

ÁFRICA Y EL IMPERIO DE LA LEY

Makau Mutua

- *El problemático renacimiento del liberalismo en África y por qué el imperio de la ley debe ser reconsiderado para lograr un desarrollo sostenible* •

RESUMEN

El imperio de la ley es visto a menudo como la panacea para garantizar una democracia moderna, justa y estable que permita un desarrollo sostenible. Sin embargo, como señala Makau Mutua, esto no es así. Utilizando el caso de los Estados africanos, describe cómo ningún Estado africano se ha desprendido totalmente de las cadenas del dominio colonial y emergido como un Estado nación verdaderamente justo; aunque muchos tienen el imperio de la ley en el corazón de sus constituciones. Esto, afirma, se debe a que el concepto occidental de imperio de la ley no puede simplemente transplantarse a África. El concepto debe ser adaptado apropiadamente para tener en cuenta las peculiaridades culturales, geográficas y económicas de cada Estado. Para conseguir esto, Mutua ofrece siete valores fundamentales que el imperio de la ley debe reflejar para lograr un desarrollo sostenible en el continente.

PALABRAS CLAVE

Imperio de la ley | África | Desarrollo sostenible | Liberalismo | Postcolonialismo

1 • Introducción

Pocos conceptos han sido tan cautivadores como el imperio de la ley.¹ El concepto se remonta a la antigüedad y la Carta Magna. Su genialidad estriba en la subordinación de los dirigentes al derecho y al proceso debido. La democracia moderna, la cual no es posible sin el imperio de la ley, está anclada en el liberalismo, el proyecto de ilustración y los intentos de universalización de su moralidad. En un continuo histórico, el liberalismo antecede y da lugar a la democracia política, que a su vez es universalizada mediante los derechos humanos. El hilo común que los atraviesa es el imperio de la ley. Pero el imperio de la ley no está libre de complicaciones y controversia. Al igual que la democracia política y los derechos humanos, ha soportado una historia de altibajos y ha sido sujeto de profundas críticas sobre el estado incompleto de su normativa, su ceguera cultural, complicidad con el imperio anglosajón y contexto histórico.² Para África, el imperio de la ley y conceptos relacionados ofrecen esperanzas y precaución en un entorno repleto de traumas históricos y complejidad extrema.

Se debe establecer una distinción entre “ley” e “imperio de la ley”. Los dos términos a menudo son confundidos. En *Oliver Twist* Charles Dickens popularizó la expresión inglesa “la ley es un asno, un idiota.”³

Dickens se estaba refiriendo a la rigidez de la aplicación de la ley, no a la ley misma *per se* como artefacto. La cuestión es que, como el asno, la ley es rígidamente estúpida y obstinada en su aplicación. Reducida a su esencia, y sin incluir los significados más modernos que le añaden los derechos humanos a sus fundamentos, el imperio de la ley garantizó fidelidad y certeza a su aplicación. No se trataba de si la ley era justa. Es el imperio de la ley, no la ley en sí misma, lo que necesita ser cuestionado. Dicho de otra manera, es el lenguaje de los derechos, interpretado como el imperio de la ley, lo que necesita ser analizado.

Este texto acepta el punto de vista común de que hoy no puede existir una sociedad viable sin un régimen jurídico creíble, legítimo y ampliamente aceptado. En otras palabras, tanto la ley como el imperio de la ley son pivotes indispensables de cualquier sociedad política legítima. Los sistemas de gobierno personal arbitrario o las cleptocracias no tienen espacio en el mundo moderno. Pero este artículo sostiene que tal punto de vista solo es anticatastrófico y no responde a los desafíos de impotencia que siguen causando y exacerbando la privación humana. Un sistema gobernado por el imperio de la ley tiene más probabilidad de prevenir el colapso del orden social y político, pero puede no abordar las desigualdades profundamente arraigadas. Puede proporcionar justicia procesal pero denegar una justicia social sustantiva. De hecho, tanto los regímenes liberales como incluso los antiliberales son gobernados por el imperio de la ley. Pero eso no evita la opresión, exclusión y marginación. El artículo sostiene que prácticamente todos los Estados africanos tienen grandes lagunas de legitimidad que es improbable que sean subsanadas por el imperio de la ley, a no ser que se emprenda una profunda transformación social. El medio de los derechos no es una herramienta adecuada para la liberación humana. El texto identifica carencias que el imperio de la ley podría subsanar pero advierte contra la

euforia de basarse solo en la ley para deshacer distorsiones sociales profundas. Al final, el artículo cuestiona la viabilidad del proyecto liberal en la construcción de una sociedad justa y humana. Concluye que las soluciones de mercado acompañadas de desigualdad de salarios e impotencia generada por la alienación social, la exclusión y otras distorsiones poscoloniales deberían hacer reflexionar a las comunidades del mundo con imperio de la ley. Se debe pensar de nuevo el lugar del imperio de la ley en un África resurgente, pero los modelos fallidos de antaño no deberían ser replantados. El renacimiento del liberalismo en África, si eso es lo que quieren los africanos, debe ser problematizado. Ese renacimiento debe profundizar la democracia para liberar el potencial humano de todos los africanos.

2 • La historia traumática de África

África tiene Estados jóvenes a pesar de ser un continente viejo. Quizá ningún otro continente ha sufrido tantos traumas como África durante los últimos 500 años. El comercio árabe y europeo/americano de africanos esclavizados destaca por su brutalidad y el legado en las gentes del continente. El comercio de esclavos fue seguido del Reparto de África en el que las sociedades, instituciones y normas africanas fueron destrozadas por los poderes imperiales europeos. El saqueo y robo de los recursos de África para el beneficio de Occidente predomina en la era del colonialismo. La independencia del dominio colonial que comenzó en los años 1950 no proporcionó mucho alivio pues las esperanzas de un resurgimiento se ahogaron en la marisma de la Guerra Fría y un orden económico internacional escandaloso.⁴ Estados opacos y opresivos de partido único y dictaduras militares se propagaron por el continente. Las elites africanas dirigentes no lograron implantar la promesa de la constitución liberal y cohesionar el Estado. La transición desde el colonialismo a un Estado postcolonial independiente y viable se demostró extremadamente difícil.

Las elites eligieron consolidar primero su propio poder. Reprimieron a la disidencia, desmantelaron las constituciones liberales, se refugiaron en lealtades étnicas y reforzaron el Estado patrimonial.⁵ La corrupción y el capitalismo clientelista se convirtieron en una cultura. Las infraestructuras se desmoronaron, las sociedades se fragmentaron, los conflictos religiosos, civiles y étnicos se volvieron demasiado habituales. Una serie de Estados se vinieron completamente abajo.⁶ La transición del dominio colonial a un Estado poscolonial viable demostró ser más difícil de lo esperado. Construir y mantener instituciones estatales, también en el sector jurídico, fue socavado por la falta de cohesión interna, rivalidades étnicas, disonancia cultural e intervenciones externas.

Cada brazo del Estado – ejecutivo, legislativo y judicial – experimentó contracción, disfunción o desmoronamiento. El culpable de esto era a menudo un poder ejecutivo autoritario. Las personas en el poder normalmente acorralaban al legislativo convirtiéndolo en una simple formalidad. La africanización e indigenización del poder judicial no logró transformar la instrumentalidad opresiva, colonialmente racista y hostil al pueblo, del sector jurídico. Los jueces se volvieron extensiones del ejecutivo y juzgaban conforme a

su antojo. En vez de ser fuente de justicia, los tribunales fueron utilizados para infundir miedo en la población a instancias del ejecutivo. Los tribunales fueron utilizados para aplastar la disidencia política y restringir la sociedad civil.⁷ Con este clima no era posible ni siquiera pensar en reconciliar los distintos regímenes legales dentro del Estado. Los sistemas jurídicos formales e informales – el derecho civil y el derecho común, la *sharia* y la ley musulmana, la resolución de disputas y regímenes jurídicos africanos, y el derecho hindú – coexistían sin coordinación. El resultado fue una mezcla confusa, un caldo de regímenes legales en el que lo que se perdía era a menudo la justicia. El pluralismo legal, en otros casos fuente de fuerza y diversidad vibrante, sometía con frecuencia a los ciudadanos a un trato desigual y discriminatorio. Esto era especialmente cierto en el caso de las mujeres y niñas. Por consiguiente, los tribunales y el sector jurídico en general casi nunca eran considerados instituciones legítimas en las que los ciudadanos buscan justicia. En la mayoría de Estados africanos los jueces eran vistos con desdén, desprecio o miedo. Es por esto que hoy, la ley, los tribunales y el sector jurídico son vistos con desconfianza por la mayoría de los africanos. El poder judicial no es percibido como el guardián de la legalidad o de la imparcialidad. Sin duda, la ilegitimidad del sector jurídico se extendió a todos los otros brazos del Estado.

Pero incluso con estos desafíos África ha sido un continente resiliente. Los estragos de la Guerra Fría comenzaron a disiparse con el colapso del bloque soviético a finales de los años 1980. Los africanos se unieron por todo el continente para pedir sociedades más libres. La sociedad civil renació. La oposición política encontró su voz y se movilizó para tomar el poder. Todo el continente, excepto el África septentrional árabe, fue sacudido por una ola de liberalización política que no se había visto desde la Década de la Independencia.⁸ No sería hasta la caída de la cleptocracia de Ben Ali, después de las protestas masivas en Túnez, que el fenómeno conocido como Primavera Árabe expulsase a un dictador tras otro en el África septentrional árabe.⁹

Un caldero de protestas revolucionarias consumió a consolidados déspotas en Egipto, Yemen, Libia y asedió a otros en Siria y Bahrein. En África, prácticamente todos los Estados han cedido a reformas políticas. En África en particular, nuevos pactos sociales, a menudo bajo la forma de una constitución reescrita o nueva se volvieron habituales. En estos nuevos pactos entre el Estado y los ciudadanos fueron centrales los principios básicos de la tradición liberal. Estos eran el imperio de la ley, la democracia política mediante el multipartidismo y elecciones abiertas y disputadas, controles sobre el poder ejecutivo, independencia jurídica, separación de poderes y garantía de derechos individuales. Esta ola de reforma del Estado africano fue conocida como la Segunda Liberación.¹⁰ Sudáfrica se despojó del Apartheid. Para indicar una nueva era, en 2001 los Estados africanos transformaron la Organización por la Unidad Africana, un órgano formado para completar la descolonización, en la Unión Africana (la “UA”). Uno de los objetivos principales de la UA se refiere a este nuevo pacto. Dice claramente que la UA debe “promover principios e instituciones democráticos, participación popular y buena gobernanza.”¹¹

Durante las últimas dos décadas el crecimiento de África ha aumentado de un modo constante en prácticamente todos los sectores; jurídico, económico, social y político. África tiene hoy

algunas de las economías con crecimiento más rápido del mundo.¹² Es cierto que ha habido terribles retrocesos en algunos Estados y crisis persistentes en otros. Los casos más desesperados se deben al derrumbe del orden social, incapacidad de gobernanza y privación constante. Pero la negación a los ciudadanos de su derecho a dirigir su propio destino ha estado en el centro de la miseria en los pocos Estados que no se han subido al tren de la libertad. Incluso en aquellos Estados que optaron por volver a la democracia política durante las dos últimas décadas, continúa habiendo muchos problemas. Las desigualdades sociales, la privación económica, la discriminación en todos los ámbitos y la falta de justicia social son evidentes. O no se ha profundizado en la democracia o una cultura de la justicia no ha penetrado el tuétano de la sociedad. Se siguen necesitando cambios en sistemas arraigados de gobierno que den sentido a la ciudadanía. Muchas poblaciones están todavía excluidas de la participación política y oportunidad económica. Claramente, no es suficiente con escribir magníficas constituciones y promulgar buenas leyes. Tampoco por tener legisladores y dirigentes electos aparece automáticamente una cultura de justicia o se crea un estado de derechos humanos. Las judicaturas están en deuda con poderosos intereses personales de la política y la economía. El poder todavía está concentrado en muy pocas manos, regiones o grupos. El imperio de la ley, entendido como observancia de buenas leyes, no es una panacea suficiente para los complejos problemas de África. No hay duda de que los africanos deben desarrollar el concepto del imperio de la ley dentro de un gobierno democrático para responder a estos desafíos.

3 • El imperio de la ley como un terreno en disputa

A pesar de su historia de altibajos, el imperio de la ley sigue siendo un pilar de buena gobernanza. Ha evolucionado con el tiempo para contener en su interior los valores nucleares de los derechos humanos. Con el paso del tiempo, el entendimiento del concepto – incluyendo su alcance, ámbito y contenido normativo – se ha vuelto más sofisticado. Poco después de la independencia de África, cuadros académicos occidentales y dirigentes creyeron que los nuevos Estados africanos serían “civilizados” por el imperio de la ley. El pensamiento occidental veía al África precolonial como prejurídica y, por lo tanto, defendía que los Estados emergentes necesitaban regímenes jurídicos occidentales para entrar en la modernidad. No se daba ningún valor a los sistemas jurídicos africanos preexistentes, que a menudo eran considerados “ley consuetudinaria,” “tradicional,” “salvaje,” o “incivilizada”. Tales puntos de vista eran frecuentes en la iglesia colonial, que a menudo estaba casi fusionada con el Estado colonial. Un ejemplo sucinto es el de Shropshire, un misionero británico en lo que hoy es Zimbabue, que escribió sobre “los nativos iletrados”, los cuales “estaban en una etapa de desarrollo cultural y social preliteraria y técnicamente barbárica.”¹³

La predestinación europea, o blanca, sobre los negros, mulatos o amarillos tiene una historia de larga data. La visión del mundo de Shropshire fue parte del combustible para el proyecto colonial. Es una filosofía que ha fundamentado la misión de civilizar, la justificación del imperio y la consiguiente conquista cristiana sobre los pueblos “bárbaros”. Rudyard Kipling, el poeta inglés, lo expresó con claridad en *La Carga del Hombre Blanco*:

*Llebad la carga del Hombre Blanco. Enviad adelante a los mejores de entre vosotros;
Vamos, atad a vuestros hijos al exilio, para servir a las necesidades de vuestros cautivos;
Para servir, con equipo de combate, A naciones tumultuosas y salvajes;
Vuestros recién conquistados y descontentos pueblos, Mitad demonios y mitad niños.*¹⁴

Aquí, Kipling no estaba escribiendo sobre África, pero su exhortación a los Estados Unidos a tomar el poder y civilizar a los nativos filipinos es un clásico. Su instrucción al hombre blanco de colonizar a los nativos para su propio bien es un deber de la raza. Es imposible comprender el proyecto colonial y el movimiento de la modernidad sin tener en cuenta la visión de mundo de Kipling. Tampoco se puede comprender la occidentalización del Sur Global a través de los medios del Estado moderno con los sistemas de conceptos tales como el imperio de la ley y los derechos humanos.¹⁵ Gran parte del proceso fue una negación de las normas existentes, un ataque a la sabiduría acumulada. Fue el asesinato del espíritu de los llamados pueblos nativos.

Este es el contexto en el que Occidente veía el imperio de la ley en África durante el dominio colonial y especialmente justo después de la descolonización. Estas nociones erróneas fueron alimentadas en parte por otra asunción errónea: que el África precolonial carecía de leyes, o que el llamado derecho consuetudinario africano era un sotavento para el Estado africano. El primer movimiento de derecho y desarrollo buscó implantar normativas legales anglosajonas en Estados emergentes a través del establecimiento de facultades de derecho, la formación de profesionales de la justicia como jueces y abogados para apoyar una economía de mercado y unas incipientes instituciones políticas. No se hizo ningún esfuerzo por considerar la ley en su contexto social más amplio, tanto nacional como internacional. ¿Cómo podría utilizarse la ley para transformar injusticias sociales y económicas profundamente arraigadas? ¿Había alguna diferencia entre el proceso debido y el derecho procesal, en contraste con la justicia sustantiva? ¿El derecho desempeñaría algún papel en liberar a África de un orden económico internacional injusto? ¿Serviría el imperio de la ley para combatir la falta de liberalismo o la mala gobernanza de dirigentes y elites inclinadas a proteger sus privilegios? En pocas palabras, ¿cómo podría la ley ser utilizada como herramienta para la justicia social? Estas preguntas, centrales al imperio de la ley, permanecieron en gran medida sin respuesta. Como resultado, muchos de los mismos académicos que impulsaron el primer movimiento del imperio de la ley para el desarrollo lo declararon fallido a comienzos de los años 1970.¹⁶ Después, el concepto de imperio de la ley y desarrollo fue ridiculizado. Los académicos y legisladores se dieron cuenta de lo complejo y arduo que sería el proceso de crear Estados viables y legítimos. El optimismo inicial se desvaneció. Con el tiempo, se comprendió que el imperio de la ley entendido de una forma más liberadora desempeñaría un papel crucial. Por lo tanto, su centralidad en el replanteamiento y práctica de la reconstrucción social, en la construcción nacional, en estimular el desarrollo económico y el buen gobierno nunca desaparecieron. La razón es que los africanos entienden, y no quieren imaginar, ya no digamos habitar, una

sociedad sin imperio de la ley. Es el significado y el efecto práctico del imperio de la ley, y no su importancia y necesidad, lo que sigue siendo un terreno en disputa. Lo que está claro es que el concepto está evolucionando rápidamente y está siendo reconsiderado por pensadores y profesionales.¹⁷ Incluso así, todavía tiene sus críticos apasionados y sus fervientes defensores.¹⁸

La crisis de legitimidad del imperio de la ley no ha oscurecido su estrella. De hecho, la actual reconsideración del Estado africano no es posible sin el imperio de la ley. Los conceptos de transparencia y rendición de cuentas, que son centrales al imperio de la ley, ocupan el centro de los esfuerzos de la sociedad civil, la oposición política, la prensa y el poder judicial para adentrarse y reformar el Estado profundo. La composición o revisión de nuevas constituciones, sitúan en el centro el uso del imperio de la ley para promover la equidad y proteger al ciudadano y sus recursos del saqueo. Es la norma utilizada para justificar por qué el poder debe ser descongestionado – desconcentrado – del centro y llevado más cerca de la gente. El clamor emergente por la transferencia como mecanismo jurídico y constitucional para abordar la impunidad oficial y crear menos opacidad y rendición de cuentas en unidades menores incluye el imperio de la ley como una de sus armas principales. En una era en que los medios sociales hacen de cada ciudadano un “ojo del pueblo”, el acceso a información actualizada y documentos oficiales permite que el público controle al Estado. Sin embargo, tal control no es posible si el gobierno no está sujeto a la ley. La capacidad de las comunidades marginales para participar en la política y el desarrollo económico depende del acceso a la información. También de la recepción de servicios, acceso a la justicia y sanidad. Los individuos y comunidades son capaces de movilizarse para la acción política, o planear para el desarrollo, si se pueden organizar libremente. El diálogo con, o la protesta contra, las autoridades locales o centrales no es posible sin el imperio de la ley.

4 • Repensando el desarrollo

África debe pensar de nuevo cómo lidiar con las cuestiones profundamente arraigadas que continúan azotando al Estado y a la sociedad. Las crisis a las que se enfrenta el continente no tienen soluciones fáciles. El problema no es el diagnóstico de la enfermedad, sino la prescripción para superarla. Dos variables, relacionadas entre sí, son consideradas a menudo como centrales en estas crisis. La primera, y quizá más importante, es la naturaleza misma del Estado africano. La ilegitimidad del Estado colonial impuesto y la resistencia a la democratización son motivos cruciales de su disfunción. El Estado africano es automáticamente represivo y en general desdeñoso de la sociedad civil. Tiene dificultades para cumplir las funciones básicas correspondientes a un Estado. Su propensión a la corrupción es bien conocida. Estos problemas están en el centro de la crisis. La segunda variable es la relación de África con el orden internacional jurídico, político y económico. Las instituciones internacionales, los Estados hegemónicos y la cultura del derecho internacional han sido como mínimo negligentes, y quizá destructivos. Internamente, África ha intentado responder al primer desafío rescribiendo el orden constitucional para crear un Estado más transparente y sensible. Este intento de restituir la promesa liberal original del Estado

postcolonial ha producido resultados inconstantes pero visibles. En cuanto al segundo desafío, que es externo, África se ha vuelto más asertiva con una economía resurgente.

El problema del desarrollo/subdesarrollo ha sido un gran desafío para África. Se han probado diferentes iniciativas mundiales, continentales y nacionales. Aunque ha habido algunos éxitos, nadie puede discutir la persistencia de la pobreza incluso en los países mejor dotados y más desarrollados del continente. Grandes poblaciones continúan viviendo en la extrema pobreza. La desigualdad, discriminación y violaciones de los derechos humanos más básicos son endémicas. La mala gobernanza y la corrupción deshacen el tejido social. Algunas iniciativas globales, como los tan publicitados Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), han sido llevadas a cabo. Aunque los ODM eran loables y se hizo algún progreso con ellos, el balance final no es unívoco. Algunos críticos sostenían que los ODM eran poco precisos y carecían de suficiente aportación del Sur Global.¹⁹ La legitimidad de los ODM fue puesta en cuestión. Los críticos se quejaban de que las áreas escogidas por los ODM eran tratadas como recipientes pasivos, y no actores con agencia. Ni el imperio de la ley ni los derechos humanos eran mencionados explícitamente en la agenda.²⁰ Ahora está claro que la rendición de cuentas y la transparencia – nacional e internacional – son fundamentales para transformar a las sociedades de un modo significativo. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible post 2015 (ODS), una iniciativa global más sofisticada, busca remediar algunas de las carencias de los ODM. ¿Lograrán los ODS hacer para África lo que los ODM no consiguieron?

A diferencia de los ODM, los ODS tienen un catálogo de objetivos más amplio y exhaustivo, que abarca todos los aspectos de la condición humana.²¹ Los elementos esenciales en todos los objetivos son equidad, inclusión, transparencia, empoderamiento, acceso e igualdad. De todos los ODS, el objetivo 16 es el que se acerca más a articular una agenda de imperio de la ley en un contexto de desarrollo. Pide la promoción de “sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles”. La crucial expresión “facilitar el acceso a la justicia para todos” reconoce que el desarrollo sostenible no es posible sin instituciones funcionales y efectivas para impartir justicia para cada persona sin miedo ni favoritismo. Esta es la esencia del imperio de la ley. El imperio de la ley no es simplemente un tótem de la democracia, sino un elemento integral y fundamental en todos los aspectos del desarrollo humano. Aunque ha estado históricamente asociado, de modo erróneo por cierto, solo con los derechos civiles y políticos, el imperio de la ley es indispensable para la realización de los derechos económicos, sociales y culturales. La segregación de los dos cánones de derechos humanos no puede ser impermeable, y debe ser superada en toda iniciativa que pretenda un verdadero desarrollo. Esto es en particular cierto para África, donde la violación de un canon de libertades (derechos civiles y políticos) es resultado directo de la denegación del otro (derechos económicos y sociales). Una comprensión dinámica del imperio de la ley en África no puede limitarse al procedimiento y formalidad jurídica. Debe tener como norma central un rechazo de los intereses opresivos de propietarios y del mercado que utilizan la ley para proteger su riqueza ilícita y un orden económico injusto. La justicia social y sustantiva debe ser una misión del imperio de la ley.

5 • Más allá del liberalismo tradicional

El desarrollo no es un proceso lineal que pueda ser reproducido en países diferentes. De hecho, lo contrario es cierto. Los modelos de desarrollo y política trasplantados han tenido pésimos resultados en África. Hay muchas pruebas, empíricas y de otros tipos, de que las herramientas tradicionales del Estado liberal no son una panacea para los problemas de África.²² África no puede adoptar teorías liberales no digeridas sobre la reconstrucción del Estado si espera lograr implantar algunos de sus valores más atrayentes.²³ Debe identificar y repensar muchos principios normativos del liberalismo y, por ende, el imperio de la ley. Esto es necesario para responder a los desafíos históricos particulares y al contexto cultural del panorama africano. Así pues, el imperio de la ley no puede ser exportado a África ya listo para ser usado. El imperio de la ley debe divorciarse de su origen y utilización imperial.²⁴ Los africanos necesitan identificar y aislar aquellas áreas temáticas, normativas y sectoriales que tengan mayor probabilidad de ser impactadas por el lenguaje de los derechos y utilizar el imperio de la ley para transformarlas. Muchos de ellos son abarcadores y transversales. Los valores fundamentales son: integridad, transparencia, rendición de cuentas, equidad, igualdad, acceso y participación. El desarrollo sostenible, que da sentido a la ciudadanía y a cada ciudadano un sentimiento de pertenencia que permite una cultura de justicia, no es posible sin ellos. En pocas palabras, el imperio de la ley no tiene sentido sin cada uno de estos valores fundamentales, que deben ser abordados de la siguiente manera:

1 – Transferencia

Es indiscutible que una reforma a fondo del Estado y sus instituciones es una condición necesaria para que pueda haber desarrollo. Un problema fundamental ha sido la concentración de poder en el ejecutivo y la concentración de ese poder en manos del jefe de Estado. Esta situación creó el Estado patrimonial y alimentó la impunidad y la corrupción. El poder debe ser descongestionado y transferido a unidades más pequeñas dentro del Estado. Pero el poder debería ser comprendido como político y económico. Por lo tanto, las unidades con poder transferido deben ser capaces de planear y gastar recursos en un proceso participativo local. Esto hace responsables ante las bases a los dirigentes locales escogidos. Pero se debe tener cuidado de que las prácticas corruptas en el centro no sean simplemente transferidas a los agentes de poder locales. Tampoco deberían verse envueltas las unidades locales en prácticas de exclusión o marginación por motivos de género, religión, etnicidad u otras divisiones. La transferencia de poder y recursos es por ello uno de los mecanismos más efectivos para crear las condiciones para el desarrollo sostenible. La verdadera transferencia de poder lleva al gobierno más cerca de la gente porque crea oportunidades de participación popular en los proyectos e instituciones de gobernanza, incluyendo a los actores del sector de la justicia. Si se hace correctamente, la transferencia desmitifica los tribunales y hace de la justicia algo tangible para los ciudadanos. La transferencia puede ser una válvula de seguridad para los resentimientos étnicos en sociedades fracturadas porque permite un grado de autonomía regional o étnica, sin debilitar al Estado central ni establecer un federalismo completo. Puede fortalecer la cohesión nacional y proporcionar a las lealtades precoloniales una razón

para aceptar el Estado postnacional y crear una conciencia nacional. En África, donde prácticamente todos los Estados son una mezcla de sociedades precoloniales de distinto carácter étnico político forzadas a unirse por el cartógrafo colonial,²⁵ la transferencia cumple el propósito de forjar una identidad nacional común.

2 – Transparencia

Esta es una condición indiscutible para un desarrollo político y económico inclusivo y participativo. Sin ella, cualquier noción significativa de imperio de la ley, o de una cultura de justicia, sería un espejismo. La brutalidad estatal, la impunidad y la corrupción crecen cuando el Estado es opaco. La información sobre los recursos del gobierno y cómo se emplean es esencial. Esto requiere instituciones de supervisión a nivel local y nacional y una prensa sin cortapisas. La participación ciudadana en el planeamiento, similar a la tradicional *baraza* africana (encuentro público al aire libre), permite a las comunidades apropiarse de su propio desarrollo y da sentido a sus acciones. Esto es especialmente cierto, por ejemplo, en el contexto de la explotación de recursos minerales y naturales.

3 – Equidad y justicia social

Son indispensables para la estabilidad social y el desarrollo. Uno de los sectores menos desarrollados en los Estados africanos es el sector de la justicia. Tradicionalmente, el poder judicial ha defendido los intereses del ejecutivo y de empresas privadas corruptas.²⁶ Los tribunales a menudo no son fuentes de justicia.²⁷ Los jueces con frecuencia se pueden comprar y los abogados facilitan los acuerdos corruptos. Grandes segmentos de la población no pueden comprar justicia y no tienen acceso a los tribunales. Las mujeres y los pobres – en general los segmentos de la población más grandes – están excluidos. No es inusual que las partes procesales esperen una década para la audiencia. A la falta de acceso a la justicia se une la escasez de tribunales en las áreas rurales, donde vive la mayor parte de África. Y eso que ahí es donde se necesitan más los tribunales, para dirimir las disputas sobre terrenos y proteger a los vulnerables, como las mujeres que a menudo son desheredadas o sometidas a severas exclusiones. Estas condiciones crean una población furiosa y empobrecida, incapaz de desempeñar ningún papel relevante en el desarrollo. Este tipo de poblaciones marginadas es incapaz de protegerse o formar parte de las prácticas y ceremonias de la democracia política. Estas condiciones vacían la ciudadanía. La respuesta a estas pésimas condiciones es restablecer las instituciones de justicia y formar de nuevo a las personas que trabajan en el sector de la justicia. Hay muchos ejemplos en África donde ya se ha comenzado una exitosa reconstrucción del sector jurídico. El acceso a la justicia debe ser un fin en sí mismo. Pero una reconsideración del sector jurídico no puede cosificar al poder judicial u olvidarse de integrar y tratar con dignidad los llamados sistemas de justicia alternativos. El pluralismo jurídico es un hecho en la mayoría de Estados africanos, pero los sistemas jurídicos más desatendidos, como la sharia o los mecanismos africanos de resolución de disputas, afectan a millones. Una reforma del sector necesita regularizar estos sistemas y traerlos al ámbito de la ley pública combinando sus normas más liberadoras con los sistemas jurídicos comunes o civiles.

4 – Cultura de gobernanza

O, dicho de otra manera, la cultura y estilo de la política. En África, la cultura de gobernanza compromete seriamente al Estado. El poder político está alejado de la gente. Aquellos que manejan los instrumentos del Estado esperan ser temidos, no solo respetados. Los funcionarios son dirigentes, no sirvientes del pueblo. La construcción del poder público va contra todas las normas de la gobernanza democrática. Reprime a los ciudadanos, mata la disidencia y adormece al público. Pone al Estado en perpetua enemistad con el pueblo. Crea en la población una profunda desconfianza hacia la autoridad pública. La cultura de la dictadura ha sido identificada por los africanos como el mayor obstáculo del desarrollo sostenible. Crea impunidad y corrupción desenfrenada. No rinde cuentas ante nadie. La arrogancia del poder facilita el robo de los recursos públicos y tolera las violaciones de derechos humanos fundamentales. Se han dado grandes pasos para deshacer este fenómeno en las dos últimas décadas. Intelectualmente, los africanos saben que esta cultura indefendible es el flagelo del Estado. La prensa africana de todos los países está bañada en incidentes de conducta inaceptable de funcionarios y sus acólitos empresariales. Es una cultura que debe ser interrogada directamente y enfrentada públicamente. África no avanzará hasta que estas mentalidades de gobernanza de la era colonial sean expulsadas de la vida pública.

5 – Mujeres y ciudadanía

El género es uno de los desafíos más espinosos para el imperio de la ley y el desarrollo. Una mezcla venenosa de cultura, leyes de la era colonial y prácticas religiosas ha conspirado para confinar a las mujeres a los márgenes de la sociedad. Su exclusión de la vida pública es un hecho impactante de la existencia africana. La privación de las mujeres africanas, desde la violencia doméstica a la exclusión de la posesión de propiedades, es bien conocida. Los hechos atormentan la conciencia humana. Aun así, las mujeres han estado emergiendo recientemente y muchas se han incorporado al ámbito profesional, como empresarias y dentro de los pasillos del poder público. Pero los prejuicios de género persisten, y aquellas que han escapado de la marginación son una pequeña minoría. Hay consenso sobre el hecho de que no habrá desarrollo sostenible de verdad si las mujeres no solo están incluidas, sino desempeñando un papel público destacado. El concepto de imperio de la ley debe ser transformado por teorías de insubordinación y multidimensionalidad, una comprensión reciente sobre el género y el desempoderamiento que deshace los complejos nudos en el que identidades múltiples someten a un grupo a capas de opresión y exclusión.²⁸

6 – Mujeres y migrantes

Otra población que es excluida y a menudo abusada son los trabajadores migrantes. Aunque no son ciudadanos en el sentido clásico del término, muchos trabajadores migrantes se han asentado permanentemente en sus países de acogida. Muchos de estos migrantes también son mujeres que sufren doblemente debido a su género y extranjería. Como Sudáfrica ha demostrado con recientes ataques xenófobos impactantes, los trabajadores migrantes a menudo sufren las consecuencias

de la rabia generada por la falta de justicia social y un desarrollo desigual.²⁹ Esta categoría de la población es desposeída de manera similar a las mujeres. Sin embargo, los trabajadores migrantes son habituales en África. Es por esto que cualquier discusión sobre el imperio de la ley no debería excluir a los trabajadores migrantes, inmigrantes y poblaciones de refugiados en África.

7 – Propiedad y acceso a la tierra y reforma agraria

Aunque las últimas cuatro décadas han visto una oleada histórica de africanos mudándose a áreas urbanas, las poblaciones más numerosas todavía viven en áreas rurales. La agricultura sigue siendo el eje de las economías africanas, incluso cuando la riqueza mineral es abundante. La tierra, por lo tanto, sigue siendo la fuente de riqueza y subsistencia más segura. Y aun así, el acceso y la tenencia de tierras sigue siendo altamente exclusivo, desigual y una gran fuente de conflicto. No hay tema más polémico en África. La tierra es una fuente de agua, de pasto para el ganado y la base de la economía familiar africana. Pero grandes poblaciones han sido históricamente excluidas de la propiedad o de acceso a la tierra. Gran parte de la alienación de la tierra se remonta a la expropiación colonial, y evicciones de los llamados “nativos” de sus tierras ancestrales. Estas injusticias históricas en su mayor parte no han sido corregidas por los regímenes posteriores. Son la fuente de muchos conflictos entre clanes, etnias y comunidades. Los regímenes posteriores a veces exacerbaron la alienación asignando la tierra anteriormente en manos de los colonos a favorecidas elites étnicas, grupúsculos o carteles cercanos al régimen. La tierra es un polvorín en África. Los casos de Zimbabue, Sudáfrica, Kenia y prácticamente todos los Estados africanos dan fe de políticas de tierras libradas con desafíos y a menudo catástrofes. Esto es más complejo aún por la exclusión de las mujeres de la tenencia de tierras, aunque a menudo son las que más trabajan la tierra. La ley ha sido un sirviente diligente y fiel de los carteles corruptos que “toman” ilegalmente tierras a menudo con documentos falsos o falsificados.³⁰ El imperio de la ley como vehículo para el desarrollo equitativo debe abordar la tierra como un obstáculo crucial a la estabilidad y crecimiento de África.

8 – África y el mundo

Ninguna discusión sobre el desarrollo de África es completa sin un análisis de la relación del continente con el resto del mundo. Gran parte de la historia es terrible, pero hay muchos aspectos positivos también. Ali Mazrui, el famoso intelectual keniano, habló de la riqueza y paradoja de este fenómeno como la “triple herencia de África”,³¹ una referencia a la compleja alquimia de África, Europa y el mundo musulmán en la identidad africana. Las fuerzas externas han saqueado pero también enriquecido a África. Pero es la estructura injusta y el desequilibrio entre África y el mundo que debe ser tratado como una parte integral de la marcha de África hacia un destino mundial mejor. La voz de África en configurar e influenciar las normas, instituciones y prácticas internacionales necesita ser realizada. La injusticia en los mercados internacionales y los prejuicios hacia África deben ser erradicados. Un nuevo orden global sin superiores ni subordinados – hoy África está en el puesto inferior – debe ser uno de los resultados principales de los ODS. Esta es una extensa conversación que incluye el comercio, la geopolítica, la migración y la defensa.

6 • Conclusión

El difícil experimento de Sudáfrica con la democracia es una prueba de que utilizar el discurso de los derechos por sí solo, sin una reestructuración profunda de la economía política, puede exacerbar la impotencia de las poblaciones más vulnerables.³¹ La ley no existe en el vacío. Ni puede el lenguaje de la ley y los derechos transformar por sí solos la sociedad. Pero lo que es indiscutible es que ninguna sociedad puede lograr un desarrollo sostenible sin una cultura de justicia basada en las normas básicas del imperio de la ley. Sin embargo, estas normas básicas deben forcejear con la historia particular de África y deben ser adaptadas a las circunstancias históricas para alcanzar legitimidad cultural. Más importante aún, el lenguaje de derechos y la base de democracia política sobre la que descansa no pueden ser tragados por África sin antes ser masticados. De otro modo, el renacimiento del proyecto liberal morirá de nuevo, antes de nacer.

NOTAS

-
- 1 • Brian Z. Tamanaha, *On the rule of Law: History, Politics, Theory* (New York: Cambridge University Press, 2004).
- 2 • Pietro Costa, Danilo Zolo y Emilio Santoro, eds., *The rule of law: Theory and criticism* (Dordrecht-Boston-London: Springer, 2007).
- 3 • Charles Dickens, *Oliver Twist* (New York: Schocken Books, 1970), 489.
- 4 • Mohammed Bedajoui, *Towards a new international economic order* (New York: Holmes & Meier, 1979).
- 5 • Ver, por ejemplo, Makau Mutua, *Kenya's quest for democracy: taming leviathan* (Boulder, CO: Lynne Rienner Publishers, 2008); John W. Harbeson y Donald Rothchild, eds., *Africa in world politics: reforming political order*, 4th ed. (Boulder, Colorado: Westview Press, 2008).
- 6 • Paul Tiyambe Zeleza y Philip J. McConaughay, eds., *Human rights, the rule of law, and development in Africa* (Philadelphia, PA: University of Pennsylvania Press, 2004).
- 7 • Ver Willy Mutunga, *Constitution-making from the middle: civil society and transition politics in Kenya 1992-1997* (Nairobi: Sareat & Mwendu, 1999).
- 8 • Makau Mutua, "African Renaissance," *New York Times*, 11 de mayo de 1991.
- 9 • Scott Peterson, "Egypt's revolution redefines what's possible in the Arab world," *Christian Science Monitor*, 11 de febrero de 2011.
- 10 • Makau Mutua, "Human Rights in Africa: the Limited Promise of Liberalism," *African Studies Review* 51, no. 1 (Abril 2008): 17-39.
- 11 • Acta Constitutiva de la Unión Africana, Artículo 3(g).
- 12 • Ver Elena Holodny, "The 13 Fastest-growing Economies in the World," *Business Insider* (UK), 12 de junio de 2015, visitado el 5 de mayo de 2016, <http://uk.businessinsider.com/world-bank-fast-growing-global-economies-2015-6?r=US>.
- 13 • Denys W. T. Shropshire, *The Church and Primitive Peoples* (London: SPCK, 1938), xiii.
- 14 • Rudyard Kipling, "The White Man's Burden: The United States and the Philippine Islands," *Rudyard Kipling, Rudyard Kipling's Verse: Definitive Version* (New York: Doubleday, 1929).
- 15 • David Kennedy, "The International Human Rights Movement: Part of the Problem?" *Harvard Human Rights Journal* 14 (2002): 101-126.
- 16 • David Trubek y Marc Galanter, "Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis

in Law and Development Studies in the United States," *Wisconsin Law Review* 4 (1974): 1062.

17 • David Trubek y Alvaro Santos, eds., *The New Rule Of Law And Economic Development: A Critical Appraisal* (New York: Cambridge University Press, 2006).

18 • Kevin Davis y Michael Trebilcock, "The Relationship between Law and Development: Optimists vs. Skeptics" *American Journal of Comparative Law* 56 (2008): 895.

19 • Samir Amin, "The Millennium Development Goals: A Critique from the South," *Monthly Review* 57 (2006).

20 • Severine Deneulin y Lila Shahani, *An Introduction to the Human Development and Capability Approach: Freedom and Agency* (Ottawa: IDRC, 2009).

21 • Naciones Unidas, "Sustainable development goals," *Sustainable Development Knowledge Platform*, visitado el 15 de mayo de 2015, <https://sustainabledevelopment.un.org/sdgsproposal>.

22 • Mutua, "Human Rights".

23 • Abdullahi A. An-Na'im and Francis M. Deng, eds., *Human Rights in Africa: Cross-Cultural Perspectives* (Washington, DC: The Brookings Institution, 1990).

24 • William Alford, "Exporting the 'Pursuit of Happiness,'" *Harvard Law Review* 113 (2000); Karl Klare, "Legal Theory and Democratic Reconstruction," *University of British Columbia Law Review* 25, no. 1 (1991): 69-103.

25 • Ver Ian Brownlie, *African Boundaries: A Legal and Diplomatic Encyclopaedia* (London: C. Hurst & Co. Publishers, 1979); Makau wa Mutua, "Why Redraw the Map of Africa: A Moral and Legal Inquiry," *Michigan Journal of International Law* 16, no. 4 (1995): 1113-1176.

26 • Jillo Kadida, "CJ Vows to Fight Corruption in the Judiciary," *Daily Nation*, 20 de junio de 2011.

27 • Makau Mutua, "Justice under Siege: The Rule of Law and Judicial Subsistence in Kenya," *Human Rights Quarterly* 23, no. 1 (2001): 96-118.

28 • Kimberly Crenshaw, "Demarginalizing the

Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics," *University of Chicago Legal Forum* (1989): 139 (sosteniendo que las mujeres negras son excluidas de la teoría feminista y de la política antirracista porque ambas son incapaces de reflejar la interacción entre raza y género). Ver en general Kimberly Crenshaw, "Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color," *Stanford Law Review* 43, no. 6 (1991): 1241 (examinando las dimensiones de raza y género en la violencia contra las mujeres negras); Athena D. Mutua, "Shifting Bottoms and Rotating Centers: Reflections on LatCrit III and the Black/White Paradigm," *University of Miami Law Review* 53 (1999): 1177 (argumentando que los grupos en la parte inferior de las diversas estructuras jerárquicas cambian dependiendo del tema o grupo involucrado).

29 • "Three powerful myths that fuel xenophobia," *Mail & Guardian*, 24 de junio de 2015, visitado el 26 de junio de 2015, <http://www.msn.com/enza/news/other/three-powerful-myths-that-fuel-xenophobia/ar-AAc1Rmd>.

30 • Ver, por ejemplo, Roger Southall, "The Ndungu Report: Land & Graft in Kenya," *Review of the African Political Economy* 32, no. 103 (Marzo 2005): 142-151 [comentando el Informe de la Comisión de Investigación sobre la Asignación Ilegal/Irregular de Tierras Públicas en Kenia].

31 • Ali A. Mazrui, *Africans: The Triple Heritage* (Boston, Massachusetts: Little Brown & Co, 1986).

32 • Kevin Durrheim, "Race Trouble: Identity and Inequality in Post-Apartheid South Africa," *Theory and Psychology* 22, no. 5 (2011); Makau wa Mutua, "Hope and Despair for a New South Africa: The Limits of Rights Discourse," *Harvard Human Rights Journal* 10 (1997): 63-114.

**MAKAU MUTUA** – *Kenia*

Makau Mutua es Profesor Distinguido e Investigador Académico Floyd H. and Hilda L. Hurst en la Facultad de Derecho de Buffalo en Nueva York, donde ha ejercido siete años de decano, entre 2008 y 2014. Enseña derechos humanos internacionales, transacciones comerciales internacionales y derecho internacional. Se formó en la Universidad de Nairobi, la Universidad de Dar-es-Salaam y la Facultad de Derecho de Harvard. Mutua trabajó como vicepresidente de la Sociedad Americana de Derecho Internacional y ha sido miembro del Consejo de Relaciones Exteriores. Ha asesorado al Banco Mundial en temas de gobernanza y derechos humanos y es el vicepresidente del Consejo de Asesores de la Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo.

contacto: mutua@buffalo.edu

Recibido en febrero de 2016.

Original en inglés. Traducido por Sebastián Porrúa.



“Esta revista es publicada bajo la licencia la Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License”