

El Otro Derecho
es editado por el Instituto
Latinoamericano
de Servicios Legales
Alternativos ILSA
con el auspicio de Novib,
Cida y Diakonia

Editora:
Margarita Flórez
Consejo Editorial:
Mauricio Sanabria
Germán Burgos
Luis Carlos Arenas
Héctor Moncayo
Margarita Flórez

ILSA
Presidente:
Fernando Rojas
Director:
Héctor-León Moncayo
Junta Directiva:
Elsie Monge
Fernando Rojas
Carlos Federico Marés
Manuel Jacques
Ramón Custodio
Debra Evenson
Gladys Acosta
Octavio Carsen
Clarence Dias
Equipo Ilsa Bogotá:
Gladys Acosta
Luis Carlos Arenas
Germán Burgos
Margarita Flórez
Gloria González
Héctor Moncayo
Ruthy de Moncayo
Amanda Romero
Amparo Rojas
Carlos Alberto Ruiz
Mauricio Sanabria
Leonel Suárez

Producción:
Marta Rojas
Corrección:
Emma Ariza
**Fotomecánica
e Impresión:**
Dupligráficas

ILSA:
Calle 38 No. 16- 45
Tels.: (571) 2884772-
2883678- 2880416- 2455955
Correo electrónico:
ilsabog@ax.apc.org
Fax: 2884854 / A.A. 077844
Bogotá, Colombia

PRESENTACIÓN

5

DEBATES

7

Impunidad y protección
de los derechos humanos
Perfecto Andrés Ibáñez

33

Universalismo y diversidad cultural
en América Latina
María Luisa Bartolomei

INDICIOS

71

Paradigma ecológico
y nuevo derecho humano al medio ambiente
Vicente Bellver Capella

REFLEXIONES

81

El poder judicial en Brasil:
paradojas, desafíos y alternativas
José Eduardo Faria

Adpostal



Llegamos a todo el mundo!

**CAMBIAMOS PARA SERVIRLE MEJOR
A COLOMBIA Y AL MUNDO**

ESTOS SON NUESTROS SERVICIOS

VENTA DE PRODUCTOS POR CORREO
SERVICIO DE CORREO NORMAL
CORREO INTERNACIONAL
CORREO PROMOCIONAL
CORREO CERTIFICADO
RESPUESTA PAGADA
POST EXPRESS
ENCOMIENDAS
FILATELIA
CORRA
FAX

LE ATENDEMOS EN LOS TELEFONOS
2438851-3410304-3415534
980015503
FAX 2833345

Presentación

ILSA ha insistido en los dos últimos años en la necesidad de impulsar una reflexión conjunta sobre la reconceptualización de los derechos humanos. La aspiración es consolidar un pensamiento latinoamericano sobre las nuevas causas sociales que son objeto de la agenda internacional y nacional sobre el tema. No se trata de desestimar las profundas violaciones a los derechos llamados de primera generación sino de insistir sobre éstas, pero además constatar los cambios a nivel teórico y práctico que se están produciendo en el abordaje de los nuevos enfoques en materia de derechos humanos de la mujer, derechos culturales, derecho al ambiente sano, derechos de los pueblos indígenas y afroamericanos, de los niños, de las personas de la tercera edad.

Resultado de estas inquietudes es el contenido de la presente edición. En la sección *Debates* incluimos el artículo "Universalismo y diversidad cultural en América Latina", de la investigadora María Luisa Bartolomei, responsable del Instituto de Sociología del Derecho de la Universidad de Lund. La autora desarrolla una aproximación al tema con una nueva base filosófica que relee las prácticas sociales y culturales sobre sus necesidades económicas. En el caso concreto de América Latina esta nueva aproximación debe pasar por la historia de dependencia económica y cultural que marca las relaciones de estos países, y que arroja una desvalorización de los pueblos indígenas y en general de todo concepto no europeo. De igual forma nos invita a repensar un universo de tolerancia en el cual los derechos humanos individuales se compatibilicen con las nuevas causas colectivas y con la noción de diferencia que enmarca el discurso sobre la mujer y las cuestiones raciales.

El profesor Perfecto Ibáñez, en su trabajo "Impunidad y protección de los derechos humanos", elabora un análisis a partir de las debilidades de realización de los supuestos declarativos de los derechos humanos, base del Estado constitucional de derecho. Este panorama de ineficacia de las normas ante los desafíos de poder releva la importancia de una Magistratura que debería cumplir un papel activo, a pesar de las condiciones en que realiza sus tareas. Propone crear una fuerte cultura de los derechos que se enfrente a los

simples principios de justicia que no encuentran, en la mayoría de los casos, respuestas concretas.

En la sección *Indicios*, el profesor español Vicente Bellver Capella reflexiona sobre los alcances del "Paradigma ecológico y nuevo derecho humano al medio ambiente", a partir de una tridivisión temática. En la primera parte enumera las tensiones entre las ecofilosofías que basan sus diferencias en el objeto de sus aproximaciones: si se trata de conceptos biologists, el ser humano quedaría relegado respecto de su entorno. Valida la concepción humanista y más específicamente la ecofeminista que traslada los comportamientos patriarcales a la relación con la naturaleza.

El paradigma ecológico, desde su punto de vista, recogería las aspiraciones de las religiones en cuanto a su prédica de respeto entre especies y a la naturaleza como objeto de contemplación. De igual manera destaca la relación antropocéntrica moderada que coloca al ser humano en relación armónica con la naturaleza. La ecología política resalta la necesidad de abandonar el paradigma tecnocrático y volver a situar la responsabilidad humana frente a sus necesidades, lo cual dota las acciones de mesura. La categoría de los derechos humanos de tercera generación estaría dominada por la noción de derecho al medio ambiente.

Otro de los temas objeto de estudio y de debate entre los abogados, los grupos de servicios legales y los miembros del equipo de ILSA, es el de la administración de justicia. Un esfuerzo inicial es la investigación "Acceso a la justicia de los pobres urbanos: el caso colombiano", coordinada por Héctor Moncayo con la colaboración de Mauricio Sanabria, dentro del Proyecto de Gestión Urbana del Programa de Naciones Unidas, publicada en el libro *Acceso de los pobres a la justicia*, Colección Estudios Urbanos, Ediciones Sur, 1995, Chile.

Reflexiones presenta un profundo análisis del profesor brasileño José Eduardo Faria sobre los dilemas actuales del "Poder Judicial en Brasil: paradojas, desafíos y alternativas". Una serie de sondeos a distintos estamentos de la sociedad brasileña acerca de la visión sobre diferentes instituciones acompañan algunas hipótesis que explicarían y obligarían al Poder Judicial a enfrentar la realidad de que su alcance se recorta y surgen numerosas instancias extrajudiciales para la resolución de los conflictos. El reto al cual se ve enfrentado es el de no cambiar o el de hacerlo sin tener en cuenta los condicionantes reales de su actividad, pero lo que resulta claro es que poco a poco se menoscaba su campo de acción y que pasó el tiempo en que podía encarar de manera soberana su propio destino.

DEBATES

Impunidad y protección de los derechos humanos¹

Perfecto Andrés Ibáñez

Magistrado

Dirección: Frente del Bero 17, 4
28009, Madrid, España

"Todo ser tiene razón cuando está indefenso"

M. Torga

■ El profesor Ibáñez realiza a partir de una reflexión acerca de la cortedad de la acepción común de la palabra 'impunidad', una disertación sobre varios aspectos actuales de ella. La impunidad estaría ligada a la noción de autoridad, es decir quien transgrede la norma lo hace y no recibe castigo pues está amparado en su situación de poder; hecho que se correlaciona con la absoluta indefensión de la víctima. Las violaciones de los derechos humanos en los países dependientes son el reflejo del juego de poderes en el nivel internacional que poco ha avanzado para que realmente se materialicen las innumerables normas que sobre el tema se han expedido. La acción negativa de derecho en el orden interno se refuerza con la absoluta impunidad que se observa en el plano mundial.

-
1. Este texto es un desarrollo de la intervención oral del mismo título en el XIII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, celebrado en San José (Costa Rica), durante los días 13 al 23 de junio de 1995.

La democracia como aspiración, consigna su ideario en el Estado constitucional de derecho que no se encuentra realizado. La enumeración de derechos y de mecanismos de protección y de control no alcanzan una actuación real. Al jurista constitucional le corresponde inquirir de manera permanente por las carencias de efectividad de los derechos y no limitarse a legitimar los regímenes que se conforman con el simple positivismo. De ahí que no se pretenda construir siquiera nuevos paradigmas sino volcar en la práctica las normas que garantizan los derechos más elementales.

Impunity and Human Rights Protection

■ *Starting with an examination of the limited meaning of the word "impunity", as commonly understood, Dr. Ibañez develops a discussion of a number of ways the word is currently employed. At this point in time, "impunity" is linked with the idea of authority, in the sense that "someone breaks the norm and is not punished because they are protected by their position of power." This scenario has the effect of leaving the victim in a defenceless position.*

Human rights violations in developing countries are a reflection of international power relationships that have, in fact, progressed very little towards creating conditions for actually implementing the many norms that have been enacted. The behaviour of internal legal systems has reinforced the absolute impunity that can be observed on an international level.

The idealized democracy, based on the concept of a constitutional State with a rule of law, does not yet exist. Enumerating rights and mechanisms for protection and control does not reflect the real situation. The constitutional jurist should continually question the absence of respect for rights, rather than limiting him/herself to legitimating systems that conform with simple positivism. Rather than trying to construct new paradigms, she/he should insist that the norms guaranteeing the most fundamental rights be put into practice.

campo semántico por antonomasia en el imaginario colectivo. Todo se reduce a apenas dos líneas con una referencia intemporal a las conductas que siendo merecedoras de castigo, sin embargo, no lo recibieran.

Pretendo hablar de esa impunidad que no está en el diccionario -de la que la mayor parte de quienes me escuchan saben por obvias y duras razones bastante más que yo- para tomarla como punto de partida de una reflexión más general sobre el papel de los derechos fundamentales, del derecho como instrumento de garantía, y de la exigencia de replantearse los modos de proyección de este último, para adecuarlo a la medida de las necesidades reales de protección de aquéllos.

La clase de impunidad que reclama nuestra reflexión es, muy especialmente, la que debe su origen a la condición privilegiada de los autores de determinados crímenes, que es lo que, de entrada, les permite cometerlos y hace, luego, objetivamente imposible su persecución. Esto a pesar de que tales crímenes representen la conculcación masiva de los más elementales derechos.

Es la impunidad del poder, de los gobernantes, cuando, primero, al ejercerlo, se sustraen a cualquier límite derivado de la legalidad, y, después, hacen un uso torcido de ésta para autoprotgerse formalmente de las consecuencias que para ellos pudiera producir un retorno de la normalidad del Estado de derecho. Contando con el conocido vacío de respuesta a sus crímenes en el plano internacional.

Así resulta que los efectos criminales de una radical cancelación del derecho se convalidan mediante la ulterior manipulación instrumental del mismo, que de este modo resulta negado dos veces. Inicialmente por los delitos del poder y luego por la ausencia de castigo para sus autores. Con ello se pone de manifiesto una limitación esencial, inmanente al ser actual del Estado de derecho, debida a su limitada capacidad de respuesta, desde y con el propio orden jurídico, a las degradaciones salvajes del poder. Una limitación que obedece, en último término, a la dimensión estatal de la reacción punitiva, que, cuando no imposibilita, dificulta de manera extraordinaria la actuación represiva contra los detentadores del poder del Estado cuando son ellos los delincuentes. Sobre todo, en los supuestos más graves.

El silencio del diccionario

Sorprende comprobar la extraordinaria carga de sentido que impregna la palabra 'impunidad', sobre todo en el contexto latinoamericano, y el silencio del diccionario -por ejemplo el prestigioso enciclopédico *Larousse*, puesto al día, a la hora actual del mundo, como anuncia la propaganda editorial- sobre la acepción de la misma que remite al que hoy es su

Fronteras en la geografía de los derechos

La geografía del derecho, como instancia eficaz y positivamente ordenadora, tiene límites espaciales objetivos, en general, bastante claros, representados por las fronteras nacionales. En la experiencia histórica, incluso de historia inmediata, cuando lo que está en riesgo o lo que resulta directamente agredido son sólo los derechos humanos, con

**Tribunal
Permanente
de los Pueblos:
sobre
la impunidad
en América Latina**

independencia de la intensidad y la extensión de la lesión, y aunque la identidad y el poder del sujeto que la produzca anule de facto la capacidad de reacción de las víctimas, no hay problema, el asunto carecerá de relevancia externa. Nadie se dará por aludido.

Jean Paul Sartre, con su ácida lucidez, comentando un libro sobre la emigración clandestina de trabajadores en Francia, escribió en 1970: "el Tercer Mundo comienza en los suburbios" (de las ciudades del primer mundo, se entiende). Es cierto: las mismas barreras nacionales que representan un obstáculo infranqueable a cualquier acción en favor de los derechos, son una simple metáfora cuando lo que se mueve en el espacio son los intereses económicos, con su conocida capacidad de igualar en la desigualdad, por encima y más allá de las fronteras.

Esa escandalosa asimetría en el papel jugado por el espacio físico y político sobre la aplicación del derecho de los derechos humanos, en función de la naturaleza de los intereses en presencia, e, invariablemente, para privilegiar los dominantes de carácter económico, es un dato central para la comprensión adecuada de situaciones de vacío de juridicidad, primero, y de impunidad, más tarde, como las que en tiempos todavía recientes se han dado en esta región del mundo.

La regularidad comprobada en el modo de producción de estos fenómenos ha sido de un grado tal que ya no puede haber ninguna duda: la dramática ineficacia en la protección de los derechos, concebidos en su exclusiva dimensión nacional, en situaciones como las aludidas, es sin duda alguna funcional al transnacional fluido despliegue de los intereses económicos. La ausencia de un dispositivo institucional de alcance supranacional capaz de prestar tutela eficaz a los derechos humanos, parece contribuir en forma extraordinaria a la salud del proyecto económico global en acto, que, objetivamente, abre las fronteras al mercado mientras las cierra de manera celosa a la incidencia de lo más noble de los ordenamientos jurídicos, justo en los momentos en que mayor y más clamorosa es la demanda de eficacia que se proyecta sobre ellos.

Por eso a Jean Paul Sartre no le molestaría, creo, ser parafraseado en este contexto: no sólo el Tercer Mundo, *también la impunidad comienza en los suburbios*. Aunque, probablemente, sería más realista decir que, en rigor, lo hace en la *zona centro* de los países centrales, que es en realidad desde donde se difunde. De ahí que resulte tan moralmente inaceptable "anclar nuestro sentido de la justicia a los confines jurídicos de los Estados" (Bonanate).

No es, por tanto, una casualidad que, casi a finales del siglo XX el único proceso incoado por los fenómenos de impunidad a que he venido aludiendo, haya tenido que serlo ante una instancia moral, una instancia de opinión, como el Tribunal Permanente de los Pueblos (TPP), para suplir así, de forma simbólica, la ausencia de tribunales de justicia dignos de ese nombre, para juzgar, precisamente, los crímenes más atroces.

Por eso siguen teniendo patética vigencia las palabras, nuevamente de Sartre, pronunciadas en el discurso inaugural de la primera sesión del Tribunal Russell, en 1967, en Estocolmo: "Somos perfectamente conscientes de no haber recibido un mandato de nadie, pero si hemos tomado la iniciativa de reunirnos, es porque sabíamos que nadie *podía* darnos ese mandato. Ciertamente nuestro tribunal no es una institución. Y no sustituye a ningún poder constituido: ha nacido sobre todo de un *vacío* y de una *demanda*".

El vacío y la demanda subsistían cuando, en 1989, la Fundación Internacional Lelio Basso tomó, a requerimiento de diversas ONG del área, la iniciativa de abrir un proceso global ante el Tribunal Permanente de los Pueblos, al impresionante fenómeno de la impunidad de los crímenes de las dictaduras latinoamericanas, cometidos a través de dos décadas.

La resolución final (Bogotá, abril de 1991), emitida tras diversas sesiones nacionales de investigación y de debate, es un documento de interés excepcional, por su rigor en la precisión de los hechos y la consistencia de la valoración jurídica de los mismos.

En ese texto se pone de manifiesto con extraordinaria claridad cómo la acción de los gobiernos responsables de las atrocidades enjuiciadas se inscribe en un contexto de dependencia exterior, del que son parte esencial las "imposiciones del mercado mundial administradas por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional y la integración en el sistema militar panamericano". (Por cierto que el mismo TPP -Madrid, sesión del 1 al 3 de octubre de 1994- consideró a las dos primeras instituciones responsables de practicar "*políticas homicidas, dolosamente homicidas*", por su insistencia en prescribir medidas cuyo impacto -en términos de drástica degradación o caída de la calidad y expectativas de vida de las poblaciones de los países en desarrollo, de los países-víctima- conocían perfectamente). El documento de Bogotá señala asimismo el papel, causalmente determinante en el desarrollo de aquellos fenómenos, desempeñado por el apoyo de los Estados Unidos a las políticas de "seguridad nacional"; papel que concretándose en "el hecho de no prevenir los crímenes, o ni siquiera intentarlo, y también en el hecho de no revelarlos, puede configurarse como un crimen,

al no asumir una obligación jurídica precisa. Por ejemplo, en el caso de Honduras, donde la influencia de Estados Unidos es absoluta, esa práctica homicida puede identificarse como una forma de participación mediata y casi directa, en el ejercicio de la impunidad."

El interés del texto de referencia no se agota en la denuncia y la identificación de responsabilidades. Contiene, además, un corpus de doctrina jurídica internacional en tema de derechos humanos sumamente riguroso, que pone de manifiesto de forma incontestable cómo en el estado actual de la normativa correspondiente, además de la protección dispensada a los derechos fundamentales por reglas que son de *ius cogens*, existe también un *derecho a la justicia* (art. 8 de la Declaración Universal, 18 de la Declaración Americana, 13 de la Convención Europea, 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana), conforme al cual ha de considerarse existente un derecho humano fundamental a la jurisdicción, en el caso de violación de derechos fundamentales.

Vicisitudes de la soberanía

Experiencias de barbarie y fenómenos de impunidad como los protagonizados por las dictaduras latinoamericanas supusieron en el ámbito interno de los respectivos países una drástica cancelación de todo atisbo de Estado de derecho y con ella la reescenificación de un viejo sentido de la *soberanía* como *suprema potestas superiorem non recognoscens* que fuera atributo de un poder *legibus solutus*. Representaban el contrapunto de la situación existente -al menos formalmente existente- en los países con situaciones políticas caracterizadas por la vigencia de la división de poderes, el principio de legalidad y el reconocimiento de los derechos fundamentales.

Ferrajoli ha señalado cómo el reconocimiento de estos principios y su traducción -aun cuando siempre imperfecta- a las realidades institucionales representa una negación de la soberanía interna, al hacer que la relación Estado-ciudadanos registre un cambio de cualidad: de tener como sujetos a un soberano y sus súbditos, pasa a ser la relación entre "dos sujetos con soberanía limitada". Los poderes públicos dejan de ser "potestades absolutas" y se convierten en "potestades funcionales".

Desde mediados del pasado siglo hasta la mitad del actual, en paralelo al desarrollo -siempre precario- del Estado de derecho en la democracia liberal, con lo que supone de establecimiento de límites racionales al ejercicio del poder en el orden interno, se produce una absolutización del poder en el orden externo, al desaparecer cualquier idea de vínculo de signo iusnaturalista, de signo teológico o racional. De este

modo, el mundo de las relaciones entre países se convierte "en el equivalente internacional de la libertad salvaje del estado de naturaleza hobbesiano" (Ferrajoli).

Ese proceso tiene repercusión en el estatuto de los derechos fundamentales, al acotarse para ellos, como único espacio formal de garantía, el del derecho interno. De esta manera, los derechos del *hombre* sólo resultan reconocidos en el *ciudadano*. Así, el sujeto que no reúna esta condición será un sujeto sin derechos, del mismo modo que el espacio extraestatal es también un ámbito vacío de derecho. Semejante situación, que sigue vigente de facto en muchos aspectos, ha experimentado transformaciones de relieve, desde luego en el plano ideal, pero no sólo. Frente a aquel "estado de naturaleza" representado por las desreguladas relaciones entre estados, surge con la carta de la ONU, "un verdadero contrato social, histórico, no metafórico" (Ferrajoli).

La organización -como ha señalado Cassese- continúa marcada por la vigencia del viejo concepto de soberanía, puesto que según la Carta tiene como fundamento "el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros" (art. 2,1º), cuyo corolario, según el Nº 7 del mismo artículo es el principio de no injerencia. Las normas contenidas en la Declaración de 1948 y los Pactos de 1966 pertenecen a la categoría de derecho internacional imperativo. Así, los derechos fundamentales reconocidos de este modo no forman parte de aquel orden de "asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados"; puesto que los Estados miembros de la ONU han contraído en la Carta la obligación de respetar los derechos humanos (Pastor Ridruejo).

"Repensar la ONU"

Así pues, cabe afirmar, los derechos fundamentales consagrados en la Declaración Universal, en este momento, están fuera de discusión tanto en lo que se refiere a su legitimidad como a su vigencia. Además, por ejemplo el caso de España, tienen ciertos efectos jurídicos de derecho interno, como criterio de interpretación de las normas relativas a los derechos humanos y a las libertades que la propia Constitución reconoce (art. 10,2º de la Constitución de 1978).

El problema es, pues, de *eficacia*, y Cassese lo caracteriza muy gráficamente, describiéndolo como consecuencia de la coexistencia de dos modelos normativos en la comunidad internacional: "el modelo de Westfalia" y el "modelo de las Carta de la ONU". Aunque quizá se tendría que hablar ya de un único modelo *normativo* contradicho por una realidad fáctica abandonada en gran medida al puro juego de las relaciones económicas y/o de fuerza.

Pero este estado de cosas no es del todo impermeable.

ble a la influencia de la línea de principios que se proyecta desde aquella instancia jurídica internacional y de los esfuerzos que la sustentan. Existe una tensión dialéctica entre esos dos polos tan marcadamente heterogéneos, una dialéctica positiva, que no se está dando en vano, pero que opera con la lentitud del tiempo histórico. Una lentitud que es exasperante a tenor de lo perentorio de las necesidades de justicia.

Los derechos fundamentales, fuertes en el plano de la legitimidad, ya no sólo moral sino también jurídica, siguen contando con una protección, en general, débil, pero que llega al límite cuando quiebran los mecanismos de garantía del derecho interno por la acción prevaricadora del poder. En estos casos la inexistencia de mecanismos internacionales de respuesta de carácter jurisdiccional con la capacidad de emanar resoluciones dotadas de efectiva fuerza de obligar, confina el alcance de la reacción en el plano de la persuasión y la presión política y moral.

El dato de que se pueda contar con mecanismos de control como los representados por las actuaciones del Comité y la Comisión de Derechos Humanos, valorado en una perspectiva histórica, no es poca cosa. Pero si se piensa en términos de necesidades reales el asunto cambia sustancialmente. Como se sabe, sólo en algunos sistemas regionales -los propiciados por el Consejo de Europa y la Organización de Estados Americanos- se ha alcanzado algún grado de efectividad en la garantía. Y, desde luego, en el primer caso, que me es más familiar, aunque, a través del recurso individual (art. 25 de Convenio Europeo) constituya la forma más avanzada de tutela en el plano internacional, la excesiva lentitud del curso de los procesos representa un lastre importante desde el punto de vista de la eficacia de las resoluciones (Matscher); y la incidencia de éstas, en una perspectiva global, no pasa de ser poco más que simbólica.

En el presente estado de cosas, junto a la divergencia antes constatada entre el plano normativo internacional y el curso real de las relaciones entre Estados, cabe registrar otra de indudable relevancia, que naturalmente es derivación de la primera. Me refiero a la ostensible inadecuación del actual diseño orgánico de la ONU a la satisfacción de las exigencias que emanan de su propio ordenamiento. Ello ha llevado a Ferrajoli y Senese a plantear abiertamente la necesidad de "repensar la ONU".

En esa línea y con un horizonte que es el mismo en que se sitúa la demanda de recursos para poner fin a las situaciones de impunidad actuales y futuras, estos autores proponen una reforma del Tribunal Internacional de Justicia, que pasaría por: a) la dotación de carácter obligatorio a

su jurisdicción; b) el reconocimiento de legitimación para actuar ante ella, no sólo a los Estados, sino también a los sujetos individuales; y c) la introducción de la responsabilidad de los gobernantes por los crímenes de derecho internacional.

Esta propuesta tiene como marco otra más general de democratización de los órganos de la ONU, mediante la supresión de las posiciones de privilegio de las cinco potencias vencedoras de la segunda guerra mundial; la eliminación de la figura de miembro permanente del Consejo de Seguridad, o al menos su ampliación a los países más poblados del Tercer Mundo; la supresión del derecho de veto de los cinco miembros permanentes y el reforzamiento de los poderes de la Asamblea General; y la institución, en fin, de una segunda Asamblea General representativa de los pueblos y elegida por sufragio universal o, al menos, por los parlamentos nacionales, por un sistema proporcional, que se sitúe junto a la Asamblea General de los Estados.

Esto último porque se hace imprescindible, en la perspectiva sugerida, atribuir la condición efectiva de sujetos de derecho internacional, a todos los efectos, a quienes tienen jurídicamente reconocida la titularidad de los derechos fundamentales: los individuos y los pueblos. Es necesario y urgente acabar con el sarcasmo que supone que la subjetividad de derecho internacional se encuentre de hecho monopolizada por los Estados, frente a quienes, precisamente, ha de darse efectividad a la garantía de aquéllos. En tanto no se ponga fin a esta situación, la ONU continuará siendo esa especie de "caricatura de Estado de derecho" que, con toda razón ha visto en ella Rigaux.

Las cuatro libertades y "la quinta libertad"

La criminalidad de los gobernantes, que tiene por víctimas a sus ciudadanos, comporta de manera regular la impunidad de los correspondientes delitos, con el resultado de que la forma más brutal de ineffectividad de los derechos humanos -no sé si decir que paradójicamente- es la que exhibe el mayor déficit de tratamiento reparador. Sin embargo, no se debe perder de vista que los derechos humanos pueden padecer también regularmente en otros escenarios, incluso en los connotados en forma convencional de "democráticos" o de "estados de derecho".

Esta constatación hace necesario orientar también la reflexión en esa perspectiva, por fortuna ya más cotidiana en Latinoamérica, aunque lo sea de forma precaria e insatisfactoria. Y hay que hacerlo porque, a pesar de que la distancia -por razón de gravedad- entre la clase de negación de los derechos humanos y el sufrimiento concreto para personas concretas que producen las situaciones de impunidad, y la

que pueda derivarse de los modos de operar estatales en situaciones de funcionamiento *normalizado* de las instituciones, sea de años luz, siempre cabrá registrar, entre unos y otros, algún tipo de relación.

Todas las negaciones de derechos, al margen de su intensidad -que no puede ser en modo alguno indiferente, esto ha de quedar claro- pertenecen al mismo género. Y, aunque se produzcan en distintas partes del mundo y separadas por miles de kilómetros, se refuerzan recíprocamente. Lo normal es que tras unas y otras violaciones se encuentren los mismos intereses obteniendo de ellas alguna clase de rentabilidad. Es por lo que me parece ajustado a la realidad advertir cierta complementariedad estructural *-sistémica-* entre, por ejemplo, las más odiosas dictaduras latinoamericanas y la contemporánea indigencia de derechos característica de la vida de muchos millones de miserables norteamericanos. Norteamericanos del "suburbio" de Sartre. (Aunque, claro que no es igual ser lanzado al mar desde un avión de la fuerza aérea argentina, que tener que *aceptar* desde la indefensión procesal más absoluta la *oferta* de pena del fiscal en un juzgado del Bronx neoyorkino). Del mismo modo, no es difícil identificar el hilo conductor -nada sutil- que une la hipersensibilidad de la ONU ante la invasión de Kuwait por las tropas de Sadam Hussein, y la práctica indiferencia inicial y la pobre y extemporánea reacción de la Organización ante la inmediata genocida masacre de kurdos debida al mismo tirano irakí. Estos casos y tantísimos más que podrían traerse aquí son elementos de esa misma realidad compacta que tiene, como Jano, dos caras, y, de ellas, en una "las cuatro libertades" de Roosevelt, y en la otra "la quinta libertad" de Chomsky.

Por otra parte, del mismo modo que la difusión de la cultura de los derechos contribuye decididamente a reforzarlos, la conciencia de la indefensión profundiza las dimensiones reales de ésta.

Democracia como proceso abierto

Por oposición a las situaciones de impunidad como situaciones de poder en ausencia de límites procedentes del derecho y de falta de garantía de los derechos, suele hablarse de *democracia* allí donde los modos de operar estatales se ajustan a estándares de legalidad tenidos por aceptables. Por ejemplo, en el caso de España, es práctica habitual que, para marcar distancias con el período franquista, se califique el momento actual como democrático, sin más, y resulta observable -sobre todo cuando se habla desde posiciones de poder- cierta tendencia a considerar el presente como una suerte de estación término, de fin de trayecto.

No cabe la menor duda de que usos de la terminología política como los aludidos cumplen cierta función descriptiva, porque, en efecto, y por seguir con el ejemplo español, la Constitución de 1978 marca un *antes* y un *después*. Y lo mismo cabe decir de otros momentos constituyentes de significación equivalente. Sin embargo, esa clase de lenguaje no agota toda su virtualidad en la descripción. En efecto, además de describir, sugiere como ya realmente existente un estado de cosas que no tiene -y, es probable, no puede tener en ningún caso- plena existencia real. Por eso, la aplicación del calificativo "democráticas" a realidades políticas concretas, como -por poner un ejemplo paradigmático- las actuales de Gran Bretaña, Francia o los Estados Unidos, cumple también una función *ideológica*, es decir, de ocultación de una parte de la realidad, de inducción de falsa conciencia acerca de la verdadera calidad del acontecer político de los respectivos países.

Esto es así porque, en nuestra cultura contemporánea, un uso riguroso del signo "democracia" sólo puede tener como referente el modo ideal de concebir las relaciones entre los hombres y de éstos con las instituciones. Es, en consecuencia, un modelo, como tal, nunca satisfactoriamente encarnado por ningún texto constitucional o declaración de derechos. Es la razón por la que, hace algunos años, Capella se mostraba partidario de no usar el nombre de democracia en vano. De evitar asociarlo a órdenes institucionales concretos, para tomarlo como punto de referencia -siempre externo, o ético-político- y nunca como punto de llegada. Es decir, reservarlo para designar lo que es un proceso permanentemente abierto, que es lo propio de la categoría que expresa una dimensión axiológica del actuar social, siempre capaz de incorporar nuevos y más ricos contenidos de valor, como hasta ahora ha venido sucediendo en la historia.

Ahora bien, vicisitudes recientes de ilegalidad masiva, incluso de ilegalidad de código penal, como las que se han hecho visibles en los marcos institucionales de muchos países del primer mundo -el caso de Italia es emblemático, pero también los de España y Francia- han puesto de relieve que no es sólo la democracia como paradigma lo que pertenece al mundo de la idealidad utópica. Hay algo de alcance más modesto, situado respecto de aquélla en un más acá, que tantas veces se ha dado por descontado, como es el Estado de derecho, que -ahora no cabe ninguna duda- está a su vez por realizar en aspectos fundamentales, también allí donde se acostumbra a darlo por descontado.

No sólo la *democracia*, como momento ideal de plenitud de efectividad y disfrute de los derechos fundamentales en sus diferentes modalidades, sino incluso el Estado de

derecho -y no sólo el Estado social de derecho del llamado "constitucionalismo emancipador"- sino el Estado liberal de derecho, el de las elementales libertades negativas, presenta por doquier relevantes defectos de realización. De éstos no están libres los países que se tienen por culturalmente más avanzados y ni siquiera en los momentos mejores de sus vicisitudes políticas.

Por ejemplo, volveré de nuevo al caso español y más concretamente durante la etapa socialista, podría afirmarse la existencia de una regla empírica de carácter general de tolerancia, o relativa impunidad, de la tortura, que se expresa en los obstáculos puestos por el Ejecutivo a la investigación judicial de delitos de esa naturaleza atribuidos a agentes del orden público, y en la reiteración, casi sistemática, con que se ha ejercido el derecho de gracia en favor de los que han llegado a ser condenados.

Estado de derecho siempre por realizar

De todos los que han llegado a alcanzar plasmación normativa, el modelo de organización del Estado más avanzado en una perspectiva garantista es el que actualmente se conoce como *Estado constitucional de derecho*, que tiene expresión normativa en el mejor constitucionalismo de la segunda postguerra mundial. Sus rasgos caracterizadores son: a) la incorporación del catálogo de derechos fundamentales del ideario liberal con un buen nivel de tutela, desde el punto de vista formal; b) la incorporación de los conocidos como "derechos sociales", incorporación limitada, puesto que su reconocimiento va acompañado de una protección hartamente débil, puesto que su efectividad queda confiada a la discrecionalidad estatal; c) la consagración del principio de legalidad, que implica el deber de sumisión de todos los poderes a la ley; d) el control político-administrativo (interno) y parlamentario (externo) del ejercicio del poder; e) el control de la legalidad de los actos de éste por el judicial, en última instancia; y d) un imperativo general de funcionalidad del ejercicio de todos los poderes a la realización de los derechos fundamentales en todas sus modalidades.

Estos últimos, al decir de Ferrajoli, se configuran normativamente "como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política", de modo que mientras ésta se identifica con "la *esfera de lo decidible*, delimitada y vinculada por aquellos derechos (...) los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la *esfera de lo indecidible*".

Esta forma de concebir la organización del poder, aceptada en principio por bastantes constituciones, no sólo

del primer mundo, representa un modelo que, aun cuando pueda aparecer dotado de fuerza normativa de obligar, es notorio que alcanza siempre un insuficiente grado de realización práctica. Expresa una aspiración ideal que constituye, precisamente, la antítesis de la impunidad, en cuanto orientada a evitar -preventivamente- los usos prevaricadores del poder y -reactivamente- a dar una respuesta punitiva a los responsables de los mismos.

Los gobiernos en general han tratado de presentar este modelo como realidad en acto. En esto han contado con la ayuda inestimable de los juristas, vocacionales funcionarios del poder y propagandistas entusiastas del positivismo dogmático, cuya función se ha concretado en operar como si, o para hacer creer que el deber ser jurídico estaba siendo en efecto actuado.

De esta generalizada actitud cómplice de los juristas, de su contribución por medio del derecho al enmascaramiento de la verdadera imagen del statu quo, se derivó una percepción profundamente negativa de lo jurídico en los medios culturales y políticos progresistas, que ha permanecido durante mucho tiempo. Así, "el derecho como instrumento de la derecha", llegó a ser un topos muy difundido, apenas sin contestación.

Afortunadamente, en años todavía recientes, ha adquirido arraigo en la cultura de los juristas progresistas la lúcida percepción de Lelio Basso: el orden jurídico de los Estados de derecho, como fruto que es de la lucha de clases, o de los conflictos sociales, es él mismo una realidad también conflictual, de la que forman parte contenidos de valor actuales, mediante un esfuerzo que cuenta con el respaldo formal de la consagración legal y que devuelve nueva actualidad a "la lucha por el derecho" que Ihering concibió como un deber de la persona para consigo misma y con la sociedad. La lucha por el derecho es un momento específico, pero no separado ni ajeno a la desarrollada por los individuos y los grupos interesados en la mejora de la calidad humana de las relaciones sociales.

Tal particularidad del orden jurídico se expresa muy bien en las constituciones avanzadas en las que el empuje de los sectores progresistas de la sociedad han conseguido insertar ambiciosos catálogos de derechos, con el valor normativo de verdaderos proyectos de plasmación obligatoria.

Este es el sentido del ideal normativo-constitucional, concebido como algo a realizar mediante un esfuerzo positivo, vinculante además para el Estado, tal como aparece reconocido en textos constitucionales como el italiano y el español vigentes (arts. 3,2º y 9,2º, respectivamente), y que ha

sido recientemente teorizado por Ferrajoli. Este autor recupera para una comprometida y estimulante comprensión garantista del Estado y del derecho el dato esencial de la divergencia inevitable entre el ser y el deber ser normativo de nuestros ordenamientos.

En efecto, la generalidad de las constituciones vigentes encarna un deber ser ambicioso, que es intranormativo porque formalmente dotado de fuerza de obligar, pero que carece de traducción a la legalidad ordinaria y, más aún, encuentra escasísima proyección en las prácticas institucionales. Tal falta de correspondencia con el imperativo constitucional, aporta a la misma ley ordinaria y a las actuaciones que propicia, un evidente factor de deslegitimación. Pone en evidencia el incumplimiento de las promesas constitucionales, en una y otras.

En tal perspectiva, una teoría del derecho de inspiración constitucional no puede ser -ni siquiera jurídicamente hablando- doctrina de la legitimación (y por tanto ideológica), sino que ha de ser doctrina de deslegitimación interna de las acciones y decisiones de cualquier instancia de poder que no se ajusten al deber ser constitucional.

Naturalmente el deber ser jurídico-constitucional del Estado de derecho no es ni puede entenderse como plena realización del deber ser ético o político; dimensión axiológica abierta de manera permanente, a la que antes me he referido. Esta, como tal, será siempre una plataforma ideal y externa desde donde ejercer la crítica del -de todo el- derecho vigente, incluida la Constitución. Pero eso no impide que esta última encarne a su vez un deber ser jurídico interno, más limitado, pero también pendiente y necesitado de realización. Una realización que incumbe a todos en forma imperativa, pero que para el jurista y, en particular, para el juez, representa un específico deber profesional.

Por eso, si el jurista tradicional se distinguía y se distingue como un espécimen híbrido de maquillador-fontanero, comprometido con la labor de ocultar los bajos fondos del derecho tras una quimérica planta noble del mismo, el jurista constitucional sólo se justifica por el desempeño de la función opuesta. Esta consiste en poner de manifiesto las miserias y los incumplimientos que anidan dentro de la legalidad y en las prácticas que propicia, para tratar de hacer prevalecer, con la mejor técnica, los principios constitucionales tantas veces conculcados de manera abierta y nunca suficientemente cumplidos. Y todo por un imperativo que es, antes que nada, de naturaleza jurídico-constitucional.

Lo que aquí se postula no es una suerte de nuevo iusnaturalismo, ni la enésima versión idealizante del ordena-

miento sino todo lo contrario. Es un planteamiento que expresa la única visión realista (por onmicomprensiva) y realmente practicable del mismo. Tiene, además, la ventaja de llevar también, con plena justificación, la lucha por los derechos al interior del derecho, a fin de contribuir a que éste pueda ocupar su espacio ideal-constitucional. Es decir, dejar de ser el tradicional pasivo instrumento del poder, para actuar como freno y como criterio de validez de sus actos.

Es obvio que todo esto ha de entenderse como tarea por realizar, que no obstante su legitimidad, necesita de un sujeto, sujeto colectivo, que encuentra su primer candidato natural en el jurista. La lucha por los derechos tiene, junto a una específica dimensión jurídica, otra de naturaleza político-cultural en el más amplio sentido, que, naturalmente, trasciende el marco de las instituciones y el quehacer de sus operadores. Como también ha expresado con lucidez Ferrajoli, la efectividad de la garantía "política" de fidelidad de los poderes al mandato constitucional no podrá obtenerse cuando falte esa otra garantía "social" que es la vigilancia de los ciudadanos.

A este respecto, mientras el punto de vista tradicional del positivismo dogmático sobre el derecho se inscribía en las prácticas sociales como un factor de desmovilización, al encubrir la verdadera realidad del derecho mismo y, más aún, de las relaciones sociales, brindando al poder una legitimación incondicionada, la concepción garantista del orden jurídico es un potente elemento de movilización cultural democrática, porque deja de funcionar como instrumento de ocultación, desvela críticamente la naturaleza -también desigual- del propio derecho, hace más difícil su instrumentalización ilegítima por parte del poder, contribuyendo así a su sumisión a la ley, y tira de ésta y de la realidad regulada hacia el modelo ideal-constitucional, concebido como algo permanentemente por realizar.

Desconfiar del poder

El permanente grado de frustración del deber ser constitucional del orden jurídico es una radical señal de identidad del mismo, su normalidad, y admite grados. Estos son, en realidad, grados de ineffectividad de los derechos fundamentales, cuyas vicisitudes experimentan variaciones relevantes de país a país, incluso en los países que genéricamente se describen como Estados de derecho.

La ineffectividad de los derechos fundamentales se expresa sobre todo en la criminalidad en general, a veces fruto de la existencia de verdaderos poderes criminales organizados. Pero lo hace como impunidad cuando la criminalidad procede de manera directa del poder, y éste se sustrae al

derecho punitivo, frustrando también el derecho fundamental a la jurisdicción, que asiste a las víctimas. Esa capacidad de impunidad se ve facilitada -preventivamente- por el profundo carácter selectivo de la proyección (o falta de proyección) del derecho penal en función de los distintos bienes jurídicos y valores dignos de protección. Después por los modos también selectivos de respuesta a la ilegalidad criminal, cuya eficacia está condicionada en forma sensible por la posición que ocupan sus autores, la naturaleza de los medios de que disponen, los criterios inspiradores de la política penal y el control de los aparatos represivos, en particular de la policía y el ministerio público.

La criminalidad del poder, del mismo modo que cualquier otro fenómeno de ilegalidad admite grados, como lo demuestra plásticamente la fenomenología de este tipo de delincuencia que con tanta exuberancia se ha manifestado hace poco en algunos países europeos. En el caso de Italia va desde posibles implicaciones directas en la mafia (es la acusación dirigida contra un político tan emblemático como Andreotti), hasta la rapacidad en la captación ilícita de fondos de diversa procedencia de un Craxi. En el caso español, desde el terrorismo de Estado que representa la existencia de los GAL, a la masiva depredación de los llamados "fondos reservados" del Ministerio del Interior, y la financiación ilegal del partido de gobierno, a través de la creación de una tupida red de sociedades de fachada.

Pero la captación del fenómeno en toda su complejidad exige dirigir la mirada también hacia otros ámbitos institucionales, en particular los comisionados para el control político-administrativo y -sobre todo- el parlamentario, que, con frecuencia, se han manifestado escandalosamente inactivos. En unos casos -es el de la España socialista- porque la reiteración de mayorías absolutas en el Gobierno ha permitido la amortización de tales instituciones, como consecuencia de una extraordinaria concentración de poder político. Concentración legítima en su origen, pero que ha posibilitado formas degradadas de ejercicio de aquél. En otros, por la vía de pactos entre partidos, que en realidad encubrían sórdidas tramas de intereses.

A esta compleja confluencia de factores se ha debido la circunstancia de que la respuesta desde la legalidad a la criminalidad del poder originada en tales situaciones, sólo haya resultado posible por la actuación de la magistratura. En el supuesto de España, estimulada por los medios de comunicación, mediante la aportación de datos incriminables.

De este modo, junto a la profunda expresión de crisis del Estado de derecho visible en la seria degradación

criminal de relevantes segmentos de la actividad política, se ha manifestado, de manera no menos llamativa, el potencial de garantía representado por una justicia independiente y con capacidad de hacer valer la legalidad de forma omnidireccional. Y también la eficacia de la garantía social (Ferrajoli) como momento de fiscalización desde fuera de las instituciones, del actuar de éstas, que en las situaciones aludidas ha cobrado realidad en los medios de comunicación.

Semejante constatación lleva a concluir en este punto que si hay algún lujo que el ciudadano del Estado de derecho no puede permitirse, es el de renunciar a cualquier dispositivo de control del poder, de garantía de la calidad de su ejercicio conforme a derecho. Precisamente el Estado de derecho, que implica un articulado sistema de cautelas, pensado, además, para un poder legitimado por el sufragio, encarna de manera clara un decantado principio de desconfianza.

Injusticias e impunidades de baja intensidad

Las consideraciones precedentes no agotan el haz de proyecciones negativas del poder sobre los derechos, generadoras de indefensión y de impunidad. Estas se originan, asimismo, por otras vías menos traumáticas en sus formas de manifestación, menos llamativas, de cotidiana visibilidad e incluso abiertamente toleradas, no obstante la amplitud de su incidencia. Constituyen la normalidad -bien que normalidad degradada- de las prácticas institucionales de control social. Y tienen como privilegiado campo de operaciones tres áreas: la actividad policial, la judicial y la institución penitenciaria.

De todas las formas de manifestación del poder en su dimensión represiva, la ejercida a través de la policía es la más penetrante, puesto que suele concretarse de manera directa en la aplicación de la fuerza física. Es por eso -a pesar de su incisividad- la que resulta menos mediada jurídicamente, la más expuesta al arbitrio y a las recaídas en la informalidad de lo puramente fáctico. A tal extremo que la tortura sigue -en mayor o menor medida, pero de forma estable- formando parte del oscuro paisaje de los centros de detención. (En el caso de España, el Comité Europeo de Prevención de la Tortura, creado en el marco de la Convención Europea de Prevención de la Tortura, ha girado dos visitas, en 1992 y 1994, y emitido los correspondientes informes confidenciales, que el Estado español se niega, quizá por algo, a hacer públicos).

Chapman ha señalado el carácter muy selectivo del *modus operandi* de la policía: ésta encuentra a los delincuentes -los crea o contribuye activamente a crearlos, dirán otros criminólogos críticos- donde los busca. Pero lo cierto es que, una vez dentro del ámbito preseleccionado, determinadas

capas de población, la proyección suele ser indiscriminada y masiva. Y, además, y aquí se produce una importante quiebra del principio de legalidad, con frecuencia arbitraria, puesto que no tiene como fundamento indicios de criminalidad, ni como función la eventual instauración de un proceso penal.

En efecto, una constante empírica de las intervenciones policiales, acreditada hasta la saciedad por la simple observación del propio entorno, en cualquier latitud, es que las mismas se mueven, como regla, por debajo de los estándares legales. Por ejemplo, y es un dato tomado de la realidad española, donde la Constitución dice que "la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos" y en todo caso no más de 72 horas (art. 17,2º), el funcionario-tipo lee que *dispone de todo* ese tiempo de la libertad de cada ciudadano y acomoda a esa convicción su práctica habitual.

Por otra parte, al contrario de lo que exige un derecho penal fundado en el principio de presunción de inocencia, en el principio de materialidad de la acción y en el de mínima intervención, las policías de la generalidad de los países tienden a actuar por muestreo. Es decir, no porque haya pasado algo, sino, simplemente, para ver qué pasa.

Este modo de operar policial autónomo, es decir no preordenado al servicio de la jurisdicción y al margen de los principios inspiradores de ésta, se convierte en una forma de penalización en sí mismo, en una suerte de atípico *ius puniendi* de naturaleza extralegal. Aunque, a veces, como ha sucedido en España recientemente, merced a la conocida como ley corcuera, encuentra un respaldo legal efectivo, por la vía de rebajar el paradigma de legalidad instaurado por el legislador liberal hasta situarlo al nivel de lo que venían siendo prácticas policiales irregulares.

Así ocurre que las intervenciones policiales de ese tenor representan con seguridad uno de los momentos de mayor distancia entre las prácticas institucionales y la legalidad constitucionalmente entendida, que tendría que ser su fuente de inspiración. La frecuencia y la naturalidad con que aquéllas se producen, la indefensión de sus destinatarios habituales y la predisposición a reconocerles legitimidad por parte de los sectores sociales para los que esas prácticas represivas se traducen en protección, son factores que contribuyen a generar frente a ellas una tolerancia casi generalizada. No obstante, representan uno de los momentos más significativos de quiebra del estado de derecho en su pretensión ordenadora de los actos del poder. Una relevante fuente de impunidad, por tanto, en la medida en que se trata de la

privación o limitación de derechos mediante el uso de poderes impropios desde el punto de vista constitucional.

Esta clase de usos suelen tener su coartada en la necesidad de hacer frente a peligrosas formas de criminalidad, como el terrorismo, en los años 70. Ahora, en los países europeos, ha experimentado una espectacular difusión, con motivo de la persecución de conductas relacionadas con el tráfico de sustancias estupefacientes, más bien el pequeño tráfico que tiene por protagonista al consumidor constreñido a vender para financiarse la dosis diaria. El efecto de tales políticas penal-policiales sobre los ordenamientos jurídicos de inspiración liberal está siendo en realidad desastroso. De hecho, en la generalidad de las legislaciones penales del continente, se han abierto camino auténticos *códigos penales paralelos*. En ellos quedan fuera de aplicación la práctica totalidad de los principios de la dogmática, para dar paso a técnicas incriminadoras y ulteriores formas de actuación inspiradas en lo que yo llamaría *tipo sociológico de autor*, puesto que convierten en dato penal -policialmente- relevante simples actitudes personales o modos de ser, puros síndromes patológicos las más de las veces, que son lo único en efecto reprimido. Porque lo cierto es que la droga, con la que supuestamente se trataría de acabar, continúa afluyendo incontenible a los mercados.

Pero no es el policial el único espacio en el que los derechos y garantías padecen un verdadero vía crucis. También los principios que constitucionalmente deberían inspirar los modos de operar jurisdiccionales conocen significativos momentos de degradación, que se traducen en otros tantos espacios de impunidad real. En particular el de presunción de inocencia que, como se sabe, es la piedra angular del proceso penal, mientras que éste, al decir de Illuminati, es el "banco de pruebas de la solidez de las instituciones democráticas".

El principio de presunción de inocencia, como ha hecho notar Ferrajoli, tiene en el reconocimiento constitucional del instituto de la prisión provisional, no una mera derogación parcial, como se ha pretendido, sino una verdadera antinomia. La relación entre ambos sólo puede ser de incompatibilidad esencial, y así debe ser reconocida, como una aporía irreductible.

Por otro lado, se da la circunstancia de que, en la experiencia de la generalidad de los países, de los más a los menos avanzados como Estados de derecho, la política penal descansa, más que en la pena misma formalmente impuesta por sentencia firme, en la privación preventiva de libertad, aplicada de manera generosa.

Ninguna agresión al principio de presunción de ino-

cencia se produce en vano y sin consecuencias, y la representada por el uso -que es siempre abuso, por más legal que resulte- de la prisión provisional, inevitablemente abierto al arbitrio, repercute con extraordinaria negatividad en la cultura de los jueces, al generar en ellos hábitos de poder impregnados de irracionalidad y de decisionismo autoritario. Un síntoma bien expresivo de lo que se dice puede constatar-se en la marcada tendencia a convalidar como penas las privaciones de libertad de carácter cautelar, ya sufridas, a despecho de los resultados de la actividad probatoria.

Tiene que ser así, pues del hecho de que la medida de mayor gravedad objetiva -la prisión sin condena- haya de imponerse sobre la base de un pre-juicio, se deriva de forma inevitable una banalización del juicio oral y contradictorio como momento de obtención, con criterios de racionalidad, del único conocimiento procesalmente relevante.

Como resultado, con la mayor frecuencia, los modos policiales de operar que se han denunciado -que ya han gozado preventivamente de cierta complicidad judicial por defecto de control desde la legalidad- encuentran plena correspondencia en ulteriores actuaciones judiciales objetivamente ajenas al principio de presunción de inocencia entendido como regla de juicio.

La política penal antidroga a que me he referido repercute en forma muy directa degradando la calidad de las actuaciones jurisdiccionales que propicia. Y es que, en efecto, las operaciones policiales por muestreo, es decir, ajenas al paradigma indiciario, provocan puros simulacros de juicio, donde el puesto de la información testifical sobre hechos lo ocupa la simple reiteración ritual de declaraciones estereotipadas, que reproducen rutinariamente un modelo de intervención -y de declaración- estándar. Que, naturalmente, da lugar a pronunciamientos judiciales también estandarizados.

Como en el caso de la policía, también en la justicia, al margen del modelo constitucional, prevalece en gran medida un antimodelo real que hace de aquélla, con desgraciada frecuencia, un puro apéndice de las políticas de control social. Esto acontece con la complicidad de los propios jueces y por su pasiva integración en el marco de los correspondientes aparatos, no obstante el deber que les concierne de controlarlos desde la legalidad.

También el poder del juez experimenta degradaciones al plano de la pura facticidad. Estas suelen tener como vehículo resoluciones inmotivadas que hacen que un ejercicio de la jurisdicción indigno de ese nombre forme todo un *continuum* con las recusables actuaciones policiales antes descritas. Con una diferencia, en este caso la responsabilidad es

mucho mayor, porque mayor tenía que ser -es- la conciencia de la gravedad de los incumplimientos.

El ámbito penitenciario constituye el tercer espacio abierto a los fenómenos de impunidad que forman este bloque. A este respecto hay que decir que no resulta necesario acudir al pensamiento abolicionista, basta leer la prensa de todos los días y tener una sensibilidad despierta a los problemas del entorno, para saber a ciencia cierta que la cárcel de finales del siglo XX es un verdadero condensado de horrores. En ella, además, para que no falte nada, crece de forma metastásica esa suerte de peste medieval recuperada que es el SIDA.

Hoy el consenso no puede ser más pleno: la cárcel no reeduca, no recupera y ni siquiera garantiza la vida de quienes se encuentran confiados a la solicitud del Estado; de aquéllos que mantienen con él, como dice el jurista, "una relación de especial sujeción".

En el colmo de las paradojas, se puede decir que la cárcel ni siquiera es, en sentido estricto, el lugar de cumplimiento de las penas judicialmente impuestas. Primero, porque en ella muchos son "presos sin condena". Y segundo, porque los que están allí por sentencia firme cumplen penas reales que desbordan de forma escandalosa el marco de la exclusiva privación de la libertad personal.

En efecto, aparte de la drástica eliminación de otros derechos derivada de determinados datos del contexto, lo cierto es que el desarrollo del régimen carcelario se produce en un margen de ilimitada discrecionalidad administrativa, que actúa sobre la pena formalmente impuesta, modelándola con fines disciplinarios.

Cierto que en algunos ordenamientos se ha dado un principio de judicialización del régimen penitenciario, pero bastante tenue, con lo que con dificultad opera en términos reales como instrumento de control de la arbitrariedad. Así, dadas las condiciones de opacidad y hermetismo del marco en que se desarrolla la actividad de la administración carcelaria, ésta es poco menos que objetivamente incontrolable.

De nuevo, junto a la existencia de dramáticos momentos de impunidad de los abusos del poder que se producen en este ámbito institucional, es de registrar también la existencia de un área de responsabilidad judicial, derivada del frecuente desentendimiento o del tratamiento burocrático de las cuestiones que en este terreno se someten a su consideración.

Creo, con sinceridad, que en todo lo relativo a la privación de libertad institucionalizada (policial, judicial, carcelaria), como paradójico escenario que es de innumerables actos de agresión a derechos básicos en régimen de impunidad real, no debe escatimarse la denuncia, pero sobre

Como constructores de catedrales

todo la de la pasividad y las inhibiciones de los jueces, cuyo deber profesional les compromete aquí en especial.

A estas alturas lo sabemos todo. La realidad -atroz para la mayoría de los humanos, en la perspectiva en que se sitúan estas reflexiones- es transparente. Las reglas, el deber ser no puede estar más claro en sus prescripciones ni en su carácter formalmente vinculante, que, además, nadie discute. Y existen objetivamente los medios para dar un giro radical a la situación: el sistema que fue capaz de organizar la guerra del Golfo "en un santiamén" lo puede todo. Todo lo que realmente quiera. Por eso, hay que concluir que realmente quiere lo que está sucediendo.

A partir de esta evidencia, es obvio que la prevención primaria de los fenómenos de impunidad reclama políticas de garantía de la efectividad de los derechos de todas las generaciones (civiles, políticos, sociales, culturales, a los bienes comunes). Pero no hay que engañarse, el impulso necesario tendrá que nacer de la sociedad civil. Por eso, se trata de contribuir activamente a crear la conciencia capaz de suscitar la amplísima demanda social que hace falta para cambiar el curso de esta historia.

Existe, también, otra forma de prevención que guarda relación con la "prevención general negativa" de los penalistas. Es la actuable a través de una generalización de la denuncia, sobre todo de la denuncia concreta, que contribuya a hacer visibles las transgresiones y más difícil el trabajo de los verdugos de cualquier tamaño y condición. Y, asimismo, más difícil y más incómoda la pasividad de los operadores políticos y jurídicos, internacionales y nacionales, a los que, cuando menos, tendría que hacerse soportar toda la carga de deslegitimación que sea posible arrojar sobre ellos desde las instancias de la razón y el derecho.

Este es un campo que las ONG conocen bien porque lo trabajan todos los días, pero en el que tendría que dedicarse atención especial a la crítica de las actuaciones (y de las omisiones) judiciales inaceptables y dar apoyo y estímulo a quienes cumplen -a veces en situaciones de extrema dificultad- con su deber. No se puede olvidar que, cuando falla la prevención de las ocasiones de los crímenes -mayores y menores- contra los derechos humanos, la única respuesta eficaz es la que podría dar, tanto en el plano internacional como en el interno, una jurisdicción imparcial, actuando desde la legalidad constitucionalmente interpretada.

En última instancia se trata de crear una fuerte cultura de los derechos y provocar una reconversión de los instrumentos jurídicos para hacerlos funcionales a los que

hoy son -no simplemente principios de justicia- sino ya, como se ha visto, normas de carácter imperativo y del mayor rango.

Los juristas tienen aquí una responsabilidad especial. Ferrajoli los ha convocado al compromiso fuerte con la concepción garantista del derecho -a la que él ha hecho aportaciones que significan un enorme paso hacia adelante- y a empeñarse en la puesta a punto de lo que llama "un constitucionalismo de derecho internacional". Ciertamente, dice, que una propuesta de este género "puede hoy parecer irreal, pero más irreal e ilusoria es la idea de que la violación de los derechos fundamentales en cuatro quintas partes del planeta pueda a la larga coexistir con esa utopía conservadora que es el cierre de la fortaleza europea -añadiré aquí también la americana- sin poner en peligro, como advierte el preámbulo de la propia Declaración Universal de 1948, la paz y nuestra misma seguridad".

Es cierto que las propuestas avanzadas se mueven en el horizonte de la utopía: difícilmente pueden hacerlo en otro. Y, desgraciadamente, lo mismo hay que decir de muchas demandas menos ambiciosas. Pero, aparte de que no son pocas las cosas que en el curso de la historia se han arrancado con esfuerzo de ese extraño yacimiento, si hay alguna pretensión quimérica es la de que la situación de la humanidad al día de hoy, con su evolución previsible de continuar prevaleciendo la misma dinámica, puede durar indefinidamente. Ernesto Sábato lo decía hace muy poco, con tanta sencillez como contundencia, a un medio de comunicación: en este plan, "hay mundo para cuarenta años".

Sea o no cierto, pienso con Chomsky que "no existen respuestas mágicas ni panacea alguna para vencer los problemas a los que nos enfrentamos, sólo las habituales: la búsqueda honesta de la comprensión, educación, organización y acción que incrementen los costes de la violencia del Estado para quienes la perpetren o que sienten las bases del cambio institucional; así como el compromiso capaz de perder peso a las tentaciones de dejarse abatir por el desencanto, pese a los múltiples fracasos y los éxitos limitados, es decir, el compromiso inspirado por la esperanza de un mundo mejor."

Paradójica tarea ésta, a la que las personas sensibles tienen que aplicarse con la entrega y la rapidez de reflejos de los servicios sanitarios de urgencia, pero, al mismo tiempo, con la histórica paciencia y la esperanza que se atribuye a los constructores de catedrales.

Bibliografía Andrés Ibáñez, P., *Justicia / conflicto*, Editorial Tecnos, Madrid, 1988.

"Juzgado de guardia: el Estado de bienestar en el banquillo", en *Jueces para la Democracia. Información y Debate* Nº 5.

- "Los estragos de la droga... en el ordenamiento jurídico", en *No hay derecho* N° 11.
- Balducci, E., *Montezuma scopre l'Europa*, Edizioni Cultura della Pace, Florencia, 1992.
- Binder, A., "Perspectivas de la reforma procesal penal en América Latina", en *Justicia penal y estado de derecho*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- Blanc Altemir, A., *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1990.
- Bobbio, N., *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991.
- Bonanate, L., *I doveri degli stati*, Laterza, Roma-Bari, 1994.
- Capella, J. R., "Límites de la democratización capitalista" y "Transformaciones del Estado contemporáneo", en *Los ciudadanos siervos*, Editorial Trotta, Madrid, 1993.
- Carranza, E. y otros, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, Ilanud, San José de Costa Rica, 1983.
- Cassese, A., *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, Il Mulino, Bolonia, 1984.
- I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 1988. (Hay traducción española de Editorial Ariel, Barcelona).
- Chapman, D., *Lo stereotipo del criminale. Componenti ideologiche e di classe nella definizione del crimine*, Einaudi, Turin, 1971.
- Chomsky, N., *La quinta libertad*, Editorial Crítica, Barcelona, 1988.
- Christie, N., *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- De Cabo, C., *La crisis del Estado social*, Ediciones PPU, Barcelona, 1986.
- De Lucas, J., *Europa: ¿convivir con la diferencia?*, Tecnos, Madrid, 1992.
- "El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural", *Temas de Hoy*, Madrid, 1994.
- Escobar Hernández, C., "Mecanismos de Naciones Unidas para proteger y promover los derechos humanos", en *Hacia una justicia universal*, Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, 1993.
- Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.
- "El derecho como sistema de garantías", en *Jueces para la Democracia. Información y Debate* N° 16-17.
- La sovranità nel mondo contemporaneo*, Anabasi, Milán, 1995.
- Ferrajoli, L., Senese, S., "Quattro proposte per la pace", en *Democrazia e Diritto* N° 1/1992.
- Fix Zamudio, H., *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Editorial Civitas, Madrid, 1982.
- Flores D'Arcais, P., "Izquierda y legalidad", en *Jueces para la Democracia. Información y Debate* N° 19.
- Fondazione Internazionale Lelio Basso per il Diritto e la Liberazione dei Popoli, *Un pianeta senza governo. Crisi e futuro del sistema delle Nazioni Unite*, Edizioni Associate, Roma, 1988.
- García de Enterría y otros, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Editorial Civitas, Madrid, 2ª ed., 1983.
- García Méndez, E., *Autoritarismo y control social. Argentina, Uruguay, Chile*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1987.
- Giraldo, J., *Colombia, esta democracia genocida*, Editorial Cristianisme i justícia, Barcelona, 1994.
- Illuminati, G., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bolonia, 1979.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*, ed. de E. R. Zaffaroni, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1984.
- Jouve, E., *Le droit des peuples*, Presses Universitaires de France, Paris, 1986.
- Larrauri, E., *La herencia de la criminología crítica*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1991.
- Liga Internacional por los Derechos de los Pueblos. Sección Colombiana, *Pueblos* (boletín de aparición periódica cuyos diversos números contienen un material de sumo interés acerca del derecho internacional humanitario, sus infracciones y materias afines).
- Maier, J. B. J., "Democracia y administración de justicia penal en Iberoamérica. Los proyectos para la reforma del sistema penal", en *Jueces para la Democracia. Información y Debate* N° 16-17.
- Matscher, F., "La tutela giurisdizionale dei diritti dell'uomo a livello nazionale ed internazionale", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1989.
- ODonnell, D., *Protección internacional de los derechos humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2ª ed., 1989.
- Pastor Ridruejo, J. A., "La protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas: aspectos humanitarios y políticos", en *Cursos de Derecho Internacional*, Vitoria-Gasteiz, 1989.
- Rigaux, F., *Introduction à la science du droit*, Editions Vie Ouvrière, Bruselas, 1974.
- La Carta di Algeri, *La Dichiarazione Universale dei Diritti dei Popoli*, Edizioni Cultura della Pace, Florencia, 1988.
- Sartre, J. P., Escritos políticos 3. *El intelectual y la revolución*, Alianza Editorial, Madrid, 1987.
- Senese, S., "Justicia internacional, cooperación y derechos de los pueblos", en *Jueces para la Democracia. Información y Debate* N° 9.
- Tribunal Permanente de los Pueblos, *Proceso a la impunidad de los crímenes de lesa humanidad en América Latina 1989-1991*, Liga Internacional por los Derechos de los Pueblos, Sección Colombiana, Bogotá, 1991.
- Tribunale Permanente dei Popoli, *Le sentenze: 1979-1991*, ed. de G. Tognoni, Nova Cultura Editrice/Bertani Editore Verona, Verona, 1992.
- "Resolución de la Sesión de Padua-Venecia (5-9 de octubre de 1992), sobre La conquista de América y el derecho internacional".
- "Sesión sobre las políticas del Fondo Monetario Internacional

y del Banco Mundial", en *Jueces para la Democracia. Información y Debate* N° 21.

Tribunal Russell, *Sesiones de Estocolmo y Roskilde*, Editorial Siglo XXI de España, Madrid, 1969.

Villán Durán, C., *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, edición mecanográfica, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1990.

Zaffaroni, E.R., *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Editorial Temis, Bogotá, 2ª ed., 1990.

Universalismo y diversidad cultural en América Latina¹

María Luisa Bartolomei

Programa Integrado de Derechos Humanos
Responsable para América Latina
Instituto de Sociología del Derecho
Universidad de Lund - Suecia - Lund, junio 1994

■ *Uno de los dilemas acerca de los derechos humanos es definir si son universales o más bien se trata de complejizar su declaración y su aplicación, teniendo en cuenta los diferentes sujetos y circunstancias sociales y culturales que reclaman de manera continua ser reconocidos en su momento y en su lugar.*

La simple noción de individualidad sobre la cual se basa el reconocimiento de la persona parece estar cediendo terreno a la noción de derechos colectivos, los cuales privilegian su accionar en la pluralidad de los sujetos y en la comunidad de los intereses tutelados. Esto implicaría aceptar que existen escenarios sobre los cuales se puede incidir de manera diferente al ejercicio de la solitaria ciudadanía.

La homogeneización no ha podido subyugar las variadas formas humanas de concebir el mundo y de expresar sus aspiraciones y menos aún con el creciente débito de las relaciones económicas y sociales. Si se conciben los dere-

1. Ponencia presentada en el 48 Congreso Internacional de Americanistas (ICA) Estocolmo/Uppsala, julio 4-9, 1994.

chos humanos como un proceso de continuo cambio en el cual se prueban de manera constante las premisas de universalidad, se podría ir construyendo un universo en el cual las diferencias impliquen tolerancias, donde tengan cabida las mujeres, los niños, las minorías étnicas activas y no arqueologizadas. Este esfuerzo desafía los contenidos de poder de las relaciones pero también establece un mejor acuerdo que integre y no asimile ni subordine los intereses multiculturales.

Universalism and Cultural Diversity in Latin America

■ *One of the important questions today is whether human rights are universal or whether they should be expressed and applied in a more complex fashion, taking into account different subjects and social and cultural circumstances that demand recognition when and wherever they are.*

The simpler concept of individual rights based on recognition of the person seems to be giving way to the concept of collective rights, which function in terms of a plurality of subjects and in the community who's interests are being protected. This implies acceptance of scenarios in which rights can be exercised differently by groups than by individual citizens.

The new climate of homogenation has not been able to change the many ways that human beings view the world and express their aspirations, especially in the context of growing economic and social problems. If human rights are conceived as a process of continual change in which the premises of universality are constantly being tested, it may be possible to build a world in which differences imply tolerance, where women and children have power, and where ethnic minorities are agents and not subjects of archaeological research. This growing force represents a challenge to those in power positions, but it also proposes a better type of agreement--one that integrates, but neither assimilates nor subordinates--multicultural interests.

Introducción² 1. Hacia una nueva universalidad de los derechos humanos

Este artículo intenta reflexionar sobre los siguientes temas: 1) la necesidad de fundar los derechos humanos sobre una base filosófica nueva, que revea críticamente e incluya la praxis de los pueblos, sus culturas, necesidades sociales y económicas, sus historias de opresión y abarque sus diferencias; 2) en este proceso de elaborar lo universal como la unidad en lo distinto, repensar los conceptos de cultura legal y cultura de la tolerancia, derechos individuales versus derechos colectivos; 3) hacer un breve repaso de las graves consecuencias de la colonización europea en América Latina, su relación con la violación de los derechos humanos, las características del sistema jurídico existente y la desvalorización de lo "no europeo", base de la identidad de los sectores de poder en el continente; 4) introducir brevemente el tema del derecho de los pueblos indígenas y su relación en fenómenos de la cultura y de la identidad étnica; 5) reconsiderar el concepto universal de los derechos humanos hoy predominante, basado en lo europeo, en lo masculino y en lo blanco.

El filósofo Marcelo Dascal habla de la profunda "crisis de identidad" por la que está pasando actualmente la filosofía, al igual que otras disciplinas, y explica este fenómeno cultural como un reflejo de la situación sociocultural y geopolítica del planeta:

Tras unos cinco siglos de expansión, la civilización europea -u occidental- ha logrado establecer su hegemonía cultural, política y económica por todo el planeta. Con excepción de algunos pequeños grupos humanos en los lugares más apartados de los bosques tropicales, prácticamente en cualquier parte del mundo se puede (esperar) calmar la sed bebiendo Coca-Cola, soñar con la libertad democrática y aspirar a los beneficios de las maravillas de la economía de mercado. El Occidente se ha regocijado por su éxito al superar las últimas barreras importantes contra su expansión: el muro de Berlín y la Gran Muralla China... Y, sin embargo, este impresionante logro de la civilización occidental la ha obligado, paradójicamente, a enfrentar interrogantes profundos y problemáticos. La subyugación de formas de vida alternativas solamente fue posible con una firme creencia de que la racionalidad occidental -encarnada en las tradiciones culturales, polí-

2. Parte de este artículo se presentó en la Conferencia Internacional sobre Diálogo Sur-Sur sobre el Estado de Derecho y la Vigencia de los Derechos Humanos: Intercambio de experiencias y Apertura de Nuevas Sendas, Lund - Suecia, 10-14 de mayo 1993, organizada por el Programa Integrado de Derechos Humanos, Instituto de Sociología del Derecho de la Universidad de Lund.

ticas y económicas de Occidente- representa la más elevada forma de autorrealización humana. Pero... ¿Han podido los valores occidentales llenar el vacío engendrado por la destrucción de otras tradiciones culturales? ¿O este patrón de vida nuevo y civilizado ha dejado a miles de millones de personas desorientadas y sin raíces?³

Más adelante, el mismo autor explica:

Ciertamente no pueden ignorarse las mejoras que se han logrado en el mundo entero en cuanto a expectativas de vida, educación, movilidad y libertad. Pero el cumplimiento de las promesas de un continuo progreso global puede empezar a parecer cuestionable, en vista de la resistencia de las dificultades antiguas y nuevas. ... Quizá, podría preguntarse alguien, haya algo equivocado en la idea de la superioridad y universalidad de la racionalidad occidental sobre la cual se basa la fe en la capacidad de Occidente de asegurar un progreso continuo. Dentro del contexto de dicho cuestionamiento empiezan a surgir el relativismo y el pluralismo, al menos como una opción que vale la pena considerar.

La posibilidad de una actitud relativista para una mente occidental implica, entonces, el abandono (por lo menos momentáneo) de su acostumbrada seguridad y autosatisfacción.⁴

Y siguiendo esta reflexión, el mismo autor se formula una serie de interrogantes: "... ¿es posible que nosotros, los occidentales, no tengamos un proyecto certificado para resolver todos los problemas, si no inmediatamente, por lo menos 'a la larga'? ¿Es posible que 'otros' tengan métodos o antimétodos, conocimientos o intuición, reglas o tradiciones de acción, mediante los cuales puedan enfrentar mejor no solamente sus problemas, sino quizá también los nuestros? ¿Es posible que entablemos con ellos (o que ellos entablen con nosotros) relaciones bilaterales mediante las cuales cada una de las partes tenga la libertad de absorber de la otra lo que más le convenga, sin destruir por ello su forma de vida?"⁵

En este camino de reflexión surgen interrogantes tales como ¿en qué medida la vigencia del Estado de Derecho en el "Sur" resolverá las acuciantes injusticias sociales existentes, la marginación social y económica de gran parte de la población, el autoritarismo y la intolerancia? ¿Hasta dónde el sólo desarrollo del "Estado de Derecho" y su llamada "cultura legal" en los países del norte ha solucionado los conflictos culturales y raciales en estas sociedades? ¿En qué medida el

3. Dascal, Marcelo, Introducción, en "Relativismo cultural y filosofía: perspectivas norteamericana y latinoamericana", 1992, p. 6.

4. *Ibid.*, p. 7.

5. *Idem.*

Estado de Derecho en los países industrializados ha respetado la "diferencia", ha resuelto la discriminación basada en razones de raza, color, sexo, cultura, religión, idioma, posición económica o social y ha sentado condiciones para una sociedad basada en la tolerancia y el respeto hacia lo "nuevo" o lo "distinto"?

Dentro del campo de los derechos humanos, un especialista en derecho internacional, el profesor Antonio Cassese, plantea la universalidad como un mito en el mundo actual. La observancia de los derechos humanos difiere de país en país y los derechos humanos se conciben de distinta manera. Sin embargo la humanidad dispone actualmente de extensos textos normativos que indican cuáles son los derechos y las libertades fundamentales que corresponden, en principio, a cada individuo de la tierra y qué autolimitaciones han de imponerse a los Estados para garantizar esos derechos y libertades. Estos textos han sido elaborados dentro de las Naciones Unidas especialmente después de las experiencias sufridas en la Segunda Guerra Mundial y hasta nuestros días.⁶

En las Naciones Unidas, el texto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 intentaba reconocer un concepto universal, transhistórico del ser humano. Con este documento que constituye un conjunto de principios "jusnaturalistas", se invita a los Estados del mundo a adherirse, representando fundamentalmente una autoridad ética y política. Pero en los textos de 1966, las convenciones o pactos -el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-, en la medida que expresan un acuerdo entre partes contratantes, los Estados se comprometen a hacer algo, a promover los derechos que las Convenciones enumeran. Por lo tanto, los Pactos tienen valores diferentes: justamente porque constituyen tratados internacionales propiamente dichos, obligan a los países que de manera expresa los han aceptado por medio del procedimiento formal de la adhesión.⁷

Cassese explica como estos tres documentos señalan unos mismos parámetros de conducta para todos los Estados. Sin embargo, sería poco realista que diseñasen rígidamente, para todos los países del mundo, el mismo esquema de relación entre el gobierno y los individuos; en otras palabras, que

6. Cassese, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Cap. 3, "Los derechos humanos ¿son verdaderamente universales?", Barcelona, 1991, pp. 58-80.

7. *Ibid.*, p. 58.

proyectasen, a nivel mundial, el mismo modelo de sociedad y el mismo modelo de Estado. Este autor agrega que estos textos han sido elaborados por países profundamente diferentes: industrializados o en vías de desarrollo; de economía de mercado o de economía planificada; pluralistas o basados en el sistema de partido único; sometidos a regímenes militares o civiles, a monarquías o repúblicas, agobiernos autocráticos o a sistemas de democracias parlamentarias y sobre todo con historias culturales y concepciones religiosas distintas.⁸

La Declaración y los Pactos intentan consagrar unos parámetros de alcance universal, que por lo menos tendencialmente deberían ser válidos para todos los Estados del mundo y tener así como beneficiarios a todos los habitantes de la tierra. Pero ¿es real esta relativa universalidad? Esos parámetros, esos preceptos universales ¿se entienden, perciben y ponen en práctica del mismo modo en todo el mundo, o hay diferencias y distanciamientos mayores que los permitidos por los parámetros mismos?⁹

Cassese intenta también mostrar los principales puntos sobre los cuales los distintos países del mundo se muestran aún muy alejados entre sí: en otras palabras, los puntos en los que el esfuerzo de unificación mundial, perseguido durante la elaboración de los tres grandes documentos, aún no ha producido efectos concretos. Nombra en primer lugar profundas divergencias en el concepto filosófico de los derechos humanos. Por ejemplo, los países occidentales están en general todavía anclados en una visión "jusnaturalista", precisamente la que han propugnado durante la redacción de los tres grandes textos. Para ellos los derechos humanos son propios de la naturaleza de los individuos, son un elemento intrínseco de la "cualidad de persona humana" y, por lo tanto, son anteriores a toda estructura estatal y deben ser respetados por los gobiernos.¹⁰

Otra discrepancia importante se refiere a las diferentes concepciones culturales y religiosas. Para los occidentales, proclamar los derechos humanos significa sobre todo tutelar la esfera de la libertad individual contra el excesivo poder del Estado invasor. Distinta visión tienen los países del Tercer Mundo. Por ejemplo, es distinto el concepto que se desprende de las grandes tradiciones culturales asiáticas, tales como el concepto budista, la tradición hinduista o la tradición confuciana, donde la relación individuo-Estado tiene otras dimensiones. Es importante nombrar también la

8. *Ibid.*, p. 59.

9. *Ibid.*, p. 60.

10. *Ibid.*, p. 62.

tradición islámica. Sin embargo, en la tradición africana y de los pueblos indígenas del continente americano se observa cómo se da énfasis especial a la comunidad frente al individuo.¹¹

Por lo tanto, se necesita dar un nuevo contenido concreto a la universalidad, contenido que aún falta en las declaraciones abstractas. Sin embargo el hecho de plantear la necesidad de una universalización de los derechos humanos lleva a un enriquecimiento y flexibilización de este concepto y contenido. Construir una universalidad que reconozca las diferencias, abarque lo distinto, reconozca el derecho a la propia identidad, la autonomía de los sexos, las razas, las edades y las etnias.¹²

Las distintas partes de nuestro mundo se van volviendo cada vez más interdependientes, así como el curso de la historia gana continuamente velocidad e intensidad. Y en este sentido nos preguntamos, ¿cómo podría el hombre ejercitar su libertad de manera responsable si carece del conocimiento de su contexto espacial y temporal, del pasado del que proviene y a partir del cual debe intentar modelar su futuro? ¿Cómo podríamos aumentar nuestro propio potencial de libertad si no por medio de un profundo conocimiento y a veces identificación con las diferentes formas de vida, las pruebas, los sueños y las posibilidades de otros que fueron y son diferentes a nosotros?¹³

La comunidad internacional ha adoptado ciertas normas que se derivan de las declaraciones de derechos. ¿De qué forma elegir un árbitro que garantice su efectividad? La Organización de las Naciones Unidas no puede jugar ese papel puesto que es una asociación de gobiernos que representa naciones. De acuerdo con autores como Jeanne Hersch, exdirector de la División de Filosofía de la Unesco, ni los gobiernos ni las naciones pueden jugar el papel de "conciencias" morales o legales. La organización de las Naciones Unidas no puede dejar de reflejar las relaciones de poder existente, las cuales entrañan amenazas, presiones y chantajes. Si bien es cierto que no son relaciones de poder en su forma más pura, puesto que pueden ser modificadas por una "opinión pública" más o menos vigilante o más o menos informada, compuesta de conciencias individuales, respaldadas por cierta

11. *Ibid.*, pp. 63-64.

12. Velásquez Toro, Magdala, *Derechos humanos, diferencia, conflicto y discriminación*, Bogotá, septiembre 1991, p. 8.

13. Ver Hersch, Jeanne, "Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos en el contexto europeo", en A. Diemer, J. Hersch y otros, *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Unesco, Barcelona, 1985, p. 156.

propaganda, de todos modos por lo general prevalecen.¹⁴

Sin embargo, resulta perturbador para un occidental darse cuenta que el Tercer Mundo lo percibe como el portador de un mensaje de desconocimiento y ambigüedad en el momento mismo en que él proclama la universalidad de los derechos humanos. Es importante recordar a Occidente que el lenguaje de los derechos humanos, en la misma Europa, logra su autenticidad a partir de las luchas que precedieron ese discurso, comenzando por la de la burguesía revolucionaria contra el absolutismo del Estado. Europa debe recordar su época de violencia pasada y sus experiencias presentes.¹⁵

Por lo tanto, la idea de dignidad humana no es un privilegio europeo sino tiene su origen y nace del grito de rebelión de todos los explotados de la Tierra. Es necesario volver al fundamento, que es el hombre que padece desde hace milenios. Lo que cambia son las formas en que expresa su indignación, las modalidades de expresión de la exigencia universal de respeto, en resumen, la nomenclatura de los derechos.¹⁶

Sin embargo es difícil coordinar un pensamiento comprometido con las luchas de la humanidad para elevarse por encima de una historia que, para la inmensa mayoría, sigue siendo todavía una historia del sufrimiento, y del sufrimiento injusto.

2. Concepción del hombre como un ser de praxis; base filosófica para los derechos humanos

Partimos del concepto del hombre como ser práctico, que crea su historia, sus condiciones materiales de vida, sus formas sociales, su moralidad y su ley más allá de cualquier límite preconcebido. El fundamento último de los derechos humanos está constituido por las necesidades esenciales de cada individuo, cuya realización bajo condiciones históricas dadas es una condición necesaria para su supervivencia social y su desarrollo. La ley es justa, humana y válida sólo si estatutos particulares y actas legales expresan esas necesidades concretas; si no lo hacen, la ley es la expresión de la fuerza. Si la ley queda reducida a la ley positiva, a lo que está escrito en las leyes de un Estado, no es más que una justificación de intereses particulares de la elite dominante.¹⁷

14. *Ibid.*, pp. 165-66.

15. Ricoeur, Paul, "Fundamentos filosóficos de los derechos humanos: una síntesis", en A. Diemer, J. Hersch y otros, *op. cit.*, p. 30.

16. *Ibid.*, p. 31.

17. Markovic, Mihailo, "Fundamentos filosóficos de los derechos humanos", en A. Diemer, J. Hersch y otros, *op. cit.*, p. 133.

El hecho de que la especie humana no está meramente dada sobrelleva un proceso de permanente autodeterminación y autodesarrollo. Los derechos humanos y las libertades existentes constituyen sólo una fase de este proceso histórico de emancipación creciente. La pregunta que surge respecto de la historia humana es: ¿Qué condiciones objetivas son necesarias para la sobrevivencia y el desarrollo del hombre, no como un mero organismo viviente sino como un ser definitivamente humano?

Un filósofo nacido en la ex Yugoslavia, Mihailo Markovic, conceptualiza de la siguiente forma la praxis humana:

Lo que hizo a la historia humana posible y en efecto única -teniendo en cuenta el desarrollo explosivo de los pocos últimos miles de años- fue una actividad específicamente humana, la praxis. La praxis es intencional (va precedida por una conciencia objetiva), autodeterminante (elige determinados principios generales y consistentes), creadora (trasciende las formas dadas e introduce novedades dentro de los patrones de conducta establecidos), acumulativa (almacena en formas simbólicas cantidades de información siempre crecientes y las transmite a las generaciones más jóvenes de modo que puedan seguir contruyendo sobre lo ya conquistado), autocreadora (en el sentido de que los individuos humanos jóvenes, después de ser expuestos a una cantidad creciente de información y de nuevos desafíos ambientales desarrollan nuevas facultades y nuevas necesidades). La praxis es una forma nueva, de nivel superior, de la especie humana.¹⁸

Más adelante el mismo autor explica cómo un enfoque conformista tiende a preservar el statu quo y entraña una tendencia a reservar la praxis para la elite y condenar a la gran mayoría de los seres humanos a formas inferiores, no específicamente humanas de actividad, proponiéndoles que sean receptivos en lugar de creadores y condenando los ideales emancipadores por utópicos.¹⁹

Asumiendo la universalización y continuación de la praxis como punto de vista normativo fundamental, la pregunta es: ¿Qué significa decir que el hombre es y debe ser un ser de praxis? En este aspecto, el mismo autor responde que el hombre no es meramente un reflejo de fuerzas externas naturales y sociales, un producto de la educación, de su cultura o de las estructuras económicas, sino también un sujeto que, dentro de los límites de la situación dada, se crea a sí mismo y remodela su entorno, cambia las condiciones gobernadas por determinadas leyes y educa a los educadores. Por

18. *Ibid.*, p. 135.

19. *Ibid.*, p. 137.

tener una dimensión subjetiva y una dimensión objetiva, poder tanto espiritual como material, es capaz no sólo de comprender sus limitaciones sino también superarlas. Por lo tanto, la relación individuo/sociedad, sociedad/individuo cobra vigencia.²⁰

El hombre es un ser actual, empírico, y la teoría ética se torna irrelevante cuando descansa sobre normas que están completamente divorciadas de esa realidad empírica y no tiene fundamentos en ella. Tanto actual como potencialmente el hombre es una persona única con capacidades, poderes y dones muy específicos. El hombre es también un ser comunitario. Sólo en una comunidad se vuelve humano, surgen sus capacidades, se apropia del conocimiento, las habilidades y la cultura acumulados y creados por muchas generaciones precedentes y desarrolla una serie de necesidades sociales: pertenecer, compartir, ser reconocido y estimado. Los niveles de particularidad son muchos; un individuo pertenece a una familia, a un grupo, una comunidad, una clase social, una nación, una raza, un sexo, una cultura, una religión, una generación o una civilización.²¹

Otros autores relacionan este tema de la praxis cotidiana con el arduo proceso de aprendizaje del ser humano. Por ejemplo, una socióloga colombiana dice:

Es preciso distinguir que el ser humano, al tiempo que individuo autónomo, es sujeto que se sabe a sí mismo a través de su relación con los demás en la vida social. Los seres humanos, a diferencia de las otras especies, todo lo aprendemos. Nuestra sobrevivencia en los primeros años de vida depende de quienes nos rodean; somos introducidos en la cultura en un largo ejercicio que comprende desde el aprendizaje del lenguaje, hasta el de las normas y hábitos que regulan las relaciones cotidianas, en un proceso que hoy conocemos como de 'socialización'. Este proceso es fundamental en la estructuración de la identidad de cada ser humano y en la formación de las potencialidades que más adelante le permitirán desenvolverse en la sociedad.

Cada ser humano es único en el mundo, por tanto diferente a los demás; es un ser histórico y socialmente diferenciado. Esa diferencia se expresa no sólo a través de los rasgos físicos y psicológicos sino en las diversas maneras de pensar y de vivir, que adquieren en los distintos períodos de la historia humana características que conforman las mentalidades y culturas que los distinguen. Las diferencias que no son producto de los privilegios o de las injusticias sociales son fuente de progreso y de riqueza en las relaciones entre las personas y entre las sociedades".²²

20. *Idem.*

21. *Ibid.*, p. 138.

22. Ver Velásquez Toro, Magdala, *op. cit.*, p. 3.

Markovic nos habla también de la posibilidad de reconstruir lo universal más allá de lo distinto y lo diferente en cada cultura o lo particular de cada pueblo:

En la historia el desarrollo es permanente. Siempre es posible una traslación o incorporación de productos prácticos y experiencias interiores y existen invariantes transépocas. Por lo tanto hay buenas razones para afirmar que, a pesar de todas las discontinuidades entre épocas y civilizaciones particulares, existe un conocimiento humano universal, existe una cultura material y espiritual que crece, un ser de la especie humana que evoluciona a través de la vida de diversos individuos y de seres comunitarios particulares.²³

También se pueden observar algunos intereses verdaderamente universales, tales como: defender la vida sobre la Tierra, preservar la naturaleza de la polución irreversible, ahorrar los recursos naturales no renovables para las generaciones futuras, producir comida y energía suficientes para todos los habitantes del planeta, derrotar las enfermedades epidémicas y las catástrofes naturales, prevenir un holocausto nuclear, etc.

El sociólogo e historiador argentino Juan J. Sebreli habla de la unidad, la universalidad y el absoluto recuperable en el corazón mismo de la historia si reconocemos que ésta es obra del ser humano, al existir un sujeto común que hace la historia:

Lo absoluto deja de ser una sustancia suprahistórica, fija e inmutable, se realiza en la relatividad misma de la historia, se va haciendo por la acumulación de experiencias, por la continuidad de las fases históricas. La relatividad de los distintos momentos parciales y fragmentarios no lo es sino respecto de un absoluto, que es el hacer del hombre.²⁴

Posteriormente, el mismo autor explica: "El sentido de la historia reside precisamente en no tenerlo desde el principio; sólo así el conocimiento, la acción, el trabajo, la lucha de los hombres adquiere un significado".²⁵

La pregunta que surge aquí, es ¿cómo construir lo universal desde lo particular y lo distinto en cada cultura y en cada sociedad? Y frente a esta problemática, surge la necesidad de rever críticamente la praxis de los pueblos, buscando sus raíces, su identidad y sus necesidades, especialmente en los países del Tercer Mundo, historias desvirtuadas por el proceso de colonización pasada y presente. Los dere-

23. Markovic, Mihailo, "Fundamentos filosóficos de los derechos humanos", *op. cit.*, p. 139.

24. Sebreli, Juan José, *El asedio a la modernidad*, 1991, p. 338.

25. *Ibid.*, p. 348.

chos humanos no se deben dictar desde el Norte; los pueblos del Sur necesitan reconsiderar su historia de opresión, de sufrimiento y negación, creando espacios para una existencia independiente y digna. Ha predominado hasta el presente un concepto de lo universal basado especialmente en lo europeo, lo masculino y lo blanco.

Y en este proceso de deconstrucción, los sectores oprimidos en América Latina (mujeres, niños, indígenas, negros, marginados sociales, trabajadores, etc.) necesitan reencontrar en su praxis histórica sus propias raíces e identidad social, cultural y económica.²⁶

3. Derechos individuales versus derechos colectivos

La cultura legal en Occidente otorga un lugar privilegiado a los denominados derechos subjetivos o individuales. Lo específico de los derechos subjetivos es otorgar un poder de decisión al individuo. Es el sentido de la revolución intelectual del siglo XVII europeo en la cual la tradición del derecho natural encontró un nuevo punto de partida con la afirmación de los derechos subjetivos. El problema que preocupa a los pensadores del derecho natural pertenecientes a este siglo, por ejemplo Grotius y Locke, es el de los derechos naturales de que gozan los individuos.²⁷

Se ve pues hasta qué punto el régimen de derechos subjetivos tiene sus raíces en las costumbres políticas y en las formas de pensamiento del occidente moderno. Este rasgo va a la par con la afirmación del estatuto del individuo, de su libertad y de su anterioridad a la sociedad. En el siglo XVII se daba a esta anterioridad un sentido cuasi literal. La sociedad civil era establecida por medio de un contrato unánime a partir de un estado de naturaleza en que todo hombre era soberano. La sociedad sólo tenía poder legítimo sobre sus miembros porque ellos habían consentido otorgárselo. La soberanía del individuo era anterior a la de la sociedad y ésta se derivaba de aquélla.²⁸

El régimen de derechos subjetivos tiene dos efectos: a) pone límites a la acción de los gobiernos y a las decisiones colectivas, otorgando una determinada protección a los individuos y a los grupos particulares; b) otorga a los individuos

26. Kothari, Rajni, "Human Rights-A Movement in Search of a Theory", en *Rethinking Human Rights* challenges for theory and action", editado por Smitu Kothari y Harsh Sethi, Nueva Delhi, 1991.

27. Ver Taylor, Charles, "Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos. Complemento a la relación del profesor Mathieu", en A. Diemer, J. Hersch y otros, *op. cit.*, p. 53.

28. *Ibid.*, p. 54.

y a los grupos particulares la iniciativa de la reivindicación y margen de libertad en la imposición de esos límites.²⁹

Para algunos autores, esta separación entre sociedad y Estado, individuo y sociedad se explica históricamente en Europa, así:

Lo cierto es que la ideología de los derechos humanos surgió solamente en los albores del mundo burgués. Son un discurso que constituye a los hombres en ciudadanos, es decir, en individuos de cara a su otro, que es el Estado. El discurso ha desarmado las relaciones anteriores, ha atomizado los elementos, los ha convertido en portadores de derechos que pueden enajenar, a los cuales pueden renunciar, a los que es necesario 'proteger'. Se ve fácilmente que se trata del discurso que permite la circulación mercantil y que pone en manos del Estado la posibilidad -la función- de protegerla.³⁰

Desde entonces esta concepción de derechos subjetivos individuales que se puede reivindicar se ha vuelto universal. Pero la cuestión es saber si el régimen de derechos subjetivos puede tener el mismo sentido en culturas políticas y sociales que no conceden este mismo lugar fundamental a la libertad individual.³¹

Al mismo tiempo, este discurso de los derechos humanos, estrechamente concebidos como derechos subjetivos individuales, se convierte y es usado como un discurso de justificación y encubrimiento por algunos países o gobiernos, desde el momento en que oculta las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho al trabajo, a un ingreso asegurado, a la educación, etc., derechos que, es necesario recordar, se enuncian como derechos individuales en los documentos internacionales.

El mismo discurso de justificación sirve también para ocultar el no reconocimiento de otros derechos que también son derechos "subjetivos" aunque no sean derechos individuales y que se aplican a grupos, tales como los derechos de las minorías étnicas, los derechos lingüísticos regionales, el derecho a la autodeterminación de los pueblos sin Estado, el derecho al desarrollo, etc. Estos derechos han sido cínicamente violados a lo largo de todo el período colonial por la llamada cuna de la filosofía de los derechos humanos, Europa occidental.³²

29. *Ibid.*, p. 53.

30. Correas, Oscar, "Los derechos humanos en la democracia", en Enrique I. Groisman (comp.), *El derecho en la transición de la dictadura a la democracia: La experiencia en América Latina / I*, Buenos Aires, 1990, p. 22.

31. Taylor, Charles, *op. cit.*, p. 55.

32. Ver Ricoeur, Paul, *op. cit.*, p. 28; ver también, Baehr, Peter R. &

1. Introducción a la problemática histórica

Desde la época de la colonización española, y por lo tanto mucho antes del Siglo de las Luces, Occidente se atribuye la misión de civilizar a toda la humanidad. El hombre de América Latina es considerado entonces como un niño por los sacerdotes y como semisalvaje por los colonizadores. En el proceso actual de demistificación de Occidente en América Latina y en el Tercer Mundo, en general, se plantea consecuentemente la necesidad de la demistificación de numerosas ideologías colonialistas del norte expresada por los sectores dominantes en los países del "Sur". Hoy en día, la ideología democrática sirve también para justificar la penetración económica de las grandes potencias del norte.

El sociólogo chileno Fernando Mires explica con estas palabras la historia y presencia del indio en América Latina en el proceso de reformulación actual de "lo nacional" y de "lo social":

En el momento en que los indios fueron 'descubiertos', no era difícil saberlo. Independientemente a que muchos pueblos precolombinos hablaran múltiples idiomas, tuviesen distintos gobiernos, territorios, costumbres, civilizaciones y -sobre todo- muchas historias diferentes, todos fueron designados por el 'descubridor' como *indios*. Indio era un concepto homogeneizante que surgía no de alguna característica propia, sino por referencia al que había decidido 'descubrirlo'. El indio era el no europeo en las Indias. El indio, entonces, surgía no como la afirmación de sí mismo sino que como negatividad de lo europeo. Los seres humanos subsumidos en ese concepto eran despojados de sus particularidades. El indio era el 'otro más allá de los mares'.³³

Más adelante, el mismo autor dice:

Ya fuera a través de su muerte, de su esclavitud, de su evangelización, o de su negación filosófica, el indio fue siempre concebido como un medio (con la excepción de Bartolomé de las Casas, quien vio en el indio 'al prójimo') para el cumplimiento de una historia que lo determinaba en términos absolutos. Por eso, el conocimiento de la historia de la invención del indio no solamente es necesario para tomar conciencia del enorme daño causado a esos pueblos, sino que además esa historia cuestiona los principios por los cua-

Vander Wal, Koo, "Introduction Item: Human Rights as Individual and as Collective Rights", en *Human Rights in a Pluralist World - Individuals and Collectivities*, editado por Jan Berting, Peter R. Baehr y otros, Unesco, 1990.

33. Mires, Fernando, *El discurso de la indianidad - La cuestión indígena en América Latina*, San José de Costa Rica, 1991, p. 11.

les el indio fue y es negado como prójimo".³⁴

En relación con esta historia de violaciones de los derechos humanos en América Latina, el jurista argentino Eugenio R. Zaffaroni escribe:

La depredación sistemática de América y de África, llevada a cabo por la civilización más genocida de la historia, fue históricamente la más masiva y terrible violación a todos los derechos humanos. El poder colonial europeo acabó con los indios de América del Norte y en buena proporción también con los del resto de América. Destruyó ciudades que tenían tantos habitantes como Madrid o Lisboa y despreció la vida del indio e ignoró su cultura.³⁵

El mismo autor, al referirse a la búsqueda de una *identidad* propia en América Latina, se refiere a la identidad europea producto de su historia colonial y cita algunos conceptos de Hosea Jaffe:³⁶

No obstante, cuantas veces se pregunta sobre qué es América Latina, antes de responder, conviene volver a preguntar qué es 'Europa' y cuándo se definió como tal. 'Europa', como unidad conceptual, no era más que como una vaga referencia de los árabes y orientales de una región ubicada al norte y oeste de Grecia, hasta que comenzó a explorar, dominar y explotar a África, América y Asia. Fue entonces cuando enfrentando y dominando los tres continentes, los europeos reconocieron la necesidad de considerarse un conjunto, algo diverso, hostil y también superior a los pueblos africanos, americanos y asiáticos'. 'Con el capitalismo surgió Europa y con Europa la civilización europea: una civilización fundada sobre los esclavos africanos, las plantaciones y las cosechas americanas, las especias asiáticas y los metales preciosos de los tres continentes, como también sobre los números de la India, sobre el álgebra, la astronomía y la ciencia de la navegación de los árabes y sobre la pólvora, el papel y la brújula de los chinos. Esta afro-americano-asiática civilización europea era, en realidad, la contemplación narcisista de las propias conquistas. La espada, el fusil, el asesinato, la violación, el robo, la esclavitud fueron las bases reales de la idea de la 'superioridad europea', pues de este proceso surgió la idea misma de 'europeo' -hom-

34. *Ibid.*, p. 165; ver también sobre la actual violación de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina, Amnistía Internacional, *Los pueblos indígenas de América siguen sufriendo*, Madrid, 1992.

35. Zaffaroni, Eugenio Raúl, "La historia de los derechos humanos en América Latina", en *Educación y derechos humanos - Una discusión interdisciplinaria*, coordinación Leticia Olguín, 1989, p. 23.

36. Jaffe, Hosea, *África. Movimenti e lotte di liberazione*, Milán, 1973, p. 52, citado en Zaffaroni Eugenio R., 1989, pp. 29 - 30.

bre de Europa- que ni siquiera existía etimológicamente antes del siglo XVII".

En cuanto al tema de la historia del derecho en América Latina se observa con crudeza el abismo existente entre el derecho en libros y la praxis social. Por un lado las constituciones redactadas sobre el modelo de las declaraciones francesa y americana de los derechos y los deberes del hombre: por el otro, una alternancia entre dictaduras y gobiernos democráticos. Para lograr una comprensión de esta problemática hay que remitirse a la manera como se consolida el dominio occidental en las tierras de América Latina. Aquí se intenta presentar algunas ideas generales al respecto, dada la complicidad y extensión del tema.

De acuerdo con el filósofo peruano Francisco Mirá Quesada,³⁷ como consecuencia de los métodos ibéricos de colonización se comienza a construir un grupo integrado por los descendientes de los conquistadores y de los españoles, que, una vez consolidada la Colonia, se establecen en tierras de América. Este grupo, llamado de los criollos, va siendo cada vez más grande, más cohesionado y fuerte. Llega un momento en que el dominio español y portugués comienza a incomodarlo porque sólo los hombres nacidos en la metrópoli pueden aspirar a los más altos cargos. Las ideas libertarias de los enciclopedistas constituyen un instrumento para justificar un movimiento de independencia que les permita romper los vínculos con el poder colonial y mantener así el poder necesario a la defensa de sus intereses.

El mismo autor explica cómo cuando se pasa de la Colonia a la República, en el fondo nada cambia en los países latinoamericanos. Las grandes mayorías siguen dominadas y explotadas por la clase que, por descender de los grupos dominantes latinoamericanos, van evolucionando. Algunos intentan conservar la vieja estructura heredada de los españoles, pero otros comprenden que el avance de las nuevas formas económicas y sociales que acompañan el proceso de industrialización es avasallador, e intentan ponerse a tono con la historia. Mas, por el hecho de construir el grupo privilegiado, su tendencia modernizante choca con sus propios intereses.³⁸

Más adelante, Mirá Quesada da su propia interpretación de las características de estos grupos dominantes, en el proceso de industrialización en el continente:

En efecto, la revolución industrial supone una dinámica capitalista fundada en la democracia representativa. Y

37. Ver Mirá Quesada, Francisco, "Los derechos humanos de América Latina", en A. Diemer, J. Hersch y otros, *op. cit.*, pp. 340-341.

38. *Ibid.*, p. 341.

en América Latina el advenimiento de esta democracia pone en peligro los intereses de aquellos mismos que pretenden la industrialización. Porque esta dinámica genera nuevas fuerzas sociales que tienden a desplazar a los viejos grupos privilegiados. Por eso la única salida que tienen estos grupos es, de un lado, recurrir a regímenes de fuerza que, hablando de orden, paz y progreso, protejan sus intereses y, de otro lado, apoyarse en el gran capital extranjero que, por intermedio de ellos, penetra en nuestros países y necesita una defensa eficiente de sus inversiones. Se produce, así, una dinámica de enfrentamiento entre los grupos privilegiados que apoyan a los regímenes de fuerza y que representan al gran capital extranjero y otras fuerzas sociales, como la pequeña burguesía, el proletariado naciente, los campesinos marginados y, sobre todo, los grupos mestizos que no logran ser aceptados política y socialmente por los criollos, que pugnan por romper la rígida estructura social, económica y cultural impuesta por la clase dominante. Esta dinámica explica el famoso movimiento pendular entre la libertad y la dictadura que caracteriza la historia de América Latina. Las nuevas fuerzas exigen un nuevo orden. La democracia representativa con su garantía de los derechos humanos permite la constitución de este nuevo orden. Pero el grupo dominante, apoyado por el capital extranjero, no lo permite.³⁹

Haciendo una revisión histórica de la relación con Occidente de América Latina, el mismo autor escribe:

Vemos, así, que el Occidente se apoya en una ideología liberal, democrática, que proclama el respeto por los derechos humanos para justificar su penetración económica. Y, por eso, cuando sus intereses están en juego, interfiere con la acción de aquéllos que pretenden aplicar de manera auténtica las propias ideas proclamadas por los occidentales. El latinoamericano se encuentra, en estas circunstancias, frustrado por la inautenticidad occidental. En una primera etapa, en nombre del cristianismo, se le somete a la servidumbre; en una segunda etapa, en nombre de la libertad, de los derechos humanos y del progreso, se le somete a la dictadura. La razón es siempre la misma: el occidental lo considera inferior.⁴⁰

El jurista argentino Eugenio Zaffaroni hace también referencia a la continuidad de la dominación europea y del norte en todo el continente, especialmente después de la independencia de España, como también la continuidad en la

39. *Idem.*

40. *Ibid.*, p. 342.

violación de los derechos humanos, incluso en formas más crueles e inhumanas, por momentos.⁴¹

Y así las minorías criollas fueron instruidas en la 'ciencia' europea; de este modo, Latinoamérica fue sometida al nuevo centro de poder mundial, no mediante órdenes de virreyes sino a través de oligarquías criollas, que resultaron ser las minorías proconsulares 'ilustradas' del poder central.

Esa 'ciencia' central no sólo se repetía en las usinas universitarias latinoamericanas, sino que nuestras oligarquías, como toda minoría colonizada dócilmente, ejerció vilmente toda manifestación cultural contraria a la cultura colonizadora y pretendió superar a ésta, incluso en brutalidad genocida. Si el ibérico y el francés no tuvieron piedad para el 'inferior' colonizado, igual o peor crueldad mostraron nuestras oligarquías criollas, que ahogaron en sangre -cuantas veces pudieron- todo reclamo de justos derechos humanos, racionalizando sus genocidios con argumentos extraídos del 'racismo' positivista de la 'ciencia' europea.

Esta historia de la colonización europea de América Latina tiene su expresión directa en los sistemas jurídicos implantados en todo el continente. Los indígenas, las poblaciones de origen negro, los pobres, los sectores populares en América Latina en general, han continuado hasta nuestros días carentes de derechos reales, sujetos no existentes para la sociedad real. El abismo subsiste entre el derecho en teoría y el derecho en la práctica.

2. Breve introducción a la historia del derecho y a la sociología del derecho en América Latina

Las formaciones sociales latinoamericanas son el resultado, todavía no definitivo, de la desaparición del sistema colonial español y portugués y su reemplazo por naciones independientes. Estos siglos de dominación hispana, como es conocido, se afirmaron en un ejercicio despótico de la autoridad que ignoró, despreció y masacró toda la alteridad proveniente de la cultura aborígen.⁴²

En cuanto a la historia de su sistema jurídico, siguiendo la opinión del jurista Eugenio Zaffaroni, América Latina presenta actualmente un caos de estructuras judiciales con instituciones copiadas a los Estados Unidos y a Euro-

41. Ver Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op. cit.*, p. 29; ver también del mismo autor, *Estructuras judiciales*, 1994.

42. Ver Cárcova, Carlos, "Derechos humanos y universidad: impactos y desafíos", en *Teorías jurídicas alternativas - Escritos sobre derecho y política*, 1993, p. 89.

pa, en muy diferentes momentos históricos y generalmente deformadas por incoherentes y fatales invenciones. Estas incorporaciones de legislaciones extranjeras se hicieron siguiendo aquellos intereses sectoriales y corporativos que más cerca estaban de los constituyentes y legisladores de turno, cuando no por intervenciones coyunturales y anecdóticas sin sentido especial alguno.⁴³

Por ejemplo, el jurista argentino se pregunta cómo dentro del campo del derecho penal nadie puede explicar por qué Bolivia adoptó el Código Penal liberal español de 1822, mientras Paraguay adoptó el código imperial alemán de 1871; que en México, Cuba y Colombia triunfara el positivismo italiano, que la República Dominicana y Haití adoptaran el código bonapartista, que Ecuador siguiera el modelo belga, que Perú apelase al modelo proyectado para Suiza, que la Argentina corriera hacia el modelo de Baviera o que Venezuela lo hiciese con el primer código de la unidad italiana, mientras que en Centroamérica y Brasil predominara el modelo proyectado para Louisiana.⁴⁴

El resultado es un panorama poco alentador: encontramos magistraturas análogas a las europeas de la primera parte del siglo pasado y algunas excepciones que corresponden al nivel de las magistraturas europeas de finales del siglo pasado. Según la opinión de este mismo autor, la responsabilidad del atraso institucional incumbe en primer lugar a los políticos, pero es justo reconocer que buena parte de la misma se debe también a los doctrinarios del derecho.⁴⁵

Al mismo tiempo, un sociólogo del derecho, Carlos Cárcova, explica cómo dentro de las ciencias jurídicas en América Latina, el "iusnaturalismo" permaneció anclado en premisas de tipo metafísico, procurando una explicación para lo jurídico fundado en la idea de Dios, de naturaleza o de razón; y el "positivismo" anclado, a su vez, en una explicación de tipo "estructural" del derecho, es decir una explicación a la postre, instrumentalista. El positivismo, por tanto, no reflexiona en torno al fin social del derecho, ni a las funciones que el derecho cumple en la vida social, ni para qué está puesto el derecho en la organización de la vida social, ni a qué intereses sirve, ni si el derecho es un instrumento de conservación o de transformación de la sociedad, de sus valores, de sus

43. Zaffaroni, Eugenio R., *Dimensión política de un poder judicial democrático*, 1993, p. 9.

44. Zaffaroni, Eugenio R., *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*, Primer Informe, 1984, pp. 37-38.

45. Zaffaroni, Eugenio R., *Dimensión política de un poder judicial democrático*, p. 9.

prácticas, de sus mecanismos de poder. Es decir, el positivismo sostiene el criterio de que el científico del derecho debe ocuparse de las características lógico-metodológicas que informan su estructura.⁴⁶

En función de esto se observa cómo en determinados países de América Latina (Brasil, México, Chile, Perú, Venezuela, Argentina, Colombia, etc.), algunos juristas jóvenes iniciaron en los últimos veinte años un proceso de "depurificación" de la teoría, un intento por vincular sus investigaciones con la realidad, de entender al derecho como herramienta, como práctica social, como dimensión de la política. Para tales fines, las problemáticas de las concepciones iusfilosóficas tradicionales resultaban insuficientes. Del lado jusnaturalista por sus anclajes metafísicos y del lado positivista por decisión metodológica de expulsar los contenidos y reivindicar la exclusiva pertinencia de las formas.⁴⁷

En consecuencia, nuevas preguntas y otras problemáticas cuestionan el tradicional horizonte especulativo en las ciencias jurídicas, como por ejemplo las que siguen, entre muchas otras:

- ¿es posible que el derecho, la práctica de los tribunales, el saber de los juristas, la actividad de legisladores y administradores, aporten al mejoramiento de las formas concretas de existencia de nuestras sociedades en América Latina?, ¿qué papel cumplen los juristas y abogados en las sociedades de fines del siglo XX?, ¿hay algo en común entre distintos sistemas jurídicos que corresponden a formaciones histórico-sociales diferentes?
- ¿este conjunto de mecanismos, de dispositivos, de técnicas, de conocimientos, de prácticas materiales que constituyen el discurso jurídico, está destinado sólo a preservar y reproducir una cierta forma de organización social y política o además cumple un papel en el cambio y la transformación de esa forma de estructura y distribución del poder?⁴⁸

Así se van creando en América Latina las llamadas "teorías jurídicas alternativas" que ensayan una visión no tradicional de la teoría jurídica y la práctica del derecho y confrontan con los paradigmas acatados, el iusnaturalismo y el iuspositivismo y sus variantes. Por ejemplo se puede men-

46. Cárcova, Carlos, *op. cit.*, 1993, pp. 11-12.

47. Ver Palacio, Germán, *Pluralismo jurídico - El desafío al derecho oficial*, 1993, pp. 121-36.

48. Cárcova, Carlos, *op. cit.*, 1993, p. 13.

cionar la escuela del "uso alternativo del derecho o derecho alternativo", "pluralismo jurídico", "crítica jurídica". Nuevas líneas teóricas y prácticas en el campo del derecho, que tienen en común indagar acerca de sus relaciones con el ejercicio del poder, los aspectos histórico-sociales, y suponen una intervención crítica en la teoría y la práctica del derecho.⁴⁹

3. Derecho de los pueblos indígenas en América Latina

Un reconocido experto en derecho indígena en América Latina, profesor Rodolfo Stavenhagen, explica cómo en el proceso jurídico interviene no solamente el complejo de reglas y normas jurídicas de que dispone la sociedad, sino también los valores culturales y las concepciones ideológicas, la personalidad y la psicología de los actores individuales, así como el mundo de los signos, los símbolos y el lenguaje. Si bien el jurista estaría más interesado en el enunciado formal de la norma y la regla, el sociólogo del derecho y el antropólogo están más interesados en su funcionamiento real, concreto y específico. Por lo tanto y de acuerdo con este autor, los casos conflictivos no se dan aisladamente y los investigadores reconocen la necesidad de situar las disputas en su contexto histórico, social y cultural.⁵⁰

En el campo de la problemática indígena, la escuela del "Derecho consuetudinario" o "Derecho indígena" de comunidades indígenas o campesinas (cuyo principal exponente es el profesor Stavenhagen), habla de la subsistencia de formas ancestrales de regulación jurídica o formas jurídicas que reflejan el proceso de resistencia y lucha que ha logrado subsistir a pesar de las sucesivas ofensivas coloniales en América Latina, como también de las estrategias integradoras (mejor dicho "desintegradoras" de la comunidad) de los estados nacionales. El fenómeno del derecho indígena según la opinión de Stavenhagen apunta a reconstruir las experiencias de resistencia y regulación de carácter consuetudinario que se resiste al derecho estatal.⁵¹

En América Latina, la subordinación de los pueblos indígenas a Europa primero y a los Estados independientes después (sin olvidar el papel opresor ejercido por la misma Iglesia), modificaron profundamente las estructuras sociales y las características culturales de estos pueblos, incluyendo

49. *Ibid.*, pp. 11 -27; ver también Palacios, Germán, "Prácticas jurídicas alternativas y teoría del Estado", en *Pluralismo jurídico*, 1993, pp. 131-36.

50. Stavenhagen, Rodolfo, *Introducción al derecho indígena*, 1991, p. 305.

51. *Idem.*

las costumbres jurídicas. Expertos pertenecientes a esta escuela sostienen que el derecho consuetudinario surge en el momento en que las sociedades europeas establecen su dominio colonial sobre pueblos no occidentales y tratan de imponer su propio derecho a los pueblos oprimidos. En otras palabras, la relación entre el derecho occidental (colonial) y el (o los) derecho(s) consuetudinario(s) es históricamente una relación de poder entre una "sociedad dominante y una sociedad dominada". Esta situación, típica de la época colonial, ha continuado hasta la etapa poscolonial y es característica de muchos estados independientes multiétnicos, como el caso de nuestro continente.⁵²

Además, Stavenhagen explica que, sin bien este derecho consuetudinario puede contener elementos cuyo origen puede trazarse desde la época precolonial, también poseerá otros de origen colonial y otros más originados en la época contemporánea. En todo caso, todos estos elementos constitutivos del derecho consuetudinario conforman un complejo interrelacionado que refleja la cambiante situación histórico/social de los pueblos indígenas, las transformaciones de su ecología, demografía, economía y situación política frente al Estado y sus aparatos jurídico-administrativos.

Es importante recalcar cómo el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas merece particular atención, porque está estrechamente vinculado a fenómenos de la cultura y de la identidad étnica, tales como la estructura familiar, social y religiosa de la comunidad, la lengua y los valores culturales propios de la etnia. Por lo tanto, la vigencia del derecho consuetudinario indígena constituye uno de los elementos indispensables para la preservación y reproducción de las culturas indígenas en el continente. Es decir, su desaparición contribuye a su vez a la asimilación y al etnocidio de los pueblos indígenas.⁵³

Expertos en el tema en América Latina señalan con frecuencia cómo las legislaciones indigenistas nacionales en distintos países casi no contemplan el derecho consuetudinario indígena. Más bien, los Estados nacionales prevén la aplicación de las leyes nacionales (en algunos casos, leyes específicas de corte indigenista) a las comunidades. Sin embargo, en algunos textos legales se hace referencia a las "costumbres" y los "valores" de los pueblos indígenas, que deben ser promovidos o protegidos por los gobiernos. Estas vagas referencias pueden interpretarse de distintas mane-

52. *Ibid.*, p. 308.

53. *Ibid.*, p. 310.

ras, pero generalmente no son consideradas con un reconocimiento jurídico del derecho consuetudinario. En materia de derecho penal, numerosas legislaciones dan tratamiento especial a los indígenas, pero solo algunas se refieren concretamente al derecho consuetudinario.⁵⁴

El conflicto entre derecho positivo y derecho consuetudinario, de acuerdo con el profesor Stavenhagen, afecta la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas. El autor hace referencia a uno de los problemas más frecuentes con los que se enfrentan quienes administran la justicia en las zonas indígenas: el desconocimiento de las leyes por parte de los indígenas. Por lo tanto, son violatorios de los derechos humanos de los indígenas la aplicación rígida de leyes cuando éstas no solamente no son comprendidas o son ignoradas, sino cuando con frecuencia no tienen significado alguno en el contexto de la cultura local; o bien cuando legislaciones penales consideran a los indígenas como "inimputables" o "incapaces" o sujetos a algún "régimen especial".⁵⁵

Al mismo tiempo sucede que los legisladores nacionales y los administradores de la justicia a nivel local con frecuencia desconocen el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas. El problema reside en el choque entre dos sistemas legales, entre dos concepciones del derecho, choque en el cual históricamente el derecho dominante se ha impuesto sobre el derecho subordinado, de la misma manera en que la sociedad dominante se impone sobre la sociedad subordinada en lo político, lo económico, lo social y lo cultural.⁵⁶

En el caso de México, por ejemplo, la abogada Gómez Rivera hace notar cómo las últimas reformas jurídicas tienen la limitación de que se aplican siempre y cuando "no contravengan" las respectivas leyes nacionales. Es decir, la legislación en materia indígena ha tenido y sigue teniendo un carácter subordinado y generalmente no vinculante en América Latina.⁵⁷

54. El artículo 66 de la Constitución Política de Guatemala, proclamada en 1985, establece que: "El Estado reconoce, respeta y promueve sus [de los grupos indígenas] formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social..." La Constitución de Nicaragua de 1986 afirma que las comunidades de la Costa Atlántica (que se entiende son indígenas miskitos, sumos y ramas) tienen el derecho de "... dotarse de sus formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones..." (art. 89), *Ibid.*, p. 311.

55. *Ibid.*, p. 312.

56. Hernández Vega, Raúl, *Problemas metodológicos en torno de la sociedad civil y los grupos étnicos*, 1992, pp. 194-95.

57. Entre las reformas que la autora menciona están: 1. la reforma a la Constitución con un nuevo primer párrafo al artículo cuarto en el

La misma autora menciona la dicotomía entre estas reformas jurídicas realizadas, y la concepción *homogénea del Estado* y la teoría general del derecho predominantes en América Latina, como también señala la importancia en este proceso de cambios del movimiento indígena:

...hasta ahora las reformas comentadas sobre pueblos indígenas constituyen meras adiciones no armónicas y hasta contradictorias con la concepción prevaleciente en la teoría general del derecho que supone un Estado y una nación homogéneos. La necesidad de asumir en todas sus aplicaciones el principio de pluralidad jurídica demandaría la creación de un orden jurídico de la diversidad, que otorgara capacidad y legitimidad a los pueblos indígenas, para *dirimir* en su interior una serie de dinámicas que les son propias. Sin embargo, para alcanzar estos espacios se requiere una mayor presencia del movimiento indígena y una auténtica voluntad política tanto en el Estado, como en el conjunto de la sociedad.⁵⁸

Siguiendo las investigaciones del profesor Stavenhagen, se ve cómo la violación de los derechos humanos individuales de los pueblos indígenas tiene una relación directa con el problema del no reconocimiento de sus derechos colectivos culturales y étnicos. Una forma de reconocimiento de los derechos étnicos y culturales es el respeto a las costumbres jurídicas indígenas por parte de la sociedad nacional y sus aparatos legales y jurídicos. Este autor también señala algunos grandes apartados, a título indicativo, donde se muestra la complejidad de lo "jurídico" en las culturas indígenas.⁵⁹

1. *El derecho a la tierra*: lo cual incluye el acceso, usufructo, distribución, propiedad y transmisión de la misma. Tradicionalmente, entre los pueblos indígenas la tierra es propiedad colectiva de la comunidad o del núcleo social. Este concepto arraigado de la propiedad entra en conflicto directo con la noción de propiedad privada individual de la tierra, introducida en la mayoría de los países latinoamericanos

que se establece el compromiso de que la ley proteja y regule las formas de organización social, cultura, usos y costumbres, lenguas, así como que se garantice el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado; 2. la ratificación del Convenio 169 de la OIT como parte de la legislación nacional; 3. la legislación penal federal incorpora algunos elementos procesales, como la obligación del traductor, el peritaje cultural y la necesidad de "tomar en cuenta las costumbres del procesado indígena al dictar sentencia". Ver Gómez Rivera, María Magdalena, *Las cuentas pendientes de la diversidad jurídica: El caso de los expulsados indígenas, por supuestos motivos religiosos*, Chiapas, México, 1994, p. 90.

58. *Ibid.*, pp. 90-91.

59. Stavenhagen, Rodolfo, *op. cit.*, 1991, p. 313.

por el liberalismo económico del siglo pasado, vigente aún en numerosas legislaciones. Un ejemplo concreto en América Latina ha sido la privatización de las tierras mapuches decretada durante el régimen de Pinochet en Chile, la cual fue resistida por el pueblo mapuche.

2. *La persecución de delitos o el derecho penal*: es bien sabido que el concepto y la identificación de un delito es la resultante de circunstancias históricas y contextos culturales determinados. Por ello, explica Stavenhagen, no es sorprendente que con frecuencia lo que la ley nacional tipifica como un delito no lo es para una comunidad indígena, o, por el contrario, una infracción social sujeta a castigo en una comunidad indígena puede no ser reconocida como tal por la legislación penal vigente. El mismo autor menciona como ejemplo la legislación sobre producción, distribución y consumo de sustancias estupefacientes, que es generalmente reprimida, tanto a nivel nacional como internacional. Sin embargo, para millones de indígenas, la producción y consumo de ciertas plantas psicotrópicas forma parte de su cultura y sus prácticas sociales tradicionales. Tal es el caso de la coca en los países andinos y del peyote y los hongos alucinógenos en México.

3. *Procedimientos de administración de justicia*: existe una amplia literatura sobre las formas en que se manejan y resuelven conflictos y se imparte justicia en las comunidades indígenas. Una diferencia señalada sería que en la justicia de tipo occidental se busca "castigar al culpable", mientras que en las comunidades indígenas se busca reconciliar y llegar a un compromiso entre las partes, con el objeto de conservar la armonía interna del grupo. Vemos cómo en el área de la administración de justicia se advierte más nítidamente el hecho de que, en las sociedades occidentales, lo "jurídico" se distingue formalmente de todo aquello que no lo es. En cambio, en las comunidades indígenas lo "jurídico" está del todo imbricado en el resto de la estructura social.⁶⁰

Por todo lo expuesto se puede apreciar en qué medida el reconocimiento de la existencia del derecho consuetudinario por parte del Estado, abriendo un espacio para la

60. *Ibid.*, p. 314; ver también Espinosa Velasco, Guillermo, *Acceso y administración de justicia para los pueblos indígenas*, 1992.

aceptación de un pluralismo legal y jurídico, aportaría un elemento indispensable para la mejor defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Finalmente mencionamos algunas de las principales demandas actuales del movimiento indígena, siguiendo la opinión de un experto en este tema:⁶¹

- a. protección eficaz en materia de derechos humanos en general: que el indígena reciba acceso a procedimientos más eficaces para su protección contra la violación de los derechos humanos prometidos en las constituciones o en los tratados internacionales firmados y ratificados por los gobiernos en cuestión;
- b. reconocimiento de un alto grado de autonomía administrativa, reglamentaria y judicial: la mayoría de los indígenas piden, además de derecho de existir como "pueblos distintos", una amplia autonomía para sus asuntos internos.
- c. reconocimiento de una propia personalidad cultural: esto se manifiesta en relación con las siguientes áreas 1. en materia religiosa, 2. en materia lingüística, 3. en materia educacional, 4. en la eficacia normativa de sus costumbres. Aquí se incluyen diversos temas como: la tenencia de la tierra, las labores agrarias, las reglas de cacería, pesca y ganadería indígena, el sistema de familia, las reglas sucesorias y la administración de justicia locales y grupales. Siguiendo la opinión de Floris Margadant, el movimiento indígena pide a las autoridades legislativas, judiciales y administrativas de la nación que ejerce sobre ellos un protectorado, que reconozcan la validez de sus costumbres e incluso la prioridad de éstas en caso de conflicto con el derecho nacional (que para los indígenas no es más que un derecho de los "advenedizos", o de una nación que se ha arrogado sobre ellos la "sugerencia", pero cuyo derecho desde ahora tendrá que pararse en el límite de los territorios indígenas).

De lo expuesto se puede apreciar cómo las recientes luchas del movimiento indio reclaman, entre otros aspectos, el derecho a la igualdad y ciudadanía ante el Estado, al igual que preconizan el derecho a la diferencia. Se plantea la necesidad del pluralismo cultural basado en los "diferentes pero iguales". Esta doble petición cuestiona la actitud del Estado

61. Ver Floris Margadant S., Guillermo, *En camino hacia la Declaración Universal de los Derechos indígenas*, 1992, pp. 174-81.

que está acostumbrado a la similitud, como norma de sus relaciones. Este reclamo busca la aceptación de la diversidad étnica y cultural de la sociedad y el desarrollo de las transformaciones necesarias a nivel del Estado y del Derecho. Por lo tanto, esta discusión, que supera la antigua de hegemonía del poder central, tiene lugar en una nueva forma del Estado que se descentraliza y vislumbra entidades territoriales para las etnias, dentro de ellas los grupos indígenas. Y en este aspecto, expertos en el tema dicen:

Para el desarrollo de la teoría y la práctica indigenistas, para la promoción y defensa de los derechos humanos de los pueblos indios, y para el avance de las plataformas de las organizaciones indígenas, esta temática pone en evidencia que la cuestión étnica está indisolublemente asociada a la cuestión nacional. Esto es, que la eliminación de la opresión y la discriminación, que ha afectado secularmente a los pueblos originales de América, supone la transformación de las naciones de que son parte, para dar cabida a la diversidad y construir a partir de ella la unidad; y, por supuesto, la transformación del derecho y del Estado que la organiza y contiene.⁶²

4. El movimiento de los derechos humanos en América Latina

La década de los años 80 se caracteriza por la experiencia de un proceso de democratización acelerado en toda América Latina. A lo largo del continente han surgido democracias representativas (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Uruguay). El cambio respecto a las dos décadas anteriores ha sido visible y drástico; durante este período casi todas las naciones de la región fueron gobernadas por militares durante un lapso extenso o reducido, que llegaron al poder por medio de recursos ilegales (con excepción de Colombia, Venezuela, México y Costa Rica). Una fuerte presión internacional, una innegable presión interna de los pueblos sometidos a múltiples formas de opresión y fenómenos políticos consecuentes del complicado juego de los poderes mundiales, han creado un marco de reconstrucción de formalidades democráticas en este continente. Sin embargo, cuando los regímenes militares de las décadas del 60 y del 70 dejaron la escena política en los años 80, las mayorías de las naciones de América Latina traían consigo el peso de una abultada deuda externa y sus nuevas

62. Stavenhagen, Rodolfo & Iturralde, Diego, Introducción, en *Entre la ley y la costumbre - El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, 1990, p. 23.

democracias estaban sujetas a las consecuencias de los crímenes y corrupciones del pasado.⁶³

Durante el período de los gobiernos militares en América Latina (Brasil 1964, Chile 1973, Uruguay 1974, Argentina 1976, Paraguay 1954, Bolivia 1980), y Centro América (Honduras, Guatemala, etc.) la defensa de los derechos humanos ha sido un importante y visible foro para la oposición a los métodos brutales de control social del gobierno y a las violaciones masivas de los derechos humanos. Los grupos y organizaciones de derechos humanos junto a otros movimientos sociales (obreros, campesinos, estudiantes, jóvenes, mujeres, indígenas, niños) fueron lentamente socavando los métodos de control autoritario, proporcionando a los sectores oprimidos recursos para acceder a canales legales, comunales y políticos para redirigir sus demandas y sufrimientos diarios. Las conexiones de este movimiento de los derechos humanos con las organizaciones internacionales (Naciones Unidas, Organización de los Estados Americanos, Comunidad Económica Europea) han dañado gravemente la legitimidad internacional de algunos regímenes, contribuyendo a las presiones internas para abandonar o modificar los mecanismos de represión política y violaciones masivas de los derechos humanos en los llamados "Estados Terroristas", en especial en el caso del Cono Sur.⁶⁴

Durante este período se hizo uso del terror y de la eliminación física del adversario. Así, las desapariciones masivas, los asesinatos sistemáticos, las masacres periódicas, las torturas diarias y el exilio se convirtieron en política del Estado. Estas dictaduras significaron la desaparición violenta y abrupta de toda una generación de luchadores sociales. Sin embargo, métodos similares se usaron y aún se usan en las llamadas democracias formales, como en el caso de Colombia y Perú.⁶⁵

63. Ver Bartolomei, María Luisa, "Los derechos humanos desde una perspectiva integral, la lucha contra la impunidad y la transición a la democracia en América Latina", conferencia presentada en San José de Costa Rica y San Salvador, Universidad para la Paz, agosto 1992, p. 3; ver también *Proceso a la impunidad de crímenes de lesa humanidad en América Latina-1989-1991*, Tribunal Permanente de los Pueblos, Bogotá, 1991, pp. 497-501.

64. Ver Bartolomei, María Luisa, "Gross and Massive Violations of Human Rights in Argentina: 1976-83. An Analysis of the procure Under ECOSOC Resolution 1503", tesis doctoral en derecho internacional, Facultad de Derecho Universidad de Lund, Suecia, presentada en mayo de 1991, 1994.

65. Ver Umaña Mendoza, Eduardo, "Los mecanismos de impunidad en América Latina", en *Impunity-Impunidad-Impunité*, Ginebra, febrero 1990, p. 10.

En los primeros años de esos regímenes militares, estas organizaciones de derechos humanos centraron su práctica social de manera específica en la defensa legal del derecho a la vida y a la integridad física, fundamentalmente realizada por los familiares y víctimas de la represión, exmilitantes de grupos políticos y en algunos países también con el apoyo de la Iglesia (Chile, Brasil, Guatemala, El Salvador, etc.). Sin embargo en la experiencia diaria de resistencia, estas actividades se fueron diversificando en un vigoroso y variado movimiento que promueve un amplio rango de derechos humanos. Este movimiento logró abarcar demandas no sólo contra las violaciones de los derechos políticos y civiles, sino también económicos, sociales, culturales, incluyendo en algunos casos el derecho al desarrollo, al medio ambiente y a la autodeterminación de los pueblos.⁶⁶

Hoy en día, dentro de estas nuevas democracias "formales" en América Latina, la existencia de mecanismos de impunidad de los autores de graves violaciones de derechos humanos constituye una característica común en todo el continente. Entre ellos podemos mencionar los más importantes: la sanción de leyes de amnistía e indulto para los criminales de lesa humanidad (Brasil 1979, Guatemala 1988, Honduras 1987, Uruguay 1986, Argentina 1986-1987-1990, El Salvador 1987-1993, etc.); la inoperancia o no uso de las instancias de castigo por parte de las autoridades civiles que renuncian al esclarecimiento y castigo de los crímenes de lesa humanidad; la existencia de estructuras de represión parainstitucionales, creadas y dirigidas por los Ejércitos y los organismos policiales (El Salvador, Guatemala, Honduras, Perú, Colombia, Brasil, etc.); el uso de los medios de comunicación para desinformar acerca de las violaciones de derechos humanos y guardar silencio o desviar la atención del público, etc.⁶⁷

Por lo tanto, las libertades y los derechos civiles básicos reinstaurados en los últimos años en algunos países de América Latina son condiciones necesarias, pero no suficientes para una vida digna de un ser humano. Estos derechos son limitados en la situación actual de distribución desigual de la riqueza, en las condiciones de miseria espiritual y material en que todavía está condenado a vivir un gran

66. Ver Bartolomei, María Luisa, "Los derechos humanos desde una perspectiva integral, la lucha contra la impunidad y la transición a la democracia en América Latina", p. 4; Quau Hutchison, Elizabeth, "El movimiento de derechos humanos en Chile bajo el régimen autoritario, 1973-1988", en Patricio Orellana & Elizabeth Quay Hutchison, *El movimiento de derechos humanos en Chile: 1973-1990*, Santiago, 1991, pp. 76-77.

67. Umaña Mendoza, Eduardo, *op. cit.*, pp. 13-17.

sector de la población. Estos derechos expresan en parte sólo posibilidades abstractas que por razones económicas y políticas no se pueden hacer realidad.

En este aspecto, autores como Rudolf H. Strahm y Ursula Oswald Spring, al describir la situación económica en nuestro continente, dicen:

Después de ocho años de recesión ininterrumpida y crecimiento cero existe el peligro de que la miseria se vuelva crónica en América Latina. Junto con el desplome salarial, la caída del ingreso y la reducción en los servicios se presenta una tensión social muy delicada. La primera víctima de la recesión con inflación es la democracia.⁶⁸

El movimiento pendular entre dictadura y democracia que caracteriza la vida política latinoamericana conduce, cuando se medita sobre su significación, a plantear el siguiente problema: ¿se trata de un dinamismo histórico necesario, o puede ser superado? ¿debe América Latina resignarse a ver los derechos humanos pisoteados periódicamente en sus diferentes países sin poder evitarlo? Un análisis de este problema e intentar buscar respuestas son unos de los objetivos de esta reflexión.

Desde una perspectiva distinta, interpretando críticamente nuestra propia historia, sus necesidades e identidad cultural, el paradigma de los derechos humanos adquiere un nuevo sentido en América Latina. Y en este proceso de rever la historia, aparece la problemática de la actual estructura social, política y económica, donde los derechos humanos no tienen la posibilidad de realizarse plenamente. Para lograr el respeto de los derechos humanos en nuestro continente, es necesario cambiar el orden interno y externo. Es necesaria la búsqueda de un modelo social capaz de armonizar, en forma integrada, las libertades individuales con la justicia social, garantizando tanto los derechos humanos individuales como los sociales, económicos y culturales.

Con estas palabras, el director de SERPAJ-Uruguay, sacerdote Luis Pérez Aguirre, describe la situación actual de los marginados socialmente en América Latina, que constituyen más de un 60% de la población existente:

En América Latina el desafío es gigantesco, el desafío de

la 'no persona', del 'medio vivo' o del 'medio muerto', del no hombre, de aquel que el orden social no reconoce como alguien que tiene derechos, una persona. Y la persona no cuestiona en principio nuestra concepción de los derechos humanos, sino nuestro mundo económico, social, político y cultural. También lanza un llamado a la transformación de las bases mismas de la sociedad deshumanizante ¿Quién oír ese llamado?"⁶⁹

Conclusiones

El problema de los derechos humanos se refiere a las modalidades de la existencia concreta del ser humano, en una sociedad específica, y no sólo a su cualidad abstracta de sujeto en general. Sin embargo, es necesario considerar al ser humano como "un fin en sí"; no se puede visualizar al ser humano como un medio puro y simple. Cualesquiera sean sus defectos y limitaciones, el individuo humano es el destino y por ello el medio, históricamente situado, del desarrollo de la humanidad, del proceso de humanización.

En este sentido, el derecho debe dar un principio de reconocimiento legal a las aspiraciones y necesidades del hombre. Es necesario determinar cuidadosamente en qué medida y por qué medios el derecho a que determinadas aspiraciones deban ser satisfechas, deberá dar lugar a una satisfacción efectiva garantizada por la ley.⁷⁰

En relación con esto existen otros problemas inmediatos: a) cómo pasar de la proclamación formal de un derecho a satisfacer ciertas aspiraciones a una posibilidad, real y garantizada por la ley, de hacerlo; b) en qué medida cada aspiración así protegida deberá ser satisfecha. Lo propio de los derechos humanos es establecer que cada uno debe tener la posibilidad real de desplegar su personalidad y su capacidad de elegir, lo cual presupone el hecho de que disponga de ciertos medios. Es necesario entonces determinar con cuidado en qué medida y por qué medios el derecho de que determinadas aspiraciones deben ser satisfechas, deberá dar lugar a una satisfacción efectiva garantizada por la ley.⁷¹

Por lo tanto, la interpretación de los derechos humanos no se limita sólo (como sería el caso en una interpretación de derecho positivo) a explicar normas dadas sino que apunta

68. Ver Strahm, Rudolf H. & Spring, Ursula Oswald, *Por esto somos tan pobres*, 1990, p. 123. Los mismos autores nos explican cómo en 1989, el Producto Interno Bruto por habitante de América Latina cayó a los niveles de 1977. Como consecuencia, 165 millones de latinoamericanos o cada cuarta persona del subcontinente vivían en la miseria; para 1990 el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo del Medio Ambiente (PNUMA) estimaba que esta cuenta ascendería a 204 millones; Ver *Ibid.*, p. 123.

69. Pérez Aguirre, Luis, "Derechos humanos en América Latina tenemos otra definición", *Documento de Trabajo* N° 2, SERPAJ-AL, Buenos Aires, 1991, p. 11.

70. Ver Mathieu, Vitorio, "Prolegómenos a un estudio de los derechos humanos desde el punto de vista de la comunidad internacional", en A. Diemer, J. Hersch y otros, *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, pp. 34-38.

71. *Ibid.*, pp. 39-40.

más bien a encontrar y crear normas a partir de una situación que aún no es en sí misma normativa, indicando ciertas líneas según las cuales deberán establecerse las leyes.

Admitiendo que la comunidad internacional se encuentre un día en posición de ejercer una verdadera coacción, siempre habrá una escisión posible entre: a) el ideal de los derechos humanos y los que son admitidos en la ley internacional; b) lo que es reconocido por la ley y lo que se practica de hecho. Pero esto no debe impedir el esfuerzo para reducir cada vez más estas dos diferencias, y la reflexión filosófica y jurídica es un momento esencial de ese esfuerzo. La reflexión no puede por tanto quedar limitada al momento inicial de instauración de los derechos humanos, pues esta instauración nunca estará terminada.

Hoy en día se plantea la necesidad de lograr la confluencia de las diferentes concepciones de los derechos humanos, en especial la proveniente de sus tradiciones culturales, hacia una definición común de los derechos humanos a nivel internacional y universal. Hacer surgir "el espíritu de los derechos humanos" tal como se vive en la cultura a la que pertenecen: cuáles son los derechos más considerados, si hay alguno que no sea considerado en absoluto, si existe un concepto general de derechos humanos, etc. Aclarar ideas, mostrar los senderos a recorrer, criticar las deficiencias y también los errores cometidos en lo hecho hasta ahora puede ser de gran ayuda.

Es necesario rever de manera crítica la relación norte-sur versus sur-norte y las posibilidades concretas de desarrollo y bienestar para los pueblos históricamente marginados, partiendo de un cuestionamiento del actual orden económico internacional. Se requiere además rever en forma crítica en América Latina la relación hombre/mujer, padres/hijos, adultos/niños, minorías/mayorías, bienestar de los pueblos y goce de los derechos económicos, sociales, políticos y culturales, como una unidad global e integrada. Aprender que la diferencia, que no es producto de la injusticia social, es fuente de riqueza en las relaciones entre las personas y entre las sociedades y que diferencia no es sinónimo de inferioridad.⁷²

La lucha actual por la realización práctica de los derechos humanos como una unidad, constituye una nueva dimensión de las aspiraciones de los pueblos. La existencia de un movimiento de masas por los derechos humanos será

72. Ver aquí Fernández, Ana María (comp.), *Las mujeres en la imaginación colectiva - Una historia de discriminación y resistencias*, Buenos Aires, 1991; Schibotto, Giangi, *Niños trabajadores construyendo una identidad*, Lima, 1990.

una contribución esencial para la abolición de las barreras actuales a la libertad humana y la justicia social. Y en este sentido es de gran valor apoyar las organizaciones de base, activistas e intelectuales que diariamente aportan en este proceso cotidiano.

En ninguna de estas distintas situaciones surgirá espontáneamente un nivel más elevado de derechos y libertades humanos ni será garantizado a la sociedad sólo por su gobierno. Sólo se logrará este nivel por la lucha decidida de los diferentes movimientos emancipadores. Es necesario apoyar un movimiento de masas de los derechos humanos, el cual variará en las diferentes sociedades asumiendo distintas formas y prioridades. Sólo serán una realidad concreta los derechos humanos en la praxis cotidiana de los pueblos por la lucha decidida de los diferentes movimientos emancipadores.⁷³

Con toda seguridad, en las diferentes sociedades asumirá distintas formas y prioridades. En los países del Tercer Mundo y en América Latina es esencial crear las precondiciones materiales y culturales básicas para la realización de estos derechos, tratando de preservar o recuperar en este proceso las tradiciones y formas culturales de solidaridad humana y autonomía que aún subsisten.

La problemática de los derechos humanos tiene una dimensión teórica y una práctica. Una praxis cotidiana transformadora a nivel individual y colectivo, en un proceso de transformación de individuos en culturas y sociedades específicas. La mera reflexión no es suficiente, es necesaria volcarla en una praxis concreta, una reflexión para la acción. Sin embargo se necesitan espacios de reflexión teórica para corregir o fortalecer el curso cotidiano del movimiento.

Y en este aspecto, la construcción de una sociedad que incorpore el principio de "pluralidad jurídica" demanda un sistema legal que incluya la "igualdad de lo diverso", dando origen a una nueva visión del papel del Estado y el Derecho en una sociedad multicultural. Pero a su vez implica la ampliación y profundización de la participación activa de los individuos en todos los espacios estructurales de la práctica social. En palabras del sociólogo del derecho Boaventura de Sousa Santos:

La nueva ciudadanía se constituye tanto en la obligación política vertical entre los ciudadanos y el Estado, como en la obligación política horizontal entre ciudadanos.

73. Ver Kothari, Smitu, "The Human Rights Movement in India: A Critical Overview", en *Rethinking Human Rights-challenges for Theory and Action*, Smitu Kothari y Harsh (ed.), pp. 83-100.

Con esto se revaloriza el principio de la comunidad y, con él, las ideas de igualdad con diversidad, de autonomía y de solidaridad" ... "En este momento, el socialismo será ecológico, feminista, antiproductivista, pacifista y antirracista. Cuanto más profunda sea la develación de las opresiones y de las exclusiones, mayor será el número de adjetivos. El socialismo es el conjunto de sus adjetivos en equilibrio dinámico, socialmente dinamizado por la democracia sin fin.⁷⁴

Así se ve la necesidad de abrir nuevos espacios de intercambio y discusión, en el camino de reflexión hacia una práctica transformadora de las sociedades donde nos toca vivir y actuar. La reflexión sobre los derechos humanos es una confrontación constante con la realidad, con necesidades concretas y con la legalidad que desencadena la exigencia de su reformulación y el planteo de nuevos derechos y nuevas formas de interrelaciones humanas.

Reflexión sobre un nuevo paradigma ético de los derechos humanos orientado hacia una práctica transformadora, intentando concretizar el bienestar de los pueblos y rescatar su dignidad, reconstruyendo la unidad en lo distinto. Los derechos humanos como una alternativa ética para la convivencia y la resolución de conflictos, revisando críticamente las estructuras internas y globales hoy existentes en el mundo, tanto a nivel individual como social.

Bibliografía

- Amnistía Internacional, *Los pueblos indígenas de América siguen sufriendo*, Editorial Amnistía Internacional (EDAI), publicado originalmente en inglés con el título: *Human rights violations against indigenous peoples of the Americas*, ed. en español, Madrid 1992.
- Bartolomei, María Luisa, *Gross and Massive Violations of Human Rights in Argentina: 1976-83: An Analysis of the Procedure Under ECOSOC Resolution 1503*, juristförlaget i Lund, Lund, 1994.
- Bartolomei, María Luisa, "Los derechos humanos desde una perspectiva integral. La lucha contra la impunidad y la transición a la democracia en América Latina", conferencia en San José, Costa Rica, y San Salvador, El Salvador, Universidad para la Paz, Costa Rica, agosto 1992.
- Bartolomei, María Luisa, *Menneskerettighetsbevegelsen i Latin-Amerika: kamp om straffrihet og deltakande demokrati-* (The Human Rights Movement, the Struggle against Impunity and Participatory Democracy in Latin America), *Mennesker & Rettigheter*, N° 2/1992, Nordisk Tidsskrift om Menneskerettigheter, Oslo, julio 1992.
- Benasayag, Miguel & Charlton, Edith, *Crítica de la felicidad*, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 1992.

74. De Souza Santos, Boaventura, "Subjetividad, ciudadanía y emancipación", en *El Otro Derecho*, 1994, p. 57.

- Berting, Jan; Baehr, Peter R. y otros, *Human Rights in a Pluralist World-Individuals and Collectivities*, Netherlands Commission for UNESCO, Rossevelt Study Center-RSC, Westport, USA, 1990.
- Cassese, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Editorial Ariel, 1a. ed., Barcelona 1991 (Roma-Bari, 1888).
- Cárcova, Carlos María, *Teorías jurídicas alternativas. Escritos sobre derecho y política*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1993.
- Dascal, Marcelo (comp.), *Relativismo cultural y filosofía. Perspectivas norteamericana y latinoamericana*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, México, 1992.
- Derrida, Jacques, *La desconstrucción en las fronteras de la filosofía*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1989.
- De Sousa Santos, Boaventura, "Subjetividad, ciudadanía y emancipación", en el *El Otro Derecho* vol. 5, N° 3, Bogotá, 1994.
- Diemer, A.; Hersch, J. y otros, *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Serbal/UNESCO, Barcelona, 1985.
- Donnelly, Jack, *International Human Rights, Dilemmas in World Politics*, Westview Press, Boulder, 1993.
- Espinosa Velasco, Guillermo, "Acceso y administración de justicia para los pueblos indígenas", en *Derechos contemporáneos de los Pueblos Indios. Justicia y derechos étnicos en México*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie L: Cuadernos del Instituto, a) Derecho Indígena, N° 1, México, 1992.
- Fernández, Ana María (comp.), *Las mujeres en la imaginación colectiva. Una historia de discriminación y resistencias*, Editorial PAIDOS, Buenos Aires, 1992.
- Floris Margadant S., Guillermo, "En caminos hacia la declaración universal de los derechos indígenas", en *Crítica jurídica*, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho, Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, N° 11, México, 1992.
- García Hamilton, José Ignacio, *Los orígenes de nuestra cultura autoritaria (e improductiva)*, Albino y Asociados Editores, Buenos Aires, 1991.
- Gómez Rivera, María Magdalena, "Las cuentas pendientes de la diversidad jurídica: el caso de los expulsados indígenas por supuestos motivos religiosos (Chiapas, México)", en el *El Otro Derecho*, vol. 5, N° 3, Bogotá, 1994.
- Groisman, Enrique I. (comp.), *El Derecho en la transición de la dictadura a la democracia: La experiencia en América Latina*, 1, Biblioteca Política Argentina, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1990.
- Groisman, Enrique I. (comp.), *El Derecho en la transición de la dictadura a la democracia: La experiencia en América Latina*, 2, Biblioteca Política Argentina, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1990.
- Habermas, Jürgen, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Introducción de Manuel Jiménez Redondo, Pensamiento Contemporáneo 17, Paidós/I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1a.

- ed., Barcelona, 1991 (Francfort, 1987).
- Habermas, Jürgen, *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, Editorial Tecnos, 2a. ed., Madrid, 1990 (Francfort, 1963).
- Hernández Vega, Raúl, "Problemas metodológicos en torno de la sociead civil y los grupos étnicos", en *Crítica Jurídica*, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho, Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, N° 11, México, 1992.
- Hinkelammert, Franz J., *Sacrificios humanos y sociedad occidental*, Editorial D.E.I., San José de Costa Rica, 1991.
- Kothari, Smitu & Sethi, Harsh (eds.), *Rethinking Human Rights. Challenges for Theory and Action*, New Horizons Press & Lokayan, Nueva Delhi, 1991.
- Marí, Enrique, Ruiz, Alicia y otros (eds.), *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.
- Mires, Fernando, *El discurso de la indianidad. La cuestión indígena en América Latina*, Editorial D.E.I., San José de Costa Rica, 1991.
- Olguín, Leticia (coord.), *Educación y derechos humanos. Una discusión interdisciplinaria*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), Centro Editor de América Latina, Papeles Políticos, San José Costa Rica, 1989.
- Orellana, Patricio & Quay Hutchison, Elizabeth, *El movimiento de derechos humanos en Chile: 1973-1990*, Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos Simón Bolívar, CEPLA, Santiago de Chile, noviembre 1991.
- Palacio, Germán, *Pluralismo jurídico. El desafío al derecho oficial*, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Bogotá, 1993.
- Pérez Aguirre, Luis, "Derechos humanos en América Latina tenemos otra definición", *Documento de Trabajo N° 2*, SERPAJ-AL, Buenos Aires, julio 1991.
- Proceso a la Impunidad de Crímenes de Lesa Humanidad en América Latina 1989-1991, Tribunal Permanente de los Pueblos, Liga Internacional por los Derechos y la Liberación de los Pueblos, Bogotá, junio 1991.
- Stavenhagen Rodolfo, "Introducción al derecho indígena", en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, año VI, N° 17, mayo-agosto 1991.
- Stavenhagen Rodolfo & Iturralde, Diego (comp.), *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, Instituto Indigenista Interamericano - Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990.
- Schibotto, Giangi, *Niños trabajadores construyendo una identidad*, Manthoc, IPEC, Lima, septiembre 1990.
- Sebreli, Juan José, *El asedio a la modernidad - crítica del relativismo cultural*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1991.
- Sieghart, Paul, *The International Law of Human Rights*, Oxford University Press, London, 1990.
- Shivji, Issa G., *The Concept of Human Rights in Africa*, Codesria, London, 1989.
- Strahm, Rudolf H. & Spring, Ursula Oswald, *Por esto somos tan pobres*, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias, Coordinación de Humanidades, Cuernavaca, Morelos, México, 1990.
- Tironi, Eugenio, *Autoritarismo, modernización y marginalidad: el caso de Chile 1973-1989*, Ediciones SUR, Santiago de Chile, 1990.
- Tuhán, Carlos, *Los derechos humanos: Movimiento social, conciencia histórica, realidad jurídica*, Editorial Hvmánitas/Editorial La Colmena, Buenos Aires, 1991.
- Umaña Mendoza, Eduardo, "Los mecanismos de impunidad en América Latina", en *Impunity-Impunidad-Impunité*, Liga Internacional por los Derechos y la Liberación de los Pueblos, Ginebra, febrero 1993.
- Van Parijs, Philippe, *¿Qué es una Sociedad justa? Introducción a la práctica de la filosofía política*, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 1991.
- Velásquez Toro, Magdala, "Derechos humanos, diferencia, conflicto y discriminación", artículo no publicado, Bogotá, septiembre 1991.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Estructuras judiciales*, EDIAR, Buenos Aires, 1994.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Dimensión política de un poder judicial democrático", en *Boletín Comisión Andina de juristas*, Lima, junio 1993.

Paradigma ecológico y nuevo derecho humano al medio ambiente¹

Vicente Bellver Capella

Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política
Universidad de Valencia (España)
Dirección: Avda. Blasco Ibáñez, s/n 46071 Valencia

■ *Este trabajo aborda el tema del paradigma ecológico y el derecho al ambiente desde tres aspectos. Un primer punto es la relación y la divergencia entre los enfoques biocentristas, antropocentristas y las ecofilosofías tecnocráticas, resultado de la evolución del movimiento ambientalista.*

Un segundo aspecto está ligado con las concepciones éticas a partir del concepto de naturaleza que se maneje o bien el espacio ecológico propicio al diálogo interreligioso. En el terreno de la ética se enfrentarían quienes consideran la prevalencia de los derechos de la naturaleza o quienes sostienen la primacía del ser humano frente a ella. Finalmente se encontraría la perspectiva de la ecología política que pretende que la tecnocracia integre las exigencias morales de la naturaleza en su discurso y no la ignore como hasta ahora.

La cuestión del derecho al medio ambiente se trata desde el aspecto de su relación con las otras generaciones de derechos humanos y más específicamente en dos planos: la normatividad ambiental que implica un trabajo desde la comunidad para que se creen las disposiciones y los meca-

1. Para una mayor profundidad en el tema consultar el libro del mismo autor: *Ecología: de las razones a los derechos*, Editorial Comares, Granada, España, 1994.

nismos que garanticen el derecho al ambiente y desde el plano de la utopía, en tanto aceptar el derecho al ambiente conlleva el reconocimiento de una solidaridad universal, pues los efectos de la degradación o la aspiración a una mejor calidad de vida pasa por la intervención de todos los países y todos los ciudadanos.

The Ecological Paradigm and the New Human Right to the Environment

This work explores the issue of the ecological paradigm and the right to the environment from three angles. The first examines the relationship and the differences between three different focal points: the biocentric, the anthropocentric, and the eco-philosophy-technocratic, all of which have resulted from the evolution of the environmental movement.

The second looks at ethical considerations arising from the various concepts of nature, including the sector of the environmental movement that is involved in an inter-religious dialogue. In ethical terms, there are sectors that privilege the rights of nature and sectors that uphold the rights of human beings over nature.

Finally, the author explores the perspective of political ecology, whose discourse seeks ways to integrate technology with the moral demands of nature, rather than ignore such considerations, as is currently the practice.

The author approaches environmental rights by examining them in terms of their relationship to other generations of human rights, in two possible scenarios: The first develops environmental standards while working with the community to develop the provisions and mechanisms to guarantee environmental rights. The second take the more utopian position, postulating that acceptance of the concept of environmental rights should lead to the recognition of a universal solidarity, in which the effects of environmental degradation or the aspiration toward a better quality of life will involve the efforts of all countries and all the world's citizens.

Una de las ideas que suscita un asentimiento prácticamente unánime en estos momentos es que vivimos un tiempo de transición. Constatamos que el *paradigma de civilización* hasta ahora vigente presenta aporías e inconsistencias. Una de ellas se manifiesta en el deterioro del medio ambiente que padecemos a nivel planetario, cuyas imprevisibles consecuen-

cias resultan, en cualquier caso, sumamente preocupantes. La idea de un *nuevo paradigma ecológico* se basa en la idea de que el cambio de época al que asistimos es consecuencia, en primer lugar, de la crisis ecológica. Partiendo de estos dos presupuestos -que nos encontramos en el umbral de una nueva civilización y que la causa de la quiebra de la anterior ha sido la crisis ecológica- se hace necesario esbozar un horizonte filosófico donde replantear las relaciones del hombre con la naturaleza desde la triple dimensión ética, política y jurídica.

Aunque en el título se hable de paradigma ecológico, no utilizamos esa expresión en un sentido fuerte, próximo a fundamentalismos ecológicos que anulan la centralidad del ser humano en las relaciones hombre-naturaleza; y, aunque también hablemos en el mismo título de derecho al medio ambiente, no queremos decir con ello que sea suficiente un cambio en la normatividad para recuperar la armonía en esas relaciones. Ese *tertium genus* por el que apostamos y que se encuentra tan distante de la *deep* como de la *shallow ecology* es el que apuntamos a continuación.

Las dificultades para su elaboración se multiplican. En primer lugar, porque lo que tratamos no es una disputa de escuelas, o una cuestión tan puntual y específica, que se llega a esfumar del territorio de las realidades prácticas. Nuestra intención es ir al encuentro de la vida o, mejor, de una de las fuentes de problemas que pone ahora mismo en peligro la supervivencia de la humanidad. Por eso, resulta acertado hablar, como ya se ha hecho, del hombre como de una especie en peligro. Pero es que, además, resulta difícil estudiar algo que, a la vez es tan inmediato -porque es lo que nos afecta directa y cotidianamente- y tan etéreo porque no sabemos exactamente qué es lo que estamos estudiando, pues no se trata de algo que ya haya sido sino de algo que está siendo.

Ante este estado de cosas, la actitud más común es la perplejidad. Ante la confusión del panorama a la vista se sospecha -y, frecuentemente, con razón- que cualquier toma fuerte de posición es una opción por el dogmatismo, que se sirve de la realidad como de coartada para justificar sus arbitrariedades. Nosotros arriesgamos, intentando distanciarnos tanto de la perplejidad estéril como de los dogmatismos nefandos, tratando de señalar, entre la riqueza de signos que presenta una civilización en tiempo de cambio como es la nuestra, aquéllos que puedan ser líneas de fuerza en el nuevo modelo de civilización.

Esto sigue sin ser tarea fácil por varias razones: en primer lugar, porque no existen las categorías que permitan entender a fondo el cambio que estamos viviendo (las anteriores han quedado obsoletas y las nuevas aún no están perfila-

das); en segundo lugar, porque son muchos los que aportan, desde los más diversos puntos de vista, intuiciones lúcidas y análisis certeros de los que no se puede prescindir si se quiere alcanzar una visión comprensiva del cambio al que asistimos; y, en tercer lugar, porque, en cuanto se concluye el estudio, aparecen elementos que modifican -y, fácilmente, invalidan- lo que se acababa de afirmar. A todas las dificultades apuntadas hay que añadir el que no sólo perseguimos esbozar el perfil del nuevo modelo de civilización sino que procuramos apuntar sus rasgos principales para, desde esa nueva perspectiva, acercarnos al derecho humano al medio ambiente. No se trata, pues, de estudiar tal derecho con las actuales categorías sino con las del paradigma emergente.

Un modo didáctico de acercarse a la cuestión del paradigma ecológico y el derecho humano al medio ambiente consiste en dividirla en tres partes: una primera que nos aproxime al conocimiento de las principales ecofilosofías; una segunda centrada en las relaciones entre la religión, la ética y la política por un lado, y el medio ambiente por otro; y la tercera, que aborde la problemática jurídico-política del derecho humano al medio ambiente.

Ecofilosofías En la primera parte, antes de referirnos a las ecofilosofías, tratamos de dilucidar los elementos del nuevo paradigma. Pero esa caracterización no la podemos plantear desde una exposición sistemática que únicamente serviría para separarnos de la realidad. Nos limitamos, por ello, a apuntar algunos rasgos cuya incorporación nos parece imprescindible para encontrar la salida al cuello de botella civilizador en que nos encontramos. No se trata de oponer alternativas incompatibles como si de una nueva *querelle des anciens et des modernes* se tratara, sino de ampliar los horizontes de la razón: enriquecer el monismo metodológico dominante con el pluralismo; la razón científica con la práctica; la imparcialidad en el trabajo con la responsabilidad del científico; la visiones fragmentadas con el sentido de totalidad.

Con esa descripción a grandes rasgos del paradigma ecológico resulta más fácil valorar las principales reflexiones sobre el cambio de época planteadas desde una perspectiva ecológica que, a efectos expositivos, podemos agruparlas en tres categorías: las ecofilosofías tecnocráticas, las biólogistas y las humanistas. Esta recapitulación de ecofilosofías conviene precederla de una referencia a la historia del movimiento ecologista en el pasado siglo, y de las causas de la emergencia y decadencia del científicismo. Ambas ayudan a la comprensión del nuevo paradigma. La indagación en los orígenes del movimiento ecologista, por un lado, ilustra acerca de la plu-

ralidad de desarrollos posteriores. Por otro, el estudio de la hipertrofia de la razón científica a lo largo de la Modernidad da cuenta de una de las causas principales de la quiebra del proyecto ilustrado y del deterioro del medio ambiente que padecemos.

Aunque tanto en las ecofilosofías tecnocráticas como biólogistas encontramos intuiciones válidas para la reconstrucción del nuevo paradigma, entendemos que ambas son, en última instancia, epígonos de la Modernidad caracterizada por ver la realidad en términos disyuntivos. Así, en efecto, si centramos la mirada en la *res extensa*, fácilmente caeremos en la marginación del hombre, como sucede en las ecofilosofías biólogistas. Si, por el contrario, atendemos únicamente a la *res cogitans*, tenderemos a absolutizar la separación del hombre con respecto al resto de la naturaleza. Las ecofilosofías humanistas tratan de reparar definitivamente esa escisión mirando la realidad con ambos ojos. Dentro de éstas, destacamos el aporte del ecofeminismo. Según este pensamiento, la causa principal de la quiebra de la Modernidad es antropológica. El deterioro de la naturaleza sería consecuencia de extender a la naturaleza la actitud de dominio que rige las relaciones entre los hombres. Esa actitud, a su vez, procede del predominio de los valores por lo común asignados a los varones sobre los atribuidos a las mujeres, prácticamente inexistentes en las sociedades occidentales.

Religión, ética y política del medio ambiente

En esta paulatina aproximación al develamiento del nuevo paradigma ecológico, parece razonable que, después de indagar en la reflexión filosófica, abordemos la cuestión desde la razón práctica y contemplativa. Por ello la segunda parte trata de la religión, la ética y la política del medio ambiente desde la nueva perspectiva ecológica. Por lo que se refiere a la religión, observamos que la recuperación de unas relaciones armónicas del hombre con la naturaleza está asociada a la apertura a la contemplación, bien con un carácter inmanente -como sucede principalmente en las religiones orientales- o bien trascendente -como en las confesiones originadas en el seno de la tradición judeo-cristiana-. En cualquier caso, descubrimos algunos puntos de encuentro entre estas dos grandes corrientes religiosas: el hermanamiento entre todas las criaturas de la Creación, el destino universal de todos los bienes o el primado de la contemplación. La religión se convierte así en camino para la defensa ecológica y la ecología en camino para el diálogo interreligioso. Pero la aproximación a las religiones orientales también nos hace descubrir sus notorias insuficiencias, en cuanto que anulan la visión personal del ser humano y, por tanto, su libertad.

En el terreno de las éticas encontramos una multiplicidad de vías para explicar las relaciones del hombre con la naturaleza. Estas se pueden ordenar en torno a dos grupos: el biocentrismo y el antropocentrismo. Dentro del biocentrismo, encontramos, por un lado, la ética de la Tierra (*Land Ethic*), dominante en el discurso ecologista más radical; y, por otro, las éticas del valor intrínseco del objeto natural, en las que incluimos a los defensores de los derechos de los animales. El antropocentrismo ofrece también dos modalidades: una fuerte, que provee a la naturaleza del valor que el hombre estime otorgarle en cada momento; y otra moderada, dentro de la cual encontraríamos -sin que resulten incompatibles entre sí- las éticas del valor extrínseco del objeto natural y la tradición judeo-cristiana.

De entre las expuestas, nos parece que las agrupadas en torno al antropocentrismo moderado aportan una visión positiva, por ser respetuosa tanto con la naturaleza como con todo ser humano. Según las éticas del valor extrínseco del objeto natural, los principios que sustentan el respeto a la naturaleza pueden orientarse según la necesidad o según un ideal. Los primeros son aquellos que contemplan la naturaleza como un bien a preservar, en cuanto satisface necesidades de los seres humanos. Los segundos miran la naturaleza como un bien a conservar porque representa ciertos símbolos o satisface ciertos ideales conectados a la vida humana. Por lo que se refiere a la tradición judeo-cristiana, la relación del hombre con la naturaleza es la de tutela, según lo establecido por el mandato divino, contenido en el Génesis, de cuidar la tierra.

Por último, dentro de la perspectiva de la razón práctica y después de tratar de la ética, conviene referirse a la nueva concepción de la política: la ecología política. Para ello seguimos a dos autores: Václav Havel, como uno de los críticos más lúcidos de lo que él denomina el sistema posttotalitario, y Robert Bellah, como representante destacado del reciente comunitarismo anglosajón. El punto de partida en ambos casos es una profunda crítica a la organización política dominante, que no sólo afecta a los países del Este europeo antes de la caída de la cortina de hierro, sino, sobre todo, al *individualismo tecnocrático* dominante en Occidente. Frente a una concepción que únicamente reconoce el absoluto del programa científico, objetivo del mundo, se afirma la existencia de lo absoluto experimentado personalmente como medida del mundo. Desde esa perspectiva el problema del medio ambiente deja de verse como un problema meramente técnico y pasa a ser considerado, en primer lugar, como un problema moral. Se descubre, en consecuencia, que la crisis ecológica se

podrá superar cuando la actividad política -dominada hasta el momento por la razón tecnocrática- vuelva a ser informada por los requerimientos de la razón práctica, de una razón que enfrenta al hombre responsable ante las exigencias morales de la naturaleza.

Ello supone poner como centro de la actividad política la responsabilidad del ser humano concreto, que atiende a los problemas en sus irrepetibles especificidades, y que informa toda su actuación con el sentido de la medida. Y supone también la recuperación de las comunidades de memoria, constitutivas de la trama ecológico social en las que el hombre encuentra el sustrato adecuado para su desarrollo personal.

El derecho humano al medio ambiente

Apuntado a grandes trazos el paradigma ecológico, y después de verlo plasmado en algunas de las esferas de la razón práctica y contemplativa, nos adentramos -ya en la tercera parte- en el estudio concreto del derecho humano al ambiente desde esa nueva perspectiva de racionalidad ampliada. Para ello, nos parece interesante aproximarnos al marco político institucional de los derechos humanos. Estos están vinculados al surgimiento del Estado de Derecho. Muchos autores han relacionado cada una de las evoluciones de esta modalidad de organización política con las distintas generaciones de derechos humanos: el Estado liberal de Derecho con los derechos de la primera generación (derechos de libertad), y el Estado social y democrático con los de la segunda generación (derechos económicos, sociales y culturales). Nosotros aventuramos la hipótesis de que los nuevos, y todavía muy cuestionados, derechos de la tercera generación puedan ser el correlato de un nuevo modelo de Estado de Derecho, al que llamaríamos *Estado ambiental*.

Este sería resultado de asumir los indudables avances conquistados por la Modernidad en el ámbito de la política -imperio de la ley, división de poderes, respeto a los derechos y libertades de todos los seres humanos-, pero descargado ya de lastres peligrosos -me refiero al militarismo y la frontera como definidores de un Estado- y todo traducido al lenguaje común de las necesidades ecológicas. De esta manera la soberanía estatal se distribuiría en una pluralidad de instituciones supra e infra estatales. Así como el paradigma ecológico no pretende una ruptura radical con la Modernidad, sino que surge del diálogo con ella, así también ahora se trata de proponer una alternativa político-institucional ecológica, fruto del diálogo con las estructuras estatales dominantes.

En ese caldo de cultivo del Estado ambiental, el *derecho humano al medio ambiente* alcanza su pleno desarro-

llo. Este derecho, como hemos señalado, se encuadra dentro de los derechos de la tercera generación: derechos colectivos, que requieren de la colaboración de todos los agentes sociales para su realización, que manifiestan una enorme plasticidad ante las nuevas exigencias sociales, y que aspiran a realizar la idea de solidaridad. Aunque el elenco de derechos adscritos a esta categoría varía según los autores, podemos considerar básicamente cuatro: el derecho al medio ambiente, el derecho al patrimonio común de la humanidad, el derecho al desarrollo y el derecho a la paz. Pero, dentro de este grupo, estimamos que el derecho al medio ambiente es paradigma de todos ellos, pues tanto el derecho al desarrollo como el derecho al patrimonio de la humanidad son reconducibles a aquél, y el derecho a la paz puede entenderse más que como un derecho, como el *fin* de todo el Derecho.

Por lo que se refiere al contenido del nuevo derecho, consideramos que se despliega en dos planos: uno, estrechamente vinculado a los derechos de la primera generación, y que ya habría empezado a tener reconocimiento en las legislaciones de los distintos Estados; el otro, que estaría informado por un aliento de utopía necesaria y razonable, constituiría el núcleo de los derechos de la tercera generación. Veamos cada uno de estos dos niveles.

Dentro del primero, el principal modo de defender el medio ambiente es, sin duda, fomentando la participación mediante la creación de los instrumentos para que los ciudadanos puedan recabar de los tribunales una tutela efectiva del ambiente. Para alcanzar este propósito es necesario adelgazar al máximo el concepto de derecho subjetivo desde el punto de vista sustancial -esa concepción del derecho que tiene como paradigma el derecho de propiedad- y potenciarlo al máximo desde el punto de vista procesal. Pero para que esa participación pueda existir y sea efectiva es imprescindible un adecuado contexto de publicidad, es decir, una información transparente. Y, a su vez, esa información sólo será comprendida, suscitando un verdadero afán de participación, si se facilita una educación sensible a la ecología y la solidaridad. Participación, información y educación son, por tanto, tres exigencias básicas de la realización del derecho al ambiente.

Esta lectura ecológica de algunos derechos tradicionales es condición necesaria pero no suficiente para alcanzar el objetivo de un derecho humano al medio ambiente *tout court*. Este derecho requiere el aliento de la utopía, de manera que su horizonte de actuación, ya en un segundo estadio, alcance la universalidad espacial y la diacronía temporal. Así concebido, el poder de actuación del derecho humano al am-

biente afecta simultáneamente a todos los seres humanos, vivos o por venir, y a todos los países de la Tierra. Afecta a los del Norte, que contraen dos deberes fundamentales: el de ayudar a los países del Sur en sus necesidades para sobrevivir y desarrollarse, y el de reemplazar el modelo de vida basado en la opulencia por la frugalidad en el consumo y en la contaminación. Y afecta a los países del Sur, a través del reconocimiento efectivo de su derecho al desarrollo. El fundamento ontológico de esta relación Norte-Sur es la *solidaridad universal*, pero el fundamento histórico lo encontramos en la *deuda ecológica* que los países ricos han contraído, sobre todo a lo largo de los dos últimos siglos, ante los países pobres del Sur, a los que han esquilado unos bienes cuyo valor es prácticamente ilimitado.

Una cuestión relacionada tanto con el paradigma ecológico como con el derecho humano al medio ambiente -y que es objeto de una enconada discusión en los países anglosajones- es el estatuto moral y jurídico de los animales. Nuestra conclusión es que los animales no pueden ser titulares de derechos, pero merecen una consideración por parte de los hombres con base, entre otras, en las siguientes consideraciones: el servicio que nos prestan; el respeto que debemos a cualquier criatura, respeto que se incrementa al encontrarnos ante criaturas superiores, dotadas de vida y de sensibilidad; y la idea de que la violencia practicada a seres humanos acaba fomentando la violencia hacia los hombres.

¿Por qué planteamos la cuestión del paradigma ecológico y del derecho humano al medio ambiente que emerge de ese contexto cultural con un criterio tan abierto, que trata de poner en relación diversas disciplinas, aun a costa de no poder profundizar en cada una de ellas? Deliberadamente lo hemos querido hacer así por dos razones: porque nos parece fundamental, para una adecuada comprensión de cualquier problema relacionado con el medio ambiente, localizarlo en el contexto del profundo debate existente acerca del sentido último de la cuestión ecológica; y, en segundo lugar, porque -salvo escasas aunque valiosas aportaciones- apenas existen investigaciones que relacionen el incipiente Derecho al medio ambiente con los problemas últimos de la ecología humana.

El poder judicial en Brasil: paradojas, desafíos y alternativas

José Eduardo Faria¹

Universidad de São Paulo
Facultad de Derecho
Depto. de Filosofía y Teoría General del Derecho
Largo São Francisco, 95- 3°. andar.
CEP 01005-010 São Paulo, Brasil

■ *El profesor Faria se hizo una pregunta total: ¿se puede considerar el Poder Judicial brasileño como una institución descartable? La indagación es insólita desde el punto de vista de los integrantes de la Magistratura, pero no lo es desde el de los usuarios, que se resienten ante la cotidiana frustración de sufrir la insatisfacción en sus mínimos servicios esenciales.*

La percepción negativa de los ciudadanos brasileños sobre la ley, la policía y la fiscalización demuestra que prefieren resolver sus conflictos de una manera extrajudicial, antes que pasar por los canales previstos en las leyes y en las jurisdicciones. Esta reacción extensiva a casi todas las instituciones, es un llamado de atención para que el Poder Judicial asuma una serie de correctivos que le devuelvan una valoración positiva.

La solidez del Estado de derecho y del Poder Judicial se

1. Profesor del Departamento de Filosofía y Teoría General del Derecho de la Universidad de São Paulo, investigador del Centro de Estudios Derecho y Sociedad (Cediso) de la misma universidad (USP), autor de *Derecho y justicia: la función social de lo judicial*.

enmarca en la amplia comprensión de muchos factores de una sociedad desigual y no en la parcialidad de reformas que apuntan a dotar de eficiencia aspectos tramitológicos que no le imprimen a la justicia el dinamismo necesario, sin el cual le es imposible cumplir cabalmente su función.

The Judicial Power in Brazil: Paradox, Challenges and Alternatives

■ *Dr. Faria poses the ultimate question: Can the Brazilian judicial power be dismissed as a superfluous institution? From the point of view of the magistracy, the question is unthinkable. Not so, however, for the system's users, who resent the daily frustrations of the unsatisfactory nature of the most basic essential services. The negative perception of the legal system, the police and public officials in general, is reflected in the fact that many Brazilians prefer to resolve their conflicts by extra-judicial means, without making use of the court system. This general reaction to most public institutions is a signal that the judicial system must take corrective measures if it is to regain its former value in society. The solidity of the legal system and of the judicial branch rests on a real understanding of the many factors at work in an unequal society, rather than on partial reforms designed to make some aspects of the system more efficient, but which do not serve to re-energize the justice system as a whole. Without such a reinvigoration, it cannot possibly fulfil its role.*

1. Introducción

¿El sector judicial brasileño puede ser considerado una institución potencialmente "descartable"? Para un lector que se sitúa de manera profesional en el universo jurídico -un abogado, un fiscal o un magistrado- ésta es, desde luego, una hipótesis insólita. Sin embargo, en el ámbito de la sociedad y con más exactitud entre los ciudadanos no afectados a la complejidad técnica, a los ritos y a los plazos del derecho, esta indagación traduce una mezcla de frustración, incredulidad y escepticismo en relación con la eficacia de ese poder, a los criterios de "justicia" adoptados por él en sus sentencias y a su capacidad para imponer la voluntad de la ley sobre los intereses de los más ricos, influyentes y poderosos sentimientos que, como se puede ver en el cuadro siguiente, no han pasado desapercibidos para las instituciones de evaluación de la opinión pública.

Para tener una idea de que la pregunta sobre descartar lo judicial no es del todo descabellada, es importante retomar un sondeo del IBGE, realizado entre octubre de 1985 y sep-

Cuadro 1 Percepción de la justicia y la ley

	De acuerdo	En desacuerdo	No sabe
La base moral del brasileño			
Cuando una persona desobedece la ley, pero no perjudica a nadie, no debe ser castigada.	51%	43%	6%
En Brasil, cuando una persona tiene la oportunidad de lograr una ventaja haciendo algo equivocado, y tiene pocas probabilidades de ser descubierta, actúa ilegalmente.	64%	27%	9%
La mayoría de los brasileños intenta siempre dar un "dinerito" para librarse de la multa.	93%	4%	3%
Si en los supermercados no vigilaran los estantes, tendrían más robos que hoy.	81%	15%	4%
Una persona que tiene hambre, tiene derecho a robar.	36%	59%	4%
El pueblo brasileño es deshonesto.	65%	27%	7%
Cómo ve el brasileño la ley			
La finalidad de las leyes es garantizar el bienestar de las personas.	79%	16%	5%
Las leyes son esenciales para controlar lo que hacen las personas.	77%	18%	6%
La mayoría de las leyes no son obedecidas.	82%	14%	4%
En Brasil cumplir las leyes no trae ninguna ventaja para las personas.	51%	42%	6%
Las leyes deben cumplirse, independientemente de que se esté de acuerdo con ellas.	82%	12%	5%
En Brasil existen más leyes que las que se necesitan.	68%	26%	6%
Una sociedad justa es una sociedad mejor.	92%	4%	4%
Brasil está caminando hacia una sociedad más justa.	67%	24%	8%
Cómo ve el brasileño la justicia, la policía y la fiscalización			
El problema de Brasil no está en las leyes, sino en la justicia que es muy lenta.	87%	8%	5%
En Brasil existen ciertas personas que, aunque cometan errores, nunca son castigadas por la justicia.	86%	10%	4%
En Brasil, la gran mayoría de personas que desobedecen la ley son castigadas.	37%	57%	6%
En Brasil, las leyes sólo existen para los pobres.	80%	17%	3%
La justicia brasileña trata a los pobres y a los ricos de la misma manera.	16%	80%	4%
En general, las sentencias de los jueces son justas.	53%	37%	10%
En general, los abogados son personas honestas.	34%	59%	8%
En general, los policías son personas honestas.	29%	64%	7%
La mayoría de los policías de tránsito no multan cuando reciben una buena "plata".	63%	27%	7%
La mayoría de inspectores no multan una empresa cuando reciben una buena "plata".	64%	27%	8%

Fuente: Ibope, 1993.

* Los números fueron aproximados, eliminando los decimales, lo cual explica el hecho de que la suma de algunos ítems no dé el 100%.

tiembre de 1988, con la finalidad de evaluar la imagen de la institución ante la población a partir de conflictos corrientes como cuestiones laborales, problemas criminales, separación conyugal, desocupación de inmuebles, pensión alimenticia, litigios de vecindad, posesión de tierras, cobro de deudas y herencias. De todos los brasileños que estuvieron envueltos en alguno de esos conflictos, como se observa en el próximo cuadro, el 67% optó resolverlos por vías extrajudiciales².

Al preguntarles los motivos de esa opción, alegaron: (a) no confiar en las instituciones policiales y judiciales, (b) temer a represalias de los otros involucrados, (c) desconocer sus derechos, (d) juzgar las pruebas como insuficientes y (e) tener contactos con terceros. Ante aquel porcentaje y éstas justificaciones, es evidente que si lo judicial no despierta a tiempo a una realidad social, política y económica del país,

2. Cf. IBGE, *Participación político-social: 1988*, vol. I, "Justicia y el hecho de ser víctima", Río de Janeiro, 1990. Algunos analistas consideran que es bajo el número de brasileños que reconocen haber estado envueltos en esos conflictos. Según Wanderley Guilherme dos Santos, uno de los motivos por los cuales muchos habrían ocultado informaciones al IBGE surgiría del hecho de que "admitir el estado de conflicto impone una decisión sobre qué hacer y esa decisión tiene costos. Tres posibilidades surgen de inmediato: no hacer nada y conformarse con el papel de víctima intermitente del conflicto; resolverlo por sí mismo (la propia definición del estado de naturaleza hobbesiana); buscar las instituciones estatales competentes, ciñéndose a las consecuencias. Al explorar la incidencia de los tres tipos de actitudes, entre los que admiten la existencia del conflicto o de algún problema social, entendemos simultáneamente la cultura cívica del disimulo y de la legislación y códigos formales". Según el autor, "el Estado brasileño desperdicia una cantidad de reglamentos, normas, órdenes y regulaciones, de las cuales una enorme cantidad de ciudadanos ni siquiera se preocupa en conocer y aún menos en usar o usufructuar". Cf. Wanderley Guilherme dos Santos, "Fronteras del Estado mínimo, indicaciones sobre el híbrido institucional brasileño", en *Razones del desorden*, Río de Janeiro, Rocco, 1993, pp. 100-104. El mismo autor analiza también los mismos datos en otro texto igualmente importante, "Mitologías institucionales brasileñas: del Leviatán político al Estado de naturaleza", en *Estudios Avanzados*, São Paulo, USP, 1993, N° 17, pp. 101-116. Comparando esta investigación con otra promovida por DataFolha y publicada por el periódico *Folha de São Paulo* en la edición del 12 de marzo de 1994, indica que 35% de los brasileños consideran lo judicial como "regular", 28% como "malo" y "pésimo" y sólo 26% como "excelente" y "bueno". Maria Tereza Sadek y Rogério Arantes afirman que esto revela "una sorprendente regularidad en las evaluaciones, independientemente de la región, del grado de escolaridad y de la renta de los entrevistados o de su preferencia política. Por los datos disponibles, nada sugiere que la insatisfacción con el organismo encargado de aplicar la justicia sea específica de algún grupo social". Cf. "La crisis de lo judicial y la visión de los jueces", en *Revista de la USP*, São Paulo, Universidad de São Paulo, 1994, N° 21, p. 36.

Cuadro 2
Población con más de 18 años (1985-88) envuelta en conflicto por tipo de reacción - Brasil y regiones (N=8.641.761)

Porcentaje de la población	Brasil	N	NE	SE	S	CO
No buscaron la justicia	67,0	60,0	65,0	64,0	68,0	67,0
Resolvieron todo por su propia cuenta	43,0	41,0	34,2	42,0	50,0	55,0
Temieron represalias	1,5	1,2	1,8	1,8	0,8	0,5
No buscaron la justicia porque cuesta menos ser indiferente al conflicto	28,7	35,5	36,0	28,4	21,8	22,8
Recurrieron a otras personas o entidades	6,0	7,0	6,3	6,0	6,2	5,0

Fuente: IBGE, *Participación política y social*, vol. 1, 1990 y W. Guilherme dos Santos, *op. cit.*

aprendiendo a lidiar con los conflictos colectivos de naturaleza corporativa, grupal, comunitaria y de clase existentes en ella, cada vez más pasará a ser considerada como una institución irrelevante o "descartable", por parte de la sociedad. El grado para descartarla corresponderá, en ese caso, al grado de debilidad del Estado de derecho tan arduamente conquistado.

Entonces, en términos muy directos y objetivos, el desafío del sector judicial brasileño es: ¿tendrá, en el ámbito de una sociedad altamente compleja, desigual y contradictoria donde su imagen de "confiabilidad" está puesta en duda

Cuadro 3
Índice de confiabilidad de las instituciones

Confiabilidad	Confianza	Desconfianza	No sabe/ No opina
Iglesia Católica	77%	20%	3%
Medios de Comunicación	62%	34%	4%
Sindicatos de trabajadores	61%	34%	5%
Justicia	53%	43%	4%
Militares	52%	43%	5%
Congreso	32%	60%	8%
Empresarios	28%	65%	7%
Partidos	19%	76%	5%
Políticos	15%	82%	3%

Fuente: Ibope, 1993

por una parte significativa de la población (cuadro 3), las condiciones técnicas, operativas e institucionales necesarias para asegurar la continuidad de su monopolio en relación con la solución de los conflictos? O, entonces, por estar cada vez más obligado a competir con la ley del más fuerte, con los crecientes mecanismos paraestatales de mediación y arbitraje y con las formas emergentes de autorregulación, forjadas por determinados sectores sociales y económicos como sugieren los números de ese sondeo del IBGE, ¿la institución acabará perdiendo inexorablemente ese monopolio, justificando de esta manera la pregunta en relación con su "descarte"?

2. Eficiencia e identidad: las crisis del sector judicial

La duda suscitada por la inquietud anterior está alimentada por las dos crisis más notorias o evidentes que el sector judicial brasileño enfrenta hoy: las crisis de *eficiencia* y de *identidad*. Los aspectos obvios de la primera crisis hablan de la creciente ineficacia de ese poder, lo que puede ilustrarse por el flagrante desequilibrio entre la búsqueda y la oferta de los servicios judiciales en términos tanto cuantitativos como cualitativos. Tal como están organizados, los tribunales suelen ser lentos y muy burocratizados. Por este motivo, como se puede observar en el cuadro 4, se destacan por presentar una "producción judicial" hecha a un ritmo bastante inferior al de la entrada de nuevos procesos: en 1990, teniendo en cuenta todo el país, entraron a primera instancia de la justicia ordinaria 4.209.623 procesos, habiéndose juzgados en ese mismo año sólo 57,8% de ellos, o sea 2.434.842 procesos³

Al consolidarse de manera progresiva en la década de los ochenta la apertura política y la democratización, despertó

- Los números disponibles no permiten hacer una serie histórica del ritmo de los juicios en los últimos años, afirman M. Tereza Sadek y Rogério Arantes. Aun así es posible suponer que ellos traducen "el desempeño medio del sector judicial en épocas recientes, dado que los cambios en el aparato judicial son siempre muy lentos, [...] si pensamos que el número de procesos que entran tienden a aumentar al año y que el residuo de un año al otro tiende a acumularse. La precariedad de la situación puede explicarse bien a través de la imagen de una bola de nieve que crece a un ritmo gigantesco". Tomando en cuenta que "la mayor parte de los litigios ni siquiera llegan a una corte de justicia", tal como revela el sondeo del IBGE, los números del cuadro de arriba son "muy preocupantes" pues revelan "tanto el descrédito en la justicia como el hecho de que si la mayor parte de aquellos que supuestamente deberían recurrir a lo judicial lo hicieran, el sistema estaría cerca del colapso". Cf. "La crisis del sector judicial y la visión de los jueces", *op. cit.*, p. 39. Sobre los conceptos de efectividad e ineficacia en todo el universo jurídico, ver François Rangeon, "Reflexions sur l'effectivité du droit", in *Les usages de savoir juridique*, Danièle Loschak org., Paris, Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie, 1989.

Cuadro 4
Procesos que entraron y se juzgaron en la justicia ordinaria de primer grado en 1990

Región	Proc. entr.	Proc. juzg.	Restantes
Norte	79.880	50.173	29.707
Nordeste	785.164	150.061	635.103
Centro-Oeste	184.231	123.747	60.484
Sudeste	2.610.605	1.629.894	980.711
Sur	549.743	480.967	68.776
Brasil	4.209.623	2.434.842	1.774.781

Fuente: Banco Nacional de Datos del Poder Judicial.

en la población la conciencia de sus derechos. Pero, como se puede constatar en el cuadro de arriba, esto chocó también con un sector judicial sin preparación para responder al desafío de la ampliación del acceso a la justicia en el ámbito de un país "que volvía a la constitucionalidad". Este ilustrativo desequilibrio entre la oferta y la demanda, además de generar una frustración natural proveniente de la carencia y de la ineficacia de los servicios judiciales cuando no de su simple negación a los sectores desfavorecidos de la población,⁴ también es muy

- Desde los trabajos pioneros de Boaventura Santos, en Río de Janeiro, y de Joaquim Falcão, en Recife, durante la década de los setenta, se hizo conocida la tendencia de los sectores más pobres de la población a realizar prácticas "no oficiales" de justicia, dadas las dificultades (falta de recursos materiales, desorganización de los servicios públicos y gratuitos de la asistencia judicial, etc.) enfrentadas al llevar sus demandas a los tribunales. En un trabajo considerado paradigmático en la sociología del derecho brasileño de los años ochenta, Luciano de Oliveira identificó, describió y estudió las "prácticas judiciales" ejercidas por la policía en la solución de los pequeños casos de naturaleza penal, protagonizados por las clases populares. Según él, hay una práctica informal de solución de los conflictos, realizada por la policía y la cual se armoniza con "las normas sustantivas del derecho oficial y la ideología que subyace ahí, aquella que individualiza y despolitiza los conflictos, permitiendo abstraerlos de la contextura económico-estructural donde están insertos". De la preferencia por la Policía, en relación con los tribunales, surgen tres motivos: a nivel de la estrategia usada por los policías que saben valerse de la violencia y de la retórica de modo diferenciado, según el estatus socioeconómico de la "cliente-la"; a nivel de la expectativa de la comunidad sometida a esas prácticas (cuando la policía, al recibir las quejas, actúa de la manera que esperan de ella los que la buscan) y, a nivel estructural, ya que la aplicación de la sanción penal oficial fiscal no sería viable porque implicaría, en principio, la prisión de un significativo número de personas. "Esas prácticas judiciales, lejos de ser una aberración jurídica, constituyen exactamente las prácticas jurídicas exigidas por la sociedad local". Cf. *Su Excelencia: el comisario*,

Cuadro 5
Indicadores que se refieren al mercado de trabajo para los pobres
y los que no lo son en las regiones metropolitanas - 1981 a 1990

Indicador	Categoría	% 1981	% 1990
Trabajo precoz	Total	7	7
	Pobre	8	8
	No pobre	7	7
Trabajo informal	Total	25	28
	Pobre	36	36
	No pobre	23	26
Trabajo informal por propia cuenta	Total	59	66
	Pobre	75	84
	No pobre	53	61
Subempleo	Total	16	19
	Pobre	18	19
	No pobre	16	19
Desempleo	Total	7	5
	Pobre	16	13
	No pobre	4	3
Tasa de participación	Total	53	55
	Pobre	42	45
	No pobre	57	59
Tasa de participación femenina	Total	35	38
	Pobre	33	35
	No pobre	36	39
Subempleo femenino	Total	29	30
	Pobre	34	29
	No pobre	28	30

Fuente: Sonia Rocha, IPEA, con base en datos iniciales de la PNAD.

afectado por otro problema: el natural intervalo entre la rapidez de la concepción de justicia del ciudadano común y la extrema complejidad de los ritos procesales que él, el ciudadano, no logra comprender por carecer de la debida formación jurídica. La conjugación de estos dos problemas, desde luego, termina reforzando el sentimiento de incredulidad -cuando no de desprecio- de la población en relación con lo judicial.

Recife, disertación para maestría presentada a la Universidad Federal de Pernambuco, 1984. Ver también el informe de la investigación "Sector judicial y ciudadanía", coordinada y realizada por el equipo del Centro Luiz Freire de Olinda, en 1992, que muestra cómo los distintos obstáculos de acceso a la justicia de los sectores desfavorecidos de la población, alimentan la impunidad y desgastan la imagen de las instituciones judiciales.

Por su parte, la crisis de identidad de nuestras instituciones judiciales está expresada por otros tres tipos de problemas importantes. Aunque el país haya evolucionado de una sociedad agroexportadora a una sociedad urbana de masas, en un corto espacio de sólo cuatro décadas (cuadro 5), lo cual modificó de manera profunda la naturaleza, la intensidad y el alcance de los conflictos, muchas de sus leyes básicas no fueron modernizadas, obligando así a la magistratura a aplicar normas anteriores en innumerables casos. Del vetusto Código Comercial de 1850 al Código Civil de 1917, pasando por el Código Penal (parte especial) y por el Código de Proceso Penal, que vienen desde 1940 y 1941 respectivamente, un sector significativo del ordenamiento jurídico nacional se encuentra en total desconexión con la realidad social, económica y cultural actual. Esos textos fueron concebidos a partir de valores, motivaciones e intereses que simplemente desaparecieron en un veloz proceso de industrialización transcurrido entre 1940 y 1980.

Sin embargo, sucede que los textos legales editados a partir de concepciones más contemporáneas del derecho, aptas para lidiar con los conflictos colectivos y con los que se relacionan con cuestiones distributivas o de naturaleza "social", como es el caso del Código de Defensa del Consumidor (Ley 8.078/90), de la ley de Ejecuciones Penales, del Estatuto del Niño y del Adolescente (Ley 8.069/90) o de las políticas urbanas formuladas con base en el artículo 182 de la Constitución de 1988, han chocado con una cultura profesional de la magistratura que padece de un excesivo individualismo y formalismo en su visión del mundo.

Ese individualismo se traduce por la convicción de que la parte precede al todo, o sea que los derechos del individuo están sobre los derechos de la comunidad. Como lo que importa es el mercado, espacio donde las relaciones sociales y económicas son frenadas, el individualismo tiende a transbordarse como atomismo: la magistratura está entrenada para lidiar con diferentes formas de acción, pero no logra tener un entendimiento preciso de las estructuras socioeconómicas donde ellas son frenadas.

El formalismo surge del apego a un conjunto de ritos y procedimientos burocratizados e impersonales, justificados a nombre de la certeza jurídica y de la "seguridad del proceso". Al no estar preparada técnica y doctrinariamente para comprender los aspectos sustantivos de los pleitos sometidos a ella, desde luego enfrenta dificultades para interpretar los nuevos conceptos de los textos legales típicos de la sociedad industrial, sobre todo los que establecen derechos colectivos, protegen los derechos difusos y obvian un tratamiento preferencial a los sectores desfavorecidos económicamente. Al ha-

ber sido educada y organizada para actuar en la perspectiva de una justicia correctiva, la magistratura se revela contenida, inhibida y temerosa cuando no estimulada a actuar en la dimensión de una justicia distributiva. A causa de todo lo anterior, los esfuerzos modernizadores del legislador chocan muchas veces con una insuficiente sensibilidad social y aun sociológica de los jueces.

Al final, llevado a juzgar conflictos de competencia entre un Legislativo que tuvo amplias funciones fiscalizadoras y de control por la Constitución de 1988 y un Ejecutivo que -gracias a la figura jurídica de las "medidas provisionales" introducida por la misma Carta- ha conseguido aumentar de modo pragmático su poder reglamentario, especialmente en materia económica y tributaria, lo judicial se muestra perplejo. Desafiado para hacer la mediación entre esos dos poderes y para ejercer el control constitucional tanto de los actos gubernamentales como de las leyes votadas por el Congreso, los niveles superiores de la institución -como sucedió en los juicios de Finsocial, del Impuesto Provisional sobre Movimientos Federales, del catastro de Inadimplentes, de los intentos de las Rentas Federales para eliminar el sigilo bancario a nombre del combate a la evasión, del caso Collor y del episodio Lucena- son acusados con frecuencia de "tribunalizar" decisiones políticas. A causa de su estructura descentralizada y del "doble grado de jurisdicción" -lo que permite a los niveles inferiores conceder preámbulos contra la Unión, preferir decisiones nada uniformes y suspender medidas de cobertura nacional-, la institución se mantiene atada frente a las críticas de haber "judicializado la política".

Como de ella siempre se exigieron -según la concepción liberal clásica de equilibrio de los poderes- decisiones meramente formales, restringidas a la letra de la ley y como la formación de sus integrantes es por tradición mucho más cercana al derecho privado que al derecho público -lo que tiende a llevarlos a una lectura "sesgada" de ese tipo de problema, eminentemente político-institucional-, el hecho es que esa perplejidad de lo judicial lo conduce a reaccionar de una manera inconexa tanto con los imperativos y con el tiempo de la racionalidad económica como con el *ethos* y la lógica del proceso parlamentario.

3. Lo judicial y la crisis estructural del Estado y la sociedad

Es evidente que las crisis de eficiencia e identidad de lo judicial ejercen un impacto negativo en las crisis económica y política del país, del mismo modo que también son alimentadas por ellas.

Hay una interacción sistemática entre todas estas crisis, cuyo resultado concreto ha sido el mantenimiento del

círculo vicioso de la pobreza, la distribución desigual de los derechos adquiridos, la ampliación de la concentración de la renta, la agudización de las desigualdades por sectores y regiones, el desgarramiento del tejido social, la expansión desordenada de las normas programáticas o de organización, el aumento incesante de reglas surgidas por factores meramente coyunturales, la expansión irracional de asuntos sometidos al control jurídico, la disolución de las fronteras entre lo público y lo privado, la emergencia de un sinnúmero de fuentes materiales del derecho que abren camino a un efectivo pluralismo jurídico y la tendencia al vacío de las funciones básicas del derecho positivo.

En una sociedad con esas características es imposible tener la dimensión exacta del valor jurídico tanto de las innumerables (y muchas veces contradictorias) reglas surgidas del Legislativo o del Ejecutivo como de los actos que ellas buscan reglamentar. He ahí la verdadera dimensión de los desafíos jurídicos brasileños: ellos son resultado de una amplia y profunda crisis estructural de la sociedad y del Estado, crisis que se entiende aquí, de manera conceptual, como la circunstancia en la cual un determinado sistema histórico se expande progresivamente hasta el punto en que los efectos acumulativos de sus contradicciones internas le impiden resolver sus dilemas por medio de simples ajustes en sus instituciones gubernamentales.

3.1 Las crisis de racionalidad y hegemonía

Esa crisis estructural se traduce en la flagrante incapacidad de las instituciones para ejercer, de un modo mínimamente eficiente y congruente, sus papeles de proveedoras de servicios esenciales, programadoras y promotoras de nuevas relaciones sociales, productoras de bienes estratégicos y ejecutoras de políticas macroeconómicas.

A título de ilustración, entre 1940 y 1990, el país vivió tres cambios en su régimen político, dos grandes reformas administrativas y cuatro significativas modificaciones en el sistema de protección social.

Entre marzo de 1979 -cuando el recién entonces posesionado gobierno alteró el valor de la moneda y de los salarios, fijando de antemano la corrección monetaria, desvalorizando el cambio, controlando las tasas de interés y aumentando los niveles de indexación salarial- y febrero de 1990 -cuando el gobierno de ese entonces estaba, a finales de su mandato, próximo a una inflación mensual de 100%- el país fue objeto de ocho planes pragmáticos, ortodoxos y heterodoxos de estabilización; tuvo cuatro monedas distintas y once índices diferentes de cálculo de la inflación y aun contó

con cinco tablas de precios congelados, 14 reglamentos salariales, 18 alteraciones significativas de las reglas de cambio, 54 modificaciones de las reglas de control de precios⁵ y todo esto, sin hablar de las 21 propuestas de negociación en la deuda externa y en los 19 decretos del Ejecutivo, relacionados con la austeridad fiscal.

Este ejemplo muestra la realidad (a) de un sistema político de decisión, estigmatizado por una profunda falta de representatividad, generado por la perversión de la proporcionalidad en la representación parlamentaria del Congreso y por la incapacidad de los partidos para promover intereses agregados; (b) de un sistema económico minado por el impacto disgregador y corrosivo de la inflación; comprometido por la transferencia financiera líquida negativa, exigida por el pago de intereses y la amortización de la deuda externa; ineficiente en la formulación, organización y ejecución de la política fiscal, monetaria y cambiaria, e incapaz de calcular el problema de la deuda pública; (c) de un sistema social caracterizado por la falta cada vez mayor de integración, ya que la pauperización de amplios sectores de la población, el desempleo estructural creciente y las oscilaciones de la moneda comprometen los patrones de cohesión social vigentes y (d) de un sistema cultural marcado por una elevada ausencia de motivación, que se muestra por el descrédito generalizado en relación con las instituciones y por la incredulidad en una pauta de valores éticos comunes.

Si hasta los años 80 cada uno de esos sistemas lograba compensar con su buen funcionamiento el déficit operativo que eventualmente se presentaba en los demás, a partir de los años 90 ya no fue posible pues esos cuatro sistemas se volvieron disfuncionales al mismo tiempo, alimentándose recíproca y continuamente en una secuencia irracional que termina con el equilibrio de los poderes, superpone las estructuras burocráticas, fragmenta la lógica de acción de las instituciones, hace explotar la unidad del ordenamiento jurídico y compromete el "sentido de identidad colectiva" de toda la sociedad, convergiendo hacia dos nuevas y gigantescas crisis: a) a nivel institucional, una crisis de racionalidad decisiva, provocada por la confluencia de las faltas de representatividad del sistema político y de la eficiencia del sistema económico; b) a nivel socioeconómico, una crisis de hegemonía, formada por la confluencia de las faltas de integración y motivación de los sistemas social y cultural respec-

5. Cf. José Luis Fiori, "Poder y credibilidad: la paradoja política de la reforma liberal", en *Luna Nueva* N° 25, São Paulo, Cedec, 1992, pp. 185-186.

mo Estados Unidos y Japón⁹. Hoy, los pobres e indigentes suman casi 60 millones de personas, que representan el 42% de la población brasileña según las últimas estadísticas disponibles de la Investigación Nacional-Muestra a Domicilio, promovida por el IBGE.

En lo que se refiere específicamente a los indicadores de trabajo, presentan durante los años ochenta una evolución bastante adversa, tanto en términos de desempleo como de caída de la renta mensual media: el trabajador particular rural que ganaba 5,1 salarios mínimos en 1980, pasó a ganar 4,3 en 1990. Los empleados de nivel superior fueron los que perdieron más (de 18,4 a 14 salarios mínimos). En las áreas urbanas, el número de contribuyentes cayó del 67,5% en 1980 a 62,8% en 1990. Estos números revelan que la creciente "informalidad" de la mano de obra no calificada y semicalificada (porcentaje de empleados sin carrera profesional y que no están cubiertos por la seguridad social) está íntimamente unida al declive del empleo en el sector industrial y a la "terciarización" en el sector comercial y en el de servicios no especializados. El aumento del subempleo y una mayor participación de las mujeres en la totalidad de la fuerza de trabajo, según se observa en el próximo cuadro, son hechos reveladores de cómo la caída en las ganancias de la gran mayoría de los trabajadores conduce al ingreso de trabajadores no calificados en el mercado de trabajo, como un intento por evitar la caída de la renta familiar¹⁰.

9. Esos indicadores revelan que los ricos en Brasil estarían mejor colocados en la escala internacional que los pobres del país: la renta promedio del nordeste, por ejemplo, de U\$396 es inferior a la renta promedio estimada para los pobres del mundo (U\$500). Cf. Renato Baumann, "El Estado: ¿salvavidas en la India, garantía de bienestar en Bélgica o motor de crecimiento de Belindia?", en *Planeamiento y Políticas Públicas* 9, Brasilia, IPEA/IPLAN, 1993, pp. 220-221 y Sonia Maria Draibe, "Notas (desalentadoras) sobre la política social en la Nueva República", en *Ciencias Sociales Hoy*, Río de Janeiro, Ancops, 1989. Para un análisis comparativo en términos latinoamericanos ver el documento de la Cepal, "El perfil de la pobreza en América Latina a comienzos de los años 90", Santiago, 1992, y los informes del Programa de Reconstrucción Económica de América Latina, en especial en "América Latina: indicadores de empleo y salario", 1993.
10. Cf. Sonia Rocha, "Pobreza y gobernabilidad", Brasilia, IPEA, 1994, mimeógrafo, y "Pobreza en Brasil: parámetros básicos y resultados empíricos", en *Investigación y Planeamiento Económico* vol. 22, N° 3, Brasilia, IPEA/IPLAN, 1992, pp. 541-560. También hay que ver a Roberto Cavalcanti de Albuquerque, en "Pobreza y movilidad social", y a Hamilton C., Tolosa y Sonia Rocha, "Políticas de combate a la pobreza: experiencias y equívocos", ambos en *Pobreza y movilidad social*, João Paulo dos Reis Velloso org., São Paulo, Nobel, 1993; y Jane Souto, "La línea de la desigualdad social en Brasil", Río de Janeiro, IBGE, 1993.

Todos estos números, que retratan la "deuda social" que subyace en las crisis de racionalidad y hegemonía mencionadas antes, ilustran bien las dificultades de un Estado que, al practicar la decisión, acaba negando los recursos para la ejecución de políticas públicas a quien necesita en efecto de ellas. Saturado cada vez más en sus funciones y papeles, formalmente disciplinados por institutos jurídicos concebidos en total desequilibrio con la realidad del sistema productivo, o entonces ineficaces por carecer de leyes reglamentadas e inversiones destinadas de manera específica para viabilizar los "derechos sociales", el Estado brasileño se muestra incompetente para tomar en cuenta nuevos y complejos conflictos socioeconómicos y, por ende, para afirmar las condiciones mínimas de equilibrio social. Afectado por sus propias contradicciones de organización, estigmatizado por progresivos grados de ilegitimidad y alcanzado por una profunda crisis fiscal, ese Estado se ve marcado por el estigma de la "ingobernabilidad" al perder su capacidad de tomar *oportunamente*, en términos políticos, y de modo eficaz, en términos técnicos, decisiones frente a los diferentes antagonismos sociales.

4. Cultura profesional y estructura de organización: el impacto de la crisis en las instituciones judiciales

En ese contexto se deben analizar los desafíos de lo judicial, tanto desde el punto de vista de adecuación de la cultura técnico-profesional de sus magistrados en la realidad social, económica y política del país¹¹, como desde el punto de vista de lo efectivo de su estructura de organización. ¿En qué medida la institución estará, en todos sus campos de especialización, en sus instancias y en sus entramados, técnica y operativamente apta para lidiar con los conflictos de naturaleza colectiva, comunes a los escenarios como los antes descritos?¹². De cara a la explosión de litigios registrada en los últimos años en los sectores menos favorecidos, que aprenden a exigir judicialmente de un Estado quebrado la prestación

11. Para un análisis histórico y teórico de la adecuación de la cultura de la magistratura a la realidad socioeconómica, ver Lawrence Friedman, "Legal culture and the process of social change", en *Law and Society Review*, vol. 19, 1969; y "On legal development", en *Rutgers Law Review*, vol. 24, 1969; y Louis Assier-Andrieu, "Diversité culturelle, diversité juridique", y Nikolaos Intzessiloglou, "Système juridique et culturelle", ambos en *Normes juridiques et regulation sociale*, F. Chazel y J. Commaille, Paris, L. G. D. J., 1991.
12. Esos desafíos no son "privilegio" del sistema judicial brasileño; por el contrario, como muestra *L'Express* del 25 de agosto de 1994, aquéllos también pueden encontrarse en Europa y aun en Africa. Por eso, ver también Vincenzo Accattatis, "Giudici e nuovi conflitti" en *Crisi della giurisdizione e crisi della politica*, S. Mannuzzu y F. Clementi orgs., Milano, Centro Studi e Iniziative per la Riforma dello Stato, 1988.

3.2 Las consecuencias sociales de la crisis

Es cierto que el Estado ha intentado actuar y reaccionar para neutralizar el potencial "anómico" de ese escenario. Hasta hoy, sin embargo, esa reacción asume la forma de una intervención casi siempre disfuncional y contradictoria, que atiende en apariencia y preferentemente sólo a algunos estratos sociales minoritarios, localizados en los sectores económicos monopolizados y oligopolizados. Empero, tiene una gran capacidad de movilización, articulación, enfrentamiento y presión sobre la producción de decisiones en el ámbito del Ejecutivo y de las leyes en el del Legislativo. Como ejemplo sugestivo de esa "balcanización" del Estado, por medio de la multiplicación de los *loci de inserción* de intereses privados en el sistema de la toma de decisiones públicas -que envuelven mecanismos de presión, cooptación y negociación-, basta ver la extrema perversidad de la distribución de los gastos sociales gubernamentales por nivel de renta: 41% de la población que vive en las casas más pobres y recibe sólo 20% de los gastos sociales del sector público, mientras el 16% de la población que reside en los domicilios más ricos absorbe el 34% de esos mismos gastos. Los gastos per cápita representarían hoy sólo U\$110 por año para los sectores más pobres y U\$737 para los sectores más ricos⁷. A pesar de que la transferencia de rentas, promovida por el Estado en estos últimos años, gira entorno del 18% del PIB, termina sin alcanzar exactamente a los grupos y sectores sociales que más necesitan de ella.⁸

7. Es necesario ver las diferentes versiones de *Brasil: informe sobre la situación social del país*, editado por el Núcleo de Estudios de Políticas Públicas de la Unicamp. Ver también a Wilmar Faria y Maria Helena Guimarães Castro, *Política social y consolidación democrática en el Brasil*, mimeógrafo, 1988; y Wanderley Ghillerme dos Santos, *¿Qué Brasil es éste? Manual de indicadores políticos*, Río de Janeiro, Vértice/IUPERJ, 1990.
8. Una prueba significativa de la regresión de esas transferencias está en el campo de la educación. "El carácter regresivo -en términos distributivos- de los beneficios dados por el gobierno a los estudiantes de nivel superior, queda patente cuando se observa que cerca del 50% de los alumnos matriculados en las universidades públicas federales pertenecen a familias con una renta mensual superior a diez salarios mínimos, mientras que sólo el 6% de ellos son de familias con rentas hasta de dos salarios y solamente 1% con una renta hasta de un salario mínimo. De esta manera, son las familias de renta más alta las que terminan logrando retener, en beneficio propio, el elevado subsidio por estudiante en la enseñanza universitaria pública y gratuita. Al mismo tiempo, el costo para la comunidad de este subsidio público por alumno es 18 veces mayor en la enseñanza superior (U\$2,5 mil por estudiante/año en promedio) que en la primaria (U\$149 estudiante/año) y secundaria (U\$144 estu-

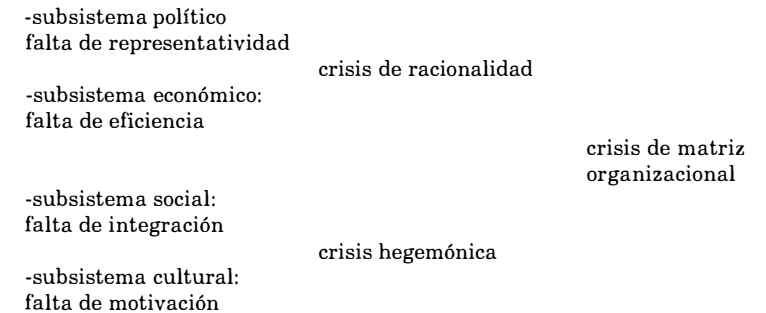
Estos números constituyen solo un indicativo, entre otros más, de un dramático escenario de concentración de renta y distribución desigual de "derechos". Entre 1981 y 1990, el 20% de los más ricos logró aumentar su parte en la renta nacional de 16% a 16,4%, mientras que el 5% de los más ricos pasó de 31,9% a 34,4% en el mismo período y el 1% de esta franja saltó del 12,6% al 14,2% (Cuadro 5). Por su parte, el 10% de los más pobres redujeron su cuota en la renta del 20% más rico de la población y el 20% de los más pobres era 27 veces más, superando hasta el propio 23,6 estimado para un país africano miserable como Botswana. En ese mismo período, los ricos de las regiones centro-oeste y sureste presentaban una renta per cápita superior a los U\$20.800, más alta que el promedio de los ricos de países industrializados co-

diante/año). La baja calidad de la enseñanza pública primaria y secundaria completa el ciclo, garantizando el virtual monopolio de esos beneficios en el tope del sistema educativo para las familias de renta más alta, ya que son éstas -que pueden acarrear con los costos de una escuela privada mejor en el nivel primario, secundario y en el curso preuniversitario- las que tienen condiciones de competir efectivamente por el acceso a los cupos en las universidades federales y estatales. El reducido gasto público a nivel secundario perpetúa el semimonopolio de la enseñanza pública superior por parte de las familias de renta alta. Como resultado, los alumnos que logran entrar en las universidades públicas brasileñas son, en su mayoría, oriundos de los hogares más ricos del país. Después de pasar por la enseñanza superior, obtienen credenciales y calificaciones profesionales valiosas que les permitirán hacerse miembros de la elite económica brasileña, con ingresos muy superiores a los recibidos por los que no tuvieron la misma oportunidad. ¿Lo anterior podría justificar que además de esas enormes ventajas, ellos reciban también un generoso subsidio del Gobierno para financiar su educación? Paradójicamente, son los miembros de las familias de menor nivel de renta las que terminan frecuentando (y pagando) las escuelas privadas de nivel superior, muchas de las cuales no tienen las menores condiciones para ejercer ese papel. En la red privada de asistencia superior están matriculados cerca del 60% de los estudiantes universitarios brasileños. El resultado final de ese sistema perverso de gastos públicos en educación, y, sobre todo, de la injusticia asociada a la enseñanza superior, está resumido en el hecho de que los hogares más pobres del país (hasta un cuarto de salario mínimo per cápita), donde vive cerca del 19% de la población brasileña, reciben sólo el 15% del total de gastos del sector público en educación. Considerando los gastos públicos en los tres niveles de educación, se constata que en su renta agregada, las familias más ricas obtienen el doble de lo que reciben las familias de renta más baja y, como las últimas, tienen un tamaño mucho mayor que las primeras, se evidencia que un niño que nace en una familia de renta alta recibe, en promedio, cuatro veces más en subsidios del Gobierno para su educación que uno nacido en una familia pobre". Cf. Eduardo Gianetti da Fonseca, *Liberalismo y reforma social en Brasil: diagnóstico y propuesta de acción*, mimeógrafo, São Paulo, 1990.

tivamente, y que se expresa por la ausencia de proyectos políticos de cambio y transformación capaces de lograr un mínimo de consenso y apoyo entre los diferentes sectores y estratos sociales.

Como estas carencias ocurren de forma simultánea en todas las esferas, convergiendo hacia la formación de dos grandes y graves crisis, el Estado tiende a perder su poder de control, regulación y dirección -lo que explica la recurrencia del tema de la reforma constitucional en la pauta de las grandes discusiones nacionales- y la sociedad es envuelta por comportamientos cada vez más "hobbesianos" -como los que ya se volvieron corrientes en Río de Janeiro.

Esa conjugación de ineficiencia del Estado con lo "hobbesiano" social puede llevar, como se ve en el diagrama siguiente, al riesgo de ruptura de la propia matriz organizativa del país de cara al riesgo de fusión de las crisis de racionalidad y de hegemonía en una crisis única, global y total.



Ante este escenario, el Estado brasileño parece haber llegado al límite o agotamiento de su proceso de intervención fiscalizadora y reguladora en la sociedad, en la medida en que su actuación ha sido reglamentada por directrices desordenadas y erráticas que le impiden corregir las graves distorsiones sociales, regionales y sectoriales, de afirmar un mínimo de organización y coherencia lógico-formal en su ordenamiento jurídico y de formular un proyecto jurídico-político mínimamente consistente para la Nación.

Como las leyes y los códigos son instrumentos por medio de los cuales el Estado controla, disciplina y regula la sociedad, la fragmentación estatal y social entreabierta por las crisis de racionalidad y de hegemonía acarrea, junto con el riesgo de ruptura de la matriz organizada del país, el creciente vacío de los patrones "oficiales" de legalidad, o sea del derecho positivo.

En palabras de un agudo y respetado analista, "la ineficiencia de los comportamientos según las normas provoca el deterioro de la credibilidad de las propias normas, es

decir, un número cada vez mayor de personas duda que el comportamiento ajeno se reglamentará por las reglas conocidas. Al contrario, la expectativa creciente es que los demás no obedecerán las normas consagradas, aunque se desconozca el patrón de conducta esperado. La certeza frecuente en la ineficiencia de las normas generales, como determinantes de la conducta individual, asociada a la ignorancia sobre los posibles comportamientos, insta la dinámica de una incredulidad y desconfianza generalizadas, abarcando inclusive a las personas e instituciones cuyo destino es preservar las normas (policía, lo judicial). La erosión de las normas favorece la desconfianza que pronto se acompaña con el temor a la convivencia social. Los lazos de solidaridad se diluyen y los individuos se vuelven hacia sí mismos, rehusándose a la convivencia social. Lo privado se superpone a lo público".⁶

6. Cf. Wanderley Ghillerme dos Santos, *Razones del desorden*, op. cit., pp. 108-109. Un buen ejemplo del tipo de "disolución de los lazos de solidaridad" discutido por este autor es la declaración del fraile David Raimundo dos Santos, párroco de la sede principal de São João do Meriti, al *Jornal do Brasil*. (Desgraciadamente, al archivarlo, no anoté la fecha de publicación, pero el año es 1990). "Los bandidos de la Baixada [Zona baja o que lleva este nombre en ciudades y pueblos brasileños y portugueses. (N. del T.)] siguen una especie de código de ética. Tienen fe en Dios, pero en un Dios distante, inaccesible. El modelo de Dios que alimentan es el de un Dios vengativo. Creen en el determinismo, nada sucede por casualidad en su comprensión machista de la sociedad. El hampón puede conquistar a la mujer que quiera, pero a su compañera o esposa le impone fidelidad. Intentar seducir a la compañera o esposa de uno de ellos es pedir la muerte y si sienten que ella aceptó esto, ella también muere. Vengar la muerte de un amigo es sólo la reproducción de la creencia en un Dios vengativo. Violar mujeres de la vecindad es inadmisibles y quien desobedezca es condenado a muerte. Ellos tienen plena seguridad de que son defensores del pueblo. Por eso, el comerciante que no paga su cuota -la que lo deja protegido de asaltos- es visto como si estuviera cuestionando esa autoridad. Tener estatus de jefe es el deseo que alimentan y cultivan un gran respeto por todos los que frecuentan espacios religiosos. Del otro lado de la guerra, las víctimas de la violencia tienen edades entre los 16 y 25 años y de todos, el 95% son de sexo masculino, hijos de padres que vivieron poco tiempo juntos, que jamás tuvieron casa propia y vivían en tugurios o barriadas. Ellos tampoco alcanzaron el primer grado de escolaridad y no participaron de forma activa en ninguna iglesia (católica, metodista, Asamblea de Dios, camdomblé, bautista). Igualmente nunca participaron en sociedades de vecinos, religiosas en los penales, en movimientos negros, de defensa en los tugurios, etc. En los seis meses anteriores a su muerte estaban buscando empleo fijo y un porcentaje significativo participaba en el comercio de drogas -muchos murieron por no rendir cuentas a los líderes- y ya habían practicado hurtos entre la vecindad. Una pequeña parte robaba para comprar productos anunciados en la televisión o para contribuir a la renta familiar"

de determinados servicios básicos, y con los sectores más favorecidos que cuestionan en forma sistemática la constitucionalidad de los sucesivos intentos de los gobernantes para elevar la carga tributaria con el objetivo de financiar esos servicios, ¿qué ha hecho lo judicial -y qué puede hacer- para desempeñar con un mínimo de eficiencia sus funciones de absolver tensiones y dirimir conflictos? Ante la tendencia de ciertos movimientos comunitarios, sindicales, religiosos y corporativos de apropiarse de manera política y discursiva de los derechos humanos con el propósito de utilizarlos como sinónimo de derechos de las mayorías marginadas, ¿en el nivel judicial los jueces deben continuar actuando como simples exegetas de una legislación contradictoria, en gran parte anacrónica y carente de una organización programática? ¿O pueden interpretarla de un modo *praeter-legem*, adaptándola a las diferentes circunstancias socioeconómicas? Al final, ¿a la magistratura le basta una formación profesional normativa, apta para valorizar de forma básica los aspectos lógico-formales del derecho positivo o hay necesidad de complementarla con una formación menos dogmática, a fin de que los jueces puedan cumplir al aplicar normas abstractas a casos concretos, el intervalo existente entre la igualdad jurídico-formal y las desigualdades socioeconómicas? En este caso, ¿los dos tipos de formación son congruentes o excluyentes? En otros términos, ¿en qué medida una formación menos dogmática y más "realista" (en la perspectiva, por ejemplo, de una "jurisprudencia sociológica" en los moldes prevaletentes del universo de la Common Law) no limita con la formación normativa presente en los medios forenses nacionales?

Para que sean examinados de una manera detallada, con base en la premisa de que el derecho siempre incluye un conjunto de normas, un conjunto de instituciones y una cultura¹³, esos desafíos serán vistos en tres ángulos analíticos: (a) el del paradigma jurídico que prevalece en el país; (b) el de la estructura de organización del sector judicial brasileño y (c) el de las transformaciones del propio derecho positivo.

Las hipótesis que serán examinadas aquí parten del postulado de que el sector judicial brasileño, tal como hoy está organizado, presenta varios problemas funcionales, sin lograr disciplinar los nuevos tipos de antagonismo que se

13. Cf. Lawrence Friedman, *The republic of choice: law authority and culture*, Cambridge, Harvard University Press, 1990. Se tiene que ver también a Joel Grossman y a Austin Sarat, "Political culture and judicial research", en *Washington University Law Quarterly*, 1971, vol. 169, pp. 176-207; y Philip Selznick, *Law, Society and Industrial Justice*, New Brunswick, Transaction Books, 1980.

originan en las contradicciones socioeconómicas, sin saber cómo lidiar con el surgimiento de comportamientos que crecen desafiantes o por confrontación con los diferentes códigos y leyes en vigor.

Endurecido, en términos de organización; excesivamente formal, en términos procedimentales y aprisionado por una matriz hermenéutica de inspiración normativa en términos culturales, desde mi punto de vista el sector judicial o dirige, él mismo, un amplio proceso de autorreforma, o será conducido inexorablemente a un sometimiento a los proyectos reformistas impuestos por el Ejecutivo y/o por el Legislativo, casi todos dirigidos a reducir sus competencias funcionales y someterlo a algún tipo de control externo.

4.1 El paradigma normativo

Concebido según la imagen de una matriz disciplinaria, un paradigma implica una teoría básica, una tradición científica y algunas aplicaciones ejemplares que son aceptadas por los científicos al punto de suspender el esfuerzo crítico de discusión de sus afirmaciones y de sus posibles alternativas de sustitución¹⁴. Al expresar una visión del mundo, articulada bajo la forma de explicaciones científicas, los paradigmas determinan los problemas investigados, los datos considerados pertinentes, las técnicas de investigación que deben utilizarse y los tipos de solución admitidos. Así impiden las discusiones interminables alrededor de problemas improductivos y sin solución, motivo por el cual acaban estableciendo el sentido y el límite de las actividades científicas.

De este modo, el interés de la ciencia se vuelve casi que exclusivo de una extensión del ámbito de aplicación de un determinado paradigma hacia cuestiones originalmente no tomadas en cuenta por él. En el límite, los científicos se volverían indiferentes, sea en lo relacionado con el problema de los principios teóricos o con el contenido material de las proposiciones que someten a su consideración.

Por eso, en el momento en que los paradigmas son aceptados en forma unánime por los científicos, el trabajo

14. Cf. Thomas Kuhn, *The structure of Scientific Revolutions*, Chicago, University of Chicago Press, 1970. Para la aplicación de la teoría de los paradigmas en el ámbito de las ciencias sociales, de un modo general, y de la ciencia del derecho, de un modo específico, son fundamentales los textos de Boaventura Santos, "De la sociología de la ciencia a la política científica", en *Biblos* vol. LIV, Coimbra, Universidad de Coimbra, 1977, y, en "Oración de la Sapiencia: un discurso sobre las ciencias", en Coimbra, Universidad de Coimbra, 1986.

intelectual se vuelve limitado por la solución de los problemas y por la eliminación de las incongruencias de acuerdo con los esquemas conceptuales teóricos y metodológicos universalmente aceptados. En esta línea de raciocinio, la ciencia avanza cuando los científicos se entrenan en una tradición intelectual común, utilizándola para resolver los problemas que ella misma suscita. Una ciencia "madura" es el fruto de una sucesión de tradiciones, cada una con su propia teoría y sus propios métodos de investigación, cada una como guía de una comunidad de científicos durante un cierto período.

Las teorías científicas se presentan, de esta manera, como un conjunto estratificado cuyos elementos se van incorporando al todo en distintos momentos. Esto es posible en la medida que existe un compromiso de los científicos con la comunidad científica a la que pertenecen y con los moldes aceptados en su disciplina. Del mismo modo que un paradigma es una creencia compartida por los miembros de una comunidad científica, ésta última es un conjunto de hombres reunidos en torno a un paradigma. En consecuencia, la autoridad de una proposición científica se fundamenta, en realidad, en su capacidad de generar consenso en el ámbito de una comunidad dada. Ese consenso, a su vez, no depende de que las proposiciones científicas proporcionen una visión indiscutible de la contextura íntima de lo real sino, más que esto, de que su elaboración haya sido orientada por criterios de demarcación de prevalencia en el ámbito de esa comunidad. En resumen: un raciocinio o un argumento determinado no es considerado "científico" por ser el resultado de la aplicación global de un método cualquiera, sino por ser el producto de la aplicación de modelos y enfoques aceptados de manera consensual.

El paradigma jurídico que prevalece entre nosotros, como ya es conocido, tiene una matriz "hobbesiana" en la medida en que concibe el derecho como un instrumento de cesación de la guerra que subyace al "Estado de la naturaleza" y de afirmación de la paz civil típica del "Estado de derecho", de perfil liberal-clásico. Lo que importa aquí no es la cooperación sino la protección, el reconocimiento y la institucionalización de la libertad negativa. En ese sentido, el Estado es la fuente central de todo el derecho y éste, como técnica de organización de la vida social, no es un fin en sí mismo sino un simple medio; la ley es su mayor expresión, formando un sistema lógico, coherente y jerarquizado de normas y éstas, al establecer una relación de imputación entre actos ilícitos y sanciones, dan origen a una sucesión de deberes jurídicos, el elemento de todo orden normativo. Esos deberes, a su vez, no tienen ningún significado moral: como las

ideas morales están sobre toda experiencia y como su contenido varía hacia el infinito, al derecho positivo le importa sólo el establecimiento de sanciones como consecuencia del incumplimiento de las prescripciones normativas¹⁵. El hecho ilícito no es, en sí mismo, de manera forzosa, inmoral o éticamente condenable; sólo es, y sólo eso, una conducta contraria a aquella fijada por la norma.

Al encarar el derecho como un "sistema de normas", el cual da sentido jurídico a los hechos sociales a medida que éstos se encuadran en el esquema normativo vigente, esta concepción formal tiende a valorizar básicamente los aspectos técnicos y de procedimiento de las leyes y de los códigos. Al privilegiar lo axiomático del material jurídico, los métodos lógico-deductivos de interpretación, el principio del "*non liquet*", la intervención continua del legislador para regular con precisión "sistemática" los casos nuevos no previstos por él antes y las argumentaciones lógicas fundadas en el principio de la no contradicción, esta concepción deja de lado los aspectos políticos e históricos del fenómeno jurídico, por considerarlos empíricamente contingentes del lado destacado racional-jurídico como universal y necesario, y de otro, reduciendo las conductas sociales a estructuras normativas. Gracias a esa estrategia selectiva, expresada por las categorías normativas forjadas por el Estado liberal (como las nociones tradicionales de contrato, legalidad, constitucionalidad, jerarquía de las leyes, etc.) y operada por el sector judicial en los casos de conflicto concreto, esta concepción de derecho atribuye a las reglas jurídicas la responsabilidad de articular relaciones formalmente "igualitarias" entre los "sujetos de derecho", garantizando el valor de la seguridad jurídica y, al mismo tiempo, haciendo tan previsibles como controlables los actos de autoridad emanados de los diferentes órganos de decisión del sistema legal. En nombre de una concepción legal-racional de legitimidad, que desprecia las determinaciones genético-políticas de sus categorías, preceptos y procedimientos, este sistema es autolimitado para resolver los conflictos jurídicos a partir de decisiones estrictamente legales, lo que hace con que el orden institucional sea encarado como una estructura formalmente homogénea, exclusiva y que disciplina el comportamiento de los ciudadanos y el funcionamiento del Estado.

15. La versión más completa y consistente de ese paradigma es formulada por Kelsen. De él se puede ver muy especialmente *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1949, y *Teoría pura del derecho*, Coimbra, Armênio Amado, 1974. Presento ese paradigma de un modo más profundo en el texto de mi autoría *Justicia y conflicto*, 2ª ed., São Paulo, Editorial Revista de los Tribunales, 1992.

4.2 La estructura de organización de lo judicial

Desde el estricto punto de vista de la actividad judicial, el paradigma normativo la concibe como simple "administración de la ley" por una institución que se tiene como "neutra", "imparcial" y "objetiva", lo que convierte al intérprete/aplicador en un mero técnico del derecho positivo.

Como lo que importa no es la explicación, la comprensión y la orientación de los comportamientos jurídicos, por eso la tipificación y sistematización de las situaciones normativas hipotéticas, al actuar de modo "técnico" -es decir, sin preferencias de valor e inmune a las pasiones políticas-, el juez no se limita a proceder teniendo como punto de vista sólo la consecución de las garantías formales, la certeza jurídica y el imperio de la ley, postulados fundamentales del modelo liberal-burgués del Estado de derecho; él también desempeña el papel de un profesional "competente" en la integración de los actores considerados "disfuncionales" en la vida social¹⁶. Su neutralidad y su imparcialidad, conjugadas en una hermenéutica positivista que lo obliga a interpretaciones restrictivas y objetivas de los códigos, se convierten en condición básica para la legitimación de una concepción específica de orden y seguridad. Se trata, pues, de una concepción *pasiva* de la institución judicial, expresada por la postura formal dada a un magistrado enmarcado por una relación de dimensión exegética con la legislación en vigor y de contacto distante con los hechos sobre los cuales hace incidir estrictos juicios de constatación, excluyendo casi por completo los diferentes matices de carácter histórico, ideológico y sociológico que hacen particular el proceso en curso. Y, para asegurar tal "exclusión", lo judicial cuenta con tribunales superiores cuyas funciones básicas son: (a) uniformar las decisiones de los tribunales inferiores; (b) "calibrar" los criterios hermenéuticos; (c) preservar la disciplina y el profesionalismo de todo el cuerpo de magistrados y (d) constituirse en una especie de "cerrojo lógico" de un sistema jurídico cerrado, autónomo, completo y que se autofundamenta.

Aunque el sector judicial brasileño esté profundamente afectado y condicionado por ese paradigma de carácter normativo, mucho antes de su llegada y de su consolidación, el formalismo inherente a él ya era uno de los trazos principales, característicos de las estructuras de organización de ese poder. Desde sus orígenes en el Brasil colonial como una

16. Ver, Maria Rosaria Ferrarese, *L'istituzione difficile: la magistratura tra professione e sistema politico*, Nápoles, E. Scientifica Italiana, 1984.

institución con rasgos inquisitoriales, construida por el Estado portugués a partir de las raíces culturales de la Contrarreforma hasta hoy, con su intrincado sistema de recursos que mueve papeles, suplentes, notarías, abogados y magistrados sin conducir en forma objetiva los procesos hacia una solución definitiva en un plazo mínimamente razonable, el sector judicial brasileño fue estructurado siempre como un sistema de procedimientos escritos, impersonales y muy burocratizados. Lo que prevalece en él hasta hoy, como influencia tardía del ancestral procedimiento romano formal, es más el apego al proceso y al rito que la preocupación por las especificaciones de los casos *sub júdice*; es más la aversión a la idea de desviarse de cualquier procedimiento rutinario, con sus jergas oscuras y con expresiones latinas que exigen de las partes la contratación de abogados para defender sus intereses y actuar como traductores del lenguaje legal, que el deseo de pacificación del conflicto de modo rápido, directo y lógico, evitando que sean "desvirtuados" en la dinámica procesal por la manipulación sistemática de los recursos judiciales.

Por eso mismo, además de arcaicos, los engranajes burocrático-administrativos de las instituciones judiciales también se muestran ineficientes y, lo que es más grave, *pródigos*. Esto porque si, por un lado, los tribunales acostumbran a quejarse de la falta de recursos materiales para funcionar bien, como veremos más adelante, por otro, muchas veces tienden a emplearlos con despilfarro en la construcción de edificios faraónicos, de dimensiones extravagantes y sobrefacturados; en la adquisición de automóviles para ministros, magistrados y jueces de jurisdicción; en jubilaciones con pagos integrales y cálculo de tiempo de servicio a partir de criterios absolutamente inmorales; en vestidos de microfibra y corbatas de seda para los de seguridad, etc.

Entre las innumerables consecuencias de esta perversa simbiosis entre prodigalidad y dineros públicos, ineficiencia administrativa y anacronismo de organización, tres merecen ser destacadas: a) la progresiva conversión de las notarías de justicia en máquinas kafkianas de hacer transcripciones, emitir certificados y expedir notificaciones, transformando al magistrado en una especie de administrador de una oficina burocrática e inepta, en vez de poder ejercer su verdadera jurisdicción; b) la actuación formalista de los niveles superiores de la magistratura, en especial en lo que se refiere al desempeño de las instancias inferiores, agarrándose de minucias procesales y despreciando problemas concretos de racionalidad sustantiva; c) la conversión de los recursos judiciales en un sistema casi automático y repleto de formalidades de discutible utilidad, lo que hace de la activi-

dad-fin de la magistratura un trabajo digno de Sísifo y reduce las instancias superiores de los tribunales al papel de simples juntas administrativas de revisión de los procesos. Como resultado inevitable, lo judicial acaba por producir un número casi insignificante de ideas nuevas para el debate relacionado con la modernización de las instituciones, mostrándose sin iniciativa para crear mecanismos de continua autoevaluación y dubitativo en la adopción de medidas destinadas a reformar de manera radical sus estructuras de organización¹⁷.

Entre el paradigma normativo, sólo esbozado aquí, y las estructuras de organización de lo judicial hay, por eso, una interacción sistémica. ¿Cómo es posible cambiar de paradigma sin una alteración paralela en los anacrónicos engranajes burocrático-administrativos de los tribunales? Al contrario, ¿cómo es posible modernizar esos engranajes sin que, al mismo tiempo, se reforme de manera radical la mentalidad de la magistratura, lo cual presupone un nuevo para-

17. Cf. Alberto Binder, *Perspectivas sobre la reforma del proceso penal en América Latina*, Buenos Aires, USIS Information Program, 1993. En la introducción de este sugestivo y respetado ensayo, el autor hace un análisis objetivo y realista de las estructuras de organización de lo judicial en todo el continente latinoamericano, concluyendo que el no generar ideas nuevas, la falta de voluntad para cambiar, el aislamiento judicial, el despilfarro, la ineficiencia administrativa y el anacronismo de organización, han llevado este poder a distanciarse peligrosamente de su medio ambiente. "Siempre que un juez o un abogado es solicitado para sugerir cambios que ellos mismos serían capaces de adoptar, o que consideran necesario introducir, abordan sólo cuestiones superficiales, o sea, alteran un límite de tiempo o eliminan una u otra exigencia. En general, no alcanzan el meollo de la cuestión, ni aun dentro de los límites del sistema en vigor." (p. 3). Dependiendo del ángulo de análisis que se adopte, las alteraciones en el Código de Proceso Civil, promovidas por las leyes 8.950, 8.951, 8.952 y 8.953 -todas aprobadas por el Congreso el 13 de diciembre de 1994-, versan sobre recursos para el STJ y STF, acciones de consignación para pagos, proceso de conocimiento, proceso preventivo y proceso de ejecución, que parecen reforzar los argumentos de Binder.

Su potencial reformador e innovador es escaso, en la medida en que esos cambios en vez de absorber, racionalizar y modernizar una estructura procesal pesada y superada, se limitan a remendarla. Se puede, empero, hacer una lectura positiva de esos cambios, como la efectuada por el ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira ("La efectividad del proceso y la reforma procesal", en *Revista Forense*, vol. 325, Río de Janeiro, pp. 109-116): en ese sentido, como el peso de esa estructura procesal es tan grande y las dificultades para cambiarla son de tal magnitud, cualquier alteración, por menor que sea, necesitaría encararse como un paso significativo hacia adelante. Para semejante análisis, más dirigido a la realidad francesa, ver a Jean Pierre Mounier, "Du corps judiciaire à la crise de la magistrature", en *Actes de la recherche en sciences sociales* 64, París, Ecole de Hautes Études en Sciences Sociales, 1986.

digma jurídico? La verdad es que, desde un punto de vista muy sociológico, tanto el paradigma normativo como la organización judicial influida por él, ya tuvieron su momento. O sea, ellos se constituyeron en respuesta a los problemas y desafíos típicos del Estado liberal y de las sociedades estabilizadas, dotadas de una efectiva unidad cultural (en el sentido durkheimiano de la expresión) y, por consiguiente, de concepciones relativamente depuradas de derecho, justicia y equidad.

En ellas, el mercado funciona como mecanismo de integración, los contratos son la forma institucional básica de formalización de las relaciones sociales, la producción legislativa del Estado se expresa en esencia bajo la forma de normas de conducta y, gracias a un efectivo equilibrio de los poderes, lo judicial puede actuar como una institución neutra, imparcial y sobre todo reactiva, o sea, sólo cuando se provoca de forma debida, lo lleva -como *tertius super partes*- a dirimir litigios concretos entre partes muy definidas y con objetivos muy bien delimitados (una obligación contractual, una separación, un crimen, etc.)

Sin embargo, ¿ese paradigma y esa organización judicial serán eficaces e integradas de manera franca en sociedad, estigmatizadas por los más diversos "dualismos estructurales" y sujetas a regímenes de participación muy discriminatorios? ¿Sociedades que no pueden ser vistas, interpretadas o explicadas como una simple suma de individuos y por eso reguladas como una suma de contratos?

4.3 El nuevo perfil de los conflictos y las transformaciones del derecho positivo

Esa exploración puede comprenderse mejor a partir de un ejemplo concreto. Entre nosotros, el paradigma normativo encuentra uno de sus marcos jurídico-positivos de referencia en la codificación del derecho civil, de 1916, texto que sirve de base a la entrada de una cultura técnico-profesional de carácter eminentemente privado en el ámbito de quienes operan el derecho. Lo que importa, en esta perspectiva, es lo "justo", objetivado por la claridad conceptual y por la precisión lógica de las reglas sobre contratos, propiedad, sucesión y familia, pues este modelo presupone que cada uno, al actuar con libertad hacia su propio interés, llevaría a todos a vivir en paz; al final, cada individuo es un portador de voluntad y razón, capaz de juzgar lo que debe hacer. La suma de tales juicios conduce al bienestar general y a la estabilidad social.

Sin embargo, ¿cómo ese paradigma puede servir a sociedades estigmatizadas por profundas desigualdades sociales, sectoriales y regionales, por el fraude generalizado de

la buena fe y por la resistencia de los operadores del derecho en reconocer que cada individuo es un puñado de relaciones sociales que lo preceden y lo constituyen en gran parte? En esas sociedades, como el caso de la brasileña, con sus precarios lazos de identidad comunitaria, ¿hasta qué punto es posible continuar separando el derecho positivo conceptual, enfrentado en la perspectiva de un sistema cerrado, coherente, abstracto y universal de todas las implicaciones políticas, económicas, sociales y culturales inherentes a su real funcionamiento? Estas preguntas conducen al fenómeno de las transformaciones del derecho positivo hoy y, por extensión, de los cambios en el perfil de los conflictos.

Puesto ante el desafío de responder preguntas técnicas nuevas y cada vez más complejas, el Estado (por medio del Ejecutivo, de manera prioritaria y, del Legislativo, de forma subsidiaria) se ve obligado a redactar sucesivas normas de conducta, normas de organización y normas pragmáticas que, al entrecruzarse continuamente, acaban produciendo innumerables microsistemas legales y distintas cadenas normativas. A causa de esa producción desordenada de normas, la concepción del derecho como un sistema cerrado, jerarquizado y de axiomas, típica del paradigma normativo, va sustituyéndose por un orden jurídico organizado bajo la forma de "redes", dadas las múltiples cadenas normativas con sus interrelaciones brasileñas aptas para capturar, de manera pragmática, la complejidad de la realidad socioeconómica.

Mientras la concepción de sistema jurídico del paradigma normativo hace de la totalidad, de la coherencia formal y de la lógica interna los corolarios básicos del orden legal, el sistema normativo bajo la forma de "redes" se destaca por la multiplicidad de sus reglas, por la variedad de sus fuentes y por lo provisorio de sus estructuras normativas, que son casi siempre parciales, mutables y contingentes. Resultado del estímulo de las contradicciones sociales, que exigen del Estado respuestas rápidas y muchas veces coincidentes entre sí, ese sistema normativo va creciendo a partir de una intrincada pluralidad de pretensiones materiales, lo que acaba desocupando la propia función de sus reglas. En un sistema jurídico repleto de "leyes de circunstancia" y "reglamentos de necesidad", condicionados por coyunturas específicas y transitorias, la velocidad y la intensidad en la producción de nuevas normas llevan al Ejecutivo y al Judicial a perder la dimensión exacta del valor jurídico de las reglas que redactan, de los actos que disciplinan y de los casos que juzgan respectivamente.

Condicionado por dos principios conflictivos, el de la *legalidad* (típico del Estado liberal) y el de la *eficiencia* de las

políticas públicas en los campos social y económico (típico del Estado-providencial), el Ejecutivo pasa a reaccionar de modo paradójico generando, en nombre de la estabilidad monetaria y del combate a la inflación económica, una corrosiva "inflación jurídica". Este tipo de inflación se traduce por el crecimiento desenfrenado del número de normas, códigos y leyes, de tal modo que la excesiva acumulación de esos textos legales vuelve casi imposible su aplicación de modo pleno y lógicamente coherente y sistemáticamente congruente, ocasionando, en consecuencia, la "desvalorización" progresiva del derecho positivo e impidiendo ejercer con satisfacción sus funciones de control y regulación.

En otras palabras, tal proceso lleva a la propia anulación del sistema jurídico, ya que cuando los derechos se multiplican, las obligaciones también lo hacen en la misma proporción y éstas, al multiplicar los créditos, multiplican los deudores en un círculo vicioso cuya continuidad culminaría en la absurda situación de que existan sólo deudores y todos, evidentemente, sin ningún derecho. "En el límite de la extensión del derecho -como afirma un serio observador de ese fenómeno- se anuncia un régimen de deberes legales sin que haya lugar para un derecho (...); la inflación del derecho trae en sí misma su propia muerte"¹⁸. Ese potencial corrosivo de la inflación jurídica está agravado por los drásticos cambios ocurridos en el perfil de los conflictos.

Lejos de reducirse exclusivamente a meras controversias interindividuales, con un objeto bien definido, una parte expresiva de los conflictos que se identifican hoy en la sociedad brasileña tienen rasgos muy colectivos y clasistas. Esto surge, entre otros motivos, de la organización de ciertos sectores de la sociedad civil, en especial a partir de la década de los setenta, cuando algunos grupos explotados (en términos económicos) y oprimidos (social y culturalmente) comenzaron a ampliar un espacio público paralelo (y clandestino) en relación con el espacio político tradicional y formal¹⁹. Esa es la década en que se comienzan a sentir con nitidez los

18. Cf. François Ewald, *Foucault, la norma y el derecho*, Lisboa, Vega, 1993, pp. 186-191.

19. Ver Vera da Silva Telles, "Movimientos sociales: reflexiones sobre la experiencia de los años 70"; Eduardo Viola y Scott Mainwaring, "Nuevos movimientos sociales: cultura política y democracia", y Paulo Krischke, "Movimientos sociales y transición política: contribuciones de la democracia de base", todos incluidos en la compilación organizada por P. Krischke e I. Scheren-Warren, *Una revolución en lo cotidiano*, São Paulo, Brasiliense, 1988; e Ilse Scheren-Warren, *Redes de movimientos sociales*, São Paulo, Loyola, 1993; y José Reinaldo de Lima Lopes, *Justicia, identidad y libertad*, São Paulo, mimeógrafo, 1994.

efectos de la industrialización, vía la sustitución de importaciones estimulada por el Estado, como la aceleración del proceso migratorio, la urbanización de la pobreza, el agravamiento de la miseria en las áreas rurales, la ruptura de los valores culturales tradicionales, una mayor agresividad en el comportamiento, nuevos modos de inserción socio-políticos y la obstinación de las disputas por los recursos gubernamentales.

Algunos movimientos comunitarios, religiosos y corporativos fueron constituidos de manera especial, en ese período, para reivindicar beneficios sociales de disfrute colectivo en los campos de la salud, vivienda, educación, transporte, etc. En esos casos, desde luego, la solución natural no es un acto de adjudicación (típico de lo judicial) sino la organización de políticas públicas. Se trata de una solución que exige no sólo el reconocimiento de un derecho subjetivo y un dar/entregar u obligar a dar/entregar alguna cosa o alguna cuantía de dinero, sino un hacer o proveer un servicio público continuo, ininterrumpido e impersonal.

Los servicios públicos requieren medios, es decir, presupuesto para ser costeados y competencia o poder para su eficacia (expropiación, vigilancia policial, fiscalización, etc.). Como esos medios son escasos, dada la crisis fiscal del Estado, esos movimientos comunitarios, religiosos y corporativos encuentran en lo judicial un canal institucional para encaminar sus reivindicaciones, buscando crear dificultades que obliguen a la negociación.

Al reaccionar de ese modo, no sólo ponen en cuestión el dogmatismo del paradigma jurídico que prevalece y los procedimientos tradicionales de las instituciones judiciales, mediante la instrumentalización política de las acciones y recursos previstos por el Código de Proceso Civil, con vistas a la conquista de derechos concebidos en una perspectiva mucho más material que formal, sino que también acaban contribuyendo a la ampliación de los mecanismos judiciales de acción colectiva (caso de la acción civil pública, creada por la ley 7.347/85), utilizados por grupos organizados para la defensa de intereses difusos, clasistas y corporativos.

5. Los dilemas del sector judicial y el aislamiento de la institución

Ante la generalización de los conflictos colectivos y de las estrategias de instrumentalización del derecho procesal civil y, a veces, del derecho procesal penal con el propósito deliberado de generar dificultades en el ámbito de las instituciones judiciales para obligar al Ejecutivo a negociar, se acentúa de forma progresiva la brecha entre el sistema jurídico y los diferentes intereses sociales y económicos enfrentados, lo que expone los enormes problemas en conflicto de los tribunales, a causa de la influencia del paradigma normativo en la cultu-

ra técnico-profesional de la magistratura para adaptarse a los nuevos tiempos. Esto puede generar, entre otras cosas, dos consecuencias dignas de ser mencionadas: el deterioro de la imagen de lo judicial y el empeño del Ejecutivo, en nombre del mantenimiento del orden, de responder con rapidez (y de modo pragmático) a los desafíos provocados por los movimientos sociales.

Al neutralizar en parte algunos conflictos colectivos (sin, a pesar de eso, resolverlos de manera efectiva a partir de sus causas estructurales), esas respuestas llevaron al Ejecutivo a apropiarse de modo creciente, aunque sin política deliberada, de las áreas de competencia de lo judicial.

No es difícil entender como ocurrió esto. Al final, mientras el Ejecutivo tiene la discrecionalidad para actuar de manera deliberada en el problema en sí -visto en su dimensión global y sustantiva-, lo judicial -a causa de las normas procesales que imponen las así llamadas "condiciones de la acción" (la posibilidad jurídica de lo pedido, el interés para actuar y la *legitimidade ad causam*)- tiende a tratarlo de manera fragmentaria, según las reivindicaciones de las partes interesadas en acciones específicas, decidiendo cada una de ellas como si fueran cuestiones aisladas entre sí.

Valiéndose de una legislación que dispone, redactada de manera pragmática bajo la forma de resoluciones, decretos, decisiones, dictámenes normativos e instrucciones técnicas y, anticipándose a las decisiones judiciales mediante concesiones hechas a las partes beligerantes para llegar a soluciones negociadas, con el propósito de abreviar el fin de los conflictos, el Ejecutivo va abriendo camino a la diversificación interna de las formas jurídicas y de las estructuras institucionales en las que éstas operan, entreabriendo el carácter asimétrico, heterogéneo y fragmentario de los patrones de control y dirección inherentes al funcionamiento de la sociedad. Y cuanto más se dirige en esta línea, más conduce lo judicial hacia un angustiante dilema: al aplicar normas abstractas y generales a los casos concretos, los jueces no pueden contrariar el espíritu y el sentido de un sistema legal crecientemente ineficaz, lo que limita su papel de árbitro en un contexto social contradictorio y explosivo. Además, por carecer de libertad creativa y de flexibilidad interpretativa, tampoco dispone de condiciones institucionales para modernizar códigos escleróticos, motivo por el cual muchas veces [los jueces] ven incumplidas sus sentencias y alimentadas por el concepto de que ricos y pobres son tratados de manera diferente.

Sin embargo, ¿hasta qué punto la magistratura brasileña tiene en realidad conciencia de ese dilema y de sus innumerables implicaciones sociales, económicas, políticas e

institucionales? La importante investigación del IDESP ("La crisis judicial vista por los jueces") es la contribución más reciente y más valiosa para la explicación de esta pregunta²⁰. Basada en entrevistas hechas a 529 miembros de la justicia estatal y a 41 de la justicia federal, distribuidos en cinco significativos estados de la Federación -Río Grande del Sur, Paraná, São Paulo, Goiás y Pernambuco-, de una manera bastante proporcional al total de magistrados de cada estado y a su distribución en instancias y escalafones (Tabla 1) para cubrir de esa manera la diversidad regional del país y las supuestas singularidades en el cuerpo de funciones del poder

20. Financiada por la Ford Foundation y por la Fapesp, esa investigación fue coordinada por la profesora Maria Teresa Sadek. En un primer informe, ella afirma que una de las dificultades que enfrentó su equipo fue la resistencia de la magistratura en recibir a los entrevistadores. "El juez sufre un proceso de socialización *interna corporis* que lo coloca en una posición de entrevistador y no de entrevistado, de juez y no de alguien que es preguntado, de alguien que decide ante los otros, que tiene respuestas en los códigos (...). Muchos magistrados tienen dudas sobre la conveniencia de exponerse al debate público, aunque sea bajo la forma impersonal de respuestas a un cuestionario cuyos resultados serán presentados bajo la forma objetiva de cuadros estadísticos. La resistencia a aceptar responder el cuestionario apareció de varias formas: rechazo puro y simple hasta la retención del material, con severa reprensión a los entrevistadores; solicitudes de permiso a la jurisdicción, exigencia de cartas de presentación, temor de una posible identificación". Semejantes dificultades fueron enfrentadas por el equipo del Centro Luiz Freire al realizar la investigación "Sector judicial y ciudadanía". En su informe final se destaca la siguiente afirmación: "El hecho de trabajar en el sector 'judicial' parece dar a los ciudadanos una 'autoridad', la cual ellos mismos se abrogan; desde el más simple empleado de la limpieza al de más alto escalafón, se observa la distancia y dominio que éstos dejan translucir, con comportamientos hostiles (hay excepciones), con posturas formales para poder acceder a los procesos y a las personas." (p. 17). Esta observación alimenta la sospecha del equipo del IDESP de que la laguna de trabajos sobre el sector judicial surge del deliberado aislamiento de sus integrantes. "Los estudiosos de lo judicial, además de poseer una perspectiva multidisciplinaria, viven abundantes tensiones internas, resultado de la falta de consenso sobre su trabajo". Además de eso, la legitimidad y las credenciales de los investigadores "son puestas en cuestión" pues "son obligados a trabajar bajo el concepto de legalidad, reinterpretando nociones típicas y reservadas al saber jurídico; hablando sobre el mundo de las leyes y del derecho sin ser un jurista". Esos investigadores "crean un espacio de interconexión entre áreas, en el cual juristas y científicos sociales se sienten incómodos". Cf. Maria Teresa Sadek y Rogério B. Arantes, *op. cit.*, p. 36. Para un análisis de la imagen que la magistratura tiene de sí misma y del impacto causado dentro de ella por su tendencia al "aislamiento social", ver Roger Berkowitz, "The judge as tragic hero: an arendtian critique of judging", en *The Graduate Review*, Berkeley, University of California, 1994, pp. 34-52.

Tabla 1
Distribución de los jueces de la justicia común y de los entrevistados entre los cinco estados (números absolutos)

Estados	Jueces (*)	Entrevistados
São Paulo	1.520	297
Río Grande del Sur	387	73
Paraná	318	48
Pernambuco	308	75
Goiás	170	36

Fuente: IDESP, 1993.

* Banco Nacional de Datos del Poder Judicial, agosto de 1992.

judicial, esa investigación empírica tuvo como propósito oír y evaluar la opinión de los jueces en tres áreas temáticas: institucional, estructural y procedimental.

En la primera de las áreas temáticas, la institucional, las conclusiones son sorprendentes. Comenzando por el hecho de que sólo el 22,5% de los entrevistados admitieron la crisis del sector judicial (54,4% de ellos concordaron, "en términos", que ese poder pasa por dificultades). En la auto-percepción de esas dificultades, la responsabilidad jamás está relacionada con problemas internos de la institución, ni mucho menos es asumida con plenitud por los magistrados; al contrario, formando una corporación cerrada, cohesionada y homogénea, que se destaca por la poca sensibilidad a los cambios de los valores sociales y por su aversión al debate público, ellos tienden a imputar tales dificultades a los demás poderes y corporaciones de operadores del derecho, sobre los cuales tendrían bajo poder de control. Como se constata en las tablas siguientes, el 45,3% de los jueces afirmó que el Congreso tiene "interés" en enfatizar la existencia de esa crisis; el 48,2% dijo que el Ejecutivo tiene "interés" en que la justicia sea lenta; el 53,5% atribuyó a las partes "interés" en la lentitud de los tribunales; el 58,4% opinó que los abogados tienen "interés" en esa dilación. Por su parte, el 43,7% y el 40,7% culparon a los órganos de seguridad pública y a las notarías, respectivamente, de la lentitud de las actividades jurisdiccionales.

En el área de temática estructural, la investigación identificó los diferentes obstáculos -administrativos, financieros, jurídicos, etc.- señalados por la Magistratura para el eficiente funcionamiento del sector judicial y para su modernización institucional (Tabla 2), enfatizando la falta de recursos materiales, el anacronismo de la legislación, el exceso de formalidades procesales y la falta de preparación de los abo-

Tabla 2
Obstáculos para el buen funcionamiento judicial (en porcentajes)

Factores	Importancia (*)
Falta de recursos materiales	85,6
Exceso de formalidades en los procedimientos judiciales	82,3
Número insuficiente de jueces	81,1
Número insuficiente de jurisdicciones	76,3
Legislación anticuada	67,4
Número elevado de litigios	66,5
Falta de preparación de los abogados (causas mal propuestas, etc.)	64,0
Gran número de procesos irrelevantes	59,3
Jueces sobrecargados por tareas que podrían ser delegadas	59,1
Inestabilidad del cuadro legal	53,2
Insuficiente formación profesional del juez	38,9
Extensión de los distritos judiciales	26,8
Corta permanencia de los jueces en los distritos judiciales	25,3

Fuente: IDESP, 1993.

* Suma de las respuestas "muy importante" y "demasiado importante".

Texto de la pregunta: En la instancia en que usted actúa, ¿cuál es la importancia de los siguientes factores como obstáculos para el funcionamiento adecuado del sector judicial?

gados. De manera inversa, aparecen como puntos menos problemáticos la "insuficiente formación profesional del juez" y la "corta permanencia de los jueces en los distritos judiciales", o sea, factores bajo control directo de la institución.

Ante este diagnóstico, la fórmula para los problemas estructurales que impiden el buen funcionamiento del sector judicial, como se puede constatar en la Tabla 3, es de naturaleza básicamente financiera, mediante la reivindicación de más recursos presupuestales para la contratación de nuevos jueces, la creación de nuevas jurisdicciones, la expansión de los juzgados especiales de pequeñas causas, la creación de la justicia municipal, la ampliación del número de sustitutos, la informatización de los servicios, etc.; y de carácter eminentemente legislativo por intermedio de la eliminación de las formalidades procesales, la desaparición de los "procesos irrelevantes" y la modernización de los textos legales, además de la capacitación de los abogados "sin preparación (una vez más, sin embargo, factores fuera del control directo de la Magistratura).

Tabla 3
Cómo agilizar lo judicial
(en porcentajes)

Propuestas	Importancia*
Informatización de los servicios judiciales	93,2
Reducción de las formalidades procesales	90,2
Juzgados especiales de pequeñas causas	83,5
Simplificación en el juicio de los recursos	73,9
Recurso más frecuente de conciliación previa extrajudicial entre las partes	69,1
Limitación del número de recursos en las instancias superiores por proceso	67,5
Refuerzo de la figura del árbitro, escogido por las partes, para juzgar asuntos laborales	36,0
Organización de la Justicia Agraria, prevista en la Constitución de 1988	26,8
Organización de la Justicia de Paz	13,9
Creación de la Justicia Municipal	8,9

Fuente: IDESP, 1993.

* Suma de las respuestas "muy importante" y "demasiado importante".

Texto de la pregunta: ¿Cómo evalúa usted las siguientes propuestas para agilizar el funcionamiento del sector judicial?

En cuanto a los problemas específicos del área temática procedimental, que se entrecruzan con los ya mencionados, la tendencia de la Magistratura es destacar la incompetencia, la mala voluntad y las resistencias corporativas de los demás actores del derecho (Tabla 4) y de atribuir la responsabilidad de la modernización de las leyes procesales al Congreso, o sea, a un poder soberano, autónomo e independiente cuya función principal es, justamente, la producción legislativa. Tiene apariencia sensata, pues lo judicial es una institución "pasiva" que se limita a aplicar las leyes, mientras el Legislativo es una institución "activa", es decir, dotada de competencia en la iniciativa de crearlas. Esa postura encierra, empero, una contradicción²¹

21. "Una vez más es notable -afirma la coordinadora de la investigación del IDESP- cómo los jueces no se atribuyen un gran peso en las deficiencias dentro de la aplicación de la justicia. Al contrario, el 60% de los entrevistados afirmó que la lentitud de los jueces es un factor poco importante en la explicación de ésta dentro de lo judicial". Cf. María Teresa Sadek, informe de la investigación, *op. cit.*, p. 8. Ella también llama la atención sobre otro aspecto importante: la versión de la magistratura en la aplicación de las atribuciones del Ministerio Público por la Constitución de 1988, ampliando sus actividades extrajudiciales y concediéndoles poderes inéditos en materia de interrogatorio civil, promoción de intereses sociales y control de la administración pública. "Como lo judicial sólo se manifiesta cuando es provocado, el Ministerio Público se consagró como uno de

Tabla 4
Causas de la lentitud en la justicia
(en porcentajes)

Factores	Importancia*
Alto número de recursos	73,2
Interés de los abogados	58,4
Lentitud de los tribunales de justicia	49,1
Interés del Poder Ejecutivo	48,2
Comportamiento de la policía/comisaría	43,7
Comportamiento de las notarías	40,7
Lentitud de los jueces	35,6
Intervención excesiva de la fiscalía	17,9

Fuente: IDESP, 1993.

(*) Suma de las respuestas "muy importante" y "demasiado importante".

Texto de la pregunta: ¿Qué peso atribuye usted a los siguientes factores como causa de la lentitud en la justicia?

Si gran parte de la crisis de lo judicial es fruto de un engranaje procesal anticuado, que no hace viable las sentencias justas y posterga las sentencias necesarias, ¿para qué invertir más recursos materiales en una estructura judicial fuertemente comprometida por ese anacronismo? ¿No sería más lógico promover la reforma procesal antes de ampliar el presupuesto del sector judicial? ¿Sería sensato aumentar el número de jueces, jurisdicciones y sustitutos para gastar (como reconoce la propia magistratura según la investigación del IDESP) entonces formalidades excesivas, recursos innecesarios, litigios irrelevantes y juicios ineficientes? "Por qué -indaga un respetado sociólogo del derecho- los jueces no hicieron este ajuste del derecho procesal hace tiempo, con lo consensual y lo obvio que es? ¿Por qué dejaron que la crisis llegara al extremo de que la sociedad clame por un control externo de los magistrados? Culpar a los otros poderes no es la respuesta más sincera. ¿Por qué los tribunales no simplifican los procedimientos que no necesitan de la ley ni de la revisión constitucional?"²²

los órganos más importantes para activarlo. Entonces, se puede afirmar que el Ministerio Público pasó a competir de forma directa con lo judicial en la representación pública de las instituciones que personifican la justicia. El franco apoyo manifestado por los jueces en el aumento de poder del Ministerio Público (37,2%) puede revelar un espíritu corporativo, un malestar con el fortalecimiento de una institución que pasó a disputar con lo judicial, las tareas de protección y garantía de los derechos e intereses individuales y colectivos." (p. 12).

22. Cf. Joaquim Falcão, profesor de la Universidad Federal de Río de Janeiro (UFRJ) y uno de los pioneros, entre nosotros, de la producción investigativa empírica en el ámbito de la enseñanza jurídica y de lo propiamente jurídico. Sus observaciones fueron hechas en el

6. El futuro de las instituciones judiciales, entre la totalidad económica y los derechos sociales

Aunque sea una condición necesaria, la iniciativa propia para la simplificación de los procedimientos no es, desde luego, una condición suficiente para permitir al sector judicial recuperar su imagen ante la población, para neutralizar la idea de que hoy es "desechable" en varios sectores de la sociedad y para ejercer sus funciones básicas con mayor rapidez, objetividad y eficiencia.

La superación de sus desafíos está condicionada, en la actualidad, por dos movimientos opuestos y contradictorios en el ámbito de las instituciones y de la economía: un movimiento de perfiles centrífugos que surge de un proceso de totalidad económica que, con sus nuevos centros de producción normativa y sus mecanismos autorreguladores, viene erosionando algunos de los principios básicos forjados por el Estado liberal (como el monismo jurídico y la soberanía nacional); y un movimiento de carácter centrípeto, resultado de las presiones, de las demandas y luchas protagonizadas por los sectores sociales más desfavorecidos en favor de programas gubernamentales puestos en marcha por un Estado "fuerte"²³, o sea, capaz de promover transferencias de renta por medio del derecho tributario, con la finalidad tanto de imponer un equilibrio socio-económico efectivo como de afirmar los patrones mínimos de igualdad social, condición *sine qua non* para realizar el restablecimiento de un sentido de identidad colectiva para la reintegración de un tejido social rasgado y para la plenitud de un régimen democrático.

seminario "Poder judicial y ciudadanía", patrocinado por la UFES y realizado en Vitória, el 21 de noviembre de 1992. En él también participaron el ministro Sepúlveda Pertence, del Supremo Tribunal Federal, el profesor Sérgio Bermudes y yo. En cuanto a la propuesta de adopción del control externo sobre lo judicial, mencionada en su crítica, la investigación del IDESP revela que fue rechazada por una gran mayoría (86,5%) de la Magistratura.

23. Como recuerda Lídia Goldenstein, citando a Stephan Haggard y Chung-In Moon, "la distinción entre Estados fuertes y débiles no puede ser confundida con diferencias entre tipos de régimen. Los Estados democráticos exhiben grados variables de autonomía, mientras regímenes autoritarios pueden ser penetrados por clases sociales dominantes para hacerlos débiles en su habilidad para organizar políticas. Un Estado puede ser considerado fuerte en la medida en que las elites de decisión son capaces de aislarse en forma organizada de las presiones de la sociedad, controlando canales de representación de intereses y definiendo de manera autónoma tareas nacionales. La fuerza del Estado puede ser medida por la capacidad de extraer recursos y organizar políticas que muden el comportamiento de los actores privados y que pueden, en última instancia, llevar a cambios en la propia estructura social". Cf. *Repensando la dependencia*, São Paulo, Paz y Tierra, 1994, p. 158. Ver también: José Luis Fiori, *Reforma o chatarra: el dilema estratégico del sector público brasileño*, São Paulo, Fundap, 1991, p. 13.

6.1 El carácter centrífugo de la totalidad económica

El primer movimiento ha sido alimentado por cinco factores que muchos juristas y operadores del derecho, a causa de su formación rígidamente normativa, no acostumbran asociar con la crisis del Estado (y, por extensión, con la crisis de una de sus principales instituciones, o sea, del propio sector judicial).

Estos son: (a) el colapso del sistema financiero mundial, ocurrido entre 1971 y 1973, con la consiguiente erosión del dólar como moneda de reserva internacional estable; (b) los choques petroleros de los años 1973 a 1979, que cambiaron el costo relativo de los consumos de energía y llevaron a los agentes productivos a desarrollar fuentes alternativas; (c) las reacciones defensivas de las grandes empresas a la parálisis de la producción de bienes y a la alta inflación de los precios, desarrolló un intrincado conjunto de procesos de trabajo, fabricación de bienes y patrones de consumo; (d) la explosión de nuevos instrumentos y mercados financieros, asociada a la formulación de sistemas altamente solicitados de coordinación a escala global, propiciaron la flexibilización geográfica de la producción industrial y de la prestación de servicios y, por fin, (e) los consiguientes cambios tecnológicos y de organización abrieron camino a la sustitución del patrón técnico-industrial de producción hasta entonces vigente para la llegada de la "sociedad de la informática"²⁴.

24. La "sociedad informática" ha sido definida como "el sistema social en el cual la fuente de la productividad y de competencia económica, así como del poder político, cultural y militar, reside sobre todo en el control y procesamiento de la información". Cf. Manuel Castells, *The Informational city*, Oxford, Basil Blackwell, 1989. En cuanto a los factores responsables por los cambios antes señalados, ver: "Technology and Economy: the key relationships", informe final del *Technology and Economy Programme*, OECD, 1992; Robert B. Reich, *The Work of Nations*, New York, Alfred Knopf, 1991, en especial las partes 2 ("The global web") y 4 ("The meaning of nation"); Michael Porter, *The Competitive Advantage of Nations*, New York, The Free Press, 1990; y Henrique Rattner, *El nuevo paradigma técnico-económico: su papel en la reestructuración geoeconómica y política*, São Paulo, Facultad de Economía y Administración de la Universidad de São Paulo (USP), 1993. Ver también: Michael J. Piore y Charles F. Sabel, *The Second Industrial Divide: Possibilities for Prosperity*, New York, Basic Books, 1984; H. Schmitz, *Technology and Employment Practices in Developing Countries*, London, Croom Helm, 1985; Jacques Mistral, "Régime international et trajectoires nationales"; Alain Lipietz, "Le Kaléidoscope des Sud", y Hugues Bertand, "Modernisations et piétinements (France)", todos incluidos en *Capitalisme fin de siècle*, Robert Boyer (org.), Paris, PUF, 1986. Igualmente el debate entre Charles Sabel, Michael J. Piore, M. Storper, Ash Amin y Kevin Robins en el encuentro "¿Neofordismo o la especialización flexible?", cuyo texto completo fue publicado en *Sociología del Trabajo*, Madrid, Siglo XXI, 1991, número extra.

Estos cinco factores, conjugados, constituyen puntos de ruptura tanto en la ingeniería jurídica como en las estructuras institucionales legadas por el Estado liberal (basadas en los principios de la legalidad y de la seguridad del derecho) y por el Estado-providencial (basadas en la utilización del derecho como instrumento de control, planeamiento y gestión), forzándolas a "desmontar" sus esquemas normativos reguladores de las libertades negativa y positiva, y obligándolas a limitarse a abastecer los mecanismos procesales para las relaciones interorganizadas (o sea, entre grandes corporaciones, empresas transnacionales, centrales sindicales, etc.). Algunas de las rupturas más importantes, en ese sentido, son las siguientes:

1. internacionalización de la economía, mediante la extensión planetaria de los mercados de los insumos, del consumo y financiero, rompiendo con las fronteras geográficas clásicas y limitando en forma creciente la ejecución de las políticas cambiaria, monetaria, tributaria y de prevención de los Estados nacionales;
2. descentralización del aparato estatal, mediante la distribución de sus obligaciones, la informalidad de sus responsabilidades, la privatización de las empresas públicas y la "no legalización" de la legislación social;
3. internacionalización del Estado, mediante la llegada de los procesos de integración, formalizados por los bloques regionales y por los tratados de libre comercio y la consiguiente revocación de los proteccionismos de las tarifas, de las reservas de mercado y de los mecanismos de incentivos y subsidios fiscales;
4. cambio de la matriz de la producción internacional. De la división tradicional entre abastecedores de materias primas y fabricantes de manufacturas, se pasa a la producción de bienes y servicios de nivel tecnológico, equivalentes en diferentes países, sin importar donde sea montado el producto final, lo que provoca el fenómeno de la "traslado" de la producción;
5. fin del territorio, reorganización y homogeneización

Dentro de las perspectivas teóricas y analíticas opuestas, ver: André Gorz, *Métamorphoses du travail: critique de la raison économique*, Paris, Galilée, 199, y H. Hirata, "De la polarización de las cualidades en el modelo de competencia: la evolución del debate en el contexto de los nuevos paradigmas de organización industrial", 44ª reunión anual de la SBPC, Gt "Trabajo y Educación", 1992.

del espacio de la producción mediante la sustitución de las plantas industriales rígidas, surgidas a comienzos del siglo XX de carácter "fordista", por las plantas industriales "flexibles", de naturaleza "toyotista", sustitución acompañada por la falta de reglamentación de la legislación laboral y por la consiguiente "flexibilización" de las relaciones contractuales;

6. planeamiento de actividades a nivel tecnológico a escala mundial por parte de los conglomerados multinacionales, seguido de la fragmentación de las actividades productivas en los diferentes territorios y continentes, lo que les permite practicar el comercio intra e interempresarial, acatando de forma selectiva las distintas legislaciones nacionales y concentrando sus inversiones en los países donde éstas le son más favorables;
7. expansión de un derecho paralelo al de los Estados de naturaleza mercantil (*lex mercatoria*), como consecuencia de la proliferación de los foros de negociación descentralizados, establecidos por las organizaciones empresariales transnacionales.

El denominador común de esas rupturas es la pérdida de la soberanía y de la autonomía de los Estados nacionales. Por un lado, el Estado ya no puede codiciar una regulación de la sociedad civil nacional por medio de sus instrumentos jurídicos tradicionales, dada la creciente reducción de su poder de intervención, control, dirección y planeamiento.

Por otro lado, está obligado a compartir su soberanía con fuerzas que trascienden el nivel nacional. Al promulgar sus leyes, por tanto, los Estados nacionales están obligados a llevar en cuenta el contexto internacional para saber lo que realmente pueden regular y cuáles de sus normas serán en efecto respetadas. La consecuencia de ese proceso es paradójica: al mismo tiempo que se observa un movimiento de internacionalización de los derechos nacionales, también se constata la expansión de normas privadas a nivel infranacional en la medida en que cada organización transnacional va creando las reglas que necesita y propiciando un ambiente jurídico en las áreas que más le interesan, según sus propias conveniencias.

De este modo, el derecho positivo convencional tiene su estructura lógico-formal casi que por entero corroída, pierde la capacidad de operar por medio de categorías normativas válidas *erga omnes*, ve destruida la tradicional *summa divisio* entre derecho público y privado, sufre la fragmentación de

este último en una multiplicidad de ramas jurídicas especiales (lo que liquida con la unidad conceptual de toda una cultura legal de talante privado), y acaba por ser obligado a responder a las exigencias de naturaleza "social" -protección laboral, seguridad social, reajuste salarial, etc.- sólo de forma circunstancial, de conciencia y *ad hoc*, al tenor de la capacidad de presión y movilización de éste o de aquel sindicato o movimiento comunitario.

Incapaz de afirmar una regulación efectiva de la vida socioeconómica, impotente ante la creciente multiplicación de las fuentes de derecho y sin condiciones para detener la progresiva disolución de su orden normativo, generada por la llegada de un corrosivo pluralismo jurídico, el Estado nacional enfrenta hoy una crisis inédita. Esa crisis puede comprenderse a partir de su flagrante ineptitud estructural en relación con hechos sociales complejos, que exigen del sector público la instrumentación de un número cada vez más grande de mecanismos de decisión y control para intentar, con esto, garantizar el cumplimiento de sus funciones básicas. Tal ineptitud estructural se expresa bajo la forma de un "trilema regulador", o sea, un triple dilema formado: a) por la progresiva indiferencia recíproca entre el derecho y la sociedad; b) por el desprecio de determinados sectores socioeconómicos a las reglas del derecho positivo y c) por la creciente autonomía de las organizaciones transnacionales en relación con los Estados nacionales. Veamos rápidamente las principales características de cada uno de esos dilemas.

El primero de ellos surge de hecho de que, a causa del alto grado de diferenciación estructural y funcional de las sociedades contemporáneas, cada subsistema social tendería hacia el respeto básico de las reglas forjadas en su interior y a despreciar las normas jurídicas emanadas del poder central del Estado. O sea: cuanto más complejos son los sistemas sociales, menor sería la autoridad institucional del Estado en términos de control directo de las innumerables interacciones entre individuos, grupos, clases y colectividades.

El segundo dilema brota del hecho de que, a causa de su dimensión cada vez más teleológica y de su naturaleza altamente especializada, el derecho positivo se inclinaría a tratar con categorías muy "particularizantes" las relaciones sociales básicas, destruyendo su autenticidad y minando su identidad: cuanto más ese derecho positivo sustituye sus tradicionales normas abstractas, genéricas e impersonales por normas bastante técnicas y muy específicas, más comprometería las relaciones vitales de la llamada *Lebenswelt*, que constituyen la espina dorsal de una sociedad determinada.

El tercer dilema proviene del hecho de que, a causa

de la alta movilidad social y de los profundos cambios ocurridos en los sistemas político-administrativos y socioeconómicos, un derecho positivo de carácter cada vez más "finalístico" acabaría siempre enfrentando problemas de racionalidad sistémica: entre más ese derecho positivo multiplica sus normas y leyes específicas para intervenir "técnicamente" en la dinámica de una sociedad heterogénea y compleja, menor sería su coherencia interna y su sentido de organización, lo que revelaría, con el tiempo, su progresiva incapacidad de rendir cuenta de las tensiones y de los conflictos sociales a partir de un conjunto mínimamente articulado de "premisas decisivas"²⁵.

De ahí surge, en la dinámica del movimiento centrífugo responsable por la erosión del monismo jurídico y de la soberanía de los Estados nacionales, la llegada de una racionalidad legal nueva, *in fieri*, forjada con base en la premisa de que las formas de relaciones sociales condicionadas por la interconexión entre las organizaciones complejas exigen hoy del Estado una serie de papeles originales intermediarios que sólo pueden ser ejercidos con la colaboración de ellas. Una racionalidad normativa responsable por una legislación seca y pragmática, apta para renunciar a la regulación exhaustiva de los procesos sociales, inclinándose menos a la consecución de los resultados concretos (mediante la regulación "estanda-

25. Es evidente, afirma el más conocido analista de ese proceso de erosión del derecho positivo tradicional que, ante ese trilema, "las exigencias de restauración de la unidad (y de la eficiencia) del sistema jurídico corresponden a meros ejercicios de retórica o la expresión de uso táctico, cuando conviene a la ocasión. Tentativas de instaurar una unidad conceptual y axiológica a través de la dogmática o doctrina jurídica están condenadas a fallar, aun en áreas nodales del derecho como el derecho privado, o en relación con el derecho como un todo. Mucho más sería es la figura de la estrategia opuesta, que coloca el énfasis en la especialización, insistiendo en la legitimidad de la existencia de principios específicos y propios en cada sector jurídico particular. Es así como, por ejemplo, se explica el rechazo de los juristas del derecho a competir, tomando en cuenta principios jurídicos reconocidos por otras ramas del derecho. Aun, semejante aislamiento jurídico no puede prevenir la aparición de conflictos intersistémicos: las soluciones se construyen de manera contingente en la medida de las contradicciones traídas por los casos individuales, sin ninguna posibilidad de construcción de una doctrina general de conflictos". Cf. Gunther Teubner, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, 1993, p. 180; y "The regulatory trillema", en *Quaderni Fiorentini*, vol. 13, Florencia, 1984. Ver también: Vittorio Olgiati, *Positive law and socio-legal order: an operational coupling for sociology of law*, Oñati, International Institute for Sociology of Law, 1971; y Helmut Willke, "Trois types de structures juridiques: programmes conditionnels, programmes finalisés et programmes nationaux", en *L'État propulsif: contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Charles Morand (org.), Paris, Publisud, 1991.

rizadora" y "tipificadora" de los comportamientos individuales) y más a la coordinación de las diferentes formas de legalidad, forjadas y desarrolladas en el interior de los distintos subsistemas sociales.

También sale de ahí, en ese contexto de "interlegalidades" generado por los diferentes poderes, procedimientos y valores de las empresas transnacionales, de las entidades sindicales, de las corporaciones profesionales de los grupos de interés y de las llamadas "organizaciones no gubernamentales"²⁶, la exigencia de nuevas condiciones operativas para el funcionamiento de un derecho enteramente formulado en su concepción y en sus procedimientos; un derecho cuyas reglas -a semejanza de las normas y cuasinormas utilizadas por el derecho internacional para posibilitar la negociación de bases de coexistencia y cooperación entre las naciones- sean capaces de servir como técnicas de gestión y neutralización de las tensiones, incertidumbres, contingencias e indeterminaciones siempre presentes en todo proceso social, económico y político; un derecho en condiciones de promover el enganche o acoplamiento estructural (structural coupling) de la pluralidad de sistemas jurídicos diferenciados y de sus respectivos "espacios sociolegales" con su impacto social, cultural e institucional altamente diversificado en términos sectoriales, locales, regionales y nacionales. Teniendo en cuenta los propósitos de este trabajo, la pregunta es obvia: en el ámbito de ese derecho, ¿qué papel está reservado al sector judicial? En otros términos: ¿existiría, en ese escenario, un papel para el Poder Judicial?

26. El fenómeno de la "interlegalidad" es analizado por Boaventura Santos a la luz del pluralismo jurídico. Lo que él tiene en mente no es el pluralismo jurídico "desarrollado por la antropología jurídica tradicional donde las diferentes órdenes jurídicas aparecen concebidas como entidades separadas, coexistiendo en un mismo espacio político, pero sí una concepción de diferentes espacios jurídicos superpuestos, que se entrelazan tanto en nuestra conciencia como en nuestra acción social, algunas son positivas o negativas en nuestro trayecto existencial, así como en la triste rutina de la vida cotidiana. Vivimos un tiempo de legalidad porosa o de porosidad jurídica de una múltiple red de órdenes jurídicas que nos condenan a constantes transiciones y pasos. Nuestra vida jurídica está constituida por la intersección de diferentes órdenes jurídicas, o sea, por la interlegalidad. La interlegalidad es la contrapartida fenomenológica del pluralismo jurídico; (...) ella refleja un proceso muy dinámico, porque los diferentes espacios jurídicos no son sincrónicos, resultando de esto una mezcla desigual e inestable de códigos jurídicos". Cf. "Law: a map of misreading (toward a postmodern conception of law)", en *Journal of Law and Society*, vol. 14, 1987, p: 293. Ver también "On modes of production of Law and Social Power", en *International Journal the Sociology of Law*, vol. 13, 1985.

6.2 El carácter de los derechos sociales

Mientras en el primer movimiento el Estado nacional es vaciado de su autonomía, competencias y funciones, lo que evidentemente implica una drástica reducción en el campo de acción de las instituciones jurídicas, en el segundo se observan intentos de fortalecerlo teniendo en cuenta sus "atribuciones sociales", mediante leyes con propósitos protectores y compensables.

La formulación de esas leyes, que cambian no sólo los contenidos normativos del sistema jurídico vigente sino también su forma, su estructura y lógica, acostumbra justificarse con base en una premisa bastante conocida en el debate constitucional o en las discusiones académicas: si por un lado es imposible negar la existencia de conflictos de peso potencialmente explosivos, por otro sería posible desarrollar mecanismos jurídico-institucionales destinados a permitir que esa "explosividad" sea canalizada por procedimientos de decisión de una sola vez "correctivos" y "de compensación", estimulando a los sectores sociales y económicos a negociar sus diferencias y obligándolos a hacer concesiones recíprocas. Al enfatizar el carácter inexorablemente colectivo de los conflictos de la sociedad contemporánea y al postular que ella no puede ser vista más como un conjunto de intereses agregados por los procedimientos formales subyacentes a la regla de la mayoría, los responsables de esas leyes afirman que sólo una intrincada combinación de mecanismos normativos negociados y obligatorios permite neutralizar la explosión de anomia de los litigios, reducir las desigualdades de poder que en efecto existen y crear las condiciones para el desarrollo de líneas mínimas de solidaridad social.

Por ese tipo de objetivo, esas leyes una vez promulgadas invierten el raciocinio jurídico: para los operadores del derecho no se trata más de "pensar una situación en función de las categorías jurídicas abstractas del derecho civil", sino que, liberándose del condicionamiento de la estricta legalidad y del horizonte que con exclusividad retrospectiva ella ha impuesto, pensarla en función de sus características concretas. De este modo, "el sujeto de derecho cede su lugar al asalariado, al consumidor, al profesional; (e) la noción de contrato se destroza en una multiplicidad de contratos susceptibles de ser, cada uno de ellos, regido por una reglamentación particular"; lo que en consecuencia termina acarreado "el problema de una racionalidad jurídica cuyas categorías ya no serían definibles a priori, sino solamente a posteriori"²⁷

27. Cf. François Ewald, "Justicia, igualdad y juez", en *Foucault, la nor-*

Aplicar judicialmente esas leyes pasa a ser, por eso, una promoción para la realización política de determinados valores, moldeando y afectando la realidad socioeconómica a partir de un proyecto específico expresado por las leyes con propósitos de compensación y protección. Dependiendo como condición necesaria, aunque no suficiente, de la legitimación del Estado, tales leyes no se limitan a establecer competencias, a fijar obligaciones o a garantizar derechos; por el contrario, en vez de ceñirse sólo a la definición de las "reglas del juego", ellas son especialmente concebidas para modificar los resultados de ese juego, alterando de manera implícita sus reglas²⁸

Entre los diferentes trazos característicos de esas leyes, tres, a causa de su interconexión, merecen especial mención. En primer lugar, ellas no tienen una dimensión exclusivamente normativa en la perspectiva de un a priori formal, como muchas veces exigen la organización y ejecución de determinadas políticas públicas. Esas leyes tienen una dimensión basada en la promoción²⁹. Por esa razón ellas, en

ma y el derecho, *op. cit.*, p. 153. Según el autor, esas leyes con propósitos que compensan y protegen configuran un "derecho social" que no se limita a tratar del trabajo y de la seguridad social. Tal derecho "no puede ser definido por los objetos que trata, sino más bien por aquello que hace con que tales objetos se hubieran vuelto susceptibles de un tratamiento jurídico. El derecho designa una cierta técnica, una cierta manera de decir el derecho, articulada con un cierto tipo de racionalidad jurídica, un tipo de jurisdicción". Designa también una determinada "manera de pensar la cuestión de las fuentes del derecho, las relaciones entre el hecho y el derecho y la cuestión de la juridicidad" (p. 218). Por ese motivo, dice Ewald en otro texto importante, el "derecho social" no debe comprenderse como un complemento del derecho privado; por el contrario, él lo vacía en la medida en que implica la sustitución de la adjudicación tradicional por la promoción de acuerdos basados en sacrificios y concesiones mutuas, que son obligadas a renovarse de manera continua, antes de preocuparse con la certeza jurídica; el "derecho social" enfatiza la solidaridad con un compromiso en torno del cual son socialmente aceptados los comportamientos. Cf. "A concept of social Law", en *Dilemmas of Law in the Welfare State*, G. Teubner (org.), Berlín, de Gruyter, 1985, pp. 40-75.

28. Por ese motivo es que los juristas de formación normativa y formal tienden a considerar los códigos, estatutos y leyes de carácter social como "derechos imperfectos", en la medida en que la naturaleza y el alcance de su realización estarían en dependencia de opciones políticas y de programas de gobierno. En otras palabras, tales derechos serían "imperfectos" porque quedarían con su aplicación condicionada por la relación de fuerzas antagónicas que luchan de forma política para influir en los criterios de distribución de los recursos públicos.

29. Véase, el artículo 227 de la Constitución de 1988 que establece que es un deber del Estado proteger a los niños y a la juventud, y el dispositivo del Estatuto del Niño y del Adolescente ampliando los

segundo lugar, alteran el horizonte temporal del sector judicial: en vez de aplicar reglas generales, abstractas e impersonales a hechos ocurridos antes, delante de partes formalmente iguales ante la ley, los magistrados son condicionados por una visión prospectiva de los casos "sub júdice"; ya no se trata de juzgar una conducta tal como en efecto ocurrió, más bien cómo se realizará. No se trata de responsabilizar a las partes por lo que dejaron de hacer o por lo que hicieron correcta o equivocadamente en términos del orden jurídico vigente, sino más bien de inducir a una de ellas a tomar una iniciativa dada de cara a su "hipersuficiencia" económica o de sus "obligaciones sociales". No se trata de castigar y de obligar a dar, entregar o recibir algo, sino de asegurar las condiciones de realización de determinadas pretensiones de la parte considerada materialmente débil, es decir, "hiposuficiente".

En tercer lugar, como esas ideas se caracterizan por la titulación, reivindicación y ejecución colectiva, dirigidas no sólo a entidades privadas sino también al Estado, y que demandan una postura activa por parte de los poderes públicos, cuanto más rápida es su expansión, mayores son las responsabilidades exigidas tanto del Ejecutivo como del sector judicial, empujándolos a enfrentar los problemas de la redistribución de los recursos comunes de la sociedad y de la reducción de las diferencias de riqueza, poder de consumo y oportunidades³⁰

poderes del Ministerio Público, para permitir que los derechos e intereses de este grupo social sean tratados en forma privilegiada en relación con otros grupos.

30. Hoy ante la reelaboración doctrinaria, a causa de los cambios ocurridos en la economía internacional, el paradigma de esas leyes de naturaleza "social" ha sido desarrollado a partir de distintas vertientes teóricas. Como en los períodos de transformación estructural es común la ampliación de la interdependencia entre diferentes campos de análisis que podrían ser examinados de forma separada en los períodos de estabilidad sociopolítica, la literatura jurídica viene subrayando la importancia de una visión multidisciplinaria cuyo denominador común es la inclinación por visiones "realistas" del fenómeno jurídico, o sea, visiones que sobrepasan los límites de aquellas condicionadas por el positivismo normativo. Al rehusar al logicismo abstracto, heredado por los codificadores del siglo XIX, y al reformular los conceptos "cerrados" y las categorías tipificadas del liberalismo jurídico-político, esos puntos de vista enfatizan sobre la necesidad de una mayor flexibilidad estructural de los sistemas jurídicos, condición básica para que puedan ser eficaces. Ver: Philippe Nonet y Philip Selznick, *Law and Society in transition: toward a responsive law*, New York, Harper and Row, 1978; François Ewald, "A concept of Social Law"; Alberto Febraro, "The rules of the game in the Welfare State", y Gunther Teubner, "Strategic models of post-regulatory law", todos en *Dilemmas of Law in Welfare State*, G. Teubner (org.), Berlín, de Gruyter, 1985. Igualmente

Al someterse a tribunales acostumbrados a realizar sólo y únicamente la justicia conmutativa, un extenso conjunto de cuestiones nuevas e inéditas de la justicia sustantiva los convierten, de esa manera, en corresponsables de los objetivos anhelados por el legislador. Esos problemas ponen en evidencia el paradigma normativo subyacente a la cultura técnico-profesional de la magistratura, al exigir la sustitución de la interpretación tradicional (que hace de la certeza jurídica y de la protección de la libertad negativa su condición de legitimidad) por una hermenéutica que se asume de forma teleológica o de tipo final (valorizando ante todo los resultados más que los medios y contraponiendo la libertad positiva a la negativa).

Esos problemas van a llevar a los jueces, aun a disgusto, a tener que tomar en cuenta un hecho inexorable: la emergencia de un derecho de perfiles "sociales" -el derecho típico de las sociedades complejas³¹, en cuyo ámbito los intereses colectivos, clasistas, corporativos y regionales son cada vez más excluyentes y, por consiguiente, irreductibles a una medida universal y general. En esas sociedades, la oposición tradicional entre intereses comunes, por un lado, e intereses particulares, por otro, bastante valorizada por el paradigma normativo a causa de sus orígenes contractuales, está siendo sustituida por el reconocimiento de los intereses colectivos que trascienden los derechos individuales e imponen límites crecientes al derecho privado.

Como los intereses colectivos son intereses de grupos, regiones, corporaciones, entidades representativas y aso-

ver: Helmut Willke, "The tragedy of the State: prolegomena to a theory of the State in polycentric society", en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, vol. LXXXII, 1986, y Boaventura Santos, "El Estado y el derecho en la transición postmoderna", en *Revista Crítica de Ciencias Sociales* 30, Coimbra, 1990.

31. La plenitud de ese derecho en las sociedades caracterizadas por una intrincada dialéctica de transformaciones y ajustes de sus condiciones económicas, de sus pautas culturales y de las resistencias sociales, sólo es posible cuando él se revela capaz de equilibrar una doble exigencia. La primera es de naturaleza sistémica y habla de la elaboración de un orden jurídico abierto y flexible, pero mínimamente coherente desde el punto de vista de su articulación interna; un orden apto en reconocer y preservar la complejidad de las diferentes racionalidades normativas de los múltiples grupos y sectores sociales, que viabiliza así, sin perder la capacidad directiva de las formas jurídicas, la formulación de estrategias de entendimiento recíproco entre ellas. La segunda exigencia es de carácter programático y habla de la institucionalización de soluciones "aceptables" en el ámbito de los valores morales, económicos y políticos comunes a los diferentes grupos y sectores sociales. Discuto la efectividad de ese derecho más extensamente en *Derecho y economía en la democratización brasileña*, São Paulo, Malheiros, 1993, caps. 1 y 5.

ciaciones comunitarias con distintos grados de poder, recursos, organización técnico-administrativa y capacidad tanto de movilización como de enfrentamiento político, o sea, como son intereses conflictivos y contradictorios, la idea de "interés común, general y universal" (tan valorizada por el paradigma normativo) no puede ser concebida como una especie de "principio total" destinado a componer, integrar, armonizar y organizar los distintos intereses individuales. Por el contrario, tal idea traduce una realidad eminentemente política, a partir de la cual esos diferentes grupos, corporaciones, entidades y asociaciones definen sus propios códigos y los instrumentos normativos y/o simbólicos necesarios para la regulación de su convivencia social; o sea, los instrumentos que los "enlazan", que hacen posible la comunicación y permiten los intercambios entre ellos. "El bien común no está encarnado en el Estado o en la sociedad: es una condición concreta e ideal al mismo tiempo. Concreta porque no puede existir mientras los hombres están juntos; ideal porque no corresponde a un estado sino a un proceso de producción de vida"³². Cuanto mayor es la complejidad social, más la idea de interés común, general y universal cede lugar a la idea de "interés social" encara da aquí específicamente como un procedimiento por medio del cual se hace posible obtener la mediación, el arbitraje y el equilibrio de los distintos intereses colectivos enfrentados. Sin embargo, ¿en qué medida el sector judicial dispone en realidad de condiciones institucionales y de *background* técnico-cultural para ser el eje de esa mediación, de ese arbitraje y de ese equilibrio?

7. Cambio socioeconómico vs. cambio jurídico: las concepciones estática y dinámica de justicia

En su dinámica conflictiva y contradictoria, ambos movimientos se dirigen a la paradoja subyacente a lo judicial; un poder que, por todo lo que vimos hasta ahora, necesita cambiar. Pero, ¿cómo y qué es más importante, en qué perspectiva? Al final, si por un lado, la neutralización del riesgo de desintegración de la sociedad depende de la ampliación y aplicación de los derechos sociales, cuya efectividad requiere una actitud más vigorosa en ese sentido por parte de los tres poderes del Estado, por otro, la totalidad económica al estimular el capital, la producción, la gerencia, la información y los mercados tanto de insumos como de trabajo organizados de modo transversal a las fronteras nacionales, hace ineficaces los instrumentos tradicionales de regulación, control y

32. Cf. José Reinaldo de Lima Lopes, "Derecho subjetivo y derechos sociales: el dilema del sector judicial en el Estado social de derecho", en *Derechos Humanos, Derechos Sociales y Justicia*, José Eduardo Faria (org.), São Paulo, Malheiros, 1994.

dirección del Estado. O sea, pone en cuestión su capacidad de reaccionar como formulista, organizador y ejecutor de políticas redistributivas y de compensación.

No es fácil para la Magistratura enfrentar esta paradoja. Porque si se ignora como un fenómeno "metajurídico", dentro del sesgo selectivo y restrictivo típico del paradigma jurídico normativo, continuando prisionera de su autoimagen como una corporación neutra, técnica, reactiva y vuelta sólo hacia la adjudicación de problemas de justicia conmutativa o correctiva, ésta estará llevando la institución a la que sirve a ver agravadas sus crisis de identidad y eficiencia, convergiendo hacia una inmensa y fatal crisis de legitimidad; la crisis que está tras la idea de su condición "desechable", mencionada al principio de este trabajo.

La legitimidad señala el reconocimiento de la validez de las instituciones básicas del Estado³³. En el caso específico del sector judicial, su legitimidad depende de la certeza de toda la sociedad de que sus sentencias serán pronunciadas, de su disposición de las partes para acatarlas y de la confianza generalizada de todos los sectores y niveles sociales en la firmeza de la institución como factor que frena la multiplicación de los conflictos.

Ahora, ante el vacío de muchas de sus prerrogativas, de cara a los múltiples centros normativos emergentes, dos procesos diferentes de negociación paraestatal y dos mecanismos autorreguladores comunes al fenómeno de la totalidad económica y de la timidez revelada hasta ahora por la Magistratura en la aplicación de los derechos sociales, el sector judicial, desde luego, tiende a perder el reconocimiento de la sociedad.

La confianza de los actores sociales en su desempeño se tiene que agotar y, las partes en el ámbito de un proceso judicial tienden a acatar en forma selectiva las sentencias, cumpliéndolas cuando les son favorables y negociando su ejecución cuando les son desfavorables³⁴. Lo que tenemos ahí es un caso ejemplar de tensión entre cambio socioeconómico y cambio jurídico, entre una concepción estática y una concep-

33. Ver: Paul Bastid, "L'idée de légitimité"; Alexandre Passerim D'Entrèves, "Legalité et légitimité", y Norberto Bobbio, "Sur le principe de légitimité", todos en *L'idée de légitimité*, Paris, Annales de Philosophie Politique, 1967, vol. 7. En una perspectiva menos formal y más funcional, ver: Niklas Luhmann, *Legitimación por el procedimiento*, Brasilia, UNB, 1980, y *Sociología del derecho*, Río de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1985.

34. Discuto el problema del "acatamiento selectivo" de las sentencias en *Justicia y conflicto: los jueces ante los nuevos movimientos sociales*, op. cit.

ción dinámica de la justicia³⁵, entre la aplicación de leyes tradicionales para situaciones nuevas y necesidades de leyes nuevas para conflictos tradicionales, entre conflictos que incluyen demandas por la aplicación más efectiva de antiguos derechos en nuevos contextos (v.g., la lucha contra las discriminaciones sociales, raciales, sexuales, etc.).

En las diferentes instancias, niveles y ramas de especialización de nuestros diversos tribunales, las medidas tributarias adoptadas por el Ejecutivo para financiar sus políticas públicas y la creciente demanda de derechos sociales, ponen en cuestión los procesos institucional y constitucional vigentes de apropiación y distribución de las riquezas. Esto viene creando situaciones muy difíciles para los magistrados que creen que los conflictos traídos para su apreciación se pueden solucionar por el simple apego a ciertas fórmulas lógicas y a ciertos ritos procesales.

En los procesos judiciales relacionados con los derechos sociales, por ejemplo, ¿quién es, de hecho, la parte contraria? Aunque se presenten determinados responsables (un órgano gubernamental de la administración, una empresa pública, una entidad representativa patronal, una persona jurídica privada o una concesionaria de servicios gubernamentales, por ejemplo), esos procesos señalan cada vez más a la organización social como un todo.

A través de mecanismos procesales tradicionales, las discusiones continúan promoviéndose por el signo de la confrontación de voluntades, intereses específicos y actores individualizados (aunque bajo la forma de sindicatos, corporaciones, etc.). La magistratura se encuentra sin saber cómo proceder ante las nuevas demandas por derechos civiles y por el replanteamiento del sentido y del alcance de los derechos

35. La distinción entre justicia estática y justicia dinámica es de Agnes Heller. "Mi definición del concepto formal de justicia significa la aplicación consistente y continua de las mismas normas y reglas a todos y a cada uno de los miembros de un grupo social, a los cuales se aplican las normas y reglas". La justicia dinámica "es el proceso por el cual normas y reglas sociales y políticas (con validez) existentes, son probadas, cuestionadas e invalidadas y, de manera simultánea, normas y reglas sociopolíticas alternativas que se validan". Cf. *Beyond Justice*, Oxford, Basil Blackwell, 1991, pp. 5 y 247. En el texto presentado en el encuentro de la Asociación Nacional de Postgrado en Ciencias Sociales, realizado en noviembre de 1994, José Reinaldo de Lima Lopes, de la Facultad de Derecho de la USP, exploró la distinción de Heller al analizar el desempeño de las instituciones judiciales brasileñas. Ver: "Justicia y Poder Judicial o la virtud que enfrenta a la institución", mimeógrafo. Muchos de sus argumentos desarrollan ideas que formulamos originalmente en *Derecho y justicia: las funciones del sector judicial* (São Paulo, Atica, 1989), utilizadas por mí aquí.

originalmente forjados a la luz del paradigma normativo, que incluye disputas en torno de bienes colectivos³⁶.

Convertida en árbitro de problemas que el Poder Legislativo por diversas razones no quiso o no supo calcular, y al tender a juzgar con criterios de justicia correctiva o conmutativa cuestiones de justicia distributiva, a punto de acabar invalidando muchas veces normas cuya razón de ser es colectiva y "social", la Magistratura ya no logra más enmascarar u ocultar el fin de la cultura técnico-profesional formal, enraizada en todos sus niveles y ramas especializadas.

Dos hechos importantes pueden ser mencionados para ilustrar y justificar esta afirmación. El primero de ellos habla del tipo de respuesta dado por los magistrados a las indagaciones formuladas por los investigadores del IDESP, en relación con los límites del derecho positivo y con determinados objetivos sustantivos. El segundo se refiere a la manera como los jueces de la más alta corte de nuestras instituciones judiciales reaccionaron ante la llegada de la orden expresa, una innovación constitucional destinada a la ampliación de las prerrogativas en materia de tutela jurisdiccional de los derechos sociales. En ambos casos los hechos observan, con claridad, la perplejidad de los integrantes del sector judicial, poder en cuyo ámbito se desarrollan hoy interacciones con-

36. Tal problema, es importante recordar, no aparece exclusivamente en el ámbito de la Magistratura, sino también en todo el universo jurídico nacional. A causa del peso de una concepción muy negativa de libertad, en su formación cultural y en su visión del mundo, la gran mayoría de juristas muestra una cierta indecisión o una significativa dificultad en el análisis de los institutos jurídicos que organizan la "cooperación" en la vida social o económica. Un buen ejemplo es el del "contrato de sociedad". Aquí "las reglas del negocio social disciplinan la cooperación de los socios, partiendo del principio de que el beneficio de uno es de todos y el perjuicio de uno es de todos, de modo que ciertas reglas son necesariamente excluidas. El contrato de sociedad es el opuesto de una compra y de una venta, que por lo general se llama contrato de oposición. En él, el interés de las partes es opuesto (contrario): uno quiere deshacerse de una cosa, otro quiere la cosa, uno quiere el mayor precio posible, otro quiere el menor precio posible. En la sociedad, los intereses no pueden ser contrarios, so pena de ser contradictorios: ya que mi posición (de socio) es exactamente la misma del otro, el beneficio que deseo (la ganancia o la actividad que sólo puede ser realizada en conjunto) para mí, no puede ser desear menos para el otro. Si lo hago así, lo que deseo en el fondo es la exclusión del otro, o el fin de la sociedad. En el fondo, son las reglas del amor (que intrínsecamente no es egoísta); son las reglas de la amistad, lo que además llevaba a Aristóteles a comparar la justicia con la amistad. Ahora, cualquier jurista diserta con facilidad sobre las reglas de los contratos de oposición: pero, ¿y sobre las reglas del contrato de cooperación? Cf. José Reinaldo de Lima Lopes, "Justicia y Poder Judicial o la virtud que enfrenta a la institución", *op. cit.*, p. 28.

flictivas y formas de convivencia contradictorias entre una superada concepción de orden legal y concepciones antagónicas de "orden justo", interacciones y formas de convivencia disfuncionales, que tienden a multiplicarse cuando estén más presentes los derechos sociales en la cotidianidad de los tribunales, sea como reivindicación por parte de los nuevos consumidores de servicios judiciales, sea como objeto de los códigos y las leyes de carácter "social" que necesitan adecuarse a las singularidades de problemas estigmatizados por contradicciones y paradojas. En ambos casos, los hechos constatan, con nitidez, la indecisión de los operadores judiciales del derecho en relación con las "situaciones límite" y con los "casos difíciles" de enormes repercusiones en el universo macrojurídico³⁷.

Preguntados por los investigadores del IDESP sobre los límites del derecho positivo, una gran mayoría de magistrados afirmó que el juez no debe ser un "mero sujeto que aplica la ley", sino "ser sensible a los problemas sociales" (73,7%). Sin embargo, sólo un 37,7% confesó que aceptaba que "el compromiso con la justicia social debe responder por la estricta aplicación de la ley". Esto significa, en la práctica, que 62,3% no concuerdan con esa afirmación, contrariando así la opinión manifestada en el ítem relacionado con la "sensibilidad a los problemas sociales". Además de eso, los porcentajes que concuerdan con los demás ítems surgidos de la primera formulación ("el juez no puede ser un mero aplicador de las leyes", etc.), sobre todo los relacionados con la disociación del saber jurídico de la realidad socioeconómica, el favoritismo de los privilegiados en la aplicación de las leyes y la incompatibilidad del espíritu crítico en el actual orden jurídico también pueden ser, como se puede observar en la Tabla 5, significativamente disminuidos.

Expresada por el intervalo entre la retórica a favor de la "sensibilidad a los problemas sociales" y la reafirmación implícita de los postulados de la neutralidad y de la ortodoxia dogmática en las respuestas a los tres últimos ítems, esas

37. La expresión "casos difíciles" es de Ronald Dworkin. Estos ocurren, según el autor, cuando de cara a un determinado litigio, no hay reglas jurídicas claras, unívocas y/o autoaplicables, exigiendo del juez un grado enorme de discrecionalidad para decidirlo en éste o en aquel sentido. Por eso, quien aplica la ley está obligado a valerse de "principios generales", lo que lo lleva, muchas veces, a promover la "creación judicial" del derecho. Ver: "Hard cases", publicado originalmente por la *Harvard Law Review*, Cambridge, 1975, y después incorporado, como capítulo IV, en su clásico *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977.

Tabla 5
Opinión sobre los límites del derecho positivo
(en porcentajes)

	Sí*
El juez no puede ser sólo quien aplica las leyes, tiene que ser sensible a los problemas sociales	73,7
La mayor parte de la población no tiene acceso a la justicia	48,1
El compromiso con la justicia social debe ir delante de la estricta aplicación de la ley	37,7
El saber jurídico está disociado de la realidad brasileña	23,3
La aplicación de las leyes siempre beneficia a los privilegiados	14,2
El derecho positivo no permite el espíritu crítico	11,1

Fuente: IDESP, 1993.

*Suma de las respuestas "estoy de acuerdo totalmente" y "conuerdo mucho".
Texto de la pregunta: ¿En qué medida usted concuerda con las siguientes afirmaciones?

contradicciones indican el grado de implantación del paradigma normativo en el *ethos* de la Magistratura³⁸.

La misma observación también se puede hacer a partir de la respuesta a la pregunta relacionada con la compatibilidad entre el derecho positivo y determinados objetivos sustantivos, en especial lo relacionado con la superación de los "dualismos estructurales" de la sociedad brasileña y con la neutralización de la rasgadura de su tejido social ante la perversión en la distribución de la renta. Como se ve en el cuadro de abajo, aunque la mayoría de los magistrados (58,7%) haya afirmado que existe compatibilidad entre el orden jurídico y la protección de los derechos colectivos, la corporación, también de manera contradictoria, acabó admitiendo cierta tensión cuando fue preguntada sobre derechos difusos (45,6%) y, de modo más amplio, sobre las carencias y necesidades de los sectores sociales menos privilegiados (las contradicciones vistas en estas dos tablas se conjugan con otra revelada por la Tabla 2, donde se ve que el 67,4% de los magistrados considera la legislación antigua, pero al mismo tiempo el 53,2% consideran negativa la volubilidad del cuadro legal, evidenciando de esa manera que la mayoría de los operadores del derecho se siente paralizada por

38. A título de ilustración, es curioso verificar que, sometidos a una pregunta semejante a la formulada por los investigadores del IDESP, los jueces portugueses revelaron la tendencia de "disminuir la importancia de la ley como fuente de decisión", manifestando que "no es la ley escrita la que debe ser considerada en primer lugar", pero sí el "sentido común", a partir de su percepción de los valores e intereses en juego en la sociedad. Ver: J. A. Oliveira Rocha, "Jueces portugueses", en *Sub júdice: justicia y sociedad*, N° 6, Lisboa, Centro de Documentación e Información Jurídica, 1993, pp. 17-21.

Tabla 6
Compatibilidad entre el derecho actual y ciertos objetivos
sustantivos
(en porcentajes)

Derechos	Sí *
Colectivos (del consumidor, los jubilados, etc.)	58,2
Difusos (medio ambiente, etc.)	45,6
De los sectores menos privilegiados	38,9

Fuente: IDESP, 1993.

*Suma de las respuestas "totalmente" y "mucho".

Texto de la pregunta: ¿En qué medida los jueces han logrado compatibilizar la ley con la protección de los derechos?

la legislación antigua e insegura ante una nueva legislación).

En cuanto al mandato de orden expresa, importante innovación procesal introducida por el inciso LXXI del artículo 7º de la Constitución de 1988 y muy favorablemente recibida por la Magistratura, como se puede observar en la Tabla 7, su destino revela de manera ejemplar la perplejidad y la indecisión de las instancias superiores de la corporación en cuanto a la ampliación tanto de sus propias competencias como de la tutela jurisdiccional de los derechos sociales. La controversia, en este caso específico, se ciñe a la cuestión de saber si ese nuevo instituto procesal podría ser aplicado a todo o a algún derecho constitucional o, entonces, solamente a los dispositivos legales referentes a la soberanía, a la nacionalidad y a la ciudadanía, en la hipótesis de inexistencia de una norma reglamentaria que comprometa su ejercicio, haciéndolo inviable.

Tabla 7
Opinión sobre modificaciones introducidas
por la Constitución de 1988

Modificaciones	Muy favorable
a) refuerzo de la función de control constitucional del STF	76,5%
b) legitimación de nuevos agentes para proponer acción de inconstitucionalidad	70,7%
c) mandato de orden expresa	70,5%
d) mandato de seguridad colectiva	81,8%
e) ampliación de atribuciones del Ministerio Público	37,2%

Fuente: IDESP, 1993.

*Suma de las respuestas "totalmente favorable" y "muy favorable".

Texto de la pregunta: Considerando el funcionamiento global de las instituciones del país, ¿cuál es su opinión sobre las siguientes modificaciones introducidas por la Constitución de 1988?

Aunque el mandato de orden expresa fuera un instrumento procesal importantísimo para que el sector judicial neutralizara su mala imagen ante la sociedad y se reafirmara como un poder activo, eficiente y "sensible a los problemas sociales" (ver Tabla 5), lo que se verificó, en la práctica, fue un rechazo abierto a su utilización por parte de la más alta corte de justicia del país. "La conversión del pedido de orden expresa en pedido de declaración de inconstitucionalidad por omisión, habiendo cumplido con el requisito de la mora por reglamentar y sin que el poder judicial pueda cobrar del órgano encargado de la reglamentación un efectivo servicio, o aún más, la pura denegación de la orden por ilegitimidad pasiva *ad causam*, ha caracterizado al instituto"³⁹

Como en el mandato de orden expresa, la sentencia puede ir más allá de la simple atribución reglamentaria, posibilitando que se prevea y se suplan las omisiones, lo que requiere del magistrado o del tribunal prácticas decisivas nuevas, en la medida en que le cabría crear el reglamento exigido, esta innovación procesal acabó por ser despreciada por no adaptarse con el principio de la división de los poderes y con el papel de "pasividad" atribuido por él a las instituciones judiciales. Basta ver cómo la plenaria del Supremo Tribunal Federal firmó su posición en ese sentido:

- (i) "el mandato de orden expresa ni autoriza al sector judicial a suplir la omisión legislativa o a reglamentarla, publicando el acto normativo omitido, ni aun menos le permite ordenar de inmediato el acto concreto de satisfacción del derecho reclamado pero no pedido, puesto de atención imposible, para que el tribunal lo haga si contiene el pedido de atención posible para la declaración de inconstitucionalidad de la omisión normativa con instrucción al órgano competente para que la supla" (MS N° 168-5 - RS).
- (ii) el mandato de orden expresa es acción otorgada al titular del derecho, garantía o prerrogativas de las cuales el ejercicio es inválido por la falta de norma reglamentista, y acción que busca obtener del Poder Judicial la declaración de inconstitucionalidad de esa omisión si estuviera caracterizada la mora para reglamentarse por parte de dicho poder, órgano, entidad o autoridad de la que ella dependa, con la finalidad de que se le dé conocimiento de esa decla-

39. Cf. Laurindo Dias Minhoto, *Dilemas del sector judicial en la protección de los derechos sociales*, São Paulo, 1994, mimeógrafo. Ver también: José Afonso da Silva, "La Constitución y su revisión", en *Cuadernos Liberales*, IV/XCI, Brasilia, Instituto Tancredo Neves.

ración para que adopte las disposiciones necesarias (MI N° 107 - GO).

- (iii) (...) si, como pretende el solicitante, sus beneficios deben ser revisados ante una norma ya existente, el mandato de orden expresa es inadecuado. Aún más, al estar pendiente de que sea de una norma reglamentista como fuente de costo, como pretende la autoridad señalada como coautora, ésta es una obligación del Congreso Nacional, implicándose por eso en la ilegitimidad pasiva del solicitante y redundando en la falta de una de las condiciones de la acción (MI N° 40 - DF)⁴⁰.

Es importante recordar que este rechazo de jurisprudencia para tutelar de manera plena el mandato de orden expresa, por parte del Supremo Tribunal Federal, ocurre desde hace un tiempo justamente cuando el Estado brasileño -y, dentro de él, desde luego, el sector judicial- está siendo puesto en jaque como coordinador de las condiciones de vida económica y como garante de las condiciones de sociabilidad; cuando campos enormes de las relaciones sociales escapan al alcance del control jurídico-positivo; cuando las instituciones republicanas no se muestran ya capaces de universalizar sus decisiones y sus leyes. ¿Cómo puede entonces el sector judicial desear salir de la crisis de identidad, eficiencia y legitimidad en que se encuentra hoy sin prestar la debida atención a estos hechos? En definitiva, esas tres crisis van mucho más allá de un simple problema de insuficiencia presupuestaria o de informatización. Se origina, como se vio a lo largo de este trabajo, a partir de las transformaciones sufridas por la sociedad y por el Estado contemporáneos, que ellas exijan en el ámbito del conocimiento técnico-profesional de sus integrantes, un cambio urgente de paradigma jurídico que sobrepase los bloqueos ideológico-culturales de su formación; y requieran, a nivel institucional, la definición de una ingeniosa *política jurídica* con la finalidad, entre otros objetivos, de garantizar coherencia programática a los cambios organizados necesarios y de establecer una pauta hermenéutica común a las diferentes instancias y sectores de un poder que se ha convertido de manera creciente en arena de conflictos que lo trascienden⁴¹.

40. Esas comprensiones han sido reiteradas por el STF. Ver, por ejemplo: MI N° 176-6-PE, MI N° 107-3-DF y MI N° 195-2-DF. Ver: Laurindo Dias Minhoto, *op. cit.*

41. Sobre los problemas de una política jurídica capaz de garantizar coherencia programática, ver: Peter van Kopen y Jan Ten Kate, "Individual differences in Judicial Behavior: personal characteristics and Private law decision making", en *Law and Society*

8. El "dilema hamletiano" del sector judicial: política judicial y control externo

Esta es la encrucijada del sector judicial brasileño: en la medida en que hace parte de un Estado cuya soberanía, iniciativas y prerrogativas han sido puestas en jaque por factores económicos internacionales, que está situado en un contexto social fragmentario y contradictorio que en nada recuerda aquella idea de sociedad (típica del paradigma normativo) como una pluralidad de ciudadanos libres, independientes y encargados sólo de su individualidad y que, al final, ha sido llamado a dirimir conflictos que, cada vez más, afectan el proceso global de apropiación de las riquezas y de los beneficios sociales, y que vuelve imposible para sus magistrados continuar prisioneros a un juicio *secundum legem*. Entre otros motivos porque: (a) las cuestiones triviales o corrientes (comunes a la justicia correctiva o conmutativa) están siendo contaminadas de forma progresiva por los conflictos de redistribución, lo que se evidencia en la instrumentación política de temas como inquilinato, jubilación, seguro de salud o mensualidad escolar, abriendo así camino hacia la explosión de una situación inusual; (b) la propia ley se volvió con frecuencia polisémica, repleta de conceptos tópicos, programáticos e indeterminados como "justo equilibrio", vedar "cláusulas contractuales abusivas" y "prohibir el peso excesivo" (art. 51, párrafo 1º, inciso III de la ley Nº 8.078/90) o "como una fuerza más social",⁴² obligando al intérprete a definir su sentido y contenido en los casos concretos sometidos a su apreciación⁴³.

Review, vol. 18, Nº 21, 1984.

42. Sobre este concepto ver: Thomas Wilhelmsson, *Critical Studies in Private Law*, Dordrecht, Kluwer Academic, 1992.

43. El carácter de polisemia de las leyes se acentúa en la misma proporción en que se amplía la complejidad social. Es fruto de una estrategia pragmática del legislador para enfrentar los problemas que surgen de esa complejidad -como, por ejemplo, el desafío de regular intereses muy diversificados en una misma norma o de conciliar cambio y permanencia en cierto texto legal-. Las leyes pasan a ser intrínsecamente polisémicas porque sus *topoi* y sus conceptos programáticos son inherentes a la relación entre una proposición general y otra particular, como la que se da cada vez que el magistrado se enfrenta con la necesidad de aplicar normas abstractas a situaciones concretas. Casi toda particularidad cabe en una generalidad más, mientras las particularidades incluidas por cada generalidad jamás son agotadas.

La función de la polisemia, de este modo, es ayudar a la ley a permanecer estable, al mismo tiempo que permite su adaptación, por medio de la interpretación judicial, a las nuevas circunstancias de una sociedad compleja. El problema de la polisemia es que, entre más el legislador se vale de ella como instrumento retórico-pragmático para enfrentar las circunstancias que se van sucediendo unas a otras, mayor es la indeterminación del sistema normativo, lo que lleva a ciertos autores a considerarla como fuente de una "osteopo-

La distinción entre aplicar reglas para casos concretos y específicos, a partir de la interpretación de normas tópicas y programáticas, como es sabido, corresponde a la distinción novecentista entre justicia retributiva como cuestión de racionalidad lógico-formal (por eso, jurídica) y justicia distributiva como cuestión de racionalidad material o sustantiva (por eso, "metajurídica") y también corresponde a la distinción que se hace hoy vulgarmente entre derecho y política. Sin embargo, tales distinciones ya no se sustentan. En primer lugar, porque la creciente cantidad de normas con cláusula indeterminada y de reglas con "textura abierta" (destinadas a dar al sistema jurídico la apariencia de acabado, lógico, armonioso y uniforme para hacerlo más fácilmente acatable por sus destinatarios), amplía de tal modo la discrecionalidad de los intérpretes que su efectiva "positivación" acaba siendo contextual de manera histórica y condicionada de forma política en el momento de su aplicación⁴⁴.

Un buen ejemplo es el Código de Defensa del Consu-

ros del derecho". Ver: Theodor Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964; Genaro Carrió, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea/Depalma, 1973; Carlos Santiago Niño, *La ciencia del derecho y la interpretación jurídica*, Buenos Aires, Astres, 1975; Chaim Perelman, *L'Empire rhétorique: rhétorique et argumentation*, Paris, J. Vrin, 1977 y con colaboración de L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 1976.

44. Influida por una concepción de "justicia dinámica", contrapuesta a la concepción convencional de "justicia formal o estática" para retomar la distinción de Agnes Heller, esta tendencia contraria siempre la enfatizó el paradigma normativo según el cual el establecimiento de una determinada jurisprudencia constituiría la "operación final" de un sistema normativo. Con el recurso a conceptos tópicos, programáticos e indeterminados por el legislador, el establecimiento de una jurisprudencia es el momento para fijar sentidos y significados de las normas con "textura abierta", haciendo parte, en consecuencia, del propio acto constitutivo de las leyes. El problema de esta tendencia está en el riesgo de una excesiva ampliación de la discrecionalidad del juez, convirtiéndolo en un verdadero legislador. Si es cierto que este tipo de norma amplía y flexibiliza el proceso jurisdiccional, modificando las formas ortodoxas de acción judicial, también es cierto que la ausencia de ciertos principios generales del derecho que armonizan y unifican, evidentemente con un potencial de adaptación a las nuevas situaciones y conflictos, puede llevar al riesgo de una esquizofrenia jurídica disfrazada de "derecho libre". De ahí la importancia, como será vista más adelante, de la adopción de una "política hermenéutica" por parte del sector judicial. Ver: P. Draï, "Le délibéré et l'imagination du juge", *Vaucresson, Centre des Recherches Interdisciplinaires*, 1979; Mariane Saluden, "La jurisprudence, phénomène sociologique", en *Archives de Philosophie du droit*, Paris, Sirey, 1985 y Jacques Lenoble, "La crise du juge: mythe ou réalité", en *La crise du juge*, J. Lenoble, R. Andersen et al., Paris, LGDJ, 1990.

midor, cuyos (ya mencionados) conceptos de "justo equilibrio" y "prohibición de peso excesivo" permiten al juez, con desagrado del principio constitucional de libre mercado, establecer un equilibrio concreto tomando en cuenta las especificidades del caso *sub judice*, entre consumidores y vendedores de bienes y servicios⁴⁵.

En segundo lugar, porque aunque el derecho positivo fuera depurado de esas normas con conceptos tópicos y sólo programáticos -volviendo a ser, desde luego, un bien encadenado conjunto de normas generales unívocas y autoevidentes-, continuaría existiendo una esfera en que la frontera entre derecho y política se confunden: el campo del derecho constitucional (hecho que es muy perceptible después de la Carta de 1988 que, además de organizar jurídicamente el poder y establecer los diferentes derechos civiles, políticos, económicos y sociales, también estipuló los objetivos y principios con base en los cuales el Estado debe formular políticas públicas, inscribiéndose en el rol de las *constituciones-dirigentes*)⁴⁶. Al final, saber lo que una norma constitucional dice en cada caso es una tarea a un mismo tiempo de aplicación de *lege lata* (la Carta) y de formulación de una nueva regla (ya que, en caso de duda, la interpretación equivale a la creación de la norma). Si un órgano jurisdiccional puede, en última instancia, interpretar una carta, su prerrogativa es por eso constitutiva de derechos.

En los casos de apreciación judicial de la constitucionalidad de decisiones del Legislativo o de los actos del Ejecutivo, en especial, política y derecho caminan íntimamente vinculados. Esto fue evidente en la decisión del constituyente de dar estatus constitucional a diversos temas de la legislación ordinaria. Las cuestiones relacionadas con la conversión de carencias sociales en derechos sociales expresamente consagrados por la Constitución y a la ampliación del acceso a la justicia son bastante ilustrativas, en la medida en que explicitan los estrechos vínculos entre la política, el derecho procesal y el servicio jurisdiccional, dada la pretensión de los constituyentes de considerar los derechos sociales como una de las condiciones para el ejercicio de los derechos civiles y políticos. Lo que está en juego, a partir de esa iniciativa, son los conflictos entre distintos proyectos conflictivos de

45. Ver: Cláudia Lima Marques, "Contratos en el Código de Defensa del Consumidor: el nuevo régimen de las relaciones contractuales", São Paulo, *Revista de los Tribunales*, 1992.

46. Sobre este tipo específico de Carta, ver: José Joaquim Gomes Canotilho, *Constitución diferente y vinculación del legislador: contribución para la comprensión de las normas constitucionales programáticas*, Coimbra, Editorial Coimbra, 1982.

institución social. En ese sentido, por ejemplo, ¿cómo conciliar el principio tradicional jurídico del "derecho adquirido", que muchas veces es invocado para reforzar posiciones y proteger bienes conquistados bajo un régimen y política dictatorial, con el camino abierto por el constituyente elegido de manera democrática para que el Estado pueda formular, organizar y ejecutar políticas públicas de compensación (cuya efectividad requiere una revisión de los criterios de apropiación de riquezas impuestos de modo inicuo y autoritario)? ¿De qué modo se conjugan el imperativo de la "función social" de la propiedad privada con la aplicación de tributos en la cláusula de progresión (la cual está justificada por algunos como instrumento imprescindible de justicia social y es clasificada por otros como mecanismo confiscatorio)? En fin, si el tipo de contradicción que tiene prioridad en el derecho procesal vigente es el bilateral, ¿cómo puede un juez singular, cuya decisión sólo vale en el caso provocado -sin tener cómo extenderse de manera automática hacia los demás casos-, tomar como base las innovaciones de la Constitución de 1988 en el ámbito de las reglas con propósitos "sociales" para hacer justicia distributiva (que es colectiva por definición)?

En la medida en que algunos de los más importantes derechos individuales y sociales, afirmados por la Constitución, se muestran de algún modo conflictivos entre sí por abrir camino hacia el enfrentamiento entre distintos proyectos de organización de la vida socioeconómica, el carácter en potencia "antinómico" de esos dispositivos sólo puede ser neutralizado en la esfera de la discusión judicial, a partir de cuestiones concretas⁴⁷.

47. "Antinomia" es un concepto plurívoco, de carácter analógico, tradicionalmente utilizado por la teoría del derecho para designar una "relación que une dos normas incompatibles, pertenecientes a un orden jurídico y dotadas del mismo campo de aplicación o dominio de validez", una "contradicción entre dos leyes o principios en su aplicación práctica a un caso particular", "dos directivas incompatibles que no es posible ajustar de manera simultánea en la medida en que imponen obligaciones con sentido opuesto o porque una prohíbe mientras la otra permite, sin que haya cómo aceptar una sin violar la otra". Esas definiciones son, respectivamente, de Norberto Bobbio, "Sobre los criterios para resolver las antinomias", en *Contribución a la teoría del derecho*, Alfonso Ruiz (org.), Valencia, Fernando Torres, 1983, pp. 349-364; de Paul Foriers, "Les antinomies en droit", en *Les Antinomies en Droit*, Chaim Perelman (org.), Bruxelles, Centre National de Recherche de Logique, 1965 y de Chaim Perelman, *La lógica jurídica y la Nueva Retórica*, Madrid, Civitas, 1979. Discuto de una forma más pausada el problema de las antinomias en la Constitución de 1988 en "Antinomias jurídicas de gestión económica", en *Luna Nueva*, São Paulo, Cedec, 1992, N° 25 y en *Derecho y economía en la democratización brasileña*, op. cit.,

En consecuencia, el difícil equilibrio entre la distribución de los beneficios sociales, el reconocimiento de la propiedad privada y la afirmación de principios como el del derecho adquirido exige del sector judicial el establecimiento de una *política* hermenéutica, capaz de armonizar las interpretaciones discrepantes entre sus diferentes instancias y niveles. Pero expliquemos desde ahora que 'política' es un concepto plurívoco, cuyos sentidos son tan distintos que acostumbra a conducir a grandes equívocos. Uno de los más comunes surge del hecho de que esta expresión traduce dos palabras inglesas, cada una de ellas con una acepción precisa: *policy* y *politics*. La primera es usada para designar un programa de acción (o, entonces, la propia acción) de un individuo, un grupo, una corporación, una institución o aun un gobierno. La segunda expresión traduce el campo o dominio donde esos diferentes programas de acción se oponen, o sea, donde los métodos de acción, los intereses y los objetivos de los individuos, grupos, corporaciones, instituciones o gobiernos chocan, requiriendo por eso una decisión selectiva que armoniza.

Aunque sean distintos, como recuerda Raymond Aron en un texto clásico⁴⁸, esos dos sentidos de la política -*policy* y *politics*- son conexos. "Las políticas definidas como programas de acción siempre se arriesgan al choque con otras políticas", dice.

De este modo, como la política jamás contiene una esencia invariable, al estar por el contrario condicionada siempre por prácticas sociales que cambian y son multiformes, los programas de acción de forma invariable contienen un potencial de conflicto y otro de armonía. Las instituciones de poder, concluye Aron, "se definen por la composición de niveles de acción parcialmente contradictorios y compatibles"⁴⁹. Esta concepción define la política en la perspectiva de un conjunto de metas formuladas con claridad, conectadas con medios adecuados de racionalidad para alcanzarlas. Por eso, al enfatizar la necesidad de una política hermenéutica -y, más que eso, de una "política judicial"⁵⁰, lo que se pretende

pp. 79-82.

48. Cf. Raymond Aron, *Démocratie et Totalitarisme*, París, Gallimard, 1965, pp. 21-35. En la misma línea de argumentación, ver: Bertrand de Jouvenel, "De las decisiones colectivas" y "Sobre la heterogeneidad de las preferencias en la elección de las decisiones públicas", en *El Principado*, Madrid, Ediciones del Centro, 1974.

49. Cf. Raymond Aron, *op. cit.*, pp. 22.

50. Ver: Lawrence Baum, "Judicial politics: still a distinctive field", en *Political Science: the heart of the discipline*, Ada Finifter (org.), Washington, American Political Science Association, 1983; Eligio

es llamar la atención de la Magistratura hacia la necesidad de tomar conciencia tanto de sus dilemas y desafíos sin subterfugios, prejuicios ideológicos o ideosincrasias doctrinarias, en cuanto alternativas posibles para su cálculo, como de los instrumentos disponibles hoy en la realidad social, económica, legal y judicial del país. Ahora, como el poder judicial tiene diferentes ramas especializadas, organizadas en diferentes instancias, es natural que cada una de ellas se sienta tentada a definir su propio programa de acción, lo que es obvio, hace de fundamental importancia la creación de un órgano representativo de todas esas ramas e instancias capaz de actuar en una dimensión de política-dominio, responsabilizándose por la uniformidad de los diferentes programas "parcialmente contradictorios" y "parcialmente compatibles", bajo la forma de una estrategia global de la institución.

Aclarado esto, ¿cuáles deben ser los principales objetivos de una política hermenéutica y de una "política judicial"? ¿Cuáles son, tomando en cuenta las especificaciones del país ya examinadas a lo largo de este trabajo, los posibles criterios para la definición de esos objetivos? ¿Cuáles son los medios disponibles para que se concreten? ¿Cómo hacer coherentes los programas de acción en sus distintas instancias y ramas especializadas para evitar la ausencia de una cierta uniformidad entre ellos que comprometa la autoridad de la institución, considerada en forma global? ¿Cuáles son los límites de acción de los magistrados al restaurar la universalidad del derecho positivo en la sociedad brasileña y, en lo que es posible, en función del impacto de la totalidad económica sobre la soberanía nacional y de la consiguiente llegada de los mecanismos autorreguladores, mantener sin tocar el monopolio de su actividad? Al final, ¿ellos tendrán conciencia del "dilema hamletiano" en que se encuentran? Y, finalmente, si continúan prisioneros de todo lo normativo formal, de inspiración individualista que es sensible sólo a los problemas de la justicia correctiva, manteniéndose como una institución cerrada e inmune a los cambios y a las nuevas circunstancias

Resta, "Giudice e autonomia del politico" y "Eguaglianza e distribuzione delle risorse", ambos en *Lambiquo diritto*, Milano, Franco Angeli, 1984; James Gibson, "The social of judicial politics", en *Political Science: the science of politics*, Herbert F. Weisburg (org.), New York, Agathon, 1986; Stefano Rodotà, "Le politiche del diritto, ieri e oggi", en *Crisi della giurisdizione e crisi della politica*, *op. cit.*; Ronald Dworkin, "La politica dei giudici e il principio di legalità", Michele Taruffo, "La giustificazione delle decisioni fondate su standards", ambos en *Analisi del ragionamento giuridico*, Paolo Commanducci y Ricardo Guastini (orgs.), Torino, Giappichelli, 1989 y Gerald Rosenberg, *The Hollow Hope: can courts bring about social change*, Chicago, University of Chicago Press, 1991.

de su medio ambiente, ellos tienden a ver agravado el proceso de deterioro de su imagen y aumenta el riesgo de una ruptura definitiva del monopolio de su campo de acción.

Mientras tanto, si para neutralizar ese proceso y ese riesgo optan por una línea de acción menos normativa y más "realista", dejando ver de manera "panglosiana" el carácter colectivo inexorable de los conflictos y del desafío supresor de los más variados corporativismos convertidos en "derecho adquirido" y manifestándose sensibles a los problemas de la justicia distributiva, los jueces estarán obligados a actuar en una perspectiva temporal prospectiva, tomando en cuenta la persecución de metas u objetivos de los cuales no pueden excusarse en nombre del principio de la estricta legalidad.

Como si ésta fuera su opción, la Magistratura estará bajo el fuego de las discusiones políticas, sin tener más posibilidades que protegerse con el manto diáfano de la "neutralidad", de la "imparcialidad" y de la "frialidad técnica". El problema inevitable que debe ser enfrentado por ella es el de la tensión entre su independencia institucional y sus responsabilidades de función. En el primer caso, asegura la "certeza jurídica" mediante una interpretación sólo exegética de las leyes, mantiene su imagen de corporación "apolítica" y, en nombre de sus funciones exclusivamente "técnico-formales", conserva la independencia de la institución a la cual sirve, mostrándose incapaz de zafarse de la crisis de legitimidad en que se encuentra y de resistir a los mecanismos extrajudiciales de resolución de los conflictos emergentes que vienen acabando con el monopolio de su campo de acción. En el segundo caso, puede superar su crisis de legitimidad y rescatar su autoridad, pero difícilmente tendría cómo escapar del cobro de sus responsabilidades de función bajo la forma, por ejemplo, del "control externo", lo que, de manera evidente, representaría una limitación en su autonomía y soberanía.

9. Alternativas y posibilidades: de la justicia correctiva a la justicia distributiva

No hay en el contexto social, económico, político y cultural que hoy rodea el sector judicial brasileño, cómo huir de esas preguntas (y, por consiguiente, del "dilema hamletiano" antes señalado). ¿De qué manera se pueden responder en términos claros, consecuentes y prácticos? Desde mi punto de vista, las respuestas pueden formularse a partir de las dos líneas básicas de acción del sector judicial: la de la justicia correctiva o conmutativa y la de la justicia distributiva⁵¹

51. Los conceptos de justicia correctiva y distributiva son de origen aristotélico (*Ética de Nicomano*, V, 12296), pasando por santo Tomás de Aquino (*Suma Teológica*, II, II, q. LXI, art. I). Son actualizados en el debate contemporáneo ante la aparición del derecho social, en

Aunque ésta sea, creo, la principal, aquella no es menos importante, ya que se refiere al funcionamiento de los tribunales como un servicio público.

9.1 El carácter "distributivo" de la justicia correctiva

Dadas sus responsabilidades, que imponen el cumplimiento de obligaciones contractuales o legales y penas para las infracciones criminales, el sector judicial como servicio público nunca puede descuidar la modernización de su infraestructura operativa, la ampliación de los juzgados de pequeñas causas, la promoción de nuevas experiencias de descentralización y acciones antiburocráticas de la tutela jurisdiccional (ignorando, por carecer de fundamento con base empírica, las resistencias de la OAB)⁵², la capacitación de sus subalternos, la reforma radical del viciado sistema notarial y de los (casi siempre) corruptos mecanismos de peritaje, la influencia de los proyectos de informática y, en fin, la recuperación de las escuelas de magistratura previstas por los incisos II y IV del artículo 83 de la Constitución, por desgracia en su gran mayoría reducidas a aparatos caricaturescos de reproducción del paradigma normativo (repetiendo, en este aspecto, el trágico destino de las facultades de derecho)⁵³.

sus diferentes matices y, al retomarse en el ámbito de la filosofía jurídico-política, los intentos de solución de la disyuntiva igualdad/libertad, los análisis relacionados con la inserción histórica y social de los jueces éticos y los esfuerzos de construcción de una "nueva" teoría de la justicia.

52. Cf. Joaquim Falcão, "Abogados: paso en falso", en *Monitor Público*, Nº 3, Río de Janeiro, Conjunto Universitario Cândido Mendes, 1994, pp. 15-19. Según el autor, en el momento en que se pretende expandir y liberar a la ciudadanía de cualquier tutela, también se pretende que el ciudadano sea incapaz de defenderse hasta en las pequeñas causas. En el momento en que se busca ampliar el acceso a un sector judicial más democrático, ágil, informal y rápido, hay dificultades, aun con las mejores intenciones, para dicho acceso.
53. Prisioneras del paradigma normativo, condicionadas por un grado curricular antiguo, integradas por docentes insensibles al diálogo interdisciplinario y aisladas tanto de la sociedad como de la propia universidad, las facultades de derecho del país han ido perdiendo, a lo largo de los años, su triple papel de transmisoras de cultura humanística, conocimiento científico y de *know-how* profesional. Discuto esta cuestión en "Enseñanza jurídica: cambiar escenarios y sustituir paradigmas teóricos", en *Enseñanza jurídica: parámetros para elevar la calidad*, Brasilia, Consejo Federal de la OAB, 1993; también en "La enseñanza jurídica", en *Enseñanza jurídica: diagnóstico, perspectivas y propuestas*, Brasilia, Consejo Federal de la OAB, 1992; y en *La reforma de la enseñanza jurídica*, Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1987. Apunto el impacto de la mala calidad de los cursos jurídicos en la formación de los magistrados en "El juez en la sociedad compleja", en *Curso de deontología de la Magistratu-*

La institución no puede dejar de influir en las iniciativas encaminadas hacia la reforma de los códigos procesales y la sistemática de recursos, con el objetivo de reducir el número de audiencias y pronunciamientos de las partes, remover los obstáculos legales que impiden la informalidad de los procedimientos y la ampliación y descentralización iniciadas con los Juzgados Especiales para causas civiles de poca complejidad y en fase de extensión hacia las infracciones penales con reducido potencial ofensivo. Esa influencia modernizadora debe estar fundada en la doble conciencia de que: (a) el sistema procesal en vigor se encuentra hoy completamente "divorciado de la realidad", reflejando "el hermetismo en que fue elaborado, sin la participación de los diferentes sectores de la comunidad jurídica nacional", lo que explica "las notorias deficiencias de su aplicación en la práctica forense cotidiana"⁵⁴ y (b) el derecho procesal comparado viene, en los últimos tiempos, enfatizando la necesidad de conservar en las formas su función de garantía, pero sin perjuicio de la celeridad y simplificación de los procedimientos⁵⁵

ra, José Renato Nalini (org.), São Paulo, Saraiva, 1992 y en "La cultura y las profesiones jurídicas en una sociedad en transformación", en *Formación Jurídica*, José Renato Nalini (org.), São Paulo, *Revista de los Tribunales*, 1994. Sobre las dificultades en el reclutamiento de jueces, ver: José Renato Nalini, "Reclutamiento y preparación de jueces", São Paulo, *Revista de los Tribunales*, 1992.

54. Cd. Sálvio de Figueiredo Teixeira, "La efectividad del proceso y la reforma procesal", conferencia dada el 17 de agosto de 1993 en el II Congreso Nacional de Derecho Procesal Civil, realizado en Porto Alegre y publicado en la *Revista Forense*, *op. cit.*
55. Tomando en cuenta lo que dice A. Binder, en la nota 16, el riesgo de la presencia de magistrados de los más variados escalafones en las comisiones de reforma de la legislación procesal es que limiten su función a propósitos sólo corporativos, buscando fortalecer la institución a costa de los intereses de la sociedad. Resistiendo, por ejemplo, las sugerencias ingeniosas, modernas y consecuentes que puedan, de manera eventual, representar alguna amenaza al monopolio de la decisión judicial. Ese riesgo fue identificado por los investigadores del IDESP cuando, al analizar las propuestas ahora en discusión para la modernización de la estructura procesal, constataron que el grado de acuerdo es alto en relación con la reducción de las formalidades procesales y con la multiplicación de los juzgados especiales de pequeñas causas, pero bastante bajo en lo que se refiere a la ampliación de las iniciativas extrajudiciales (como la conciliación previa entre las partes, el refuerzo de la figura del árbitro escogido directamente por ellas y la adopción de la Justicia de Paz). "De cualquier forma, aunque sea criticable esta postura de los magistrados, (...) no deja de llamar la atención el consenso en torno a por lo menos uno de los ejes de reformas que están siendo propuestas: el relacionado con los procedimientos. La justificación de su mal funcionamiento, basada en la falta de recurso materiales, tal vez sea tan antigua como el propio sector judicial. Pero la convicción de que es necesario reformar los códigos y la legislación

Al aumentar su capacidad de respuesta en el ejercicio de su papel básico, o sea del que presta un servicio público, para el sector judicial es una valiosa oportunidad de afirmar la efectividad de las normas relativas a la vida familiar en la convivencia social, a las actividades económicas y a la seguridad pública. Si ese tipo de servicio continúa siendo ineficiente e insuficiente, hecho este agravado por las debilidades crónicas de las procuradurías de asistencia judicial y de las defensorías costeadas por los gobiernos federales y municipales, el acceso a la justicia continuará limitado y con consecuencias negativas, sea para la sociedad, sea para las demás instituciones del Estado. Una de ellas es bastante perversa, así como potencialmente disgregadora o de un tipo de anomia. Se trata del conocido fenómeno de la impunidad que, al ser expuesto por las aplicaciones únicamente "selectivas" o "aleatorias" de las normas vigentes⁵⁶, constituye un factor decisivo para la promoción de la desigualdad ante la ley y, por consiguiente, para la ilegitimidad del sector judicial y del propio Estado de derecho⁵⁷

-
- en vigor se puede considerar una novedad. Esto porque las garantías procesales componen el campo de acción del juez y no hablan sólo del derecho de plena defensa de los individuos, sino también de la parte del poder que dispone el magistrado en relación con los demás agentes del aparato judicial (fiscales, delegados, etc.). Es más, los principios básicos de la actividad judicial moderna (la imparcialidad de los juicios, la seguridad jurídica, la plena defensa) están justamente anclados en esas garantías y conservarlas fue algo defendido siempre, de una manera intransigente, por los magistrados. No sería arriesgado decir que, entre los diversos sectores envueltos en el problema de la justicia, los jueces son siempre los últimos en defender la reforma de los códigos y la legislación, en cualquier tiempo y lugar. Si los magistrados brasileños concuerdan casi unánimemente en que éste es un punto fundamental para la perfección de la justicia en Brasil, esto debe resaltarse. Resta saber si entenderlo surge de una real inadecuación de las leyes a la situación actual del país, o si se trata de una posición de defensa -en este caso con serias consecuencias- de los magistrados frente a otras posibilidades de reforma. Tampoco se puede descartar la hipótesis de que tales cambios en la legislación y en los procedimientos tengan por objetivo el fortalecimiento del poder de los jueces". Cf. Maria Teresa Sadek y Rogério B. Arantes, "La crisis del sector judicial y la visión de los jueces", *op. cit.*, pp. 44-45.
56. Sobre la aplicación selectiva o aleatoria de las leyes, ver: Boaventura Santos, "Introducción a la sociología de la administración de la justicia", en *Derecho y justicia: la función social del sector judicial*, José Eduardo Faria (org.), São Paulo, Atica, 1989, y Wanderley Ghillerme dos Santos, *Razones del desorden*, *op. cit.*
57. La impunidad atenta contra el principio formal de justicia: tratar igual los casos iguales. Ella puede significar que unos son castigados y otros no por los mismos delitos, por delitos semejantes o por cualquier delito, provocando una distinción perversa entre los miembros de una sociedad determinada: los que están sometidos a

Resultado de la primera, como otra consecuencia, es el progresivo traslado de los conflictos "conmutativos" específicos de los sectores sociales más desfavorecidos al ámbito de justicias privadas manipuladas por líderes comunitarios, por demagogos o aun, por el crimen organizado⁵⁸, de tal modo que, al cabo del tiempo, el sector judicial tendería a volverse un ente que presta un servicio público para una determinada clase social, antes que para todos (tomando como parámetro de su clientela aquella parte de la burguesía urbana que dispone de recursos materiales para formalizar sus demandas y los contribuyentes en condiciones de impugnar de manera sistemática todo nuevo impuesto que se les impone).

Queda evidente, de esta manera, que el problema de la acción casi siempre lenta, muy burocrática y en ocasiones

las normas, cumpliéndolas, y los que, a pesar de estar sometidas con igualdad, las descartan. Ese fenómeno ocurre en los distintos campos del derecho, desde los crímenes practicados contra las finanzas públicas y contra la economía popular hasta las violaciones de los derechos fundamentales, bajo la forma de torturas, exterminios, secuestros, etc. Véase, por ejemplo, el número de personas detenidas durante meses o años sin ser condenadas, de "causas" juzgadas por "justicieros", de personas que son interrogadas sin tener acceso a abogados defensores y de menores masacrados. La investigación sobre el "sector judicial y ciudadanía", del Centro Luiz Freire, revela que de los 2.920 homicidios cometidos al año en Pernambuco, 201 son producidos por grupos de exterminio y la lentitud en la solución de los hechos despierta el sentimiento de que los culpables jamás serán castigados. El Núcleo de Estudios de la Violencia, de la USP, muestra que de los 1.681 asesinatos de trabajadores rurales por conflictos territoriales, a lo largo de los últimos 28 años, sólo 26 fueron juzgados y de ellos sólo 15 dieron pie para la condena. Lo anterior muestra, también, la existencia de tres millones de niños menores de 14 años que trabajan en la economía formal e informal. En São Paulo, la represión policial es responsable de la muerte de una persona cada seis horas; entre 1989 y 1990, el promedio ha sido de cuatro muertes al día, o sea 120 muertes al mes y 1.460 al año, promedio tres veces superior al registrado entre 1983 y 1987. Cf. Sérgio Adorno, "Violencia criminal en la moderna sociedad brasileña", texto presentado a la Conferencia Internacional sobre "Social changes, crime and police", realizada en Budapest entre el 1º y el 4 de julio de 1992.

58. El exministro Olavo Stupal llamó mi atención hacia la ineficacia en São Paulo, una ciudad que administró entre 1974 y 1979, de las instituciones judiciales y de los institutos jurídicos (en materia de propiedad e inquilinato) en los barrios más distantes de la periferia o aun en los cobertizos del centro antiguo, donde lo que vale antes que nada es la ley del más fuerte que la ley del Estado. Ver, en este sentido, la compilación organizada por Lucio Kowarick, *Las luchas sociales y la ciudad: São Paulo, pasado y presente*, São Paulo, Paz y Tierra, 1994 y a Sérgio Henrique Abranches, "La alienación de la autoridad: notas sobre la violencia urbana y la criminalidad", en *Gobernanza, sistema político y violencia urbana*, João Paulo dos Reis Velloso org., Río de Janeiro, José Olympio, 1994.

ineficiente de los tribunales en los conflictos típicos de la justicia conmutativa o correctiva acaba volviéndose, él mismo, una cuestión de justicia distributiva, cuyo objetivo es el mantenimiento tanto de la igualdad en los intercambios como del equilibrio entre los iguales; la justicia correctiva o conmutativa necesita ser vista por los operadores del derecho como un principio de acción que se debe aplicar dentro del marco, andamio o moldura mayor de la justicia distributiva por medio de la cual se reparten, de manera proporcional, las oportunidades, el acceso a los servicios públicos básicos y los beneficios y maleficios en el ámbito de la vida social.

9.2 La justicia distributiva y las reglas de juicio

Tema fundamental de la ética, de la teoría política y de la filosofía del derecho, pero despreciada por el paradigma normativo a causa de su obsesión metodológica por la "pureza" lógico-formal del derecho positivo, la justicia distributiva es el mayor desafío que el sector judicial tenga ante sí⁵⁹. Entre otros motivos porque obliga a los magistrados de distintas instancias y campos especializados no sólo a tener que reflexionar, ponderar y decidir sobre fallas, intereses y valores que guardan poca correspondencia con los de la clase social a la que pertenecen, como también a tener que enfrentar las omisiones del Ejecutivo⁶⁰ y lidiar con

59. Entre los textos recientes más importantes sobre la justicia distributiva ver John Rawls, *Una teoría de la justicia*, Brasilia, UNB, 1981; Alasdair MacIntyre, *After Virtue*, Notre Dame, University of Notre Dame, 1984; Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, op. cit.; en la *Ética privada e igualitarismo político*, Barcelona Paidós/UAB, 1993; Brian Barry, *Theories of Justice*, Londres, Harvester/Wheatsheaf, 1989; John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1992. Para un análisis de esos autores y la polémica suscitada por ellos, ver: Amartia Sen, "Rawls versus Bentham", en *Reading Rawls: Critical Studies of a Theory of Justice*, N. Daniels (org.), Oxford, Basil Blackwell, 1975; Allan Bloom, "Justice: John Rawls versus the tradition of political philosophy", en *American Political Science Review*, N° 2, 1975, vol. 69, pp. 648-662; A. Gewirth, *Reason and Morality*, Chicago, Chicago University Press, 1978; B. Ackerman, *Social Justice in the Liberal State*, New Haven, Yale University Press, 1980; Maria Agra Romero, *El sentido de justicia en su sociedad democrática*, Universidad de Santiago de Compostela, 1985, y Otfried Hoffe, *Justicia política: para fundamentar una filosofía crítica del derecho y del Estado*, Petrópolis, Voces, 1991. En la literatura brasileña ver: Alvaro de Vita, *Justicia liberal: argumentos liberales contra el neoliberalismo*, São Paulo, Paz y Tierra, 1993.

60. Este es uno de los mayores problemas enfrentados hoy por el sector judicial: para que sean plenamente eficaces, muchas de sus sentencias (y, por consiguiente, las normas y las leyes en que se fundamentan) pasan a depender tanto del empeño como de la eficiencia con

cuestiones que no se miden ni se cuantifican de modo rigurosamente objetivo. ¿Derecho de propiedad o derecho a la vivienda? ¿Derecho de los titulares activos financieros, remunerados por los altos intereses de la deuda pública (y pagados con los recursos de todos los contribuyentes de forma indistinta, alimentando una continua transferencia de renta de toda la sociedad a un sector minoritario de ella) o el derecho de la sociedad como un todo (es decir, de ahorradores y no ahorradores, inversionistas y trabajadores con salario mínimo) a una economía estabilizada? ¿Derecho de la comunidad a un medio ambiente preservado de manera sana, con prohibición de las fábricas contaminantes, o derecho de los trabajadores en un contexto estigmatizado por el desempleo estructural, al empleo en esas mismas fábricas? ¿Derechos al trabajo por parte de los labradores sin tierra o a la confirmación de los derechos de los propietarios de las tierras agrícolas que acostumbran inmovilizar grandes áreas y esperar por su valorización por efecto de las inversiones gubernamentales, en vez de correr riesgos y/o enfrentar los esfuerzos exigidos con naturalidad por las actividades productivas? ¿Cuántos jueces, llevados a decidir sobre conflictos de interés en que se reivindica una relación de propiedad o de posesión, tienen disposición y aun valentía de ir más allá de una simple evaluación formal del litigio (para saber si existe un derecho real y quién es su titular) e indagan también sobre la "socialidad" del uso que el propietario o quien sea el poseedor está haciendo de sus bienes? En resumen: si es cierto, como de forma insistente aquí se ha repetido, que la justicia distributiva habla de la división o de la apropiación del fondo social común, entonces ¿cuáles son los criterios posibles que el poder judicial puede adoptar para tomar sus decisiones más equitativas en este ámbito?

Algunos prestigiosos teóricos y filósofos del derecho contemporáneo responderían a esta pregunta afirmando que

que el Ejecutivo cumple sus obligaciones, en materia de políticas públicas. En la medida en que ese poder, en sus instancias municipales, federales, estatales, se muestra incapaz de formularlas y organizarlas, o entonces las ejecuta con propósitos meramente electorales, populistas y demagógicos, el sector judicial acaba reduciéndose a una posición secundaria, como si fuera una institución subordinada y no soberana, autónoma e independiente. No son pocos los casos en que la justicia, en sus diferentes instancias, se muestra impotente ante normas y leyes que, a pesar de ser innovadoras en sus objetivos y modernas en sus concepciones, como las ya mencionadas en el Estatuto del Niño y del Adolescente y en la Ley de Ejecución Penal, no logran ser en total concretadas a causa de la omisión de otro poder igualmente autónomo, soberano e independiente.

las discusiones sobre justicia deben comenzar por el énfasis en la igualdad como premisa y como principio hermenéutico⁶¹. No ha sido por casualidad, dicen, que la búsqueda de una regla formal de justicia muchas veces culmina en la formulación de la máxima "la justicia es un principio de acción, según el cual los seres de una misma categoría deben ser tratados de la misma manera". Esta igualdad, a su modo de ver, tiene dos momentos: la igualdad en lo que se refiere a la *división de las categorías* (aquí, las distinciones deben efectuarse con base en criterios inteligibles y justificados) y, la igualdad que se refiere a la *sumisión de las reglas* (aquí, una vez establecidas las diferencias y semejanzas, las disputas serán resueltas según reglas que deben ser aplicadas para los casos iguales). Desde luego, como a lo largo de la historia las condiciones materiales de vida van siendo modificadas, las divisiones entre iguales y semejantes se alteran, pasando en determinados períodos a ser incomprensibles, injustificadas e intolerables. Ahora, como en el avance del conocimiento (bajo la forma de disciplinas como la etnología, la antropología, la sociología y la economía) se hace posible comprender la naturaleza, el alcance y el origen de los fenómenos sociales, la ignorancia pasa a ser inexcusable y los criterios de acción racional, claro está, cambian.

Éste es, por ejemplo, el caso de la pobreza cuyos procesos de generación son hoy muy bien conocidos. La conciencia de esos procesos y de sus consecuencias, desde luego, ya no pueden justificar más divisiones sociales reportadas a ella. Al ser el avance del conocimiento etnológico, antropológico, sociológico y económico muy extendido, el principio de acción que impone tratar casos iguales de manera igual continúa siendo válido como regla racional. Su contenido, sin embargo, pasa a ser llenado de una forma nueva. ¿Cómo? Cualquiera que sea la respuesta, el resultado del juicio respecto de ciertos casos será otro y, claro, nuevo y original. Explicado esto, la definición de una política judicial con propósitos distributivos requiere, primero, un amplio diagnóstico social, lo que permite entonces el establecimiento de las directrices para la adjudicación de los resultados a los individuos envueltos en conflictos de naturaleza transindividual o colectiva. Pero la solución tiene que tomar en cuenta algo más

61. Ver: Rolf Kuntz, "El redescubrimiento de la igualdad como condición de justicia", y José Reinaldo de Lima Lopes, "Derecho subjetivo y derechos sociales: el dilema del sector judicial en el Estado social de derecho", en *Derechos humanos, derechos sociales y justicia*, José Eduardo Faria (org.), *op. cit.* Estos dos textos son fundamentales para ahondar en la discusión trabada en éste y en los próximos dos párrafos.

que el bien de cada uno: este bien es superior no porque sea más importante en sí mismo, sino por ser la condición básica para el mantenimiento material y cultural. Al final, si las condiciones de posibilidad de esa vida común fueran erosionadas, ¿cómo se sostienen entonces las vidas individuales?

Partiendo de este dilema de carácter claramente hobbesiano, filósofos y juristas sensibles a la importancia de un diálogo interdisciplinario del derecho con la etnología, la antropología, la sociología y con la economía, y conscientes de las limitaciones del paradigma normativo, responderían a la inquietud relacionada con las directrices básicas de una política judicial de objetivos distributivos afirmando que, como no hay criterios absolutos y universales en la sociedad de clases, todos los criterios susceptibles adoptados por la Magistratura necesitan someterse al colador de la convivencia y la racionalidad moral fundamental (el respeto, en la concepción kantiana; y la reciprocidad en otras concepciones)⁶², siempre basados en la premisa de que la vida reglamentada de algunos no puede obtenerse a costa de la privación de la vida de otros. El gran problema es que, como estamos hablando de la justicia distributiva, no se puede ver de inmediato la contraparte de un beneficio o sacrificio. En un contrato, desde luego, es fácil determinar a quién se debe. En las relaciones sociales, sin embargo, la distribución no está hecha para un vecino en el sentido geográfico, sino del prójimo en el sentido moral; o a un determinado sector de la población, en el sentido sociológico. De ahí surge la importancia de ser utilizada como estrategia hermenéutica, teniendo en cuenta la garantía de un juego jurídico que a un mismo tiempo es capaz de afirmar la libertad y de ampliar la igualdad, "reglas especiales" destinadas a permitir la adecuación del sistema normativo a la realidad socioeconómica en países con las características del Brasil.

Éstas son las *reglas de juzgamiento* por medio de las cuales normas y conceptos jurídicos pueden ser interpretados y con frecuencia redefinidos según las especificaciones de un determinado contexto social, económico, político y cultural, y un determinado período histórico (sin que tal posibilidad signifique opinión o anomia jurídica). Estas reglas son las que hacen posible comprender cómo, dentro de cierta regula-

62. Específicamente sobre este tópico ver: Michel Villey, *Philosophie du Droit*, Paris, Dalloz, 1962; Georges Ripert, *La regla moral en las obligaciones civiles*, São Paulo, Forense, 1937, y Chaim Perelman, *Justice et Raison*, Bruxelles, Émile Bruylant, 1972, "Cinq leçons sur la justice", en *Droit morale et philosophie*, Paris, LGDJ, 1976, L.G.D.J., 19.

ridad, ocurren cambios en el contenido, en el sentido y en el alcance de las normas. En la lógica de las reglas de juzgamiento, el equilibrio designa un juicio que permite ponderar la relación entre intereses divergentes y balancear tanto los derechos como las obligaciones en el sistema social. Enfatizando una idea de escala, de promedio, de pesos y contrapesos, así como presuponiendo una concepción "realista" de justicia distributiva, encarada como el reparto de un mínimo equitativo de ventajas, beneficios y prerrogativas, el juzgamiento en términos de equilibrio acaba siendo siempre flexible y adaptado a los cambios socioeconómicos a lo largo de la historia. Como lo que importa es la consecución de la equidad posible y como ésta depende del equilibrio "sociológico" entre grupos, comunidades, regiones, etc., sus principios básicos tienen un carácter procedimental que jamás pueden ser definidos como criterios a priori.

El juzgamiento de una acción determinada presupone un patrón o un equivalente social para la medición de los múltiples intereses colectivos enfrentados y para la propia solución de los distintos antagonismos que surgen de ellos. Al constituirse en referencias obligatorias para la orientación de las prácticas sociales, económicas y políticas, las reglas de juzgamiento ofrecen criterios hermenéuticos actualizados y nuevos para la Magistratura, permitiéndole subordinarse a la ley pero reconociendo, al mismo tiempo, tanto los límites y los avances legales en lo que se refiere a los derechos de ciertos sectores en la redistribución de los recursos materiales, así como los efectos muchas veces disfuncionales y perversos causados por sus propias sentencias. Son criterios, por eso, que implican una "sociologización" de la interpretación y aplicación de las leyes, en la medida en que dan a los jueces modelos de "normas" que se reportan a una "normalidad"; o sea, lo que es consentido, tolerable o excesivo, admisible o reprochable, consentido o abusivo. En fin, lo que es aceptado como "normal" por los diversos sectores de la sociedad, desde luego, dentro de determinadas bases de tolerancia que pueden variar según la movilidad y la mutabilidad de los valores que predominan⁶³

63. De ahí surge la importancia de la sociología como técnica auxiliar del jurista, en la medida que ella le permite indagar y poner linderos a sus criterios hermenéuticos. La sociología, desde luego, no señala lo que es justo o injusto, correcto o equivocado, pero amplía la visión del operador del derecho, permitiéndole identificar lo que es considerado tolerable y aceptable en un determinado contexto social.

9.3 Dogma jurídico y principios generales del derecho

Empero es necesario que quede claro que las estrategias hermenéuticas, fundadas en esas *reglas de juzgamiento*, en ningún caso prescinden del dogma jurídico. Si bien es cierto que permiten el ajuste del discurso de argumentación y que legitima la magistratura a la realidad económica, social o política, es también correcto que, más allá del mencionado "dilema hamletiano" que suscitan, también presentan otro problema para la Magistratura: el desafío de preservar los conceptos jurídicos del derecho positivo en un grado de abstracción correspondiente al grado de complejidad alcanzado por las funciones del sistema normativo vigente.

Es por ese filo de la navaja por el que pasa el camino del sector judicial para recuperar su legitimidad y reafirmar su autoridad en una sociedad tan conflictiva y explosiva como la brasileña. La "sociologización" de la interpretación y la aplicación de las leyes es de fundamental importancia, no hay duda, pero hay que tener muy presente siempre el "riesgo de que se transforme o sea reducida al mero sociologismo, si fuera incapaz de forzar las estructuras de los conceptos dogmáticos en un sentido ampliamente funcional, es decir, político; y si fuera impotente para evaluar el potencial y la inercia conceptual del derecho; (...) el poder de la crítica está reconstruido en el interior del sistema"⁶⁴

En el ámbito de un Estado de derecho pleno, y que por eso mismo su legislación impone obligaciones al sector público con propósitos de compensación y protección y, al mismo tiempo, establece restricciones a la iniciativa privada, es absolutamente inconcebible que la Magistratura pueda despreciar, en su función jurisdiccional, los dispositivos de esa legislación y los propios marcos normativos de la Constitución. Como lo afirmó el conocido y respetado constitucionista portugués Gomes Canotilho en una conferencia de magistrados brasileños, presentándose como un "normativista postpositivista" y recordando que las nuevas concepciones del derecho (principalmente aquellas con objetivos "sociales") ya no son lineales y unidireccionales, pues afirma que su efectividad siempre está en la dependencia de un resultado postinterpretativo construido a partir de una argumentación razonable, "mal estaría un sistema jurídico en el que los jueces -"liberales" o "conservadores", "activistas" o "pasivos",

64. Cf. Raffaele de Giorgi, "La formazione del giurista", en *Politica del Diritto*, 1983, vol. XIV, N° 1, y Celso Campilongo que trata especialmente esta cuestión en "Los desafíos del sector judicial: un encuadre teórico", en *Derechos humanos, derechos sociales y justicia*, José Eduardo Faria (org.), *op. cit.*

"constructivistas" o "no constructivistas"- se movieran ellos mismos desconociendo la Constitución (y las demás leyes, códigos y normas) como texto preinterpretativo"⁶⁵

La llave de ese difícil equilibrio entre las reglas de juzgamiento y el dogma jurídico está en volver a tomar un tema fundamental de la teoría del derecho y que sin embargo últimamente ha sido olvidado por los maestros y es despreciado en los medios académicos: los principios generales del derecho. Esto en especial frente a los conflictos-límite, cuya falta de arreglo pone en jaque la matriz de organización del Estado y de la sociedad, y para los cuales las reglas jurídicas no son unívocas, precisas, claras, sino de tipo polisémico. Esos principios son los que hacen posible el puente entre el dogma jurídico y las reglas de juzgamiento. En las sociedades complejas, como es el caso de la nuestra, las normas o son claras y por eso pueden aplicarse por completo, o entonces no se pueden aplicar en términos absolutos. En este caso es en el que, claro está, los principios generales del derecho se muestran como un instrumento hermenéutico fundamental para la Magistratura. Esos principios, como se sabe, se distinguen de las normas jurídicas porque presuponen la existencia de otras reglas positivas que se refieren a ellas; porque enseñan cómo lidiar con las reglas sobre las cuales versan; porque se revisten de una neutralidad tópica en la medida en que pueden aplicarse en varios campos del derecho; porque no exigen comportamientos específicos, sino objetivos que deben alcanzarse; porque no son aplicados dentro de una lógica rigurosamente dicotómica con base en lo legal/ilegal, permitido/prohibido y, finalmente, porque no tienen validez pero sí peso o importancia según la óptica del intérprete y a partir de las especificaciones del contexto social, económico, político y cultural en el cual está situado⁶⁶.

La simple enumeración de esas características muestra que los principios generales del derecho, según el tipo de abordaje adoptado aquí, no tienen ningún otro soporte más allá de las propias prácticas del derecho positivo. Éstas no son anteriores o superiores al orden jurídico vigente, no se refieren a normas preexistentes a cualquier ley y no se confunden con *topoi* éticos universales. Como no son intertempo-

65. Los jueces, concluye J. Joaquim Gomes Canotilho, tienen el deber de hacer cumplir los derechos y principios constitucionales hasta el punto en que la sentencia deje de ser útil para aquéllos cuyos derechos se supone protegen. Su intervención fue hecha en la inauguración de la Conferencia Anual de la Magistratura del Trabajo, realizada en Porto Alegre, en mayo de 1994.

66. Ver: Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, y en *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.

rales, su mayor virtud está en su potencial reflexivo, lo que los hace una especie de *derecho del derecho*. A causa de ese potencial reflexivo, los principios generales del derecho constituyen un recurso poderoso por medio del cual un ordenamiento jurídico puede conservar su identidad y su estructura sin que deje de ser sensible a los cambios. Al ofrecer a los magistrados la reflexión necesaria para que puedan evaluar las relaciones sociales, identificar los intereses colectivos en juego y comprender los conflictos que salen de ellos, su papel básico es afirmar la estabilidad del orden jurídico, propiciar la actualización y la homogeneización programática de los distintos dispositivos de ese orden en el momento de su aplicación a casos concretos y el establecimiento de una jurisprudencia; es equilibrar la temporalidad cada vez más corta de las fuentes tradicionales del derecho con una temporalidad más duradera del sistema normativo. Como *derecho del derecho*, los principios generales del derecho crean las condiciones para la "continuidad flexible" del sistema jurídico en la medida en que permiten la incorporación de los cambios sociales, políticos, económicos y culturales más sobresalientes, por la vía interpretativa, manteniendo sin tocar sus categorías normativas y sus procedimientos. En resumen, gracias a ellos se hace posible conjugar las reglas de juzgamiento con el dogma jurídico, abriendo camino hacia un positivismo crítico, o sea, "un positivismo que en sí mismo encuentre las condiciones de su propia crítica interna"⁶⁷.

Conclusión Por más teóricas que parezcan, las discusiones emprendidas a lo largo de estas páginas tanto sobre la importancia de los derechos sociales, las reglas de juzgamiento y los principios generales del derecho en una sociedad compleja, contradictoria y conflictiva, como la brasileña, así como sobre las limitaciones impuestas por el fenómeno de la totalidad económica al derecho positivo, reduciendo en forma drástica el alcance del orden jurídico nacional, lo que lleva a la aparición de innumerables *loci* extrajudiciales para la solución de conflictos, poseen un enorme alcance práctico. Si el sector judicial comprende que su futuro pasa obligatoriamente por el entrecuchar de los movimientos centrífugo y centrípeto, representado por la inexorabilidad de la globalización económica y por lo imperioso de la consolidación de los derechos sociales, podrá cambiar para intentar superar las crisis de identidad,

67. La expresión "derecho del derecho" es de François Ewald y fue acuñada, desarrollada y discutida por él en "Le droit du droit", en *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, 1986, vol. 31, y en "A Concept of Social Law", *op. cit.* Ver también a Foucault, *la norma y el derecho*, *op. cit.*, pp. 70-71 y 220-222.

eficiencia y legitimidad en que se encuentra.

Sin embargo, ¿en qué medida cambios efectuados sin el tipo de reflexión y formulación de una política judicial en los moldes propuestos aquí, corren el riesgo de acabar siendo antiproduktivos? Como todo cambio institucional es siempre un proceso que afecta la distribución del poder, ¿hasta qué punto no pueden acabar acarreando consecuencias diametralmente opuestas a aquellas imaginadas por sus integrantes -la sumisión compulsoria a un control externo impuesto por la alianza de los demás poderes en la reforma constitucional, por ejemplo, la disensión o fisura estamental de la propia Magistratura ante un eventual fortalecimiento del Supremo Tribunal Federal y a costa del vacío de prerrogativas de las demás instancias y ramas especializadas de la institución⁶⁸ o, entonces, la ampliación de la ya tan deteriora-

68. Esa fisura fue evidente a raíz de la reunión constitucional, entre 1993 y 1994, cuando el relator general, diputado Nelson Jobim, endosó y defendió las sugerencias dirigidas a centralizar las prerrogativas y criterios de decisión en los niveles superiores de la Magistratura y a reducir de forma significativa las competencias de los niveles inferiores. De las casi 1.500 propuestas revisadas, relacionadas con las disposiciones generales sobre el sector judicial, el relator escogió las que proponen: (1) la inclusión, en el artículo 95 de la Constitución, de la expresión que somete a los jueces a observar la ley y los declara responsables por sus actos (demostrando el deseo de impedir la eventual sustitución de criterios de racionalidad formal por criterios de racionalidad material) y (2) la inclusión del artículo que faculta a los tribunales superiores para emitir sumarios con efecto vinculante y fuerza de ley (imponiendo una uniformidad compulsoria de la jurisprudencia y abriendo camino a la adopción de mecanismos que disciplinen a los tribunales inferiores). De las 257 propuestas revisadas sobre el STF, el informe del relator recogió las que: (1) redefinen las esferas de jurisdicción entre esa corte y el STJ, (2) determinan que las decisiones de mérito proferidas por el STF en las acciones directas de inconstitucionalidad de ley o acto normativo federal producirán eficacia sobre las decisiones de los demás órganos del sector judicial y (3) crean el "incidente de inconstitucionalidad", concediendo al STF prerrogativas para apreciar de manera directa controversias sobre constitucionalidad de leyes o actos normativos de la administración pública en casos de peligro o lesión a la seguridad jurídica, al orden y a las finanzas públicas. De las 368 propuestas sobre los demás tribunales, el informe del relator escogió las que atribuyen al STJ competencia para juzgar acciones con eficacia genérica, de origen y en grado de recurso ordinario, posibilitándole centralizar las acciones civiles públicas y las acciones de las entidades representativas contra la Unión (lo que da a esta Corte un enorme poder en los procesos que asumen a causa de la colectividad difusa compuesta por los representados y la consiguiente eficacia genérica de las decisiones de mérito, un alcance más amplio que el regional). Al acoger propuestas que aumentan de una manera significativa el peso político de los tribunales superiores, en especial del STF, el relator actuó con el propósito de conjugar la estructura judicial del

da imagen de la institución disemina la tesis de su carácter "desechable"?

Para concluir, y no dejar esta pregunta sin respuesta, es importante recordar lo que dice uno de los más respetados analistas del mundo contemporáneo respecto de las incertidumbres producidas por recientes cambios. El hecho de que la incertidumbre sea inherente a los regímenes políticamente abiertos no quiere decir que todo sea posible, o que nada sea previsible. Tales regímenes, al contrario de lo que dicen sus críticos, no son ni el caos ni la anarquía. En ellos, la incertidumbre puede tener dos significados: los actores no saben lo que puede suceder, saben lo que es posible, pero no lo que es probable; o entonces, saben lo que es probable y posi-

país con los imperativos de gobernanza, impidiendo que los actos del Ejecutivo Federal continuaran, como hasta hoy sucede, frenados, minados y comprometidos por sentencias de los niveles inferiores de la Magistratura, tomadas a partir de casos muy específicos. Si por un lado es cierto que su informe introduce un mínimo de racionalidad decisiva en el ámbito del sector judicial, por el otro es igualmente correcto que, al buscar con severidad la disciplina de los jueces a través de sumarios vinculantes de los tribunales superiores, imponiéndoles el deber de obediencia estricta so pena de responsabilidad administrativa, el relator: (1) deja vacía completamente la autonomía de los magistrados en las instancias inferiores, convirtiéndolos en simples amanuenses de la justicia, (2) ignora el potencial hermenéutico producido por la "textura abierta" de las leyes y códigos de la última generación, (3) impide la adecuación de normas generales a las especificidades locales de un país con dimensiones continentales, con enormes diferencias entre sus regiones socioeconómicas, (4) fortalece de forma excesiva en la Corte de sólo 11 ministros, inmunes al control de responsabilidad de sus actos y cuyos criterios formales de composición permiten que sean señalados como juristas impolutos, políticos profesionales o hasta corredores inmobiliarios sin credibilidad, conocimiento técnico o bagaje cultural y (5) mina el equilibrio entre los poderes al crear "ingenuamente" en una convergencia de intereses entre el STF y el Ejecutivo Federal, olvidando que ambos trabajan con ópticas, lógicas, ritmos y horizontes distintos -el primero, en una perspectiva estructural, asegurando la continuidad de orden jurídico-institucional; el segundo, en una perspectiva coyuntural, obligando a producir resultados a corto plazo (lo que lleva a la tendencia de confundir las leyes como mero instrumento de gobierno)-. Es comprensible, por eso, la indignación de la Asociación Brasileña de Magistrados con el informe del diputado Nelson Jobim. Para un análisis de las propuestas revisadas, ver: César Caldeira, "Poder Judicial, un poder que continua a la orden del día", en *Monitor Público*, Río de Janeiro, Conglomerado Universitario Cândido Mendes, 1995, vol. 4, pp. 45-52. Sobre los conflictos generacionales, ideológicos y políticos en el ámbito de la Magistratura y sobre los riesgos de una relación muy próxima -y, a veces, permisiva- de las cúpulas judiciales con el Ejecutivo, ver el texto clásico de Ezio Moriando, "El sistema de valores y la organización profesional de los jueces italianos", en *Sociología del Derecho*, Wilhelm Aubert (org.), Caracas, Tiempo Nuevo, 1971.

ble, pero no lo que va a suceder. Los regímenes políticamente abiertos son inciertos solo en el segundo sentido, dice él⁶⁹. Si sus palabras tuvieran sentido, se puede afirmar, parafraseándolo, que es imposible saber lo que va a suceder con el sector judicial en caso de que no cambie o, si cambia, el que no lo haga a partir de una política/programa de acción, formulada con bases realistas. Pero es posible y hasta cierto punto probable que el sector judicial continúe perdiendo el monopolio en su área de acción y vea acabada la época en que sus integrantes podían decidir libre y soberanamente el destino de la institución.

69. Cf. Adam Przeworski, *Democracia e mercado*, Rio de Janeiro, Dumará, 1994, p. 28.