



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 (EE.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 prerequisite 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 doblarse 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. Imagínese, 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 delinear 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 infrahumanas [...] 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 (Primero 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 descartados 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, zanjarse 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*, Rio 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.