

sur

revista internacional
de derechos humanos

6

2007
Número 6 • Año 4
Edición en Español

- **Upendra Baxi**
El Estado de Derecho en la India
- **Oscar Vilhena Vieira**
La desigualdad y la subversión del Estado de Derecho
- **Rodrigo Uprimny Yepes**
La judicialización de la política en Colombia:
casos, potencialidades y riesgos
- **Laura C. Pautassi**
¿Igualdad en la desigualdad?
Alcances y límites de las acciones afirmativas
- **Gert Jonker y Rika Swanzen**
Servicios de mediación para los testigos menores de edad que
atestiguan ante tribunales penales sudafricanos
- **Sergio Branco**
La ley de autor brasileña como elemento de restricción
a la eficacia del derecho humano a la educación
- **Thomas W. Pogge**
Propuesta para un Dividendo sobre Recursos Globales



RED UNIVERSITARIA
DE DERECHOS HUMANOS

SUR

Un proyecto de Conectas Derechos Humanos

SUR – REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS es una revista semestral publicada en inglés, portugués y español por Sur – Red Universitaria de Derechos Humanos. Disponible en Internet en <www.surjournal.org>

CONSEJO EDITORIAL

Christof Heyns

Universidad de Pretoria (Sudáfrica)

Emilio García Méndez

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Fifi Benaboud

Centro Norte-Sur del Consejo de la Unión Europea (Portugal)

Fiona Macaulay

Universidad de Bradford (Reino Unido)

Flavia Piovesan

Pontificia Universidad Católica de São Paulo (Brasil)

J. Paul Martin

Universidad de Columbia (Estados Unidos)

Kwame Karikari

Universidad de Ghana (Ghana)

Mustapha Kamel Al-Sayyed

Universidad de El Cairo (Egipto)

Richard Pierre Claude

Universidad de Maryland (Estados Unidos)

Roberto Garretón

Ex – Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Chile)

EDITOR

Pedro Paulo Poppovic

COMITÉ EJECUTIVO

Andre Degenszajn

Daniela Ikawa

Juana Kweitel

Laura Mattar

DISEÑO GRÁFICO

Oz Design

EDICIÓN

Daniela Ikawa

EDICIÓN DE ARTE

Alex Furini

COLABORACIONES

Catharina Nakashima, Isamar Escalona,
Miriam Osuna y Thiago Amparo

DISTRIBUCIÓN

Catharina Nakashima

IMPRESIÓN

Prol Editora Gráfica Ltda.

SUSCRIPCIÓN Y CONTACTO

Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos

Rua Pamplona, 1197 – Casa 4

São Paulo/SP – Brasil – CEP 01405-030

Tel. (5511) 3884-7440 – Fax (5511) 3884-1122

E-mail <surjournal@surjournal.org>

Internet <www.surjournal.org>

Esta publicación recibió apoyo del Fondo de las Naciones Unidas para la Democracia.

SUR – RED UNIVERSITARIA DE DERECHOS HUMANOS es una red de académicos cuya misión es fortalecer la voz de las universidades del Hemisferio Sur en el debate sobre derechos humanos y justicia social, así como promover una mayor cooperación entre estas y las Naciones Unidas. SUR es una iniciativa ligada a Conectas Derechos Humanos, una organización internacional sin fines de lucro con sede en Brasil. (Sitios de Internet: www.conectas.org y www.conectasur.org)

CONSEJO CONSULTIVO

Alejandro M. Garro
Universidad de Columbia (Estados Unidos)

Antonio Carlos Gomes da Costa
Modus Faciendi (Brasil)

Bernardo Sorj
Universidad Federal de Rio de Janeiro/Centro Edelstein (Brasil)

Bertrand Badie
Sciences-Po (Francia)

Cosmas Gitta
Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD (Estados Unidos)

Daniel Mato
Universidad Central de Venezuela (Venezuela)

Eduardo Bustelo Graffigna
Universidad Nacional de Cuyo (Argentina)

Ellen Chapnick
Universidad de Columbia (Estados Unidos)

Ernesto Garzon Valdés
Universidad de Maguncia (Alemania)

Fateh Azzam
Universidad Americana en El Cairo (Egipto)

Guy Haarscher
Universidad Libre de Bruselas (Bélgica)

Jeremy Sarkin
Universidad de Western Cape (Sudáfrica)

João Batista Costa Saraiva
Jurisdicción Regional de Niños y Adolescentes de Santo Ângelo/RS (Brasil)

Jorge Giannareas
Universidad de Panamá (Panamá)

José Reinaldo de Lima Lopes
Universidad de São Paulo (Brasil)

Juan Amaya Castro University
Universidad para la Paz (Costa Rica)

Lucía Dammert
FLACSO (Chile)

Luigi Ferrajoli
Universidad de Roma (Italia)

Luiz Eduardo Wanderley
Pontificia Universidad Católica de São Paulo (Brasil)

Malak El Chichini Poppovic
Conectas Derechos Humanos (Brasil)

Maria Filomena Gregori
Universidad de Campinas (Brasil)

Maria Herminia Tavares de Almeida
Universidad de São Paulo (Brasil)

Mario Gómez Jiménez
Fundación Restrepo Barco (Colombia)

Miguel Cillero
Universidad Diego Portales (Chile)

Milena Grillo
Fundación Paniamor (Costa Rica)

Mudar Kassis
Universidad Birzeit (Palestina)

Oscar Vilhena Vieira
Facultad de Derecho de la Fundación Getúlio Vargas (Brasil)

Paul Chevigny
Universidad de Nueva York (Estados Unidos)

Philip Alston
Universidad de Nueva York (Estados Unidos)

Roberto Cuéllar M.
Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Costa Rica)

Roger Raupp Rios
Universidad Federal de Rio Grande do Sul (Brasil)

Shepard Forman
Universidad de Nueva York (Estados Unidos)

Víctor Abramovich
Centro de Estudios Legales y Sociales (Argentina)

Victor Topanou
Universidad Nacional de Benin (Benin)

Vinodh Jaichand
Centro Irlandés de Derechos Humanos, Universidad Nacional de Irlanda (Irlanda)

PRESENTACIÓN



El sexto número de la Revista Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos – tiene un significado especial para nosotros, ya que refleja los primeros resultados de un proyecto de investigación conjunta, desarrollado por nuestra Red. En junio de 2006, la Revista Sur inició una investigación sobre “La justiciabilidad de los Derechos Humanos: India, Brasil y Sudáfrica”, con el objetivo de comparar la implementación de los derechos humanos y constitucionales por las Cortes Supremas de esos tres países.

India, Brasil y Sudáfrica tienen muchas características en común. Estos tres países gozan de sistemas democráticos relativamente estables y ocupan posiciones claves en sus respectivas regiones, tanto en el ámbito político como en el económico. También comparten problemas comunes, específicamente el desafío de superar la pobreza, la discriminación y la desigualdad, así como las dificultades de promover el acceso igualitario a la justicia, a la educación, a la salud y a programas de vivienda. En ese sentido, estos países tienen el desafío de consolidar el Estado de Derecho y sus instituciones democráticas como instrumentos para la realización de los derechos humanos para todas las personas, conforme a lo exigido en sus propias Constituciones y lo pautado en los Tratados Internacionales por ellos ratificados.

El objetivo de esta investigación es entender el papel de las Cortes Constitucionales en los tres países en la promoción y protección de los derechos humanos. El estudio también considera el papel de la sociedad civil y de las organizaciones de interés público en su actuación ante el sistema jurídico.

En este número incluimos dos artículos que reflejan un diálogo inicial entre el grupo de investigadores de este tema, uno escrito por el Profesor Upendra Baxi, responsable de la investigación en la India y otro elaborado por el Profesor Oscar Vilhena Vieira, coordinador del proyecto y responsable de la investigación en Brasil. También incorporamos un artículo de Rodrigo Uprimny, quien coopera con el proyecto,

donde refleja algunos aspectos de la judicialización de la política en Colombia.

Estamos convencidos de que compartir conocimientos y establecer acuerdos en investigaciones son instrumentos muy eficientes e importantes para la creación de una comunidad intelectual más fuerte en el Sur Global. Los pasos iniciales de esta investigación nos confirman esa percepción. A través de la investigación conjunta, se van construyendo lazos fuertes entre los profesores; se identifican nuevas ideas y oportunidades de trabajo compartido.

En este número de la Revista Sur también se analiza el derecho de las mujeres en América Latina y de niños/as en África del Sur. El artículo de Laura Pautassi presenta varias acciones desarrolladas en América Latina en aras de asegurar la igualdad entre mujeres y hombres, con especial atención en la responsabilidad del Estado en las regulaciones laborales. Otro artículo elaborado por Gert Jonker y Rika Swanzen presenta la experiencia de los servicios de intermediación para niños/as testigos en casos judiciales en los suburbios de Johannesburgo.

El artículo de Sergio Branco es fruto de su ponencia, presentada en el VI Coloquio Internacional de Derechos Humanos (nov. 2006) sobre el impacto de la regularización de los derechos de autor en los derechos humanos, en el contexto brasileño. Analiza cómo la actual estructura de derechos de autor y el uso impropio de la tecnología crean serios riesgos para la realización del derecho humano a la educación.

En otro orden, el artículo de Thomas Pogge focaliza la discusión acerca de la desigualdad entre el Norte y el Sur. Argumenta que la actual apropiación de la riqueza en nuestro planeta es muy desigual y señala tres razones para la injusticia: el efecto de las instituciones sociales compartidas, la exclusión no compensada del uso de los recursos naturales y las consecuencias de una historia común y violenta. El objetivo del autor es mostrar que tal vez sea posible reunir partidarios de corrientes dominantes del pensamiento político normativo occidental en una coalición surgida para la erradicación de la pobreza mundial, mediante la introducción de un Dividendo de los Recursos Globales o DRG.

Agradecemos a los profesores y colaboradores por su contribución en la selección de los artículos para este número de la revista: Ann Skelton, Alejandro Garro, Fateh Azzam, Flavia Piovesan, Florian Hoffmann, Glenda Mezarobba, J. Paul Martin, Jeremy Sarkin, Juan Amaya Castro, Lorena Frías, María Herminia Tavares de Almeida, Roberto Garretón, Thami Ngwenya y Vinodh Jaichand.

Finalmente, anunciamos que la próxima edición de la Revista SUR será un número especial sobre justicia transicional, y que va a ser publicada en colaboración con el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ, sigla en inglés).

CONTENIDOS

UPENDRA BAXI	7	El Estado de Derecho en la India
OSCAR VILHENA VIEIRA	29	La desigualdad y la subversión del Estado de Derecho
RODRIGO UPRIMNY YEPES	53	La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos
LAURA C. PAUTASSI	71	¿Igualdad en la desigualdad? Alcances y límites de las acciones afirmativas
GERT JONKER Y RIKA SWANZEN	97	Servicios de mediación para los testigos menores de edad que atestiguan ante tribunales penales sudafricanos
SERGIO BRANCO	123	La ley de autor brasileña como elemento de restricción a la eficacia del derecho humano a la educación
THOMAS W. POGGE	145	Propuesta para un Dividendo sobre Recursos Globales



UPENDRA BAXI

El Profesor Upendra Baxi, catedrático de Derecho en Desarrollo de la Universidad de Warwick (desde 1996), fue anteriormente profesor de Derecho en la Universidad de Delhi (1973-1996) y Vice-canciller (1990-1994). El profesor Baxi se graduó en Rajkot (Universidad de Gujarat), estudió Derecho en la Universidad de Bombay y tiene Masters en Derecho de las Universidades de Bombay y de la Universidad de California en Berkeley, organismo que también le otorgó un Doctorado en Ciencias Jurídicas.

Dirección: University of Warwick
Coventry CV4 7AL, UK
Email: u.baxi@warwick.ac.uk

RESUMEN

El autor subraya que el discurso liberal patrimonial del Estado de Derecho (EDD) con frecuencia hace caso omiso de las tradiciones alternativas. En primer lugar, no permite reflexión alguna sobre las concepciones del EDD socialista y normativo. En segundo, desestima la existencia misma de otras tradiciones de EDD: por ejemplo, la precolonialista, las diseñadas por la revolución contra el Viejo Imperio, o las contribuciones no miméticas que elaboraron los orgullosos poderes judiciales de algunas “sociedades en vías de desarrollo”. En dicho contexto, el autor analiza la individualidad del EED indio y sostiene que éste ofrece revisiones a las concepciones liberales de los derechos. El autor agrega que el EDD indio como normativa se yergue no sólo como una *espada* contra la dominación del Estado, sino como un *escudo*, facultando una intervención estatal “progresiva” en la sociedad civil. Finalmente, el autor presenta algunas tendencias actuales dentro de la jurisprudencia constitucional y subraya el liderazgo de la Corte Suprema en el desarrollo de una forma extraordinaria de jurisdicción bajo la rúbrica del litigio social.

Original en inglés. Traducido por Alex Ferrara.

PALABRAS CLAVES

Estado de Derecho – Federalismo – Noción diluida de Estado de Derecho – Noción densa de Estado de Derecho – Revisión Judicial



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*

Este artículo está disponible en formato digital en <www.surjournal.org>.

EL ESTADO DE DERECHO EN LA INDIA

Upendra Baxi

¿Un nuevo discurso?

El Estado de Derecho (como grupo de principios y doctrinas, de ahora en adelante EDD) tiene una larga historia normativa que lo privilegia como una contribución inaugural a la teoría política liberal euroestadounidense. El EDD surge de diversas maneras: como una noción “diluida” que trae aparejadas limitaciones procesales sobre formas de poder soberano y de conducta gubernativa, con la posibilidad de autorizar, a la vez, prácticas “holocásticas” de la política¹ y como una concepción “densa” que comporta las teorías acerca de “lo bueno”, “lo correcto” y “lo justo”.²

El discurso del EDD liberal patrimonial organiza la amnesia de las tradiciones alternativas. Ni siquiera permite una reflexión exigua sobre las concepciones normativas del EDD socialista. Desestima la posibilidad de la mera existencia de otras tradiciones de EDD, por ejemplo, la precolonialista, las diseñadas por la revolución contra el Viejo Imperio, o las contribuciones no miméticas que elaboraron los orgullosos poderes judiciales de algunas “sociedades en vías de desarrollo”.³

De igual modo, una comunidad de historiadores críticos ha demostrado que en los países de origen, tanto la versión “diluida” como la “densa”, durante largos periodos de la historia, substieron con una violenta exclusión social; las historias institucionales del EDD en las metrópolis por largo tiempo permanecieron como marcas de dominación de los hombres sobre las mujeres, de los dueños de los medios de producción sobre los poseedores de mano de

Ver las notas del texto a partir de la página 24.

obra, y como la persecución de minorías civilizadas, culturales y religiosas. Los estudiantes de colonialismo y de imperialismo han subrayado que los valores del EDD se mantuvieron como un asunto enteramente “de blancos”.⁴ La celebración triunfalista del EDD como un “bien humano no calificado” llega hasta el punto de reducir los esfuerzos contra el colonialismo y el imperialismo como un desarrollo final en la historia humana de los valores liberales codificados por el EDD.⁵ Incluso las historias insurgentes que generan un reconocimiento universal del derecho humano a la autodeterminación y fomentan los itinerarios de los derechos humanos contemporáneos quedan sin reconocimiento, como si fueran la imitación de la imaginación histórica mundial del EDD euroestadounidense! El hecho histórico de que las comunidades no-occidentales de resistencia y los pueblos que luchan hayan enriquecido concepciones “densas” del EDD es simplemente pasado por alto por los mitos persistentes sobre los “orígenes occidentales”;⁶ la promoción del EDD como una exportación cultural de primera clase sigue con la vieja contaminación de modalidades aún más agresivas en esta era contemporánea de globalización.

La “novedad” del debate sobre el EDD contemporáneo

En el debate contemporáneo, sin embargo, el EDD pasa a ser transnacional o global. Ya no es una concepción cercada por límites sino que se presenta como una noción universalista y globalizadora. En parte, el nuevo “Estado de Derecho global” se relaciona con las nociones emergentes de política y reglamentación social global.⁷ Más específicamente, las redes del comercio internacional y los regímenes de inversión promueven la visión de que las constituciones nacionales son obstáculos que deben eliminarse por medio de discursos de aristas nuevas dentro del constitucionalismo económico global.⁸ La guerra al “terror” redefine ahora hasta las nociones “diluidas” del EDD.⁹ El paradigma de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se ve confrontado ahora por un nuevo paradigma de derechos humanos relacionados con el comercio y amigo de los mercados.¹⁰ Las instituciones financieras internacionales inherentemente antidemocráticas (IFIs), sobre todo el Banco Mundial, y no los funcionarios elegidos en las sociedades “en vías de desarrollo”, se presentan ahora como un nuevo soberano global que decide cómo pueden definirse “los pobres”, cómo se mide la pobreza, cómo archivar globalmente “las voces de los pobres”, y cómo los condicionamientos para el alivio de la pobreza y para el desarrollo sustentable pueden redefinir rápidamente la “buena gobernabilidad”. La preciosa y diversa sociedad civil y los actores de los nuevos movimientos sociales no se escapan a la dialéctica de amo y esclavo; aun cuando rechazan las nuevas nociones y plataformas del EDD *al por mayor*, las aceptan *a escala minorista*.

Las limitaciones de espacio impiden un análisis detallado y completo de

las novedades del EDD, sin embargo, sería apropiado al menos señalar un mínimo de factores cruciales. En primer lugar, la ampliación actual del EDD a los confines del desarrollo internacional y a los órdenes económicos, estratégicos y hasta militares es discontinua respecto de la Guerra Fría, que marcó al menos dos paradigmas del EDD en violenta competencia: el burgués y el socialista. En la actualidad, el EDD socialista, una forma en la que la propiedad privada de los medios de producción no era considerada el fundamento de una “buena” sociedad ni de la libertad humana, casi ha desaparecido.¹¹ En segundo lugar, se hace cada vez más difícil separar al EDD de los nuevos derechos humanos y de los lenguajes de la política social global; prefiero referirme aquí, por ejemplo, al voluminoso trabajo en curso de los organismos de tratados de derechos humanos de Naciones Unidas, al esfuerzo por desarrollar el derecho al desarrollo, a los Objetivos de Desarrollo del Milenio, que elaboran tipos diferentes de normativa globalizadora orientada hacia el EDD. En tercer lugar, la fusión entre dichos derechos humanos y la política social global implica ciertos costos. Los llamados derechos humanos universales se convierten en instrumentos eminentemente negociables en busca de políticas globales variadas. En cuarto lugar, incluso mientras la llamada “globalización jurídica” promueve una prominencia sin precedentes de actores jurídicos, y sus modalidades activistas de impartir justicia a nivel nacional, regional y supranacional presentan nuevos modos para articular los valores y los estándares del EDD, al mismo tiempo la misma promueve el *ajuste estructural del activismo jurídico*.

En quinto lugar, los derechos humanos y las prácticas de activismo social contribuyen más que nunca a una rearticulación multitudinaria de las nociones presentadas del EDD. El activismo social y de los derechos humanos necesita oponerse a la charla de la hiperglobalización del EDD en su parte más central, promocionando irreverentemente el alcance de las comunidades de inversores extranjeros directos, a menudo personalizados por los nuevos estados soberanos de corporaciones multinacionales (MNCs), y con más frecuencia por sus cohortes normativos, sobre todo las instituciones financieras internacionales, y los regímenes de asistencia al desarrollo. A la vez, las agencias activistas situadas históricamente también permanecen confrontadas con la necesidad de reforzar algunas concepciones procesales y algunas otras “densas” del EDD.

En sexto lugar, la nueva discursividad o idolatría del EDD, que lo presenta como una nueva forma de bien público global, sigue no registrado e ignorado por las concepciones circunscriptas del EDD, que poseían como piedra angular la doctrina de separación de poderes, o la diferenciación de las funciones de autoridad, que fomentan la creencia en una autoridad limitada, un antídoto para la tiranía, representada por la concentración de los poderes. Es cierto que, como nos lo recordaba Louis Althusser,¹² la doctrina también enmascara la “unidad centralizada del poder estatal”. El discurso circunscripto del EDD al

menos proporcionaba plataformas de crítica; el EDD globalizador, al ignorar una concepción que pueda limitar la “buena autoridad global”, socava aún más la “racionalidad” de las concepciones circunscriptas del EDD.¹³

Por lo tanto, permanece en juego en el nuevo discurso del EDD una profunda contradicción entre el EDD como discurso *globalizador* que celebra diversas formas de fundamentalismos de mercado libre por un lado y otras formas nuevas que buscan “radicalmente” *universalizar los fundamentalismos de los derechos humanos* por otro. Dicha inconmensurabilidad define tanto el espacio para la diversidad interpretativa como también un progreso creciente en una medida que estandariza, por medio de los derechos humanos y de los indicadores y puntos de referencia del desarrollo, nuevos significados medulares del EDD.

Gobierno de leyes y gobierno de hombres

Las nociones del EDD han sufrido mucho por culpa de dos aforismos vulgarizantes: EDD significa “*gobierno de leyes, no de hombres*”; “El Estado de Derecho es *simultáneamente, el gobierno de las leyes y de los hombres*”. Si “hombres” se usa inclusivamente para referirse a todos los seres humanos, los lemas pueden indicar una secularización: no es la autoridad Divina sino el poder humano el que crea tanto el gobierno como la ley. Ello, sin embargo, presenta la pregunta de si las constituciones y las leyes basadas en la religión quedan descalificadas en el umbral de convertirse en sociedades con EDD. En otro plano, en las prácticas feministas de pensamiento, esa inclusión siempre resulta sospechosa. Identifican literalmente ambos lemas como representación del gobierno *de, por y para los hombres*. Surge entonces la pregunta sobre la feminización del Estado y de la ley en una sociedad post-patriarcal. Asimismo, la crítica que surge sobre la plataforma de los derechos de las personas con discapacidad traduce tanto al “gobierno” como a los “hombres” como asuntos de dominio de todos los que están temporariamente aptos. Ello lleva al tema de la indiferencia hacia la diferencia. No puedo desarrollar aquí estos temas, ni los relacionados con ellos, por razones de espacio, salvo para decir que todas las nociones del EDD que los ignoren siguen estando éticamente fracturadas.

El mensaje del EDD de que los que están en el poder de alguna manera deben construir y respetar los límites de su propio poder es ciertamente importante. Pero la importancia de este requisito sensato no es lo suficientemente clara. En verdad, tanto los gobernantes como los gobernados deben permanecer circunscriptos por la ley (concebida aquí como un orden legal operante, un orden de legalidad) independientemente del privilegio del poder. Pero nunca queda suficientemente claro si deben hacerlo instrumentalmente (o sea, usando los términos de Max Weber, con un “propósito racional”, incluso un gobierno

ventajoso que sigue a la conducta) o intrínsecamente (la legalidad como un valor y una virtud éticos).

La conformidad instrumentalista trata a los lenguajes del EDD de maneras que perfeccionan senderos de más de una credencial hegemónica y de rango tiránico. Seguir los valores del EDD porque definen la conducta de Estado y la ley “buena”, “justa” y “correcta” es desarrollar una ética de la autoridad. Es en este punto donde comienzan las dificultades masivas, incluso cuando queremos considerar las tareas del EDD como las que definen el “Estado del *buen derecho*”.

Interpretar el “buen” derecho comporta una “filosofía social completa” que le quita “toda función de utilidad” a la noción. Tal como nos recuerda con agudeza Joseph Raz:¹⁴ “No tenemos necesidad de que nos conviertan al Estado de Derecho para descubrir que creer en él también significa creer en que el bien debería triunfar”. Pero el “bien” que triunfa, como una “filosofía social completa”, puede ser definido, y de hecho muchas veces lo ha sido, mediante modos que perpetúan Estados de Maldad Radical; ciertas filosofías sociales completas han justificado y siguen siendo capaces de justificar variedades de exclusión social violenta. ¿Es ésta la razón por la cual los enfoques post-metafísicos contemporáneos nos invitan a la tarea de considerar la justicia – cualidades de la estructura básica de la sociedad, la economía y la organización política– de modo tal que los lenguajes del Estado de Derecho se tornan inútiles?¹⁵

¿Qué toma en cuenta el EDD y qué no?

Ante cualquier respuesta a esta pregunta sería útil hacer una distinción entre el EDD como proveedor de lenguajes circunscriptos y de lenguajes facilitadores. Como lenguajes circunscriptos, plenamente informados por la lógica y por los lenguajes de los derechos humanos contemporáneos, el EDD se refiere a lo que el poder soberano y la conducta de Estado no pueden *hacer*, después de todo. Normativamente y de modo generalizado, en la actualidad se acepta que los actores estatales no pueden ejercer su autoridad mediante prácticas de genocidio, limpieza étnica, *apartheid* institucionalizado, prácticas de esclavitud o esclavizantes, violación y otras formas de abuso a las mujeres. Fuera de esto, los lenguajes circunscriptos del EDD estipulan y legislan las siguientes nociones generales:

1. los poderes de Estado deben diferenciarse: ninguna autoridad pública individual debería combinar los roles de juez, jurado, y ejecutor;
2. las leyes y los decretos deben permanecer de dominio público; es decir, las leyes deben ser generales, públicas y deben seguir siendo decisiones políticas discutibles;

3. la autoridad por medio de emergencias no declaradas es ilegítima y violatoria de los valores del EDD;
4. los estados de emergencia declarados constitucionalmente no pueden constituir prácticas indefinidas de autoridad y el poder adjudicativo no puede autorizar una violación grosera, flagrante, continua y masiva de los derechos humanos y de las libertades fundamentales durante dichos estados de emergencia;
5. la delegación de los poderes legislativos al ejecutivo siempre debe respetar ciertos límites ante el arbitrio soberano arbitrario;
6. la autoridad en todo momento debe estar limitada en vistas de los derechos humanos y las libertades fundamentales;
7. los poderes de gobierno deben ejercerse sólo dentro del ámbito de un propósito y de una intención definidos legislativamente;
8. en pos de dichos fines, el Estado y el Derecho no deben resistir ni revocar los poderes de revisión jurídica ni embarcarse en prácticas que afecten adversamente la independencia de la profesión legal.

Dichos “deberes”, lejos de constituir una lista fantástica de deseos, definen el terreno de las controversias actuales orientadas hacia la inhibición de un poder de Estado y una conducta de gobierno desenfrenadas. El tema no es si dichos “deberes” son necesarios sino si son *suficientes*. Aquí es donde entramos en el ámbito de los lenguajes facilitadores, que dejan abierta una vasta serie de opciones para el diseño y el detalle de las estructuras y los procesos de gobierno. Dichas opciones conciernen a los procesos de composición de una autoridad política legítima, de formas de gobierno político, de obligaciones de los gobernados y de los gobernantes.

Constitución de una autoridad legítima

El EDD no profundiza demasiado en esta dimensión. Suponiendo, sin embargo, que el otorgamiento adulto y universal de los derechos electorales constituye un valor medular del EDD, dicho EDD parece estar igualmente bien atendido ya sea por los sistemas de mayoría simple (“first past the post”) o proporcional y el “preferencial”, así como por sus variantes. Ninguna de las versiones –diluida o densa– del EDD ofrece normas ni estándares precisos para delimitar distritos electorales de tal modo que se evite la representación que favorece a un candidato.¹⁶ Más aún, el EDD sigue siendo algo indiferente al tema del financiamiento estatal de las elecciones; tampoco compromete una financiación corporativa de las campañas.

Las elecciones cuestan mucho dinero a los líderes políticos y desflecan a los partidos; qué “reglamentación” puede violar los valores de libertad de

expresión y de asociación del EDD liberal sigue siendo un interrogante abierto. También lo son las apelaciones a formas de “discurso de odio” en la política competitiva de las campañas. Más aún, el discurso dominante del EDD permanece indiferente al tema de los programas afirmativos de representación legislativa, que modifican el derecho de los grupos civilizacionales minoritarios a competir en las elecciones así como a la igualdad de representación de género. Los lenguajes del EDD, para bien o para mal, no abordan suficientemente la noción de participación y no llegan tan lejos como para formular medios de cambio constitucional como referendums, o el derecho a no olvidarse de los legisladores ineptos o corruptos.

Formas de gobierno político

En lo que concierne a las estructuras de gobierno, el EDD sigue siendo indiferente a las opciones entre formatos constitucionales como *federalismo* sobre *unitarismo*, *republicanos* sobre *monárquicos*, *seculares* sobre *teocráticos*, *flexibles* sobre *rígidos*. Ni ejecuta éstas opciones relativas al alcance y al método para reformar constituciones. La composición del poder judicial y de la administración de la justicia (métodos de designación y remoción de jueces, cargos vitalicios, construcción de jerarquías judiciales, etc.) permanecen infinitamente abiertas dentro de los lenguajes del EDD.

Obligaciones de los gobernados y de los gobernantes

Los famosos límites al poder de creación de leyes (legislativo) *no* conllevan ninguna *obligación* ética para redactar leyes, ni tampoco un “derecho” público para crear una ley para los pueblos marginados, desposeídos o desfavorecidos. Esta despiadada falta de decisiones impacta sobre el futuro de muchos seres humanos y de muchos derechos humanos. Niklas Luhman sostuvo conmovedoramente que la decisión política respecto de la creación, abolición o reelaboración de las leyes no es más que la *positivización de la arbitrariedad*. Sin embargo, dicha arbitrariedad se ve arrollada por la globalización disciplinaria en la que los Estados del Sur tienen la obligación de hacer leyes que favorezcan a las comunidades de los inversores extranjeros directos sobre las de sus propios ciudadanos; dichas obligaciones son estimuladas por las corporaciones transnacionales y por las instituciones financieras internacionales que muestran poca responsabilidad democrática y de derechos humanos.

Finalmente ¿cuántos EDD se dirigen a su Otro? Una multitud de ilegalidades masivas a menudo generan históricamente formas de comprensión ciudadana que pueden llegar a redefinir interpretaciones del EDD. Provistas

de un cambio de tono debido a las nociones indeterminadas de la “soberanía” popular, dichas insurgencias populares denotan campos de lucha de las Multitudes contra el Dominio de lo Minúsculo.¹⁷ ¿Qué espacio podemos proveer nosotros, y cómo podemos “nosotros” (“los comerciantes simbólicos” del EDD) proveerlo para dichos particularismos militantes en nuestros escritos?

Este listado somero de ansiedades *no* pretende sugerir que nos eximimos totalmente de los lenguajes y de las lógicas del EDD. Por el contrario, invita a mayores esfuerzos para que se sometan las historias y las fronteras normativas e ideológicas del EDD con gran cuidado y estricto escrutinio.

En pos de dicho fin, reitero mi compendio en una frase: el EDD siempre y en todas partes es el campo del esfuerzo de los pueblos para lograr que el poder sea *responsable*, la autoridad *justa* y el Estado *ético*. Sin duda alguna, cada uno de los términos románticos o ideales que se usan aquí (responsabilidad, justicia y ética) necesita ser descifrado, y a continuación intento hacerlo al reflexionar sobre la teoría y la práctica del EDD indio.

Originalidad y mimesis – EDD postcolonial indio

Necesariamente, más de una continuidad histórica inducida colonialmente¹⁸ tiene su huella en la Constitución de la India. Pero la herencia colonial se relaciona más con los aparatos y las instituciones de gobierno que con las concepciones de justicia, de derechos y de desarrollo. Ellas, a su vez, afectan las continuidades con el pasado colonial. El aspecto distintivo del EDD indio yace en el otorgamiento de espacio para una conversación continua entre nociones medulares: “derechos”, “desarrollo”, “autoridad” y “justicia”.¹⁹ En consecuencia, también ofrece una revisión de las concepciones liberales de los derechos, que afectan las formas distintivas de la vida constitucional del sur.²⁰

El discurso hegemónico del EDD subestima la relevancia histórica mundial de las concepciones del EDD del constitucionalismo indio. En la búsqueda desordenada de un Nuevo Imperio, la imaginación constitutiva de las llamadas “sociedades transicionales” permanece atada sobre todo a lo que dichas sociedades que antes eran socialistas puedan aprender de la experiencia constitucional estadounidense. Por consiguiente, se pierden irremediamente muchas oportunidades de aprendizaje comparativo con la experiencia y la imaginación de la experiencia del EDD indio. En la elaboración de constituciones post-socialistas hay mucho que aprender de la originalidad de la forma post-colonial; sin embargo, y a pesar del renovado interés en los estudios constitucionales comparativos, parece que la Europa “nueva” tiene muy poco que aprender del viejo Sur Global.

Por el momento, trato brevemente a continuación la relación entre estas cuatro nociones clave: autoridad, derechos, justicia y desarrollo.

Autoridad

El Holocausto de la División de la India proporciona el momento histriónico en que se elabora la Constitución india. Se consideraba que el establecimiento de estructuras para el orden y la seguridad humana colectiva era un recurso crucial del EDD, del mismo modo en que hoy la creación de un nuevo EDD global se ve afectada por las dos guerras del “terror”. La noción de que el alcance radical de la autodeterminación debe confinarse meramente al final de la ocupación colonial brinda un nuevo *leitmotiv* para la autoridad india; la integridad y la unidad de la nueva nación redefine el EDD indio para autorizar poderes vastos y cada vez más proliferantes de detención preventiva y la continuación eterna de muchas legislaciones coloniales de seguridad como leyes vigentes.²¹ Desde el momento de su concepción, los itinerarios del EDD indio cobran forma según la doctrina de la razón de Estado y las prácticas acentuadas de la autoridad militarizada. En líneas generales, no se permite la intrusión de ninguna consideración de valor del EDD en el combate estatal contra la rebelión armada que apunta a la secesión de la Unión India. En este sentido, la experiencia india es escasamente única.

Lo distintivo, sin embargo, es la autoridad o la administración de la política de autonomía.²² En teoría, el Parlamento tiene el poder de cambiar el mapa federal, creando nuevos estados, achicando o ensanchando sus fronteras, e incluso los nombres de los mismos, sin una deliberación democrática. Sin embargo, la creación casi constante de nuevos estados dentro de la federación india, siguiendo ejes lingüístico-culturales y de identidad, implica movimientos multitudinarios de gente, así como una considerable violencia estatal e insurgente. La política de la autonomía demanda la comprensión india del *principio* y del *detalle* federal.

Si el principio federal privilegia lo *local* dentro de lo *nacional*, respetando la geografía de la diferencia de tal modo que se autorice a los conocimientos locales, sus culturas, poderes y voces a que informen y delineen la autoridad, el detalle federal –sobre todo la distribución de los poderes legislativo, ejecutivo y administrativo– busca negarlo. Es cierto que dicha distribución de poderes sólo puede cambiarse mediante reformas constitucionales y éstas son difíciles de negociar y de conseguir en la era actual de la política de coalición. Sin embargo, el Parlamento indio conserva una generosa autoridad residual que lo autoriza a legislar sobre asuntos no especificados en la lista concurrente y del Estado; es más, las leyes que puede crear a menudo tienen una autoridad nacional dominante. Además, el artículo 35 específicamente le otorga al Parlamento poderes especiales para sancionar leyes que deroguen incapacidades y discriminaciones impuestas desde la antigüedad sobre los intocables de la India (artículo 17) y sobre la esclavitud y las prácticas

relacionadas con ella (artículos 23 y 24). Y, tomando fuertemente en cuenta la “experiencia” del federalismo comparativo del Commonwealth, especialmente en los casos de Canadá y de Australia, la Suprema Corte india introduce constantes reformas en su origen interpretativo para ampliar el rol hegemónico nacional al gobierno de la Unión.

El distintivo federalismo cooperativo indio se conserva definido y desarrollado por muchas redes institucionales. La Comisión Nacional de Finanzas ordenada por la Constitución construye una normativa de derechos humanos adjudicando los recursos federales a los estados. La Constitución y la ley crean agencias nacionales por toda la India ²³ encargadas de proteger y promover los derechos humanos de las minorías “discretas e insulares”. El Controlador y Auditor General de la India, apoyado por la Comisión Central de Vigilancia, al menos ayuda a delinear el discurso relativo a la corrupción en las altas esferas. Y, sobre todo, la Comisión Electoral india ha venido realizando tareas heroicas para lograr un mínimo de integridad en el proceso electoral. El modo de trabajo de éstas y otras agencias relacionadas con las mencionadas es objeto de un activo diálogo político, y está incluido en las prácticas del periodismo investigativo; de igual modo, el movimiento social así como el activismo de derechos humanos son asegurados constitucionalmente por el ejercicio de los Altos Tribunales Estatales y de la Suprema Corte de Justicia de la India.

Todo ello permite una continua rearticulación del poder del pueblo confrontado por una forma de gobierno y una formación estatal altamente militarizadas, que a menudo instauran e infligen un déficit democrático pesado sobre los procesos, las instituciones, y las redes de gobernabilidad. Por lo tanto, las intervenciones cada vez mayores de la sociedad civil, que activan el alto poder judicial, han llevado a un cierto ablandamiento de los aspectos antidemocráticos del funcionamiento de la Constitución india.²⁴

En líneas generales, el caso parece ser el de un principio federal que se sostiene restringido normativamente por el detalle federal. Dicho de otro modo, el federalismo indio contribuye al discurso del EDD no sólo facilitando la autoridad sino facultando formas participativas de elasticidad ciudadana y de confianza en sí misma. Dicha experiencia merece una medida de dignidad de discurso en nuestras conversaciones sobre el constitucionalismo “comparativo”.

Derechos

Las nociones indias sobre el EDD siguen estando profundamente unidas a los modos en que se conciben los derechos fundamentales. Lejos de reiterar ya sea la teología liberal o la libertaria de los derechos, las concepciones del EDD indio también conceden una acción de Estado progresiva. Así, por ejemplo, los

enunciados de los siguientes derechos constitucionales autorizan una acción legislativa y política manifiestamente violatoria de algunas concepciones liberales de derechos:

- el artículo 17 proscribire ciertas prácticas sociales de discriminación basándose en la “intocabilidad”;
- los artículos 23-24, que enarbolan los “derechos contra la explotación”, proscriben las prácticas de servidumbre rústica (afianzada y de otras formas de mano de obra no-libre) y otras prácticas relacionadas con éstas, todas de violenta exclusión social;
- los artículos 14-15 autorizan al Estado, bajo el rótulo de los derechos fundamentales, a combatir formas viciosas de patriarcado;
- los artículos 25-26 configuran el secularismo constitucional indio de tal manera que autorizan al Estado a combatir plenamente prácticas ofensivas de los derechos humanos dentro de la tradición religiosa dominante del Hinduismo;
- los artículos 27-30 proporcionan una panoplia de protección fecunda a los derechos de las minorías religiosas, culturales y lingüísticas.

El EDD indio se presenta aquí concebido normativamente no sólo como una *espada* contra la dominación del Estado, sino como un escudo, facultando una intervención estatal “progresiva” en la sociedad civil. Al hacerlo así, se compromete simultáneamente con una desautorización y un fortalecimiento del Estado indio de tal modo que hace más complicada la autoridad, la política y el desarrollo constitucional. En términos de la psicología social de antaño, la Constitución inaugura así una “disonancia cognitiva” de tal modo que marca necesariamente su curso algo esquizoide de desarrollo.

Los textos sobre derechos, enunciados al mismo tiempo que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, influyen aún más en el desarrollo de las normas, los estándares, e incluso los valores, internacionales de los derechos humanos. Tengo ante mí la Parte IV de la Constitución donde se establece la distinción entre los regímenes de derechos civiles y políticos y los de derechos sociales y económicos, que más tarde dominan las formas de diálogo global sobre los derechos humanos.

Los Principios Orientadores de la Política de Estado, declarados fundamentales en la elaboración de formas de autoridad –leyes para regir el Derecho y la política–, encarnan así las obligaciones constitucionales de un código de Estado previamente desconocido. Muchos, instalados de hecho en sus orígenes, y con subsiguientes arreglos y mecanismos de autoridad, articulan maneras institucionales para seguir adelante con esta misión. No recargaré el presente texto con una enumeración detallada.²⁵

Las concepciones del EDD indio expanden aún más un alcance extraordinario para los poderes judiciales de revisión, una nueva joya en la corona india postcolonial, tal como está. Los poderes extraordinarios para compensar la violación a los derechos fundamentales han alcanzado, someramente, los resultados siguientes. En primer lugar, un logro increíble que se refiere a la jurisprudencia de derecho administrativo orientado hacia la lucha y el control del uso de los poderes discrecionales; en segundo, una supervisión de fallos sobre las legislaciones acusadas de violar derechos fundamentales o el principio y el detalle del federalismo indio; en tercero, el logro enorme que modeló la Suprema Corte de Justicia de la India al otorgar sus increíbles poderes inaugurales de supervisión del ejercicio de poderes rectificativos plenarios por medio de la doctrina de la estructura básica y de las características esenciales de la Constitución. Dichos poderes ahora son más rutinarios como para llevar a casa una micro-contabilidad por el ejercicio del poder legislativo, ejecutivo y administrativo bajo la supervisión de los fallos.²⁶

El ejercicio de ser partera judicial para dar a luz derechos humanos y una autoridad limitada no es únicamente indio; lo distintivo de la historia india es que los jueces creen cada vez más que los derechos humanos básicos están más seguros en su custodia interpretativa que con las instituciones representativas, y así actúan siguiendo dicha convicción. Esta creencia y esta práctica se combinan para producir un tipo distintivo de “fe constitucional” (para tomar prestada una expresión fecunda de Sanford Levinson, 1988) que legitima aún más la revisión judicial expansiva de manera permanente.

Justicia/Desarrollo

Una característica extraordinaria del constitucionalismo que inspira el EDD indio se presenta mediante la pregunta acerca de la *justicia de los derechos*. Recientemente, elaboré este tema con gran detalle²⁷ al sugerir además que la justicia problemática de los derechos no puede ser captada por las concepciones del desarrollo indio ni por el orden social deseado o constitucionalmente imaginado. Al momento de elaborar la Constitución se plantearon al menos tres tipos de preguntas sobresalientes respecto de la justicia de los derechos. Primero, si la promoción y la protección de los derechos humanos y de las libertades individuales conllevaban el máximo respeto hacia la propiedad plena sobre los medios de producción como fundamento esencial de la libertad, ¿cómo podría darse *alguna vez* una redistribución social “justa”? Segundo, ¿cuánto respeto pleno a los derechos comunitarios deben reconciliarse con los derechos individuales de las personas que desean pertenecer a una comunidad y, sin embargo, protestan contra la violación de derechos individuales dentro de leyes de privilegio pertenecientes a una membresía de grupo? Tercero, ¿qué tan lejos

deben llegar los derechos diferenciados de grupos que privilegian programas de acción afirmativa, que no sólo extienden los cupos educativos y de empleo sino también las reservas legislativas para castas y tribus registradas, como maneras de reparar daños pasados y milenarios?

Estas tres interlocuciones también definen las concepciones constitucionales del “desarrollo”. Si hubiera que tomar el Preámbulo y los Principios Orientadores de la Política de Estado seriamente, “desarrollo” significa el flujo *desproporcionado* de los recursos sociales y estatales que acentúan los beneficios reales de las masas indias deprimidas que Babasaheb Ambedkar brillante y conmovedoramente describió como los *atisudras* de la India, el proletariado social y económico. Mucho antes de que llegara a la escena del EDD global el derecho a las nociones de autoridad y desarrollo basadas en el desarrollo, la Constitución india había codificado su comprensión. De cualquier modo, el problema de la “justicia de los derechos” ha sido diversamente recurrente en la experiencia india y sugiero que se vean las viñetas que doy a continuación.

El EDD desplegado por el poder judicial indio

La Suprema Corte India es un foro con una vasta jurisdicción general sin parangón. No es una corte constitucional, si bien mucha de su actividad se refiere a problemas relativos a la aplicación de derechos fundamentales. La ley aplicada por la Corte se constituye en obligatoria para todos los tribunales de todo el territorio de la India y, por extensión necesaria, para los ciudadanos y los demandantes estatales. Más aún, no sólo todas las autoridades del Estado están obligadas a ayudar en la ejecución de las sentencias judiciales cumbre sino que la Corte tiene autorización para llevar a cabo una “justicia completa”, un reservorio increíble de poder judicial plenario, del que ha hecho uso ampliamente en las últimas dos décadas. El predominio legislativo de las decisiones judiciales cumbre se da con poca frecuencia; sin embargo, desde la adopción de la Constitución, se ha invocado un recurso extraordinario llamado el 9no. Programa para inmunizar estatutos que hay en ella respecto del virus de la revisión judicial, incluso cuando *ex facie* las legislaciones inscritas en ella siguen siendo violatorias de los derechos fundamentales. En una sentencia reciente, la Suprema Corte asumió poderes de superintendencia constitucional sobre la validez de leyes inmunizadas de tal manera.

En los primeros años, la Corte adoptó el punto de vista de que si bien los Principios imponen una “gigantesca” obligación de cumplimiento para hacer leyes y política, su no justiciabilidad explícita significaba que las normas sobre derechos tenían predominio sobre los Principios. Esto generó un conflicto de gran intensidad entre el Parlamento y la Corte, que terminó con un incremento

de reformas constitucionales. Durante el proceso, se generó también mucha batahola constitucional –sobre todo sobre un sistema judicial “conservador” que parecía frustrar a un Parlamento “progresista” comprometido con las reformas y la redistribución agraria– que llevó a un estilo indio de “encajonamiento” de la Corte.²⁸

Con el correr del tiempo, se desarrollaron dos tipos de respuestas adjudicativas. Primero, las Cortes Supremas empezaron a desplegar los Principios como una tecnología de interpretación constitucional, favoreciendo un estilo interpretativo que *fomentó*, en lugar de *frustrar*, los mencionados Principios. Dicha justiciabilidad “indirecta” contribuyó mucho a la fructificación de las versiones sustantivas o “densas” del EDD indio. Segundo, en su encarnación más activista desde los años ochenta, la Corte empezó a *traducir* algunos Principios en derechos. Quizá, uno de los ejemplos más cruciales de esto sea la insistencia judicial en que el Principio que fija una educación libre y obligatoria para los menores entre 6 y 14 años es un derecho fundamental.²⁹ La Corte, en este caso, generó una reforma constitucional que elevó dicho derecho a un aspecto integral de los derechos a la vida y a la libertad en el artículo 21.

Simultáneamente a la adopción de la Constitución, los jueces indios lucharon para erigir cercos y límites al poder de la legislación delegada (procesos mediante los cuales el poder Ejecutivo de hecho legisla). Le concedieron dicho poder pero con una advertencia importante: el poder de la administración para crear normas no puede usurpar la función legislativa de enunciación de la política, acompañado por sanciones prescriptivas. Así estalló la “explosión de leyes administrativas”, donde los jueces no tanto derogaban la legislación delegada sino que monitoreaban vigorosamente su desempeño. El ejecutivo puede crear reglas obligatorias; pero los tribunales tomaron la responsabilidad de interrogar, incluso de anular, ciertos ejercicios específicos de la elaboración de normas administrativas. Se desarrolló entonces una impresionante variedad de técnicas jurídicas acerca de la revisión de acciones administrativas.

Los jueces defendieron el poder de revisión jurídica sobre la constitucionalidad de los desempeños legislativos. Las leyes que transgredían los derechos fundamentales o el principio y el detalle federal activaron la “esencia” del poder de revisión jurídica. Cada vez que fue posible, la Suprema Corte buscó evitar la derogación de leyes; adoptó el repertorio estándar de “leer hasta el alcance estatutario y el espíritu de la ley para evitar el conflicto y recurrió a la peculiar doctrina judicial de la ‘construcción armoniosa’”. Pero cuando fue necesario, se declaró la nulidad de leyes promulgadas. E incluso cuando la reafirmación legislativa las resucitó, fueron presentadas nuevamente al escrutinio estricto del guante judicial. Las instancias de derogación judicial de estatutos excede en mucho en número y en rango la experiencia jurídica de revisión en el norte.

Más allá de esto, los jueces indios asumieron un poder impresionante para

presentar reformas constitucionales al escrutinio y a la revisión estrictos. Realizaron dicha innovación audaz a través de la doctrina – modelada judicialmente– de la Estructura Básica de la Constitución. Esta se mantuvo, tanto en el discurso judicial como en el jurídico, tan definitiva acerca de su “personalidad” definida, de vez en cuando como las “características esenciales” de la Constitución. Proclamaron el “Estado de Derecho”, la “Igualdad”, los “Derechos Fundamentales”, el “Secularismo”, el “Federalismo”, la “Democracia” y la “Revisión Jurídica” como características esenciales de la Estructura Básica, cuyo poder rectificativo no puede transgredir legalmente jamás.

Articulado inicialmente como una doctrina jurídica que modela los límites del poder rectificativo, el régimen de la limitación de la Estructura Básica se ha extendido a otras formas de ejercicio de los poderes constitucionales e incluso legislativos. Los modos adjudicativos inefables también marcan una concepción nueva y audaz: “el poder constitutivo” (o sea, el poder para rehacer y deshacer la Constitución) está compartido juntamente con la Suprema Corte de Justicia, hasta el punto que declara ciertas reformas como constitucionalmente *ilegales*.

Esta producción jurídica y judicial atravesó luego con gravedad (¡porque los Jueces asumieron la tarea de proteger a la Constitución de sí misma!) la jurisprudencia constitucional de Pakistán, Bangladesh y Nepal. El discurso “comparativo” del EDD hasta ahora pasa totalmente por dicha difusión.

Para concluir esta descripción, las tribunales de apelación bajo el liderazgo de la Suprema Corte diseñaron una forma extraordinaria de jurisdicción bajo la rúbrica del litigio de acción social [LAS], todavía mal llamado “litigio de interés público”. Sucintamente, el LAS ha obtenido los siguientes resultados sorprendentes:

- una democratización radical de la doctrina de *locus standi*; cualquier ciudadano puede presentarse ahora ante un tribunal para denunciar una violación a los derechos humanos de otros conciudadanos;
- el “de-lawyering” del litigio constitucional en el sentido de que se admiten los peticionantes en persona, con todos sus caóticos estilos forenses de discusión;
- el establecimiento de nuevos estilos para recabar información por medio de comisiones socio-legales de investigación que apoyan la resolución adjudicatoria;
- la creación de una nueva cultura adjudicatoria; la jurisdicción del LAS no se concibe como adversarial sino como una empresa de colaboración entre ciudadanos, tribunales y un ejecutivo recalcitrante;
- la invención de una jurisdicción continua por medio de la cual los tribunales siguen aportando alguna restauración mínima de los derechos humanos en las prácticas de la autoridad;

- la elaboración de nuevos modos de enunciación judicial de los derechos humanos, un asunto complejo en el que la Suprema Corte especialmente hace revivir derechos deliberadamente excluidos por los creadores de la Constitución (como el derecho a un juicio sin demoras), crea algunos derechos que se integran a los enunciados por el texto constitucional (como el derecho a la subsistencia, a la privacidad, a la educación y la alfabetización, a la salud y al medio ambiente), la reelaboración de la Constitución por medio de la invención de nuevos derechos (como el derecho a la información, a la inmunidad ante prácticas corruptas de la autoridad, los derechos al secularismo constitucional, el derecho a la compensación, a la rehabilitación y a la reubicación de las poblaciones violadas).

Esta nueva reglamentación, o *Dispositivo*, judicial fue tanto ovacionada como criticada. La ovación registra el surgimiento de la Suprema Corte misma como parte integral del nuevo movimiento social que aspira a redemocratizar el Estado y las autoridades indias. La crítica asume las dos formas principales. Primero, los agentes y los pesebres de la autoridad se quejan de “usurpación judicial”. Dicha queja de hecho cae en saco roto porque, en realidad, el LAS presupone muchos esfuerzos y funciones que los actores políticos del régimen coalicional simplemente ya no pueden administrar; dicho de otra manera, la Suprema Corte asume las tareas de la autoridad nacional, asignadas de otro modo, como corresponde, a la autoridad democrática. Segundo, los litigantes del LAS, con frecuencia desilusionados, gritan “foul” cuando el LAS no logra cumplir sus promesas. La sobrecarga de expectativas aquí sigue siendo variada y asombrosa, sin respetar límites de capacidad, oportunidad y potencial de poder judicial como un arma de la autoridad nacional. Así, la Corte Suprema a menudo falla y no logra abordar, y mucho menos compensar, la política contenciosa respecto de los modos con los que el poder judicial puede:

- declarar plenamente que los proyectos de mega-irrigación son constitucionalmente ofensivos de los derechos humanos;
- quitarle legitimación constitucional a las políticas actuales de privatización y desregulación por ser contrarias al desarrollo así como ofensivas y violatorias de los derechos humanos;
- traducir, con plena sinceridad constitucional, el lema actual: “Los derechos de las mujeres son Derechos Humanos”, con debida referencia a los pluralismos religiosos y sociales;
- hacer que la voz adjudicataria promueva “la cultura compleja” de la India (artículo 51-A) al elaborar las concepciones del EDD, los derechos, la justicia, el desarrollo y la autoridad;

- fomentar y ampliar la participación en el gobierno como *leitmotiv* de la concepción constitucional del EDD indio. Cómo pueden enfrentar “mejor” el argumento contra la concreción de la igualdad de oportunidades y el acceso de los pueblos eternamente marginados a cupos para educación y empleo en instituciones educativas administradas por el Estado o apoyadas por él, así como empleo público y federal.³⁰

Algunas observaciones a modo de conclusión

Proporcionar un sentido mínimo de la violencia y de la violación encastradas en las historias del Estado de Derecho en la India excede los límites del presente ensayo. No sólo se ha forzado a los deprimidos a engañarse respecto de una supervivencia flaca sino que las dimensiones “juripatéticas” (para citar la frase de Robert Cover) del EDD indio vigente constantemente ha encontrado nuevas maneras para privar a los ciudadanos de sus derechos de ciudadanía. Estas historias de violenta exclusión social pueden contarse diversamente. Hace poco relaté la institucionalización de la “cultura de la violación” en el contexto de la violencia y la violación en Gujarat en 2002.³¹

Pero debemos volvernos a la literatura y no al Derecho para tomar conciencia plena del horror de la traición del Estado de Derecho indio. En *Bashai Tudu*, Mahasweta Devi habla de las ambigüedades constitutivas en las prácticas del gobierno y la resistencia del “Estado de Derecho” militarizado en la India. En *A Fine Balance*, de Rohinton Mistry, se nos educa sobre la miseria constitucional de los intocables, atrapados en la creciente red de la autoridad “constitucional”. Estos dos paradigmáticos clásicos literarios indios nos invitan buscar un género distintivo de estudio del derecho y de la literatura indios, fuera del cual es casi imposible captar las atrocidades vividas en la práctica del EDD indio.

Ellos también hacen un hincapié vital (con la serie de notables *Estudios subalternos* indios) en el hecho de que las patologías de la autoridad son, igualmente, modos normalizadores de la misma como un medio para controlar a los pueblos “ilegítimos” (para citar la frase favorita de Hannah Arendt). Los atributos juripatéticos del Estado de Derecho indio en funcionamiento pueden describirse mejor en términos de una reproducción social de la ilegitimidad. El activismo judicial indio empieza a realizar y a marcar un modesto cambio de rumbo.

El relato indio al menos sitúa la importancia de las formas de narrativas creacionistas del sur para la teoría y la práctica del Estado de Derecho contemporáneo. El tiempo sin duda está al alcance de la mano para construcciones de narrativas multiculturales (a pesar de la reserva justificada que evoca el término) del Estado de Derecho, precisamente porque se dice a

voces que la “historia” ya ha terminado, y que *no* quedan en el horizonte “alternativas” significativas al capitalismo global.

La búsqueda auténtica del renacimiento del Estado de Derecho acaba de empezar su carrera histórica mundial. Las comunidades epistémicas del EDD no tienen elección. Nuestras modalidades de discusión sobre el EDD pueden abortarse definitivamente o ayudar a dar a luz algunas concepciones nuevas sobre el EDD, que ahora intenta encontrar una voz a través de los multitudinarios espacios de lucha del pueblo contra un capitalismo global que le presagia alternativas.

Después de todo, creo, necesitamos ubicarnos nuevamente bajo la tutela de Michael Oakeshott.³² Nos recuerda, preciosamente, que lejos de ser un “producto terminado” de la historia de la humanidad, el tema del Estado de Derecho “sigue siendo una composición individual, una unidad de particularidad y de generalidad, en la que cada componente es lo que es, en virtud de lo que contribuye al bosquejo del todo”. Esa virtud del “todo” ya no puede legitimar la narratología euroestadounidense. En cambio, la tarea sigue siendo la de volver a privilegiar otros modos de relatar historias del EDD como una forma de empresa participativa con una miríada de voces “subalternas”.

NOTAS

1. G. Agamben, *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, Stanford, Stanford University Press, 1995. Ver también G. Aderni, “Legal Intimations: Michael Oakeshott and the Rule of Law”, *Wisconsin Law Review*, 1993, pág. 838; U. Baxi, “The Gujarat Catastrophe: Notes on Reading Politics as Democidal Rape Culture” in Kalpana Kababiran (ed.), *The Violence of Normal Times: Essays on Women’s Lived Realities*, Nueva Delhi, Women Unlimited in association with Kali for Women, 2005, págs. 332-384; U. Baxi, “Postcolonial Legality” in Henry Schwartz & Sangeeta Roy (eds.), *A Companion to Postcolonial Studies*, Oxford, Blackwell, 2001, págs. 540-555; B. Fine, *Democracy and the Rule of Law: Liberal Ideals and Marxist Critiques*, Londres, Pluto Press, 1984; M. Galanter, *Competing Equalities*, Delhi, Oxford, 1984; M. Hidayatullah, *The Fifth and Sixth Schedules of the Constitution of India*, Gauhati, Ashok Publishing House, 1979; C. Schmitt, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, Cambridge, The MIT Press, George Schwab trs, 1985; A. Sen, *Development as Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1999 y J. Stone, *The Social Dimensions of Law and Justice*, Sydney, Maitland, 1966, págs. 797-99.

2. Para esta distinción elaborada de diversas maneras, ver L. Fuller, *Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964; N. McCormick, “Natural Law and the Separation of Law and Morals”

in Robert P. George (ed.), *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, Oxford, Clarendon Press, 1992, págs. 105- 133; J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1980 y G. Q. Walker, *The Rule of Law: Foundation of Constitutional Democracy*, Melbourne University Press, 1988.

3. Hay un inicio comparativo valioso, realizado por un grupo de investigadores. Ver R. Peernbohm, *Asian Discourses on the Rule of Law: Theories and Implementation of Rule of Law in Twelve Asian Countries, France and U.S.*, Londres, London and Routledge, 2004. El presente ensayo amplía sustancialmente y revisa mi contribución al volumen mencionado.

4. Ver R. Young, *Postcolonialism: An Introduction*, Oxford, Blackwell, 2001 y U. Baxi, "The Colonialist Heritage" in Pierre Legrand and Roderick Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, 2003, págs. 6-58. Ver también el material que se cita en él.

5. E. P. Thompson, *Whigs and Hunters: The Origins of Black Act*, London, Allen Lane, 1975.

6. U. Baxi, *The Future of Human Rights*, Delhi, Oxford University Press, 2da. ed., 2006.

7. Presentados diversamente, por ejemplo en Braithwaite y Dathos (2000), Chibundo (1999) y B. S. Chimni, "Cooptation and Resistance: Two Faces of Global Administrative Law", *New York Journal of International Law and Politics*, vol.37, n. 4/verano, 2005, págs.799-827.

8. Ver Gill (2000) & Schneiderman (2000).

9. Ver U. Baxi, "The War on Terror and the 'War of Terror', Nomadic Multitudes, Aggressive Incumbents & the 'New International Law'", *Osgoode Hall Law Journal*, v. 43, n. 1 y 2, 2005, págs.1-36. Ver también M. L. Satterthwaite, 'Rendered Meaningless: Extraordinary Rendition and the Rule of Law', New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, Paper 43, 2006; Idem, "Torture by Proxy: International and Domestic Law Applicable to 'Extraordinary Rendition'", Nueva York, ABCBY y NYU School of Law, 2004.

10. U. Baxi, *The Future of Human Rights*, Delhi, Oxford University Press, 2da. edición, 2006.

11. Ver también R. Peernbohm, "Let One Hundred Flowers Bloom, One Hundred School Contend: Debating Rule of Law in China", *Michigan Journal of International Law*, vol. 23, 2002, pág. 471.

12. L. Althusser, *Montesquieu, Rousseau, Marx: Politics and History*, Londres, Verso, Ben Brewster trs, 1982.

13. De hecho, la separación de poderes inviste al Ejecutivo con discreción soberana en las áreas de planeamiento del micro y del macrodesarrollo, de la producción de armas (incluyendo las armas de destrucción masiva), de las decisiones para emprender diversos tipos de guerra (encubiertas o abiertas), o del manejo de la violencia insurgente. Nuestro discurso sobre el EDD –no es una sorpresa pero sí una pena– termina aproximadamente donde comienza el Estado militarizado (el Estado "secreto", para evocar a E.P. Thompson, *Writing by the Candlelight*, Londres, The Merlin Press, 1989).

14. J. Raz, "The Rule of Law and its Virtue", *Law Quarterly Review*, v. 93, 1977, pág. 208.

15. J. Rawls, *The Law of Peoples*, Cambridge, Harvard University Press, 1999; Idem, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993. Ver también J. Habermas, *Between Facts*

and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy, Cambridge, The MIT Press, William Rehg trs, 1996.

16. Ver J. Morgan Kousser, *Colorblind Injustice: Minority Voting Rights and the Undoing of the Second Reconstruction*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1999.

17. Les pido que presten atención a fenómenos tan diversos como el mayo del '68, la protesta universitaria en EE.UU. contra la Guerra de Vietnam, las demostraciones masivas contra la Ronda de Uruguay y la OMC, la plaza de Tiananmen, las luchas contra los regímenes del apartheid en los EE.UU. y en Sudáfrica, contra las perversiones de la legalidad socialista centroeuropea y de la Europa del este y, más recientemente, las protestas contra la invasión a Iraq y las diversas revoluciones "de terciopelo" y "naranja". Para las nociones apropiadamente amorfas de "multitudes" ver A. Negri, *Insurgencias: Constituent Power and the Modern State*, Minnesota, University of Minnesota Press, Muarizia Boscagli trs, 1999; A. Negri & M. Hardt, *Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 2000; y de un género bastante diferente, ver P. Virno, *A Grammar of Multitude For An Analysis of Contemporary Forms of Life*, Los Angeles and New York, SEMIOTEXT(E), Isabella Bertolotti, James Cascaito, Andréa Casson trs., 2004.

18. G. Austin, *The Indian Constitution: The Cornerstone of Nation*, Delhi, Oxford University Press, 1964; Idem, *Working a Democratic Constitution—The Indian Experience*, Delhi, Oxford University Press, 1999, págs. 540-555. U. Baxi, "The Colonialist Heritage" in Pierre Legrand y Roderick Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, 2003, págs. 6-58.

19. Jawaharlal Nehru captó esta relación al insistir en que el "Estado de Derecho" no debe divorciarse del "estado de vida".

20. El constitucionalismo indio produce un impacto normativo sobre el constitucionalismo postcolonial, ilustrado admirable y recientemente en la Constitución sudafricana. Sin embargo, son tan empedernidos los hábitos del corazón euroestadounidense que el discurso dominante, incluso comparativo, representa las formas de constitucionalismo indio y del eje del sur como meramente *miméticos*.

21. Así, la Suprema Corte india ha construido un magnífico edificio de jurisprudencia de detención preventiva sometiendo los actos de detención a un escrutinio estricto, mientras se sostiene la constitucionalidad legislativa de tales medidas. También ver U. K. Singh, *The State, Democracy, and Anti-terror Laws In India*, Nueva Delhi, Sage, 2007.

22. Para perspectivas más recientes, ver R. Samaddar, *The Politics of Autonomy*, Nueva Delhi, Sage, 2005.

23. Como por ejemplo, el Consejo de Desarrollo Interestatal, la Comisión de Planeamiento, la Comisión de Derechos Humanos, las Comisiones para la Mujer y para las Minorías, la Comisión de Castas y de Tribus Registradas, la Comisión Central de Vigilancia, la Comisión de Derecho Indio.

24. Por ejemplo, la Suprema Corte, mediante diversas decisiones, ha logrado atenuar y casi hacer desaparecer el poder extraordinario para imponer el Dominio del Presidente, suspendiendo o derogando gobiernos o legislaturas estatales anteriormente ejercidas liberalmente. Se han examinado judicialmente y se han realizado enmiendas constitucionales en favor de los derechos humanos respecto del poder para declarar y administrar estados de Emergencia constitucional, en situaciones

de rebelión armada y de agresión externa, que tienen por resultado una suspensión masiva de los derechos humanos según la Parte 111 de la Constitución.

25. La referencia aquí es a una variedad de Principios Orientadores que refuerzan las estructuras de autoridad tales como la Comisión de Castas y de Tribus Registradas, la Comisión de Planeamiento, la Comisión de Finanzas, la Comisión Electoral, y algunas otras instituciones más recientes de derechos humanos como la Comisión Nacional de Derechos Humanos y la Comisión Nacional de la Mujer, algunas de las cuales también se repiten en el gobierno de los estados. Si bien fueron explícitamente declarados no justificables ante los tribunales, los mencionados Principios imponen una tarea "mayor" de observancia en la elaboración del Derecho y de la política. Debido a ello, los tribunales indios desplegaron los Principios como una tecnología de interpretación constitucional: han favorecido una interpretación que *estimula* los principios, en lugar de *frustarlos*. Esta justiciabilidad "indirecta" contribuyó mucho a la fructificación de las versiones sustantivas o "densas" del EDD indio.

26. No voy a recargar este artículo con referencias y fuentes que atestigüen este logro. Los lectores interesados pueden encontrar utilidad en los tratados de derecho constitucional y administrativo como los de Durga Das Basu, H. M. Seervai, M.P. Jain, S.N. Jain, S.P. Sathe, I.P. Massey, Rajiv Dhavan, entre otros.

27. U. Baxi, "Justice of Human Rights in Indian Constitutionalism: Preliminary Notes" in Thomas Pantham y V. R. Mehta (ed.), *Modern Indian Political Thought*, Delhi, Sage Publications, 2006, págs. 263-284.

28. Ver S. P. Sathe, *Judicial Activism in India*, Delhi, Oxford University Press, 2002; U. Baxi, *The Indian Supreme Court and Politics* Lucknow, Delhi, Eastern Book Company, 1980 e Idem, *Courage, Craft, and Contention: The Indian Supreme Court in mid-Eighties*, Bombay, N. M. Tripathi, 1985.

29. C. Raj Kumar, "International Human Right Perspective on the Right to Education: Integration of Human Rights and Human Development in the Indian Constitution", *Tulane International and Comparative Law*, v. 12, p. 237, 2004.

30. Todavía se espera la materialización de diversas leyes de reforma constitucional que reserven puestos para mujeres en las legislaturas nacionales y provinciales. Sus variadas historias legislativas contemporáneas siguen estancadas, de modos socialmente sintomáticos, respecto del tema de las "reservas dentro de las reservas". El tema es si dicho recurso debe ser por estratos como para permitir o autorizar a las mujeres doblemente o multiplicar a los oprimidos por estado y por sociedad civil, mediante cláusulas con cupos representativos para mujeres que pertenecen a las "subclases".

31. U. Baxi, "The War on Terror and the War of Terror, Nomadic Multitudes, Aggressive Incumbents & the 'New International Law'", *Osgoode Hall Law Journal*, v. 43, n. 1 y 2, 2005, págs.1-36.

32. M. Oakeshott, *On Human Conduct*, Oxford, Oxford University Press, 1975, págs.1-31.



OSCAR VILHENA VIEIRA

Oscar Vilhena Vieira posee un doctorado y una maestría en Ciencias Políticas de la Universidad de San Pablo (Brasil), así como una maestría en Derecho de la Universidad de Columbia (E.E.UU.). Vieira es Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Fundación Getúlio Vargas (FGV) y Coordinador del Programa para Graduados sobre Desarrollo y Derechos Humanos en la misma institución (Brasil). Es asimismo el Director Legal de Derechos Humanos de Conectas.

Dirección: Rua Pamplona, 1197, casa 4
São Paulo – SP 01405-030 Brasil
E-mail: oscar.vilhena@conectas.org

RESUMEN

En la actualidad la idea del Estado de derecho está aceptada casi unánimemente. Los defensores de los derechos humanos ven en el Estado de derecho una herramienta indispensable para evitar la discriminación y el uso arbitrario de la fuerza. ¿Cómo influye la profunda y persistente desigualdad social y económica en la integridad del Estado de derecho? El objetivo principal del presente ensayo es tratar de comprender los efectos de la polarización de la pobreza y de la riqueza en el sistema jurídico, especialmente con relación a uno de los ideales esenciales del Estado de derecho: que la ley y los responsables de la implementación de dicho Estado de derecho traten a la gente con imparcialidad.

Mediante una revisión de la concepción sustantiva y de la formalista del Estado de derecho, intentaré proporcionar al menos alguna explicación a por qué los estados y los pueblos cumplen con los estándares del Estado de derecho. El artículo también considerará el impacto de la desigualdad extrema y persistente en el Estado de derecho, basándome en mi conocimiento de la experiencia brasileña como ejemplo. La sección final se concentrará en el hecho de que incluso un sistema incompleto de Estado de derecho puede ser usado y puesto a prueba para darle más poder a los *invisibles*, para humanizar a los *demonizados*, y para traer otra vez a los *inmunes* al reino de la ley.

Ese artículo también será publicado en inglés en Thomas Pogge (ed.), *A human rights to be free from poverty: its role in politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

Original en inglés. Traducido por Alex Ferrara.

PALABRAS CLAVES

Estado de derecho – Regímenes democráticos – Sistema Jurídico – Desigualdad social y económica – Experiencia brasileña

LA DESIGUALDAD Y LA SUBVERSIÓN DEL ESTADO DE DERECHO*

Oscar Vilhena Vieira

Introducción

¿Cómo influye la profunda y persistente desigualdad social y económica en la integridad del Estado de derecho? El objetivo principal del presente ensayo es tratar de comprender los efectos de la polarización de la pobreza y de la riqueza en el sistema jurídico, especialmente con relación a uno de los ideales esenciales del Estado de derecho: que la ley y los responsables de la implementación de dicho Estado de derecho traten a la gente con imparcialidad. El principal argumento presentado aquí es el de la exclusión social y económica, derivado de niveles extremos y persistentes de desigualdad, que aniquila la imparcialidad legal, ocasionando la *invisibilidad* de los extremadamente pobres, la *demonización* de los que cuestionan el sistema, y la *inmunidad* de los privilegiados, ante los ojos de los individuos y de las instituciones. Sintetizando, la desigualdad social extrema y persistente erosiona la reciprocidad, tanto en el sentido de las ventajas mutuas como en la moral, deteriorando la integridad del Estado de derecho.

* Quiero agradecer a Denise Dora y a Leslie Bethel por todo el apoyo recibido de la Fundación Ford y del Centre for Brazilian Studies de la Universidad de Oxford, donde me ofrecieron un ámbito estimulante para escribir el presente ensayo en 2007, gracias a la beca de Derechos Humanos de Sergio Vieira de Mello. También quiero agradecer a Thomas Pogge por autorizarme a publicar este ensayo escrito previamente para un volumen que UNESCO le encargó, y que Oxford University Press publicará en 2008. Finalmente, deseo agradecer a Michael Ravvin por su lectura profundamente aguda del presente ensayo y por su corrección.

Ver las notas del texto a partir de la página 50.

Este trabajo está dividido en cuatro secciones, con sus respectivas conclusiones. En la primera parte, haré una revisión de la concepción sustantiva y de la formalista del Estado de derecho, e intentaré comprender por qué en la actualidad se ha adoptado dicho ideal casi por unanimidad. El desafío de la segunda parte es proporcionar al menos alguna explicación a por qué los estados y los pueblos cumplen con los estándares del Estado de derecho tratados en la primera parte. La tercera sección versa sobre el impacto de la desigualdad extrema y persistente en el Estado de derecho. En dicha sección, me basaré en mi conocimiento de la experiencia brasileña; y no se trata de una elección totalmente arbitraria. Si bien Brasil cuenta con un sistema jurídico razonablemente moderno y con un poder judicial independiente, según la mayoría de las llamadas virtudes del Estado de derecho, posee una historia relativa de cumplimiento de dicho Estado de derecho, sobre todo en lo que concierne a la aplicación de la ley. Una de las razones es la desigualdad. Espero que la referencia al Brasil no empañe mi propósito de llegar a conclusiones más generales respecto de la relación entre el Estado de derecho y la desigualdad. La sección final, sin embargo, no será pesimista. Se concentrará en el hecho de que incluso un sistema incompleto de Estado de derecho puede ser usado y puesto a prueba para darle más poder a los *invisibles*, para humanizar a los *demonizados*, y para traer otra vez a los *inmunes* al reino de la ley.

El concepto del Estado de Derecho

En la actualidad la idea del Estado de derecho está aceptada casi unánimemente. Ha sido un ideal en extremo poderoso para los que luchan contra el autoritarismo y el totalitarismo desde hace dos décadas, y se lo considera uno de los pilares principales de un régimen democrático.¹ Los defensores de los derechos humanos ven en el Estado de derecho una herramienta indispensable para evitar la discriminación y el uso arbitrario de la fuerza.² Simultáneamente, la idea de Estado de derecho revivida por libertarios como Hayek a mediados del siglo XX, fue adoptada con fervor por las agencias financieras internacionales y por las instituciones jurídicas de asistencia al desarrollo como un prerrequisito fundamental para el establecimiento de economías de mercado eficientes.³ Del otro lado del espectro político, incluso los marxistas, que en el pasado consideraban el Estado de derecho como un mecanismo de superestructura meramente formal para preservar el poder de las élites, comenzaron a reconocerlo como un bien humano incondicional.⁴ Sería difícil encontrar otro ideal político encomiado por un público tan diverso. Pero la pregunta es: ¿todos encomiamos la misma idea? Obviamente, o bien se habla de distintos conceptos del Estado de derecho o se enfatizan virtudes o características diferentes respecto de una noción más abstracta del Estado de derecho.

El concepto clásico del Estado de derecho ha estado sujeto a una reevaluación severa en las primeras dos décadas del último siglo. Pensadores como Max Weber, en *Economía y Sociedad*,⁵ nos advirtieron sobre el proceso de desformalización del Derecho, como consecuencia de las transformaciones en la esfera pública. Los años que siguieron al trabajo de Weber estuvieron marcados por una lucha política e intelectual tensa sobre la capacidad del *Rechtsstaat* para hacer frente a los nuevos desafíos impuestos por la Constitución Weimar socialdemócrata, debatidos entre conservadores como Carl Schmitt y socialdemócratas representados por Franz Neumann.⁶ Hayek responde a dichas perspectivas escépticas acerca del Estado de derecho en su influyente obra de 1944, *El camino a la servidumbre (The Road to Serfdom)*.⁷ Para Hayek, la intervención del Estado en la economía y el creciente poder discrecional de los burócratas para establecer y conseguir objetivos sociales amenazan la eficiencia económica; a causa de las transformaciones en las funciones del Estado, hubo un proceso de decadencia del Derecho como instrumento sustancial para la protección de la libertad. La noción de que el Estado no sólo tenía la obligación de tratar a sus ciudadanos con igualdad ante la ley sino de garantizarles una justicia considerable, iba acompañada por el argumento de los nuevos teóricos legales según el cual el concepto tradicional del Estado de derecho se había vuelto incompatible con la nueva realidad. Las diversas teorías del Derecho como el positivismo, el realismo jurídico o la jurisprudencia de intereses, construyeron una noción insustancial del Derecho, liberando al Estado de las limitaciones que le imponía un concepto sustantivo del mismo.

Para superar la situación de “opresión” en la que el Estado puede obligar a sus ciudadanos – por medio de leyes normativas – sin necesidad de justificar su acción con una ley general y abstracta, sería necesario volver a los orígenes del Estado de derecho. Con tal fin, Hayek hizo una revisión histórica y fijó una lista de elementos normativos esenciales del Estado de derecho como el instrumento para asegurar la libertad *par excellence*. Según esta versión, el Estado de derecho no puede compararse con el principio de legalidad desarrollado por el Derecho administrativo, porque es una concepción material, que concierne a lo que debería ser el Derecho, y por lo tanto una doctrina metalegal y un ideal político que podría ser útil a la causa de la libertad, y no la mera concepción de un gobierno que actúa de acuerdo con sus leyes. El Estado de derecho, según Hayek, debería estructurarse de acuerdo con los elementos siguientes: a) la ley debería ser general, abstracta y prospectiva, de tal modo que el legislador no pueda elegir arbitrariamente a una persona como objeto de su coerción o de su privilegio; b) la ley debe ser conocida y certera, para que los ciudadanos puedan planificar. Para Hayek éste es uno de los factores que más contribuyen a la prosperidad de occidente; c) la ley debe aplicarse a todos los ciudadanos y autoridades oficiales, para que disminuya el incentivo a promulgar leyes injustas;

d) debe haber una separación entre los legisladores y quienes tienen el poder de aplicar la ley, los jueces o administradores, de tal modo que las mismas no se creen teniendo en cuenta casos particulares; e) la posibilidad de revisión jurídica sobre las decisiones discrecionales administrativas para corregir eventuales aplicaciones erróneas de la ley; f) la legislación y la política también deben estar separadas, y la coerción estatal sólo justificada mediante la legislación, para evitar la intimidación de los ciudadanos con propósitos individuales; y g) una Declaración de Derechos no exhaustiva para proteger el ámbito privado.⁸

De esta manera, la concepción del Estado de derecho según Hayek encarna una concepción sustantiva del Derecho, una noción estricta de la separación de los poderes y la existencia de derechos liberales para garantizar el ámbito privado; modelada de tal forma que sirva de instrumento para proteger la propiedad privada y la economía de mercado. El principal problema de dicha concepción es que el Estado de derecho queda cautivo dentro de un ideal político determinado.

Como reacción a ésta y a otras formulaciones sustantivas o de Estados de derecho, como la de orientación más social derivada del Congreso de Delhi bajo el patrocinio de la Comisión Internacional de Juristas en 1959, Joseph Raz propuso una concepción más formalista, que evitaría la confusión entre varios objetivos sociales o ideológicos y las virtudes intrínsecas del Estado de derecho. Para él, “si el Estado de derecho es el Estado del buen derecho, explicar su naturaleza significa proponer una filosofía social completa. Pero, de ser así, el término carece de utilidad”.⁹

Para Raz, en un sentido más amplio, el Estado de derecho “significa que la gente debe obedecer la ley y ser gobernado por ella. Pero de acuerdo con la teoría política y jurídica, termina leyéndose, en un sentido más estrecho, que el gobierno será regido por el Derecho y estará sujeto a él”.¹⁰ La construcción de Raz requiere que las leyes se comprendan como normas generales, para que puedan guiar efectivamente las acciones. En este sentido la ley no es un mero hecho de poder, sino que requiere una forma particular. Sin embargo, Raz no se pasa a la posición de Hayek en la cual sólo las leyes abstractas y generales pueden constituir un sistema de Derecho general. Para Raz, sería imposible gobernar sólo con normas generales; cualquier sistema concreto debe estar compuesto por normas generales y particulares, que a su vez deben guardar coherencia respecto de las generales. Para cumplir con el objetivo de un sistema legal que pueda guiar la acción individual, Raz crea su propia lista de principios de Estado de derecho, según la cual las leyes deben ser potenciales, abiertas, claras y relativamente estables; y la creación de las leyes particulares debe estar guiada por normas abiertas, estables, claras y generales.

Pero dichas normas sólo tendrán sentido si existen instituciones responsables para su aplicación coherente, de tal modo que la ley pueda

convertirse en una reglamentación efectiva guiando la acción individual. Por lo tanto, la construcción de Raz requiere la existencia de un poder judicial independiente, porque si las normas son razones para las acciones, y el poder judicial es responsable de la aplicación de dichas normas, sería fútil orientar nuestra acción según la ley si los tribunales considerarán otras razones al juzgar. Por el mismo motivo deben contemplarse los principios del proceso de arreglo, como las audiencias justas o la imparcialidad. El Estado de derecho también requiere que los tribunales tengan el poder para revisar las leyes de otras áreas del gobierno, para garantizar la conformidad con dicho Estado de derecho. Los tribunales deben ser de fácil acceso para no frustrar el Estado de derecho. Finalmente, no se debe permitir que los poderes discrecionales de las agencias para la prevención de delitos perviertan la ley, en el sentido de que ni el fiscal ni la policía puedan tener la autoridad para adjudicar sus recursos en la lucha contra el delito sobre otras bases que no sean las estipuladas por la ley.¹¹

Desde esta perspectiva, la idea del Estado de derecho es un concepto formal según el cual los sistemas jurídicos pueden medirse no desde un punto de vista sustantivo – como el de la justicia o la libertad – sino según su funcionalidad. La función principal de un sistema jurídico es que sirva como una guía segura para la acción humana. Y ésta es la primera razón por la cual un concepto formalista del Estado de derecho, como el formulado por Raz, recibe un apoyo amplio de parte de perspectivas políticas diferentes. Es de gran valor para los gobiernos en general contar con una herramienta eficiente que oriente la conducta humana. Sin embargo, que sea útil para distintas perspectivas políticas no significa que incluso un concepto formalista del Estado de derecho sea compatible con todos los regímenes políticos. Al favorecer la predictibilidad, la transparencia, la generalidad, la imparcialidad y al otorgar integridad a la aplicación de la ley, la idea de Estado de derecho se convierte en la antítesis del poder arbitrario.¹² Por consiguiente, las diversas perspectivas políticas que apoyan el Estado de derecho comparten su aversión hacia el uso arbitrario del poder; y ésta es otra razón por la cual es apoyado tanto por demócratas como por igualitarios liberales, neoliberales o activistas de derechos humanos. Sin importar sus diferencias, todos están a favor de reprimir un gobierno arbitrario. En una sociedad abierta y pluralista, que ofrece espacio para hacer competir ideales del bien público, la noción del Estado de derecho se torna una protección común contra el poder arbitrario.

Sin embargo, hay una explicación menos noble para este amplio apoyo al Estado de derecho, de la cual es preciso cuidarse. Como el Estado de derecho es un concepto multifacético, si tomamos cada uno de sus elementos constitutivos por separado, serán muy valiosos para promover diferentes valores e intereses – a veces opuestos – como la eficiencia del mercado, la igualdad, la dignidad humana o la libertad. Para los que fomentan reformas

de mercado, la idea de un sistema jurídico que proporcione previsibilidad y estabilidad es de suma importancia. Para los demócratas, la generalidad, la imparcialidad y la transparencia son esenciales, y para los defensores de los derechos humanos la igualdad de trato ante la ley y la integridad de las agencias de aplicación de la ley son elementos indispensables. Entonces, lo que también ayuda a explicar la atracción que ejerce el Estado de derecho sobre un público tan grande es la lectura parcial de un concepto multifacético realizada por concepciones políticas diferentes. Por lo tanto, cuando encontramos a alguien que alaba el Estado de derecho, debemos ser cautos y verificar si no están ensalzando solamente una de sus virtudes. Una virtud que apoye los objetivos sociales que ellos quieran fomentar.

Cumplimiento del Estado de Derecho

Uno de los problemas importantes con este tipo de conceptualizaciones del Estado de derecho delineadas anteriormente (tanto sustantivas como formalistas) es que no nos ayudan a comprender cuáles son las condiciones externas (sociales, económicas o políticas) que favorecerían la adhesión de un sistema jurídico a la idea del Estado de derecho, para que tanto las autoridades estatales como los individuos cumplan con la ley. Por eso Maravall y Przeworski están tan desilusionados con el tipo de listas de los juristas, tratadas anteriormente, ya que ellos las consideran “poco convincentes como descripción e incompletas como explicación”.¹³ Por ende, el primer desafío que enfrentamos es el de intentar comprender qué condiciones o mecanismos dan inicio a la aplicación del Estado de derecho. ¿Por qué un gobierno que tiene el control indiscutido sobre los medios de coerción habría de someterse al Estado de derecho? ¿Y por qué cualquiera de nosotros habría de cumplir con la ley? Comencemos por la primera pregunta.

¿Por qué tendría que cumplir la ley un gobernante?

Según Holmes, la tesis principal de Machiavelli respecto de este tema es que “los gobiernos terminan haciendo predecible su propia conducta por el bien de la cooperación. Los gobiernos tienden a comportarse como si estuvieran ‘obligados’ por la ley, en lugar de usar la ley de manera impredecible como un bastón para disciplinar a la población[...]porque tienen objetivos específicos que demandan un alto nivel de cooperación voluntaria [...]”.¹⁴ Así que el gobernante usa la ley con parsimonia para obtener la cooperación de grupos específicos dentro de la sociedad, cooperación que no tendría si no les demostrara respeto por sus intereses. Cuanto más apoyo necesite el gobernante, más grupos quedarán incluidos bajo el ala de la ley, y a cambio de su apoyo

los mismos se verán beneficiados por un trato predecible por parte del gobernante.

El liberalismo y la democracia requieren la expansión del Estado de derecho hacia nuevos individuos que tengan estatus legal. De hecho, así es como evolucionó el Estado de derecho desde la Edad Media, extendiendo privilegios a distintos grupos. La Carta Magna es quizá el primer símbolo de dicho proceso de expansión de derechos jurídicos que culminó con la Declaración Internacional de Derechos en el siglo veinte y con los estatutos de derechos de las democracias constitucionales contemporáneas. La distribución de los derechos, que dan poder al pueblo es, por lo tanto, un medio clave para obtener cooperación. T.H. Marshal, en su clásico *Clase, ciudadanía y desarrollo social (Class, Citizenship and Social Development, 1969)*,¹⁵ describe claramente la evolución de la ciudadanía, mediante la inclusión del pueblo bajo el ala de la ley, dentro de los países occidentales. Ha sido necesaria la lucha política para que nuevos grupos consigan un estatus jurídico mediante derechos civiles, políticos, sociales y económicos, adquiriendo distintos niveles de inclusión en el Estado de derecho, a cambio de su cooperación. Luego, aunque no podemos confundir el Estado de derecho con los derechos de los ciudadanos, es muy difícil disociar históricamente las expansiones de la ciudadanía de la extensión del Estado de derecho. Las generales de la ley y el cumplimiento imparcial de la misma, como virtudes internas de un sistema de Estado de derecho, están directamente asociadas a la noción de igualdad ante la ley conseguida por medio de la expansión de la ciudadanía.¹⁶

En los regímenes democráticos contemporáneos, donde la legitimidad y la cooperación dependen de altos niveles de inclusión, los derechos tienden a estar distribuidos más generosamente. De todos modos, aún un régimen democrático no necesita cooperación de cada grupo por igual, de modo que no tiene el incentivo para tratar a todos igualitariamente bajo la ley en todo momento. Más aún, como los grupos dentro de la sociedad tienen recursos sociales, económicos y políticos desproporcionados, el costo de su cooperación también será desproporcionado, lo cual significa que la ley y su cumplimiento se modelarán según los diversos sectores de privilegios.

Ello significa que cualquier aproximación a la idea de Estado de derecho no sólo depende de la expansión de derechos expresada por escrito sino también, y quizá más críticamente, de con qué coherencia aplique el Estado dichos derechos. Y ésta es la paradoja que enfrentan varios regímenes democráticos con altos niveles de desigualdad social. Si bien en los libros se reconoce una igualdad de derechos, como medida simbólica para obtener cooperación, los gobiernos no se sienten obligados a cumplir con las obligaciones relativas a dichos derechos por igual para todos los miembros de la sociedad. Y como el costo de reclamar el cumplimiento de los derechos por medio del sistema del

Estado de derecho son desproporcionadamente más grandes para algunos miembros de la sociedad que para otros, el Estado de derecho se convierte en un bien parcial, que favorece sobre todo a los que tienen poder y recursos. En otras palabras, la igualdad formal provista por el lenguaje de los derechos no significa un acceso igualitario al Estado de derecho ni un cumplimiento imparcial de las leyes y de los derechos.¹⁷ Por lo tanto, es posible tener derechos, pero carecer de los recursos suficientes para reclamar su aplicación. Luego, es más apropiado pensar en el Estado de derecho no en términos de existencia o no existencia sino en términos de niveles de inclusión. El proceso democrático puede expandir el Estado de derecho. Pero incluso en los regímenes democráticos, en sociedades con niveles extremos de desigualdad, donde hay gente y grupos que poseen recursos y poder desproporcionados, el Estado de derecho tiende a proteger menos a los pobres y a lograr que los poderosos respondan ante la ley.

Sin embargo, el control de poder estatal y su sometimiento a la ley no es sólo una consecuencia de cómo se distribuye el poder socialmente. En las sociedades modernas, las instituciones se crean para dar forma a la conducta, por medio de formas numerosas de incentivos. También se puede encargar a las instituciones que se controlen unas a las otras. Tal como percibió Madison: cuando se hace que la ambición restrinja la ambición, aumenta la posibilidad de mantener al gobierno bajo control.¹⁸ Los momentos fundacionales luego se tornan muy importantes. Cuando los poderes sociales contrapuestos no son lo suficientemente fuertes como para doblegarse unos a otros, tienden a comprometerse en la creación de estructuras políticas con poderes fragmentados. Los grupos con menos poder pueden beneficiarse del resultado de dichas luchas de élite. Ésta es la lógica básica que comunica el constitucionalismo moderno.

Sin embargo, el Estado de derecho apunta a algo más que mantener al gobierno bajo control legal o constitucional. También busca orientar la conducta individual y la interacción social. Por consiguiente, también es necesario explorar por qué la gente querría cumplir con la ley. ¿Cuáles son las razones por las cuales todos aceptamos ser responsables ante la ley?

¿Por qué la gente cumple la ley?

Razones cognitivas. El primer grupo de razones por las cuales la gente cumple la ley es ciertamente cognitivo, y se relaciona con nuestra capacidad para comprender los conceptos básicos de la ley, como las nociones de normas y derechos. Sin dichos supuestos culturales básicos, no podemos pensar acerca de la posibilidad de respetar la ley. No se trata de un asunto trivial. En muchas sociedades, el concepto de que la gente posea iguales derechos, y que la ley se aplique con imparcialidad, a menudo se opone a la experiencia cotidiana. Los

privilegios, los derechos de clase y los derechos jerárquicos están arraigados en muchos sistemas culturales haciendo que sea inaplicable la experiencia de las generales de la ley. Además de comprender la función estructural de los conceptos legales básicos, es importante que la gente comprenda las normas básicas que imperan en sus propias sociedades, así como sus propias obligaciones y derechos. En las sociedades donde hay una gran concentración de pobreza y de analfabetismo dicha condición casi nunca se alcanza.¹⁹

Razones instrumentales. El segundo grupo de razones por las cuales se cumple la ley se relaciona con nuestra capacidad para pensar instrumentalmente, calcular riesgos y beneficios potenciales respecto de las acciones que pretendemos realizar. La gente respeta la ley y los derechos de los demás para obtener recompensas o para escaparle al castigo. Desde una perspectiva instrumental estrecha, el respeto por la ley se ve reforzado si su incumplimiento claramente daña nuestro bolsillo, nuestra libertad, nuestra imagen, nuestro bienestar o integridad, y si su cumplimiento es de igual modo beneficioso por los mismos motivos. Para tener un valor instrumental, el respeto por el Estado de derecho debe darnos beneficios. Por medio de este razonamiento instrumental, los individuos buscan maximizar su utilidad social y económica. Hay dos razones instrumentales que se debaten en este contexto: el miedo a la coerción del Estado y la reciprocidad de la mutua ventaja. Mientras la gente teme o espere un castigo o una recompensa por parte del Estado, tenderá a respetar el Estado de derecho. Ello podría denominarse como el argumento Hobbesiano. La coerción estatal puede ser un instrumento efectivo para el Estado de derecho en algunas circunstancias y es también una condición necesaria porque siempre existirá algún nivel de conducta antisocial que no podría controlarse de otra manera. De tal modo que la impunidad derivada de la ineficiencia estatal, de la corrupción o de la selectividad pone en peligro la capacidad de la amenaza de coerción como medio para obtener el acatamiento de la ley. También debe tenerse en cuenta que el Estado, en muchos casos, debe ser provocado por los individuos antes de que ejerza su coerción. La gente a menudo debe presentar quejas, iniciar juicios o simplemente informar a la policía acerca de ciertos hechos ilegales para que el Estado actúe. O sea que la falta de recursos o la desconfianza en las autoridades influirán fuertemente para movilizar el poder del Estado, al permitir que los que no cumplen con la ley puedan actuar con impunidad.

Sería inadmisibles para cualquier sociedad soportar el costo del nivel de coerción requerido para garantizar el cumplimiento de todos los estándares legales. Imagínesse, por ejemplo, si la amenaza de una multa o de la cárcel fuera la única razón por la cual la gente no cruzara semáforos en rojo o no cometiera un delito. La experiencia de los Estados totalitarios demuestra que lograr obediencia mediante el uso de la vigilancia tiene un costo altísimo y, aunque los costos pudieran absorberse, es absolutamente indeseable.

Las razones instrumentales para cumplir la ley, por lo tanto, deben extenderse más allá de la estructura coercitiva del Estado. La gente forma parte de ámbitos sociales, de grupos y de comunidades que delimitan y determinan sus acciones.²⁰ Por lo tanto, una segunda razón instrumental para respetar la ley es el miedo a la represalia o la expectativa del beneficio de la comunidad o del ámbito social al que uno pertenece o dentro del cual uno circula. El engaño, ya sea en el mercado como en el matrimonio, puede tener consecuencias serias. La credibilidad es un logro de gran importancia dentro de cualquier grupo. Su pérdida si se infringe la ley podría dañar nuestro lugar en él, restringiendo nuestra capacidad para lograr nuevas relaciones voluntarias con otros miembros de dicho ámbito social. Por eso la gente a menudo actúa según la ley, aún ante la ausencia de la autoridad estatal.²¹

En una relación mutuamente ventajosa, la regla de oro es que uno no le hace al prójimo lo que no querría que le hicieran. Al no ser un principio moral sustantivo, ni afirma ni niega la existencia de un marco moral más profundo. Sin embargo, las relaciones mutuamente ventajosas pueden ayudar a conseguir el cumplimiento de la ley, aunque también dentro de cierta fragilidad. Empezando con una estructura de ventaja mutua, en circunstancias de disparidad de poder, los individuos tienen un incentivo para engañar: lo que me conviene es que todos los demás cooperen y yo rompa filas.²² La presión de los pares también puede ser problemática, porque el medio social puede verse imbuido de una cultura de no-cumplimiento, o lo que es aún peor, una cultura interna de obediencia que desafía al Estado de derecho, como en el caso de la mafia o de otras formas de empresas del crimen organizado. Por lo tanto, las razones instrumentales representadas por la coerción o por los arreglos de mutua ventaja (de intereses propios) no logran explicar plenamente por qué la gente cumple la ley. Si bien son importantes, no son suficientes para dar una explicación completa.

Las razones morales. Los análisis más recientes sobre la eficacia de la ley, especialmente los presentados por los pensadores formalistas del Derecho o por los investigadores de elección racional, han descuidado la moralidad.²³ En ese sentido, la aseveración de Lon Fuller de que la reciprocidad moral es un elemento fundamental para la existencia de un sistema legal, se hace particularmente interesante.²⁴ El establecimiento del Estado de derecho sería mucho más fácil en las sociedades donde los individuos se valoran unos a los otros y a sus correspondientes derechos del mismo modo como se valoran a sí mismos. Dichos derechos, distribuidos equitativamente, no son un don del cielo sino una construcción social; una decisión tomada por la comunidad para valorizar a los individuos en términos de igualdad, y para basar el ejercicio del poder en dichos derechos básicos.²⁵ Ello significa que las decisiones colectivas sólo tienen validez si derivan de la voluntad de individuos autónomos, y si

respetan el ámbito de la dignidad humana delineado por esos mismos derechos.²⁶

Se trata de un sistema gobernado por normas, en el que cada ciudadano goza de un estatus como titular de derechos, se le otorga un ámbito de protección como una persona en contacto con otros ciudadanos y con el Estado, estando este último también sujeto al principio de reciprocidad. En este sentido, la limitación que significa el respeto por los derechos del prójimo es la base fundamental para la generalización de expectativas que llevan al establecimiento del Estado de derecho. A medida que dichas expectativas de respeto por los derechos de todos se generalizan, también se hace posible el establecimiento de un Estado de derecho auténtico.

Se puede afirmar, sin embargo, que la reciprocidad siempre tiene un origen utilitario, es decir, mi respeto hacia el prójimo no surge del hecho de que les adscribo algún valor (la reciprocidad Kantiana), sino del hecho de que hemos aceptado un pacto de no agresión, útil para nuestros intereses (reciprocidad Hobbesiana).²⁷ Como sostuve antes, hay una diferencia entre la reciprocidad moral basada en la noción de dignidad humana y la reciprocidad de ventajas mutuas, basada en el cálculo estratégico. Volviendo al ejemplo del semáforo, según la noción moral de reciprocidad, yo detendría el coche porque creo firmemente que los otros conductores y peatones tienen el mismo derecho que yo a cruzar la calle, por lo tanto, tengo la obligación asociada de detenerme. En una comunidad comprometida por una reciprocidad moral, basada en los derechos, la ley sería más fácil de implementar. De más está decir cuán difícil es obtener o construir reciprocidad moral en una sociedad moderna orientada hacia el consumo y caracterizada por profundas disparidades sociales y económicas entre sus miembros.

La idea de moralidad, sin embargo, podría ser más formal, tal como se da en autores contractuales como Rousseau. En este caso, la justificación moral para cumplir la ley no proviene del hecho que un sistema jurídico dado esté en armonía con un grupo preestablecido de valores establecido por derechos. El cumplimiento se debe al hecho de que los ciudadanos mismos, bajo un especial procedimiento justo, crearon las leyes que regulan las relaciones sociales y el ámbito público. La justicia del procedimiento garantizaría la neutralización del máximo aumento del interés propio, de modo tal que la gente podría tomar decisiones teniendo en cuenta el bien público, lo cual crea una obligación moral en todos los ciudadanos para aceptar dichos resultados.²⁸ Si nos atenemos aquí a la teoría del Estado de derecho de Rousseau, no sólo los procedimientos deben ser justos, sino que también el resultado debe obtenerse mediante medios específicos para garantizar la imparcialidad. O sea, mediante leyes generales. Asimismo es importante subrayar que la justicia procesal no está limitada a procesos que llevan a la promulgación de leyes generales, que todos los participantes aceptarían en el proceso político, sino también a cómo dichas

leyes son implementadas por el Estado. Siguiendo nuevamente a Rousseau, una de las principales causas de la decadencia de la democracia es la distorsión de la promulgación de leyes generales que hacen los magistrados cuando tienden a anteponer sus propios intereses privados, con el detrimento de la voluntad general expresada por la ley.²⁹ Así, la justicia respecto de la implementación de las leyes es tan importante como la justicia respecto de la creación de las mismas. Si el cumplimiento no se lleva a cabo con imparcialidad, de acuerdo con los debidos estándares procesales fijados por la ley misma, el Estado de derecho pierde autoridad, y por consiguiente la gente no lo acepta como una guía admisible para regir sus acciones.³⁰

Para resumir el argumento propuesto en esta sección, el cumplimiento individual de la ley se apoya en tres grupos principales de razones: cognitivas, instrumentales y morales. Como intenté probar, todas ellas son importantes para explicar por qué los individuos (ciudadanos y autoridades) actúan de acuerdo con el Estado de derecho, incluso si varía el peso de cada razón según la naturaleza de la acción, los actores involucrados, las circunstancias o los ámbitos sociales donde tengan lugar las acciones. A los fines del presente ensayo, la principal cuestión que debe tratarse es cómo la desigualdad social y económica afecta negativamente todos los mecanismos mencionados.

En la siguiente sección, veremos que la desigualdad destruye la comprensión y el conocimiento de los conceptos legales básicos; subvierte la promulgación de leyes y el uso de la coerción; y finalmente va contra las construcciones de reciprocidad, tanto en términos morales como de ventajas mutuas. Teniendo en cuenta las tres bases para el Estado de derecho tratadas anteriormente, trataré de demostrar que el sistema legal brasileño, si bien en su mayor parte está en conformidad con los elementos que hacen de un sistema legal un Estado de derecho, no logra alcanzar imparcialidad ni congruencia. Por medio del caso brasileño, intentaré demostrar que un nivel mínimo de igualdad social y económica entre los individuos es crucial para el establecimiento de relaciones de reciprocidad y para la existencia de un sistema de Estado de derecho.

Desigualdad y Estado de Derecho

En 1988 Brasil adoptó una Constitución nueva después de más de dos décadas de régimen autoritario. Como reacción a la experiencia de un gobierno arbitrario y a un pasado de injusticia y desigualdad social, la nueva Constitución se forjó bajo los principios del Estado de derecho, de la democracia y de los derechos humanos. Su declaración de principios garantiza derechos civiles, políticos, sociales y económicos, incluyendo los derechos de grupos vulnerables como los aborígenes, los ancianos y los niños. Dichos derechos reciben una protección especial, y no pueden abolirse ni siquiera mediante reformas constitucionales.

En la actualidad Brasil participa en las principales convenciones internacionales sobre derechos humanos, que tienen un efecto directo sobre el sistema jurídico brasileño. Por lo tanto, todas las garantías sustantivas y procesales de la Declaración Internacional de Derechos son parte del sistema jurídico brasileño.

De acuerdo con la Constitución brasileña, la ley es el único instrumento que puede imponer obligaciones jurídicas a los individuos, como los decretos normativos promulgados procesalmente por el Congreso y sustantivamente de acuerdo con la Constitución. Toda persona es “igual ante la ley”, sin distinción alguna. Las leyes deben ser prospectivas, o sea que entran en vigencia sólo a partir de su publicación; las leyes retroactivas sólo se admiten si benefician a los individuos. No hay leyes secretas. En casos de emergencia el presidente puede promulgar medidas provisionales que deben ser aprobadas por el Congreso para constituirse en ley, dentro de un periodo de sesenta días; de otro modo pierden eficacia desde su promulgación. Resumiendo, si bien muchas leyes brasileñas no pasarían la prueba de generalidad de Hayek, ya que muchas tienen un propósito específico e individualizado, como muchas de las leyes promulgadas en cualquier sociedad post-liberal, ciertamente serían aceptables de acuerdo con la formulación de Raz acerca del concepto de ley, según el cual las leyes particulares son admisibles si guardan relación con las normas generales. También creo que, en general, las leyes brasileñas pueden considerarse comprensibles, no contradictorias y razonablemente estables.

Con respecto a las instituciones responsables de la implementación de la ley, el sistema jurídico brasileño también podría considerarse formalmente de acuerdo con los requisitos de Raz. La Constitución incluye un sistema de separación de poderes, diferenciando los que tienen la responsabilidad para crear la ley y los que la tienen para aplicarla. Como en muchos sistemas contemporáneos, la separación de poderes no es tan tajante como en el modelo de Montesquieu; el ejecutivo tiene el poder de regular y de hacer la adjudicación administrativa de ciertas áreas particulares. El poder judicial tiene el poder extensivo para revisar la legislación y las leyes administrativas que entran en conflicto con la Constitución. El legislativo tiene más poder que el de promulgar simplemente leyes generales y abstractas; puede controlar al ejecutivo e investigar su mal desempeño. Pero ciertamente, esta noción flexible de separación de poderes no es más permisiva que la admitida por muchas otras democracias.

Si bien en la letra esta organización institucional parece conformarse al modelo de Estado de derecho de Raz, el sistema jurídico brasileño padece una carencia severa de coherencia entre las leyes promulgadas y la conducta de los individuos o de los funcionarios estatales.

Hoy existe una creciente conciencia de que la ley – y los derechos – todavía juegan un papel insignificante en la determinación de la conducta individual u oficial. Según el Informe Latinobarómetro de 2005, hay mucha desconfianza

en la capacidad del Estado para implementar su legislación con imparcialidad y, lo que es aún más problemático, sólo el 21% de los brasileños respeta las leyes.³¹ Según Guillermo O'Donnell la mayoría de los países latinoamericanos no pudieron consolidar un sistema de Estado de derecho después de su transición a la democracia. Sostiene que la desigualdad extrema en toda la región es uno de los obstáculos principales para implementar un Estado de derecho imparcial. Brasil, como uno de los países más desiguales del continente, podría definirse como un sistema de desgobierno de la ley en lugar de un imperio de la misma.³²

La democratización y la liberalización no fueron suficientes para superar los obstáculos arraigados contra la implementación del Estado de derecho en Brasil. El fracaso para mejorar de manera contundente la distribución de los recursos y romper el fuerte tejido jerárquico de Brasil ha impedido que la ley realice su labor como la razón para las acciones de varios sectores de la sociedad brasileña. Brasil tiene la octava economía más grande del mundo, según reciente evaluación del Producto Interno Bruto brasileño. Sin embargo, tiene una de las peores tasas de distribución de la riqueza (0,584 según el índice de Gini). Según IPEA, un instituto de investigación relacionado con el Ministerio de Planeamiento, hay 49 millones de pobres en Brasil, y 18,7 millones viven en condiciones de pobreza extrema. En la última década, el 1% de la población más rica concentraba la misma riqueza que el 50% más pobre. Estos indicadores, entre muchos otros que muestran las graves desigualdades dentro de la sociedad brasileña, tienen un efecto fuerte sobre la imparcialidad necesaria dentro de las instituciones responsables para la implementación de la ley en el país. Como en muchos países con esta configuración, el Estado brasileño a menudo es suave con los poderosos, insensible con los excluidos y duro con los que desafían la estabilidad jerárquica de la sociedad.

Invisibilidad, demonización e inmunidad

El reclamo principal que se presenta aquí es que la exclusión social y económica, derivada de niveles extremos y persistentes de desigualdad, ocasiona la invisibilidad de los muy pobres, la demonización de los que desafían al sistema, y la inmunidad de los privilegiados, haciendo desaparecer la imparcialidad jurídica. En síntesis, la desigualdad social y económica extrema y persistente provoca la erosión de la integridad del Estado de derecho. La ley y los derechos bajo tales circunstancias a menudo pueden verse como una farsa, un problema de poder para los que se encuentran entre los pocos afortunados que negocian los términos de los excluidos. La invisibilidad aquí significa que el sufrimiento humano de ciertos segmentos de la sociedad no causa una reacción moral o política en los más beneficiados y no dispara una respuesta legal adecuada en los funcionarios estatales. La pérdida de vidas humanas o la ofensa a la dignidad

de los pobres, si bien se informa y se reconoce extensamente, es invisible en el sentido de que no da lugar a una reacción política o jurídica ni estimula un cambio social.

Además de la miseria en sí misma, y de todas sus deplorables consecuencias respecto de la violación de derechos, una de sus expresiones más dramáticas de invisibilidad en Brasil está dada por las altísimas tasas de homicidios que victimizan sobre todo a las poblaciones más pobres. Tal como lo presentó la Organización Mundial de la Salud en su último informe sobre violencia, Latinoamérica tiene el peor registro de tasas de homicidio del planeta. Brasil, uno de los países más violentos de la región, acumuló más de 800.000 homicidios intencionales en los últimos veinte años.³³ Hubo más víctimas por homicidio al año en Brasil que en la guerra de Iraq.³⁴ Es importante destacar que la gran mayoría de los asesinados son jóvenes negros, pobres, sin educación que vivían en la periferia social brasileña.³⁵ Tal como lo demostraron cautamente Fajnzylber, Lederman y Loayza,³⁶ existe una fuerte relación causal entre la desigualdad y las tasas de crímenes violentos en todos los países.

Cuando se las suma a otras tasas de delitos, y debido al hecho de que muchos vecindarios pobres en las grandes ciudades están controlados por el crimen organizado con la complicidad de los funcionarios estatales, dichas cifras transmiten el mensaje de que la ley no puede servir como una razón para la acción en ciertos medios, y sobre todo, que las restricciones jurídicas, como el sistema penal, son insuficientes para proteger a los grupos vulnerables dentro de la sociedad. Los niveles obscenos de impunidad, además de permitir pérdidas humanas entre los pobres que no reciben una respuesta apropiada del sistema jurídico, refuerzan la noción perversa de que esas vidas no tienen valor alguno. Dicho círculo vicioso de elevados niveles de criminalidad violenta y de impunidad, brutaliza las relaciones interpersonales y reduce nuestra capacidad de compasión y de solidaridad.

Pero si bien la invisibilidad puede ser aceptada en las sociedades tradicionales, se convierte en una tendencia problemática dentro de un régimen democratizado y dentro de un contexto consumista. Para algunos de los que no experimentaron un tratamiento de igualdad y respeto por parte de los responsables de implementar la ley y por la sociedad en general, no hay razón para actuar según dice la ley. En otras palabras, para aquéllos nacidos bajo el signo de la invisibilidad en las sociedades no tradicionales hay menos razones morales e instrumentales para cumplir la ley. Al desafiar la invisibilidad por medios violentos, estos individuos empiezan a ser percibidos como una clase peligrosa, a la cual la ley no debería otorgar protección.

Por lo tanto, la demonización es un proceso por el cual la sociedad hace una desconstrucción de la imagen humana de sus enemigos, que en adelante no merecerán estar incluidos dentro del reino de la ley. Como en la famosa

frase de Graham Greene, se volvieron parte de las “clases torturables”. Cualquier intento por eliminar o por infligir un daño a los demonizados queda legitimado socialmente, y legalmente inmune.

Para comprender la demonización, nos focalizaremos en las violaciones groseras a los derechos humanos. La persistencia en el uso arbitrario de la fuerza por parte de los funcionarios estatales o de grupos armados con complicidad oficial, contra el pueblo demonizado, como los sospechosos, los delincuentes comunes, los convictos, e incluso los miembros de movimientos sociales, es registrada año a año por las organizaciones internacionales de derechos humanos. La base de datos de prensa del Centro de Estudios sobre la Violencia de la Universidad de San Pablo, registró más de seis mil casos de uso arbitrario de fuerza letal por parte de la policía brasileña desde 1980 hasta el año 2000. En cada uno de estos casos hubo al menos una muerte.³⁷

Según el informe de Human Rights Watch de 2006, “la violencia policial –incluyendo el uso excesivo de la fuerza, las ejecuciones extrajudiciales, la tortura y otras formas de maltrato– subsisten como uno de los problemas de derechos humanos más recalcitrantes”.³⁸ En 2006, sólo en el Estado de Río de Janeiro, la policía mató a más de mil personas.

La tortura sigue siendo una práctica común en las investigaciones policiales así como también como método disciplinario usado en el sistema carcelario y en las dependencias de detención juvenil. Según el informe del anterior Reportero Especial de Naciones Unidas sobre Tortura, Sir Nigel Rodley:

La tortura y otros maltratos se imparten abierta y sistemáticamente en la mayor parte del país visitado por el Relator Especial [...] No les pasa a todos ni en todas partes; le sucede sobre todo a los delincuentes comunes jóvenes y negros involucrados en delitos menores o en la distribución de droga a pequeña escala. [...] Las condiciones de detención en muchos lugares, tal como lo publicitan cándidamente las mismas autoridades, son inhumanas [...] El Relator Especial se ve obligado a notificar el ataque intolerable a los sentidos que encontró en muchos sitios de detención, especialmente en las celdas policiales que visitó. El problema no se ve mitigado porque las autoridades estén conscientes del hecho y le advirtieran acerca de lo que descubriría. Sólo podía compadecerse ante la declaración común que escuchaba por los que estaban apiñados adentro, del hecho de que “nos tratan como animales y esperan que nos comportemos como seres humanos cuando salgamos”.³⁹

En esta frase, Rodley captó la esencia de la demonización. Los seres humanos tratados como animales no tienen motivación para cumplir la ley. La demonización, además de ser una violación a la ley por sí misma, crea una espiral autónoma de violencia y de conducta bárbara por parte de los individuos contra ellos mismos, y ello ayuda a explicar no sólo las impresionantes tasas de

homicidio sino también la extrema crueldad de algunas manifestaciones de la criminalidad.

La inmunidad ante la ley, para los que ocupan un lugar altamente privilegiado en la sociedad, es la tercera consecuencia de la desigualdad extrema que se menciona aquí. En una sociedad muy jerárquica y desigual, los ricos y poderosos, o los que actúan en su nombre, se ven por encima de la ley e inmunes a las obligaciones derivadas de los derechos del prójimo. La idea de inmunidad puede entenderse concentrándose en la impunidad de los violadores a los derechos humanos o de los involucrados en la corrupción, sean poderosos o ricos.

La impunidad de los violadores a los derechos humanos en Brasil es endémica, según informó la mayoría de las organizaciones de derechos humanos, y tal como reconocieron las autoridades federales. Casos como los de Vigário Geral en 1993, Candelária, 1993, Corumbiara, 1995, Eldorado dos Carajás, 1996, Castelinho, 2002, o la reacción policial a los ataques del PCC (Primer Comando de la Capital)⁴⁰ en 2006, tuvieron como resultado cientos de víctimas en matanzas extrajudiciales, sin el menor intento de hacer que las autoridades oficiales se hicieran cargo de sus responsabilidades. Pero tal vez el caso más notorio de impunidad ante una violación grosera a los derechos humanos fue la absolución que la Suprema Corte de San Pablo le otorgara al Coronel Ubiratan Guimarães en 2005. Ubiratan Guimarães estuvo a cargo de la operación policial que terminó con la muerte de ciento once convictos, como consecuencia de un motín carcelario en 1992. Trece años más tarde nadie fue hallado culpable por la “masacre de Carandiru”. En ese momento ni siquiera se investigó al Gobernador del Estado ni al Secretario de Seguridad por su participación en dicho incidente, dejando claro que el pueblo demonizado no está incluido en la protección de la ley.

La inmunidad también es un patrón para los que están involucrados en la corrupción. Si bien Brasil recibió un puntaje bastante moderado según el Índice de Integridad Global que publica anualmente Transparency International – ocupando el 62do. lugar dentro de las naciones analizadas – no puede ignorarse el desafío pendiente para la implementación imparcial de las leyes. En las últimas dos décadas ha habido centenares de escándalos que involucraban políticos, empresarios y miembros del poder judicial. La inmensa mayoría termina con la impunidad de los responsables. En los últimos diez años, de los veintiséis casos de corrupción en los que participaron miembros del Poder Legislativo, que llegaron a la Suprema Corte, ninguno fue hallado culpable. En este preciso momento la mayoría de los jueces integrantes de la Suprema Corte acaba de declarar inconstitucional la ley de anticorrupción que permitía que los políticos y otros funcionarios públicos fueran juzgados por tribunales de primera instancia.⁴¹ Si el plenario de la Corte Suprema

sostiene dicha decisión, se estima que más de catorce mil denuncias legales contra funcionarios de todo el país se cerrarán sumariamente, ampliando la percepción de que la ley no se aplica a los poderosos del mismo modo como se aplica a los que carecen de derechos.⁴²

La distribución desproporcionada de recursos entre las personas y los grupos dentro de la sociedad se rebela contra las instituciones, incluyendo el trabajo de las agencias con la responsabilidad de implementar la ley. Un análisis del censo penitenciario brasileño muestra que sólo los pobres y los que no tienen educación son seleccionados por el sistema penal brasileño para ir a prisión. Ésa es la conclusión de Glaeser, Scheinkman y Shleifer, después de un análisis econométrico sobre el impacto de la desigualdad en las instituciones judiciales: “la desigualdad (...) permite que los ricos derroquen las instituciones políticas, normativas y legales de la sociedad en pos de su propio beneficio. Si una persona es lo suficientemente más rica que otra, y los tribunales son corruptibles, entonces el sistema jurídico favorecerá a los ricos, no a los justos. Asimismo, si las instituciones políticas y normativas pueden ser controladas por la riqueza y las influencias, favorecerán lo establecido, no lo eficiente”.⁴³ Tal como lo determina la experiencia del Procurador General Federal brasileño: “la corrupción es una consecuencia directa de la concentración perversa de los ingresos en Brasil.”⁴⁴ La conclusión es que la impunidad, si bien es un fenómeno general en Brasil, es más notoria en los privilegiados.

La erosión de la autoridad de la ley

Como demuestra la experiencia brasileña, los niveles extremos de desigualdad social y económica que polarizan a los pobres de un lado y a los acaudalados del otro crean un obstáculo severo a la integridad del Estado de derecho. Al fomentar brutales disparidades de poder dentro de las sociedades, la desigualdad ubica a los pobres en una posición desventajosa, en la cual están socialmente marginados a los ojos de los que gozan de una situación mejor, así como a los ojos de los funcionarios estatales, que quedan cautivos por los intereses de los que tienen más poder en la sociedad. Ello crea una sociedad jerárquica, en la que las personas de segunda clase no pueden alcanzar un estatus real de ciudadanía y no son reconocidos como titulares reales de sus derechos (aunque lo sean desde el punto de vista formal).

La discriminación, en este sentido, tiende a aflojar los lazos de reciprocidad dentro de la comunidad, ablandando la sensación de obligación moral de los poderosos hacia los que están excluidos. Una vez que dejan de ser percibidos como sujetos valiosos, no es difícil despojarlos del conjunto de derechos que protege a otros ciudadanos. Por lo tanto, es casi imposible lograr

reciprocidad en una sociedad donde existen jerarquías y desigualdades monstruosas entre las personas. Así, la ley no puede ser efectiva como instrumento de organización y pacificación social.

El mismo razonamiento puede aplicarse al efecto de la reciprocidad basada en los intereses personales dentro de la construcción de un orden social pacífico. Si los intereses recíprocos de los agentes en las relaciones de intercambio que hacen posible la producción y la circulación de la riqueza dentro de una comunidad no están satisfechos, los agentes con menos privilegios carecerán de razones para comportarse de acuerdo con las reglas de un juego que daña sus intereses sistemáticamente. Del otro lado, los privilegiados sienten que no hay restricción social sobre la maximización de sus intereses. Esta situación elimina los incentivos en ambos polos para que todos cumplan las leyes y respeten los derechos en el ámbito de las relaciones interpersonales.

Desprovistos de un estatus social y económico, los invisibles empiezan a socializarse de un modo que los lleva a ubicarse en un lugar de inferioridad respecto de los inmunes y a aceptar la arbitrariedad de las autoridades públicas. Dejan de esperar que se respeten sus derechos o que las instituciones responsables hagan cumplir la ley. Los que reaccionan ante esta posición degradante se convierten en una amenaza y son tratados como enemigos. Al mismo tiempo, los inmunes no se sienten obligados a respetar a los que consideran inferiores o enemigos. Lo mismo se aplica a las autoridades elegidas. En esta situación, muchas personas están por debajo de la ley mientras que un grupo de privilegiados está más allá del control del Estado. De este modo, el Estado, que era supuestamente responsable de la aplicación de mecanismos de control social, de acuerdo con la ley y sus medios de coerción, comienza a reproducir estándares generalizados socialmente. El resultado es que el Estado es negligente con los invisibles, violento y arbitrario con los descastados morales, y dócil y amigable con los privilegiados que se ubican por encima de la ley. Así que aunque se tenga un sistema jurídico que cubra las diversas “excelencias” relativas a la formalidad de la ley, la falta de un mínimo de igualdad social y económica inhibirá la reciprocidad, trastocando de esa manera el Estado de derecho.

Conclusión

La conclusión de que la desigualdad sostenida y persistente rompe los lazos sociales, causando invisibilidad, demonización e inmunidad, y daña severamente el cumplimiento de los estándares del Estado de derecho, no debe significar que la idea misma del Estado de derecho sea fútil en estos contextos. En los nuevos regímenes democráticos, como Brasil y muchos otros

países en vías de desarrollo, las Constituciones tienden a ser reactivas respecto de un pasado de autoritarismo y de grandes injusticias sociales, en busca de legitimación (para obtener cooperación). Las nuevas Constituciones normalmente incluyen una declaración de derechos generosa que reconoce derechos civiles y políticos así como una gran variedad de derechos sociales. También reconocen los principales elementos institucionales del Estado de derecho y de la democracia representativa. Más aún, estas Constituciones post-autoritarias crean nuevas instituciones, como el *ombudsman*, los defensores públicos, las comisiones de derechos humanos y ministerios públicos para controlar el cumplimiento del Estado de derecho y para proteger los derechos constitucionales de las personas y de los grupos vulnerables.

Esta reconfiguración de los sistemas legales en el mundo desarrollado también ha sido consecuencia de presiones de la sociedad civil. Forjadas durante la lucha contra el gobierno autoritario y fortalecidas a lo largo de la democratización, las organizaciones de la sociedad civil son un jugador clave para denunciar abusos, hacer que los gobiernos sean más responsables, y proporcionar políticas alternativas para aliviar los principales problemas sociales. Sólo a manera de ejemplo, el número de organizaciones sin fines de lucro en Brasil creció más del doble en las últimas décadas. De las doscientos setenta mil organizaciones de sociedades civiles legalmente establecidas en el país, casi un quinto se dedica al “desarrollo y a la protección de derechos”.⁴⁵ El tema, por lo tanto, es cómo estos nuevos jugadores usan su poder institucional y social para desafiar a los sistemas formales del Estado de derecho a que se vuelvan más imparciales, superando su incapacidad de aplicar la ley por igual para todos sus ciudadanos.

Sería ingenuo atribuir a los sistemas jurídicos la capacidad de producir su propia eficacia, pero también sería equívoco desdeñar las potencialidades de los nuevos actores para promover el cambio social mediante el empleo de estrategias jurídicas. Incluso un sistema legal frágil puede proveer mecanismos que, debidamente usados, fomentarán la imparcialidad y el reconocimiento de los sujetos jurídicos. La ley de interés público, la defensa de los derechos humanos, el litigio estratégico, los cargos de defensa pública y desinteresada pueden movilizar recursos jurídicos a favor de los intereses con menos poder o contra los que ya tienen exceso de representación. Esta movida desde dentro del sistema jurídico para dar más poder a los débiles, proteger a los demonizados y desestabilizar los privilegios acendrados, no debe sin embargo verse como una panacea, sino sólo como parte de un esfuerzo mayor para construir sociedades más recíprocas, en las que el Estado de derecho tenga mejores condiciones donde florecer. Dicha alternativa se basa en la presunción de que el sistema jurídico ocupa una posición intermedia especial entre la política y la sociedad. Como producto entre las relaciones sociales y las

decisiones políticas, los sistemas jurídicos también son un vector de dichas relaciones y decisiones. La ley no sólo refleja la distribución del poder dentro de la sociedad. Los sistemas jurídicos modernos están constituidos sobre los privilegios acendrados de los poderosos, pero también sobre normas y procedimientos que apuntan a obtener legitimación y cooperación.

Por lo tanto, la pregunta para esos agentes sociales e institucionales preocupados por la desigualdad desde el ángulo del Estado de derecho, es cómo movilizar la “moralidad interior de la ley”, como dijo Fuller, para reducir la invisibilidad, la demonización y la inmunidad. ¿Cómo puede el sistema jurídico dar mayor valor a los que están por debajo de la ley, zanjar el confort de los que están por encima de la ley, y recuperar la lealtad de los que están contra ella?

Los abogados y los jueces no pueden hacer mucho para cambiar la sociedad; de hecho, normalmente están interesados en reforzar el statu quo. Pero pueden influir cuando otros actores sociales los desafían. Como demuestra la experiencia reciente de muchos países extremadamente desiguales como India, Sudáfrica, Brasil o Colombia, la comunidad legal en general y los tribunales en particular pueden, en ciertas circunstancias, ser permeables a las demandas de los pobres, cuando éstos buscan una compensación por la vía del sistema jurídico.⁴⁶ Por lo tanto, cualquier intento de hacer uso de la ley para mejorar el Estado de derecho en sí mismo presupone que hay un apoyo de movilización política y social. Gracias a algunas características formales igualitarias del Estado de derecho, como tratamos anteriormente, los intereses que se verían aplastados en un terreno puramente político pueden obtener cierto estatus en un medio con una mayor inspiración legal. Si bien las instituciones jurídicas también son extremadamente vulnerables a la subversión por parte de los poderosos, finalmente pueden producir cortocircuitos en el sistema político. Al traducir un reclamo social en uno jurídico, pasamos de una competencia de poder puro a un proceso donde las decisiones deben justificarse en términos legales. Y la necesidad de una justificación legal reduce el espacio para la discreción pura. En tales circunstancias, el sistema jurídico puede otorgar visibilidad pública, en lo que hace al reconocimiento de derechos, a aquéllos que el sistema político y la sociedad misma descartaron. En la misma línea, las generales de la ley, la transparencia y la coherencia por las que aboga la idea del Estado de derecho pueden atrapar a los privilegiados, devolviéndolos al reino de la ley.

Es importante volver a subrayar, sin embargo, que este tipo de activismo social jurídico debe entenderse sólo como una pieza de un esquema mucho mayor de iniciativas tendientes a promover una sociedad en la que todos sean tratados con la misma consideración y el mismo respeto.

NOTAS

1. G. O'Donnell, "Why the Rule of Law Matters", *Journal of Democracy*, vol. 15, n. 4, 2004, pp. 32-46.
2. O. V. Vieira, "A violação sistemática dos direitos humanos como limite à consolidação do Estado de Direito no Brasil" in Celso Campilongo (org.), *Direito, cidadania e justiça*, San Pablo, *Revista dos Tribunais*, 1995.
3. T. Carothers, *Promoting the Rule of Law Abroad in Search of Knowledge*, Washington D.C., Carbegie Endowment for International Peace, 2006, pp. 3-13.
4. E. P. Thompson, *Senhores e Caçadores*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987, p. 357.
5. M. Weber, *Economía y Sociedad*, 2da ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1984, pp. 603-620.
6. R. M. Unger, *O Direito na Sociedade Moderna: contribuição à crítica da Teoria Social*, San Pablo, *Civilização Brasileira*, 1979, pp. 225-228.
7. F. A. Hayek, *O Caminho da Servidão*, San Pablo, Instituto Liberal, 1990.
8. *Ibid.*, pp. 87-97.
9. J. Raz, *The Authority of Law: essays on law and morality*, Nueva York, Clarendon Press, 1979, p. 211.
10. *Ibid.*, p. 212.
11. *Ibid.*, pp. 216-217.
12. *Ibid.*, p. 220.
13. J. M. Maravall & A. Przeworski (org), *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 1.
14. S. Holmes, "Lineages of the Rule of Law" in J. M. Maravall & A. Przeworski, *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 20.
15. T. H. Marshall, *Cidadania, Classe Social e Status*, Río de Janeiro, Zahar Editores, 1967.
16. R. Bendix, *Nation-Building and Citizenship*, Los Angeles, University of California Press, 1964, p. 92.
17. Le agradezco a Persio Arida por esta observación.
18. A. Hamilton, J. Madison & J. Jay, *The federalist papers*, Nueva York, Bantam Books, 1988, capítulo 51.
19. Es importante destacar que el nivel de conocimiento sobre la Constitución política en Sudamérica es muy bajo; sólo el 30% de los latinoamericanos conocen algo o mucho acerca de su ley fundamental, y sólo el 34% tiene conocimiento sobre sus deberes y obligaciones. *Latinobarómetro*, 2005, p. 14.
20. D. J. Galligan, *Law in Modern Society*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 310-326.
21. R. C. Ellickson, *Order Without Law: how neighbors settle disputes*, Harvard, Harvard University Press, 1991, pp. 281-283.
22. B. Barry, *Justice as Impartiality*, Oxford, Oxford University Press, 1991, p. 51.
23. G. Becker, "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy*, v. 76, 1968, pp. 169-217.

24. L. L. Fuller, *The Morality of Freedom*, 2da. ed., New Haven, Yale University Press, 1969, pp. 21-25.
25. J. Habermas, *Between Facts and Norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*, Cambridge, The MIT Press, 1996, p. 119.
26. *Ibid.*, p. 82.
27. H. Reiss, *Kant: political writings*, 2da. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1996.
28. J. J. Rousseau, *The Social Contract*, Londres, Willian Benton, 1955, pp. 339-340.
29. *Ibid.*, p. 418.
30. Tom Tyler, *Why people obey the Law*, Yale University Press, 1990.
31. *Latinobarómetro*, 2005, p. 17.
32. G. O'Donnell, "Poliarquias e a (In)efetividade da Lei na América Latina", *Novos Estudos*, Cebrap, 51, 1998, pp. 37-57.
33. IBGE 2005.
34. Naciones Unidas calcula que 34.000 iraquíes perdieron la vida en 2006, comparados con 46.000 en Brasil.
35. S. Adorno, N. Cardia & F. Poletto, "Homicídio e Violação de Direitos Humanos em São Paulo", *Estudos Avançados*, v. 17, n. 47, 2003, p. 60.
36. Fajnzylber, D. Lederman & N. Loayza, "Inequality and Violent Crime", *Journal of Law and Economics*, vol. XLV, 2002, pp. 1-40.
37. S. Adorno, N. Cardia & F. Poletto, 2003, op. cit., p. 49.
38. *Human Rights Watch, Word Report*, 2007, p. 185.
39. Nigel Rodley, disponible en: <[www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/b573b69cf6c3da28c1256a2b00498ded/\\$FILE/g0112323.doc](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/b573b69cf6c3da28c1256a2b00498ded/$FILE/g0112323.doc)>, acceso en 23 de Abril de 2007.
40. El PCC es una organización criminal brasileña (Nota del Editor).
41. Caso iniciado por el que fuera Presidente Fernando Henrique Cardoso, por medio de *Reclamação* 2138.
42. En Brasil más del 50% de la población está de acuerdo en que se hará justicia aunque lleve mucho tiempo, *Latinobarómetro*, 2005, p. 25.
43. E. Glaeser, J. Sheinkman & A. Shleifer, "The Injustice of Inequality", National Bureau of economic Research, 9150, 2002, p. 3.
44. Carvalho, citado por Carlos Tautz, *Reporter's Notebook: Brazil*, Transparency International, 2006.
45. IPEA 2005, p. 35
46. R. Gargarella (org.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: an institutional voice for the poor?*, Hampshire, Ashgate Publishing Limited, 2006.



RODRIGO UPRIMNY YEPES

Director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad-DJS y
Profesor de la Universidad Nacional de Colombia.

Dirección: Centro de Estudios de Derechos, Justicia y Sociedad-Dejusticia
Carrera 4-A # 67-30 Bogotá, Colombia
Email: ruprimny@yahoo.com

RESUMEN

En Colombia la judicialización de la política parece haber adquirido una intensidad mayor que en muchos países del Tercer Mundo en los cuales se ha generalizado el protagonismo judicial. ¿Qué pudo motivar el desarrollo de este fenómeno? ¿Cuál es su impacto sobre la democratización de la sociedad colombiana? ¿Cuáles son las potencialidades democráticas y los riesgos de la judicialización?

Además de intentar ofrecer respuestas a esas preguntas, se pretende analizar en el artículo el caso colombiano, con ejemplos ilustrativos y una discusión teórica de la evolución del fenómeno.

Original en español.

PALABRAS CLAVES

Judicialización de la política – Democracia - Estado de Derecho - Protagonismo judicial -
Justicia constitucional - Poder judicial independiente.



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*

Este artículo está disponible en formato digital en <www.surjournal.org>.

LA JUDICIALIZACION DE LA POLÍTICA EN COLOMBIA: CASOS, POTENCIALIDADES Y RIESGOS

Rodrigo Uprimny Yepes

En las últimas dos décadas la justicia colombiana no sólo ha experimentado profundas transformaciones sino que ha entrado con mucha fuerza en la dinámica política. La actividad de los jueces ha tenido, en muchos casos, una gran repercusión en la evolución global del país. Colombia se ha caracterizado entonces en este período por una importante judicialización de ciertos aspectos de la política.

Es cierto que la centralidad de la justicia y una cierta judicialización de la política no son exclusivas de Colombia pues, por muy diversos motivos, el protagonismo judicial se ha generalizado en muchos países, tanto desarrollados como del Tercer Mundo.¹ Sin embargo, en Colombia la judicialización de la política parece haber adquirido una intensidad mayor que en otros países, por lo que puede ser un caso interesante para estudiar la dinámica de este fenómeno, y en especial sus potencialidades democráticas pero también sus riesgos.

Este texto pretende entonces analizar esta judicialización de la política colombiana, para lo cual comienza por presentar algunos ejemplos ilustrativos de dicha judicialización, para luego discutir teóricamente esa evolución, tratando de determinar los posibles factores que la han impulsado, así como sus potencialidades y riesgos para la consolidación de nuestras democracias.

Los casos: algunos ejemplos significativos de la judicialización de la política colombiana

Entiendo muy esquemáticamente por judicialización de la política el hecho de que ciertos asuntos que tradicionalmente habían sido decididos por medios políticos, y

Ver las notas del texto a partir de la página 68.

que se consideraba que eran propios de la política democrática, empiezan a ser crecientemente decididos por los jueces, o al menos son fuertemente condicionados por decisiones judiciales, lo cual implica, a su vez, que muchos actores sociales empiezan a formular sus demandas en términos jurídicos y judiciales. Es claro entonces que esa definición es puramente descriptiva y supone simplemente una modificación de las fronteras tradicionales entre el sistema judicial y el sistema político en las sociedades democráticas, en la medida en que el trámite y la decisión de ciertos asuntos son transferidos de la esfera política al ámbito judicial, con lo cual la dimensión jurídica de la acción social y de la política pública adquiere un mayor peso.² Otra cosa es que la judicialización de la política sea o no deseable democráticamente, que es un tema recurrente de debate en los últimos años, y al cual este artículo busca contribuir a brindar alguna respuesta.

Así entendida, Colombia, en las últimas dos décadas, ha conocido formas de judicialización de la política importantes en numerosos campos, pero tal vez los más significativos han sido los siguientes cinco: (i) la lucha contra la corrupción política y por la transformación de las prácticas políticas; (ii) el control a los excesos gubernamentales, en especial en los estados de excepción; (iii) la protección de grupos minoritarios y de la autonomía individual; (iv) la protección de poblaciones estigmatizadas o en situaciones de debilidad manifiesta y, por último, pero no por ello menos importante; (v) el manejo de la política económica, debido a la protección judicial de los derechos sociales. Brevemente procedo a describir cada una de estas dimensiones de la judicialización de la política colombiana.

Los jueces y la lucha contra la corrupción política y por la renovación de las prácticas políticas

En la última década, el sistema judicial colombiano ha tenido un papel importante en la búsqueda de renovación de las costumbres políticas, a fin de reducir el peso del clientelismo y de la corrupción política. Dos ejemplos significativos fueron los siguientes: de un lado el papel de los jueces durante la crisis del presidente Samper (1994-98), quien enfrentó un juicio en el Congreso por ingreso de dineros del narcotráfico a la campaña política que dio lugar a su elección. En esta crisis, los funcionarios judiciales, con sus declaraciones y decisiones, ocuparon un lugar central en las distintas coyunturas políticas del gobierno. Fue una crisis política pero altamente judicializada.³

El segundo ejemplo está relacionado con los procesos de “pérdida de investidura” adelantados por el Consejo de Estado. Para entender esta evolución, es necesario tener en cuenta que la Constitución de 1991 atribuyó un papel importante a la rama judicial en la corrección de los vicios políticos y de la corrupción. Fue así que se consagró la llamada “pérdida de investidura”, que equivale a una “muerte política”, pues quien reciba dicha sanción no puede ocupar nuevamente ningún

cargo de elección popular. Los procesos son de naturaleza judicial y son decididos por una alta corte (el Consejo de Estado) contra aquellos congresistas que cometan ciertas faltas, como tráfico de influencias, violación del régimen de incompatibilidades o incluso inasistencia a más de seis plenarios en que se voten proyectos de ley. Entre 1991 y 2003, el Consejo de Estado tramitó unas 350 denuncias que podían conducir a pérdida de investidura, la cual decretó en 42 oportunidades.⁴

Estos ejemplos muestran la importante influencia que han tenido las decisiones judiciales en los intentos de renovar las costumbres políticas en Colombia.

Control judicial de la excepcionalidad jurídica y política

Durante largas décadas, Colombia fue una democracia muy particular, pues si bien no conoció la experiencia de las dictaduras militares que ocurrieron en otros países, tampoco logró consolidar una verdadera democracia. Una de las razones de esa democracia restringida o “excepcional”, como la llamaron algunos analistas, fue el uso permanente del estado de sitio y de los regímenes de excepción por los distintos gobiernos; así, desde el cierre temporal del Congreso durante el gobierno de Ospina Pérez (1946-1950), en noviembre de 1949, hasta la expedición de la constitución de 1991, Colombia vivió prácticamente en un régimen de excepción permanente, pues de esos 42 años, 35 transcurrieron bajo estado de sitio.

A partir de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional decidió ejercer un control judicial más estricto del uso de esas facultades por el gobierno. En particular, decidió adelantar un control “material” de las declaratorias de emergencia por parte del Presidente, en virtud del cual la Corte analiza si efectivamente existe o no una crisis lo suficientemente grave que justifique el recurso a los poderes de excepción. Anteriormente, esa valoración era considerada una cuestión política, pues correspondía al presidente evaluar autónomamente si existía o no una perturbación económica o del orden público que justificara recurrir a un estado de excepción. Por ello, la Corte Suprema, que antes de la Constitución de 1991 ejerció el control constitucional, consideró que esa valoración escapaba al control judicial y únicamente estaba sometida al control político desarrollado por el Congreso.⁵ Por el contrario, la Corte Constitucional asumió, desde sus primeras decisiones en 1992, hasta sus últimas sentencias en 2003, que si bien el Gobierno goza de un margen de apreciación para evaluar si existe o no una crisis y si es o no necesario recurrir a un estado de excepción, sus decisiones están sometidas no sólo al control político del Congreso sino también a un control judicial. Esa doctrina ha implicado entonces una judicialización del control de la declaratoria de los estados de excepción; así, de 12 declaraciones de estados de excepción, ya sea de estado de conmoción interior, ya sea de estado de emergencia, ocurridas entre 1992 y 2002, la Corte

Constitucional validó totalmente 5, anuló totalmente tres, y validó parcialmente 4.⁶ El impacto práctico y político de esa intervención de la Corte Constitucional parece haber sido considerable, al menos por el siguiente indicador: el tiempo vivido por los colombianos en estados de excepción cayó de 80 % en la década de los ochenta a menos del 20% a partir de la introducción de ese control judicial en la década del noventa.

La protección de la autonomía personal y de minorías étnicas y culturales

A pesar de que en Colombia ha existido control constitucional desde 1910, la definición del alcance de los derechos de la persona y de los grupos minoritarios había sido considerada usualmente un asunto político, que correspondía al legislador abordar y establecer. Dos razones parecían incidir en esa perspectiva: de un lado, la Constitución anterior, vigente desde 1886, pero con importantes reformas en 1910 y 1936, tenía una carta de derechos relativamente pobre; y, de otro lado, la Corte Suprema, mientras ejerció el control constitucional entre 1910 y 1991, tuvo en general una visión organicista y competencial de su labor. Esto es, ese tribunal entendió que su labor no era tanto definir el alcance de los derechos sino esencialmente asegurar que el reparto de competencias entre los distintos órganos del Estado fuera respetado. El resultado es que la jurisprudencia de la Corte Suprema en esos años, en materia de derechos constitucionales, fue escasa y muy tímida.

Por el contrario, con la expedición de la Constitución de 1991, que tiene una amplia carta de derechos, y con la entrada en funcionamiento de la Corte Constitucional en 1992, la situación cambió profundamente, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo. Así, de un lado, el número de decisiones centradas en la definición del alcance de los derechos fundamentales se incrementó considerablemente. Y esto ha llevado a la Corte Constitucional a intervenir, por medio de decisiones muy controvertidas, en la definición del alcance de los derechos constitucionales y de los grupos minoritarios, como la despenalización del consumo de drogas (sentencia C-221/94) y de la eutanasia (sentencia C-239/97).⁷ Igualmente la Corte ha protegido a minorías tradicionalmente discriminadas, como las personas que viven con VIH/Sida y los homosexuales. Así, hasta 1980, la homosexualidad constituía un delito; en ese año, desapareció ese tipo penal pero subsistieron varios regímenes laborales, como los de los educadores y de la Fuerza Pública, que preveían que una persona podía ser sancionada disciplinariamente por conductas homosexuales. La Corte ha atacado la discriminación contra los homosexuales en todos esos ámbitos. Así, la sentencia T-097/94 protegió la intimidad de los homosexuales en la Fuerza Pública y la C-507/99 señaló que no podía sancionarse a un militar por ser homosexual. Igualmente, en otras ocasiones, la Corte indicó que no podía expulsarse a un alumno por comportamientos homosexuales (T-100/

98), ni sancionarse a un docente por esa razón (C-481/98). Y a nivel más general, la Corte ha indicado que todo trato diferente a una persona por razón de sus preferencias sexuales se presume discriminatorio, y por ende es inconstitucional (C-481/98).

La Corte ha definido también en gran medida el alcance del pluralismo y ha favorecido no sólo la igualdad entre las religiones, mediante la anulación del concordato y de los privilegios de la religión católica, sino que también ha reconocido ámbitos muy amplios al ejercicio de la administración de justicia por las autoridades indígenas.⁸

Con esta descripción, no estoy indicando que la jurisprudencia constitucional colombiana haya sido siempre progresista. Por ejemplo la defensa de la Corte de los derechos fundamentales de los homosexuales ha tenido límites, pues los ha protegido contra la discriminación como personas pero no como parejas; y por eso ha señalado que la ley no está obligada a reconocer efectos jurídicos a las uniones homosexuales (C-098/98), que era legítimo que la ley excluyera de la adopción a las parejas homosexuales (C-814/01) y que el régimen de salud no tenía por qué aceptar obligatoriamente, como beneficiario, a la pareja de un homosexual (SU-623/01). No interesa entonces, por ahora, destacar la orientación progresista o no de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sino esencialmente resaltar que, en la última década, la definición del alcance de los derechos constitucionales ha sido obra en gran medida de decisiones judiciales, lo cual significa que se trata de un tema altamente judicializado.

Las políticas en favor de poblaciones estigmatizadas: presos y desplazados internos

Ciertas políticas relacionadas con la atención de poblaciones estigmatizadas y en situaciones de debilidad manifiesta también han sido judicializadas en forma importante en los últimos años. Esto ha sucedido especialmente con los presos y los desplazados. Así, los primeros presentaron muy numerosas tutelas, debido a la situación de hacinamiento en las cárceles y a las precarias condiciones de las prisiones colombianas. Después de conceder numerosos amparos individuales, la Corte Constitucional decide que se trata de una situación general y entonces declara la existencia de un “estado de cosas inconstitucional” en las cárceles y realiza órdenes generales al gobierno para que en un término de ciertos meses cese el hacinamiento carcelario.

Una situación semejante, pero de mayores dimensiones, ocurre en relación con los desplazados internos. Debido en gran medida a la agudización del conflicto armado, Colombia tiene una población desplazada enorme, que configura una verdadera tragedia humanitaria. En forma semejante al caso de cárceles, muchos desplazados formulan acciones de tutela, para que las autoridades locales y nacionales

protejan sus derechos fundamentales. La Corte Constitucional, al igual que con la situación de los presos, luego de conceder numerosos amparos individuales, decide declarar igualmente un “estado de cosas inconstitucional” (Sentencia T-025/04), debido a las inconsistencias y a la precariedad de la política estatal frente al desplazamiento forzado. En esa decisión, la Corte ordena a las autoridades nacionales reformular y clarificar las estrategias frente al desplazamiento forzado, a fin de atender las necesidades básicas de esta población.

Estas decisiones muestran una importante judicialización de ciertas políticas públicas, pues no sólo las decisiones de la Corte han implicado un gasto público considerable⁹ sino que, además han condicionado las prioridades y orientaciones de las estrategias gubernamentales en estos sectores.

La judicialización de la política económica y la protección de los derechos sociales

El último ejemplo, y uno de los más significativos, de judicialización de la política ha sido la muy importante influencia de la Corte Constitucional en la política económica, debido a la jurisprudencia de este tribunal encaminada a proteger los derechos sociales. Los ejemplos son muy numerosos, por lo cual, cualquier sistematización corre el riesgo de ser insuficiente; pero tal vez pueden destacarse dos tipos de intervenciones: la protección individual o grupal de derechos por medio de la tutela y el control abstracto o general de constitucionalidad de leyes de contenido económico.

De un lado, la Corte Constitucional ha defendido la posibilidad de que los derechos sociales sean protegidos por los jueces vía tutela constitucional, en virtud de la doctrina de la conexidad. Para que un derecho social sea protegido se requiere que la desprotección que se invoca ante el juez implique la afectación de otro derecho que se considera fundamental y de aplicación inmediata, como es el caso del derecho a la vida. Y en esos casos, la protección suele hacerse por tutelas individuales, que es el equivalente colombiano al amparo constitucional en otros países. Ahora bien, hasta 1998 la protección de derechos sociales por vía judicial, no obstante el carácter progresista de la jurisprudencia, no trajo consigo mayores conflictos entre jueces y funcionarios de las otras ramas del poder público. El número de decisiones de tutela por derechos sociales no era alto, y por ello el activismo judicial de la Corte sólo aparecía como algo inaceptable para los más aguerridos opositores del constitucionalismo social. La mayoría de estas decisiones, además, se referían a casos de personas vinculadas por contrato a un sistema estatal de prestación de servicios de salud, educación o seguridad social. Desde 1998 la situación cambia dramáticamente debido al aumento extraordinario de demandas de tutela por derecho a la salud contra las entidades de seguridad social. Los costos se multiplicaron por tres: mientras en 1998 se necesitaron 4.793 millones de pesos, en 1999 fueron

requeridos 15.878 para responder a la demanda de salud por tutela.¹⁰ Así, a nivel general, las tutelas en donde se invocan formalmente los derechos a la salud o a la vida, en donde en general el peticionario reclama un tratamiento que considera necesario para preservar una vida digna, representaron en 1995 más o menos el 10% del total de tutelas presentadas y fueron aproximadamente unas 3.000. En el primer semestre de 1999, ese porcentaje se incrementó al 30% y el total de tutelas por ese concepto, en ese semestre, fue de casi 20.000, esto es, unas 40.000 al año.¹¹

De otro lado, la Corte ha condicionado fuertemente la política económica, en virtud del control abstracto de constitucionalidad, que la ha llevado a declarar inconstitucionales, total o parcialmente, ciertas leyes por violar ciertos principios y derechos constitucionales. En particular, la Corte ha anulado leyes que extendían el impuesto al valor agregado a productos de primera necesidad (C-776/03), o ha ordenado la indexación parcial de los salarios de los servidores públicos (Sentencias C-1433/00, C-1064/01 y C-1017/03), o ha extendido ciertos beneficios pensionales a ciertos grupos poblacionales, al considerar que la restricción desconocía el principio de igualdad (Sentencia C-409/94), o ha prohibido la modificación de ciertas regulaciones pensionales, por considerar que afectaban derechos adquiridos de los trabajadores (C-754/04). Todas estas decisiones implicaron costos económicos y presupuestales muy importantes.¹²

Uno de los ejemplos más impactantes de esa judicialización de la política económica fue su intervención frente a la crisis de los deudores hipotecarios en los años 1988 y 1999. Por su importancia, conviene describirla con algún detalle.

A partir de 1997, Colombia entra en una aguda recesión económica que, combinada a ciertas decisiones de política económica, ocasionó una muy difícil situación para miles de personas de clase media, que se habían endeudado hipotecariamente, para adquirir vivienda. En pocos meses se hablaba de que unas 90.000 personas podrían perder su vivienda y la cifra se elevó, dos años más tarde, a 200.000 familias.¹³

Estos deudores hipotecarios eran ante todo personas de clase media, que no participaban usualmente en protestas sociales. Sin embargo, la situación adquirió tal gravedad, que los deudores comenzaron a asociarse para defenderse frente a las entidades financieras. A partir de 1998, estos deudores organizaron algunas marchas pacíficas y formularon peticiones al gobierno y al congreso para que modificaran ese sistema de financiación (llamado UPAC) y dieran alivios a los deudores.

Muy rápidamente y debido a la poca receptividad del Gobierno y del Congreso, los deudores y sus asociaciones recurrieron también a la estrategia judicial, y en especial interpusieron demandas ante la Corte Constitucional, en contra de las normas que regulaban el sistema UPAC.

Entre 1998 y 1999 la Corte profirió entonces varias sentencias sobre el sistema UPAC, que en general tendían a proteger a los deudores hipotecarios. Además, la Corte ordenó que se expidiera, en siete meses, una nueva ley para la regulación de

la financiación de vivienda. Esas sentencias pusieron, además, a la Corte en el ojo del huracán, pues si bien los deudores y algunos movimientos sociales apoyaron sus decisiones, los grupos empresariales, algunos sectores del gobierno y numerosos analistas atacaron duramente al tribunal constitucional, al que criticaron por extralimitarse en sus funciones y desconocer el funcionamiento de una economía de mercado, por lo cual propusieron que la Corte no conozca de la constitucionalidad de la legislación económica.

En tal contexto, el Congreso discutió y aprobó, a finales de 1999, una nueva ley de financiación de vivienda, que incorporaba, entre otras cosas, alivios a los deudores por dos billones de pesos (unos 1.200 millones de dólares) y ataba nuevamente la evolución de las deudas hipotecarias a la inflación. La influencia de las decisiones de la Corte en los debates parlamentarios fue evidente.

Estos casos muestran entonces que la política económica colombiana en los últimos años ha estado fuertemente condicionada por decisiones de la justicia constitucional, que no sólo han tenido costos financieros considerables sino que, además, han definido ciertas orientaciones de dicha política.

Una primera conclusión

Los anteriores ejemplos permiten llegar a una primera conclusión: efectivamente en las últimas décadas ha operado una importante judicialización de la política colombiana, lo cual suscita algunos interrogantes obvios: ¿qué pudo motivar el desarrollo de este fenómeno? ¿Cuál es su impacto sobre la democratización de la sociedad colombiana? Las siguientes partes de este artículo intentan ofrecer respuestas a esas preguntas.

Un ensayo de interpretación: elementos dinamizadores de la política colombiana

La explicación de las tendencias a la judicialización de la política no es fácil, por cuanto las interpretaciones no coinciden plenamente. Con todo, es posible ofrecer algunos factores comunes a distintos países y otros específicos a Colombia, que permiten entender, al menos parcialmente, la lógica de ese fenómeno.

Elementos dinamizadores de la judicialización comunes a otros países¹⁴

Un primer factor que ha alimentado la judicialización en Colombia y en otros países ha sido el desencanto frente a la política, que ha llevado a ciertos sectores a exigir del poder judicial respuestas a problemas que en principio deberían ser debatidos y solucionados, gracias a la movilización ciudadana, en las esferas políticas.

Este fenómeno no es obviamente exclusivo de Colombia pues la crisis de las formas de representación y de la política en general son factores que han incidido profundamente en el protagonismo actual de los jueces. Así, la extensión -o tal vez la mayor transparencia- de la corrupción coloca a los jueces en el centro del panorama político, ya sea por su permeabilidad a la propia corrupción, ya sea por su actividad en contra de ella, que no sólo los ha enfrentado a los poderes políticos sino que ha convertido a ciertos fiscales o jueces en personajes de gran notoriedad pública y respaldo ciudadano. Igualmente, en el campo social, algunos sectores de la judicatura se han comprometido en la defensa de los derechos ciudadanos, lo cual ha hecho que el aparato judicial, que no tiene origen popular, sea a veces percibido como más democrático que los órganos políticos elegidos por voto, con lo cual ha operado un cierto desplazamiento, bastante paradójico, de la legitimidad democrática del sistema político al sistema judicial. Finalmente, muchos ciudadanos ven más cercano y democrático al sistema judicial que al congreso o al ejecutivo, en la medida en que, frente a ciertos litigios, resulta más fácil acceder al aparato judicial, en la medida en que no son necesarios intermediarios políticos.

En segundo término, ese interés ciudadano en judicializar ciertos conflictos se ha visto en ocasiones acompañado por un interés de ciertos actores políticos (partidos o incluso gobiernos) en despolitizar ciertos temas sensibles, para no asumir los costos de su decisión, o frente a los cuales ha operado un bloqueo a nivel institucional, por lo cual aceptan o incluso promueven la transferencia de esos asuntos a los jueces.

Un tercer elemento que ha alimentado la judicialización ha sido el esfuerzo por fortalecer el poder judicial y asegurar su independencia, como un elemento esencial del Estado de derecho. Esta evolución ha sido impulsada por factores muy diversos en América Latina. Así, los grupos de derechos humanos y los movimientos sociales contra los regímenes autoritarios defendieron el fortalecimiento del poder judicial como un elemento esencial de consolidación de la democracia y de garantía de los derechos; pero igualmente, las agencias de financiación internacional y el Consenso de Washington apoyaron esas reformas, a fin de favorecer la inversión extranjera, pues sin poder judicial independiente no habría seguridad jurídica ni estabilidad en los contratos ni protección de propiedad. Estos elementos han implicado un cierto fortalecimiento del aparato judicial; y es claro que un poder judicial con mayor independencia personal y política, y dotado de mayores recursos, tiene una mayor posibilidad de intervenir en los procesos políticos.

En cuarto término, en los últimos años ha operado en muchos países una transición a lo que algunos autores llaman el neoconstitucionalismo, que se caracteriza por estos rasgos: expedición de constituciones con un amplio listado de derechos fundamentales y que, además, tienen vocación normativa, por lo cual prevén sistemas de justicia constitucional para asegurar el respeto de esos derechos, incluso por las mayorías legislativas. La presencia de estas formas de justicia

constitucional estimula también una fuerte judicialización de la política no sólo por la facultad de estas cortes de invalidar decisiones legislativas y gubernamentales, invocando las cláusulas constitucionales, que son esencialmente abiertas, sino, además, por cuanto permiten que los ciudadanos individuales o ciertos grupos sociales articulen sus demandas en el lenguaje de los derechos.

Esta constitucionalización interna del derecho converge con el fortalecimiento relativo, en los últimos años, de los mecanismos internacionales de derechos humanos, que también estimulan la formulación de reclamaciones en términos de derechos, lo cual fortalece la dimensión judicial de crítica política.

Posibles especificidades colombianas

Colombia, en ciertos aspectos, simplemente acentúa ciertas tendencias que han operado en otros países; pero existen ciertos elementos que parecen ser específicos a este país.

De un lado, en Colombia, la debilidad de los mecanismos de representación política existe pero parece más profunda que en muchos otros países de la región, por lo cual es mayor la tentación de sustituir la política por la acción judicial. No es este el espacio para presentar sistemáticamente ese fenómeno, que ha sido ampliamente analizado por otros autores. Basta indicar que se tradujo en un profundo desprestigio del Congreso y de la llamada clase política, que ha posibilitado un mayor protagonismo de los jueces, y en especial de la Corte Constitucional. En efecto, en muchas ocasiones, lo que ocurre no es que ese tribunal se enfrente a los otros poderes sino que ocupa los vacíos que éstos dejan; y esa intervención aparece legítima ante amplios sectores de la ciudadanía que consideran que al menos existe un poder que actúa en forma progresista y ágil.

De otro lado, Colombia ha tenido una tradición histórica de movimientos sociales débiles, en comparación a otros países periféricos o latinoamericanos. Y no sólo esos movimientos son poco fuertes sino que, además, en los últimos años, la violencia ha incrementado considerablemente los costos y los riesgos de su accionar, pues muchos líderes y activistas han sido asesinados. Estos dos factores –debilidad histórica y riesgos crecientes– tienden a fortalecer el protagonismo judicial, y en especial el de la justicia constitucional. En efecto, si el acceso a la justicia constitucional es relativamente fácil, como se explicará ulteriormente, es natural que muchos grupos sociales se sientan tentados a preferir el empleo de las argucias jurídicas, en vez de recurrir a la movilización social y política, que tiene enormes riesgos y costos en Colombia.

Y es que los diseños procesales han hecho que en Colombia el acceso a la justicia constitucional sea fácil y poco costoso. Así, desde 1910, existe la acción pública, en virtud de la cual, cualquier ciudadano puede pedir que se declare la inconstitucionalidad de cualquier ley, sin necesidad de ser abogado y sin ningún

formalismo especial. Pero eso no es todo. La Constitución de 1991 creó también la acción de tutela, en virtud de la cual cualquier persona puede, sin ningún requisito especial, solicitar a cualquier juez la protección directa de sus derechos fundamentales. El juez debe decidir muy rápidamente (10 días) y todas las sentencias pasan a la Corte Constitucional, que discrecionalmente decide cuáles revisa. La facilidad de acceso a la justicia constitucional ha favorecido el protagonismo de la Corte pues resulta relativamente fácil para los ciudadanos convertir un reclamo en una discusión jurídica, que debe ser constitucionalmente decidida, y en un tiempo bastante corto, por la justicia constitucional. Y, como lo han mostrado los estudios judiciales comparados, a mayores posibilidades de acceso a las cortes, mayor influencia política de los tribunales.¹⁵

En Colombia, el movimiento simultáneo de neoconstitucionalismo y apertura a los derechos humanos, que se ha dado en otros países, se materializó en la Constitución de 1991, que no es producto de una revolución triunfante, pero aparece, dentro de un contexto histórico muy complejo, como un intento por realizar un pacto de ampliación democrática, a fin de enfrentar la violencia y la corrupción política. En tales circunstancias, en la Asamblea Constituyente tuvieron una participación muy importante fuerzas políticas y sociales tradicionalmente excluidas de la política electoral colombiana, como representantes de algunos grupos guerrilleros desmovilizados, los indígenas o las minorías religiosas. La composición de la Asamblea fue entonces pluralista, para los estándares electorales colombianos. En ese marco, el diagnóstico subyacente de muchos delegatarios pareció entonces ser el siguiente: la exclusión, la falta de participación y la debilidad en la protección de los derechos humanos son los factores básicos de la crisis colombiana. Esto explica alguna de las orientaciones ideológicas de la Carta de 1991: la ampliación de los mecanismos de participación, la imposición al Estado de deberes de justicia social e igualdad, y la incorporación de una rica carta de derechos, y de nuevos mecanismos judiciales para su protección.

Todo lo anterior explica la generosidad en materia de derechos de esa Constitución, que atribuye una particular fuerza jurídica a los derechos humanos, ya que no sólo señala que la mayor parte de las normas constitucionales que contienen esas garantías son directamente aplicables sino que además establece que los tratados en la materia prevalecen en el orden interno y constituyen criterio de interpretación de los derechos constitucionales. La Carta de 1991 tiene entonces una vocación de aplicación judicial, que favorece un cierto activismo judicial en favor de los derechos de la persona, que si bien no era imposible, tenía menos piso normativo en el anterior ordenamiento constitucional.

De otro lado, también ha existido una tensión fuerte entre el contenido social de muchas cláusulas de la Constitución y las estrategias de desarrollo que los gobiernos colombianos pusieron en marcha desde 1990. Así, aunque la Constitución posibilita las privatizaciones y ciertas políticas neoliberales, muchas de sus normas favorecen

una intervención activa del Estado en busca de la justicia social, puesto que en su redacción tuvieron una influencia considerable representantes de sectores tradicionalmente excluidos de la política colombiana. Pero el gobierno Gaviria (1990-1994), que había impulsado con vigor el proceso constituyente, puso en marcha, tal vez con todavía mayor fuerza, una estrategia de apertura de la economía de contenido claramente neoliberal. Así, mientras la Constitución, en cierta medida exigía más Estado y una intervención redistributiva de las autoridades, los gobiernos ponían en marcha planes de desarrollo que tendían a disminuir la presencia social del Estado y a favorecer los mecanismos de mercado en la asignación de los recursos.¹⁶

Muy rápidamente, y por distintos factores, las fuerzas políticas que redactaron la constitución se debilitaron políticamente, lo cual hizo que una de las pocas instituciones con posibilidad de desarrollar el contenido progresista de la Carta de 1991 fuera la Corte Constitucional. Y el tribunal constitucional, desde sus primeras sentencias, decidió asumir con vigor esa función, tomando en serio el papel de los jueces en el desarrollo de los derechos fundamentales. La Corte prácticamente se fue convirtiendo así en la única ejecutora del proyecto constituyente.

En todos estos años, la Corte ha tendido entonces, poco a poco, a autorrepresentarse como la ejecutora de los valores de libertad y justicia social encarnados en la Constitución, lo cual le permitió ganar una importante legitimidad en ciertos sectores sociales. Pero siempre se ha movido en el filo de la navaja ya que ese progresismo explica también la crítica acérrima de otros sectores, en general ligados a los grupos empresariales o al gobierno, que atacan la jurisprudencia de la Corte, que consideran que es populista e ingenua, pues ignora las condiciones reales de la sociedad colombiana. Pero estos actores no se han limitado a esos reproches sino que, además, han intentado, hasta ahora sin éxito, numerosas reformas para acabar con la Corte, o al menos para limitar considerablemente sus atribuciones.

Fuera de lo anterior, existen ciertos rasgos que favorecen el activismo y protagonismo judicial en Colombia, como son la tradición de respeto, al menos formal, a las formas constitucionales y una independencia judicial relativamente importante.

Así, la Corte Constitucional fue creada por la nueva Constitución, que fue aprobada por la Asamblea Constituyente de 1991. Sin embargo, Colombia ya tenía una larga tradición de control judicial de constitucionalidad, pues al menos desde 1910 se había reconocido a la Corte Suprema de Justicia la posibilidad de que declarara, con fuerza general, la inconstitucionalidad de una ley. Y efectivamente, con mayor o menor fortuna, la Corte Suprema ejerció esa función durante casi ocho décadas, y tomó en varias oportunidades decisiones muy polémicas, pero que finalmente fueron aceptadas por las fuerzas políticas. Por consiguiente, cuando la Corte Constitucional entra a funcionar, en 1992, la cultura jurídica y política colombiana está muy familiarizada con la *judicial review*, al punto de que a pocos les parece extraño en la comunidad jurídica colombiana que ese tribunal tenga la facultad de anular leyes aprobadas por el Congreso. La Corte Constitucional

colombiana, a pesar de ser una institución nueva, no tuvo entonces que luchar para que las fuerzas políticas reconocieran la legitimidad de la *judicial review*, pues ésta era ampliamente aceptada en los medios políticos y jurídicos colombianos.

Potencialidades y riesgos de la judicialización de la política para la consolidación democrática

La judicialización parcial de la vida política tiene sin lugar a dudas ciertas virtudes. En particular permite evitar abusos de los órganos políticos y de las mayorías, en contra de minorías estigmatizadas o de individuos. En esa medida, el lenguaje de los derechos ocupa un lugar importante en las democracias contemporáneas, al punto de que el reconocimiento y la protección judicial de esos derechos, a pesar de ser realizados por órganos contramayoritarios, como lo son los jueces y los tribunales constitucionales, deben ser vistos no como limitaciones a la democracia sino como garantías a las precondiciones de la misma. Por ende, si bien no tiene un origen democrático, el juez constitucional cumple un papel democrático esencial pues es el guardián de la continuidad del proceso democrático.

La anterior justificación de una cierta judicialización de la política se vincula además a la importancia que tienen los derechos fundamentales en una sociedad democrática. La idea es que muchos de esos derechos son en primer término presupuestos procesales del funcionamiento de la democracia, pues mal podría existir un verdadero debate democrático si no se garantiza la libertad de expresión y de movilización, los derechos de asociación, los derechos políticos, etc. La existencia de esos derechos es pues un elemento esencial para que la democracia pueda realmente ser considerada un régimen en donde los ciudadanos son libres y deliberan para autogobernarse. Pero para que esas personas sean verdaderamente libres, es además necesario asegurarles unas condiciones mínimas de dignidad, que les permitan desenvolverse como individuos autónomos. Los derechos fundamentales representan entonces esos bienes, que se consideran que son indispensables para que todas las personas gocen de la dignidad necesaria para ser ciudadanos verdaderamente libres, iguales y autónomos. En esa medida, esos derechos aparecen también como una suerte de presupuestos materiales del régimen democrático, pues sin ciudadanos libres e iguales, mal podríamos hablar de gobierno democrático. Por ende, si los derechos fundamentales son tanto presupuestos procesales como materiales de la democracia, es obvio que estos derechos deben ser garantizados, independientemente de la opinión de las mayorías. En tal contexto, si los derechos fundamentales son, y perdonen la redundancia, fundamentales para la democracia, entonces es obvio que al asegurar su realización, los jueces cumplen una función democrática esencial.

Conforme a lo anterior, y utilizando la terminología sugerida por Luigi Ferrajoli,¹⁷ aunque los jueces y los tribunales constitucionales carecen de legitimidad democrática

formal, pues no tienen origen en la voluntad popular, lo cierto es que gozan de una legitimidad democrática sustancial, en la medida en que aseguran los derechos fundamentales y protegen la continuidad e imparcialidad del proceso democrático.

De otro lado, una cierta judicialización también parece ineludible cuando se producen bloqueos en el propio sistema político, que puede, por ejemplo, hacerle perder la capacidad para reaccionar frente a determinados tipos de prácticas de corrupción, cuando éstas ya se han generalizado tanto que hacen parte de las reglas ordinarias de juego del sistema. En tales contextos, las intervenciones de la rama judicial -como un actor parcialmente externo al sistema político como tal- pueden desencadenar procesos de transformación política que tal vez hubieran sido imposibles desde dentro del sistema político. En tal sentido, la judicialización no es en sí misma perjudicial, pues puede ser un catalizador que permita una renovación democrática de la política.

En tercer término, una cierta judicialización de la política, en especial aquella ligada a la lucha por los derechos, puede también operar, por paradójico que suene, como un mecanismo de movilización social y política, en la medida en que permite empoderar a ciertos grupos sociales y les facilita su accionar social y político, como lograron hacerlo los deudores hipotecarios gracias a ciertas decisiones judiciales.

Sin embargo, los riesgos de una judicialización excesiva de la vida política son también claros, pues puede afectar la consolidación de nuestras precarias democracias.

De un lado, ella puede comportar una sobrecarga del aparato judicial, que empieza a asumir con dificultad tareas que no le corresponden totalmente. Así, la transferencia de la resolución de demasiados problemas a los jueces puede terminar por afectar la propia legitimidad de la administración de justicia, que no tiene en el largo plazo la capacidad de enfrentar tales retos. Y eso deriva no sólo de la cantidad de problemas que empieza a resolver el sistema judicial sino también al tipo de asuntos, por cuanto frente a determinados conflictos, la arena judicial puede no ser la más apropiada. Los riesgos de error judicial son grandes.

De otro lado, la judicialización puede generar un contraste entre una justicia visible y protagónica, que decide pocos casos pero en forma espectacular, mientras que la gran mayoría de los asuntos son decididos por una justicia invisible y con tendencia a la rutinización, que los tramita en forma ineficiente e inequitativa.¹⁸ Y es que en el caso colombiano, las evidencias de esas ineficiencias rutinarias son claras, como lo muestra, por citar un solo indicador, la impunidad en materia penal. Y es que, a pesar de las discrepancias que existen en el país en torno a la conceptualización y cuantificación de la impunidad, en general todos los analistas reconocen en que ésta es alta y persistente. Se podría llegar así a una perversa combinación de las enormes deficiencias del aparato judicial con su gran protagonismo; así, las primeras se cubren con el segundo, esto es, las deficiencias funcionales del aparato judicial son en cierta medida compensadas por una intervención excepcional de los jueces en los grandes debates políticos. Protagonismo político de un lado y deficiencias funcionales del otro se encuentran entonces

conectados: mientras la justicia no resuelva sus problemas funcionales y adquiera fortaleza y capacidad mediante el logro de sus compromisos sociales naturales, su intervención en los grandes debates políticos puede ser el pretexto para una desviación de objetivos y para un debilitamiento aún mayor de sus cometidos.

En tercer término, la judicialización de los conflictos políticos tiende casi inevitablemente a politizar, en el mal sentido del término, los conflictos judiciales, pues los tribunales y los procesos se convierten en escenarios e instrumentos de estrategias de actores políticos, lo cual desestabiliza en forma profunda el rol del sistema judicial como garante de los derechos de las personas y de las reglas de juego democráticas. El derecho deja de ser la regla general que toda la comunidad reconoce, pues el sentido de las normas se considera manipulable según los intereses. La opinión empieza entonces a desconfiar de toda decisión judicial, con lo cual se compromete la legitimidad misma de la administración de justicia. Y esto es aún más grave en democracias precarias, pues en ellas la independencia del poder judicial dista de estar consolidada.¹⁹

En cuarto término, esta excesiva judicialización conduce en muchas ocasiones a un aplazamiento de soluciones políticas que son necesarias para enfrentar ciertos problemas, como lo ilustró el desarrollo del llamado proceso 8000. Así, la ausencia de reglas claras sobre partidos y elecciones favoreció la infiltración de los dineros del narcotráfico en la campaña presidencial de 1994. Sin embargo, en su momento, las propias incidencias del proceso 8.000 y del juicio al Presidente postergaron y llevaron a un segundo plano el debate sobre la reforma política, que sólo fue retomado con seriedad varios años después.

Finalmente, si bien la judicialización en países como Colombia se explica en parte por la debilidad de los movimientos sociales y podría favorecer una nueva política democrática, lo cierto es que puede también acentuar la apatía ciudadana. El uso de las argucias judiciales para resolver complejos problemas sociales puede dar la impresión de que la solución de muchos problemas políticos no depende de la participación democrática sino de la actividad de jueces y fiscales providenciales. Esto es grave pues implica no sólo una acentuación de la desmovilización ciudadana sino incluso la puesta en cuestión de los propios principios democráticos, ya que son los funcionarios judiciales -no electos- a quienes correspondería defender las eventuales virtudes de la democracia. Los riesgos de salidas autoritarias y antidemocráticas son entonces importantes, pues cada vez más la sociedad comenzaría a confiar en hombres providenciales para la restauración de la virtud y la solución de los problemas.

Este examen lleva entonces a una conclusión, que no por aparentemente obvia, es importante: la judicialización tiene potencialidades pero igualmente riesgos. El desafío es entonces potenciar sus posibilidades democráticas y minimizar sus efectos perversos, lo cual, desde el punto de vista académico, debería llevarnos a tratar de investigar más específicamente cuáles son las judicializaciones democratizantes y cuáles, por el contrario, son democráticamente riesgosas.

NOTAS

1. Ver, por ejemplo, Boaventura Santos, "Los paisajes de las justicias en las sociedades contemporáneas" in Boaventura Santos & Mauricio García-Villegas (dirs.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Uniandes-Siglo del Hombre-Colciencias-CES, 2001.
2. Para conceptualizaciones semejantes, ver los trabajos de Pilar Domingo, en particular su texto en este libro y su artículo: Pilar Domingo, "Judicialisation of Politics: The Changing Political Role of the Judiciary in Mexico" in Rachel Sieder, Line Schjolden & Alan Angell (eds.), *The Judicialisation of Politics in Latin America*, Nueva York, Palgrave Macmillan, (en prensa 2005).
3. Ver al respecto: Rodrigo Uprimny, "Jueces, narcos y políticos: La judicialización de la crisis política" in Francisco Leal Buitrago (ed.), *Tras las huellas de la crisis política*, Bogotá, Tercer Mundo Editores, Fescol, IEPRI, 1996.
4. Al respecto, ver: Fernando Cepeda Ulloa, "La pérdida de investidura de los congresistas: una herramienta eficaz contra la corrupción" in Fernando Cepeda Ulloa (ed.), *Las fortalezas de Colombia*, Bogotá, Ariel, BID, 2004, pp. 489 y ss.
5. Para una presentación de la evolución del control judicial del uso de esos poderes excepcionales, ver Rodrigo Uprimny, "The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia" in Siri Glippen, Roberto Gargarella & Elin Skaar (eds.), *Democratization and the Judiciary*, Londres, Frank Cass, 2003.
6. En el régimen constitucional colombiano existen tres tipos de estados de excepción: de un lado, el estado de guerra exterior, previsto para las hipótesis de conflicto internacional y que nunca ha sido usado en Colombia; de otro lado, el estado de conmoción interior, previsto para las graves alteraciones del orden público; y, finalmente, el estado de emergencia, previsto para graves crisis económicas o naturales.
7. Las decisiones de la Corte Constitucional colombiana son básicamente de dos tipos: las sentencias de constitucionalidad, o de control abstracto de las leyes, cuya numeración se inicia con una "C", y las decisiones de tutela, el nombre que se ha asignado en Colombia al recurso de amparo o de protección, que son aquéllas que se inician con una "T". Las sentencias de constitucionalidad son pronunciadas por la Sala Plena, integrada por 9 magistrados, mientras que, por lo regular, las sentencias de tutela son expedidas por las distintas Salas de Revisión, integradas cada una de ellas por 3 magistrados, salvo cuando se decide unificar la doctrina constitucional en tutela, caso en el cual conoce también la Sala Plena. En esos eventos, las sentencias se denominan "SU". Las sentencias de esta Corte Constitucional se identifican entonces por tres elementos: el encabezado, ("C", "T" o "SU") que indica el tipo de proceso y decisión; un primer número, que corresponde al orden secuencial en un año determinado; y un segundo número, que especifica el año. Así, la sentencia T-002/92 es la segunda sentencia emitida por la Corte en 1992, y corresponde a una tutela, decidida en una Sala de Revisión de tres magistrados
8. Sobre la labor de la Corte en la protección de la diversidad étnica, ver los escritos de Víctor Manuel Uribe.
9. Según un documento de la Dirección General de Presupuesto del Ministerio de Hacienda, presentado en octubre de 2004, en un seminario sobre el tema, la decisión sobre desplazados

podría costar aproximadamente un billón de pesos, esto es, unos 400 millones de dólares, a una tasa revaluada de 2500 pesos por dólar. Y la sentencia sobre prisiones ha costado unos 300 mil millones de pesos en gastos de funcionamiento y unos 260 mil millones en gastos de inversión, esto es, unos 560 mil millones de pesos en total, lo cual equivale aproximadamente a unos 230 millones de dólares.

10. Ver Luis Carlos Sotelo, "Los derechos constitucionales de prestación y sus implicaciones económico-políticas" in Departamento Nacional de Planeación de Colombia, *Archivos de macroeconomía*, Documento 133, 2000.

11. Ver Corte Constitucional y Consejo Superior de la Judicatura, *Estadísticas sobre la tutela*, Bogotá, 1999. Esa tendencia se mantiene en años posteriores.

12. Según el citado documento del Ministerio de Hacienda, el costo de esos fallos es alto. Dos ejemplos: la sentencia C-409/04 ha costado, desde 1995 varios cientos de millones de pesos y su costo se mantiene y equivale a unos 800 mil millones de pesos por año, esto es, unos 320 millones de dólares por año. La sentencia C-776/03 del IVA redujo los ingresos fiscales en aproximadamente 750 millones de pesos, unos 300 millones de dólares.

13. Ver el periódico colombiano *El Espectador*, 29 de abril de 1997 y de 01 de junio de 1999.

14. En este punto, ver la presentación sintética de Pilar Domingo: *op.cit.* Ver igualmente Javier Couso, "Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política", *Revista de Ciencia Política*, Vol XXIV, No 2, 2004, pp. 37 y ss.

15. Herbert Jacob et al., *Courts, Law and Politics in Comparative Perspective*, New Haven, Yale University Press, 1996, pp. 396 y ss.

16. Sobre las tensiones entre el contenido social de la Constitución y las estrategias neoliberales de los gobiernos en la década del 90, y en especial del gobierno Gaviria ver José Antonio Ocampo, "Reforma del Estado y desarrollo económico y social en Colombia", *Análisis Político*, No 17, septiembre/diciembre, 1992. Ver igualmente Andrés López Restrepo, "El cambio de modelo de desarrollo de la economía colombiana", *Análisis Político*, N. 21, enero/abril, 1994.

17. Ver Luigi Ferrajoli, *Razón y derecho*, Madrid, Trotta, 1985, pp. 855 y ss.

18. Sobre este contraste, ver César Rodríguez, Mauricio García y Rodrigo Uprimny, "Justice and society in Colombia: a sociological análisis of Colombian courts" in Lawrence Friedman & Rogelio Pérez-Perdomo (Eds), *Legal Culture in the Age of Globalization*, Stanford, Stanford University Press, 2003.

19. En sentido semejante, ver Couso: *op. cit.*, pp. 43 y ss.



LAURA C. PAUTASSI

Abogada, Especialista en Planificación y Gestión de Políticas Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Investigadora del Consejo de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICET), Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio Gioja", Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Docente de postgrado.

Dirección: Laura Pautassi
Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. Gioja
Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires
Av. Figueroa Alcorta 2263, 1 piso C1425CKB
Buenos Aires, Argentina
Email: lpautassi@arnet.com.ar

RESUMEN

El artículo reflexiona sobre diversas acciones que se han desarrollado en América Latina tendientes a garantizar la igualdad entre varones y mujeres, a partir de distintas estrategias y acciones positivas aplicadas en diversos campos (relaciones laborales, conciliación, trabajo, familia, seguridad social). El análisis se concentra en la responsabilidad del Estado en materia de regulaciones laborales, considerando especialmente el principio jurídico de igualdad en el trato, como también el derecho a la seguridad social. El artículo distingue los conceptos de discriminación y desigualdad, y analiza los supuestos sobre la igualdad y la diferencia de género que se encuentran en la base de las regulaciones laborales y de seguridad social. A partir de ello, se presentan propuestas de políticas públicas que promuevan nuevos diseños institucionales, en especial en materia de sistema de previsión social, como también en materia de políticas conciliatorias y de empleo en general.

Original en español.

PALABRAS CLAVES

Discriminación - Derechos sociales - Enfoque de derechos - Políticas de género - Acciones positivas - Mercado de empleo remunerado - Seguridad social



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*

Este artículo está disponible en formato digital en <www.surjournal.org>.

¿IGUALDAD EN LA DESIGUALDAD? ALCANCES Y LÍMITES DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS

Laura C. Pautassi

Introducción

Las dos últimas décadas han caracterizado a América Latina por los procesos de transformación de los principios de organización política, económica, y social. En primer lugar, se destacan la aplicación sostenida de políticas de ajuste estructural y reforma del Estado implementadas en la región, que si bien adquirieron ciertas particularidades en cada uno de los países, conformaron un conjunto de políticas y medidas cuyo objetivo fue la reestructuración del Estado. Esta reestructuración se da a partir de un cambio en las formas tradicionales de funcionamiento, en el marco de una creciente subrogación de sus funciones, seguida de profundas transformaciones económicas internas, con nuevos agentes económicos y sociales, y con la implementación de nuevas formas de protección y seguridad social.

A su vez, un fenómeno que cambió la agenda social de la región fue la irrupción de las mujeres en el mundo público, tanto a partir de su incorporación al mercado de empleo remunerado, como en los visibles avances educativos y en una incipiente –aunque insuficiente– incorporación en términos de participación política. Sin embargo, no se produjo la misma asunción de responsabilidades por parte de los varones de las tareas reproductivas históricamente bajo responsabilidad femenina.

De esta forma mujeres y varones sufrieron la aplicación de políticas de ajuste de múltiples formas, principalmente en las formas de inserción en el mercado de empleo remunerado, particularmente a partir de los cambios en las

Ver las notas del texto a partir de la página 92.

formas de contratación, con la presencia de empleos de tiempo parcial, la movilidad de tareas y de procesos de trabajo, la pérdida de prestaciones de seguridad social que eran complementarias al trabajo asalariado estable, restricciones severas en el sistema de políticas sociales, aumento del desempleo y del subempleo; todas estas reformas acompañadas por una disminución de salarios, cuando estos existen.

En forma paralela a estas situaciones de vulnerabilidad, y paradójicamente durante los procesos de reformas, las mujeres consiguieron el reconocimiento jurídico y la igualdad formal en todos los países de la región, al tiempo que la mayoría de los Estados ratificaron los principales tratados de derechos humanos, con la posterior adecuación de los marcos jurídicos nacionales a los dichos instrumentos y las conferencias internacionales, como también la implementación de medidas de acción positiva, el reconocimiento de derechos reproductivos, la creación generalizada por los países de mecanismos jurisdiccionales para impulsar políticas equitativas. A ello se sumaron las luchas, de larga data, de las organizaciones de mujeres por instalar una agenda de género, buscando consolidar estrategias y políticas claves en la promoción de la igualdad e instalar el debate en términos del alcance de la ciudadanía para hombres y mujeres.

Por otra parte, y tal como señala Castel el discurso de la incorporación de las mujeres al mundo del trabajo remunerado se instala precisamente cuando el trabajo, en tanto elemento privilegiado de relación social, se ha devaluado, a la vez que el comportamiento del mercado es afectado por la presencia cada vez más notable y demandante de las mujeres, quienes ejercen presión sobre él e interpelan la eficiencia y los objetivos de las políticas.¹

Es bajo este marco en donde se hacen visibles las asimetrías propias del desarrollo institucional latinoamericano. En primer lugar, la suma de acciones promovidas por diversos actores sociales y políticos generó un marco de derechos y consensos para promover la igualdad de género. Sin embargo, los resultados distan de ser satisfactorios, en tanto persiste la pobreza, la discriminación y la desigualdad, corporizándose en la exclusión social como el gran “fenómeno” en los países de la región. Esto significa que se ha ido incrementando una situación de asimetría en materia de derechos, teniendo en cuenta que la actual fase de desarrollo e inserción productiva va generando un inédito contraste entre mayor realización de derechos civiles y políticos, y retrocesos dramáticos en la realización de derechos sociales y económicos, al tiempo que aumentan las situaciones de inseguridad socioeconómica y de vulnerabilidad social, con impacto en términos de género.

Lo anterior da cuenta de una débil –pero no menos importante– vinculación entre las esferas de ciudadanía y el verdadero alcance del principio de igualdad de oportunidades y de trato. Y aquí resulta necesario realizar una

aclaración previa: el derecho en general –y el derecho laboral en particular – revela la tensión constante entre la regulación del ámbito público y el reclamo liberal de la no-intromisión del Estado en el mundo privado, que debe estar libre de intervención estatal.²

En rigor, y tal como intentaré desarrollar a lo largo del presente escrito, el Derecho Laboral surge trasponiendo la clásica división del derecho entre público y privado,³ para ubicarse en medio de ambos al romper la igualdad entre las partes contratantes, estableciendo que dada la relación de subordinación que caracteriza al vínculo laboral la parte trabajadora requiere de protección especial. Además, en esta rama del derecho se presenta una dicotomía donde compiten dos valores distintos: por un lado se acepta la vigencia del principio de igualdad entre los trabajadores pero por otro lado se reclama la regulación diferencial para ciertos supuestos. Esta dicotomía, que también puede considerarse como una tensión, cobra especial importancia en materia de trabajo de mujeres, en tanto el mismo atraviesa los ciclos reproductivos y las consiguientes relaciones sociales que implica asumir las responsabilidades familiares combinadas con las productivas. A tal punto se tensa esta relación, que se termina afirmando la diferencia para reclamar la igualdad.⁴

Sin embargo, este reconocimiento normativo de la diferencia para garantizar derechos destinados a brindar efectivas condiciones de igualdad de oportunidades para las mujeres no considera la división sexual del trabajo al interior del hogar, donde los trabajadores varones pocas veces asumen una activa co-responsabilidad en tareas reproductivas, profundizando de esta forma, una división entre lo público y lo privado, sin la suficiente consideración de los antagonismos existentes en uno y otro ámbito, y relegando de esta forma al ámbito privado las particularidades y las diferencias en términos de género. En otros términos, lo protegido y reglamentado para las mujeres se relaciona con su responsabilidad sobre el mundo privado, más que sobre el *continuum* productivo-reproductivo como eje de análisis de relaciones que incluyen a varones y mujeres, o sobre la eliminación de discriminaciones en el mundo de lo público.⁵

En sintonía con lo expuesto, el énfasis en mi argumentación está puesto en que este reconocimiento de derechos, en el campo del derecho laboral y de la seguridad social, no siempre consistió en un reconocimiento de derechos propios de las mujeres. Esto significa que, si bien se incorporaron normas y principios que reconocen la igualdad en el empleo, el sustrato normativo no incluye a la mujer como sujeto de derechos en sí misma, sino que sus derechos se derivan de su inserción en el mercado formal o por su vínculo con otro titular de derechos (por caso su esposo, su padre) el que tampoco es considerado como tal, sino que el origen de sus derechos es a partir de su condición de trabajador asalariado.

Esta consideración de la mujer en el sistema de seguridad social como portadora de derechos derivados y no propios marca las formas de organización y de desarrollo de los sistemas de políticas sociales en América Latina. Pero también en términos de su inserción en el mercado de trabajo, la idea de portadora “derivada” de derechos impregna la mayoría de las regulaciones laborales y sin duda ha permeado en la lógica de funcionamiento de los mercados de empleo, entre otras razones porque no estuvo prevista la inserción de la mujer en los mismos.

Sin embargo, es posible revertir esta forma de organización del sistema a partir de un conjunto de intervenciones como las que se proponen en este trabajo, que contribuyan a generar sistemas más equitativos y donde el acceso al sistema no esté dado en función de derechos derivados – por el trabajo o por el vínculo legal con un trabajador – sino en virtud de la calidad de ciudadano y ciudadana.⁶

Precisamente este es el marco en el que se inscribe el desarrollo que se realiza a lo largo de este artículo, con el objetivo de analizar los alcances de la consideración de la mujer como sujeto de derechos derivados, en el ámbito de la seguridad social; y el papel que las reformas han tenido en consolidar esta categoría. Al respecto se prestará especial atención a las reformas previsionales y sus efectos para varones y mujeres.

Para situar el debate, se analiza en primer lugar la responsabilidad del Estado en materia de regulaciones laborales, considerando especialmente el principio jurídico de igualdad en el trato, como también en términos de derecho a la seguridad social, distinguiendo los conceptos de discriminación y desigualdad, y analizando los supuestos sobre la igualdad y la diferencia de género que se encuentran en la base de las regulaciones laborales y de seguridad social. A partir de ello, se presentan propuestas de políticas públicas que si bien no pretenden ser acabadas, buscan explorar nuevas áreas y enfoques para incorporar en la arena política, como también en la agenda estatal, la necesidad de nuevos diseños institucionales que reviertan las situaciones de inequidad actualmente vigentes.

El derecho del trabajo: ¿la primera acción positiva?

El Derecho Laboral se caracteriza por ser una rama del derecho autónoma que legitima la intervención del Estado en la relación jurídica existente entre partes independientes. Esta intervención se justifica por el reconocimiento de la desigualdad preexistente entre los actores de una relación, fundamentalmente por la distinta posición económica y jerárquica en que se encuentran: uno de los sujetos, el empleador/a, dirige a otro sujeto, el trabajador/a, que obedece y ejecuta la prestación que ha comprometido a cambio de un salario. A partir de

allí se establece una peculiar estructura jurídica – funcional al modelo capitalista industrial – que viene a regular las relaciones de tipo individual – entre empleador/a y trabajador/a – como también colectivas entre la patronal y los sindicatos. Esta incorporación de sujetos colectivos legitimados para actuar resulta inédita, en tanto autoriza a sujetos grupales a imponer reglas de contratación para ámbitos determinados de la actividad productiva.

A diferencia de otras ramas del derecho, como el Derecho Civil o el Derecho Comercial donde se protege la autonomía de la voluntad de las partes y se privilegia la libertad de contratación, en el Derecho del Trabajo se reconoce la necesidad de brindar protección social a quienes se hallan en una relación de trabajo subordinada o en una situación que se reconoce desventajosa respecto de la posición económica – y jurídica – de la contraparte. En ese contexto, el Derecho Laboral no parte de la premisa de igualdad entre los co-contratantes sino, por el contrario, la igualdad sustancial constituye su meta o aspiración y, para ello, brinda protección especial a la parte que se considera débil en el marco de la relación laboral.⁷

En relación con la regulación específica del trabajo de mujeres, hay que recordar que las primeras normas laborales surgen precisamente para proteger a las mujeres y menores que se encontraban en especial situación de explotación durante la revolución industrial. De ahí que las normas tuvieron en su origen la intención de preservar a la mujer de las deficientes condiciones de trabajo existentes, ya sea por trabajo nocturno, insalubre o en condiciones demasiado penosas, tomando en cuenta a la mujer sólo en su rol de madre, disposiciones que fueron plasmadas principalmente en los Convenios protectorios de la OIT.⁸

A mediados de la década de los cuarenta, cuando los países de la región sientan las bases de los Estados de Bienestar, se sigue considerando a la mujer como madre, situación que condice con el diseño de un tipo especial de arreglo institucional como los que se desarrollaron en América Latina, en especial en los países del cono sur. Así, la figura de trabajador asalariado fue el varón, la relación laboral “típica” era el trabajo regular, por tiempo completo, en edad activa y con muy pocos cambios en su trayectoria laboral. Claramente las mujeres quedaron en una posición desventajosa, logrando la inclusión de determinadas normas protectorias, pero sin que se promoviera el principio de igualdad. Aquello que jurídicamente podría ser acertado otorgando de esta forma una oportunidad para una efectiva solidaridad social, arrojó como resultado un sistema fragmentado injustamente privilegiado, basado fundamentalmente en las diferencias verificadas en el mercado laboral.

Posteriormente, la mejora de las condiciones de trabajo en términos generales, sin distinción de sexo, hizo desaparecer las protecciones especiales conquistadas inicialmente en forma exclusiva para las mujeres y menores, garantizándose éstas como derechos de los trabajadores de ambos sexos. Se inicia

así, a partir de los años 50 en adelante, un progresivo y lento proceso de eliminación en los ordenamientos jurídicos de normas contrarias a este principio de igualdad, proceso que se desarrolló en forma heterogénea y con particularidades en cada uno de los países y que fue acompañado con la sanción de los convenios de OIT de corte igualitario, proclamando el principio de igualdad entre ambos sexos.⁹

Ahora bien, resulta interesante señalar que desde mediados de los años 80 los países latinoamericanos, coincidentemente con el restablecimiento de gobiernos democráticos, reformaron sus Constituciones Políticas y asumieron una cantidad importante de compromisos con sus ciudadanos y ciudadanas en términos de garantizar la equidad y la igualdad de oportunidades en distintos ámbitos de la vida social. Asimismo se comprometieron, a partir de la ratificación de los Pactos y Tratados Internacionales a garantizar la igualdad y la no discriminación, como también el Derecho al Trabajo.

En rigor, las declaraciones y tratados internacionales reconocen el Derecho al Trabajo, pero con reserva respecto de las condiciones en las que puede hacerse efectivo, subordinándolo a recursos y peculiaridades de cada Estado o refiriendo a la obligación del Estado a establecer políticas dirigidas a efectivizar ese derecho. Este sería el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que establece que los Estados Partes reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y cada Estado tomará medidas adecuadas para garantizar este derecho. En rigor, las obligaciones de los Estados Parte no se limitan a satisfacer el contenido mínimo de los derechos económicos, sociales y culturales, sino que están obligados a adoptar medidas para que de manera progresiva se alcance la satisfacción plena de estos derechos, y para ello deben utilizar el máximo de los recursos disponibles.

En materia de discriminación, el primer instrumento internacional que lo aborda específicamente es la CEDAW, que considera como discriminación a

*toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil o en cualquier otra esfera.*¹⁰

A lo largo de su articulado, promueve la creación de medidas de acción afirmativa para aumentar las oportunidades de participación económica, social, cultural, civil y política de las mujeres. En materia de empleo para mujeres, la Cedaw lo considera desde el punto de vista de la demanda de

empleo – relacionada tanto con los procesos de selección, los criterios acerca de la remuneración, la seguridad social, la protección de la salud y de la maternidad –, como también desde la oferta y la ampliación de la autonomía vinculadas a la elección del trabajo o profesión, y a la formación profesional de las trabajadoras.¹¹ También deja sentado que las mujeres tendrán derecho a prestaciones familiares con independencia de su estado civil¹² y explicita que los derechos de las trabajadoras deben ser protegidos de potenciales discriminaciones originadas por matrimonio y/o maternidad de las mujeres. Establece claramente que los Estados deben tomar medidas adecuadas para prohibir y sancionar este tipo de prácticas discriminatorias, a la vez que deben proteger la maternidad a través de licencias pagas, prevención de ejecutar trabajos que puedan perjudicar a la trabajadora durante el embarazo, prestación de servicios de cuidado infantil y otras medidas que permitan combinar las responsabilidades laborales y familiares de los padres.¹³

Este proceso de incorporación de principios igualitarios, vía constitucional o vía tratados y convenios internacionales, estuvo acompañado en muchos casos por la implementación de un Plan de Igualdad de Oportunidades a instancias de los organismos de Adelanto de la Mujer de cada uno de los países de la región, organismos que muchas veces cuentan con áreas provinciales o locales.

Sin embargo, la etapa de positivización del principio de igualdad se da en paralelo a la aplicación de las reformas neoliberales que empiezan a fines de los ochenta y principios de los noventa dependiendo de los países. Entre otras medidas, estas reformas neoliberales produjeron profundas transformaciones económicas, conjuntamente con reformas tributarias, medidas de flexibilización laboral, acompañadas por severas restricciones a la red de seguridad en el trabajo y a las instituciones sociales.¹⁴

Como consecuencia, en la actualidad, se presenta en la región una particular situación de asimetría entre ordenamientos constitucionales con amplia consideración de la igualdad de oportunidades, un importante avance en planes nacionales de igualdad y la ausencia de mecanismos efectivos que contribuyan a su concreción, todo ello en el marco de la consolidación de la participación de la mujer en los mercados de empleo urbanos.¹⁵

En rigor, en este nuevo contexto, el problema no sería que la mujer sea considerada y protegida como “madre” sino que a la luz de estas políticas precarizadoras del empleo, el problema es precisamente que sea o quiera ser madre. Es decir, que la maternidad, en el contexto de la flexibilización laboral, pasa a ser una fuente de desventaja para las mujeres. De allí es que se desestimula la contratación de mujeres bajo el supuesto de un mayor costo laboral,¹⁶ no se provee de servicios reproductivos y, en los casos de precariedad absoluta, la trabajadora es penalizada precisamente si “transgrede” la norma y decide tener

un hijo/a. Así, la maternidad pasa de ser una función social, protegida por el Estado, a una cuestión individual que, agravada por el retiro de los servicios sociales estatales en la mayor parte de los países latinoamericanos, complejiza la situación de las mujeres trabajadoras. Esto aún es más grave en el caso de las trabajadoras informales, para quienes no existe protección alguna, quedando al arbitrio de la “buena voluntad”, en el mejor de los casos, de sus empleadores.

Es decir, la situación actual en América Latina se caracteriza además por la persistencia de la pauta según la cual la responsabilidad sobre el cuidado del hogar y de los hijos sigue recayendo principalmente sobre las mujeres y no sobre las parejas. En efecto, la normativa en la mayoría de los países de la región da cuenta de este fenómeno al concentrar las licencias para cuidado infantil, los subsidios por maternidad, e incluso la disponibilidad de guarderías y salas cunas asociadas al trabajo de las mujeres. Si bien es indudable que tal patrón responde a una pauta cultural, el hecho de que el Estado la refuerce por medio de la legislación y las políticas, y asigne a las mujeres una doble función en el mismo acto en el cual regula las relaciones entre trabajadores/as y empleadores/as es por demás significativo.

Y es precisamente en el ámbito de las políticas de conciliación entre tareas productivas y del cuidado (trabajo reproductivo) en donde se deben concentrar acciones positivas y enfocar las regulaciones laborales, para promover un verdadero alcance del principio de igualdad. En las propuestas de políticas retomaré este aspecto.

La seguridad social ¿ciega al género?

La seguridad, como objetivo de política estatal, busca proteger al individuo de los riesgos materiales y de las inseguridades materiales individuales típicas relacionadas con enfermedades, la incapacidad para mantener el trabajo o para encontrar un empleo debido a la pérdida de habilidades, la falta de ingresos para afrontar la maternidad o la crianza de niños/as, la necesidad de garantizarse un ingreso durante la vida pasiva o ante la pérdida del sostén del hogar. Estas situaciones, denominadas contingencias, no deben ser resueltas por la caridad pública o formas de mutualismo o cooperación, sino que deben ser provistas por medio de arreglos colectivos. En otros términos, la seguridad social se traduce en la acción estatal basada en la ley formal, garantizada mediante derechos sociales y por medio de la intervención técnico-administrativa del aparato estatal.¹⁷

En sus orígenes, el Derecho de la Seguridad Social, buscaba en primer lugar, diferenciarse del Derecho del Trabajo, en tanto no consideraba como sujeto a protección al trabajador/a asalariado en cuanto tal, sino que buscaba proteger la integralidad de la persona. Con el desarrollo del sistema, y a partir

de diseñar mecanismos para la efectiva percepción del beneficio, quedaron comprendidos los trabajadores/as dependientes y en algunos casos su grupo familiar, aunque en general, el receptor de los beneficios fue el trabajador/a dependiente y no su titular. Para los no asalariados la cobertura resultó reducida a ciertas y determinadas contingencias, aunque en la mayoría de los casos, la protección se presente como consecuencia de adhesión voluntaria. Es decir, el principio de la universalidad no ha sido suficientemente desarrollado, permaneciendo como requisito indispensable acreditar ciertas circunstancias para acceder a los beneficios, entre ellas, la categoría de trabajador/a asalariado.

Sintetizando, los sujetos protegidos serían todos aquellos comprendidos en el campo de aplicación del sistema, resultando potenciales acreedores de las prestaciones establecidas, las cuales se hacen efectivas a partir de producido el evento (contingencia), y siempre y cuando reúnan las condiciones exigidas (edad, enfermedad). Estos requisitos pueden referirse a la objetivación de la contingencia, – determinado grado de invalidez – o cumplir con recaudos legales – estar casado – o bien haberse relacionado con la autoridad administrativa y financiera del régimen que se trate: antigüedad en la afiliación o mínimo de aportes. Claramente no es un sistema de acceso incondicional a los ciudadanos/as.

El Estado cumple un doble rol en el sistema: por una parte reconoce el derecho a la seguridad social a todos los habitantes, legislando y reglamentando conforme a ello, y por otra parte, asume la responsabilidad de brindar las prestaciones directamente o por terceros a los beneficiarios/as. Si bien esta consideración está en el origen y construcción de los principales Estados de Bienestar latinoamericanos, los mismos han tenido diferente grado de estructuración, lo cual ha desembocado en sistemas fragmentarios, con coberturas bajas y con problemas de gestión y de financiamiento.

De hecho, las coberturas operan en general, a partir de la presencia de seguros sociales, que se basan en impuesto al salario y no en base a un sistema de seguridad social más amplio al estilo de los países escandinavos. Para que se efectivicen las prestaciones, es necesario que cada trabajador/a y su empleador aporten al sostenimiento del sistema ya que de lo contrario el mismo no opera. Es decir, hay derecho en la medida que se aporte, constituyendo la base del sistema contributivo.

Lo expuesto no remite únicamente a una precisión jurídico-normativa, sino que determina las modalidades en que se distribuirán las oportunidades para los distintos miembros de la sociedad. Esto es, quienes accedan a un trabajo formal acceden a todos los beneficios y derechos, no solo derivados de su condición de trabajador/a sino que gozan de una suerte de ciudadanía plena en relación con quienes no acceden. En la distribución de oportunidades las mujeres son históricas perdedoras, entre otros motivos, por la falta de reconocimiento del trabajo reproductivo y por su baja inserción en los espacios públicos.¹⁸

Si tal como fue desarrollado, el empleo asalariado es fuente de otros derechos y uno de los elementos constitutivos de la ciudadanía en América Latina, el trabajo aparece como un derecho que, en virtud del principio de igualdad, debe ser accesible a todos los ciudadanos. Por lo mismo los derechos a la seguridad social deberían garantizarse a todos los ciudadanos y ciudadanas independientemente de su condición de trabajador/a y de su contribución.

Esta situación remite a numerosos dilemas que interpelan acerca de la responsabilidad del Estado como garante de la seguridad social, tanto en términos de cobertura de riesgos y contingencias, como también para promover condiciones básicas para el desarrollo de una existencia autónoma, principio fundamental en términos de igualdad y equidad.

En consecuencia, siendo el empleo remunerado el mecanismo principal por el cual las personas disponen de ingresos, y además un mecanismo de inserción social y personal, en sentido más amplio, se considera que la observación de la situación de las personas respecto del mercado de empleo es un punto de partida razonable para abordar las distintas expresiones de los problemas sociales y las situaciones de discriminación actualmente vigentes. Por lo mismo, el empleo remunerado interpela al Estado como garante de dicha inserción.

Para ilustrar esta situación, el trabajo femenino muestra las siguientes situaciones: por un lado, el empleo remunerado se presenta para la mujer como eje de su realización personal y ejercicio de su autonomía, y contiene cierto carácter emancipatorio de patrones culturales y familiares tradicionales, además de constituir una fuente de ingresos que provee seguridades que actúan como mecanismos para negociar nuevos arreglos familiares y como prevención para la violencia doméstica. Por otro lado, hay gran cantidad de mujeres que no se realizan en la práctica en términos de trabajo “productivo”, entre otras razones porque precisamente el mercado no las absorbe y no las podrá absorber; porque aumenta sostenidamente el desempleo involuntario y la “descalificación” laboral que se ejerce cuando las personas se emplean en puestos de menor calificación que su oficio o por la presencia de mecanismos de discriminación por género. Finalmente se encuentra el trabajo “reproductivo” o trabajo doméstico no remunerado realizado fundamentalmente por mujeres, que se reconoce como “socialmente útil” pero no recibe ninguna remuneración en términos de mercado.

La discriminación por género, ya sea en el ámbito del mercado de empleo remunerado o en relación con las tareas domésticas y de cuidado es, en realidad, una de las tantas expresiones de un problema más complejo: los modos de inserción social de las personas y las formas en que se mantiene la cohesión en sociedades profundamente desiguales. No debe desconocerse que la disponibilidad de empleo – formal o informal – o de ingresos en las sociedades

actuales donde rige la regulación de mercado, es un elemento esencial para el desempeño y las elecciones de cada persona y obviamente para la satisfacción de sus necesidades. Claramente la pobreza restringe la libertad y reduce los desempeños o “habilidades” de las personas, del mismo modo, la menor remuneración que reciben las mujeres por igual tarea que los hombres – debido a la presencia de mecanismos de discriminación – reduce la posibilidad de realización de las mujeres, al tiempo que le asigna menor valor a su trabajo.

La ausencia del abordaje de las políticas públicas desde una perspectiva de género explica, en parte, el comportamiento del mercado de trabajo femenino. El primer indicador de ello es que la inserción femenina fue mayoritariamente precaria y en tareas de baja calificación dentro del mercado informal y por consiguiente sin cobertura de la seguridad social. Un rasgo tal vez menos visible (o por lo menos más difícil de cuantificar) pero de significativa importancia, fue la pérdida de calidad de los empleos existentes. Como respuesta a los desequilibrios manifiestos en el mercado de empleo remunerado se instaló un discurso desde las esferas oficiales, avalado por “expertos” pertenecientes a las organizaciones multilaterales de crédito que afirma que las dificultades para el ingreso al mercado laboral se concentran en las formas que las personas ofrecen su fuerza de trabajo en el mercado, responsabilizando por ende a los propios interesados de su situación y trayectoria laboral.¹⁹

Esto significa que, a medida que las mujeres se convirtieron en participantes regulares del mercado de trabajo quedó en claro la falta de seguridad social de las mismas, en tanto el ingreso de las mujeres se produjo en un contexto de mayores restricciones, en mercados de empleo informalizados y precarizados, y con notorias pérdidas de la cobertura de los sistemas de seguridad social.

De esta forma, las políticas públicas diseñadas en los últimos veinte años en la mayoría de los países de la región, han partido del supuesto de la mujer como titular de derechos derivados de otros derechos, pero nunca como titular de derechos propios.²⁰ Por lo mismo, las estrategias políticas que se han llevado a cabo se preocupan por perfeccionar los métodos para detectar y clasificar las carencias de las mujeres, el acceso a la formación profesional, los supuestos mayores costos laborales e indicadores de ausentismo asociados a la maternidad, entre otros, y no precisamente se parte del presupuesto de la existencia de una estructura de poder diferenciada que genera relaciones asimétricas. En esta dirección no se toma en consideración el impacto diferenciado de las políticas económicas y sociales sobre las mujeres, sino que se legitima una suerte de “velo de la ignorancia” en términos de la no neutralidad de la macroeconomía en materia de género.

Entonces, ¿cuál es la responsabilidad del Estado en relación con las garantías de empleo y seguridad social? Pues bien, existe un componente que se relaciona fundamentalmente con la justicia distributiva y refiere a la división sexual del

trabajo entre trabajo “productivo” remunerado y trabajo doméstico “reproductivo” no remunerado, realizado fundamentalmente por mujeres y que se traduce en las regulaciones laborales. Por otro lado, también estructura la división dentro de los empleos remunerados, discriminando entre los trabajos mejor pagos, más calificados, relacionados fundamentalmente con la industria, dominados por los hombres y los trabajos peor remunerados, de baja calificación y productividad, relacionados con los servicios, ocupaciones “típicamente” femeninas. Esto además se combina con la retirada del Estado de sus funciones sociales, que exige que los hogares y en especial las mujeres, asuman mayores responsabilidades en la satisfacción de las necesidades básicas y las tareas de reproducción social.

Retomando el eje central de preocupación, la situación señalada ¿implicará que el sistema de seguridad social intervenga protegiendo antes del desempleo definitivo brindando coberturas en todo el ciclo activo del individuo y ocupándose también de su capacitación, para ponerlo en condiciones de acceder a la movilidad y rotación de los empleos? ¿Qué es lo que el Estado debería asegurar: el empleo o el puesto de trabajo?

Aquí se desemboca en un argumento reiterado en torno a los límites de la seguridad social, pero no debido a la capacidad estatal de asegurar la misma, sino por el argumento de las dificultades para el financiamiento. Tal como fue señalado, los marcos normativos y las numerosas convenciones internacionales garantizan el derecho a la seguridad social, en los hechos las restricciones operan vía gasto público. Y aquí resulta necesaria una digresión: las reformas sectoriales en toda América Latina fueron costosísimas, destinando los países extraordinarios recursos, en la mayoría de los casos, por vía del endeudamiento externo, para otorgar menos prestaciones, de menor calidad y a mayor costo. Esto es, hay fondos para las reformas pero no para las prestaciones.

Por lo tanto, un nuevo interrogante aparece aquí y es precisamente ¿se logrará instalar en los países de la región una dinámica política interna en donde las decisiones en materia de gasto público social surjan de procesos políticos democráticos en donde la valoración final de la función del Estado en esta materia sea directamente dependiente de las necesidades y preferencias de los ciudadanos y ciudadanas?

En la misma dirección, se advierte que se han subsumido los objetivos de la seguridad social a las posibilidades de financiamiento, siendo este el argumento central para impedir modificaciones a las reformas ya operadas. Es decir, se establecen permanentemente “techos” y límites al financiamiento de los sistemas de seguridad social, o directamente reducciones en los niveles destinados al gasto público social en materia de prestaciones, pero poco se dice, por ejemplo, del costo fiscal que tuvo la transición de un sistema previsional al otro.²¹

Esto significa que no pueden establecerse causalidades simples que reduzcan

los problemas de vulnerabilidad social al estancamiento económico, como tampoco se puede prescindir del crecimiento económico si se tiene como objetivo reducir la vulnerabilidad. Lo hasta aquí descrito, refiere nuevamente a la responsabilidad del Estado en garantizar la seguridad social. Si como señala Ewald: “La responsabilidad social es la forma moderna de la política” en América Latina se aprecia cómo la misma ha virado hacia la no política o hacia la baja responsabilidad del Estado en las garantías asumidas, dejando paso a la nueva hegemonía del mercado.²²

Aquí resulta interesante recoger la argumentación que formula Folbre, al señalar que una forma de enfrentar este desafío es no pensar que los mercados son intrínsecamente malos para reconocer “a quién pertenece cada cosa”, ni tampoco fomentar la sobrevaloración de los economistas en esa abstracción llamada “el mercado”, sino destacar que la mujer tiene un legado de responsabilidades en la provisión de cuidados que debería hacerla sospechar del principio de “cada uno por sí mismo”.²³ En otros términos, sería importante retomar en el análisis la clásica trilogía: Estado, Mercado y familia, para ver qué roles y responsabilidades le compete a cada uno en este nuevo escenario.

Vías de acción: un nuevo vector de integración social

Seguridad Social y empleo en condiciones de plenitud son cuestiones no resueltas para las mujeres en América Latina. Si bien en el contexto de crecimiento de la informalidad laboral en la región, se han convertido en un fenómeno frecuente para los varones, la diferencia es que para ellos aún opera la inercia institucional y no solo tienen más posibilidades de acceso sino que además cuentan con cierta cultura de seguridad social que les permite incorporarse a la misma o valorar su contenido de protección. Para las mujeres, particularmente las de menores ingresos, la cobertura ante contingencias les resulta un ideal inaccesible en tanto la urgencia se presenta cotidianamente.

Es por ello que resulta importante comenzar por destacar la necesidad de cambiar el eje de intervención, continuando con la premisa de que es necesario lograr una mayor incorporación y participación de los y las ciudadanas en el mercado de trabajo, pero considerando los límites para ello. Esto es, pensar y proponer políticas que no sigan asentándose sobre la ilusión de crear nuevos puestos de trabajo, en mercados de empleo deprimidos como los latinoamericanos, sino pensar la seguridad social como nuevo vector de integración social. Por supuesto, nuevos puestos de trabajo en condiciones de plenitud son más que bienvenidos.

Nuevamente, se trata de proponer formas de consolidar redes de seguridad social y no sistemas de protección social. Aquí resulta necesario realizar una

precisión conceptual, que refiere precisamente a los límites en el uso del término “protección social”, el que ha comenzado a reemplazar hace poco tiempo, al de seguridad social, lo cual significa un claro retroceso. El término “seguridad social” significaba un paquete amplio de previsión, con un papel fuerte del Estado no solo en la provisión, sino también en la regulación y el financiamiento. Por el contrario, la idea de protección social significa un modelo mucho más restringido y marca el alejamiento de una actividad estatal tan amplia como esa, para acercarse a una en que las personas, las familias y las comunidades desempeñan un papel más activo.

En igual sentido, las primeras instituciones que se buscaron reformar del sistema de seguridad social fueron precisamente las que ofrecían mayores posibilidades de ser “ofrecidas” a la administración privada como es el caso del sistema previsional. Las características centrales de las reformas, con impactos diferenciales, pueden resumirse de la siguiente manera:²⁴

- mediante la privatización de la administración de los seguros sociales (pensiones, seguros de salud) se refuerza la relación entre acceso a la institución y situación en el mercado de trabajo;
- el desmantelamiento de las instituciones de carácter social elimina las redes “incondicionales” de protección con lo cual se reduce la cobertura efectiva (tanto vertical como horizontal) de las mismas;
- como resultado, se traslada gran parte de la responsabilidad de la cobertura frente a las contingencias sociales a los propios ciudadanos/as, lo cual depende en gran medida de su capacidad de generar ingresos propios;
- se genera una mayor selección y fragmentación de los programas, por lo que los mismos se diseñan en función a las características específicas de distintos grupos identificados como población objetivo;
- las mujeres, los jóvenes y los ancianos son los más perjudicados por esta situación, para los cuales la única “solución” que se les presenta es ser “beneficiario” de un programa de asistencia focalizada;
- esta fragmentación se corresponde con la promoción de una mayor división social, en donde pierden espacio las instituciones cuyos fines se justifican en “intereses generalizables” y avanzan aquellas que representan “intereses particulares”;
- el nuevo escenario modifica la naturaleza de los conflictos y de allí el papel de los actores políticos. Antes se trataba de presionar para adquirir los beneficios en expansión, mientras que ahora se lucha por el sentido de la selectividad;
- en lo estrictamente normativo, se abandonan los espacios que requieren tutela pública y actores colectivos, transfiriendo la responsabilidad total

hacia los individuos, a los que se hace directamente responsables de su estado de situación;

- paralelamente disminuyen las instituciones de fiscalización y de revisión del funcionamiento de los nuevos sistemas, con lo cual la desprotección de los ciudadanos/as aumenta considerablemente.

La salida promovida por las reformas previsionales que sostuvieron el compromiso individual a partir de la idea de “capitalización individual” como la vía de solución a las contingencias pero también a la ineficiencia estatal se dio de lleno con la falta de desarrollo de estructuras del sistema social, lo que agudizó los problemas de los antiguos sistemas, al tiempo que promovió la inequidad de los múltiples sistemas y de la sociedad en su conjunto. Similares situaciones se produjeron en relación con la cobertura en salud y el sistema de asignaciones familiares, los que fueron modificados en la mayoría de los países en un sentido restrictivo.

Si a ello se le suma que hay derechos derivados y no propios el escenario se complejiza aún más, en el marco de una inestabilidad y vulnerabilidad que prácticamente no son más circunstanciales sino que se han vuelto centrales. Así como la informalidad en el mercado de empleo remunerado se está convirtiendo aceleradamente en la regla de las nuevas inserciones y por ende las trayectorias laborales se construyen en base a la inestabilidad, la cobertura de las contingencias sociales sigue la misma suerte. Tan profundo ha avanzado esta realidad que las propias instituciones están adquiriendo rasgos contingentes, con lógicas complejas e inaccesibles para los ciudadanos/as.

En este aspecto, las mujeres nuevamente pierden ya que cultural e institucionalmente su relación con la seguridad social fue esquiva. Asimismo se presenta una variable importante que refiere a las nuevas contingencias que se presentan, que no están cubiertas y que tampoco se encuentran en debate. Cabe recordar que la vejez es una de las contingencias más difíciles de determinar, ya que abarca en sí misma la mayor cantidad de riesgos sociales: pérdida de ingresos, enfermedades biológicas, invalidez o pérdida de las facultades. A su vez, tiene una especificidad de género que no se toma en cuenta en la legislación, como tampoco al momento de otorgar las prestaciones. Esta especificidad refiere a que las mujeres de edad avanzada pueden considerarse como uno de los sectores más vulnerables de la sociedad, en términos tanto físicos como económicos, primero por su mayor morbilidad, atribuible a diferencias fisiológicas agravadas por el efecto acumulado de desnutrición, embarazos continuos, desgaste físico y psicológico de una doble jornada y subordinación social y económica. Su vulnerabilidad se ve multiplicada por la mayor desprotección prestacional que resulta de su desventajosa inserción laboral durante las edades jóvenes.

Específicamente la legislación previsional da cuenta de la falta de promoción

de oportunidades para el acceso al sistema, para ampliar la cobertura, para aumentar la cotización, para disminuir el riesgo y para equiparar el cálculo actuarial. Esta falta de promoción difiere considerablemente entre hombres y mujeres y se traduce, en definitiva, en condiciones de inequidad para la mujer. Una vez más, la principal discriminación la constituyen las oportunidades diferenciales por sexo en el mercado de trabajo y la no consideración del trabajo reproductivo.

En los diversos estudios realizados de las reformas previsionales,²⁵ se comprueba que las condiciones de adquisición del derecho previsional en las legislaciones reformadas siguen un patrón que, en términos generales, es común a todas. Sin embargo, en cada una se pueden observar normativas particulares que manifiestan su neutralidad en términos de género. Así se discrimina a las mujeres de forma directa, al considerarlas no como ciudadanas portadoras de derechos, especialmente en el caso de quienes reciben beneficios en el sistema en su carácter de “esposa-dependiente”, ama de casa, madre, al mismo tiempo se atribuye una valoración casi peyorativa al trabajo doméstico, pues las mujeres que se dedican exclusivamente a él son consideradas “cargas” y “beneficiarias” de la pensión del marido. Este beneficio no les corresponde a las mujeres económicamente activas, aún cuando se dediquen al trabajo doméstico, cuyo trabajo remunerado y ahorro, pareciera no tener valor ya que, en el caso de Chile por ejemplo, el viudo no recibe pensiones. Otro tratamiento desventajoso refiere a la edad de jubilación, que al ser cinco años menor que la de los hombres, y en función de la mayor expectativa de vida, en un sistema de capitalización individual las mujeres tendrán jubilaciones inferiores.²⁶

En la misma dirección, los nuevos sistemas previsionales reproducen la discriminación ocupacional y salarial que afecta a las mujeres. Este es un punto muy importante, ya que generalmente se argumenta que no se le pueden atribuir al sistema previsional problemas que son intrínsecos al mercado de trabajo. Si bien esta afirmación es correcta, numerosos estudios dan cuenta de la presencia de discriminaciones y problemas inherentes al sistema previsional y que reproducen las inequidades del mercado de trabajo. Por caso la reforma no tuvo en cuenta que el empleo estable ya no es más la regla, sino que por el contrario impera la flexibilidad laboral, salarial y de jornada de trabajo, como tampoco se tuvieron en cuenta cambios en los propios sistemas productivos.²⁷

La centralidad, una vez más, del Estado

Ningún cambio será posible sin que exista un compromiso político tendiente a operacionalizar un principio ético-político como es la equidad de género. Equidad que no solo implica mejoras en las condiciones de trabajo y de cobertura de contingencias sociales para mujeres, sino que precisamente requiere de un

compromiso que interpele los actuales sistemas de distribución de oportunidades y por qué no, de capacidades de mujeres y hombres.

En otros términos, no se requiere únicamente de reformas técnicas a las reformas ya realizadas, sino que se necesita un nuevo consenso político que abarque los principios que están en juego en materia de inclusión social. A su vez, la inclusión se logrará solo en la medida que se considere a la seguridad social en toda su amplitud y no solo reducida al sistema previsional. Por lo mismo la centralidad del modelo económico en el cual se insertan los sistemas de seguridad social es indiscutible y determinante de cualquier tipo de opción política que se tome.

Significa que ingrese a la arena política de los países de América Latina el debate en torno a quién debe garantizar la seguridad social y qué responsabilidad tiene el Estado y en base a qué principios se va a garantizar la misma, si es a partir de más programas focalizados a personas que no ingresan al mercado de trabajo o que permanecen en la informalidad, es decir bajo un principio de tipo asistencial; o se va a garantizar la seguridad social como un derecho en virtud de la calidad de ciudadano o ciudadana, esto es un derecho propio y de acceso inmediato.

Asimismo deben incorporarse de forma definitiva en la agenda de los países evaluaciones integrales de las reformas implementadas para comprender por qué estas opciones de políticas han traído aparejados los resultados ya señalados. Valga recordar que las dinámicas excluyentes instaladas en la mayoría de los países de la región, no obedecen solamente a la aplicación de ecuaciones técnicas, sino que las mismas se asientan en contenidos culturales y sociales deslegitimantes de las instituciones de seguridad social, y del propio imaginario de los Estados de Bienestar de la región, y se instalaron absolutamente “ciegas al género”.²⁸

Y allí debería ingresar en la arena política un tema central: la escasa realización de los Derechos Sociales como parte constitutiva del desarrollo en los países de la región.²⁹ Cabe señalar nuevamente que estas afirmaciones no son solo propositivas, sino operativas. No hay forma de luchar efectivamente contra la discriminación si no se construyen redes de seguridad social universales que tengan sus impactos más potentes sobre los grupos sociales menos autónomos. Esto se lograría incluyendo a las mujeres en arreglos institucionales que den cuenta de los problemas de inseguridad social y precariedad laboral que afectan a la mayor parte de la población. La salida no está en acciones aisladas que busquen alivios transitorios de daños que son irreparables sino en políticas estables que generen las condiciones necesarias para que las personas no transiten trayectorias que las lleven a la marginación y exclusión. Estas redes deberían funcionar de forma permanente y garantizarse desde el nacimiento de cada ciudadano/a.

Lo anterior se relaciona con el principio de igualdad. El mismo demanda, en primer lugar, una misma condición jurídica, y en segundo lugar, la efectiva realización de oportunidades de vida. Si bien el primer principio *de iure* se encuentra garantizado, tanto en las Constituciones de los países, como en la adhesión a los Pactos y Tratados Internacionales, no sucede lo mismo con las condiciones de vida, ya que no son similares para todos y tampoco existen niveles mínimos garantizados para cada individuo.

Lo expuesto da cuenta de que la idea de seguridad social ha quedado desdibujada en el marco de situaciones que configuran mayor inseguridad y vulnerabilidad. Ahora bien, que esto haya sido consecuencia de las reformas no significa que deba ser abandonado como ideal de sistema. Nuevamente que la seguridad social se haya vuelto insegura no significa que la misma deba convertirse en la regla de futuros modelos, sino por el contrario, debe contar con instrumentos para amortiguar esas consecuencias.³⁰

Y aquí resulta necesario, una vez más, considerar la idea de proponer acciones integrales en el marco de patrones de distribución del ingreso y de capacidades fuertemente residuales como sucede en América Latina. Esto es, resulta necesario interrogarse acerca de los motivos por los cuales las sociedades latinoamericanas tienen tan baja capacidad de redistribución para poder anteponer en esos limitados patrones los efectos de nuevas reformas. A continuación se expone un conjunto de propuestas de formulación de políticas integrales que buscan conjugar el trabajo productivo, reproductivo y un sistema integral de seguridad social. Esto es, un espectro más amplio que las políticas sectoriales y las acciones afirmativas, pero que las incluyen y dinamizan.

Políticas y acciones afirmativas

Aquí las propuestas se sitúan en un doble nivel:

- la consideración de la persona como portadora de derechos propios, en su virtud de ciudadano/a sin necesidad de realizar una contraprestación para ello;
- las estrategias que acompañen a implementar y garantizar estos derechos propios, que se denominan, a efectos de este trabajo, derechos conexos.

¿Cómo se realiza el “salto” de la categoría de trabajador/a contributivo a un sistema que, si bien puede ser contributivo parcialmente, privilegie la categoría de ciudadano/a? ¿Es posible? ¿Se puede legitimar este “salto”?

Sin duda que es posible y considero que es necesario. La legitimidad de esta propuesta está dada porque no es más ni menos que asumir lo ya establecido:

mujeres y hombres son titulares de derechos ciudadanos, que comprenden el ejercicio de derechos civiles, políticos y sociales. En vez de considerar la capacidad asociada a una categoría (trabajador/a; aportante) se la incorpora a partir de su condición de ciudadano/a.

El primer paso para lograr legitimar esta propuesta es considerar a la seguridad social en todo su alcance y no solo restringida al sistema previsional o a otros seguros sociales. Se debe reorganizar el sistema en base a potenciar formas novedosas de cobertura de las contingencias sociales (biológicas, socioeconómicas y patológicas) considerando las especificidades de género en cada una de ellas e integrando acciones, hoy aisladas en materia de políticas sociales, en una integralidad sistémica.

Dicho esto, surge un nuevo interrogante ¿Cómo combinar reformas que incluyan la equidad y no sean una carga más sobre el salario de los trabajadores y trabajadoras? Esta vía fue poco considerada, ya que la mayoría de los países, las soluciones al desfinanciamiento de los regímenes reformados fue por vía de nuevas contribuciones o nuevos aportes principalmente recayendo sobre los trabajadores y en segundo lugar sobre empleadores.

Las acciones que sean llevadas a cabo y que se consideren de utilidad social para toda la sociedad no pueden ni deben ser financiadas con cotizaciones sociales, incluyendo entre otras a políticas activas de empleo; cobertura por desempleo, medidas para la conciliación del cuidado de la familia y el trabajo; la maternidad; la toma en consideración de determinados períodos no cotizados como tales (crianza de hijos, formación, estudios).

Por otra parte, la mayoría de los países de la región suscribió los Pactos y Tratados Internacionales de Derechos Humanos, configurando a partir de ellos una obligación de cumplimiento. Se trata de una obligación mínima. Estos requerimientos se fundamentan en el ejercicio de una ciudadanía plena y pertenecen al campo de los derechos humanos fundamentales. Ahora bien, ¿en qué consiste la idea de derechos conexos?

Se entiende, a los efectos de estas propuestas de políticas, por derechos conexos, las acciones y garantías, que respetando un contenido mínimo, se deberían realizar para garantizar efectivamente el ejercicio de un derecho propio a la seguridad social.

Retomando la idea expuesta al inicio de este documento, se trata de que el nuevo vector de integración social no sea el empleo asalariado formal, sino el sistema de seguridad social, a partir de su redefinición. Esto es, ya no más vinculando las prestaciones a la condición de trabajador asalariado sino en virtud de la consideración de derechos de cada ciudadano y cada ciudadana.

De esta forma un primer derecho conexo que se puede garantizar, es incorporar al régimen del matrimonio la ganancialidad de la contribución al régimen previsional, que en principio no se encuentra establecida en las

regulaciones civiles – salvo excepciones – en América Latina. Así en caso de divorcio, las cotizaciones efectuadas durante el matrimonio por los cónyuges deben ser consideradas bienes gananciales. La regulación consiste en repartir al 50% entre ambos cónyuges las cotizaciones efectuadas por los dos durante el matrimonio. Debe ser considerado como un derecho indisponible.³¹

La relación es bastante simple y no afectaría el sistema previsional, sino que cambia el eje de la mirada, al considerar los aportes previsionales efectuados durante el matrimonio o relación de pareja (convivencia) como un derecho propio y pasible de ser considerado como bien ganancial. Con esta medida casi con toda probabilidad se incrementarán los derechos propios de las mujeres.

En línea a incorporar efectivamente y promover el desarrollo de un sistema que considere los derechos de las mujeres como derechos propios –en la evidencia de que a pesar del incremento de la actividad remunerada por parte de las mujeres, no es suficiente para alcanzar una pensión de jubilación sin tener que recurrir a derechos derivados – se propone considerar los períodos de cotización de las mujeres que siguen siendo inferiores a los de los hombres, tanto en lo que se refiere a la duración, como a la cuantía de las bases por las que han cotizado; esto a pesar de que todos los planes de igualdad de trato y de conciliación familiar, sean menores que los exigidos a los hombres o se compense edad por años de aporte o viceversa.

Uno de los motivos por los cuales las mujeres no llegan a alcanzar la misma cuantía de la pensión o jubilación que los hombres es por su interrupción de la vida laboral por la crianza de hijos, o por la realización de trabajos a tiempo parcial y por la presencia de mecanismos discriminatorios (salarial, ocupacional, entre otros). Estas situaciones repercuten en la cuantía de la pensión o jubilación. Aquí resulta ilustrativa la reforma al régimen previsional realizada en Alemania en el año 2001, que incorpora un complemento adicional de pensión en función del número de hijos tenidos a su cargo. Este complemento opera también para las pensiones por viudez, ya que se toma en cuenta esta situación como ejercicio de un derecho propio de la mujer.³²

Así se podría pensar en incorporar disposiciones como la que establecieron en Alemania, según la cual quien haya cotizado durante 25 años a la seguridad social, las bases de cotización efectuadas durante los 10 años inmediatamente posteriores al nacimiento de un hijo se tomarán como si se hubieran realizado por la base media de cotización de todos los asegurados en el año de que se trate. Así de esta forma no se penaliza el trabajo a tiempo parcial, pues aunque se compute como tiempo cotizado, la base por la que se hace resulta sin embargo muy baja y hace que cualquier tipo de pensión que se genere sea también baja. Cuando el cese en la actividad sea como consecuencia de cuidado de un hijo incapacitado para el trabajo y menor de 18 años y por razón de la dependencia del hijo uno de sus padres tenga que dedicarle al menos 28 horas semanales de

atención, la base de cotización se le considerará como si lo hubiera hecho por la media de todos los asegurados.

El anterior razonamiento debe complementarse con otra situación: mientras no se acepte que las tareas de cuidado no son un bien privado sino que debería considerárselo como un bien público no se va avanzar en lograr mejoras en las capacidades de las mujeres. Cuestiones como la división del trabajo al interior del hogar, la consideración de la mujer como “dependiente” quedarán vigentes y no se avanzará en procurar aumentar la cobertura previsional para las mujeres no asalariadas. Tampoco se aceptará que las tareas de cuidado resultan fundamentales para generar capacidades sociales, las cuales resultan indispensables para el desarrollo de la persona y sus oportunidades.

Sorteando los límites...

Del análisis realizado se desprende la presencia de un marco favorable que propicia la experiencia en materia de logros alcanzados, como los que fueron descritos a lo largo del presente escrito. Sin embargo, sería recomendable seleccionar un conjunto de acciones positivas en materia del empleo y seguridad social que promuevan un salto cualitativo en las ya desarrolladas. En este trabajo se han enunciado algunas, sin duda que instalan el debate, pero lejos están de resultar acabadas y exhaustivas.

En rigor, resulta necesario evaluar los límites que presenta esta combinación de marcos regulatorios restrictivos, en el contexto de procesos de ajuste estructural, con acciones positivas con alto contenido igualitario y si éstas han logrado revertir la discriminación existente. Una primera lectura, de los textos legales y de las políticas de igualdad daría una respuesta positiva, sin embargo a la luz de indicadores de discriminación ocupacional, salarial y de diversas formas de segregación, combinadas con la precarización y baja o nula cobertura en materia de seguridad social y de contingencias en general, desdibuja los logros supuestamente alcanzados.

Y aquí una recomendación específica. No se trata de incluir e incorporar más derechos sino de revisar los derechos ya establecidos y reconocidos en los instrumentos internacionales y en la legislación interna, y verificar si cumplen con los estándares mínimos en materia de derechos sociales.³³

Por lo mismo, sería importante someter a revisión muchas de las normas sancionadas o derechos asociados y ver si los mismos cumplen con los estándares establecidos. Esta suerte de control de legalidad resulta importante a los efectos de fiscalizar numerosas políticas, programas y acciones que se atribuyen la concesión de derechos, que no siempre resultan legítimos. De forma inversa, la obligación de garantizar niveles esenciales de derechos obliga al Estado a no afectar este contenido mínimo al restringirlos, considerando que toda restricción

a derechos económicos, sociales y culturales debe ser sometida al control de la afectación o no del contenido esencial del derecho regulado.³⁴

Finalmente resulta fundamental debatir sobre los mecanismos de inclusión –y no solo de regulación– de la gran cantidad de trabajadores informales que existen en América Latina. Hasta tanto no se les otorguen los mismos derechos y obligaciones que los trabajadores/as formales la igualdad de trato y de oportunidades para hombres y mujeres no será un principio operativo.

En consecuencia, es el Estado, en todas sus dimensiones quien debe liderar el proceso de cambio, a partir de la obligación asumida en los instrumentos internacionales, tanto de derechos humanos como los específicos en materia de derechos sociales, reafirmando la búsqueda de equidad.

Solo en la medida en que se diseñen sistemas integrados, ya sea que tengan su eje en el empleo considerando las diferencias y situaciones discriminatorias que hay que revertir por medio de acciones positivas; o en la seguridad social como vector de integración, iremos en dirección a operativizar el principio de igualdad de oportunidades.

En otros términos, no solo se trata de garantizar el empleo y la seguridad social, sino de hacerlo accesible a todos los miembros de la sociedad en igualdad de condiciones y de esta forma, lograr la inclusión social, la cual no comprenda solo los ámbitos de empleo formal, sino precisamente que desde allí se disemine para las demás esferas de la vida pública. Por lo mismo, se trata de combinar esferas de ciudadanía con efectividad de derechos.

NOTAS

1. R. Castel, *La metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, Buenos Aires, Paidós, 1997.

2. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth & Co, 1977. Dworkin hace una distinción entre brindar un "trato igualitario" a las personas y "tratar a las personas como iguales". El principio, sostiene, debería ser tratar a las personas "como seres iguales" (esto es, personas que tienen el mismo derecho moral a adoptar libremente un plan de vida y recibir el mismo respeto de sus semejantes) de modo de permitirles un adecuado uso de los recursos a su disposición, que les permita un real aprovechamiento de las oportunidades que se presentan. El derecho a recibir un "mismo trato" sólo puede ser derivado de aquel otro principio.

3. El derecho público refiere a las relaciones entre dependencias del Estado o entre éste y particulares, mientras que el derecho privado regula las relaciones entre particulares. En esta

división, las acepciones público y privado tienen distinto significado al que se les atribuye si se incluye el enfoque de género, sentido en que serán utilizadas de aquí en adelante designando como privado al espacio y relaciones que se dan al interior de los hogares y como público el espacio, procesos y relaciones que quedan fuera de ellos. L. Pautassi, E. Faur, & N. Gherardi, "Legislación laboral en seis países latinoamericanos. Límites y omisiones para una mayor equidad", *Serie Mujer y Desarrollo*, n° 56, Santiago de Chile, CEPAL, 2004.

4. En la mayoría de los códigos laborales y regulaciones específicas de América Latina, la dicotomía se resolvió en priorizar la protección de la maternidad y no la igualdad. Nuevamente esta opción condice con los compromisos asumidos por los Estados en el marco de las conferencias internacionales (especialmente la CEDAW), los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y planes nacionales de igualdad de oportunidades, al mismo tiempo que significa reconocer las limitaciones que le impone la naturaleza misma del discurso normativo. También incorpora el supuesto de que no toda desigualdad implica discriminación, en tanto la garantía de igualdad no debe implicar el trato igualitario a quienes se encuentran en distintas circunstancias.

5. Ver al respecto, L. Pautassi, E. Faur & N. Gherardi, *op. cit.*

6. Algunos de los aspectos que aquí se analizan fueron presentados previamente en Laura Pautassi, "¿Bailarinas en la oscuridad? Seguridad social en América Latina el marco de la equidad de género", documento presentado en la Trigésima Octava Reunión de la Mesa Directiva de la Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, organizado por la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), Mar del Plata, 7 y 8 de septiembre de 2005.

7. Estos principios se plasman en la legislación interna de cada país de América Latina a través de su pirámide jurídica, que contiene las constituciones políticas, códigos de trabajo (cuando existen) y otras leyes complementarias o disposiciones reglamentarias. Asimismo, los tratados internacionales de derechos humanos y los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ejercen una importante influencia sobre dicho ordenamiento ya que, además de ser de aplicación obligatoria para los tribunales nacionales, orientan algunos lineamientos de la legislación interna. Ver Pautassi, Faur & Gherardi, *op. cit.*

8. Convenios 3, 13, 41, 89, 103 y 127.

9. Convenios 100, 111, 156 y 171. No obstante, esta evolución no es del todo lineal y durante muchos años, desde 1919 hasta 1981, se superponen diversas formas de abordar el trabajo de las mujeres, que incluyen distintos bienes jurídicos tutelados: la mujer como sujeto débil y necesitado de protección especial, la mujer madre, la maternidad, la igualdad y finalmente la protección de la maternidad/paternidad. Flavio Marco, "Consecuencias económicas de la discriminación laboral por género", Tesis para optar por el grado de magister en Derecho Económico, Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Graduados, 1999.

10. Asamblea General de las Naciones Unidas, *Convention on the Elimination of all forms of Discrimination against Women (Cedaw)*, 1979, artículo 1.

11. *Ibid.*, artículo 11.

12. *Ibid.*, artículo 13.

13. *Ibid.*, artículo 11 y 12.

14. Pautassi, Faur y Gheradi, op. cit.

15. Cabe destacar que la tasa de actividad femenina en empleo urbano entre 1990 y 2004 aumentó de un 37,9% a un 51%; resultando significativo su crecimiento, aunque manteniendo aún distancia con la masculina que en el año 2004 se situaba en un 78%. A su vez, en América Latina se presenta la mayor brecha entre varones y mujeres en el desempleo: 3,4 % en el año 2003. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), "Estadísticas de género", *Unidad Mujer y Desarrollo*, 2006, disponible online en <www.cepal.org/mujer/proyectos/perfiles/default.htm>, consultado el 16 de enero de 2007.

16. Un análisis realizado sobre la estructura de costos laborales por sexo en cinco países (Argentina, Chile, Brasil, México y Uruguay prueba fehacientemente que es un mito considerar que la contratación de mujeres implica un mayor costo laboral. L. Abramo & R. Todaro, *Cuestionando un mito: Costos laborales de hombres y mujeres en América Latina*, Organización Internacional del Trabajo, Lima, 2002.

17. Claus Offe agrega que ninguna de estas cuestiones se ha establecido de manera sencilla e incuestionable, de allí la naturaleza ambigua y oscura de la seguridad social. Claus Offe, "Un diseño no productivista para políticas sociales", in Rubén Lo Vuolo (comp.), *Contra la Exclusión. La propuesta del ingreso ciudadano*, Buenos Aires, CIEPP/Miño y Dávila, 1995.

18. La inserción "plena" de la mujer se produce si goza de todas las acreditaciones formales, particularmente las educativas, y desciende en plenitud para quienes no gozan de una inserción en el mercado de empleo formal, no realiza contribuciones a la seguridad social y mucho menos si no tienen credenciales educativas que las respalden. Aquí se concentran gran cantidad de mujeres, denominadas "inactivas", que revisten esta categoría por el solo hecho de no haber ingresado al mercado de trabajo precisamente por ser las responsables del trabajo doméstico.

19. El énfasis de este discurso fue virando en los últimos años para hacer hincapié en la necesidad de resolver el problema de la recesión económica como paso previo al mejoramiento de la situación en el mercado de empleo. Si bien resulta evidente que sin crecimiento económico no hay posibilidades de mejorar las oportunidades en el mercado laboral, lo inverso no necesariamente se verifica.

20. Ejemplo paradigmático de ello son los numerosos y variados programas sociales focalizados, diseñados para "grupos vulnerables" y entre ellos las mujeres como principales sujetos de vulnerabilidad, en los cuales se les concede un tratamiento como "beneficiarias" o "destinatarias" de programas específicos y no como portadoras de derechos. Así son beneficiarias de un "programa para" (programa materno-infantil) y no titulares de "un derecho a" (la salud).

21. Al respecto véase Carmelo Mesa Lago, "Desarrollo social, reforma del Estado y de la seguridad social en el umbral del siglo XXI", *Serie Políticas Sociales*, n° 36, Santiago de Chile, CEPAL, enero de 2000.

22. F. Ewald, *L'Etat providence*, París, Bernard Grasset, 1986, p. 540.

23. Nancy Folbre, *The Invisible Heart. Economics and Family Values*, Nueva York, The New Press, 2001.

24. Se retoma aquí lo desarrollado en Laura Pautassi, "Legislación Previsional y equidad de Género en América Latina", *Serie Mujer y Desarrollo*, n° 42, Santiago de Chile, CEPAL, 2002.

25. Véase al respecto Flavia Marco, *Los sistemas de pensiones en América Latina: un análisis de género*, Santiago de Chile, CEPAL, 2004.
26. Flavia Marco, op. cit.
27. Flavia Marco, op. cit, p. 33, basándose en evidencia empírica de las reformas previsionales en diferentes países de América Latina, afirma que tanto en regímenes de capitalización individual como de reparto, los beneficios se distribuyen de manera no equitativa. Sin embargo, agrega que "la seguridad social puede y debe cumplir una función correctiva de las desigualdades sociales. Con este planteamiento se supera el dilema de si las deficiencias previsionales son o no atribuibles al mercado laboral y este se presenta como uno de los diversos ámbitos de aplicación de las políticas sociales".
28. La ceguera al género de una política o de una estrategia surge no tanto de ignorar a las mujeres en el diseño de las políticas sino en abstraerlas del contexto social de sus vidas, negando sus realidades y los obstáculos que se les presentan, tanto en términos de ejercicio de sus derechos como de inserción y participación económica.
29. Para un análisis de las brechas entre derechos y perspectiva de desarrollo, véase Victor Abramovich, "Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo", *Revista de la CEPAL*, n° 88, Santiago de Chile, CEPAL, Abril /2006.
30. Mario Paganini, *Financiamiento de lo inestable*, Santa Fe, mimeo, 2002.
31. Cabe destacar que países como Alemania tienen incorporada la ganancialidad del aporte previsional como derecho indisponible desde 1977.
32. Fidel Ferreras Alonso, *Adaptar la seguridad social a las nuevas situaciones sociales: el ejemplo de Alemania*, Madrid, mimeo, junio/2001.
33. Entre los estándares más usuales se reconoce el contenido mínimo de los derechos; los de progresividad y no regresividad; de no discriminación; de producción de información y formulación de políticas; de participación de los sectores afectados en el diseño de las políticas públicas y el de acceso a la información. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS-Argentina), *Plan Jefes y Jefas. ¿Derecho social o beneficio sin derechos?*, Colección Investigación y Análisis 1, Buenos Aires, CELS, 2004.
34. Abramovich, op. cit.



GERT JONKER

Fundador y Presidente de la Junta Directiva del Child in Crisis Trust. Especialista en abuso infantil ante la Unidad de Protección al Menor del Servicio de Policía Sudafricana. Miembro fundador de la Alianza de Niños de la Calle (Alliance for Street Children - ASC) – una organización no gubernamental que provee de cuidados especializados a los niños y niñas de la calle. Miembro de la Asociación Criminológica de Sudáfrica (CRIMSA), de la Asociación de Policía Internacional (IPA), del Instituto de Estudios sobre la Seguridad (ISS) y de la Asociación Nacional de Cuidadores de Niños y Niñas (NACCW).



RIKA SWANZEN

Empezó su carrera como asistente social junto a Child Welfare Krugersdorp en 1997 y en 1999 obtuvo su Master con honores. De 1998 a 2000 formó parte del equipo multidisciplinario de cuidadores adolescentes en el hospital psiquiátrico Sterkfontein. En 2001 el Bethany House Trust la contrató como su primera Gerente de Programas Terapéuticos. Obtuvo su doctorado en 2006.

Dirección: The Bethany House Trust PO Box 6, Paardekraal, 1752, Sudáfrica

Email: gertjonker@childincrisis.org.za, rika@childincrisis.org.za

RESUMEN

Los esfuerzos por reducir el trauma en un sistema judicial contradictorio se ven complicados por la discusión acerca de que un juicio por abuso sexual no puede llevarse a cabo sin tener en cuenta los derechos del supuesto perpetrador. El interrogatorio de un testigo menor de edad es una tarea muy especializada, que ni fiscales ni defensores están preparados para realizar. Por eso, es importante la presencia de los servicios de mediación para los testigos menores de edad ante los tribunales, para reducir el trauma experimentado por el niño. Este artículo aspira a destacar que los crímenes contra los niños y niñas y los procedimientos penales subsiguientes en los que el niño debe atestiguar son lo suficientemente frecuentes como para requerir los servicios de mediación para todos los testigos menores de edad. Se señalarán las implicancias prácticas para mejorar el proceso de mediación actual, en un nivel regional, provincial y nacional.

Original en Inglés. Traducido por Alex Ferrara.

PALABRAS CLAVES

Testigo infantil – Derechos de los niños y niñas – Sistema de mediación – Prevención – Asistencia a las víctimas – Juicios – Violencia sexual – Proceso Judicial – Violencia familiar



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*

Este artículo está disponible en formato digital en <www.surjournal.org>.

SERVICIOS DE MEDIACIÓN PARA LOS TESTIGOS MENORES DE EDAD QUE ATESTIGUAN ANTE TRIBUNALES PENALES SUDAFRICANOS

Gert Jonker y Rika Swanzen

Introducción

Según Coughlan y Jarman¹ el propósito de los servicios de mediación para testigos menores de edad es reducir el trauma que experimentan los niños y las niñas. Sin embargo, los esfuerzos por reducir el trauma en un sistema judicial contradictorio se complican por el hecho de que un juicio por abuso sexual no puede llevarse a cabo sin tener en cuenta los derechos del supuesto perpetrador. Sudáfrica hizo historia legal internacional (y de derechos humanos) al promulgar la Sección 170^a de la Ley de Procedimientos Penales N°51 de 1977, presentada a través de la Reforma a la Ley Penal 135 de 1991. Ella prevé la designación de un intermediario para niños y niñas en casos de abuso sexual debido a su juventud o vulnerabilidad emocional.²

Müller³ sostiene que al evaluar la competencia del niño como testigo, se deben considerar dos componentes. El primer requisito es su capacidad como testigo ocular, es decir, su capacidad para informar los detalles de un hecho observado precisa y completamente. Ello se relaciona con el desarrollo cognitivo del niño, considerando los factores que influyen sobre la adquisición, retención, recuperación y comunicación verbal de la información. El segundo requisito es la voluntad del testigo de decir la verdad, o sea el aspecto motivacional. Si bien se comprende que la captación de la diferencia entre la verdad y la mentira es crucial al atestiguar, la competencia de los testigos menores de edad en este aspecto fue objeto de investigación por parte de la Comisión de Derecho Sudafricana en 2001. Después de evaluar la posición sudafricana, la comisión recomendó que un testigo no debe

Ver las notas del texto a partir de la página 120.

descalificarse si él o ella son incapaces de definir la diferencia entre decir la verdad y decir una mentira. Se propuso que todos los testigos se consideren competentes para atestiguar si pueden comprender las preguntas que se les formulan y pueden dar respuestas que el tribunal pueda comprender. La prueba propuesta se concentra en la capacidad cognitiva del niño. No hay mucha claridad, sin embargo, respecto de quién realizará tales evaluaciones ni de cómo se efectuarán.⁴

Por lo tanto, una descripción práctica del proceso de mediación y de su necesidad es la siguiente:

En Sudáfrica, hay un sistema de mediación que intenta reducir el trauma y el segundo abuso que a menudo experimentan los testigos oculares menores de edad en los juicios que involucran abuso [sexual]. Al separar al niño de la sala formal del tribunal y al permitir que un mediador transmita las preguntas y las respuestas al niño por medio de un circuito cerrado de televisión, se esperó que el acento de la experiencia para tales niños y niñas se viera reducido, conservando al mismo tiempo los derechos del acusado para la contra interrogación y para un juicio justo... La protección de los derechos de los niños y niñas es un principio universalmente aceptado que influye sobre el desarrollo de la política y de la práctica jurídica. Cuando se han violado dichos derechos – como en el caso del abuso sexual – es imperativo que las instituciones sociales (como la justicia y el bienestar público) no sólo velen por proteger a los niños y niñas de un mayor abuso a sus derechos sino que compensen parte de las violaciones que han acaecido. Por ende, es esencial que, cuando sea posible, los niños y niñas que prestan declaración en casos penales de abuso sexual queden protegidos de un daño mayor. El sistema de mediación para testigos menores de edad es un esfuerzo de tal índole.⁵

Coughlan y Jarman⁶ también confirman que un cuerpo significativo de literatura ha demostrado que la experiencia de dar testimonio es emocionalmente traumática y, a veces, imposible en cuanto a la etapa de desarrollo y cognición de los niños y niñas, cuando se esfuerzan por recordar detalles durante periodos extendidos de tiempo, así como tener que lidiar con un lenguaje abstracto y ser expuestos a procesos y estándares que a menudo carecen de sentido para ellos. Müller⁷ sostiene que el contra interrogatorio no sólo es traumático para los niños y niñas, sino que da por resultado una evidencia imprecisa. El niño es interrogado en un medio hostil, con frecuencia sobre hechos muy íntimos y de gran carga emocional. La defensa se ve obligada a atacar la credibilidad del niño en su intento por resaltar las inconsistencias y poder desacreditar la evidencia del menor. A la luz de esto, el interrogatorio de un testigo menor de edad es una tarea muy especializada, y ni los fiscales ni los defensores están preparados en la mencionada metodología.⁸

Este artículo tiene dos partes. Primero, reflejará los servicios de mediación proporcionados para los testigos menores de edad en tres áreas judiciales de los suburbios occidentales de Johannesburgo, en la provincia de Gauteng, Sudáfrica.

Segundo, se ofrecerá un debate a partir de las experiencias prácticas y de la literatura de referencia. Por medio del presente artículo deseamos destacar que los crímenes contra los niños y niñas y los procedimientos penales consiguientes en los que el niño debe atestiguar son lo suficientemente frecuentes como para garantizar los servicios de mediación a todos los testigos menores de edad. Se señalarán las implicancias prácticas para mejorar el proceso de mediación actual, en un nivel regional, provincial y nacional.

Una descripción de la mediación

La presentación de la Reforma a la Ley Penal N° 135 de 1991 en Sudáfrica, que entró en vigencia el 1ro. de agosto de 1993, incorporó lo siguiente en los casos penales con testigos menores de edad, según puede verse en el cuadro de Viviers, a continuación:⁹

Cuadro 1. Responsabilidades de la mediación

Sección correspondiente en la Ley de Procedimientos Penales	Implicancia práctica
Sección 161 (2) – En caso de testigos sordomudos, además de la “viva voz”, se incluirá el lenguaje gestual, y en el caso de testigos menores de 18 años, se incluirá una demostración, gestos o cualquier otra forma de expresión no verbal	Permite que un niño preste testimonio de una manera apropiada a su edad, usando gestos, demostraciones o cualquier otra forma de comunicación no verbal. Es tarea del mediador comprender dichos gestos, demostraciones y comunicación no verbal para verbalizarla ante el tribunal.
Sección 165 – Cuando la persona en cuestión debe dar testimonio a través de un intérprete o de un mediador asignado según la Sección 170A(1), se prestará juramento, afirmación o admonición –de acuerdo con la Sección 162, 163 o 165– ante el juez, la autoridad judicial o el secretario del tribunal, según corresponda al caso, por medio de un intérprete o mediador, en presencia o bajo la mirada del juez que preside la causa o de la autoridad judicial, según el caso.	El juez o la autoridad judicial puede acudir al mediador para que lo ayude a pedir juramento, afirmación o admonición. El intermediario podrá presentarlo de tal manera que el niño lo comprenda y que el tribunal quede satisfecho con que el niño podrá dar testimonio de la verdad y que sabrá la diferencia entre un testimonio verdadero y uno falso.
Sección 170A(1) – Siempre que haya procedimientos penales pendientes ante un tribunal y dicho tribunal considere que se estaría exponiendo a cualquier testigo menor de 18 años a una exigencia mental o a un sufrimiento innecesarios si atestiguara en dicho proceso, el tribunal puede recurrir a la subsección (4), asignando una persona competente como mediadora, para permitir que tal testigo preste declaración por medio de dicho mediador.	La discreción para usar un mediador pertenece al tribunal y deber ser solicitado por el demandante, siendo el juez quien determine su necesidad. Es fundamental que los asistentes sociales aboguen (no instruyan) por el uso de los mediadores en todos los casos en los que hay testigos menores de edad que deben prestar testimonio. Cabe notar que la edad es sólo uno de los factores que deben tenerse en cuenta al decidir si es preciso asignar un mediador. El mero hecho de que el testigo sea un niño no obliga al tribunal. Antes de tomar una decisión es necesario brindarle a las partes una oportunidad para dirigir la palabra.
Sección 170A(2)(a) – No podrá haber ningún interrogatorio ni contra interrogatorio de testigo alguno para el cual un tribunal haya designado mediador, según la subsección (1), salvo interrogatorio por parte de los jueces, si no es a través del mediador mencionado.	Todas las preguntas del fiscal, de la defensa y de cualquier otra persona presente en el tribunal deben dirigirse al niño por vía del mediador. Sólo el Tribunal, es decir el magistrado, tiene la prerrogativa de hacer preguntas directamente al niño testigo. En tales casos, el magistrado debe solicitar al mediador que formule la pregunta, según se le pida, al niño, o puede dirigirse al niño directamente.

Sección correspondiente en la Ley de Procedimientos Penales	Implicancia práctica
<p>Sección 170A(2)(b) – A menos que el tribunal lo indique de otro modo, el mencionado mediador transmitirá el significado general de cualquier pregunta al testigo en cuestión.</p>	<p>El mediador tiene permitido simplificar las preguntas para que el niño las comprenda, sin cambiarles el sentido. El magistrado es la única parte que puede solicitarle al mediador que transmita la pregunta formulada con las palabras exactas al niño. En ese caso el mediador no puede simplificar dichas preguntas específicas. Los mediadores deben tener cuidado de no interpretar la pregunta al transmitírsela al niño, ni de analizar o alterar la respuesta de este último.</p>
<p>Sección 170A(3) – El tribunal designa un mediador según la subsección (1), el tribunal puede dar la orden de que el testigo principal preste declaración en cualquier lugar (a) el cual se determina informalmente para que dicho testigo se encuentre cómodo; (b) para que esté ubicado de tal manera que la persona cuya presencia pueda alterar dicho testigo esté fuera de su vista y de su visión; y (c) para que el tribunal y cualquier persona cuya presencia sea necesaria para el proceso en cuestión puedan ver y oír, ya sea directa o indirectamente o por medio de algún medio electrónico u otro, al mediador y al testigo durante su testimonio.</p>	<p>Normalmente, el niño da su testimonio por medio del mediador en un cuarto separado, conectado con el tribunal mediante un circuito cerrado de televisión o por un espejo unidireccional. El niño no ve ni oye el proceso pero el tribunal ve y oye al niño y al intermediario.</p>
<p>Sección 170A(4)(a) – Mediante notificación en el Boletín Oficial, el Ministro puede determinar la persona o la categoría o clase de personas competentes para ser designadas como mediadoras.</p>	<p>De acuerdo con la Notificación gubernamental No R.1374, del 30 de julio de 1993, librada por el Ministro de Justicia (Proclama en el Boletín Oficial N° 15024, reformado por la Notificación gubernamental N° 17822 del 28 de febrero de 1997, y reformada en el Boletín Oficial N° 22435 del 2 de julio de 2001), las siguientes personas son consideradas competentes para ser designadas como mediadoras: asistentes sociales matriculados según la S.17 de la Ley 110 de Trabajo Social de 1978, con un mínimo de 2 años de experiencia en trabajo social. Personas graduadas como asistentes sociales con dos años de experiencia en trabajo social; médicos matriculados ante el Consejo Médico y Odontológico Sudafricano según la Ley 56 de 1974, y que también tengan su matrícula como pediatras o psiquiatras; consejeros de familia designados según la S3 de la Ley 24 de Mediación bajo la Ley de Ciertos Temas del Divorcio de 1987 y que estén matriculados como asistentes sociales, o que estén clasificados como maestros entre las categorías C y G de la clasificación emitida por el Dpto. de Educación, y que estén asimismo matriculados como psicólogos clínicos, educacionales o de seguimiento; cuidadores de niños y niñas que hayan completado la capacitación de 2 años ante la Asociación Nacional de Cuidadores de Niños y Niñas, y que tengan un mínimo de 4 años de experiencia; maestros que tengan un mínimo de 4 años de experiencia y que nunca hayan sido suspendidos, ni siquiera temporariamente, de la enseñanza; psicólogos matriculados en clínica, educación o seguimiento según la Ley 56 de 1974.</p>
<p>Sección 170A (4)(b) – Un mediador que no está empleado a tiempo completo por el Estado recibirá un pago de viáticos, subsistencia y demás designaciones relativas a los servicios brindados, según lo determine el Ministro de Justicia, con aprobación del Ministro de Finanzas.</p>	<p>El texto indica que el Ministro de Justicia y el Depto. de Justicia están obligados a realizar el pago que corresponda al mediador por los servicios prestados.</p>

Combrink y Durr-Fitchen¹⁰ señalaron que las personas competentes para ser designadas como mediadores según las categorías determinadas por la ley, no serán necesariamente mediadores adecuados. Basándose en las sesiones de intercambio entre profesionales del Derecho, del Trabajo Social y de la Psicología, realizadas en el Tribunal de Delitos Sexuales de Wynberg, y en un análisis del funcionamiento de la mediación, resultó claro que deben cumplirse ciertos requisitos personales. Los requisitos más básicos para una mediación adecuada, *inter alia*, incluyen los siguientes:¹¹

- una capacidad comprobada para relacionarse con niños y niñas así como una capacidad para desarrollar un vínculo en corto tiempo;
- conciencia de la transferencia respecto del género del mediador o mediadora;
- capacidad de comunicación; tener fluidez en el lenguaje infantil y en reflejar mensajes claros;
- técnicas de entrevista con buena capacidad de observación y la habilidad para transmitir calidez, empatía y apoyo al niño, sin perder la imparcialidad ni la objetividad;
- conocimiento de los aspectos legales del trabajo, de la dinámica del abuso sexual y de las etapas de desarrollo con sus correspondientes capacidades intelectuales y verbales;
- una conciencia cómoda con respecto a la propia sexualidad;
- el mediador y el terapeuta deben ser dos personas diferentes para disminuir la carga que influya o aumente el riesgo de la apelación.

Descripción del proceso de mediación

Coughlan y Jarman¹² explican que, en la mayoría de los casos, el mediador es un asistente social que prepara al niño o a la niña para su presentación en el tribunal y se sienta con él o ella en el cuarto con la cámara. Su función es transmitir las preguntas formuladas por el magistrado, el defensor, el fiscal o el supuesto perpetrador, en un lenguaje que el niño pueda comprender, sin cambiar el sentido general de la pregunta. El mediador tiene la obligación de amortiguar la agresión y la intimidación y de informar al tribunal cuando el testigo está cansado o cuando pierde concentración, para que el juez que preside pida un cuarto intermedio. La base de sistema es un circuito cerrado de televisión, un micrófono y el mediador. En la sala del tribunal hay un televisor y en un cuarto contiguo al tribunal, donde hay una cámara, se ubican el niño testigo y el mediador. El mediador se coloca auriculares. Sólo el mediador escucha las preguntas, pero las personas presentes en el tribunal escuchan las respuestas y todo lo que sucede en el cuarto del testigo. Este

sistema difiere del inglés en cuanto a que se usa un circuito cerrado de televisión pero no hay mediador.¹³

El Bethany House Trust se fundó en 1998 como un proyecto de la Fundación del Niño en Crisis (Child in Crisis Foundation – SA). Está registrado como un trust de caridad para niños y niñas por la Suprema Corte y también como una organización de bien público sin fines de lucro. El trust ofrece servicios de Desarrollo para la Niñez y la Juventud, Educación Profesional para Ser Padres y Servicios para Testigos Menores de Edad. En abril de 2003 Bethany House inició una sociedad pública y privada con los Departamentos de Justicia y de Desarrollo Social sudafricanos, para realizar un proyecto piloto sobre los servicios de mediación. Si bien los servicios de mediación estaban disponibles en ese momento, el mismo no estaba coordinado, los mediadores no estaban capacitados adecuadamente y las autoridades de los tribunales en general no recurrían a ellos. Bethany House capacitó a un grupo básico de mediadores, lanzó una campaña de concientización y educación para que todas las autoridades de los tribunales se percataran de su existencia y empezaran a utilizar el servicio. Se desarrolló un servicio concentrado ciento por ciento en los niños y niñas, para darles cabida a todos los testigos menores de edad, sin importar su género ni su lengua materna. Los desafíos incluyen el hecho de que en el área geográfica donde se lanzó el proyecto, hay testigos menores de edad que hablan once lenguas distintas, lo cual requiere de mediadores versados en todas ellas.

El objetivo primordial del proyecto piloto es proveer servicios de mediación profesional constante para los testigos menores de edad. Para lograrlo, Bethany House desarrolló una base de datos única para administrar, programar y hacer el seguimiento de los casos. La información derivada de dicha aplicación puede usarse para informar el planeamiento de políticas y de presupuestos relativos a servicios para los niños y niñas a través de los departamentos de bienestar social, policía y justicia. Los datos utilizados en este artículo fueron extraídos de dicha base de datos. La información para completarla se consigue de los tribunales donde se atienden los casos en cuestión. Un segundo objetivo fue compilar un perfil tentativo de víctimas y perpetradores para un área geográfica específica. Sin embargo, los datos presentados en el presente artículo no se compararon con las tendencias poblacionales. Se confirma la frustración respecto del desarrollo de una base de datos como la mencionada, según la experiencia de Coughlan y Jarman,¹⁴ quienes sostienen que, hasta el presente, casi no hay investigación en el uso del sistema de mediación en Sudáfrica. Es difícil aseverar si el sistema ha tenido alguna influencia en las tasas de condenas, porque el retraso nacional de la policía para suministrar estadísticas e información ha hecho

que la recolección de datos sea imposible. Por lo tanto, puede discutirse si el intento de Bethany House para dar información mediante el uso de una base de datos es revolucionario para determinar el éxito y el estado de los servicios de mediación.

Distritos judiciales en los que se trabajó

El Cuadro 2 ofrece una visión general de las áreas geográficas donde se ofrecieron los servicios para testigos menores de edad desde abril de 2003 hasta septiembre de 2006. Los distritos de tribunales donde trabajó Bethany House son Randfontein, Roodepoort y Westonaria. En unos pocos casos más, Bethany House asistió a otros tribunales. El cuadro también muestra las diferentes áreas policiales dentro de los distritos judiciales y el número de casos denunciados en cada uno.

Cuadro 2. Casos por distrito judicial y por áreas policiales

Distrito judicial	Nº de casos	Área policial	Nº de casos
Tribunal de Oberholzer	7	Comisaría de Carltonville	29
Tribunal de Krugersdorp	7	Comisaría de Krugersdorp	6
		Comisaría de Kagiso	1
Tribunal de Protea Glen	1	Comisaría de Soweto	1
Tribunal de Randfontein	716	Comisaría de Randfontein/Toekomsrus/Mohlakeng	692
Tribunal de Roodepoort	506	Comisaría de Roodepoort	285
		Comisaría de Dobsonville	160
		Comisaría de Florida	26
		Comisaría de Honeydew	35
Tribunal de Westonaria	259	Comisaría de Westonaria	262
Total	1496	Total	1496

En los distritos judiciales que atiende Bethany House, se manejaron 1496 casos en tres años y medio. Ello ilustra claramente la frecuencia de casos judiciales y sirve como indicador de la necesidad del servicio.

La Figura 1 presenta un gráfico con el número de los testigos menores de edad y de los perpetradores dentro de cada distrito judicial. Es notable el número más alto de incidentes en Randfontein, si bien dichos datos deben equilibrarse con factores decisivos como la variación en la densidad de población y el hecho de que los fiscales en algunos distritos no siempre solicitan el servicio.

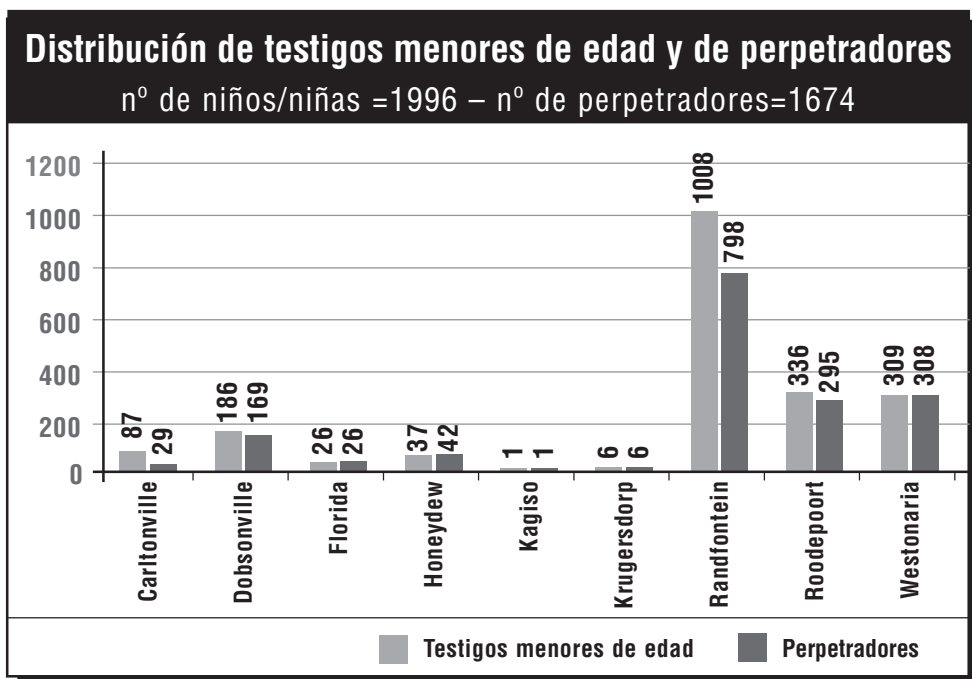


Figura 1. Tasas de testigos menores y de perpetradores por distrito judicial

Descriptorios de testigos menores de edad

El Cuadro 3 muestra el sexo, las edades y las lenguas maternas de los testigos menores de edad que fueron víctimas de crímenes explicados luego en la Figura 2. Nótese que la población de testigos menores de edad es mayor que el número de casos tratado en la sección anterior, ya que en algunas instancias más de un menor prestó declaración dentro del mismo caso (víctimas múltiples).

Cuadro 3. Detalles demográficos de testigos menores de edad

SEXO	Varones = 297 (15%)						Mujeres= 1699 (85%)				N=1996
EDAD	0-4 años	5-8 años	9-12 años	13-16 años	17-21 años	Más de 30	N				
	117 (5.86%)	483 (24.19%)	702 (35.17%)	551 (27.6%)	56 (2.8%)	9 (0.45%)	1996				
LENGUA MATERNA	Afrikaans	Inglés	Sepedi	Sesotho	Shangaan	Swazi	Tsonga	Tswana	Venda	Xhosa	Zulu
	469	67	16	155	7	11	18	680	6	233	334

El Cuadro 3 brinda el siguiente detalle demográfico respecto de los testigos menores de edad que pueden utilizarse para ofrecer un perfil del cliente menor de edad, típico en el área de servicios de Bethany House:

- ochenta y cinco por ciento de los testigos son niñas;
- el grupo mayor de niños y niñas está entre los 9 y los 12 años. Es importante

- destacar que el número más alto de niños y niñas por edad es de 13 años – 259 [13%] del total de niños y niñas atendidos;
- muchos más niños y niñas tswana (34%) y afrikaans (23.5%) recibieron servicios de mediación. Ello corresponde a la representación cultural del área;
- hay niños y niñas de 11 culturas distintas que necesitan los servicios de mediación. Ello implica que los mediadores también deber ser representativos de dichas culturas para ayudar verdaderamente a los niños y niñas en su propia lengua y comprender su contexto cultural.

En la Provincia de Gauteng hay más de 345.600 niñas dentro del grupo de 10 a 14 años.¹⁵ Si se tiene en cuenta la información del perfil presentado más arriba, debe orientarse el enfoque de los servicios preventivos y de tratamiento hacia las actividades de este grupo de edades.

Tipos de delitos contra las víctimas

Las unidades de Violencia Familiar, Protección Infantil y Delitos Sexuales (FCS) de la Policía sudafricana (SAPS) son responsables de la investigación de los delitos contra los niños y niñas, tales como el asalto con la intención de daño corporal gravoso, intento de asesinato, violación, incesto, atentado al pudor, asalto común, secuestro, abducción, explotación sexual de niños y niñas y de adultos según los términos de la Ley 23 de 1957 sobre Delitos Sexuales, crímenes importantes según los términos de la Ley 133 de 1993 sobre Prevención de la Violencia Familiar, de la Ley 116 de 1998 sobre Violencia Doméstica y la Ley 65 de 1996 sobre Películas y Publicaciones.¹⁶ La importancia de este tipo de delitos y de los resultados (tratado más adelante) es la cantidad de casos denunciados en comparación con el porcentaje de condenas. Esta sección ofrece una visión general del tipo de delitos en los que estuvieron involucrados los mediadores del proyecto piloto de Bethany House.

La Figura 2 muestra el tipo de cargo respecto de los casos en los que estuvieron involucrados testigos menores de edad. Se puede ver que hay una cantidad significativa de casos de violación y de atentado al pudor. Con respecto a la identificación del perfil, los datos sobre el tipo de cargo muestran que:

- el grupo más numeroso de testigos está integrado por niños y niñas que fueron víctimas de una violación (64.52% de la totalidad de los casos) o de un atentado al pudor (27.57%);
- no se prestaron servicios de mediación en casos de abandono ni de negligencia de niños y niñas.

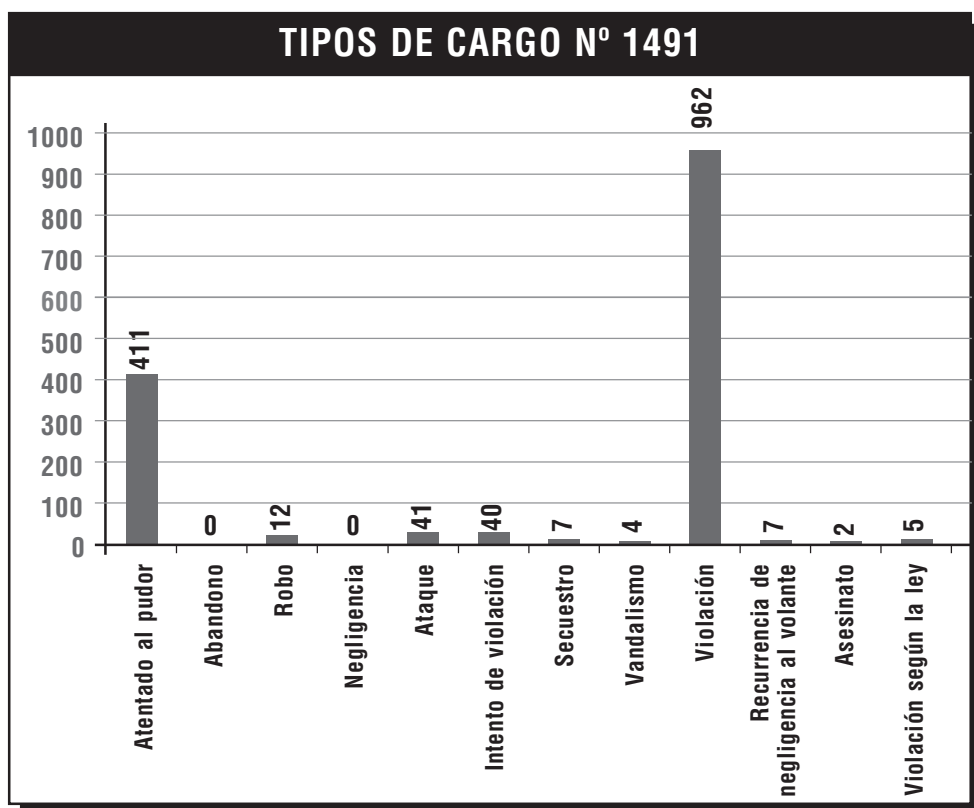


Figura 2. Tipos de cargos en los casos de testigos menores de edad

La experiencia del abuso sexual impacta negativamente en el desarrollo, la conducta y la percepción del entorno del niño, y se la conoce como trauma. Se sostiene que los efectos traumáticos del abuso sexual son los más complejos y penetrantes como influencia en la vida de un niño o niña. Cuando el trauma es infligido por una persona que el niño o niña conoce, el sufrimiento puede ser más intenso y persistente. La naturaleza súbita, aterradora e inesperada de un acontecimiento también define el trauma.¹⁷

El efecto sobre el menor puede variar en seriedad y ser duradero en cuanto a su naturaleza. Incluye una pérdida de la niñez, una pérdida de la familia si el niño es alejado, y una pérdida de confianza, que influirá sobre sus relaciones futuras. El niño o la niña también puede experimentar complejos síntomas postraumáticos, como pérdida de la autoestima, miedo, ira y hostilidad desplazados, conducta y actitud sexual inapropiadas, depresión, culpa o vergüenza, conducta autodestructiva, debilidad, confusión de roles y límites desdibujados de roles, pseudo madurez o regresión y disociación del desarrollo. Un tribunal no tiene la capacidad técnica para arrojar conclusiones respecto de las consecuencias del ataque al pudor y la violación a víctimas infantiles. Las argumentaciones

precisas relacionadas con el trauma pueden ser comprobadas por el Estado, o bien el tribunal puede informarse convocando a los testigos según la Sección 274 (1) de la Ley de Procedimientos Penales. Una posibilidad sería llamar a la madre o a la maestra para atestiguar sobre los síntomas del trauma, como los patrones de sueño, de alimentación y de socialización, el estándar de su rendimiento escolar, la capacidad de concentración, la actitud hacia la disciplina y si se muestra nervioso o temeroso. Si dicha evidencia no se ve cuestionada, puede ser aceptada sin una prueba psiquiátrica sobre los efectos de la violación.¹⁸

Relación del perpetrador con el niño

Una razón interesante por la cual la mayoría de los casos no llegan a los tribunales es la de los casos “no detectados”, es decir aquellos en los que la policía no identificó al sospechoso. Algunos casos no se resuelven porque la policía no tiene pistas o tiene pistas equivocadas, lo cual no depende de ellos. En otros casos, se debe a una investigación policial pobre.¹⁹

La figura 3 ilustra la relación entre el perpetrador y el niño. En la mayoría de los casos (1755, o sea el 95%) los perpetradores fueron hombres. En el 62% de los mismos (1145) dicho hombre era conocido para el niño y sólo en el 33% de los casos (610) el perpetrador era un extraño para el niño.

El gráfico ofrece la siguiente información acerca de la relación con el niño con el objetivo de armar un perfil de la víctima:

- En la mayoría de los casos el perpetrador es un hombre que el niño conoce: un vecino (402 o sea el 22%); un pariente biológico (401, o sea el 22%); un miembro de la familia sin lazos de sangre (103, o sea el 5.6%); y un hombre con el cual el niño tenía una relación fuera del ámbito familiar (220 o sea el 12%).
- En orden descendente, el niño que necesita los servicios de mediación corre mayores riesgos dentro del hogar y en el medio familiar más inmediato, así como con sus relaciones sociales y en la escuela.

Conociendo el hecho de que la mayoría de los niños y niñas pasaron por una violación o por un atentado al pudor y que la mayoría de los perpetradores eran conocidos para ellos, se deduce que los niños y niñas testigos han experimentado altos niveles traumáticos. Es responsabilidad de los Departamentos de Bienestar Social y de Justicia sensibilizarse respecto de este hecho y explorar qué síntomas de los niños y niñas requerirán un tratamiento posterior al juicio.

La descripción de los perpetradores involucrados en crímenes contra niños y niñas también contribuirá a la comprensión del proceso de mediación en el West Rand.

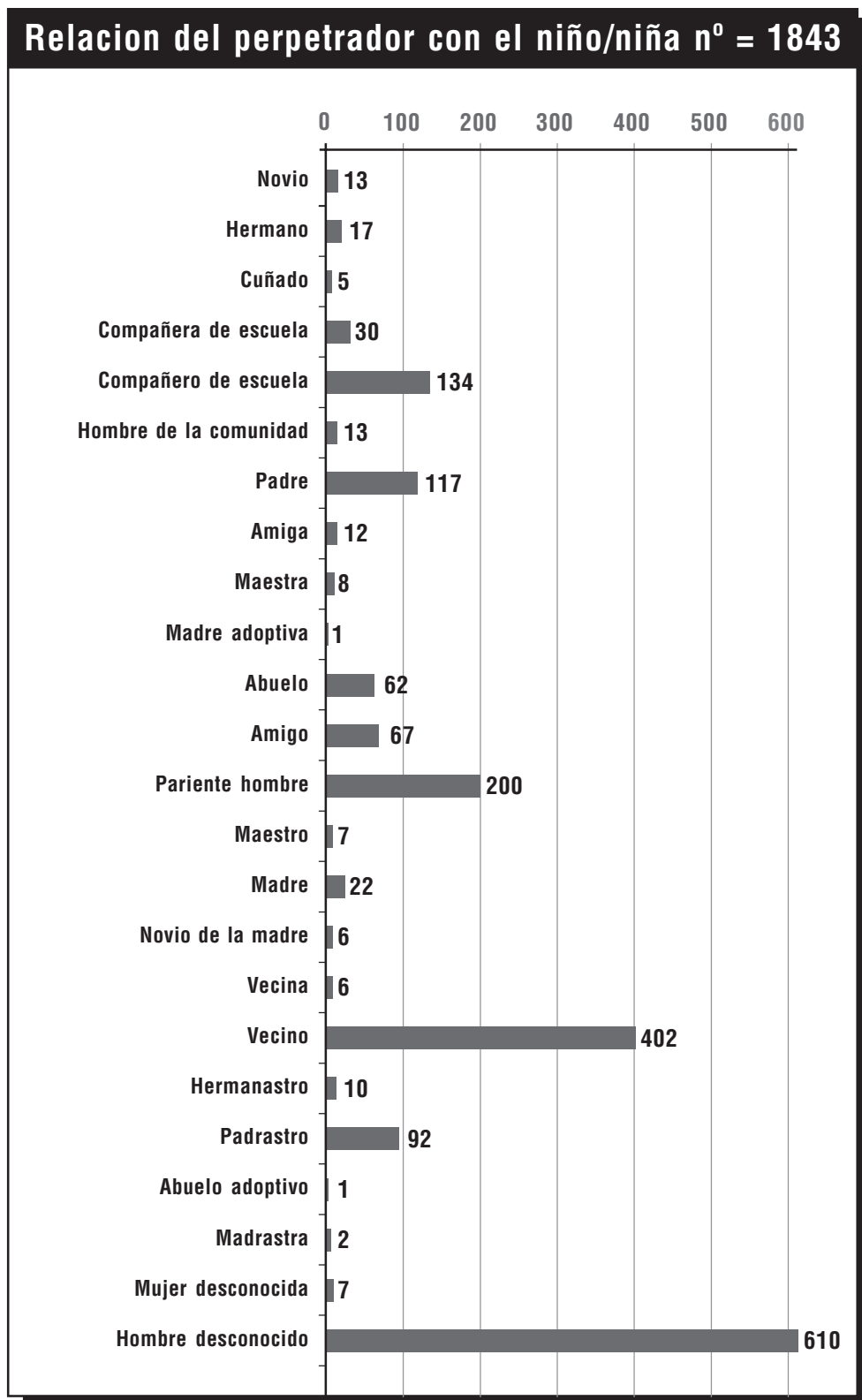


Figura 3. La relación del perpetrador con el niño o niña

Descriptorios del perpetrador

El Cuadro 4 brinda información sobre el género, la edad y la cultura de los perpetradores involucrados en casos que corresponden a los distritos judiciales mencionados en el Cuadro 1. Es de particular preocupación el hecho de que un alto porcentaje de perpetradores son menores de 19 años.

La información útil del Cuadro siguiente incluye:

- La abrumadora mayoría de los perpetradores son hombres (95%) y la mayoría también tiene entre 19 y 40 años.
- Una vez más, la mayor cantidad de perpetradores proviene de las culturas afrikaans y tswana. Un análisis comparativo de la representación poblacional en el área de West Rand arrojará más luz sobre la razón por la cual los perpetradores de las comunidades de afrikaans y de tswana constituyen el grupo mayor de perpetradores (Nótese que el afrikáans es la lengua materna de los blancos y de las personas de color en las comunidades representadas).

Cuadro 4. Demografía de los perpetradores

GÉNERO	Varones=1589 (95%)						Mujeres=85 (5%)				N=1674		
	Menores 19 años		19 a 29 años		30 a 39 años		40 a 49 años		50 a 59 años			Más de 59 años	
	394 (23.54%)		478 (28.55%)		433 (25.87%)		241 (14.4%)		75 (4.48%)		53 (3.17%)		1674
LENGUA MATERNA	Afrikaans	Inglés	Ndebele	Sepedi	Sesotho	Shangaan	Swazi	Tsonga	Tswana	Venda	Xhosa	Zulu	
	413	30	11	19	134	45	8	32	493	14	199	274	

Resultado de los casos

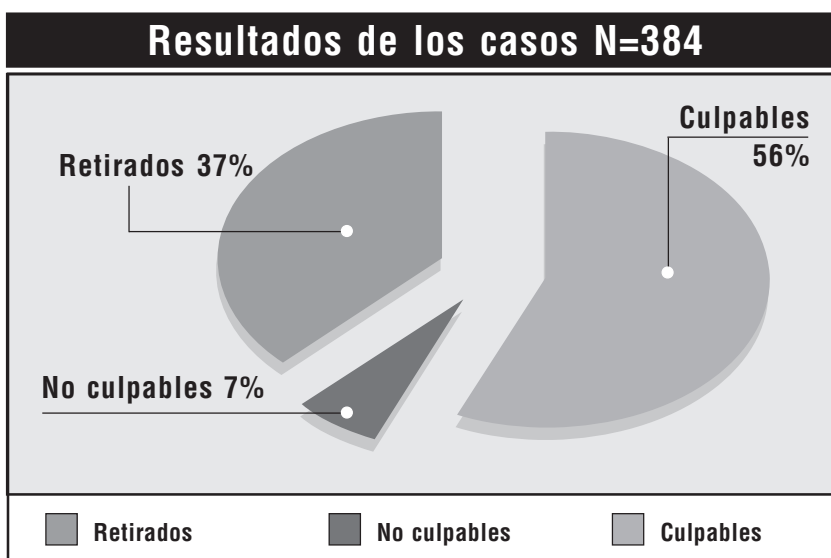
El resultado de los casos es una parte importante del proceso para el testigo menor de edad. La razón de su testimonio contra el perpetrador es comprobar su culpa. La sentencia implica un castigo por el daño ocasionado y dicho castigo debe ser acorde al delito. Como el interés de los servicios de mediación está puesto en la protección del niño o de la niña durante el proceso penal en el que se espera que se haga justicia, el reflejo de los resultados de los casos almacenados en la base de datos de Bethany House guarda particular interés.

La Figura 4 muestra el resultado de 384 casos penales. Es sólo un pequeño número de los 1496 casos descritos en el Cuadro 2. En la próxima sección se tratará la eficacia del proceso para comprender por qué se conoce tan poco acerca de los resultados de los casos.

Lo estimulante de la información recolectada sobre los resultados de los

casos es que no hubo anulaciones de juicios. La gran cantidad de casos retirados del tribunal (143) es preocupante. Es preciso interrogarse sobre el proceso legal que lleva a que se retire un caso de su fuero cuando un perpetrador es demandado y llevado a juicio. Cuando ello sucede, no hay ninguna sentencia respecto de la culpa o de la inocencia del perpetrador. En los casos en los que Bethany House trabajó, no hubo más contacto con los niños o niñas después del veredicto. Sin embargo, cabe preguntarse cuál es el efecto de todo esto en el testigo menor de edad.

Figura 4. El resultado de los casos cuando hubo mediación



Con el propósito de armar el perfil, la información sobre los veredictos arroja la siguiente reflexión:

- La mayoría de los casos llevados ante un tribunal (56%) hallaron culpable al inculpado.

Al comparar las tendencias estadísticas del proyecto piloto de Bethany House con las estadísticas policiales anteriores al 2000, se puede ver que el 58% de los casos con denuncias por violación, involucrando víctimas menores de 18 años, no llegaron a los tribunales. Más aún, el 18% fue retirado del tribunal y sólo en un 9% se halló culpable al inculpado. Si se considera la baja tasa de denuncias en casos de abuso infantil – especialmente los que involucran miembros de la familia – la tasa de condena a prisión es muy pobre comparada con el número de delitos. Las absoluciones constituyen el 9% de los casos llevados ante el juez. Es importante notar que la fiscalía tiende a tratar sólo aquellos casos que

tienen una posibilidad razonable de conseguir una condena. Los recursos de la fiscalía se concentran en los casos más promisorios. La violación a menudo es más difícil de probar que otros crímenes. Sin embargo, los casos de violación infantil que fueron a juicio tuvieron el doble de posibilidades de terminar en condena a prisión que el de violaciones a adultos.²⁰

La cláusula 47 del proyecto de Ley de Estructura de Condenas del año 2000 propone la presentación de las declaraciones del impacto del daño sufrido por la víctima ante el tribunal, para que se sepa cómo ha sido dicho impacto en la práctica. A diferencia del juicio mismo, cuando la formulación de las impresiones se torna más importante que los hechos, y las consideraciones sobre los méritos que no eran relevantes adquieren un nuevo significado, se pone la expectativa en el tribunal para hacer un juicio de valor complejo. Los temas en juego al ejercer la discreción de la sentencia son de interés para el tribunal. Una mala elección del castigo va contra los intereses de la justicia, y la discreción para imponer una sentencia adecuada sólo puede ejercitarse sobre la base de todos los hechos que corresponden a la cuestión. Las circunstancias agravantes también influyen sobre la sentencia. Éste es el proceso de preparación que muestra la premeditación, el abuso de una posición de autoridad, el conocimiento de una condición de VIH positivo, y la vulnerabilidad de la víctima. Los factores atenuantes al dictaminar una sentencia pueden ser la juventud del acusado, la falta de condenas previas, la ausencia de armas, y la percepción de la voluntad por parte de una víctima mayor de 16 años.²¹

La Ley 105 de 1997 sobre Reforma Penal entró en vigencia en mayo de 1998 y la sección 51 prevé un sistema de condena mínima cuando se trata de crímenes más serios.

El propósito de introducir condenas mínimas se debió a la necesidad de infligir un golpe decisivo al delito serio mediante el uso de condenas considerablemente mayores. Las condenas mínimas relacionadas con los crímenes más serios contra niños y niñas son dos, como se sigue:²²

1. Cadena perpetua en un caso de violación cuando:
 - la víctima fue violada más de una vez por más de una persona con el mismo propósito;
 - el acusado fue procesado por dos violaciones o más sin haber recibido una condena aún;
 - el acusado sabía que estaba infectado con VIH;
 - la víctima es una niña menor de 16 años;
 - Se infligió un daño corporal sobre la víctima;
2. Se condenará a 10, 15 y 20 años de prisión respectivamente a los que delincan por primera, segunda y tercera vez en los siguientes casos:
 - una violación distinta de las mencionadas anteriormente (por ej., cuando

el acusado tenía un arma de fuego con intenciones de uso o cuando la víctima tiene más de 16 años);

- atentado contra el pudor de un niño o una niña menor de 16 años unido a daño físico (es decir, cualquier tipo de lesión física por trivial que parezca);
- asalto para ocasionar un daño corporal a un niño o niña menor de 16 años.

Con el conocimiento de la estructura propuesta para las condenas, de los 2.599 casos de violencia familiar y delitos sexuales contra niños y niñas presentados ante los tribunales en 2005 y 2006, se tramitaron ante los tribunales 14.116 años de prisión, 146 cadenas perpetuas, y multas por el valor de R474.560.

Discusión

Los datos estadísticos obtenidos de la base de Bethany House desde abril de 2003 a septiembre de 2006 proporcionan información que puede usarse para la planificación del bienestar social, la justicia y la policía en el área de servicios de West Rand. Las experiencias extraídas del proyecto piloto también son significativas para dar conocimiento a la práctica. Las mismas se tratan a continuación. Junto con la discusión de la experiencia de Bethany House y su ofrecimiento del servicio de mediación se trata un artículo sobre las experiencias de otros trabajadores sociales en Sudáfrica, donde se plantea si vale la pena conservar el sistema de mediación. También se tomará conocimiento del trabajo realizado por Karen Müller sobre la conceptualización de la relación entre la autoridad judicial y el testigo menor de edad.

De acuerdo con Coughlan,²³ el sistema de mediación está en funcionamiento sólo en las ciudades principales de Sudáfrica como East London, Ciudad del Cabo, Puerto Elizabeth, Johannesburgo, Pretoria, Durban y Pietermaritzburg. No existen servicios así en los tribunales rurales. Además, en ciudades como East London, a todo efecto, el servicio no funcionó ya que los asistentes sociales en ese momento se negaron a seguir brindándolo. Las experiencias de una cantidad menor de dichos mediadores arrojaron luz sobre el hecho de que no estaban bien capacitados y tenían que hacer frente a las ansiedades y emociones relativas al proceso judicial y al trauma del niño o niña. Nadie los interrogó sobre dichas experiencias.

Primero, resumiremos las experiencias de los mediadores tal como las reflejó Coughlan en 2002²⁴ y luego nos centraremos en nuestras propias experiencias con el sistema de mediación dentro de nuestra área directa de servicio. A la luz de las mismas trataremos las implicancias para la práctica

sugeridas por otros autores interesados en la situación de los testigos menores de edad en Sudáfrica, para sumarlas a las propias.

Dificultades experimentadas por los mediadores

Muchas de las dificultades experimentadas por Coughlan y Jarman²⁵ se relacionaban con el medio y con el proceso judicial mismo. Ellas incluyen la influencia de las demoras prolongadas y el estrés de un juicio amenazador, la incertidumbre de la presencia de un intermediario, la preservación de los derechos del acusado versus el intento de evitar mayores abusos contra el niño o la niña, el cuestionamiento de la capacidad del niño o niña para captar los conceptos de verdad definidos por los adultos, la falta de consideración respecto de los enfoques culturales en el abordaje de temas sexuales, el potencial de errores de traducción, el requerimiento de que el niño o la niña repitan los detalles del abuso, la evaluación sobre si un juicio exitoso compensa el trauma experimentado por el niño o la niña, el conflicto entre los roles del asistente social y del mediador, y las demoras hasta de dos años para escuchar los casos debido al amontonamiento de juicios.

Müller²⁶ agrega que se introdujo al mediador en la asistencia del testigo menor de edad para eliminar toda la hostilidad y la agresión de una pregunta

	nº de casos	nº de postergaciones	% del total
	147	0	29.76
	122	1	24.70
	69	2	13.97
	55	3	11.13
	36	4	7.29
	23	5	4.66
	16	6	3.24
	7	7	1.42
	9	8	1.82
	3	9	0.60
	1	10	0.20
	1	11	0.20
	1	12	0.20
	3	13	0.61
	1	16	0.20
Total	494	107	100.00

y para cambiar dicha pregunta, cuando sea necesario, para que el niño o la niña puedan comprenderla. Sin embargo, en la práctica, el uso de un mediador ha dado lugar a una serie de problemas. El poder del mediador es muy limitado, ya que se lo considera un mero intérprete (y no un testigo experto) y el tribunal puede insistir en cualquier momento para que la pregunta se repita tal cual fue formulada. Otra desventaja del sistema actual es que el mediador no tiene la autoridad para comentar una pregunta ni para dar su opinión sobre si el niño o niña comprenden la pregunta o no. El mediador carece de autoridad para intervenir y cuestionar el modo como se formula una pregunta o una secuencia particular de ellas.

Estos autores subrayan que el contexto dentro del cual el niño o la niña ofrecen su testimonio puede ocasionar más daño del necesario. Los que esperaban poder actuar como mediadores para facilitarles el proceso a los niños y niñas se han desilusionado al toparse con expectativas inadecuadas hacia el menor y con un enfoque riguroso de los derechos del acusado. La próxima sección muestra cómo las propias experiencias de Bethany House confirman la ineficacia del proceso actual. Existe, sin embargo, algo de esperanza en el horizonte. Se tratará esta tenue esperanza cuando se introduzcan ciertos cambios en aproximadamente un año.

Efectividad del proceso actual

La efectividad del proceso actual sólo puede describirse como “poco amigable para el usuario”. Ello se refiere, específicamente, al uso del lenguaje y a la integración del proceso legal al mundo ya traumatizado del niño o niña. El lapso entre el momento en que se denuncia un caso ante la policía, éste se presenta ante el tribunal por primera vez y el niño o la niña presenta su testimonio, puede ser de hasta dos años. No sólo se compromete el proceso judicial con esto sino que el testigo menor de edad permanece en un limbo respecto de su “proceso curativo”.

En el próximo cuadro se ilustra la cantidad de veces en que un caso se pospone. Además del incremento de costos para representar a la víctima infantil, el testigo menor de edad tiene que asistir a cada audiencia. En la práctica, ello significa que el niño o la niña debe ser preparado/a para ir al tribunal (una vez), luego debe prepararse para el testimonio, asistir a la audiencia y estar preparado/a para atestiguar en cada ocasión. La víctima infantil, por ende, está sujeta a un estrés mental innecesario, incluso antes de prestar declaración.

Los servicios posteriores al testimonio, como la terapia, pueden comenzar solamente después de que el niño o niña haya declarado ante el tribunal, para asegurar que dicho testimonio no esté contaminado. En la realidad, luego hay poca intervención. Los servicios terapéuticos no están disponibles con facilidad

para los niños testigos y con mucha frecuencia los padres o tutores no pueden acceder a los pocos servicios disponibles debido a restricciones económicas. En la mayoría de los casos, la preparación práctica para el tribunal es la única ayuda que el niño o niña reciben.

Si el perpetrador ha infectado al niño o niña con el virus del VIH/SIDA al cometer el crimen, este último puede estar ya demasiado enfermo para declarar o incluso haber muerto antes de dar su testimonio contra el perpetrador. Si bien el gobierno sudafricano tiene programas de ARV (antiretrovirus) disponibles para los testigos menores de edad infectados con VIH/SIDA, a menudo el niño o la niña no puede llegar hasta el hospital donde está disponible el servicio debido a las grandes distancias y a los factores económicos como el costo del transporte.

Más aún, hay una falta importante de denuncias de crímenes, especialmente de los cometidos en el seno de la familia. La reciente descentralización de la unidad policial especializada a cargo de la investigación de crímenes contra menores de edad, puede ser otro elemento del bajo índice de denuncias, ya que la comunidad en general ha perdido la confianza en la capacidad del estado para proteger a sus niños y niñas.

De los casos denunciados, un pequeño porcentaje llega eventualmente a los tribunales, e incluso entonces un porcentaje inaceptablemente alto es retirado antes del juicio. Ello sucede cuando se pierden pruebas cruciales (como por ejemplo de ADN) o cuando el testigo no puede rastrearse. Debido a las largas demoras, el testigo menor de edad a veces se muda sin informar su nuevo domicilio, obligando al Estado a eliminar el caso del tribunal.

Un pequeño porcentaje de dichos casos que logra llegar a juicio y pasar por todo el proceso termina con una condena. Puede decirse entonces que el proceso legal ofrece pocos beneficios al niño o niña. La razón principal para el procesamiento penal no necesariamente beneficia al menor. No parece haber correlato entre los intereses del niño o de la niña y las expectativas de procesamiento de las autoridades.

La eficiencia de un proceso legal cuestionable de por sí se obstaculiza aún más debido a la carencia o falta total de equipos (como de auriculares, por ejemplo) para concretar los servicios de mediación, ocasionando demoras largas o postergaciones. En algunas instancias, los procesos judiciales se mudan a otro distrito donde el tribunal cuenta con un equipo funcional que puede usarse.

La existencia de hallazgos comunes entre los mediadores de ciudades muy apartadas geográficamente entre sí como East London en la Provincia de Eastern Cape y West Rand, una región de la Provincia de Gauteng, justifica una mayor exploración en el proceso de mediación, tomando en cuenta la necesidad de hacer uso de la información para planificar intervenciones efectivas para los testigos menores de edad.

Cambios previstos

El Proyecto 107 de la comisión sudafricana de leyes sobre Delitos Sexuales: proceso y procedimiento (2002) propone una estrategia para adoptar principios guía (Protocolos y Memorandos o Códigos de Buena Práctica) que produzcan cambios en el manejo de los delitos sexuales. El desarrollo de dicha estructura “nacional multidisciplinaria) debe llevar a un acuerdo vinculante intersectorial, para formar la base para la elaboración de códigos de práctica multidisciplinarios provinciales o regionales, contenidos en la legislación, para garantizar su cumplimiento. Se hace aquí una breve mención a algunas recomendaciones que deberían influir positivamente en el proceso legal actual. Dichas recomendaciones se reflejan en el documento que puede verse en <http://www.doj.gov.za/salrc/dpapers/dp102_prj107/dp102execsum.pdf>:²⁷

- los cuerpos gubernamentales tales como órganos de gobierno deben ofrecer servicios expeditivos, sensibles, efectivos, confiables, y totalmente coordinados e integrados;
- deben proveerse los fondos para la implementación y operación efectivas de la estructura a nivel nacional;
- un comité coordinador interdisciplinario debe supervisar, monitorear y evaluar la implementación de tal estructura;
- se recomiendan técnicas flexibles para gestionar el flujo de casos. La estrategia de gestión del flujo de casos debe desarrollarse intersectorialmente para reducir las demoras en los procedimientos de los procesos penales;
- también se subrayan la correcta capacitación acreditada y la investigación de los proveedores de servicios;
- hay un amplio precedente en Sudáfrica en la creación de equipos unificados o agencias interrelacionadas para la investigación y procesamiento de crímenes de alta prioridad;
- sólo el personal médico altamente calificado, los oficiales de policía, los fiscales, los jueces y los consejeros deben tratar los casos de delitos sexuales graves;
- en lo posible todos los casos de delitos sexuales graves deben procesarse en tribunales especiales para Delitos Sexuales;
- todos los casos de las víctimas infantiles de delitos sexuales que requieran cuidado y protección deben poder recurrir a un sistema de bienestar social confiable;
- sudáfrica es un país de recursos limitados, y la provisión de una profilaxis posterior a la exposición (PEP) a las víctimas de violación se ha

convertido en un tema controvertido. Se reconoce que el costo de proporcionar una PEP a todas las víctimas de violencia sexual sería en extremo alto. Sin embargo, el costo de no proporcionarla seguramente será mayor y afectará el sistema de la salud pública y tendrá un efecto dominó sobre la economía. Es responsabilidad del Estado suministrar los medios financieros para cubrir el costo de la PEP para las víctimas de violencia sexual, ya que dichos querellantes han padecido la exposición a una enfermedad que atenta contra sus vidas, sin haberlo elegido;

- deben desarrollarse protocolos para los médicos y para los profesionales de la salud;
- la policía debe revisar los procedimientos para registrar y seguir los casos “infundados” y aquéllos en los que la víctima desea eliminar el caso;
- la Ley de Delitos Sexuales impone una obligación positiva sobre la policía de aceptar y registrar todas las quejas de delitos sexuales, y estipula que la policía no tiene la autoridad para proceder ni para descartar una investigación, incluso si la víctima le pide que no proceda. La única discreción para proceder a una investigación corresponde a la fiscalía.

Si bien la Comisión Legal de Sudáfrica ha realizado mucho trabajo para mejorar el *status quo*, los autores reiteran para que dicho problema pase a ser una prioridad legislativa y presupuestaria.

Implicaciones para la práctica y recomendaciones

Estamos de acuerdo con Coughlan y Jarman²⁸ cuando dicen que los oficiales profesionales y de bienestar social del gobierno necesitan ofrecer una capacitación permanente y una supervisión adecuada así como dar oportunidades para investigar a los mediadores *in situ*. Para que ello ocurra, el rol del mediador tiene que alcanzar un nivel más alto de visibilidad y de aceptación del que tiene en la actualidad. No se reconoce el trabajo de mediación como una función clave y, por lo tanto, no se lo provee de los mecanismos profesionales ni colegiados que apoyen y respondan por su práctica profesional. Se debe luchar contra esto, no sólo por el interés de los asistentes sociales, sino por el de los niños y niñas. Dada la naturaleza *ad hoc* del trabajo de mediación, no hay un sistema de apoyo, de responsabilidad ni una perspectiva de desarrollo en busca de profesionalismo. Dada la reestructuración extensiva de los servicios sociales del gobierno que se está haciendo en todo Sudáfrica, ello es posible sólo si hay suficiente gente capacitada para convertirlo en una prioridad.

Si bien los asistentes sociales pueden garantizar que el tema se mantenga

en la agenda del gobierno, necesitan la comunidad jurídica y a los responsables de fijar las prioridades y los procedimientos ante los tribunales. Los casos de abuso infantil no deberían tener que esperar más que un par de meses para el inicio del juicio. Deben evitarse las postergaciones rigurosamente. Se debe dar el aviso correspondiente para que los niños y niñas puedan ser preparados y para que se garantice la disponibilidad de los asistentes sociales.

Las autoridades deben reconocer el servicio de mediación ya que, sin la cooperación de los asistentes sociales, todo el sistema fracasa a nivel nacional, exponiendo a los involucrados a cargos que violan los derechos constitucionalmente protegidos de los niños y niñas.

Van der Merwe y Müller²⁹ también ofrecieron algunas guías prácticas y orientadoras respecto de la administración judicial para proteger al niño durante el proceso judicial. Ellas incluyen normas de base para los abogados, con referencia específica al modo de formular las preguntas apropiadas.

La autoridad judicial también debe explicar el proceso de interrogatorio al niño y lo que sucederá a continuación, reforzar la necesidad de que diga la verdad, darle al menor que atestigua una idea de lo que se espera de él o de ella y el hecho de que puede ser necesaria la intervención de los jueces cuando el testigo no comprende el peso de una declaración policial.

Debe llamarse a receso cuando el niño o niña muestra signos de cansancio, pérdida de atención, o da respuestas de cierre (como “No sé” o “No recuerdo”) o hay un estrés inmanejable. Se ha comprobado que la presencia de una persona de apoyo ayuda al niño/niña a responder mejor al interrogatorio.

El niño o la niña tienen derecho a que los procedimientos se lleven adelante expeditivamente, en un marco de tiempo apropiado para la víctima y para el tipo de delito. Como tal, el incumplimiento de la estrategia propuesta de gestión de flujo de los casos debería ser sancionado.

También se propone que el contra interrogatorio con el testigo se complete antes de que el niño o la niña ingrese al tribunal para reconocer al acusado. Luego pueden formularse mayores preguntas relativas a la identificación.

Los autores agregan las siguientes sugerencias a lo ya dicho:

Es crucial el uso de una base de datos para hacer el seguimiento de los servicios ofrecidos a los menores y para brindar información que ayude a planificar. Todos los que intervienen en el proceso necesitan usar y contribuir a la elaboración de dicha base de datos, que debería implementarse tanto provincial como nacionalmente.

Deben formalizarse tanto la definición como las responsabilidades del mediador. Ello debe tratarse como un área de especialización dentro de la asistencia social.

Para abordar la preocupación acerca de la credibilidad de las pruebas presentadas por los testigos menores de edad, deben adoptarse tanto el modelo conceptual de De Young³⁰ para juzgar la veracidad como el “Análisis de la Validez de las Declaraciones” (SVA) como una herramienta de evaluación crucial para determinar la validez de lo dicho a lo largo de todo el proceso de atestiguamiento. Naturalmente, ello luego debe formar parte de la capacitación del mediador, para que pueda contribuir al proceso, verificando la credibilidad de las declaraciones ante el tribunal.

Para comprender profundamente las dificultades inherentes a los procedimientos judiciales y la divulgación de información personal y con carga emocional, el conocimiento del “Síndrome de Acomodación al Abuso Infantil” debe formar parte de la preparación del asistente social que actúa como mediador.

Es precisa la correcta comprensión del reglamento procesal preventivo, por el cual el juez, basándose en los hechos, se propone ser cauto a la hora de evaluar las pruebas que requieren circunspección, según indica la práctica.

Las normas preventivas que se aplican para evaluar las pruebas son reglas relacionadas a los testigos individuales, la colaboración, las trampas, los niños y niñas pequeños, la identidad, la desviación sexual, los detectives privados, las prostitutas y los testigos detenidos.³¹

Debe tenerse en cuenta la información recabada en los casos gestionados por Bethany House (indicados con números romanos en todo el documento), así como la investigación posterior, para identificar los perfiles que ayuden a planificar la prevención y el tratamiento del abuso infantil. El uso de “declaraciones de impacto” por parte de los maestros, de la familia y de otros adultos que puedan atestiguar acerca de las consecuencias del abuso en el niño o la niña, aumentará la condena correspondiente al perpetrador.

Es fundamental crear una clínica socio-legal donde las profesiones legal y social puedan combinar sus servicios para servir efectivamente al cliente niño o niña. También insistimos en que se dé prioridad a las recomendaciones de la Comisión Sudafricana de Derecho y que se acelere la implementación de dichas recomendaciones.

Conclusión

Este artículo presenta una serie de realidades interesantes respecto del sistema de mediación. La pregunta consiste en saber si un enfoque más concentrado y estandarizado del sistema (con una mayor circulación de información con fines de planificación) fortalecería los casos de los niños y niñas y, con suerte, llevaría a mayores condenas que, finalmente, contribuyeran a crear entornos más seguros para los niños y las niñas. Es preciso dar preeminencia a los problemas que

señalan varios autores. Hace ya más de diez años, desde que se reformó la Ley de Procedimientos Penales, que está autorizada la intervención de los mediadores. Ha llegado el momento de seguir avanzando por el sendero que tomó Sudáfrica para actuar en pos de los mejores intereses de sus niños y niñas.

NOTAS

1. Coughlan & R. Jarman, "Can the intermediary system work for child victims of sexual abuse?", *Families in Society*, vol. 83, issue 5/6, Nueva York, Alliance for Children & Family, sep-dic 2002, p.541.
2. Ibid., p. 541.
3. K. Müller, "The competency examination and the child witness" in K. Müller, *The judicial officer and the child witness*, © Berne Convention, 2002, p. 152.
4. Ibid., p. 160.
5. Coughlan & Jarman, op. cit., p. 541.
6. Ibid.
7. K. Müller, "A question of confusion: cross-examination and the child witness" in K. Müller, *The judicial officer and the child witness*, © Berne Convention, 2002, p.170.
8. Ibid., p. 171.
9. A. Viviers (1999), "Manual on practice guidelines for Intermediaries" in RAPCAN – Resources Aimed at Prevention of Child Abuse and Neglect, *Intermediary Training Manual*, 2005. Disponible por Internet en <<http://www.rapcan.org.za>>, actualizado el 13 de marzo de 2007.
10. H. Combrink & E. Durr-Fitche, "The Child Witness", *The Child Care Worker*, vol. 12, n. 2, The International Child and Youth Care Network, Wisconsin-Milwaukee, 1994. Disponible por Internet en <www.cyc-net.org>, actualizado el 5 de febrero de 2007.
11. Ibid.
12. Coughlan & Jarman, 2002, op. cit.
13. Ibid., p. 542.
14. Coughlan & R. Jarman, op. cit.
15. *Statistics South Africa*, 2006 p. 9.
16. SAPS – South African Police Service, Informe Anual (del Servicio de Policía Sudafricana), 2006, p. 93.

17. A. Van der Merwe, "Aspects of sentencing in child sexual abuse cases" in K. Müller, *The judicial officer and the child witness*, © Berne Convention, 2002, p. 264.
18. Ibid., p. 265.
19. D. Van Zyl Smit, "Conviction rates of crimes reported in eight South African police areas", *South African Law Commission Research Paper 18*, Project 82, 2000, p. 11. Disponible por Internet en <<http://www.doj.gov.za/salrc/rpapers/rp18.pdf>>, actualizado el 13 de marzo de 2007.
20. Ibid., pp. 18-19.
21. Van der Merwe, op. cit., pp. 261-262, 267-268, y 272.
22. Ibid., pp. 269-270.
23. Coughlan & R. Jarman, op. cit.
24. Ibid.
25. Ibid., pp. 544-545.
26. K. Müller, "An inquisitorial approach to the evidence of children" in C. W. Marais (Ed), *Crime research in South Africa – CRISA*, Vol 4, n. 4, Johannesburg, University of South Africa, 2001. Disponible en Internet en: <<http://www.crisa.org.za/volume4/ia.html>>, actualizado el 5 de febrero de 2007.
27. Consultas: Dellen Clark and Carrie Kimble. Sitio web actualizado el 13 de marzo de 2007.
28. Coughlan & Jarman, op. cit.
29. A. Van der Merwe & K. Müller, "Judicial management: 'The boss of the court'" in K. Müller, *The judicial officer and the child witness*, © Berne Convention, 2002, pp. 283-296.
30. De Young (1986) en K. Müller, "Evaluating the credibility of child witnesses: a more scientific approach" in K. Müller, *The judicial officer and the child witness*, © Berne Convention, 2002, pp. 214-222.
31. South African Justice College Notes (1994), "Corroboration and the Cautionary Rules" in RAPCAN – Resources Aimed at Prevention of Child Abuse and Neglect, *Intermediary Training Manual*, 2005. Disponible en Internet en: <<http://www.rapcan.org.za/>>, actualizado el 13 de marzo de 2007.



SERGIO BRANCO

Con Maestría en Derecho Civil por la Universidad del Estado de Río de Janeiro – UERJ, es especialista en Propiedad Intelectual por la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro – PUC, Río; Ex-Procurador-Jefe del Instituto Nacional de Tecnología de la Información – ITI, Brasilia; Ex-Coordinador de Desarrollo Académico del Programa de Posgrado de la Fundação Getúlio Vargas (FGV), Derecho, Río; Actual Director de Proyectos del Centro de Tecnología y Sociedad de la FGV Derecho, Río; Autor de la disertación “Los derechos de autor en *internet* y el uso de obras ajenas”.

Dirección: Centro de Tecnología e Sociedade - FGV

Praia de Botafogo, 190 – 13º andar (Escola de Direito)

Botafogo Rio de Janeiro – RJ 22.250-900 Brasil

E-mail: sergio.branco@fgv.br

RESUMEN

A lo largo de todo el siglo XX, el desarrollo de las tecnologías fue gradualmente disminuyendo la distancia entre el hombre, la obra cultural y la propiedad intelectual; el ápice fue el advenimiento de *internet*, a mediados de los años 90. El acceso a obras del mundo entero facilita enormemente las posibilidades de diseminación de conocimiento y de materia prima para la educación y también ayuda a construir una comunidad global. Sin embargo, los titulares de bienes intelectuales –derechos de autor, marcas y patentes– no pueden utilizarlos indiscriminadamente. De ese modo, en líneas generales, lo que se pretende analizar en el presente artículo es el serio riesgo que corre la efectivación del derecho humano a la educación con la presente estructura de derechos de autor y con el uso inadecuado de la tecnología. Tomaremos como base la ley brasileña, pero serán útiles algunas consideraciones para comprender el sistema de otros países, así como también para la elaboración de objetivos a ser perseguidos sobre el derecho de autor.

Original en portugués. Traducido por Miriam Osuna.

PALABRAS CLAVES

Derechos de autor – Derecho a la educación – Dignidad humana – Tecnología – Propiedad intelectual – Función social de la propiedad – Ley brasileña de derechos de autor – Sistemas brasileño y norteamericano



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*

Este artículo está disponible en formato digital en <www.surjournal.org>.

LA LEY DE AUTOR BRASILEÑA COMO ELEMENTO DE RESTRICCIÓN A LA EFICACIA DEL DERECHO HUMANO A LA EDUCACIÓN

Sergio Branco

*Todas las cosas ya están dichas,
pero como nadie escucha, siempre hay que recomenzar.*

*André Gide
El tratado de Narciso*

Introducción

A lo largo de todo el siglo XX el desarrollo de las tecnologías fue gradualmente disminuyendo la distancia entre el hombre y la obra cultural. Se volvió cada vez más fácil tener acceso a obras artísticas, científicas, literarias, para fines de estudio o de deleite. Paralelamente surgieron otras formas de expresión, así como otros soportes, permitiendo el acceso a obras en condiciones cada vez más rápidas y eficientes. El ápice fue el advenimiento de *internet*, a mediados de los años 90.

Ya a fines del siglo pasado, y en realidad, fundamentalmente a causa de *internet*, se hizo evidente que el acceso al conocimiento –incluyendo en este sentido textos, canciones, películas, fotografías, grabados, entre otros– sobrepasaba los límites de los medios físicos. Con la abolición de las fronteras en el mundo virtual y el acelerado proceso de globalización, el sueño enciclopedista de reunir todo el conocimiento humano se concretó de la manera más inesperada y democrática posible: quien tuviera acceso a la red mundial de computadoras tendría acceso a prácticamente todo el conocimiento humano. O debería tenerlo.

Ver las notas del texto a partir de la página 141.

A pesar de algunos efectos colaterales negativos de la globalización, es innegable ver como beneficio la posibilidad de entrar en contacto con la literatura escandinava, la música hondureña, la artesanía india o el cine nigeriano. Todo al alcance de la mano; todo a partir de algunos botones de computadora. El acceso a obras del mundo entero facilita enormemente las posibilidades de diseminación de conocimientos y de materia prima para la educación y, al menos por vía indirecta, ayuda a construir una comunidad global que promueva el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones, como propone el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.¹

Sin embargo, la vida en un mundo globalizado y capitalista no permite que el acceso a la cultura sea siempre gratuito. Todo parece tener dueño, y todo parece tener precio. Fueron sabias las palabras de Oscar Wilde, en el siglo XIX, cuando dijo que, ya en aquel tiempo, todos sabían el precio de todo, pero nadie sabía el valor de nada. No evolucionamos mucho desde entonces. Parece que hoy en día el valor de las cosas está intrínsecamente ligado al precio que pueden tener. Y no sólo el precio cumple el papel de “guardián” del acceso a los bienes culturales como un puesto de peaje: también la ley y la tecnología pueden ser grandes impedimentos para el acceso al conocimiento.

Después de la revolución industrial –que patrimonializó las relaciones jurídicas hasta por lo menos la primera mitad del siglo XX– vivimos hoy una revolución tecnológica que tiene que convivir con determinados hechos y ubicarlos en una difícil ecuación: al mismo tiempo en que la riqueza se desmaterializó, o sea, los bienes no materiales, intangibles, son más valiosos que los bienes físicos, el derecho exige la funcionalización de los institutos, lo que significa que la propiedad de tales bienes no puede ser ejercida arbitrariamente, debiendo atender a su función social.

En la práctica, esto significa que los titulares de bienes intelectuales –derechos de autor, marcas, patentes– no pueden utilizarlos indiscriminadamente. Será necesario que observen cómo tales bienes responden la función a que se destinan en la sociedad.

Emilio García Méndez da la exacta dimensión de la importancia del tema al afirmar:²

En esta etapa del desarrollo tecnológico, en la cual el acceso al conocimiento constituye la variable decisiva y fundamental de una existencia humana digna, que constituye el fin último de los derechos humanos, el derecho a la educación no puede ser sometido a ningún tipo de negociación, debiendo entenderse como una prioridad tan absoluta como la abolición de la esclavitud o la tortura.

Recurriendo una vez más al texto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, podemos observar que su artículo XXVI establece que “toda persona

tiene derecho a la instrucción”. Y, por cierto, para tener instrucción es indispensable tener acceso a los mecanismos por los cuales la instrucción se da: textos, canciones, películas, etc. En el mundo multimedia, sería reaccionario defender que el proceso de instrucción implica solamente libros y cuadernillos, como sucedía décadas atrás.

Sin embargo, lo que se observa actualmente es que aunque (i) la educación figure en el repertorio de los derechos humanos; (ii) en el mismo repertorio e intrínsecamente conectados al derecho a la educación se encuentren los derechos de libertad de opinión y de expresión, de recibir y transmitir informaciones e ideas por cualquier medio e independientemente de las fronteras, de participar libremente de la vida cultural de la comunidad; (iii) el ejercicio de todos estos derechos sean indispensables para la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, la verdad es que no siempre estos derechos, previstos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, podrán ser plenamente ejercidos, ya en virtud de la ley, ya de la tecnología.

Lo que pretendemos con este trabajo es presentar, en líneas generales, el serio riesgo que corre la efectivización del derecho humano a la educación (considerada *lato sensu*, abarcando, por lo tanto, otros derechos humanos) con la presente estructura de derechos de autor y con el uso inadecuado de la tecnología. Tomaremos como base la ley brasileña de derechos de autor, pero serán útiles algunas consideraciones para comprender el sistema de otros países.

En este sentido cabe destacar que la ley brasileña de derechos de autor (LDA) data de 1998 y fue elaborada a partir de los principios establecidos por la Convención de Berna, de 1886.

Los especialistas consideran a la LDA una de las más restrictivas del mundo, ya que, entre otras razones, no concede a los usuarios de las obras por ella protegidas el derecho de copia privada. O sea, en ninguna circunstancia le será posible a cualquier persona hacer una copia completa de una obra ajena sin autorización previa y expresa del titular de derechos de autor. Como veremos, tal prohibición es extremadamente perniciosa, especialmente en un país en desarrollo, como Brasil.

Para alcanzar nuestro propósito, dividiremos el texto en tres partes distintas:

En la primera abordaremos la estructura de los derechos de autor y los fundamentos de su existencia, incluso la búsqueda de la efectivación de su función social. A seguir, trataremos algunos aspectos peculiares de la ley brasileña, especialmente el problema resultante de la prohibición de copia completa de obras de terceros y cómo esa prohibición amenaza la efectividad del derecho a la educación. Más adelante haremos algunas breves consideraciones sobre el sistema angloamericano de derechos de autor y cómo ese sistema también cuenta con cierta restrictividad. También en este punto trataremos las trabas que la tecnología promueve. Por último, presentaremos los objetivos que deben perseguirse con el derecho de autor.

Derecho de autor: un derecho demasiado protegido

La propiedad intelectual se encuentra tan indisolublemente ligada a nuestras vidas que apenas nos detenemos a reflexionar sobre sus efectos en nuestra vida cotidiana. Pero es inevitable: no tenemos ya posibilidades de existir sin los bienes creados intelectualmente.

Los ejemplos son abundantes. Diariamente nos topamos con las más diversas marcas en los productos que consumimos y usamos, en los comercios a los que vamos e incluso en nuestros lugares de trabajo; usamos productos tecnológicos muchas veces protegidos por patentes; usamos *softwares* ininterrumpidamente en nuestras tareas laborales y, finalmente, en nuestros momentos de esparcimiento leemos libros, diarios, vemos películas, novelas, oímos música. Y cabe recordar: en la cultura del siglo XXI, casi todo tiene un dueño.

Siendo así, el uso de los bienes de propiedad intelectual vienen representando números cada vez más significativos dentro de la economía globalizada. Según el diario Valor Económico, “con el PBI mundial de más de US\$ 380 mil millones, el comercio de bienes culturales se multiplicó por cuatro en un período de dos décadas; en 1980, totalizaba US\$ 95 mil millones”.³

Cuando hablamos de bienes culturales, nos referimos necesariamente al derecho de autor, que es una rama de la llamada propiedad intelectual. Conforme con lo entendido por la doctrina especializada, el derecho de autor presenta dos manifestaciones distintas, intrínsecamente conectadas, una de aspecto moral y otra de aspecto patrimonial, pecuniario o, si se prefiere, económico.

En lo relativo al derecho moral, la doctrina afirma que se trata de derecho de la personalidad.⁴ Y, como se sabe, los derechos de la personalidad tienen por característica, entre otras, ser no susceptibles de evaluación pecuniaria. De esta forma, cuando nos referimos a los aspectos del derecho de autor relacionados a su evaluación económica, no podemos estar refiriéndonos a otros derechos sino a aquellos de carácter patrimonial.

La Constitución Nacional brasileña prevé en su art. 5º, incisos XXII y XXIII, que está garantizado el derecho de propiedad y que observará su función social. Más adelante, en el art.170, que inaugura el capítulo sobre los principios generales de la actividad económica, la Carta Magna establece que el orden económico, fundado en la valorización del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por finalidad asegurar a todos una existencia digna, conforme a los dictámenes de la justicia social, observados determinados principios, entre los cuales se destaca la función social de la propiedad.

Ahora bien, siendo el derecho de autor una rama específica de la propiedad intelectual, hay que averiguar en qué medida sobre el derecho de autor incide la funcionalización social de su propiedad.

Aquí es importante resaltar la diferencia entre el *corpus mechanicum* y el *corpus*

misticum, pues de la confusión de los derechos conferidos a cada uno de ellos resultan distintas imprecisiones y problemas. Dícese de aquel el soporte material por medio del cual la obra se exterioriza. La obra, el verdadero objeto de la protección, es el *corpus misticum*, y no depende de un soporte material para existir.

La adquisición de un libro cuya obra se encuentra protegida por el derecho de autor no transfiere al adquiriente derecho alguno sobre la obra, que no es el libro, sino, si así nos podemos expresar, el texto que el libro contiene. De esta forma, sobre el libro, un bien físico, el propietario podrá ejercer todas las facultades inherentes a la propiedad, como si el libro fuera cualquier otro bien, como un reloj o un automóvil. Podrá destruirlo, abandonarlo, prestarlo, alquilarlo o venderlo, si así lo desea.

Sin embargo, el uso de la obra en sí, del texto del libro, sólo podrá hacerse efectivo dentro de las premisas expresas de la ley. Por eso, aunque en un primer análisis al lego pueda parecerle razonable, el propietario del libro no estará facultado para copiar el contenido en su totalidad, cualquiera sea la finalidad. Ciertamente, en este caso no se trata del uso del bien material “libro”, sino del uso del bien intelectual (texto) que el libro contiene.

Aunque se trate de un cuadro, en el cual la obra estará indisolublemente ligada a su soporte físico, la enajenación del bien material no confiere a su adquirente derechos sobre la obra en sí, de modo que el propietario no estará facultado, a menos que la ley o el contrato con el autor de la obra así lo prevea, para reproducir la obra en otros ejemplares.

No sólo es necesario analizar los derechos de autor desde la funcionalización de la propiedad. Hay aspectos relevantes de naturaleza económica y mercadológica. En este punto, es importante hacer referencia a la teoría del *market failure* a la cual la doctrina, especialmente la norteamericana, se viene dedicando en los últimos años.

Se supone que el mercado sería idealmente capaz de regular las fuerzas económicas que rigen la oferta y la demanda, de modo que el propio mercado se encargaría de la distribución natural de los recursos existentes y de los provechos a ser obtenidos. Sin embargo, esta regla no se verifica en los casos en los que se trata de propiedad intelectual, conforme con los motivos aducidos por Denis Borges Barbosa:⁵

Hay un problema: la naturaleza de los bienes inmateriales, que hace que en gran parte de las hipótesis, un bien inmaterial, una vez puesto en el mercado, sea susceptible de inmediata dispersión. Colocar el conocimiento en sí en una revista científica, si no hay ninguna restricción de orden jurídico, hace que éste se transforme en dominio común, o sea, se vuelve absorbible, asimilable y utilizable por cualquiera. En la medida en que ese conocimiento tenga una proyección económica, sirve sólo de nivelamiento de la competencia. O, si no hay nivelamiento, favorecerá a aquellos titulares de empresas que estén más aptos en la

competición para aprovechar ese margen acumulativo de conocimiento. Pero la desventaja de esa dispersión del conocimiento es que no hay retorno en la actividad económica de la investigación. Por consiguiente, es necesario resolver lo que los economistas llaman 'falla de mercado', que es la tendencia a la dispersión de los bienes inmateriales –principalmente de aquellos que presuponen conocimiento– a través de un mecanismo jurídico que genere una segunda falla de mercado, que viene a ser la restricción de derechos.

En suma, una vez efectivada la transmisión de un bien mueble cualquiera, el nuevo propietario podrá ejercer sobre el bien adquirido todas las facultades inherentes a la propiedad, habiendo un total desprendimiento del bien en cuanto a su titular original.

Por otro lado, aquel que adquiere un bien material que contiene una obra protegida por derecho de autor (una obra de artes plásticas, por ejemplo), podrá ejercer las facultades de la propiedad sobre el bien material pero no sobre el bien intelectual, excepto en lo que la ley permita, o por previsión contractual. Además, jamás dejará de existir el vínculo entre autor y obra, pues aunque el original de la obra sea enajenado e incluso destruido, el autor tendrá resguardados sus derechos morales, que prevén, incluso y entre otros, el derecho de tener su nombre indicado o anunciado como el autor de la obra.

Por último, como el mercado no es capaz de regular eficientemente la oferta de las obras intelectuales, es indispensable la intervención estatal a fin de garantizar la continuidad de las inversiones. Por cierto, si un agente del mercado invierte en el desarrollo de determinada tecnología que, por sus características, resulta en altos costos de inversión, pero existe facilidad de copia, el mercado será insuficiente para garantizar la conservación del flujo de inversiones.⁶

Estas cuestiones se vuelven mucho más complejas cuando se trata del ámbito de *internet*.

Cuando en el mundo físico, A es propietario de un automóvil, esto impide que B lo sea, simultáneamente con A, excepto en una situación de condominio. Pero, aún así, si A está usando el automóvil del cual es propietario, esto le impide a B usar autónomamente al mismo tiempo el mismo automóvil. Esto significa que en el mundo físico, palpable, existe una escasez de bienes, lo que equivale a decir que el uso de un bien por alguien normalmente impedirá el uso simultáneo de este mismo bien por otros.

De esta forma, si A roba el automóvil de B, B lo descubrirá rápidamente porque el robo le impedirá usar su propio automóvil. B probablemente denunciará el robo y tomará las medidas necesarias para recuperar el automóvil. Pero no ocurre lo mismo con la propiedad intelectual. Si A reproduce el trabajo intelectual de B, B puede no descubrir esa reproducción no autorizada por un largo tiempo (o tal vez nunca) porque la reproducción por parte de A no le impide usar su propio trabajo.⁷ Además, ésta puede hacerse en otro estado o país.⁸

Este siempre fue el gran dilema de la propiedad intelectual.⁹ Incluso de ahí surgió la preocupación de que hubiera protección internacional, lo que acarreó el surgimiento de los primeros tratados internacionales sobre el tema.

Se puede decir que la Revolución Industrial desencadenó una primera y necesaria reglamentación de los derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, estamos ante conflictos todavía más graves. En el mundo digital, no sólo el trabajo intelectual se puede copiar sin que su titular se entere (lo que hace todavía más evidente la “falla del mercado”, que vimos anteriormente), sino que muchas veces no será posible distinguir el original de la copia. Con el siguiente agravante: las copias pueden, en rigor, hacerse por centenas, en poco tiempo y a bajo costo.

Por lo tanto, es evidente que estamos ante nuevos paradigmas, nuevos conceptos y nuevos desafíos doctrinarios y legislativos. De esta forma,

si cuando nos enfrentamos con la evolución tecnológica la propiedad intelectual forjada en el siglo XIX pasa a presentar serios problemas de eficacia, no debe el jurista apearse de modo todavía más intransigente a sus institutos como forma de resolver el problema, cosa que el análisis jurídico tradicional parece querer hacer.¹⁰

Por el contrario: es imperioso buscar soluciones acordes con las demandas contemporáneas.

Se hace necesario, por cierto, exponer dos palabras sobre los aspectos económicos actuales referentes a los bienes intelectuales.

El costo de producción de un libro¹¹ puede ser comprendido por la conjunción de dos componentes. El primero es el costo de creación del trabajo. Naturalmente, ese valor no proviene del número de ejemplares editados o vendidos, ya que se refiere al tiempo que le demanda al autor escribir el libro más los gastos del editor con la preparación de la edición. Landes y Posner los denominan “costos de expresión”. El segundo componente, el costo de producción de los ejemplares, aumenta con el número de copias que se pretende editar, incluidos los costos de impresión, encuadernación y distribución.¹²

Ahora bien, en una sociedad globalizada en la que, por medio de *internet*, se ha vuelto potencialmente accesible toda y cualquier obra digital que, independientemente de su costo agregado de producción, puede ser reproducida a un costo ínfimo y con copias de gran calidad, realmente es necesario que se repiense la disciplina de los derechos de autor. Surge a las claras una forma de propiedad mucho más volátil que aquella a la que estábamos acostumbrados y, a raíz de sus peculiaridades y de las nuevas preguntas que plantea, deben elaborarse nuevas respuestas.

Con la elocuencia de los números ya presentados (nota 3) referentes a la industria del entretenimiento, no hay que hesitar en decir: actualmente, el derecho de autor sirve sobre todo a la industria del entretenimiento, a los grandes

conglomerados de comunicación, a las multinacionales productoras de diversión. Si acaso se benefician el autor desconocido, el músico incipiente, el artista plástico de algún rincón del país, no será sino por una feliz coincidencia.

Algunos ejemplos son relevantes.

En Estados Unidos, en 1998, el Congreso aprobó una ley que prorrogó por otros 20 (veinte) años el ya extenso plazo anterior, de 75 (setenta y cinco) años, sobre todo como consecuencia de la presión de grupos mediáticos como Disney, que estaba a punto de perder el Mickey Mouse, pues pasaría a ser de dominio público. Así, “el ratoncito Mickey, que caería en dominio público en 2003, cobró una sobrevida en cautiverio de 20 años más. Y con él llevó la obra de George Gershwin y todos los otros bienes culturales que habrían pasado a dominio público si no hubiera sido modificada la ley”.¹³

Esa protección excesiva de los derechos de autor da que pensar. Si la ley debería proteger al autor (incluso en los sistemas romano-germánicos, como el brasileño, se llaman “leyes de derechos de autor”) ¿por qué extender el plazo hasta tan más allá de la fecha de su muerte? Es evidente que el propósito de la ley es el de proteger no al autor sino al titular de los derechos, por el mayor tiempo posible. Sin embargo, cuanto mayor sea esa protección, menor es el acceso que otras personas podrán tener a la obra, ya que para todo dependerán de la autorización del titular de los derechos sobre la obra.

Ya de raíz se observa un gran riesgo al derecho de acceso *lato sensu* y a la libertad de expresión. Por cierto, el hombre siempre tuvo por hábito valerse de obras ajenas para crear sus propias obras. El repositorio cultural internacional debe estar lo más ampliamente posible a disposición de los individuos tanto para su formación cultural como para que sea posible su (re)creación.

Landes y Posner¹⁴ hacen interesantes observaciones con relación al uso de obras preexistentes por parte de autores famosos. Afirmar los autores que crear un nuevo trabajo implica tomar prestado o crear a partir de trabajos anteriormente existentes, así como adicionarles una expresión original. Un nuevo trabajo de ficción, por ejemplo, contendrá la contribución del autor, pero también personajes, situaciones, detalles, etc. que fueron inventados por autores precedentes. De esta forma, un tratado de derechos de autor, al aplicar la prueba de “sustancial similaridad” que muchos tribunales usan (en Estados Unidos), concluiría que “Amor sublime amor” infringiría los derechos sobre “Romeo y Julieta”, si esta obra todavía estuviera protegida por derechos de autor.

Además, es evidente que el exceso de celo con los derechos de autor puede volverse también en contra de la industria y crear la necesidad de que se estructure un verdadero enmarañado de licencias y autorizaciones para la realización de una película, por ejemplo. En este sentido, Lawrence Lessig, ante tantas imposiciones de la industria cinematográfica norteamericana con relación al *clearing*¹⁵ de derechos de autor en la producción de una película, afirma que un joven cineasta se vería

libre para realizarla siempre que fuera en una sala vacía, con dos de sus amigos.¹⁶

De manera alguna los derechos de autor deben existir sólo para beneficiar los engranajes de la industria del entretenimiento. No se puede restringir el desarrollo y el acceso a la cultura para beneficiar a un grupo selecto. Por eso, aunque la supremacía de la industria cultural sea una realidad, el sistema de protección de derechos de autor debe prestarse a abarcar toda y cualquier obra creativa que en él se contemple, independientemente de su calidad o magnitud.

Es más: con el concepto contemporáneo de funcionalización de los institutos jurídicos, el derecho de autor debe estar al servicio del cumplimiento de su función social, lo que necesariamente abarca la garantía de acceso al conocimiento y a la educación.

No es válido afirmar categóricamente que sin la protección rígida de que hoy gozamos no habría producción cultural. Incluso antes de que hubiera leyes protectoras de los derechos de autor, había una amplia producción de obras intelectuales, y a los autores les era permitido valerse mucho más de las obras ajenas para crear las suyas, ya que prácticamente todo se encontraba en dominio público.

Entendemos que se debe buscar el término medio. En principio, y en líneas generales, los derechos de autor tienen la noble función de remunerar a los autores por su producción intelectual. De lo contrario los autores tendrían que vivir, en su mayoría, subsidiados por el Estado, lo que haría infinitamente más difícil e injusta la producción cultural. Sin embargo, los derechos de autor no pueden ser impositivos del desarrollo cultural y social. Conjugar los dos aspectos, en una economía capitalista, globalizada y, como si no bastara, digital, es una función ardua a la que nos debemos dedicar.

En la intersección de estas premisas —que deben abrigar incluso los intereses de los grandes grupos capitalistas y los de los artistas comunes del pueblo, así como también los de los consumidores de arte, cualquiera sea su origen— es donde tenemos que ubicar las particularidades económicas de los derechos de autor y buscar su función social.

Limitaciones legales del acceso al conocimiento en el sistema brasileño

En el mundo de las ideas, la vieja máxima de Lavoisier parece concretarse de manera particularmente proficua. La cultura se autoalimenta, de modo que cada composición artística sólo es posible en la medida en que absorbe una serie de influencias (muchas veces inconscientes por parte de su autor) del repositorio natural existente al alcance de todos, de acuerdo con lo visto anteriormente.

Es célebre la afirmación de Northrop Frye de que “sólo se puede hacer poesía a partir de otros poemas, y novelas a partir de otras novelas”.¹⁷ Son interminables los ejemplos de autores que se valieron de obras precedentes para crear las suyas. En

realidad, raros serían los ejemplos de autores que fueran absolutamente originales. Si consideramos con rigor el sentido de originalidad, se puede llegar al punto de no encontrar ni siquiera un único ejemplo.

Esto sucede porque es inevitable que todos los autores sean, aunque inconscientemente, influenciados por otros autores. Por eso, es impensable, hoy en día, un libro que narre una historia que jamás haya sido, aunque parcialmente, contada antes. Dirán algunos, incluso, que los grandes temas son limitados y ya fueron todos agotados.

Sin embargo, ya no rige más el principio de que cualquier autor puede valerse ilimitadamente de las demás obras disponibles y a su alcance. En razón fundamentalmente de la importancia económica del derecho de autor, la ley concederá a su autor un monopolio vitalicio y, en el caso de Brasil, por más de 70 años contados a partir del año siguiente al de su muerte, durante los cuales nadie podrá usar su obra sin autorización. Como se ve, la creación es onerosa. Se alega que si se tolera la reproducción sin restricciones, el aprovechamiento económico de la obra se vería perjudicado.

No obstante, de la misma forma que no es posible permitir el libre e irrestricto uso de las obras ajenas en la elaboración de nuevas obras, tampoco es posible vetar de modo absoluto todo y cualquier uso de la obra de terceros, ya que ese extremo impediría, de manera mucho más acentuada y perniciosa, el desarrollo social.¹⁸ Queda claro, por lo tanto, que “existen dos intereses legítimos [a] los cuales el legislador debe estar atento, por un lado, el del autor de la obra, que debe estar protegido y remunerado por su creación y, por otro, el de la sociedad, guardando observancia a la función social de la creación”.¹⁹

Por este motivo, y procurando justamente encontrar el equilibrio entre los intereses que deben ser tutelados, la LDA prevé los casos en los que la obra, aunque protegida por derechos de autor, podrá ser utilizada independientemente de la autorización del autor.

Podemos afirmar que el fundamento de las limitaciones a los derechos de autor se encuentra exactamente en el art. 5º, XXIII de la Constitución Nacional brasileña, que prevé la función social de la propiedad. Ciertamente, el legislador delimitará el uso del derecho de autor por parte de sus titulares en razón del ejercicio de su función social. Se puede decir incluso que las limitaciones a los derechos de autor son autorizaciones legales para el uso de obras de terceros, protegidas por derechos de autor, independientemente de la autorización de sus titulares.

Sucede que, como veremos, en el mundo digital las limitaciones que la LDA comprende son insuficientes para abarcar, en el ambiente virtual de *internet*, el modo en que buena parte de sus usuarios viene haciendo uso de obras de terceros. Es más, no abarca el modo cómo distintos usuarios necesitan valerse de las obras para ver garantizado su derecho a educación.

Aunque sea relevante conocer cuáles son las limitaciones y cuál la extensión de

su aplicabilidad, nos detendremos exclusivamente en la cuestión de la prohibición de copia total de obra de tercero, pues es la que más pone en riesgo la efectividad de derechos humanos como el de educación y de acceso al conocimiento.

El denominador común de las limitaciones señaladas en el art. 46 de la LDA es evidentemente el uso no comercial de la obra. En concomitancia con este requisito, la ley valoriza el uso con carácter informativo, educacional y social. De todas maneras, el inciso más polémico del art. 46 de la Ley 9.610/98, y el que más nos interesa para el ámbito de este trabajo, es el que dispone que no constituye ofensa a los derechos de autor la reproducción, en un solo ejemplar de pequeños trechos, para uso privado del copista, siempre que sea hecha por él mismo, sin intención de lucro.²⁰ La Ley 9.610/98 (LDA) provocó justamente ese cambio. *De lege lata*, por lo tanto, en los términos del art. 46, II, de la LDA, es posible la reproducción sólo de pequeños trechos, y ya no de la obra en su totalidad.

Eliane Y. Abrão explica acerca del comentado inciso:²¹

A diferencia de la legislación anterior, que permitía una (única) reproducción completa, de cualquier obra protegida, siempre que se destinase al uso privado y personal de quien la confeccionara, el legislador de 1998 restringió el uso de la copia privada (completa) única: sólo le autoriza la reproducción de pequeños trechos.

En otras palabras, ante la limitación actual, infringe la ley quien reprografía un libro entero, o extrae una cinta magnética completa u otra reproducción de un CD entero, aunque sea para uso personal y sin intención de lucro. Es la prohibición llamada 'copia privada'.

[...]

Los argumentos a favor de la prohibición de la copia de un ejemplar completo de obra protegida son consistentes. Tómese como ejemplo la posibilidad de que, al mismo tiempo, doscientos o trescientos estudiantes de distintos puntos de un país extraigan copias enteras de una edición recientemente publicada. El perjuicio del editor y del autor sería de gran monta, ya que el referido libro podría ser considerado una buena inversión sólo si se vendieran mil ejemplares.

Aunque reconozcamos la procedencia de tales argumentos, es fundamental que reflexionemos sobre las palabras finales de la autora. Ésta afirma que sería perjudicial para el editor de determinada obra si 200 o 300 estudiantes hicieran una copia total de una obra recién publicada. Pero nos preguntamos ¿qué estudiantes son esos? Si consideramos que Brasil es un país con un porcentaje vergonzosamente alto de personas viviendo en la pobreza y abajo de la línea de pobreza, ¿es de esperarse que los estudiantes de las familias más pobres paguen por las obras que van a garantizar su educación como cualquier otro estudiante?

Es dable considerar que, en la mayoría de los casos, los alumnos pobres están fuera del mercado porque simplemente no tienen dinero para obtener los bienes

inmateriales que necesitan para su formación. De esta forma, ningún perjuicio, en este caso, está siendo imputado al editor, pues si no fuera por la posibilidad de copia los alumnos no tendrían acceso a estos bienes de ninguna otra forma.

Además, la decisión del legislador causa problemas ostensiblemente insolubles. Empezando por un evidente problema práctico señalado por la propia autora: el cumplimiento de lo dispuesto en la ley es de casi imposible fiscalización. Por esto mismo, millares de personas incumplen el mandamiento legal diariamente.

Asimismo, y tal vez lo más grave, la ley no distingue obras recién publicadas de obras fuera de circulación comercial, pero que todavía están en el plazo de protección de autor. Así, si una persona necesita valerse de una obra rara y fuera de circulación comercial, que sólo existe en la biblioteca de una ciudad distante, estando la obra todavía protegida por derechos de autor, y de acuerdo con los términos de la LDA, no podrá obtener copia total de ella, aunque esa prohibición impida el acceso al conocimiento y la formación educacional del individuo y aunque sea mucho más dañosa la prohibición de la copia que la copia en sí. En este caso, se vuelve una ley extremadamente injusta por no permitir la difusión del conocimiento por medio de la copia completa de obras raras cuya reproducción no acarrearía ningún perjuicio económico a su autor.

En realidad, la LDA no hace ninguna distinción en cuanto al uso que se dará a la copia de la obra. Queda vedada igualmente la copia completa para fines didácticos, para fines de archivo, para uso en instituciones sin fines económicos, para uso doméstico e incluso de obras que estén fuera de circulación comercial, lo que es dar tratamiento absolutamente inadecuado a estos casos particulares.

Es evidente que al prohibir indistintamente la copia completa de obras, la ley prohíbe en consecuencia que copias de textos, de canciones, de películas y de fotos, entre otras obras, sean usadas para fines didácticos y educacionales.

A partir de estos ejemplos, se hace fácil comprobar cuán complicado puede ser encontrar los límites que la propia ley prescribe.

Limitaciones legales del acceso al conocimiento en el sistema angloamericano

En el mismo sentido, con respecto a las limitaciones a los derechos de autor, es importante mencionar que el derecho norteamericano²² prevé la figura del *fair use*. Puede decirse que el *fair use* es una excepción de la cual el usuario se puede valer al ser acusado de violación de derechos de autor. Constituye cláusula general a ser interpretada por los tribunales siendo que, en 1976, pasó a ser estatutario por la integración en el título 17 del *United States Code*.²³

De acuerdo con los criterios consagrados en la sección 107 del título 17 del *US Code*, en la determinación del uso de la obra para caracterizar el *fair use* se tienen en consideración:²⁴

- *el propósito y la naturaleza del uso, principalmente si es comercial o para fines educativos y no lucrativos: pero adviértase que esta clasificación no es taxativa, porque entran en cuestión otras ponderaciones y ningún criterio tiene vigor de aplicación automática. De todos modos, la naturaleza comercial del uso es un indicador negativo, ya que el derecho de autor se cifra económicamente en un (derecho) exclusivo de explotación de la obra;*
- *la naturaleza de la obra: es de suponer que en las obras más fácticas el ámbito de la utilización fair sea mayor que en las obras más imaginativas;*
- *la cantidad y calidad de la utilización de la obra global: por ejemplo, hasta las citas se pueden poner en causa si fuesen de tal modo largas y repetidas que terminen por representar prácticamente una apropiación del conjunto de la obra;*
- *la incidencia de la utilización sobre el mercado actual o potencial de la obra: éste es presentado por algunos como el más relevante de todos los criterios". (destacados del autor)*

Se observa que el sistema norteamericano de previsión del *fair use* en mucho se diferencia del sistema continental europeo. En el primero se establecen criterios según los cuales, de acuerdo con el uso concreto de la obra ajena, se evalúa si tal uso viola o no derechos de autor. En cambio, en el sistema continental europeo (el que se sigue en Brasil), las limitaciones se prevén en el repertorio de conductas que la doctrina entiende que es taxativo. O sea, en caso de que la conducta del agente no se adapte a las licencias expresamente previstas en ley, el uso de la obra ajena no será admitido.

José de Oliveira Ascensão²⁵ señala las principales distinciones entre el sistema norteamericano y el europeo al decir que

el sistema norteamericano es maleable, mientras que el sistema europeo es preciso. Sin embargo, visto por la negativa, el sistema norteamericano es impreciso, mientras que el sistema europeo es rígido. El sistema norteamericano no da seguridad previa sobre lo que puede o no ser considerado fair use. El sistema europeo, por el contrario, muestra una falta de capacidad de adaptación.

El autor concluye afirmando que al sopesarse méritos y deméritos se puede apreciar la superioridad del sistema norteamericano. Además de no ser contradictorio como el europeo, el autor defiende que tal sistema mantiene la capacidad de adaptación a nuevas circunstancias, mientras que los sistemas europeos se volvieron organismos muertos.

La cuestión es realmente interesante. Ya que la ley norteamericana, al contrario de la nuestra, no indica qué usos pueden darse a obras ajenas protegidas por derechos de autor sin que tal uso configure violación de tales derechos, el entendimiento de lo que es *fair use* será consolidado a partir de criterios construidos doctrinaria y jurisprudencialmente.

Siva Vaidhayanathan²⁶ aclara sobre el tema: ²⁷

Si un tribunal tiene que decidir si el uso de una obra protegida por derechos de autor es fair o no, el tribunal tendrá que considerar los siguientes aspectos: el objetivo y la naturaleza del uso, como por ejemplo si el uso se destina a fines comerciales o educacionales; la naturaleza del trabajo original protegido; qué parte del trabajo protegido fue usado en el trabajo subsiguiente; y el efecto del uso en el valor de mercado del trabajo original.²⁸ Así, por ejemplo, si un profesor copia tres páginas de un libro de 200 páginas y las distribuye entre sus alumnos, su conducta está cubierta por el fair use. Pero si el profesor copia el libro entero y lo vende a los estudiantes por un precio más bajo que el del original, el profesor estará probablemente infringiendo los derechos de autor del autor del libro. La mayoría de las veces, sin embargo, el fair use es un concepto gris y fluido. [...] Además del fair use, el Congreso y los tribunales nacionales han sido resistentes a la protección de derechos de autor con relación al uso privado, no comercial. De manera general, los tribunales han entendido que los consumidores pueden hacer copias de CD para uso propio y pueden grabar programas de televisión para ver en horarios más convenientes, siempre que no vendan las copias ni las usen públicamente de modo tal que diluya el valor de mercado de la obra original. Así, a pesar de los avisos que acompañan todos los eventos televisados, la mayoría de las copias privadas, no comerciales o con una finalidad educativa de obras protegidas por derechos de autor será considerada o fair use o uso privado, lo que configura una excepción permitida por ley.

Queda claro, así, que el sistema de *fair use* tampoco resuelve todos los problemas. Muy por el contrario. En virtud de su imprecisión, surgen otros problemas, sobre todo en lo que atañe al uso de obras ajenas, lo que puede restringir innecesariamente la libertad de expresión y la transmisión de ideas, derechos humanos previstos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, como ya señalamos.

Lawrence Lessig²⁹ señala un caso interesante ocurrido en Estados Unidos y que demuestra con razonable claridad los problemas que la práctica acarrea en la caracterización del *fair use*.

En 1990, el documentarista Jon Else estaba en San Francisco, trabajando en un documental sobre óperas de Wagner. Durante una de las presentaciones, Else estaba filmando el trabajo de unas personas en los bastidores del teatro. En un rincón de los bastidores había un aparato de televisión que presentaba, mientras la ópera se desarrollaba, un episodio de “Los Simpsons”. Else entendió que la inclusión del dibujo animado daría un sabor especial a la escena.

Una vez terminada la película, en razón de los 4 segundos y medio en los cuales el dibujo animado aparecía en su obra, el director se entrevistó con los titulares de los derechos de autor, ya que “Los Simpsons” es una obra protegida por derechos de autor y alguien habría de ser su titular.

Inicialmente, Else buscó a Matt Groening, creador de “Los Simpsons”, que inmediatamente aprobó el uso del dibujo animado en el documental, ya que se trataba de un uso que se restringía a 4,5 segundos y no podría causar daño económico alguno a la exploración comercial de su propia obra. Sin embargo, Groening le dijo

a Else que buscara a Gracie Films, la empresa que producía el programa.

Hecho el contacto, los responsables de las licencias en la Gracie Films se manifestaron favorables al uso de “Los Simpsons”, pero así como Groening, querían ser cautelosos y le dijeron a Else que consultara también a Fox, la empresa controladora de la Gracie Films.

Así se hizo. Else buscó a Fox y se sorprendió con dos hechos: primero, que Matt Groening no era el verdadero titular de derechos de autor de su propia obra (o así Fox lo entendía) y segundo, que Fox quería diez mil dólares para autorizar el uso de los cuatro segundos y medio en los que “Los Simpsons” aparecía en una televisión en un rincón de los bastidores de un teatro.

Como Else no tenía el dinero suficiente para pagar la licencia, antes de lanzar el documental, el director decidió reemplazar digitalmente el programa de “Los Simpsons”, que aparecía en la televisión, por un trecho de otra película que él mismo había dirigido, diez años antes.

Es evidente que en este caso se trata de *fair use*, opinión que es incluso endosada por Lawrence Lessig. El autor presenta, sin embargo, los argumentos de los que Else se valió para no confiar en la posibilidad de usar el trecho de “Los Simpsons” sin autorización y que citamos, entre otros:

- Antes de televisar la película (en este caso, el documental), la emisora requiere una lista de todas las obras protegidas por derechos de autor que sean citadas en la filmación y hace un análisis muy conservador de lo que puede ser considerado *fair use*.
- Fox tendría tradición en impedir el uso no autorizado de “Los Simpsons”.
- Independientemente de los méritos del uso que se haría del dibujo animado, existiría la posibilidad de que Fox iniciara un juicio por el uso no autorizado de la obra.

Lessig remata explicando que en la teoría, *fair use* significa posibilidad de uso sin autorización del titular. La teoría, así, ayuda a la libertad de expresión y protege contra la cultura de la necesidad de autorización. Pero en la práctica, el *fair use* funciona de manera muy distinta. Los contornos difusos de la ley resultan en pocas posibilidades reales de demostrar *fair use*. De este modo, la ley tendría un objetivo correcto, pero que no se alcanzaría en la práctica.³⁰

A través de este ejemplo se puede observar que aunque el instituto del *fair use* se preste a amoldarse a innovaciones tecnológicas con más facilidad y éxito que el sistema continental europeo, no es capaz, sin embargo, de en la práctica resolver algunas cuestiones simples, a raíz de la fluidez de sus contornos.

Como si no bastaran los problemas derivados de la ley, también la tecnología puede servir de límite a la consecución de los derechos humanos de acceso al conocimiento y de educación e instrucción. Si por un lado la ley puede ser

interpretada, la tecnología funciona con reglas inflexibles. La existencia de DRM (*digital rights management*) y de TPM (*technical protection measures*), mecanismos tecnológicos de control de copia de obras intelectuales, termina por poner en riesgo otros varios derechos, como el derecho a la privacidad y el derecho del consumidor.

En este sentido, son sabias las palabras de Guilherme Carboni:³¹

Los sistemas DRM impiden cualquier tipo de copia, incluso aquellas permitidas por la legislación de derechos de autor de los distintos países, lo que significa que pueden constituir una seria violación a las limitaciones de esos derechos.

Algunos defensores del DRM han abrazado la posición de que su tecnología permitiría alcanzar los fines deseados, sin causar daños a los usuarios y a sus computadoras. Otros creen que los titulares de los derechos de autor deberían tener el derecho de decidir sobre la forma de distribución de sus obras, manteniendo el control sobre las mismas. En ese caso, el DRM sería uno de los medios para que la efectivación de ese derecho se hiciera posible.

En nuestra opinión, el sistema DRM no trae beneficios para la sociedad. Cory Doctorow, en su interesante “DRM Talk” menciona que siempre que una nueva tecnología comienza a entorpecer el derecho de autor, es éste quien viene a ser modificado y no lo contrario. Para él, el derecho de autor no es una proposición ética, sino utilitaria. La nueva tecnología que perturba el derecho de autor normalmente procura simplificar y abaratar la creación, la reproducción y la divulgación de obras intelectuales. Doctorow dice que las nuevas tecnologías siempre nos dan más arte y con una mayor amplitud, siendo ésta su función. Metaforizando, dice que “las nuevas tecnologías nos dan tortas mayores para que una mayor cantidad de artistas pueda sacar sus pedazos”.

Más adelante, y tratado el tema bajo un prisma que particularmente nos interesa, afirma:³²

El propio Informe de la Comisión para Derechos de la Propiedad Intelectual – Integrando Derechos de la Propiedad Intelectual y Políticas de Desarrollo, de la Organización Mundial del Comercio (OMC) dispone: “el advenimiento de la era digital ofrece a los países en desarrollo grandes oportunidades de acceso a informaciones y conocimientos. La creación de bibliotecas y archivos digitales, el aprendizaje a distancia vía internet y la capacidad de científicos e investigadores para tener acceso, en tiempo real, a sofisticadas bases de datos de información técnica online son sólo algunos ejemplos. Pero el advenimiento de la era digital también trajo amenazas nuevas y serias al acceso al conocimiento y su difusión. En particular, existe el riesgo real de que el potencial de internet en el mundo en desarrollo se pierda a medida que los titulares de derechos de autor apliquen tecnología para impedir el acceso público por intermedio de sistemas pay per view”.

El abuso de regulación tecnológica puede llevarnos a situaciones absurdas, injustas y, algunas veces, tristemente cómicas. Adobe, por medio de su sistema de *e-books*

(libros que pueden bajarse por *internet*), protagonizó hace algún tiempo un acontecimiento curioso.

En su catálogo de libros que podrían bajarse para leer, estaba el clásico en dominio público (o sea, el plazo de protección previsto por las leyes de derechos de autor ya había expirado) “Alicia en el País de las Maravillas”. Aunque el libro estuviera en dominio público, al pulsar en el programa para tener acceso a su contenido, el usuario se topaba con la siguiente lista de restricciones:³³

- Copia: ninguna parte del libro puede ser copiada;
- Impresión: no está permitido imprimir este libro;
- Préstamo: este libro no se puede prestar o dar a terceros;
- Donación: este libro no puede ser donado;
- Lectura en voz alta: este libro no puede ser leído en voz alta.

Por tratarse especialmente de un libro en dominio público, lo absurdo de las prohibiciones habla por sí solo. Aparentemente se trataba del caso de que un libro infantil en dominio público no podría ser leído en voz alta por los padres a sus hijos.

Ante las preguntas sobre las vedaciones, Adobe prontamente se defendió diciendo que la última de las prohibiciones se refería al uso del comando “leer en voz alta” del programa, y no al hecho de que alguien lea el libro en voz alta a un tercero. Pero entonces, indaga Lawrence Lessig: si alguien lograra sortear el medio tecnológico que impide que el libro sea leído en voz alta para que la lectura la hiciera el propio programa a un ciego, ¿Adobe consideraría que hubo un uso injusto del programa?³⁴

Como se nota fácilmente, también en el sistema del *fair use* es necesario que se busquen nuevos contornos interpretativos para efectivizar de manera satisfactoria el derecho humano del acceso al conocimiento y, por consiguiente, a la educación.

Conclusión

Sobre la interacción entre los derechos de autor y los derechos humanos, Guilherme Carboni afirma que:³⁵

de acuerdo con el artículo XXVII de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, “todo hombre tiene el derecho de participar libremente de la vida cultural de la comunidad, de fruir de las artes y de participar del progreso científico y de sus beneficios”. El punto 2 de este mismo artículo dispone que “todo hombre tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales derivados de cualquier producción científica, literaria o artística de la cual sea autor”. Vemos, pues, que la Declaración Universal de los Derechos del Hombre consagró como derechos humanos tanto el derecho a la cultura como el derecho de autor, lo que significa que debe haber un equilibrio entre ellos.

La ley persigue este deseado equilibrio. Sin embargo, en el caso de Brasil, la disciplina legal quedó muy atrás de lo necesario para que el derecho humano a la cultura –y en consecuencia el derecho humano a la educación, a la libertad de expresión y a los demás a que nos referimos anteriormente– fuera efectivado.

Del mismo modo, el sistema del *fair use* angloamericano, aunque más flexible, acarrea el surgimiento de situaciones que ponen en desequilibrio el derecho a la cultura y la protección de los derechos de autor.

Asimismo, hoy es imprescindible analizar el uso ponderado de la tecnología como forma de diseminación del conocimiento, y no de su restricción indebida.

Coincidimos con Emilio García Méndez cuando declara que “si la Declaración Universal de los Derechos Humanos afirma que ‘todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos’, es justamente porque los hombres no son iguales por naturaleza, pues, si así fuera, el contenido de esa declaración sería, como mínimo, superfluo”.³⁶ De hecho, así lo es. Por eso, nada más relevante, nada más urgente, que tratar a los desiguales de manera distinta a fin de que disminuyan las desigualdades cuando éstas les son perjudiciales.

Un país que tiene 6 millones de niños viviendo en la absoluta pobreza,³⁷ como es el caso de Brasil, no puede desconsiderar los beneficios de la tecnología ni tampoco encarar los derechos de autor como regla absoluta a ser preservada. Los derechos de autor se encuentran dentro de un contexto mucho mayor, que implica reglas constitucionales y de carácter internacional que es necesario respetar. En la medida en que la Constitución Nacional brasileña impone la observancia de la función social de la propiedad a todos los tipos de bienes – incluso los inmateriales– es imperioso que la LDA sea leída a la luz de la Constitución Nacional, y no lo contrario.

A los millones que viven en la pobreza y abajo de la línea de pobreza en los países en desarrollo³⁸ no se les puede sustraer en hipótesis alguna el derecho que tienen de ser instruidos para elevar su nivel de bienestar social. Ni hay que considerar, aquí, que el libre acceso no remunerado a ese grupo de personas a los bienes intelectuales acarrearía perjuicios a los titulares de los derechos de tales bienes si las personas viviendo en la pobreza y abajo de la línea de la pobreza están fuera del mercado consumidor por absoluta falta de recursos económicos. De esta forma, no hay ningún perjuicio en que fueran los bienes intelectuales accesibles gratuitamente o a precios muy reducidos, de otra forma jamás serían consumidos.

Si los derechos sociales, económicos y culturales son realmente derechos exigibles –como predica la mejor doctrina–³⁹ entonces, los derechos de autor deben ser el espejo de la promoción de esos derechos humanos, nunca su barrera. En un momento de crisis como éste –en el que las leyes antiguas no se ajustan más y no tenemos todavía leyes nuevas adecuadas– es imperioso que reflexionemos sobre qué caminos pretendemos tomar.

NOTAS

1. Todas las referencias a la Declaración Universal de Derechos Humanos se basan en el texto disponible en <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>, consultado el 16 de diciembre de 2006.
2. E. G. Méndez, op. cit, p.9 "Origen, sentido y futuro de los derechos humanos: reflexiones para una nueva agenda", *Revista SUR – Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol. 1, San Pablo, Red Universitaria de Derechos Humanos, 2004, p. 12.
3. R. Borges, Caderno Eu & Fim de Semana, *Valor Econômico*, Río de Janeiro, 16 de julio de 2004, p. 10. Según la autora Lesley Ellen Harris, una abogada que actúa en Canadá, la propiedad intelectual respondería por cerca del 20 % (veinte por ciento) del comercio mundial, lo que significa aproximadamente US\$ 740 mil millones (la autora probablemente se refiere a cuantías anuales). En el original: "IP accounts for more than 20 percent of world trade, which equals approximately US\$ 740 billion". L.E. Harris, *Digital Property – The Currency of the 21st. Century*, Toronto, McGraw Hill, 1998, p. 17.
4. En ese sentido, A. de Cupis, *Os Direitos da Personalidade*, Campinas, Romana, 2004, p. 24, entre otros.
5. D. B. Barbosa, *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*, 2ª ed., Río de Janeiro, Lumen Juris, 2003, pp. 71-72.
6. Ibid.
7. Por eso, los bienes de propiedad intelectual son llamados "no rivales" por la doctrina, pues el uso por parte de una persona no impide el uso del mismo bien, al mismo tiempo, por otra.
8. W. M. Landes & R. A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2003, pp. 18-19.
9. Thomas Jefferson habría dicho, con respecto a la diferencia entre la naturaleza de las ideas y la de los bienes materiales, que su característica peculiar, respecto de las ideas, es que nadie la posee menos, pues cada uno la posee íntegramente. En el original, citado por Ronald Bettig, se lee que "its peculiar characteristic, too, is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it". R. V. Bettig, *Copyrighting Culture – The Political Economy of Intellectual Property*, Boulder, Westview Press, 1996, p. 79.
10. R. Lemos, *Direito, Tecnologia e Cultura*, Río de Janeiro, Ed. FGV, 2005, p. 13.
11. Naturalmente, nos referimos al libro a modo de ejemplo; el principio se adecua a cualquier otro bien intelectual.
12. W. M. Landes & R. A. Posner, op. cit., p. 37.
13. R. Lemos, "A Revolução das Formas Colaborativas", Caderno Mais, *Folha de São Paulo*, San Pablo, 18 de abril de 2004, p. 10.

14. W. M. Landes & R. A. Posner, op. cit. pp. 66-67.
15. Se denomina *clearing* al acto por el que se obtienen todas las licencias necesarias para el uso de obras de terceros que aparezcan en la película, aunque de manera incidental, para evitar posibles trastornos en la exhibición de la obra. La exhibición de "Doce Monos", película de 1995, dirigida por Terry Gilliam, fue suspendida judicialmente porque un artista afirmó que se exhibía en ella una silla cuyo diseño era de su autoría. L. Lessig, *The Future of Ideas – The Fate of the Commons in a Connected World*, Nueva York, Random House, 2001, p. 4.
16. L. Lessig, op. cit., p. 5.
17. M. Rose, *Authors and Owners – The Invention of Copyright*, Cambridge, Harvard University Press, 1993, p. 2 y W. M. Landes & R. A. Posner, op. cit., p. 60.
18. Al fin y al cabo, es posible concebir la creación intelectual en un mundo libre en el que todos estuvieran aptos para copiar las obras ajenas, pues siempre existirían aquellos que estarían dispuestos a crear sin dar importancia a eventuales contrafactores. Sin embargo, el desarrollo cultural estaría definitivamente impedido si fuera ilegal el aprovechamiento, aunque fuera mínimo, de obras de terceros, ya que eso impediría incluso la cita, lo que volvería ilícitos incluso trabajos como este. Es evidente que se trata aquí del análisis de dos extremos a los que nos referimos sólo *ad argumentandum*.
19. M.E.R. Jundi, "Das Limitações aos Direitos Autorais", *Revista de Direito Autoral*, Ano 1, Número 1, Río de Janeiro, Lumen Juris, agosto de 2004, p. 175.
20. Ley Brasileña de Derechos de Autor (LDA), 1998, art. 46, II.
21. E. Y. Abrão, *Direitos de Autor e Direitos Conexos*, San Pablo, Ed. do Brasil, 2002, p. 148.
22. En el Reino Unido, se denomina *fair dealing*, aunque tenga características diferentes. Desde 1911 el *fair dealing* evolucionó para abarcar la cláusula general característica del *fair use* así como también las especificaciones legislativas que lo hacen acercarse al sistema continental europeo y, por ende, a nuestro sistema brasileño de previsión de las conductas no violadoras de derechos de autor. J. O. Ascensão, "O Fair Use no Direito Autoral", *Direito da Sociedade e da Informação*, Vol IV, Coimbra, Coimbra Editores, 2003, p. 95.
23. United States Copyright Act de 1976, que fue seguido por diplomas posteriores, como el *Digital Millenium Copyright Act*.
24. De acuerdo con traducción y comentarios de José de Oliveira Ascensão. J. O. Ascensão, op. cit., pp. 95-96.
25. J. O. Ascensão, op. cit., p. 98.
26. Profesor asistente de cultura y comunicación en la Universidad de Nueva York.
27. S. Vaidhyanathan, *Copyrights and Copywrongs: The Rise of Intellectual Property and How it Threatens Creativity*, Nueva York, New York University Press, 2001, p. 27.
28. Como vimos, estos son los puntos que componen el § 107 de la Ley de Derechos de autor norteamericana, anteriormente referida.

29. L. Lessig, *Free Culture – How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, Nueva York, The Penguin Press, 2004, pp. 95-99.

30. *Ibid.*, p. 99.

31. G. C. Carboni, *A Função Social do Direito de Autor e sua Regulamentação no Brasil*, San Pablo, Ed. Juruá, 2006.

32. *Ibid.*

33. L. Lessig, *Free Culture*, op. cit. En el original, las prohibiciones tienen el siguiente texto:

- "Copy: no text selections can be copied from the book to the clipboard;
- Print: no printing is permitted of this book;
- Lend: this book cannot be lent or given to someone else;
- Give: this book cannot be given to someone else;
- Read aloud: this book cannot be read aloud."

34. *Ibid.*

35. G. C. Carboni, op. cit.,

36. E. G. Méndez, op cit, p.9.

37. Disponible en <http://www.bris.ac.uk/poverty/Child%20poverty_files/UNICEF%20report%20stuff/BBC%20Brasil.htm>, consultado el 17 de diciembre de 2006.

38. Los números son asustadores. "El Banco Mundial define la pobreza extrema como vivir con menos de 1 dólar por día (PPP) y pobreza moderada como vivir con entre 1 y 2 dólares por día. Se estima que 1100 millones de personas a nivel mundial tienen niveles de consumo inferiores a 1 dólar por día y que 2700 millones tienen un nivel inferior a 2 dólares." Disponible en <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Pobreza>>, consultado el 17 de diciembre de 2006.

39. En este sentido, ver F. Piovesan, "Direitos Sociais, Econômicos e Culturais e Direitos Civis e Políticos", *Revista SUR – Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol. 1, San Pablo Red Universitaria de Derechos Humanos, 2004.



THOMAS W. POGGE

Ph.D. en filosofía por la Universidad de Harvard. Pogge tiene publicación extensa con respecto a filosofía moral y política. Es editor en filosofía moral y política de la enciclopedia de filosofía de Stanford – *Stanford Encyclopedia of Philosophy* – y miembro de la *Norwegian Academy of Science*. Asimismo, es profesor asociado del *Centre for Applied Philosophy, Ethics and the Philosophy Department* en la Universidad Nacional de Australia, Director de Pesquisa en el *Centre for the Study of Mind in Nature* en la Universidad de Oslo, y Profesor en el Departamento de Ciencias Políticas de la Universidad de Columbia (EUA)

Dirección: Columbia Political Science 718 International Affairs Bldg. 420 West 118th Street, MC 3320 Nueva York, NY 10027 EE UU

Email: tp6@columbia.edu

RESUMEN

La actual apropiación de la riqueza de nuestro planeta es enormemente desigual. Las clases económicamente más favorecidas emplean una cantidad increíblemente mayor de los recursos mundiales, y lo realizan de un modo unilateral, sin otorgar ningún tipo de compensación a las clases menos favorecidas por esta desproporción en el consumo. Apelando a tres diferentes criterios de injusticia –, los efectos de instituciones sociales compartidas, la exclusión no-compensada del uso de recursos naturales y los efectos de una historia común violenta –el objetivo del autor es mostrar que es posible sumar adhesiones de las corrientes dominantes del pensamiento político normativo occidental para una coalición centrada en la erradicación de la pobreza global a través de la introducción de un Dividendo sobre los Recursos Globales o DRG.

Una versión previa de Thomas Pogge, “*Eradicating Systemic Poverty: brief for a global resources dividend*” fue publicada en inglés en el *Journal of Human Development* (v. 2, Número 1/Enero 1, 2001, páginas 59-77, publicado por Routledge, integrante de Taylor & Francis Group). La Revista Sur agradece a Taylor & Francis Ltd. la autorización para reimprimir este artículo (número de la autorización: MW/CJHD/N503).

Original en inglés. Traducido por David Álvarez García.

PALABRAS CLAVES

Pobreza sistémica mundial - Recursos naturales - Desigualdad económica - Orden institucional global.

PROPUESTA PARA UN DIVIDENDO SOBRE RECURSOS GLOBALES¹

Thomas W. Pogge

Artículo 25: Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

Artículo 28: Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.

Declaración Universal de los Derechos Humanos

En dos ensayos anteriores,² he esbozado y defendido la propuesta de un dividendo sobre recursos globales o DRG. Esta propuesta contempla que los Estados, junto con sus ciudadanos y gobiernos, no tendrán un derecho de propiedad absoluto en términos neo-liberales con respecto a los recursos naturales presentes en su territorio, sino que se les puede requerir que compartan una pequeña parte del valor de cualquier recurso que decidan usar o vender. Denominamos “dividendo” a este pago que deben realizar porque se basa en la idea de que los pobres del globo poseen un interés inalienable sobre todos los recursos naturales limitados. Al igual que en el caso de las “acciones preferentes”,* este interés no confiere ningún derecho a participar en decisiones sobre el si o el cómo deben usarse los recursos naturales y por lo tanto, no interfieren con el control nacional sobre los recursos o el dominio eminente. Pero sí otorga a quienes lo ostentan el derecho a participar del valor económico del recurso en cuestión, si se toma de hecho la decisión de usarlo. Esta idea podría extenderse

* N.T. Las “acciones preferentes” son, en la terminología bursátil, aquellas acciones a las que se han atribuido derechos preferentes respecto a las acciones ordinarias.

Ver las notas del texto a partir de la página 165.

a recursos limitados que no se destruyen con el uso, sino que resultan meramente erosionados, desgastados u ocupados, como el aire y el agua usados para expeler contaminantes o las tierras empleadas en granjas, ranchos o edificaciones.

Los ingresos procedentes del DRG deben ser usados para asegurar que todos los seres humanos puedan satisfacer sus necesidades básicas dignamente. La meta no es simplemente mejorar la nutrición, el cuidado médico y las condiciones sanitarias de los pobres, sino hacer posible que puedan defender y realizar eficazmente sus intereses básicos por sí mismos. Esta capacidad presupone que están liberados de la esclavitud y de otras relaciones de dependencia personal, que son capaces de leer, escribir y aprender una profesión, que pueden participar como iguales en política y en el mercado laboral, y que su estatus está protegido por unos derechos legales apropiados que pueden ser entendidos y defendidos por ellos a través de un sistema legal justo y abierto.

La propuesta de un DRG pretende mostrar que existen modos alternativos y realizables de organizar nuestro orden económico global, que la elección entre estas alternativas implica una diferencia sustancial en cuánta pobreza aguda hay en el mundo, y que existen razones morales de peso para realizar dicha elección de modo que minimice esta pobreza. Mi propuesta ha despertado algunas respuestas críticas³ y fervorosas defensas⁴ en la academia. Pero si la meta sigue siendo el reducir la pobreza aguda, la propuesta debe resultar convincente no sólo para los estudiosos, sino también para las personas que están en los gobiernos y en las organizaciones internacionales que están involucradas en la práctica en los esfuerzos para la erradicación de la pobreza. (Por este motivo, estoy profundamente agradecido por la oportunidad de poder presentar una versión concisa y mejorada de este argumento en este volumen.)

Introducción: desigualdad radical y nuestra responsabilidad

Un gran reto para cualquier persona con sensibilidad moral hoy en día es la expansión y severidad de la pobreza global. De unos 6.373 millones de seres humanos (en 2004), 850 millones carecen de una nutrición adecuada, 1.037 millones no tienen acceso a agua potable, y 2.600 millones están privados de las condiciones sanitarias esenciales,⁵ más de 2.000 millones no tienen acceso a medicamentos esenciales,⁶ 1.000 millones viven sin una vivienda adecuada y 2.000 millones sin electricidad.⁷ “Dos de cada cinco niños y niñas en los países en desarrollo tienen problemas de crecimiento, uno de cada tres tiene problemas de peso insuficiente y uno de cada diez está condenado.”⁸ 179 Millones de niños y niñas menores de 18 años están involucrados en las “peores formas de trabajo infantil”, incluyendo labores peligrosas en agricultura, construcción, textiles o producción de alfombras, así como “esclavitud, tráfico, servidumbre por deudas y otras formas de trabajos forzados, reclutamiento forzoso de niños y niñas para su empleo en conflictos armados,

prostitución y pornografía, y actividades ilícitas”.⁹ Unos 799 millones de adultos son analfabetos.¹⁰ Aproximadamente un tercio de todas las muertes humanas, alrededor de unas 50.000 diarias, se deben a causas relacionadas con la pobreza y por lo tanto evitables en la medida en que la pobreza es evitable.¹¹ Si los EE.UU. sufriesen una tasa de mortalidad similar, la pobreza mataría a más de 70.000 de sus ciudadanos cada mes –más de los que murieron en toda la guerra de Vietnam. Para el Reino Unido, la tasa de mortalidad mensual sería de 15.000.

Hay dos modos de concebir la pobreza global como un desafío moral para nosotros: podemos estar fallando en el cumplimiento de nuestro deber positivo de ayudar a las personas en serias dificultades. Y podemos estar fracasando con respecto a nuestro más riguroso deber negativo de no promover la injusticia, de no contribuir o no beneficiarse del injusto empobrecimiento de otros.

Estos dos enfoques difieren de forma importante. La formulación positiva es más fácil de sustantivar. Sólo se necesita mostrar que ellos se encuentran muy mal, que nosotros nos encontramos muchísimo mejor y que podríamos aliviar parte de su sufrimiento sin que perjudiquemos nuestra situación. Pero esta mayor facilidad tiene su precio: aquel que acepta la formulación positiva piensa que los argumentos morales que ésta proporciona son débiles y discrecionales, y, por lo tanto, no se siente obligado a promover causas valiosas, especialmente las más costosas. Muchos se sienten con el derecho, por lo menos, de apoyar las buenas causas que ellos eligen –su iglesia o fundación, investigación contra el cáncer o el medio ambiente- en vez de volcarse a favor de aquellos que nos resultan completamente extraños y que viven a medio mundo de distancia, con los que no compartimos ningún vínculo de comunidad o de cultura. Resulta de relativa importancia, por lo tanto, investigar si la pobreza global existente implica la violación de nuestro deber negativo. Es crucial para nosotros, si deseamos seguir una vida moral, y trascendental también para los pobres, porque supone una gran diferencia para ellos el hecho de si nosotros, los países ricos, vemos o no la pobreza global como una injusticia que ayudamos a mantener.

Algunos creen que el mero hecho de la desigualdad radical muestra una violación del deber negativo. La desigualdad radical puede ser definida como constituida por cinco elementos:¹²

- 1 Los peor situados están en condiciones mucho peores en términos absolutos.
- 2 También están mucho peor en términos relativos –mucho peor que muchos otros.
- 3 La desigualdad es insensible: resulta difícil o imposible para los peor situados el mejorar sustancialmente su suerte; y la mayoría de los mejor situados nunca tienen una experiencia de tocar fondo en la vida, ni siquiera por unos pocos meses, y no se pueden ni imaginar cómo se vive en esas condiciones.
- 4 La desigualdad es generalizada: no concierne únicamente a algunos

aspectos de la vida, como el clima o el acceso a la belleza natural o a la alta cultura, sino a la mayoría de ellos.

- 5 La desigualdad es evitable: los mejor situados pueden mejorar las circunstancias de los peor situados sin empobrecerse ellos mismos.

La pobreza global ejemplifica de un modo claro la desigualdad radical tal y como ha sido definida. Pero dudo de que estas cinco condiciones basten para invocar más que un mero deber positivo. Y sospecho que la mayoría de los ciudadanos del occidente desarrollado que también las encontrarán insuficientes. Nuestros conciudadanos podrían apelar al siguiente paralelismo: supongamos que descubrimos gente en Venus que se encuentran en condiciones lamentables, y supongamos que podríamos ayudarles con muy poco coste para nosotros. Si no hiciésemos nada, seguramente violaríamos el deber positivo de beneficencia. Pero no nos encontraríamos violando un deber negativo de justicia, porque no estaríamos contribuyendo a la perpetuación de su miseria.

Este punto puede ser discutido más adelante. Pero déjeme aceptar aquí el argumento de Venus y examinar qué condiciones adicionales deben satisfacerse para que la desigualdad radical manifieste una injusticia que implica la violación de un deber negativo por parte de los mejor situados. Veo tres enfoques plausibles para esta cuestión, que apelan a tres diferentes criterios de injusticia: los efectos de instituciones sociales compartidas, la exclusión no-compensada del uso de recursos naturales y los efectos de una historia común violenta. Estos enfoques ejemplifican filosofías políticas distintas y en pugna. A pesar de todo, nosotros no necesitamos decidir aquí entre ellas, si, como planteo, las dos siguientes tesis son verdaderas. Primero, los tres enfoques clasifican la desigualdad radical existente como injusta y su mantenimiento por medios coercitivos como una violación de los deberes negativos. Segundo, los tres enfoques pueden estar de acuerdo en que la misma reforma realizable del statu quo es un gran paso hacia la justicia. Si estas dos tesis pueden ser apoyadas, entonces puede ser posible el sumar adhesiones de las corrientes dominantes del pensamiento político normativo occidental para una coalición centrada en la erradicación de la pobreza global a través de la introducción de un Dividendo sobre los Recursos Globales o DRG.

Tres criterios de injusticia

Los efectos de Instituciones Sociales Compartidas

Este primer enfoque¹³ presenta tres condiciones adicionales:

- 6 Existe un orden institucional compartido que está modelado por los mejor situados e impuesto sobre los que están peor.

- 7 Este orden institucional está implicado en la reproducción de la desigualdad radical en la medida en que existe una alternativa institucional realizable bajo la cual no persistiría una pobreza tan aguda y extendida.
- 8 La desigualdad radical no puede ser atribuida a factores extra-sociales (como taras genéticas o desastres naturales) que, como tales, afectan a las diferentes personas de diferente forma.

La desigualdad radical global actual cumple la Condición 6 ya que los pobres globales viven en un sistema estatal mundial basado en dominios territoriales internacionalmente reconocidos, interconectados a través de una red global de comercio y diplomacia. La presencia y relevancia de instituciones sociales compartidas se hace patente en el modo tan dramático en el que nosotros afectamos a las circunstancias de los pobres globales a través de inversiones, préstamos, comercio, sobornos, ayuda militar, turismo sexual, exportaciones culturales, etc [...]. Con frecuencia, su pura supervivencia depende de manera crucial de nuestras opciones de consumo, que pueden determinar el precio de sus alimentos y de sus oportunidades laborales. Muy al contrario que en el caso de Venus, nosotros estamos causalmente implicados de un modo profundo en su miseria. Esto no significa que debamos considerarnos responsables de los más remotos efectos de nuestras decisiones económicas. Estos efectos reverberan alrededor del mundo e interaccionan con los efectos de otras incontables decisiones y, por lo tanto, no pueden ser rastreadas, y mucho menos, predichas. Tampoco necesitamos extraer la dudosa y utópica conclusión de que la interdependencia global debe ser desmantelada aislando a los diferentes Estados, o grupos de Estados, unos de otros. Más bien debemos preocuparnos por el modo previsible en que las reglas que estructuran las relaciones internacionales afectan a la incidencia de la pobreza extrema. Los países desarrollados, gracias a su inmensa superioridad en fuerza económica y militar, controlan las reglas y por lo tanto comparten la responsabilidad por sus efectos previsibles.

La Condición 7 implica el vincular la incidencia de la pobreza, a través de un discurso explicativo, a la estructura de las instituciones sociales. Se trata de un ejercicio familiar dentro del ámbito de las instituciones nacionales, cuya importancia explicativa ha sido poderosamente ilustrada por cambios en regímenes domésticos en China, Europa del Este y en el resto del mundo. En relación al orden económico global, el ejercicio es extraño e incluso rehuido por los economistas. Esto se debe en parte, sin duda, a la poderosa resistencia contra la visión de encontrarse a uno mismo conectado a las inimaginables privaciones que sufren los pobres globales. Esta resistencia nos predispone contra los datos, los argumentos y las investigaciones capaces de incomodar a nuestra visión del mundo preferida, y así, sesga la competición por el éxito profesional en contra de cualquiera que explore el contexto causal más amplio de la pobreza global. Este prejuicio es reforzado por nuestra tendencia cognitiva a pasar por

alto el significado causal de aquellos factores de fondo que permanecen estables (por ejemplo, el rol del oxígeno atmosférico en el comienzo de un fuego), ya que nuestra atención se dirige de un modo natural hacia aquellos que son geográfica o temporalmente variables. Si miramos a la incidencia de la pobreza a lo largo del mundo, nos topamos con cambios locales dramáticos y variaciones internacionales, que apuntan a factores explicativos locales. El centrar la atención en estos elementos locales refuerza la ilusión, a la que sucumbió Rawls¹⁴ por ejemplo, de que éstos explican totalmente la pobreza global.

Esta ilusión oculta el grado de profundidad en que los factores locales y sus efectos son influidos por el orden global existente. Sí, es cierto que una cultura de corrupción se extiende a través del sistema político y económico de muchos países en desarrollo. Pero ¿está esta cultura desconectada del hecho de que la mayoría de los países ricos, hasta fechas muy recientes, han permitido a sus empresas sobornar a los cargos extranjeros e incluso considerarlo como deducible de impuestos?¹⁵ Sí, es cierto que los países en desarrollo se han mostrado tendentes a gobiernos opresivos y a terribles guerras, civiles o no. Pero ¿está la frecuencia de tal brutalidad desconectada del comercio internacional de armas y de las normas internacionales que dan derecho a cualquiera que posea el poder efectivo en un país de este tipo a pedir préstamos en su nombre y a vender derechos de propiedad sobre sus recursos naturales?¹⁶ – Sí, es cierto que el mundo es diverso, y la pobreza esta declinando en unos países y empeorando en otros. Pero la pauta más amplia del incremento de la desigualdad global es bastante estable, remontándose a la era colonial: “La brecha en la renta entre el quinto de la población del mundo que vive en los países ricos y el quinto de los países pobres era de 74 a 1 en 1997, de un 60 a 1 en 1990 y 30 a 1 en 1960. (Antes la brecha en la renta entre los países superiores e inferiores se incrementó de 3 a 1 en 1820, a 7 a 1 en 1870, a 11 a 1 en 1913).¹⁷ El Banco Mundial informa que en los países de renta elevada la Renta Nacional Bruta per capita, PPA (en dólares internacionales actuales), se incrementó un 52.7% en términos reales en el periodo de globalización comprendido entre 1990-2001.¹⁸ Se puede utilizar el software interactivo del Banco Mundial¹⁹ para calcular cómo le ha ido a la mitad más pobre de la humanidad en términos de su gasto real en consumo (ajustando inflación/PPP) durante el mismo periodo. A continuación se indican las ganancias para varios percentiles, clasificados en progresión ascendente (bottom up): +20.4% para el 50º percentil (mediana), +20.0% para el 35º, +15.9% para el percentil 20º, +12.9% para el 10º, +6.6% para el 3º percentil, -7.3% para el 1º (inferior) percentil. Los países ricos han estado empleando su poder para modelar las normas de la economía mundial de acuerdo con sus propios intereses y así han privado a las poblaciones más pobres de una parte equitativa del crecimiento económico global –²⁰ algo bastante evitable, tal y como la propuesta del DRG muestra.

La pobreza global cumple la Condición 8 en la medida en que los pobres globales, si hubiesen nacido en circunstancias sociales diferentes, serían tan capaces de llevar unas vidas tan sanas, felices y productivas como el resto de nosotros. La causa profunda de su sufrimiento es su abismal posición de partida, que no les da ninguna posibilidad de llegar a ser otra cosa más que pobres, vulnerables y dependientes –incapaces de dar a sus hijos un mejor comienzo que el que tuvieron ellos mismos.

Ya que se cumplen las tres condiciones adicionales, la pobreza global existente tiene, de acuerdo con el primer enfoque, la urgencia moral especial que nosotros asociamos con los deberes negativos, de modo que debemos tomárnosla mucho más en serio que una situación de sufrimiento similar en Venus. La razón es que los ciudadanos y los gobiernos de los países ricos – intencionalmente o no- están imponiendo un orden institucional que de un modo previsible y evitable, reproduce una pobreza seria y extensa. Los peor situados no son meramente pobres y con frecuencia hambrientos, sino que están siendo empobrecidos y desnutridos bajo nuestros arreglos institucionales compartidos, que ineludiblemente modelan sus vidas.

El primer enfoque puede ser presentado de forma consecuencialista, como la de Bentham, o en una contractualista, como la de Rawls o Habermas. En ambos casos, la idea central es la de que las instituciones sociales deben ser calculadas de un modo prospectivo, en relación a sus efectos. En el orden internacional presente, millones de personas nacen en posiciones sociales de partida que les otorgan unas expectativas extremadamente bajas de llevar una vida realizada. Su miseria sólo se puede justificar si no existiese ningún orden institucional alternativo bajo el cual se pudiera evitar una miseria masiva semejante. Si, tal como muestra la propuesta de un DRG, existe esta alternativa, entonces debemos adscribir esta miseria al orden global existente y por lo tanto, finalmente, a nosotros. Tal y como, quizás de un modo sorprendente, Charles Darwin escribió en referencia a su Gran Bretaña nativa: “si la miseria de nuestros pobres no fuese causada por las leyes de la naturaleza, sino por nuestras propias instituciones, grande es nuestro pecado”.²¹

Exclusión no compensada del uso de recursos naturales.

Este segundo enfoque únicamente añade (en lugar de las Condiciones 6-8) una condición a las cinco de la desigualdad radical:

- 9 Los mejor situados disfrutan de ventajas significativas en el uso de un único recurso natural base, de cuyos beneficios los peor situados son ampliamente excluidos sin ninguna compensación.

En la actualidad, la apropiación de la riqueza de nuestro planeta es enormemente desigual. La gente rica emplea una cantidad increíblemente mayor de los recursos mundiales, y lo realizan de un modo unilateral, sin otorgar ningún tipo de compensación a los pobres globales por esta desproporción en el consumo. Sí, es cierto que muchas veces los ricos pagan por los recursos que utilizan, como las importaciones de crudo. Pero estos pagos están destinados a otra gente rica, como la familia Saudí o la cleptocracia nigeriana, de lo que muy poco, si algo, llega a manos de los pobres globales. Así que la cuestión sigue abierta: ¿Qué da derecho a la élite global a emplear los recursos naturales del mundo en virtud de términos mutuamente acordados cuando se deja a los pobres globales con las manos vacías?

Los defensores de las instituciones capitalistas han desarrollado concepciones de la justicia que apoyan determinados derechos a la apropiación unilateral de partes desproporcionadas de recursos, al tiempo que aceptan que todos los habitantes de la Tierra poseen en último lugar un derecho igual a estos recursos.

John Locke ejemplifica este modelo de justificación con particular claridad.²² Locke está asumiendo que, en un estado de naturaleza en el que no hay dinero, las personas están sujetas a la restricción moral de que sus apropiaciones unilaterales deben dejar siempre “suficiente, e igualmente bueno” para los otros, esto es, deben limitarse a una parte proporcional.²³ Esta fórmula, conocida como la condición lockeana, puede ser levantada si hay un consenso universal.²⁴

Es difícil de creer que la exigencia de Locke se realizase en su época. En cualquier caso, es falso, con toda seguridad, en el plano global contemporáneo. Millones de personas nacen cada mes en la pobreza, en un mundo en el que todos los recursos accesibles están poseídos de hecho por otras personas. Es verdad que tienen la potencialidad de alquilar su trabajo y así comprar recursos naturales en las mismas condiciones que los ricos. Pero sus oportunidades educativas y laborales son casi siempre tan restringidas que, no importa lo duro que trabajen, apenas pueden ganar lo suficiente para la supervivencia y ciertamente, su trabajo no puede asegurarles nada parecido a una parte proporcionada de los recursos naturales del mundo. Los pobres globales únicamente alcanzan a compartir las cargas resultantes de la degradación de nuestro entorno natural mientras contemplan cómo los ricos distribuyen entre ellos la abundante riqueza del planeta. Con una renta per cápita anual de alrededor de 100\$, que corresponde a un poder adquisitivo de 400\$ en los EE.UU., la quinta parte más pobre de la humanidad está hoy en día tan mal, en términos económicos, como lo puede estar un ser humano en el estricto límite de la subsistencia.²⁵ No es verdad, por lo tanto, aquello que Locke y Nozick necesitaban tomar por cierto, que todos están mejor con las reglas

existentes de apropiación y contaminación de lo que cualquiera podría estar con la condición lockeana. De acuerdo con el segundo enfoque, los ciudadanos y los gobiernos de los países ricos están, por lo tanto, violando un deber negativo de justicia cuando, en colaboración con las élites gobernantes de los países pobres, excluyen a los necesitados con métodos coercitivos de una parte proporcional de los recursos.

Los efectos de una violenta historia común

El tercer enfoque añade una condición a las cinco de la desigualdad radical:

- 10 Las posiciones sociales de partida de los peor y de los mejor situados han emergido de un único proceso histórico plagado de ingentes y crueles agravios.

Las circunstancias actuales de los pobres globales han sido conformadas, de un modo significativo, por un periodo dramático de conquista y colonización, con una intensa opresión, esclavitud, e incluso genocidio, a través del cual las instituciones y culturas nativas de cuatro continentes fueron destruidas o severamente traumatizadas. Esto no implica (ni niega) que los descendientes ricos de aquellos que tomaron parte en estos crímenes estén sujetos a alguna responsabilidad especial de restitución hacia los descendientes empobrecidos de las víctimas de estos crímenes. La idea es más bien que nosotros no debemos mantener una desigualdad extrema en las posiciones sociales de partida cuando la distribución de dichas posiciones depende de procesos históricos en los cuales los principios morales y las reglas legales fueron violadas masivamente. No se debe permitir que una historia tan profundamente corrupta desde el punto de vista moral, desemboque en desigualdad radical.

Este tercer enfoque es independiente de los otros. Supongamos que rechazamos los otros dos enfoques y afirmamos que la desigualdad radical es moralmente aceptable cuando es producto de unas reglas del juego que resultan al menos moralmente plausibles y que son observadas por la mayoría. La desigualdad radical actual es también condenada por el tercer enfoque, fundamentándose en que las reglas fueron de facto violadas masivamente a través de incontables crímenes cuyas consecuencias transcendentales no pueden ser neutralizadas quirúrgicamente décadas y siglos más tarde.²⁶

Algunos amigos del reparto actual exclaman que los niveles de vida en África y en Europa, por ejemplo, serían aproximadamente los mismos que si África no hubiese sido colonizada. Incluso si esta proclama fuese a la vez clara y cierta, todavía sería inútil, porque mi argumento se aplica a las personas y no a las sociedades o a los continentes. Si la historia del mundo hubiese transcurrido

sin colonización y esclavitud, entonces, podría quizás haber hoy en día gente rica en Europa y pobre en África, de un modo semejante al escenario de Venus. Pero se trataría de personas y poblaciones bastante diferentes de las que viven aquí hoy en día. Así que no podemos decirles a los africanos que agonizan de hambre, que ellos estarían muriéndose de hambre y nosotros seríamos ricos incluso si los crímenes del colonialismo no hubiesen ocurrido. Sin esos crímenes no existiría la desigualdad radical actual que consiste en que estas personas están siendo opulentas y aquellas extremadamente pobres.

Así que el tercer enfoque, también conduce a la conclusión de que la desigualdad radical actual es injusta, que mantenerla de modo coercitivo viola un deber negativo, y que tenemos razones morales apremiantes para erradicar la pobreza global.

Una propuesta moderada

La propuesta de reforma que ahora me propongo esbozar pretende apoyar mi segunda tesis: que el status quo puede ser reformado de un modo tal que sea reconocido por los tres enfoques como un gran paso hacia la justicia. Pero también es necesario cerrar algunas brechas en mi argumento a favor de la primera tesis: la propuesta debe poner de manifiesto que la desigualdad radical existente puede ser vinculada a la estructura de nuestro orden económico global (Condición 7). Debe además mostrar que se cumple la Condición 5, porque, de acuerdo con las tres propuestas, el status quo es injusto solamente si podemos mejorar las circunstancias de los pobres globales sin que empeoremos las nuestras por ello.

Formulo mi propuesta de reforma de acuerdo con el segundo enfoque, porque los otros dos apoyarían casi cualquier reforma que mejorase las circunstancias de los pobres globales. El segundo enfoque acota el panorama al sugerir una idea más definida: quienes realizan una explotación más extensiva de los recursos de nuestro planeta deberían compensar a aquellos que, involuntariamente, emplean muy pocos. Esta idea no requiere que concebamos los recursos globales como el patrimonio común de la humanidad que debe ser compartido igualitariamente. Mi propuesta es mucho más modesta al dejar a cada gobierno el control de los recursos naturales que se encuentran en sus territorios. Esta modestia es importante si la alternativa institucional aquí propuesta tiene que lograr el apoyo necesario para implementarlo y mantenerse en el mundo tal y como lo conocemos. Espero que el DRG satisfaga estos dos deseos, pudiendo conectarse al orden global de nuestros días y siendo sensible de una forma clara a cada uno de los tres enfoques.

A la luz de la gran amplitud de la pobreza actual, uno puede pensar que sería necesario un ingente DRG para solucionar el problema. Pero dudo que

esto sea así. La desigualdad radical existente es el resultado acumulado de décadas y siglos en los que las sociedades y grupos más ricos han empleado su ventaja en capital y conocimiento para aumentarla todavía más. Esta gran brecha entre ricos y pobres no demuestra que los sistemas económicos tengan tendencias centrífugas irresistibles. Más bien, muestra la fuerza de esta larga trayectoria de empeoramiento cuando estas tendencias no son resistidas continuamente (como lo son, en cierto grado en la mayoría de los Estados modernos). Es bastante posible que, si la desigualdad radical se ha erradicado una vez, y en el contexto de un sistema de mercado global justo y abierto, un DRG relativamente reducido pueda ser suficiente para equilibrar constantemente las tendencias centrífugas corrientes de los mercados y para prevenir su reemergencia. La gran magnitud del problema sugiere, de todos modos, que en los estadios iniciales se necesite una mayor suma, para que no se tarde demasiado en erradicar la pobreza aguda y alcanzar un perfil de distribución aceptable.²⁷ Para tener una idea concreta de las cantidades implicadas, permítannos considerar la figura correspondiente a un momento inicial máximo de un uno por ciento de la renta global en conjunto. Mientras que los países ricos proporcionaron 106.5 millones de dólares en 2005 en ayuda oficial al desarrollo,²⁸ un DRG de un uno por ciento hubiese superado los 450.000 millones en ese año.²⁹ Semejante cantidad, si es bien destinada y gastada eficazmente, supondría una diferencia magnífica para los pobres, incluso en unos pocos años. Por el contrario, la cantidad es bastante reducida para el resto de nosotros: bien por debajo del presupuesto de defensa anual de los EE.UU. en solitario, significativamente menos que el “dividendo de paz” que disfrutaban los países desarrollados, y menos de la mitad del valor de mercado de la actual producción de crudo anual.³⁰

Continuemos con el caso del crudo por un momento y examinemos los efectos más probables que tendría un DRG de 2\$ por barril en su extracción. Este dividendo sería pagado por los países en los que el petróleo es extraído, aunque la mayor parte de este coste sería trasladado, a través de la elevación de los precios de mercado, a los usuarios finales de los productos petrolíferos. A 2\$ por barril, alcanzaríamos el 17 por ciento del objetivo inicial correspondiente a las recaudaciones elevadas, únicamente a través del crudo – y de un modo bastante cómodo: a expensas de una subida de los productos del petróleo de cinco centavos de dólar por galón (0.63 peniques por litro). Es, por lo tanto, claramente posible – sin grandes cambios en nuestro sistema económico global – erradicar el hambre en el mundo en pocos años con la canalización una fuente de ingresos suficiente a partir de un número limitado de recursos y contaminantes. Estos deben ser cuidadosamente seleccionados, teniendo en cuenta todos los efectos colaterales. Y es esta intención la que inspira los siguientes propósitos: el DRG debe ser fácil de entender y de aplicar. Por ejemplo, tiene que estar basado en recursos y contaminantes cuya extracción o

diseminación sea fácil de controlar y estimar, para garantizar que todas las sociedades están pagando su justa parte y para asegurar a todo el mundo que esto es así. La transparencia también ayuda a realizar una segunda intención, la de mantener bajos los costes globales del proceso de recaudación. El DRG debe, en tercer lugar, tener un impacto reducido en los precios de los productos consumidos para satisfacer las necesidades básicas. Y, en cuarto lugar, tiene que centrarse en el uso de recursos cuya desincentivación es especialmente importante para la conservación y protección del medio ambiente. Respecto a este último punto, la reforma del DRG puede producir enormes beneficios ecológicos que resultan difíciles de asegurar si empleamos vías menos proclives a la concertación, debido a los problemas tan familiares de la acción colectiva: cada sociedad tiene escasos incentivos para restringir sus niveles de consumo y de polución, porque los costes de esta restricción recaen únicamente sobre ella, mientras que los costes de la esquilma y de la contaminación se difunden a lo largo del mundo y de cara al futuro.

El proyecto para emplear los fondos del DRG debe ser delineado para conseguir que éstos tengan la máxima eficacia de cara a garantizar que todos los seres humanos puedan satisfacer sus necesidades básicas dignamente. Este diseño debe apoyarse en la pericia de los economistas y de los expertos en derecho internacional. Pero permítanme, a pesar de todo, realizar algunas sugerencias provisionales para dar mayor concreción a la reforma que hemos propuesto. El gasto debe realizarse siguiendo reglas claras y estrictas, cuya administración sea barata y transparente. La transparencia es importante para evitar tanto la práctica como la apariencia de favoritismo político. También es relevante para otorgar al gobierno de cualquier país en desarrollo incentivos claros y poderosos para erradicar la pobreza doméstica. Para optimizar los efectos de estos alicientes, las normas presupuestarias deben recompensar los progresos: distribuyendo más fondos a este país y/o asignando más de su cuota directamente a su gobierno.

Estos incentivos pueden que no siempre sean convincentes. En algunos países pobres, los gobernantes se preocupan más de mantener a sus súbditos desamparados, incultos, dóciles, dependientes, y por lo tanto explotables. En casos de este tipo, todavía sería posible encontrar otras formas de mejorar las condiciones y las oportunidades de los pobres domésticos: realizando pagos en metálico dirigidos directamente a ellos o a sus organizaciones, o fundando programas para el desarrollo administrados a través de agencias de la ONU u organizaciones no-gubernamentales de probada eficacia. Cuando, en los casos extremos, los fondos del DRG no puedan ser usados eficazmente en un país concreto, entonces no hay razón para que los empleemos allí en lugar de en aquellos sitios en los que estos fondos pueden suponer una diferencia real en la reducción de la pobreza.

Incluso si los incentivos proporcionados por las reglas presupuestarias del

DRG no siempre son suficientes, no dejan de inclinar el equilibrio de fuerzas en la dirección adecuada: un buen gobierno aumenta la prosperidad a través del compromiso con el DRG y de este modo, genera un mayor apoyo popular, lo que, a cambio, tiende a asegurar su posición. Un mal gobierno se encuentra con que los pobres son más difíciles de oprimir cuando éstos reciben fondos del DRG a través de otros canales y cuando todos los estratos de la población tienen interés en acelerar la mejoría económica a través del DRG, bajo un gobierno diferente que se comprometa más con la erradicación de la pobreza. Una vez instalado el DRG, las reformas se promoverán con más vigor y en más países, y tendrán éxito con más frecuencia y en menos tiempo que en otros casos. Combinado con las normas presupuestarias adecuadas, el DRG puede estimular una competitividad internacional pacífica en la erradicación efectiva de la pobreza.

Este tosco y revisable esbozo ha mostrado, eso espero, que la propuesta de un DRG merece un serio examen como una alternativa a la ayuda al desarrollo convencional. Mientras que la primera tiene un aura de donaciones y dependencia, el DRG evita cualquier apariencia de generosidad arrogante: se limita a incorporar a nuestro sistema institucional global la reivindicación moral de los pobres de compartir los beneficios del uso de los recursos planetarios. Implementa, por lo tanto, un derecho moral – un derecho que puede ser justificado de diferentes modos: esto es, prospectivamente, en referencia a sus efectos, y retrospectivamente, en referencia a la evolución de la distribución económica actual. Más aun, el DRG también podría ser muchísimo más eficaz. El gasto en ayuda al desarrollo convencional está fuertemente influenciado por consideraciones políticas, como demuestra el hecho de que se destine tan poco a la erradicación de la pobreza. El DRG, en contraste, recaudaría inicialmente 30 veces más fondos, exclusivamente para la satisfacción de las necesidades básicas de los pobres globales.

Dado que el DRG tendría más costes que beneficios políticos directos, muchos de los países más ricos y poderosos podrían estar tentados a no someterse a él. ¿No requeriría entonces el proyecto del DRG una agencia global que obligase a su cumplimiento, similar a un gobierno global? Estoy de acuerdo en que el DRG tendría que estar reforzado a través de sanciones. Pero las sanciones pueden estar descentralizadas: una vez que la agencia que facilita el flujo de los pagos del DRG informa de que un país no ha cumplido con sus obligaciones estipuladas en el proyecto, se requiere a los demás países que impongan tasas en las importaciones de, y quizás impuestos similares en las exportaciones a este país, para recaudar la suma equivalente a su DRG más los costes derivados de la aplicación de estas medidas. Estas sanciones descentralizadas suponen una muy buena oportunidad para desincentivar las irregularidades a pequeña escala. Nuestro mundo es hoy en día, y es probable que siga siendo,

económicamente muy interdependiente. La mayoría de los países exportan e importan entre un diez y un cincuenta por ciento de su PIB. Ningún país se beneficiaría del cierre de su comercio exterior para evitar sus obligaciones respecto del DRG. Y cada uno tendría razones para cumplir con su DRG voluntariamente: para mantener el control sobre el modo en que se recaudan los fondos, para evitar los pagos extra que suponen las medidas para forzar su realización y para evitar la publicidad adversa asociada al incumplimiento.

Este proyecto de sanciones descentralizadas sólo podría funcionar en la medida en que los EE.UU. y la Unión Europea (UE) continúen sometiéndose y participando en el mecanismo de sanción. Asumo que ambos lo harán, dado que pueden ser llevados a comprometerse con el proyecto del DRG en primer lugar. Este prerrequisito, que resulta decisivo para el éxito de la propuesta, se explicita en la Sección 5. Debe quedar claro, de todas formas, que un rechazo de los EE.UU. o de la EU a participar en la erradicación de la pobreza global no afectaría a las implicaciones de la presente sección. La factibilidad del DRG es suficiente para mostrar que una pobreza tan extensa y aguda es evitable a un costo moderado (Condición 5), que el orden global existente juega un papel importante en su perpetuación (Condición 7) y que podemos asumir lo que los tres enfoques reconocerían como un gran paso hacia la justicia (segunda tesis).

La argumentación moral a favor de la reforma propuesta

Al exponer que las Condiciones 1-10 se cumplen, espero haber demostrado que la pobreza global existente manifiesta una injusticia cruel que puede y debe ser abolida a través de la reforma institucional –implicando el proyecto del DRG o quizás una alternativa superior. Para hacer esta concatenación de ideas lo más transparente y criticable posible, las reproduzco a continuación como un argumento en 6 pasos. Los dos primeros pasos implican nuevas formulaciones, así que los comentaré brevemente al final.

- 1 Si una sociedad o un sistema social comparable, conectado y regulado por un orden institucional compartido (Condición 6), produce desigualdad radical (Condiciones 1-5), entonces este orden institucional es *prima facie* injusto y requiere justificación. Aquí, la carga de la prueba recae sobre quienes pretenden defender este orden y que su imposición coercitiva es compatible con la justicia.
- 2 Semejante justificación de un orden institucional en el que la desigualdad radical persiste necesitaría mostrar:
 - 2a o que la Condición 10 no se cumple, quizás porque la desigualdad radical existente llegó a producirse justamente: a través de un proceso

- histórico que se desarrolló de acuerdo con reglas moralmente plausibles que fueron observadas en su generalidad;
- 2b o que la Condición 9 no se cumple, porque los peor situados se pueden beneficiar adecuadamente del uso de los recursos naturales comunes a través del acceso a una parte proporcional o a través de algún sustitutivo equivalente;
- 2c o que la Condición 8 no se cumple, porque la desigualdad radical existente puede asociarse a factores extra-sociales (como las taras genéticas o los desastres naturales) que, como tales, afectan a las diferentes personas en diferente modo;
- 2d o que la Condición 7 no se cumple, porque cualquier alternativa propuesta respecto al orden internacional existente
- o es impracticable, esto es, no puede ser mantenida con estabilidad a largo plazo;
 - o no puede ser institucionalizada en un modo moralmente aceptable, incluso con la buena voluntad de todos los implicados;
 - o no mejoraría sustancialmente las circunstancias de los peor situados;
 - o tendría otras desventajas moralmente serias que contrarrestan cualquier mejoría en las condiciones de los peor situados.
- 3 La humanidad está conectada y regulada por un orden global institucional compartido bajo el cual persiste la desigualdad radical.
- 4 Este orden institucional global requiere por lo tanto de justificación de 1 y 3.
- 5 Este orden institucional global no puede ser justificado de las formas 2a, 2b, o 2c. Una justificación de la forma 2d también falla, porque una reforma que implique a introducción de un DRG proporciona una alternativa que es realizable, puede (con la buena voluntad de todos los concernidos) ser institucionalizada en un modo moralmente aceptable, mejoraría sustancialmente las circunstancias de los peor situados y no tendría desventajas de una relevancia moral comparable.
- 6 El orden global existente no puede ser justificado de 4, 2 y 5 y es por lo tanto injusto de 1.

Al presentar este argumento, no he pretendido satisfacer las demandas más estrictas de la Forma Lógica, lo que hubiese requerido varias matizaciones y repeticiones. Solamente he tratado de esclarecer la estructura del argumento para clarificar cómo puede ser atacado.

Uno puede atacar el primer paso. Pero esta premisa moral es bastante débil, sólo se aplica si la desigualdad existente ocurre dentro de un orden institucional compartido (Condición 6) y es radical, esto es, implica verdadera pobreza aguda y diferencias extremas en niveles de vida (Condiciones 1-5).

Más aun, la primera premisa no excluye llanamente cualquier orden institucional en el que persista la desigualdad radical, sino que meramente demanda que sea justificada. Dado que las instituciones sociales son creadas y mantenidas, perpetuadas o reformadas por seres humanos, esta demanda no puede ser rechazada plausiblemente.

Uno puede atacar el segundo paso. Pero esta premisa moral es también débil, ya que sólo demanda del defensor del status quo una de las cuatro posibles escenas (2a-2d), dándole la libertad de probar cada una de las concepciones de la justicia económica esbozadas en la Sección 2 aunque apenas pueda aprobarlas todas al mismo tiempo. Todavía queda abierto a discusión que un orden institucional que reproduzca desigualdad radical pueda ser justificado de un modo que difiera de estos cuatro (2a-2d) que he descrito.

Uno podría intentar mostrar que el orden global existente no cumple una de las diez condiciones. Dependiendo de a qué condición apuntemos, uno podría negar la tercera premisa u ofrecer una justificación de las formas 2a o 2b o 2c, o mostrar que mi propuesta de reforma conduce a uno de los cuatro problemas enumerados bajo 2d.

La conclusión del argumento sólo se alcanza si se cumple la totalidad de las diez condiciones. La pobreza global existente manifiesta entonces una injusticia esencial: un fenómeno que las corrientes dominantes del pensamiento político normativo occidental clasifican conjuntamente –aunque por diferentes razones- como injusto y pueden, conjuntamente, intentar su erradicación. En la medida en que los participantes influyentes y aventajados del orden internacional contemporáneo admitan el argumento, nosotros reconocemos nuestra responsabilidad compartida por esta injusticia: estamos violando un deber negativo de justicia en tanto que contribuimos a (y fracasamos en mitigar) los daños que produce, y mientras nos opongamos a las reformas adecuadas.

¿Es realista la propuesta de reforma?

Aun si la propuesta del DRG es realizable, e incluso si pudiese ser implementada con la buena voluntad de todos los implicados, todavía persiste el problema de generar esta buena voluntad, especialmente por parte de los ricos y poderosos. Sin el apoyo de EE.UU. y la UE, es bastante seguro que no seremos testigos en nuestras vidas de la erradicación de la ingente pobreza mundial y del hambre. ¿En qué grado es realista la esperanza de movilizar este apoyo? Tengo dos respuestas para esta pregunta.

En primer lugar. Incluso si esta esperanza no es realista, todavía resulta importante el insistir en que la pobreza global actual pone de manifiesto una cruel injusticia de acuerdo con el pensamiento político normativo occidental.

No somos sólo testigos distantes de un problema que no tiene que ver con nosotros, con un débil deber positivo de ayudar. Más bien, nosotros estamos materialmente implicados, causal y moralmente, en el destino de los pobres, al imponerles un orden institucional global que produce regularmente pobreza aguda y/o al excluirlos efectivamente de una justa parte del valor de los recursos naturales explotados y/o al mantener una desigualdad radical que evolucionó a través de un proceso histórico plagado de crímenes horrendos. No podemos zanjar de un modo realista nuestra implicación en su pobreza aguda librándonos de este compromiso, sino únicamente acabando con esta pobreza a través de la reforma económica. Si las reformas factibles son bloqueadas por otros, entonces, al final, no podremos hacer nada más que mitigar algunos de los daños que producimos. Pero incluso entonces, todavía persistiría una diferencia. Porque nuestro esfuerzo no satisfaría un deber de ayudar al necesitado, sino un deber de proteger a las víctimas de cualquier injusticia a la que contribuyamos. Este último deber es mucho más urgente que el anterior, especialmente cuando podemos cumplirlo con los beneficios que derivamos continuamente de esta injusticia.

Mi segunda respuesta es que puede que la esperanza no sea tan irrealista después de todo. Mi optimismo provisional se basa en dos consideraciones. La primera es que las convicciones morales pueden tener efectos reales, incluso en la política internacional –como admiten incluso, aunque apenados, algunos realistas políticos. En ocasiones se trata de las convicciones personales de los políticos. Pero con mayor frecuencia, la política es influenciada por las convicciones morales de los ciudadanos. Un ejemplo dramático de esto es el movimiento abolicionista que, en el siglo XIX, presionó al gobierno británico para suprimir el comercio de esclavos.³¹ Una movilización moral similar puede ser posible también a favor de la erradicación de la pobreza global – dado que los ciudadanos de los países más poderosos pueden ser convencidos de una conclusión moral que puede ser apoyada sin reservas y puesto que se puede mostrar una vía que sólo requiere de cada uno de nosotros unas demandas muy modestas.

La propuesta del DRG es moralmente convincente. Puede apoyarse ampliamente en las corrientes dominantes del pensamiento político normativo occidental que esbozamos en la Sección 2. Y posee además la ventaja moralmente significativa de modificar el consumo hacia formas que restringen la contaminación global y el agotamiento de los recursos en beneficio de todos y de las futuras generaciones en particular. Debido a que puede ser respaldado por estos cuatro importantes y mutuamente interdependientes argumentos morales, la propuesta del DRG está bien situada para beneficiarse del hecho de que las razones morales pueden tener efectos en el mundo. Si se puede garantizar la ayuda de economistas, politólogos y abogados, entonces

la aceptación del DRG puede emerger gradualmente y ser difundida en el occidente desarrollado.

La erradicación de la pobreza global a través de un proyecto como el DRG también implica demandas más realistas que una solución a través de iniciativas privadas y la ayuda al desarrollo convencional. Incluso cuando uno está seguro de que, donando 900\$ al año, puede elevar el nivel de vida de dos familias paupérrimas en 400\$ al año, es un compromiso difícil de mantener. Los intentos unilaterales y continuos de mitigación de la pobreza producen con frecuencia cansancio, aversión, e incluso desprecio. Requiere que, los ciudadanos más ricos y los gobiernos promuevan la causa una y otra vez al tiempo que saben muy bien que la mayoría de los otros, que están situados en posiciones similares, no contribuyen en nada o muy poco, que sus aportaciones son legalmente opcionales y que, no importa cuánto den, siempre podrían, por un poco más, salvar a más niños de la enfermedad y del hambre.

Por el contrario, ayudando a implementar el DRG, uno podría reducir el nivel de vida de su propia familia en 900\$ anuales, pero lo haría para elevar en 400\$ anuales el nivel de vida de cientos de millones de familias pobres. Uno lo haría para erradicar la pobreza severa de este planeta al tiempo que sabe que la totalidad de la gente rica y de los países están contribuyendo con su justa parte para este esfuerzo.

Podemos aplicar unas consideraciones análogas a los gobiernos. La ineficacia de la ayuda convencional al desarrollo se sostiene por la situación competitiva de los países, ya que se sienten moralmente en su derecho a negarse a hacer más, señalando a sus competidores todavía más tacaños. Esta explicación apoya la suposición optimista de que las sociedades ricas estarían preparadas, en reciprocidad conjunta, para comprometerse más de lo que tienden a hacer de manera aislada.

Podemos aplicar unas consideraciones similares a la protección y conservación del medio, respecto a lo que el DRG contribuye para una solución colectiva: los niveles de polución y de despilfarro continuarán siendo más elevados de lo que sería mejor para todos mientras cualquiera que los cause pueda trasladar la mayoría de su coste al resto del mundo sin pagar ninguna indemnización (*tragedy of the commons*). Al exigir esta compensación, el DRG corrige este desequilibrio de incentivos.

Un punto adicional es que la ayuda al desarrollo nacional y las medidas de protección medioambiental deben ser promovidas políticamente o defendidas año tras año, mientras que la aceptación del proyecto de DRG requeriría sólo una –aunque a mucho mayor alcance– decisión política.

La otra consideración optimista tiene que ver con la prudencia. Los tiempos en los que nos podíamos permitir ignorar qué ocurría en los países

en desarrollo se han acabado, para bien. Su crecimiento económico tendrá un gran impacto sobre nuestro medio ambiente y sus logros militares y tecnológicos van acompañados de serios peligros, entre ellos los asociados a las armas y tecnologías nucleares, biológicas o químicas son los más obvios. La imposición transnacional de externalidades y riesgos se convertirá en una carretera de dos direcciones, ya que ningún Estado o grupo de Estados, no importa lo ricos o poderosos que sean, será capaz de aislarse a sí mismo de las influencias externas: de los ataques terroristas y militares, inmigrantes ilegales, epidemias y el comercio de drogas, contaminación y cambio climático, fluctuaciones en precios e innovaciones científico-tecnológicas y culturales. Por lo tanto, nos interesa cada vez más, también, que emerjan instituciones democráticas estables en los países en desarrollo – instituciones bajo las cuales el poder gubernamental sea efectivamente limitado a través de reglas procedimentales y derechos básicos. Mientras una gran parte de estos pueblos carezca de educación elemental y no tengan ninguna garantía de que van a ser capaces de satisfacer sus necesidades más básicas, estas instituciones democráticas son mucho menos probables que las mezclas explosivas de fanatismo religioso e ideológico, movimientos violentos de oposición, escuadrones de la muerte y militares corruptos y politizados. El que nos exponamos ocasionalmente a la explosión fortuita de estas mezclas será cada vez más peligroso y también cada vez más costoso a largo plazo que el DRG propuesto.

Esta consideración prudencial tiene también una cara moral. Un futuro plagado de desigualdad radical, y por tanto inestable, no solamente pondría en peligro nuestra seguridad y la de nuestra descendencia, sino también la supervivencia a largo plazo de nuestra sociedad, valores y cultura. No sólo eso: un futuro semejante, pondría en peligro la seguridad de todos los seres humanos y sus descendientes, así como la supervivencia de sus sociedades, valores y culturas. Por lo tanto, el interés en la paz –en un mundo futuro en el que diferentes sociedades, valores y culturas puedan coexistir e interactuar pacíficamente – es también, y de manera importante- un interés moral.

La realización de nuestros intereses morales y prudenciales en un futuro pacífico y ecológicamente sano requerirá –y aquí voy más allá de mi anterior modestia- instituciones sociales supranacionales y organizaciones que limiten los derechos de soberanía de los Estados de una forma más severa que en la actualidad. Los Estados más poderosos podrían intentar imponer estas limitaciones sobre los demás al tiempo que se excluyen a sí mismos. Es dudoso, sin embargo, que las grandes potencias de hoy en día puedan sumar y mantener el apoyo político doméstico necesario para sobrellevar esta tentativa a término. Y también es dudoso si podrían tener éxito. Una intención semejante provocaría la amarga resistencia de muchos otros Estados, que intentarían

simultáneamente, a través del desarrollo militar, lograr acceder al club de las grandes potencias. Las “élites” de muchos países en desarrollo podrían probablemente movilizar a sus poblaciones para estas tentativas, como ilustran los ejemplos de la India y Pakistán.

Tiene más sentido para todos, por lo tanto, el trabajar a favor de instituciones sociales supranacionales y organizaciones que limiten por igual los derechos de soberanía de los Estados. Pero esta solución sólo puede funcionar si, por lo menos, una gran mayoría de los Estados que participan en estas instituciones son democracias estables, lo que presupone que sus ciudadanos tienen garantizado que pueden satisfacer sus necesidades básicas y que pueden lograr una educación decente y un puesto laboral.

El desarrollo geopolítico actual conduce a un mundo en el que los Estados y los grupos más avanzados militar y tecnológicamente, en número creciente, suponen un peligro cada vez mayor para una cada vez mayor parte de la humanidad. Redirigir este desarrollo hacia una dirección más razonable de un modo realista requiere un apoyo considerable por parte de aquel 84 por ciento de la humanidad que quiere reducir nuestra ventaja económica y lograr nuestro elevado nivel de vida. A través de la introducción del DRG o de alguna reforma similar podemos lograr este apoyo mostrando de un modo concreto que nuestras relaciones con el resto del mundo no sólo se consagran a la consolidación de nuestra hegemonía económica y que los pobres globales podrán alcanzar pacíficamente una mejora considerable en sus condiciones. De este modo, y sólo de este modo, podemos refutar la convicción, comprensiblemente generalizada en los países pobres, de que no nos importará su miseria mientras no tengan el poder económico y militar para causarnos un daño serio. Y sólo de esta forma podemos minar el apoyo popular que los movimientos políticos agresivos de todo tipo pueden derivar de esta convicción.

Conclusión

Estamos familiarizados, a través de las llamadas a la caridad, con la afirmación de que está en nuestras manos el salvar las vidas de muchos o, si no hacemos nada, dejar que esa gente muera. Estamos menos familiarizados con la afirmación de una responsabilidad de más peso como la que hemos examinado aquí: que la mayoría de nosotros no dejamos meramente a la gente morir de hambre sino que participamos en matarlos de hambre. No resulta sorprendente que nuestra reacción inicial a esta afirmación poco placentera sea la indignación, e incluso hostilidad –que, más que meditarla o discutirla, queramos olvidarla o dejarla de lado como simplemente absurda.

He intentado responder constructivamente a esta aseveración y mostrar

su plausibilidad. No pretendo haberla probado de un modo concluyente, pero mi argumento debería al menos suscitar graves dudas acerca de nuestros prejuicios del sentido común, de los que debemos sospechar dada la fuerza con la que nuestro propio interés está comprometido en este asunto. La mayor importancia moral de alcanzar el enjuiciamiento correcto de este tema también nos previene contra los rechazos poco serios la tesis aquí defendida. Los datos esenciales sobre las vidas y muertes de los pobres globales son, después de todo, indiscutibles. A la vista de una interdependencia global considerablemente grande, resulta extremadamente improbable que su pobreza se deba exclusivamente a factores locales y que ninguna reforma factible del orden global actual pueda afectar ni a su pobreza ni a estos factores locales. No es menos increíble la idea de que el nuestro es el mejor de todos los órdenes globales posibles, que cualquier modificación de él sólo puede agravar la pobreza. Así que debemos trabajar juntos a través de las disciplinas para concebir una solución comprensiva para el problema de la pobreza global, y a través de las fronteras para la implementación política de esta solución.

NOTAS

1. Este capítulo es una versión de "Eradicating Systemic Poverty: Brief for a Global Resources Dividend", *Journal of Human Development*, Vol. 2, 2001, pp. 59-77, revisada y aumentada por el autor.
2. T. Pogge, "An Egalitarian Law of Peoples", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 23, Issue 3, 1994, pp.195-224; "A Global Resources Dividend" in David A. Crocker & Toby Linden (Eds), *Ethics of Consumption: The Good Life, Justice, and Global Stewardship*, Rowman & Littlefield, Lanham, MD, 1998.
3. R. Reichel, "Internationaler Handel, Tauschgerechtigkeit und die globale Rohstoffdividende", *Analyse und Kritik*, Vol. 19, Issue 3, 1997, pp. 229-241; T. Kesselring, "Weltarmut und Ressourcen-Zugang", *Analyse und Kritik*, Vol. 19, Issue 3, 1997, pp. 242-254 y R. Crisp & D. Jamieson, "Egalitarianism and a Global Resources Tax: Pogge on Rawls" in Victoria Davion & Clark Wolf (Eds), *The Idea of a Political Liberalism: Essays on Rawls*, Rowman and Littlefield, Lanham, MD, 2000.
4. R. Kreide, "Armut, Gerechtigkeit und Demokratie", *Analyse und Kritik*, Vol. 20, Issue 3, 1998, pp. 245-262 y J. Mandle, "Globalization and Justice", *Annals of the American Academy*, Vol. 570, 2000, pp.126-139.

5. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Human Development Report 2005*, New York, Oxford University Press, 2005. pp. 24, 44, 49.
6. Ver: John E. Forgy, International Center, *Strategic Plan – Fiscal Years 2000-2003*, disponible en <http://www.fic.nih.gov/about/plan/exec_summary.htm>, acceso en 9 de Enero de 2007.
7. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Human Development Report 1998*, New York, Oxford University Press, 1998, p. 49.
8. Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), *The State of Food Insecurity in the World 1999*, 1999, p. 11. Disponible en < www.fao.org/news/1999/img/sofi99-e.pdf>, acceso en 8 de Enero de 2007.
9. Organización Internacional del Trabajo (OIT), *A Future Without Child Labour*, 2002, pp. 9, 11 y 18. Disponible online en <www.ilo.org/public/english/standards/decl/publ/reports/report3.htm>, acceso en 8 de Enero de 2007.
10. Ver: UNESCO, *Global and Internationally comparable statistics on education, science, technology, culture and communication*, disponible en <www.uis.unesco.org>, acceso en 9 de Enero de 2007.
11. Organización Mundial de la Salud, *The World Health Report 2004*, WHO Publications, Geneva, 2001. Disponible online en <www.who.int/whr/2001>, acceso 8 de Enero de 2007.
12. Extendiendo T. Nagel, "Poverty and Food: Why Charity Is Not Enough" in Peter Brown & Henry Shue (Eds), *Food Policy: The Responsibility of the United States in Life and Death Choices*, New York, Free Press, 1977.
13. Sugerido en O. O'Neill, "Lifeboat Herat" (1974) reeditado in Charles Beitz, Marshall Cohen, Thomas Scanlon & A. John Simmons (Eds), *International Ethics*, Princeton University Press, Princeton, 1985; T. Nagel, "Poverty and Food: Why Charity Is Not Enough" in Peter Brown & Henry Shue (Eds), *Food Policy: The Responsibility of the United States in Life and Death Choices*, New York, Free Press, 1977 y T. Pogge, *Realizing Rawls*, Cornell University Press, Ithaca, 1989, §24.
14. J. Rawls, *The Law of Peoples*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1999, p. 108.
15. Una Convenio de Lucha contra la Corrupción de los Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, que requiere que los Estados firmantes criminalicen el soborno de cargos extranjeros, fue finalmente elaborado en el seno de la OCDE bajo la presión pública producida por la nueva organización no-gubernamental Transparency International, disponible en <www.transparency.de>, acceso en 9 de Enero de 2007. La convención entró en vigor en Febrero de 1999, disponible en <www.oecd.org/document/21/0,2340,en_2649_34859_2017813_1_1_1_1,00.html>, acceso en 9 de Enero de 2007. [N.T. Existen diferentes versiones del texto en función de las múltiples variedades y acepciones en España y América Latina en: <www.oecd.org/dataoecd/41/25/2031472.pdf>, acceso en 9 de Enero de 2007].
16. L. Wantchekon, "Why do Resource Dependent Countries Have Authoritarian Governments?", Working Paper, Yale University, 1999. Disponible online en <www.yale.edu/leitner/pdf/1999-11.pdf>, acceso en 8 de Enero de 2007 y T. Pogge, *World Poverty and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Cambridge, Polity Press, 2002, cap. 6.
17. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Human Development Report*

1999, New York, Oxford University Press, 1999, p. 3. Muchos economistas rechazan este dato por considerarlo engañoso, y reclaman que la comparación debe ser hecha en términos de la Paridad de Poder Adquisitivo (PPA's) en lugar de los tipos de cambio del mercado [N.T. el "tipo de cambio del mercado" (*market exchange index*) se refiere al precio normal en el mercado]. De todos modos, los tipos de cambio del mercado son bastante apropiados para resaltar las desigualdades internacionales en pericia y poder de negociación, así como el creciente grado en que la pobreza es evitable: el hecho de que tan sólo un uno por ciento de la renta nacional de los países que poseen la renta más elevada sea suficiente para elevar a los países de renta más baja en un 74 por ciento.

La PPA's son en realidad inapropiadas para comparar niveles de vida. Pero las PPA's de consumo general, al estar basadas en los precios de todos los productos ponderados por su participación en el consumo internacional, exageran sustancialmente el poder adquisitivo de los pobres en relación con sus necesidades básicas, sobre las que están forzados a concentrar sus gastos. Esto sucede porque los países pobres tienden a permitirse los precios más ventajosos para bienes (servicios y otros "no-negociables") que sus ciudadanos pobres no se pueden permitir consumir. Al usar PPA's que nivelan las diferencias de precio a través de todas las mercancías, los economistas inflan las rentas nominales de los pobres como si su consumo reflejase el del mundo en su conjunto. Para una crítica más detallada, ver S. Reddy & T.W. Pogge, "How *Not* to Count the Poor", 2002. *Paper* aún no publicado, disponible online en <www.socialanalysis.org>, acceso en 8 de Enero de 2007.

Incluso si uno da por buenas las PPA's, el aumento en la desigualdad global resulta alarmante: Respecto a un periodo reciente de cinco años, "la desigualdad en el mundo se ha incrementado de un Gini de 62.8 en 1988 a 66.0 1993. Esto representa un incremento de 0.6 puntos Gini al año. Se trata de un crecimiento muy rápido, mayor que el experimentado por los EE.UU. y el Reino Unido en la década de los 80's. [...] El 5 por ciento inferior del mundo empobreció, ya que sus ingresos reales decrecieron entre 1988 y 1993 en un cuarto, mientras que el quintil más rico se enriqueció. Ganó un 12 por ciento en términos reales, esto es, creció más del doble que la media de la renta mundial (5.7 por ciento)"; B. Milanovic, "True World Income Distribution, 1988 and 1993: First Calculation Based on Household Surveys Alone", *The Economic Journal*, Vol. 112, 2002, p. 88.

18. Los Indicadores Mundiales de Desarrollo están disponibles en la Internet.

19. Ver <research.worldbank.org/PovcalNet/jsp/index.jsp>, acceso en 9 de Enero de 2007.

20. T. Pogge, "Recognized and Violated by International Law: The Human Rights of the Global Poor," *Leiden Journal of International Law*, Vol. 18, No. 4, 2005, pp. 717-745.

21. Citado en S. J. Gould, "The Moral State of Tahiti — and of Darwin", *Natural History*, Vol. 10, 1991, p.19.

22. Cf. también R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books, 1974, cap. 4.

23. J. Locke (1689), "An Essay Concerning the True Original, Extent, and End of Civil Government" in Peter Laslett (Ed), *John Locke: Two Treatises of Government*, Cambridge, Cambridge University Press, \$27 y \$33.

24. *Ibid.*, \$41 y \$37.

25. El Banco Mundial estima que, en 2001, de un total de 6.150 millones de seres humanos,

1.089 vivían por debajo de la línea internacional de la pobreza, que hoy en día se define en términos de 32,74\$ PPA 1993 al mes o 1.075\$ PPA 1993 al día (Shaohua Chen and Martin Ravallion, "How Have the World's Poorest Fared Since the Early 1980s?", *World Bank Research Observer*, 2004, Vol. 19, No. 2, pp. 147 y 153). "PPA" significa "Paridad de Poder Adquisitivo," así se considera a las personas como pobres bajo esta convención cuando sus ingresos anuales per capita tiene menos poder adquisitivo de lo que tenían 393\$ en los EE.UU. en 1993, o menos que 550\$ en los EE.UU. en 2006 (disponible online en <www.bls.gov/cpi/>, acceso en 9 de Enero de 2007). Quienes viven bajo de la línea de la pobreza, caen, como media, un 28.4 por ciento por debajo (Chen y Ravallion, op. cit, pp. 152 y 158, dividiendo la brecha de la pobreza (*poverty gap*) por el headcount index). [La "brecha de la pobreza" indica la distancia media bajo la línea de la pobreza, expresada como una proporción de ésta. El "headcount index" es un indicador que se refiere al porcentaje de la población que está por debajo de la línea de pobreza. N.T.J. Así que viven aproximadamente con 394\$ PPA 2006 por persona al año. En estos momentos, los ingresos en \$ PPA que el Banco Mundial adscribe a los pobres de los países en vías de desarrollo son, como media, cuatro veces mayores que sus ingresos reales en tipos de cambio del mercado. Así, el Banco Mundial iguala el producto nacional bruto per capita de la India de 460\$ a 2.390\$ PPA, el de China de 840\$ a 3.940\$ PPA, el de Nigeria 260\$ a 790\$ PPA, el de Pakistán 470\$ a 1.960\$ PPA, el de Bangla Desh de 380\$ a 1.650\$ PPA, el de Etiopía de 100\$ a 660\$ PPA, el de Vietnam de 390\$ a 2.030\$ PPA, y así (Banco Mundial, *World Development Report 2003*, Oxford University Press, New York, 2002, pp.232-233). Dado que prácticamente todos los pobres viven en estos países en desarrollo, podemos estimar que su renta anual per capita corresponde como mucho a 100\$ en tipos de cambio de mercado. La renta anual conjunta del quinto más pobre de la humanidad es entonces de 109.000 millones de dólares en tipos de cambio del mercado o, a groso modo, 0,3% del producto global.

26. Cf. R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books, 1974, p. 231.

27. En la declaración de Roma (1996) sobre la Seguridad Alimentaria Mundial, 186 gobiernos realizaron la solemne promesa de "erradicar el hambre en todos los países, con la intención inmediata de reducir el número de desnutridos a la mitad del nivel presente no más tarde de 2005." Más de la mitad de este periodo ha transcurrido con una escasa o nula reducción en las cifras de gente pobre y desnutrida. Pero se da un tipo de progreso: El objetivo se ha rebajado. La Declaración de la Naciones Unidas para el Milenio promete "reducir, para el 2015, la proporción de la población mundial cuya renta es menor de un dólar al día, y la proporción de la población que sufre hambre," usando 1990 como la línea base. Dado que la estimación del crecimiento de la población era de un 36% de 1990 a 2015, la reducción que se buscaba en el número de personas pobres y desnutridas entre 1996 y 2015 es ahora, no de un 50%, sino meramente de un 19% (T. Pogge, "The First UN Millennium Development Goal: a Cause for Celebration?", *Journal of Human Development*, Vol. 5, No. 3, 2004, pp. 377-397; Traducido para la lengua española por David Álvarez García "El Primer Objetivo de Desarrollo de la ONU para el Milenio: ¿Un Motivo de Celebración?"). A la vista de los 18 millones de muertes cada año debido a causas relacionadas con la pobreza, la postura oficial de aminorar el ritmo es moralmente inaceptable y la falta de esfuerzos de cara a implementar esta perspectiva, pésima. También hay que decir que los múltiples defectos del método de medir la pobreza del Banco Mundial conduce a una gran subestimación de la cantidad de personas que viven por debajo de su nivel de pobreza de un dólar al día (S. Reddy & T.W. Pogge, "How *Not* to Count the Poor",

2002. *Paper* aún no publicado, disponible online en <www.socialanalysis.org>, acceso en 8 de Enero de 2007). Más aun, esta línea de la pobreza es, por supuesto, grotescamente baja. (Traten de imaginar a una familia de cuatro viviendo con 2.200\$ al año en los EE.UU. o 1100 libras en el Reino Unido) El Banco Mundial también proporciona estadísticas para una línea de la pobreza más adecuada que se sitúa al doble de altura: 786\$ PPA 1993 (1.100\$ PPA en 2006 o alrededor de 275\$ en un país pobre típico) por persona y año. Se afirma que 2.735 millones de personas -cerca de media humanidad- viven debajo de esta línea superior de pobreza, a un 42 por ciento, de media, por debajo de ella (Shaohua Chen and Martin Ravallion, "How Have the World's Poorest Fared Since the Early 1980s?", *World Bank Research Observer*, 2004, Vol. 19, No. 2, pp. 153, después 152 y 158, dividiendo de nuevo la brecha de la pobreza entre el *headcut index*). La renta anual conjunta de estas personas es entonces de 440.000 millones de dólares en tipos de cambio de mercado o cerca del 0,9% del producto global. Su brecha de pobreza conjunta asciende a alrededor de 330.000 millones de dólares al año, 0,75% del producto global. El DRG sería pues suficiente para llevar a todos los seres humanos a la línea superior de la pobreza de 2\$/día del Banco Mundial.

28. De esta cuantía, se dedica normalmente menos del 10% a la erradicación de la pobreza o "servicios sociales básicos" (disponible online en <mdgs.un.org/unsd/mdg/SeriesDetail.aspx?srid=592&crid=>, acceso en 9 de Enero de 2007) –definidos como educación básica, atención primaria a la salud, (incluidas la salud reproductiva y los programas de planificación demográfica), programas de nutrición, de agua potable, higiene, así como la capacitación institucional para suministrar estos servicios. Añadiendo además los 7.000 millones de \$ que los ciudadanos destinan cada año a erradicar la pobreza severa a través de las ONG's internacionales, llegamos a un total de 18.000 millones de \$ anuales. Esto supone un 1/18 de lo que hubiese sido necesario para erradicar la pobreza severa, 1/37 de nuestro dividendo de paz anual, y 0.05 de nuestras rentas nacionales o 18\$ anuales de los ciudadanos de los países ricos.

29. Cf. Banco Mundial 2006, *World Development Report 2007*, p. 289. El producto anual global (la suma de todos los productos nacionales brutos) era de 44.983 billones de dólares al año en 2005. De éstos, el 79 por ciento pertenecían a los países más ricos, que contienen al 15.7 por ciento de la humanidad (ibid.). Solamente los EE. UU. , con un 4.6 por ciento de la población global, da cuenta del 28.8 por ciento del producto global (ibid. – y los EE.UU todavía se las arreglaron para renegociar a la baja su aportación al presupuesto de Naciones Unidas de un 25 a un 22 por ciento).

30. El fin de la Guerra Fría permitió a los países de rentas elevadas recortar su gasto militar conjunto de un 4.1 por ciento de su producto interior bruto en 1985 a 2.2 por ciento en 1998 (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Human Development Report 1998*, New York, Oxford University Press, 1998, p. 197; Ibid., *Human Development Report 2000*, Oxford University Press, New York, 2000, p. 217). Se puede estimar el dividendo de paz que recaudaron estos países en 675.000 millones de dólares (1.9 por ciento de su PIB conjunto anual de 35.529 millones de dólares en el 2005 – Banco Mundial 2006, *World Development Report 2007*, p. 289.

31. S. Drescher, *Capitalism and Antislavery: British Mobilization in Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 1986.

NÚMEROS ANTERIORES

Números anteriores disponibles en el sitio www.surjournal.org

SUR 1

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ

Origen, sentido y futuro de los derechos humanos:
Reflexiones para una nueva agenda

FLAVIA PIOVESAN

Derechos sociales, económicos y culturales y
derechos civiles y políticos

OSCAR VILHENA VIEIRA Y A. SCOTT DUPREE

Reflexión sobre la sociedad civil y los
derechos humanos

JEREMY SARKIN

La consolidación de los reclamos de
reparaciones por violaciones de los derechos
humanos cometidas en el Sur

VINODH JAICHAND

Estrategias de litigio de interés público para
el avance de los derechos humanos en los
sistemas domésticos de derecho

PAUL CHEVIGNY

La represión en los Estados Unidos después
del atentado del 11 de septiembre

SERGIO VIEIRA DE MELLO

Redefinir la seguridad Cinco cuestiones
sobre derechos humanos

SUR 2

SALIL SHETTY

Declaración y Objetivos de Desarrollo
del Milenio: Oportunidades para los
derechos humanos

FATEH AZZAM

Los derechos humanos en la implementación
de los Objetivos de Desarrollo del Milenio

RICHARD PIERRE CLAUDE

Derecho a la educación y educación para los
derechos humanos

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

El derecho al reconocimiento para gays y lesbianas

E.S. NWAUCHE Y J.C. NWOBIKE

Implementación del derecho al desarrollo

STEVEN FREELAND

Derechos humanos, medio ambiente y conflictos:
Enfrentando los crímenes ambientales

FIONA MACAULAY

Cooperación entre el Estado y la sociedad civil
para promover la seguridad ciudadana en Brasil

EDWIN REKOSH

¿Quién define el interés público?

VÍCTOR E. ABRAMOVICH

Líneas de trabajo en derechos económicos,
sociales y culturales: Herramientas y aliados

SUR 3

CAROLINE DOMMEN

Comercio y derechos humanos:
rumbo a la coherencia

CARLOS M. CORREA

El Acuerdo sobre los ADPIC y el acceso
a medicamentos en los países en desarrollo

BERNARDO SORJ

Seguridad, seguridad humana y América Latina

ALBERTO BOVINO

La actividad probatoria ante la
Corte Interamericana de Derechos Humanos

NICO HORN

Eddie Mabo y Namibia: reforma agraria y
derechos precoloniales a la posesión de la tierra

NLERUM S. OKOGBULE

El acceso a la justicia y la protección
a los derechos humanos en Nigeria

MARÍA JOSÉ GUEMBE

La reapertura de los juicios por los crímenes
de la dictadura militar argentina

JOSÉ RICARDO CUNHA

Derechos humanos y justiciabilidad:
una investigación en Río de Janeiro

LOUISE ARBOUR

Plan de acción presentado por la Alta
Comisionada de las Naciones Unidas para
los Derechos Humanos

SUR 4

FERNANDE RAINE

El desafío de la mensuración en derechos humanos

MARIO MELO

Últimos avances en la justiciabilidad de los derechos indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

ISABELA FIGUEROA

Pueblos indígenas versus petroleras:
Control constitucional en la resistencia

ROBERT ARCHER

Los puntos fuertes de distintas tradiciones:
¿Qué es lo que se puede ganar y lo que se puede perder combinando derechos y desarrollo?

J. PAUL MARTIN

Relectura del desarrollo y de los derechos:
Lecciones desde África

MICHELLE RATTON SANCHEZ

Breves consideraciones sobre los mecanismos de participación de las ONGs en la OMC

JUSTICE C. NWOBIKE

Empresas farmacéuticas y acceso a medicamentos en los países en desarrollo: El camino a seguir

CLÓVIS ROBERTO ZIMMERMANN

Los programas sociales desde la óptica de los derechos humanos: El caso del Bolsa Familia del gobierno Lula en Brasil

CHRISTOF HEYNS, DAVID PADILLA Y LEO ZWAAK

Comparación esquemática de los sistemas regionales de derechos humanos: Una actualización

RESEÑA

SUR 5

CARLOS VILLAN DURAN

Luces y sombras del nuevo Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

PAULINA VEGA GONZÁLEZ

El papel de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional: sus derechos y las primeras decisiones de la Corte

OSWALDO RUIZ CHIRIBOGA

El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el Sistema Interamericano

LYDIAH KEMUNTO BOSIRE

Exceso de promesas, exceso de incumplimiento: justicia transicional en el África Subsahariana

DEVIKA PRASAD

El fortalecimiento de la policía democrática y de la responsabilidad en la *Commonwealth* del Pacífico

IGNACIO CANO

Políticas de seguridad pública en Brasil: tentativas de modernización y democratización versus la guerra contra el crimen

TOM FARER

Hacia un eficaz orden legal internacional: ¿de coexistencia a concertación?

RESEÑA