha ley, vinculándose estrechamente la reforma del contrato de servicios o trabajo en dicha dirección nada sinalagmática con “as necessidades da colonização e as consequências da emancipação” todavía no general, según se expresaba en el Consejo de Estado (1867). A esto volveré.

¹⁴² Para una buena ilustración de caso temprano, MAGDALENA CANDIOTI, “Abolición gradual y libertades vigiladas en el Río de la Plata. La política de control de libertos de 1813”, en *Corpus. Archivos Virtuales de la Alteridad Americana [online]*, vol. 6, núm. 1, enero-junio 2016. ISSN: 1853-8037 (disponible <http://journals.openedition.org/corpusarchivos/1567>).

¹⁴³ CAROLYN FICK, “Emancipation in Haiti: From Plantation Labour to Peasant Proprietorship”, en HOWARD TEMPERLEY (Ed.), *After Slavery: Emancipation and its Discontents*, London, Routledge, 2000, pp. 11-40; JEREMY D. POPKIN, *You Are All Free: The Haitian Revolution and the Abolition of Slavery*, New York, Cambridge University Press, 2000.

¹⁴⁴ SCHWARCZ, “Dos males da dádiva...”, cit., p. 27, citando de una noticia periodística de 1888: “O delegado (de polícia) tem sido infatigável no cumprimento de seu dever, pois é sabido que ele não admite vagabundagem na cidade, forçando a organização do trabalho do liberto”.

¹⁴⁵ ADEMIR GEBARA, *O mercado de trabalho livre no Brasil, 1871-1888*, São Paulo, Brasiliense, 1986, con apartado de bibliografía comentada hasta 1983 (pp. 16-25); LÚCIO KOWARICK, *Trabalho e vadiagem. A origem do trabalho livre no Brasil*, São Paulo, Brasiliense, 1987; LAMOUNIER, *Da escravidão ao trabalho livre...*, cit., (para quien la caracterización como “código de trabalho forçado” pertenece a ALBERTO PASSOS GUIMARÃES, *As classes perigosas: banditismo urbano e rural*, Rio de Janeiro, Graal, 1981, p. 131); NANCY PRISCILLA NARO, *A Slave's Place, a Master's World: Fashioning Dependency in Rural Brazil* (2000), Londres, Bloomsbury, 2016, cap 6; GRINBERG, “Eslavage, citoyenneté, et élaboration du code civil...”, cit., pp. 321-327.

contratos temporales bajo condiciones prácticamente serviles, ciertamente abundó en la misma dirección¹⁴⁶. Todo ello constituía un derecho del trabajo tan especial, por poco contractual, que se le entendía como inapropiado para figurar en el Código Civil¹⁴⁷.

En la coyuntura de la abolición, que el Código siguiera aplazándose implica una opción por la desregulación. Una legislación sobre el contrato de arrendamiento de servicios existía desde 1830, así temprano tras la independencia. Era de aplicación, no tanto estrictamente a una relación contractual de trabajo como extensivamente al colonato y a la emancipación. Según se nos ha dicho, representaba, en efecto, un régimen más de trabajo forzoso que de trabajo en el mercado. Tierras registradas como privadas gracias a la *Lei de Terras* de 1850 se abrían a la colonización por población inmigrante mediante contratos de servicios, individuales o también colectivos, que adscribían, a efectos prácticos, temporalmente a la gleba. Por colonización entiéndase en último término, entre registro de propiedad e inmigración de trabajadores, despojo de tierras de pueblos indígenas¹⁴⁸. El contrato de arrendamiento de servicios se extendía igualmente como cobertura al mantenimiento del vínculo laboral de los esclavos y esclavas que fueran emancipados¹⁴⁹. Los servicios obligatorios, aun sin clasificárseles como arrendamiento, se aplican por una ley de emancipación gradual, la llamada *Ley do Ventre Livre*, de 1871 que también emancipa a los esclavos públicos¹⁵⁰. Otra ley en la misma dirección, la conocida como *Lei dos Sexagenários*, de 1885, hace lo propio

¹⁴⁶ EDLIE L. WONG, *Racial Reconstruction: Black Inclusion, Chinese Exclusion, and the Fictions of Citizenship*, New York, New York University Press, 2015, se ocupa no solo de Estados Unidos, sino también, preliminarmente, de Cuba, no de Brasil, donde la conexión entre inmigración china, aun de inferior envergadura, y trabajo forzado o, como se acusa en la época, “escravidão disfarçada” está igualmente identificada: LAMOUNIER, *Da escravidão ao trabalho livre...*, cit., epígrafe III.2: “A emigração chinesa e a lei de 1879”.

¹⁴⁷ LAMOUNIER, *Da escravidão ao trabalho livre...*, cit., epígrafe II.3: “Da lei”, surgiendo de dicha forma en su debate la cuestión de la codificación.

¹⁴⁸ VÂNIA MARIA LOSADA MOREIRA, “Deslegitimação das diferenças étnicas, ‘cidanização’ e desamortização das terras de índios: notas sobre liberalismo, indigenismo e leis agrárias no México e no Brasil na década de 1850”, en *Revista Mundos do Trabalho [online]*, vol. 4, núm. 8, 2012, pp. 68-85. ISSN 1984-9222 (disponible en <https://doi.org/10.5007/1984-9222.2012v4n8p68>). Frente a la aseveración, por parte de MANUELA CARNEIRO DA CUNHA, *Legislação indigenista no século XIX*, São Paulo, Comissão Pró-Índio de São Paulo, 1992, de que se reconocía el título indígena a la tierra, HOLSTON, *Insurgent Citizenship...*, cap. 4, cit., notas 7 y 43, notas que hubieran merecido estar, para mayor desarrollo, en el cuerpo del texto.

¹⁴⁹ Para el tracto de un derecho no consensual de contratos heredado del colonialismo, ANTONIO MANUEL HESPANHA, *Com os juristas viam o mundo, 1550-1750. Direitos, estados, pessoas, coisas, contratos, ações e crimes*, Lisboa, Create Space, 2015.

¹⁵⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM2040.htm: “Declara de condição livre os filhos de mulher escrava que nascerem desde a data desta lei, libertos os escravos da Nação e outros”; art. 1: “Os filhos de mulher escrava que nascerem no Império desde a data desta lei, serão considerados de condição livre”, con el sentido ya sabemos que relativo de libertad.

utilizando la categoría de contrato de arrendamiento de servicios¹⁵¹. La *Lei da locação de serviços* de 1879 era, a estas alturas, el código de tales prácticas¹⁵². En 1890, tras la abolición de la esclavitud por tanto, después de que ésta no mantuviese el estado de emancipación, esta ley de arrendamiento de servicios quedó derogada. La desregulación fue entonces el modo de mantener todas aquellas prácticas, inclusive las esclavistas¹⁵³.

El mismo año de 1890 se renovó el Código Penal, dando por supuesta la obligación de trabajar para los no propietarios al cualificar a la mendicidad como delito de este modo: “tendo saude e aptidão para trabalhar” (art. 391)¹⁵⁴. En 1916, el Código Civil vendría a regular el contrato de arrendamiento de servicios, con especial atención al agrario (lib. III, tit. V, cap. IV, sec. II), pero permitiendo

¹⁵¹ <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66550>: “Regula a extinção gradual do elemento servil”, creando un fondo para indemnizar a la propiedad por la emancipación de esclavos mayores de sesenta años, entre otros, bajo condiciones de someterse a la relación de trabajo: “Qualquer liberto encontrado sem ocupação será obrigado a empregar-se ou a contratar seus serviços no prazo que lhe fôr marcado pela Policia. Terminado o prazo, sem que o liberto mostre ter cumprido a determinação da Policia, será por esta enviado ao Juiz de Órfãos, que o constringerá a celebrar contrato de locação de serviços, sob pena de 15 dias de prisão com trabalho e de ser enviado para alguma colônia agrícola no caso de reincidência” (art. 3, pars. 17 y 18). Y adviértase no sólo la obligatoriedad del contrato de servicio para el emancipado, sino también su asimilación al huérfano que ya también conocemos.

¹⁵² GEBARA, *O mercado de trabalho livre no Brasil...*, cit., que es el mejor estudio jurídico existente sobre el proceso de abolición, al considerar subsidiaria la legislación sobre arrendamientos de servicios (pp. 77-91), ofrece esa otra imagen de creación del mercado libre de trabajo por la desaparición de la esclavitud.

¹⁵³ Ato cabos que vengo obteniendo, no de investigación directa, sino derivativamente de la historiografía. Entre GEBARA, *O mercado de trabalho livre no Brasil...*, cit., LAMOUNIER, *Da escravidão ao trabalho livre...*, cit., GRINBERG, “Esclavage, citoyenneté, et élaboration du code civil...”, cit., GADELHA, “A lei de terras (1850)...”, cit., y HOLSTON, *Insurgent Citizenship...*, cit., ofrecen prácticamente todas las pistas, pero no llegan a tales conclusiones, como tampoco a la que ahora sigue.

¹⁵⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm; añádase art. 399: “Deixar de exercitar profissão, officio, ou qualquer mister em que ganhe a vida, não possuindo meios de subsistencia e domicilio certo em que habite; prover a subsistencia por meio de ocupação prohibida por lei, ou manifestamente offensiva da moral e dos bons costumes” constituyendo delito de vagadundaje”; par. I: “pela mesma sentença que condemnar o infractor como vadio, ou vagabundo, será elle obrigado a assignar termo de tomar ocupação dentro de 15 dias, contados do cumprimento da pena”; art. 400: “Si o termo for quebrado, o que importará reincidencia, o infractor será recolhido, por um a tres annos, a colonias penaes que se fundarem em ilhas maritimas, ou nas fronteiras do territorio nacional, podendo para esse fim ser aproveitados os presidios militares existentes”. Sobre el régimen de trabajo forzoso de colonias penales, MYRIAN SEPÚLVEDA DOS SANTOS, “A prisão dos ébrios, capoeiras e vagabundos no início da Era Republicana”, en *Topoi. Revista de História*, vol. 5, núm. 8, janeiro-junho 2004, pp. 138-169. ISSN: 2221-0341 (disponible en <http://www.scielo.br/pdf/topoi/v5n8/2237-101X-topoi-5-08-00138.pdf>). PETER M. BEATTIE, *Punishment in Paradise: Race, Slavery, Human Rights, and a Nineteenth-Century Brazilian Penal Colony*, Durham, Duke University Press, 2015, cap. 8.

sustancialmente las condiciones para la reproducción del colonato servil. Y no contemplaba otra forma de contrato de trabajo que pudiera contrarrestar las prácticas esclavistas¹⁵⁵. Ahora supongo que se entenderá mejor algo que vengo indicando desde un inicio. Después de la abolición o precisamente tras ella, no habría estado de más que los códigos civiles hubieran sentado principios netamente impeditivos de la esclavitud. Si no lo hacen, no es por descuido ni por imprevisión ni por falta de pericia ni por mimetismo con un presunto modelo de codificación europeo. Para interpretar textos han de conocerse contextos. Más todavía hace esto falta cuando se trata de entender omisiones y silencios. En definitiva, con todo esto, la persistencia de la esclavitud con el desarrollo de prácticas análogas tras la abolición no representa un fenómeno sociológico sin responsabilidad del ordenamiento. Sigue habiendo derecho de signo esclavista. El contrato de trabajo obligatorio estaba ahí, como legado igualmente colonial¹⁵⁶.

Tanto antes como después de la abolición, de diverso modo, la existencia de la esclavitud guarda relación con el derecho. El derecho es así, siempre, el que ha de comenzar por afrontarse. Para erradicarse la esclavitud, ¿basta entonces con adoptarse y aplicarse un ordenamiento que subordine la propiedad a la libertad? Parece que no. ¿Bastaría con agregarle un régimen de compensación para la capacitación de exesclavos y exesclavas en la asunción y el ejercicio de su libertad y, con ella, de su responsabilidad? Tampoco parece que sea suficiente. Histórica y actualmente, no sólo se trata de esclavitud esclavo a esclavo, esclava a esclava, individualizadamente por así decirlo, sino también de cautiverio colectivo de comunidades, tanto indígenas como afrodescendientes, despojadas de su derecho sobre la tierra y, así, de su capacidad para valerse por sí mismas¹⁵⁷. En este contexto, la no compensación a los esclavos es parte de un mismo despojo. ¿No se le requiere entonces para la erradicación definitiva de prácticas esclavistas la recuperación de territorio y autonomía por parte de las comunidades cautivas o expulsadas, así como la reparación por causa de la esclavitud y sus secuelas? ¿No ha

¹⁵⁵ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm, ya citado.

¹⁵⁶ CRISTINA LÓPEZ DE ALBORNOZ, "Control social y economía colonial tucumana. Las 'ordenanzas de buen gobierno' y el conchabo obligatorio a fines del siglo XVIII", en *Travesía. Revista de Historia Económica y Social [online]*, vol. 1, segundo semestre de 1998, pp. 63-116. ISSN: 2314-2707 (disponible en http://www.travesia-unt.org.ar/pdf/travesial_4.pdf); ROMINA ZAMORA, "De la 'servidumbre y clausura' al 'trabajo asalariado para la felicidad pública'. Las normativas sobre el conchabo en el Río de la Plata y en San Miguel de Tucumán en el siglo XVIII", en *Prólogos. Revista de Historia, Política y Sociedad [online]*, núm. 6, 2013, pp. 15-40. ISSN: 1852-0715 (disponible en <http://www.prologos.unlu.edu.ar>).

¹⁵⁷ FLÁVIO GOMES, "Formas campesinas de la esclavitud y de la post-emancipación en la Amazonía, Brasil", en *Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas [online]*, vol. 47, núm. 1, 2010, pp. 321-344. ISSN 2194-3680 (disponible en <https://doi.org/10.7767/jbla.2010.47.1.321>); ANTENOR VAZ, "Brasil. Política de Estado: de la tutela a la política de derechos, ¿cuestión resuelta?", en AA.VV., *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial*, Copenhague, IWGIA, 2012, pp. 12-57.

de revisarse entonces, no tan sólo el derecho de propiedad, sino también un determinado género de títulos dominicales? ¿No es todo esto particularmente procedente en un caso como el de Brasil?¹⁵⁸. Y tanto más allá en el espacio como más acá en el tiempo desde luego. Una historia “em trajes brasileiros” nos está conduciendo a cuestiones que la trascienden sin dejar de comprenderla¹⁵⁹.

Tenemos un punto ciego, tanto para la política brasileña como para el derecho internacional. En el caso de la historiografía predominante, resulta, más que un mero punto, toda una fosa ciega¹⁶⁰. En la órbita de Naciones Unidas, la principal institución que se ocupa de la abolición de las prácticas análogas a la esclavitud, la Organización Internacional del Trabajo, y la instancia más específica al respecto, la referida del Relator Especial sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud, es otra composición de lugar la que se hacen. Dicho de forma muy sucinta, entienden que para la abolición basta la emancipación personal que otorgue la libertad precisa, principalmente, de disponer del propio trabajo en el mercado¹⁶¹. La problemática particular de la situación vulnerable ante prácticas esclavistas de enteras comunidades, o de lo que queda de ellas tras la presión genocida del expolio de tierras y recursos, con los requerimientos consiguientes de recuperación de territorios no en concepto de compensación, sino por exigencia

¹⁵⁸ Como miembro, de 2008 a 2010, del Foro Permanente de Naciones Unidas sobre Cuestiones Indígenas participé en 2009 en una misión a Paraguay y a Bolivia para indagar sobre el terreno acerca de esa situación de comunidades cautivas que también se da en la región, al menos, por Brasil y Argentina, y cuyos informes pueden encontrarse en la documentación de su noveno periodo de sesiones, el de 2010 (disponible en <https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/sesiones-del-foro-permanente-2.html>). Ese tipo de misiones internacionales impulsadas por dicho Foro prosiguió en 2010 con Colombia, en su caso para indagar sobre pueblos indígenas en peligro de extinción, y no ha tenido luego continuidad.

¹⁵⁹ CARLOS GARRIGA y ANDRÉA SLEMIAN, “‘Em trajes brasileiros’. Justiça e Constituição na América Ibérica, c. 1750-1850”, en *Revista de História*, núm. 169, julho- dezembro 2013, San Paulo, Universidade Federal de São Paulo, pp. 181-221 (disponible en <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9141.v0i169p181-221>), procediendo la expresión de obra jurídica de 1850 (p. 207).

¹⁶⁰ Para muestra, si hiciera falta tras todo lo visto, pese a su inadecuado subtítulo de *nouvelles questions, nouvelles recherches* (la de K. Grinberg al menos no es que sea precisamente nueva), HÉBRARD (Ed.), *Brésil. Quatre siècles d'esclavage...*, cit., ofreciendo ya desde el índice la imagen de la composición habitual: la esclavitud interesaría a africanos y afrodescendientes, no también a indígenas, y la historia del asunto tras la abolición se contraería a los quilombos o comunidades afrobrasileñas libres, sin consideración de la tercera esclavitud ni del cautiverio de comunidades indígenas por haciendas registradas gracias, en último término, a la *Lei de Terras* de 1850, como nos consta.

¹⁶¹ Para un cuestionamiento de dicha interpretación de los instrumentos antiesclavistas, que se sitúa en la línea que promueve la Organización Internacional del Trabajo, por parte de Gulnara Shahinian como relatora especial sobre formas contemporáneas de esclavitud, cuyo informe acerca de Brasil está citado, CLAVERO, *¿Hay genocidios cotidianos?...*, cit., pp. 211-214.

intrínseca de la misma emancipación, queda fuera de visión para dichas instancias internacionales, como también lo está para el derecho y su historiografía¹⁶².

Hay un problema básico de fuentes, en su sentido tanto historiográfico como jurídico. Hay abundancia de testimonios históricos marginados y de derecho ignorado, el derecho que no es ni del Estado ni de las organizaciones internacionales. Dicho de modo más severo, el defecto de base de la historiografía como de la política del derecho es el de mantener interlocución con victimarios más que con víctimas¹⁶³. Observemos el retrato social trazado por un exesclavo brasileño del siglo XIX:

“Marram todos, tudo berra;
Nobres, condes e duquesas,
Ricas damas e marquesas
Deputados, senadores,
Gentis-homens, vereadores,
Belas damas emproadas
De nobreza empantufadas;
Repimpados principotes
Orgulhosos fidalgotes
Frades, bispos, cardeais,
Fanfarrões imperiais,
Gentes pobres, nobres gentes
Em todos há meus parentes”.

¹⁶² Como última muestra: ARIELA GROSS, “Introduction: ‘A Crime Against Humanity’: Slavery and The Boundaries of Legality, Past and Present”, en *Law and History Review*, vol. 35, núm. 1, 2017, *Forum: ‘A Crime Against Humanity’: Slavery and the Boundaries of Legality, Past and Present* (actas de un congreso de 2015), Cambridge, Cambridge University Press, pp. 1-8), con cierta hipérbole de entrada (p. 1): “Nowhere in legal history has the nexus between past and present received more attention in recent years than in the study of slavery”. Es muestra significativa por no reducirse a la historia. Aunque no faltan matices sobre el derecho actual, particularmente por parte de Rebecca Scott, se presenta como modélica la conexión superficial entre pasado de antiesclavismo y presente de derechos humanos representada por otra de las contribuyentes al simposio: JENNY S. MARTINEZ, *The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law*, New York, Oxford University Press, 2012.

¹⁶³ STUART B. SCHWARTZ, “Resistance and accommodation in eighteenth-century Brazil: the slaves’ view of slavery”, en *The Hispanic American Historical Review*, vol. 57, núm. 1, 1977, Durham, Duke University Press, pp. 69-81; ROBERT KRUEGER, “Brazilian slaves represented in their own words”, en *Slavery and Abolition [online]*, 2002, vol. 23, núm. 2, pp. 169-186 (disponible en <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/714005233>), p. 169: “There is overwhelmingly more literature about slaves by non-slaves than by slaves themselves. Examination of the Brazilian literary canon shows that abolitionist literature directly informed by slaves or ex-slaves is extremely rare”. Aplíquese: la literatura sobre codificación es obra de codificadores o desde su visión, no de codificados, esclavos y esclavas brasileños de tiempos contemporáneos inclusive entre los pacientes, cuyas perspectivas ni siquiera suelen echarse de menos por parte de la historiografía.

Se le olvidó decir codificadores, aunque por ahí andan diputados y senadores. El poeta mismo se sitúa en el cuadro, cerca de las “gentes pobres, nobres gentes” que menos figuran¹⁶⁴.

La perspectiva del esclavo, difícil cuanto sea de reconstruir, ha de ser decisiva para un extremo básico cuya dilucidación cabe que sea presuntiva, el del propio concepto de esclavitud. Si hay razones para entender que la tercera esclavitud lo es, esclavitud como las anteriores, es porque lo resulta para el esclavo, la esclava y la comunidad cautiva en el interior de las haciendas, despojada de la tierra y desprovista de recursos. En tiempos de constitucionalismo y codificación, la doctrina ha recurrido al concepto estereotipado de esclavitud de derecho romano¹⁶⁵, un concepto que, en todo caso, no se había mantenido por el orden colonial, para negar que la esclavitud, en rigor, existiera e incluso para convertirla, de detectarse, en un delito imposible. ¿Qué importan estas interesadas sutilezas a la esclava, al esclavo o a la comunidad cautiva? Con abolición o sin ella, esclavización es siempre esclavitud¹⁶⁶. La historiografía brasileña y la que versa sobre Brasil, la más despierta e incisiva entre la que se ocupa del esclavismo, está

¹⁶⁴ EDUARDO ANTONIO ESTEVAM SANTOS, “Luiz Gama e a sátira racial como poesia de transgressão: poéticas diaspóricas como contranarrativa à ideia de raça”, en *Almanack [online]*, 2015, núm. 11, pp. 707-748, poema en p. 741, ISSN 2236-4633 (disponible en http://www.scielo.br/pdf/alm/n11/pt_2236-4633-alm-11-00707.pdf).

¹⁶⁵ Pues no suelen tenerse presente por la historiografía jurídica las complejidades del caso, registremos un par de títulos que contrarresten: MOSES I. FINLEY (Ed.), *Classical Slavery*, Londres, Routledge, 1987 (= *Slavery and Abolition*, vol. 8, núm 1, 1987), póstumo para el autor; el mismo MOSES I. FINLEY, *Ancient Slavery and Modern Ideology* (1980), Princeton, Markus Wiener, 1998, edición de Brent D. Shaw ampliada con materiales de revisión y debate, todo además de interés comparativo con los tiempos no antiguos.

¹⁶⁶ Registrando incertidumbres en parte artificiosas, REBECCA J. SCOTT, LEONARDO AUGUSTO DE ANDRADE BARBOSA y CARLOS HENRIQUE BORLIDO HADDAD, “How does the law put a historical analogy to work? Defining the imposition of ‘a condition Analogous to that of slave’ in modern Brazil”, en *Duke Journal of Constitutional Law and Public Policy [online]*, 2017, vol. 13, núm. 1, pp. 1-46 (disponible en <https://djcplpp.law.duke.edu/article/how-does-the-law-put-a-historical-analogy-to-work-scott-voll3-iss1>). Contrástese, sopesando la importancia de la esclavitud indígena, más opaca que la africana no sólo en Brasil, ANDRÉS RESÉNDEZ, *The Other Slavery: The Uncovered Story of Indian Slavery in America*, Boston, Houghton Mifflin Harcourt, 2016, pp. 10-11: se pregunta “who exactly counts as an Indian slave?”; identifica unos descriptors, “forcible removal”, “inability to leave the work place”, “violence or threat of violence to compel them to work” y “nominal or no pay”, como rasgos que también pueden servir para definir la esclavitud “when formal enslavement was no longer possible”, y alega la perspectiva del propio esclavo: lo que parece distinto “to officials and masters at the time, and continue to seem so to researchers today”, esto es, la presunta diferencia de fondo entre esclavitud estricta y otras formas de trabajo forzoso, no lo era “decidedly so to the victims themselves”.

poniendo de relieve estos detalles, casi todos ellos, en el pasado y para el presente, con vistas también a los retos actuales¹⁶⁷.

Rescatando el pasado interesante al presente, la historia puede abrir ojos y vistas. Quiero decir que puede hacerlo la historiografía y especialmente la jurídica, una actividad profesional de indagación del tiempo pretérito que no necesita salirse de su campo académico para cumplir con una función social en el suyo¹⁶⁸. Sobre todo si se encuentra sostenida por presupuesto público, no parece que satisfaga su cometido investigando y enseñando sobre esclavitud y abolición como si se tratase de una historia concluida sin relevancia para el presente. Esto mismo no hace falta que se ande predicando por publicaciones y en las aulas. Basta con constatarlo y ponerlo de manifiesto como parte, asimismo, de la investigación y de la enseñanza. Mientras que el pasado no acabe de pasar, el terreno de la historiografía es el presente. Y aquello que ya sólo es historia, ¿importa como para merecer retribución y financiación públicas?

VI. REFLEXIÓN SOBRE HISTORIOGRAFÍA, ESCLAVITUD Y CODIFICACIÓN SIN FRONTERAS

El presente apenas existe. Es enseguida pasado. Como le gusta decir al maestro Paolo Grossi, es un punto en la línea de la historia. El uno forma parte de la

¹⁶⁷ Las referencias sobre Brasil están registradas. RESÉNDEZ, *The Other Slavery...*, cit., pp. 11 y 320, arguye que la indistinción sustancial entre esclavitud legal y otras formas de trabajo forzoso interesa a la actualidad por persistir las segundas: la *other slavery* del pasado no es muy diferente de la *new slavery* de hoy, tráfico sexual y trabajo infantil incluidos.

¹⁶⁸ Por iniciativa de *Historians Against Slavery* a fin de poner “past and present in lasting dialogue”, Cambridge University Press ha fundado en 2013 la serie *Slaveries since Emancipation* (disponible en <http://www.historiansagainstslavery.org/main/book-series>), con ese oportuno plural de esclavitudes y con este primer volumen: ANNA MAE DUANE (Ed.), *Child Slavery before and after Emancipation: An Argument for Child-Centered Slavery Studies*, Cambridge University Press, 2017, introducción de la editora con interrogante que interesa al esclavismo sin esclavitud: “When is a Child a Slave?”. Tanto, esto y más, ha quedado aquí sin consideración específica ni siquiera para Brasil. El acopio de citas ha querido no sólo registrar un respaldo, sino también animar a *further reading and comparing*. Para el término de comparación del caso más estudiado, el estadounidense, respecto a este extremo de la esclavitud tras la abolición: PETE DANIEL, *The Shadow of Slavery: Peonage in the South, 1901-1969* (1972), ed. ampliada, Urbana, University of Illinois Press, 1990; DOUGLAS A. BLACKMON, *Slavery by Another Name: The Re-Enslavement of Black Americans from the Civil War to the World War II*, New York, Anchor, 2008; con los antecedentes hispanos del *peonage* como forma de esclavitud no afectada en principio por la abolición, RESÉNDEZ, *The Other Slavery...*, cit., caps. 10 y 11.

otra. No son dos elementos escindibles¹⁶⁹. Así, tanto como la historiografía ayuda a entender el derecho, el derecho asiste a la comprensión de la historia. Puede hacerlo. Para ello hay que comenzar por deambular continuamente de ida y vuelta, de vuelta e ida, entre el derecho y la historia, procurando situarnos, como Jano, siempre de frente y en ningún momento de espaldas entre un presente y un pasado que nunca lo son del todo. Una historia del segundo puede ser historia del primero y viceversa. De hecho, la historiografía del derecho contemporáneo, la de codificación y constitucionalismo, suele ser, aun sin asumirlo por lo general críticamente, historia a un tiempo de pasado y de presente, o incluso más de unas pretensiones actuales que de unas evidencias pretéritas.

Retornemos a los motivos más generales planteados desde la introducción a propósito del caso en consideración, el de Brasil. Dejando a un lado la mayor o menor efectividad de sus principios, un Código de vocación normativamente integradora y de inspiración, por contexto no menos que por texto, funcionalmente constitucional, como lo sea el brasileño de 2002, nos pone ante evidencias que demandan una historia igualmente integral del derecho. No tiene sentido una historiografía, ya sea del derecho civil, del derecho mercantil, del derecho del trabajo, del derecho internacional o del derecho constitucional, que se ensimisme en la aparente continuidad de sus objetos específicos, relativa desde luego cuando se afina, y que no problematice la intrínseca historicidad de su propia existencia en el seno de sistemas discontinuos.

Si no se conjuga bien, se crean espejismos, como el más vistoso de la necesidad contemporánea de un derecho mercantil, venga o no finalmente a confluir en el civil, sin solución aparente de continuidad con el derecho pretérito de los comerciantes. Por detalles como el de que se defina cual derecho objetivo de actos de comercio y no subjetivo de sus agentes, suele entenderse que ya estaría apropiadamente puesto al día, como si la misma existencia de un código mercantil no estuviera implicando, en sí, un derecho de privilegio problemático en tiempos constitucionales si son tiempos de derechos. El testimonio del Código brasileño con su intento de integración no sólo del conjunto de la materia de contratos entre privados, sino también de unos presupuestos constitucionales, de un constitucionalismo además social, ayuda al cuestionamiento de la sectorialización codificada del ordenamiento, tanto en la historia como en el presente. Estas coordenadas de desgajamiento del sistema siguen definiendo el escenario en el que por lo común se acomoda la historiografía jurídica. Así lo hace la historia de la codificación desde la perspectiva marcada por la codificación misma.

¹⁶⁹ *El punto y la línea* fue en 1998 el título del discurso de Paolo Grossi con ocasión de la recepción del doctorado *honoris causa* concedido por la Universidad de Sevilla, que lo imprimió como *pamphlet* en folio para el acto de investidura (subtítulo: *Historia del derecho y derecho positivo en la formación del jurista de hoy*). Luego ha sido editado en varias lenguas y variadas sedes.

El desgajamiento primario, antes que entre lo civil y lo mercantil, se produce entre constitucionalismo y codificación como piezas que sólo encajan a expensas del primero incluso entre constitucionalistas, quiero decir que no sólo entre civilistas o mercantilistas. Constitución, aun con todas sus limitaciones de origen, significa derecho de derechos, mientras que codificación lo que representa es un derecho no sólo de Estado, producido por el Estado político, sino también de estados: estado del padre de familia, estado del propietario, estado del comerciante, estado del trabajador,... sin excluirse la posibilidad de la condición del esclavo y del estado del emancipado. El encaje se produjo mediante la reducción del derecho constitucional de derechos a los derechos del padre de familia propietario o comerciante. El gozne entre constitucionalismo y codificación lo forma el derecho de la propiedad y al comercio sin derecho del trabajo, lo que permite cabida y, en su caso, cobertura a la esclavitud.

Mientras que no se constitucionalizara el derecho del trabajo o, más en general, se asumiese el principio de igualdad sin discriminación, el constitucionalismo sería, si no esclavista, permisivo de la esclavitud. Lo fue también en las metrópolis europeas con respecto a las colonias, lo que no es indiferente para ellas mismas. Igualmente lo era la codificación planteada bajo el signo de la propiedad y del mercado. No era descuido que no mencionasen la esclavitud. Hoy suele hablarse de neoconstitucionalismo para novedades de importancia comparativamente inferior, como la recuperación del valor normativo de la Constitución con efecto de potenciación de la justicia, cuando la historiografía no marca, con ese rotundo prefijo, aquel giro de reubicación de la propiedad en clave de igualdad. Ni siquiera suele abordarse la abolición, con todos sus problemas de aplicación, como un asunto de alcance radicalmente constitucional.

Temprana o tardía, la abolición podría haber dado pie a la revisión de la sujeción de derechos a propiedad, pero no fue históricamente así. La abolición comenzaba por no reconocer el derecho del esclavo a la libertad con el título consiguiente a la reparación por el tiempo de privación. Y esto, insistamos, era un síntoma de la segregación constitucional del trabajo sin más. Como hemos visto en Brasil, la abolición fue un momento de reafirmación del derecho de propiedad, con degradación mantenida del trabajo. Tal como a su modo nos recordaba un poeta brasileño que había sido esclavo, ese era el mundo de la codificación. Su historiografía suele olvidarlo o desfigurarlo.

¿Qué más decir de una historia de la codificación tan ensimismada en la propia trayectoria de su materia que no se plantea problemática constitucional hasta el momento de unas reformas que ponen justamente en cuestión el fundamento radicalmente discriminatorio de su derecho en teoría de personas y en realidad de estados? O que sólo viene a hablar de derecho civil constitucional

cuando el propio constitucionalismo afronta el reto de la discordancia de la codificación con los derechos. La misma historiografía del constitucionalismo suele desenvolverse como si la codificación fuera un complemento de historia paralela, respondiendo a imperativos también, de por sí, constitucionales como el de la seguridad normativa y el de la accesibilidad de la ley. Encima se presume que derecho de propiedad y de mercado es base de derecho de Constitución y que así lo son los respectivos códigos, desdoblados y todo. La historiografía jurídica específica lo celebra con excepciones contadas y sin reservas relevantes. Se acomoda, en efecto, sin mayores problemas, a las coordinadas impuestas por las propias pretensiones de su objeto, que no le faltan. Es así que la historiografía resulta parte de la misma doctrina más que de una ciencia del derecho.

Lo propio cabe decir del derecho internacional, del interestatal como del transestatal, y de su historia, con su acentuada tendencia, incluso a efectos críticos, de primar la apariencia de continuidad sobre la evidencia de discontinuidad. Es el campo donde mejor cabe cuestionar al Estado, se le identifique o no con nación, como sujeto del derecho y de la historia. Pero no suele ser así. La especialidad iusinternacionalista es hoy un reducto del culto al Estado como sujeto de historia y de derecho, frente a la propia pujanza del derecho internacional de los derechos humanos en cuanto que derecho no exactamente interestatal, según lo sigue presentando la propia Constitución brasileña, sino más bien transnacional. Tal ensimismamiento privilegia también a un sujeto, en este caso al Estado y sus poderes exteriores e interiores frente a derechos, aún de predicarse al tiempo éstos. El derecho constitucional y su historiografía van a la zaga.

Primando el Estado y sus ilusiones, Brasil parece un país poco menos que europeo en el espejo del derecho y su historiografía, una historiografía jurídica todavía, en lo sustancial, colonizada. Con las debidas excepciones, ha de decirse que minoritarias, la historia del derecho brasileña se plantea, sobre todo a efectos docentes, como si se redujera a la recepción de derecho portugués y a la adaptación de fórmulas no menos europeas de codificación, tal y como si no hubiera más humanidad brasileña que la eurodescendiente, o tal y como si todo el inmenso resto fuese por naturaleza dependiente y careciera de capacidad para generar derecho propio, complementario o también contradictorio con el del Estado. Los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes reconocidos por la Constitución de Brasil nos han entreabierto una ventana. Ocupándome de Códigos de Estado, no he contrarrestado la imagen imperante de signo estatalista, pero la existencia de la esclavitud hasta el día de hoy nos está haciendo ver que hay más humanidad que la esclavista y sus congéneres.

Aquí hemos tratado prácticamente tan sólo de derecho producido por este sector de la humanidad en las Américas, el euroamericano, no por el afroamericano ni por el indoamericano. La esclavitud misma la hemos abordado desde la

perspectiva euroamericana, la que suele tomarse como única sólo por ser la del Estado. Incluso cuando éste ha llegado, bien que muy desigualmente, a un planteamiento ya no monosectorial, no en exclusiva euroamericano, el derecho que viene ante la vista mantiene una relación de continuidad con el pasado inmediato y esto, particularmente, entre formas de trabajo forzado. Dicho de otro modo, si algún hilo conductor tenemos en esta historia, lo es de carácter colonial, guardando incluso cierto grado significativo de parentesco con tiempos de dependencia respecto a Europa. La independencia, porque marcara una discontinuidad de derecho constitucional y codificado, no canceló colonialismo. La historiografía que lo advierta y analice puede contribuir a una descolonización todavía pendiente. Si aquí se ha vislumbrado algo de este horizonte, estamos entonces ante la posibilidad de una historia descolonizadora del derecho euroamericano y, muy particularmente, del capítulo latino de la codificación.

Es una historia que está, en cambio, lejos de esa perspectiva por lo general. Anda deslocalizada incluso cuando se localiza. Sus presupuestos se prestan a malabarismos categoriales e ilusionismos historiográficos. ¿Hay un trayecto modelo, generalizable, a través de precodificación, codificación, decodificación y recodificación en el que se situaría Brasil entre la consolidación de 1857 y el Código Civil de 2002? Malamente. Sólo los estereotipos neocoloniales tienen cabida en tamaño lecho de Procasto. Es la reducción que gusta a una historiografía jurídica que para la codificación, como para casi todo, parte del derecho romano, un derecho europeo de un colonialismo antiguo. Hay codificaciones y codificaciones, recodificaciones y recodificaciones. La que representa un proyecto de unificación del ordenamiento interesante a los privados se malogró desde un inicio ante los intereses, de una parte, de la familia patriarcal y de la propiedad inmobiliaria y, de otra, del mercado y de las finanzas, con su empeño confluyente por contar con códigos propios y por supeditar entre ambos los intereses del trabajo. Sólo con esto, ¿no se perfila un panorama muy diverso al que suele contemplarse y exponerse? ¿No se revela, entonces, un colonialismo incluso interno o, dicho mejor, que comienza por la estructuración social de la propia Europa?

La existencia de un código de comercio no es signo de codificación, sino de descodificación desde un inicio. La consecución de un código común, civil-mercantil, no es episodio de recodificación, sino de codificación, de una codificación que puede seguir siendo radicalmente desigualitaria. Al cabo del tiempo, lo relevante no es el advenimiento en sí de ese código más integral, sino el detalle de si la operación se efectúa manteniéndose o revisándose unos principios de fondo. Hemos visto que no cabe asimilar el Código brasileño al Código italiano, por mucho que ambos sean comunes a derecho civil y comercial. Y otras recodificaciones, perdón, codificaciones más integrales, todavía innovan menos. Por lo demás, cuando, para lo bueno y para lo malo, para lo mejor y para lo peor, tanto el derecho de personas como el derecho del comercio están más y más

transnacionalizados, ¿qué valor conserva, a estas alturas, la codificación? Un arranque de descolonización por las Américas, la que hemos visto cómo viene por vía del derecho internacional de los derechos humanos, afecta de lleno a su línea de flotación. Pese a todo, la historiografía de la codificación se sigue desarrollando como si no hubiera más dimensión jurídica que la presidida por el Estado.

Cada caso sigue siendo un caso. Recomencemos por ellos, no por una historia superficialmente común. Investiguemos las historias de las codificaciones antes de plantearnos la historia de la codificación. Localicemos al tiempo que comparemos y con anterioridad, desde luego, a lanzarnos a globalizaciones. Despejemos con todo esto, de paso, el escenario de la presunción de patrones de Europa y de la eurodescendencia. Brasil es caso paradigmático gracias al reto que su código civil-mercantil sobre bases constitucionales plantea a la historiografía contemporánea del derecho en latitudes de codificación, en todas ellas. Su propia existencia demanda la reintegración, no la mera yuxtaposición, de la historia de los códigos escindidos entre propiedad y mercado, entre familia y finanzas, mediante la recuperación de una problemática en común que sólo puede ser la constitucional de derechos presente desde el mismo arranque de la contemporaneidad, marcando la discontinuidad sustancial con los sistemas precedentes. El contrapunto, aparentemente extremo, de la esclavitud, afectando tanto a derecho civil y derecho mercantil como a derecho constitucional y al derecho todo, un contrapunto que, en el caso, va más allá incluso de su respectiva abolición, no ha de descartarse que sirva también de piedra de toque para más latitudes que la brasileña. Allí donde no hay esclavitud, el contrapunto puede ofrecerlo la supeditación del trabajo a la propiedad, de la deuda al crédito y un etcétera por parte de la codificación digamos que clásica.

El caso brasileño presenta la peculiaridad de un desarrollo legislativo del arrendamiento de servicios como contrato de trabajo desde temprano en el siglo XIX, prácticamente desde la independencia. En términos comparativos, ¿es un caso precoz, anterior a cualquiera, sea europeo o euroamericano, de planteamiento de un derecho del trabajo? No exactamente. El arrendamiento de servicios se configuraba como un contrato obligatorio para esclavos emancipados, indígenas descomunitarizados e inmigrantes endeudados. Formalizaba el trabajo forzoso. La contratación obligada para el trabajador era un verdadero oxímoron esclavista. Declinando el siglo, tras la abolición de la esclavitud sin previsión de estado de emancipación, se produjo una desregulación laboral que permitió el mantenimiento de dichas prácticas de contratación forzosa. Entrado el siglo XX, el primer Código Civil ofreció cobertura. Todo esto es capítulo de la historia de la codificación en Brasil. Cada caso merece su consideración específica. Con abolición y tras ella, hay mucha historia de esclavitud que contar tanto por sí misma como porque interesa al desarrollo general del derecho, codificación incluida.

Tiende a mirarse la que alguna historiografía llama segunda esclavitud, la contemporánea, la todavía aceptada por el ordenamiento, como un fenómeno ya abocado irremisiblemente a la abolición, con lo que se le puede marginar eludiendo la cuestión de su encaje en el ordenamiento. Porque se considere esto para la economía, no se le contempla respecto al derecho. La opacidad jurídica resulta todavía más espesa por la dicotomía marcada entre esclavitud y trabajo presuntamente libre, así como por la ceguera, prácticamente completa, en relación a una, entonces, tercera esclavitud, la posterior a la abolición, con su dimensión no menos jurídica porque fuese contra ley. La ilegalidad y su juego con la legalidad hemos visto que forma también parte del ordenamiento. Sin embargo, al menos para América Latina o, dicho mejor, para América Indo-Afro-Eurolatina, no suelen abordarse los problemas estrictos de derecho que suscita la existencia estable de la esclavitud y su negativa a desaparecer en un mundo de constitucionalismo y codificación. ¿Cómo vamos entonces a extrañarnos de que la esclavización sin esclavitud, después de la abolición, no merezca usualmente ni mención? Mas en Brasil nos hemos encontrado con la sorpresa de una historiografía del derecho que, hoy, afronta como jurídica la cuestión de la esclavización sin esclavitud.

¿Y qué decir del concepto mismo de esclavitud? Bien ha visto la historiografía más incisiva que asumir el concepto estricto presentado como de derecho romano es una forma de caer en la trampa tendida por los intereses negacionistas del esclavismo contemporáneo en su sentido más dilatado. Ni a tal concepto respondió la esclavitud colonial ni el mismo sirve para identificar una tercera esclavitud, la que llega hasta hoy. Añádase algo. ¿Por qué los conceptos se toman en exclusiva de la parte interesada, en su caso de los sectores propietarios, esclavistas o no, y de su medio cultural, el que se tienen como exponente del derecho sin más? ¿No hay más perspectiva jurídica que la marcada por el Estado establecido bajo el interés de estos sectores? ¿Es que no saben mejor lo que es la esclavitud quienes la padecen, aunque la doctrina de parte contraria presuma, por supuesto, otra cosa? ¿No lo será precisamente lo que las víctimas experimenten como tal? ¿Lo propio no cabe decir de otras categorías como la del derecho dominical característico de la codificación, la de propiedad privada? ¿Es que no existe el concepto y la práctica de la propiedad comunitaria? Al ignorarla o postergarla, la historiografía del derecho se hace cómplice de la codificación expropiadora.

La misma codificación no es que fuera cómplice de toda esa historia. Es más. Creó las condiciones para la supeditación de trabajo a propiedad y de deuda a crédito entre las que la esclavitud y otras relaciones lesivas para libertad y dignidad humanas puedan fácilmente, con cobertura jurídica, reproducirse o recrearse. Si la codificación sigue abordándose, sin vuelta de hoja, como signo de modernidad, progreso o como quiera expresarse un destino que se presume inequívocamente positivo para la humanidad toda, no hay forma de percibirse en todo su alcance

unas claves. Pueden, desde luego, señalarse unos límites o incluso unas deficiencias, pero bajo el entendimiento de que con el tiempo, decodificación y recodificación mediante, han venido los unos y las otras superándose gracias, se presume, a virtudes del planteamiento codificador. El constitucionalismo se entiende que ayuda, tampoco más. ¿No se están reconociendo, con todo, unos perfiles de la historia habitual del derecho?

¿Hablamos de modernización por virtud de la codificación y de todo lo que la misma implicaba en materia particularmente de propiedad y mercado? En latitudes persistentemente coloniales, en el sentido estricto siempre de un colonialismo planteado no entre Europa y población americana de matriz europea, sino entre toda esta Euroamérica de una parte y, de otra, la humanidad indígena y afrodescendiente, resulta que la codificación implicaba, ante todo, expropiación masiva, esto es, acentuación del mismo colonialismo no afectado por las independencias de Estados. Lo hemos visto gráficamente en Brasil con la legislación que anticipaba planteamientos codificadores. Y unas latitudes pueden servir de ejemplo para otras; unos casos, de espejo para otros. Sin ir más lejos, en España y por Europa se produjo, aun sin el agravamiento de las condiciones coloniales, un fenómeno similar de expropiación masiva de comunidades agrarias, nada ajeno al derecho de la codificación. ¿Vamos a seguir presumiendo y predicando las virtudes del Código como forma sin entrar en sus alcances de fondo? La codificación nunca ha sido un ordenamiento abstraído de sus contenidos.

El caso actual del derecho brasileño, con Código Civil de vocación integradora resistiéndose a la incorporación sistemática de los instrumentos normativos de derechos humanos con todo el alcance para sus propias ambiciones, es ilustrativo tanto por sus logros como por sus insuficiencias. Aquí ha sido un acicate. Nos ha colocado en el punto de la línea no sólo de pasado, sino también de porvenir, de un porvenir al que están particularmente resistiéndose, en Brasil, la jurisprudencia doctrinal y judicial. El caso extremo de la esclavitud, el de las dificultades para su erradicación definitiva más en concreto, ha resultado bien elocuente, no sólo por sí, sino también por la necesidad que revela de una historia del presente comunicada con el pasado, sin cortocircuitos de por medio. La misma lectura, brasileña o no brasileña que haya sido, habrá extraído sus propias conclusiones. No hace falta que yo abunde ni que me repita.

Entre la línea de la historia y el punto del derecho, el presente en rigor ni siquiera existe. Constituye tan sólo el tránsito pasajero entre tiempo pretérito y tiempo porvenir. ¿Puede haber una jurisprudencia de futuro como hay una historiografía de pasado? No estoy seguro. Ni por jurista, ni por historiador o historiadora, cabe pronosticar un tiempo venidero, pero puede quizás vislumbrarse e incluso asistírsele si sabemos situarnos y desenvolvemos en el

punto transitorio de presente en posición de frente, nunca de espaldas, a pasado y a futuro. Así, entonces, la historiografía podrá ser útil al derecho y, por ende, a la sociedad sin rebajarse a sierva ni erigirse en dueña.

VII. COLOFÓN: ¡LUZ DEL DÍA! ¡TÚ ME GUÍA!

Hemos visto cómo se alcanzara el clímax ante la aprobación de la *Lei Áurea* en el Senado del Imperio del Brasil el día 13 de mayo de 1888. Entre exclamaciones de “muito bem, muito bem” procedentes tanto de la cámara como de las galerías, un senador declama unos versos en castellano indicando que perifraseaba de un poema del siglo XIII: “Ó Libertad! Luz del día! Tu me guía!”¹⁷⁰. Con la pista que así ofrece, no me ha sido difícil localizar la fuente de inspiración. Pertenece a un poeta castellano del siglo XIV, Juan Ruíz, más conocido, por su empleo clerical, como el Arcipreste de Hita, un lugar de la comarca de La Alcarria hacia el centro de la Península Ibérica. Fue autor de unos *Gozos de Santa María* que arrancaban de esta guisa: “Oh María! Luz del día! Tú me guía!”. La abolición brasileña se produce bajo la invocación exaltada de un poema religioso de tiempos medievales de ultramar. ¿No es, cuando menos, intrigante?

Libertad entra exactamente en el lugar de *María*, madre de una de las personas de una divinidad trina para el poeta castellano y seguramente también para el senador brasileño. En el momento de abolirse la institución de la esclavitud, pues no la esclavitud misma, el poema sigue siendo el mismo. Una invocación hipostasiada se convierte en luz y en guía ante trastiendas y subsuelos oscuros y perdidos, pero transitables y aprovechados al tiempo. La función mediadora de *María* le corresponde ahora a otra señora igualmente divinizada, *Libertad*, una libertad que, antes y después, encubre servidumbre. Hemos visto también cómo podía conjugarse trabajo dicho libre y trabajo no dicho esclavo, siéndolo. Así están las cosas en la historia. No hay nada, ni siquiera la abolición, que se merezca la investidura de la gracia de la libertad por mera predicación. Todo debe someterse a la penitencia implacable de la historiografía.

Hemos contemplado la transustanciación de la libertad en esclavitud. Y a la libertad, como representación suya, se le imponen muchos nombres y apellidos; entre ellos, el nombre de constitucionalismo y el apellido de codificación. Cabe preguntarse si estas referencias no siguen operando en alguna medida como invocaciones religiosas en manos de teólogos y teólogas, sin excluir a los herejes,

¹⁷⁰ *Annais do Senado do Império do Brasil*, 1888, livro 1, sesión de 13 de mayo, p. 44. “Tú me guia” es imperativo, esto es, en castellano actual, “guíame”, no el indicativo “tú me guías”.

todos nosotros en suma, las gentes de estirpe esclavista y similar. Ahí estamos. Sin reconocimiento y reparación no hay revelación que exonere. La historiografía sólo puede arrojar luz y brindar guía. Puede ser comisión de verdad, no tribunal de justicia. Jueces no nos corresponde ser.