

CAPÍTULO 10

Derecho de las desigualdades: en torno a las formas no universales del pluralismo jurídico*

José Reinaldo de Lima Lopes**

EFICACIA, INEFICACIA-PLURALISMO VS. PARALELISMO

El tema de la sociología del derecho en América Latina está necesariamente relacionado con el problema de la eficacia y de la efectividad del derecho, así como con las múltiples divisiones sociales. Se trata de un tema a la vez institucional y cultural. La pregunta que preocupa a muchos latinoamericanos –y que está presente tanto en el artículo central de García y Rodríguez como en otros contenidos en este volumen– tiene que ver con la distancia que fácilmente se comprueba entre las reglas y la conformidad de los comportamientos con tales reglas. Esto último, que sería una característica estructural de la existencia misma de las reglas –la tensión entre ser y deber ser para Kant, o entre regla y caso para Aristóteles– se convierte en un problema político de grandes proporciones en la vida social brasileira.

Un ejemplo bastante significativo es el del tránsito. Aunque los códigos de tránsito sean iguales en la mayoría de países del hemisferio norte y en las economías desarrolladas, el comportamiento efectivo de los automovilistas y de los peatones resulta muy diferente del que las leyes prescriben. Las ciudades latinoamericanas están invadidas por placas y señales de tránsito. Pero pareciera que su significado es bien limitado en términos prácticos. Las señales de “PARE” tienden a significar, a lo máximo, “DISMINUYA LA VELOCIDAD”. Los semáforos pueden representar algo más que una invitación a disminuir la velocidad; sin embargo, las probabilidades de que alguien ignore el semáforo en rojo son grandes. Este comportamiento tiene un impacto particular. El tránsito se vuelve imprevisible, por cuanto no basta cumplir con la señalización establecida: cada uno debe aproximarse a

* Traducido del portugués al español por Felipe Cammaert.

** Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo, Brasil.

la esquina y evaluar, en cada caso concreto, si debe o no parar. Muchas veces, la mirada del otro automovilista es la que determina si es necesario detenerse o no. En la medida en que las ciudades se convierten en aglomeraciones de millones de personas, la consideración de cada decisión con la técnica de “cruce de miradas” termina siendo altamente costosa. La multiplicación de los encuentros personales implica la multiplicación del tiempo para tomar decisiones, las cuales se revelan indispensables y necesarias en lo cotidiano. Al final, todo esto tiene un costo, un costo social, que se puede calcular incluso con base en medidas económicas, algo similar a lo que los economistas llaman “costos de transacción” (*transaction costs*).

El llamado “pluralismo jurídico” se encuentra así directamente asociado a este problema. Si las reglas del derecho “formal” –o estatal– no son respetadas, ¿cómo es posible establecer interacciones sociales entre las personas en las sociedades latinoamericanas? Una hipótesis explicativa puede encontrarse en la afirmación de la existencia del pluralismo jurídico. Se parte de la base de que diferentes “ordenamientos” válidos para distintos grupos entran en vigor, siendo ellos grupos sociales (clases, grupos de identidad étnica o cultural, habitantes de ciertos territorios). Sin embargo, considero que es más adecuado hablar, en casos como el del tránsito –casos de desobediencia pura y simple de las normas, así como decisión tomada de manera casuística en función de las relaciones de hecho en el momento– de un “paralelismo jurídico”. En situaciones como estas, las personas no crean reglas para casos no previstos en el ordenamiento formal y estatal; no se trata tampoco de reglas especiales para grupos culturales distintos. En el “paralelismo”, lo que se pretende es ignorar el derecho vigente, sin distinciones relativas al grupo social o cultural. Este paralelismo es uno de los problemas fundamentales de la sociedad latinoamericana y brasilera. A su vez, aparece como un ejemplo muy significativo de la resistencia a la modernidad. Creo que es el mismo fenómeno al cual se refieren García y Rodríguez en el ensayo central de este libro (ver capítulo 1), quienes se fundan en la tesis de Santos según la cual las diferentes sociedades tuvieron inserciones diferentes en la modernidad. La desobediencia de las normas se presenta así como una resistencia a las formas burocráticas, universales e impersonales de la interacción típica de la modernidad y del mercado.

De esta manera, si la distancia entre el derecho positivo y sancionado, entre las leyes (*law in books*) y las prácticas cotidianas (*law in action*), puede eventualmente ser confundida con una especie de pluralismo, todo esto puede significar también algo distinto. En mi opinión, esta ineficacia del derecho puede ser comprendida como una forma de aceptación de interacciones sociales desiguales y jerarquizadas.

La distancia entre derecho establecido –que sigue siendo en todo caso derecho vigente y válido– y comportamiento discrepante permite la aplica-

ción selectiva, fortuita, aleatoria o vengativa de la ley (Santos 1993). La escogencia recae entonces en cada persona: el dilema consiste en seguir la costumbre (la práctica) y no la ley. Sin embargo, si las personas son sorprendidas en su infracción a la ley, quedarán dependiendo de la buena voluntad del agente jurídico (o del Estado). Estas personas se someten entonces a la voluntad de una autoridad o de un sujeto más fuerte. En este caso, pueden incluso gozar de una gracia, merced o caridad; es posible contar con la no aplicación de la pena, pero todo depende exclusivamente de la buena voluntad de la autoridad. En síntesis, quien sea sorprendido se verá en una posición subalterna y dependiente, sin poder afirmar con total seguridad cuáles son sus derechos, ya que terminará envolviéndose en una “red de no cumplimiento” de la ley. Este uso de la ley de manera selectiva ha sido destacado por varios autores latinoamericanos (García 1993, 2001; Nino 1995). En estas circunstancias es cuando se aplica y se entiende el proverbio que reza: “Para los amigos todo, para los enemigos la ley y el rigor de la ley”.

Una consecuencia de todo esto es la desmoralización de la idea misma de ley, pues no se sabe exactamente cuál es la regla que debe ser cumplida. La distancia existente entre ley y práctica abre las puertas a la discreción y a la inseguridad. Esta constatación puede ser interpretada de diversas maneras. Una de ellas, la más utilizada por el sentido común de los juristas, es aquella que afirma que la discreción procede del Estado y de sus agentes, y que por lo tanto el remedio para esta distancia es una mayor disciplina en el ejercicio del poder estatal, y especialmente una mayor limitación del Estado. De ahí deriva la percepción conservadora del fenómeno, cuyo resultado consiste en deslegitimar todavía más el derecho. Sin embargo, esta interpretación necesita ser completada por otra visión más general de los rasgos de la sociedad brasilera.

Mi hipótesis es que la falta de interacción regulada por el derecho es también, y sin lugar a dudas, un problema en las relaciones entre los particulares. No sólo el Estado, sino también los particulares entre sí, se niegan a someterse a las reglas. En definitiva, es el más astuto, el más atrevido, el más fuerte, quien prevalece en las relaciones cotidianas.

La desmoralización y el desprestigio de la idea de legalidad tienen como consecuencia una concepción política que consiste en la lucha por la obtención de ventajas y por la distribución desigual de recursos. Así, las jerarquías de poder *de facto* se confirman no sólo con relación al Estado sino también en las relaciones entre grupos sociales (dentro de la denominada “sociedad civil”) y entre individuos. El derecho, que debería ser una orden *contrafáctica*, no logra afirmarse. Quisiera insistir en dos resultados concretos de este particularismo antijurídico: la *cultura de privilegios* y la *confusión de lo público y lo privado*.

CULTURA DE PRIVILEGIOS (EN LA LIBERTAD, EN LA PROPIEDAD Y EN LA DIGNIDAD)

En este orden de ideas, si las interacciones sociales no pueden generar expectativas normativas universales sino apenas expectativas circunstanciales, resulta muy difícil confirmar y ampliar la noción de *derecho*. Un derecho se afirma a pesar de las circunstancias. Una cierta idea de principio está implícita en la noción de derecho. Para ello, es necesario que exista eficacia y probabilidad de que la ley será aplicada. Esta eficacia del ordenamiento así entendida es una condición para la afirmación de los derechos universales. La ineficacia lleva al mantenimiento de privilegios, de situaciones conservadas únicamente por motivos personales que no son susceptibles de extenderse a cualquiera. Un Estado capaz de imponer la ley de forma uniforme y universal es una condición necesaria para que se establezca una noción moderna del derecho. A falta de ello, se infiere que la idea de derechos se confunde con la noción de privilegios.

En Brasil esta confusión fue anteriormente mencionada por Caldeira (1991). Podría ser la oportunidad para que la sociología de la cultura jurídica investigara la manera como los brasileros conciben la vida de acuerdo con el derecho, así como el modo en que los derechos son efectivamente valorados. En esta esfera, que supera los discursos de los juristas, es posible descubrir la relación de los ciudadanos con el Estado de derecho. Sería interesante analizar cómo las personas se enfrentan a ideas como la de contrato o promesa, de qué manera están dispuestas o no a cumplir las reglas, e igualmente cómo practican los principios fundamentales de un orden jurídico moderno, impersonal, contractualista y universalizante.

Algunas investigaciones ya fueron llevadas a cabo a este nivel; sin embargo, sin contar con la participación de juristas en su elaboración o análisis¹. Basta mencionar, provisoriamente, la investigación adelantada por la Comisión de Justicia y Paz de São Paulo en 1994-1995, analizada por Nancy Cardia (1995), cuyo objeto era la percepción de los derechos humanos por la población. Otro estudio fue realizado por Castelar, sobre la opinión de los empresarios con respecto al poder judicial (Castelar 2000). En este último es evidente el error de comprensión del sistema jurídico integral, de modo que ciertas conclusiones provenientes de las opiniones de los empresarios no son adecuadamente enfrentadas con las instituciones. Con todo, su objeto es representativo de un aspecto importante de la investigación socio-jurídica.

¹ Merecen destacarse los estudios realizados por el IDESP y por Vianna (1997, 1999) sobre el Ministerio Público y Judicial, citados al final de este artículo.

De esta forma, una posible explicación para los problemas de eficacia del ordenamiento formal es que hay una cultura jurídica general que no considera seriamente la interacción impersonal del derecho. En estos términos, nociones fundamentales como dignidad, propiedad y libertad serían percibidas de una manera no cooperativa y no universal. Desde este punto de vista, sería posible interpretar la cultura brasilera como una cultura adversa a la forma moderna del derecho que exige impersonalidad y burocracia, previsibilidad y universalidad.

Una simple dicotomía Estado/sociedad puede generar ilusiones, como aquella que afirma que el Estado es el otro, distinto de la sociedad, o bien que la sociedad (civil) es el campo de la armonía. Esta idea se presenta en algunos casos, cuando se piensa que en la sociedad civil todo es armonía y que un régimen democrático consiste en escuchar permanentemente a la sociedad civil. Pero esto no es exactamente así, ya que las sociedades civiles no son armónicas. Contra la distinción simple entre sociedad civil y Estado sería preciso recordar que la primera, para volver a la expresión de Hegel y de los constitucionalistas del siglo XIX, es el campo de los intereses opuestos, de la satisfacción de las necesidades contradictorias de individuos, grupos, estamentos, clases o *facciones* (término apreciado por los constitucionalistas del siglo XIX). Es posible imaginar, pues, que la sociedad civil brasilera es profundamente violenta y que la falta de cooperación –en términos modernos– es estructural (permanente) entre nosotros. Una cultura marcada por defectos de cooperación conduce a la percepción de la libertad de un modo muy peculiar. Concebir los derechos como privilegios o favores genera muchas consecuencias, incluso para las concepciones de libertad, propiedad y dignidad, nociones fundamentales para la modernidad.

La libertad entendida como un privilegio fue una característica de la cultura brasilera analizada por Sérgio Buarque de Hollanda en el célebre y clásico *Raízes do Brasil*. Pero, igualmente, la interpretación de Carlos Santiago Nino para el caso argentino (Nino 1995) reproduce este problema a su manera. La noción de libertad que prima entre nosotros es la de la libertad del *conquistador* –*el aventurero*, como decía Hollanda (1963)–, en contraste con la libertad civil. Para el conquistador, la libertad se confunde con los hechos empíricos de la fuerza y del poder: libertad significaría así la capacidad empírica y real de hacer lo que se quiera, sin consideración alguna de los otros. Una libertad de conquistadores o de aventureros no es generalizable: ella conduce siempre a las paradojas de la desigualdad, pues la capacidad empírica de realizar las cosas es siempre distinta para cada cual. La libertad del conquistador no puede tener reglas, pues de ser así se confundiría con la facultad empírica. La libertad del conquistador sólo es valiosa porque es escasa, porque la libertad de uno proviene de la libertad del otro, y en esa medida los unos pueden tener más que los otros. Para Locke, esta libertad es la *libertad natural*, que existe únicamente –como el

estado de naturaleza– mientras haya abundancia general y acceso igual a unos bienes iguales para todos.

Sin tales condiciones de abundancia, se hace imperioso construir un *Estado civil*. Y en este Estado, la libertad civil –libertad jurídica– implica siempre una regla, que vale a pesar de las diferentes capacidades (fuerzas empíricas). La libertad natural del conquistador se opone a la libertad civil, libertad del ciudadano: ésta consiste en la facultad de hacer todo aquello que pueda ser simultánea e igualmente realizado por cualquier otro ciudadano. El derecho moderno es un derecho de la libertad civil: para los iusnaturalistas, una de las tareas centrales del ordenamiento jurídico consiste en garantizar una libertad igual de manera simultánea para todos los ciudadanos.

El otro ejemplo característico, y asociado al primero, es la concepción de propiedad: o bien la propiedad consiste en poder hacer cualquier cosa con sus propios bienes, o bien ella no existe. Esta es la concepción de la propiedad del señor absoluto. La propiedad en una sociedad regulada está necesariamente condicionada a los usos simultáneos e iguales de los otros y a la apropiación de los espacios comunes de forma igual y universalmente válida. Lo que se puede ver en las ciudades brasileras es un desorden urbano generalizado. No hay reglas estables para la zonificación urbana, no existe disciplina en el uso de los espacios, no se logra impedir los usos abusivos de las propiedades individuales, no se controlan las emisiones de ruido ni la polución visual provocada por una publicidad completamente libre, y de ahí en adelante. Tampoco es frecuente que los usos irregulares de propiedades, cuando son sancionados o castigados por las autoridades administrativas, sean restablecidos por medio de decisiones judiciales que se producen por la inconstitucionalidad de las limitaciones al derecho de disponer de los bienes inmuebles.

Finalmente, se puede afirmar que la cultura brasilerá está fuertemente marcada por la noción premoderna de dignidad. La forma premoderna de concebir la dignidad es el honor. La honra es un privilegio estamental, atribuido a unos pocos. Una exención general y universal de unas determinadas cargas no tiene valor, pues no es posible imaginar que un derecho pueda pertenecer a todos al mismo tiempo. La dignidad, confundida con la honra, significa que algunos tienen más que los otros y de la misma manera merecen más que los otros.

Así, el derecho visto como un privilegio opera como algo que diferencia y no como algo que iguala a los ciudadanos. La imagen popular de la dignidad como honra es perceptible en el estudio realizado por el Instituto Ibope, por encargo de la Comisión de Justicia y Paz de São Paulo en 1994. Los datos son bien significativos. Las respuestas a preguntas sobre la importancia de ciertos derechos (una lista de 38 derechos) permitieron las si-

güentes observaciones: a) el derecho que fue considerado como el menos importante (con 71% de respuestas afirmativas) fue el del respeto a la orientación sexual; b) los derechos que más adhesión tuvieron (96% de respuestas afirmativas) fueron el derecho a la “vida civilizada” y a la “protección contra asesinatos y desapariciones ilegales”; c) en segundo lugar, los derechos considerados como más importantes (94% de respuestas afirmativas) fueron: nacionalidad, presunción de inocencia, asistencia jurídica, igualdad política entre hombres y mujeres, libertad de locomoción, protección contra el trabajo forzado, protección contra la censura de correspondencia y comunicaciones (Cardia 1995, 32). Nótese que un derecho –el de libertad en la orientación sexual– que exige un alto grado de tolerancia y de reconocimiento de la igualdad de un “diferente” es tenido como el menos importante.

Cuando se trata de derechos que permiten el acceso a bienes materiales, o sea aquellos en los que la consideración por la libertad ajena es menos visible, encontramos un alto acuerdo.

Los derechos sociales y económicos son los principales derechos –aquellos cuya violación es percibida, consensualmente, como “muy grave” y que, por lo tanto, tienen una relevancia mucho mayor–. A éstos les siguen las violaciones del derecho a la integridad física/protección contra la violencia del Estado (derechos humanos), los derechos laborales y, en último lugar en gravedad de violación, vienen los derechos políticos. (Cardia 1995, 35)

El análisis del conjunto de datos permite a esta investigadora concluir lo siguiente:

Los datos de las investigaciones (...) sirven como indicadores de una serie de “síntomas”. Éstos apuntan hacia la posibilidad de que algunos grupos hayan incorporado no las leyes sino las excepciones a estas leyes. Estos grupos habrían, específicamente, normalizado graves violaciones al derecho a la vida como parte de un proceso de exclusión moral de grupos que consideran como una amenaza a su propia seguridad. Apoyar las graves violaciones al derecho a la vida significa excluir moralmente a grupos de la sociedad y del acceso a la justicia. (...) Este proceso de exclusión moral es facilitado por las características de la cultura: la ausencia de mecanismos para una efectiva participación en los procedimientos de atribución de recursos; una jerarquización rígida; la movilidad social, que facilita la búsqueda de salidas individuales estimulando la competitividad y no la cooperación; una mayor aceptación de la injusticia del mercado que de la injusticia política, entre otras. Estos elementos resultan en valores que sustentan un énfasis en la justicia individual y no social y dificultan la identificación de problemas colectivos, el desarrollo de identidades sociales y el desarrollo de la compasión. (Cardia 1995, 78-79)

PÚBLICO Y PRIVADO: ¿CONFUSIÓN Y PRINCIPIOS MORALES ALTERNATIVOS?

El sistema jurídico brasileiro es ineficaz y las interacciones sociales se fundan en estrategias de sobrevivencia casuística. Se forman así *reglas* paralelas al ordenamiento con el fin de escapar a la legalidad selectiva y fortuita. Estas *reglas* son ellas mismas fortuitas, ya que dependen de relaciones personales. Esta falta de impersonalidad se asocia con una práctica (un *habitus* o un *ethos*) que refuerza la noción de derecho como privilegio, como beneficio especial otorgado a algunos. A la falta de reglas (por causa del paralelismo de prácticas que substituyen el derecho positivo) y a la noción de derecho como privilegio, se le puede sumar la incapacidad de organizar espacios públicos más vastos. El derecho sería así un instrumento privilegiado en la constitución de los espacios públicos. Pero usado al azar y entendido como beneficio personal, éste puede llegar a reforzar una dinámica social de exclusión y no de cooperación, de valorización de lo particular sobre lo público, de estímulo al *free-rider*, al predador, al “aprovechado”.

Un segundo punto que vale la pena señalar, referido al primero, es la relación que se establece entre público y privado. La forma de concebir el espacio público que surge en la modernidad es bien particular. En las primeras líneas de su *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Locke separa claramente el gobierno de la casa (ejercido por el padre de familia sobre sus subordinados, incluidos los esclavos y los empleados en general) y el gobierno de la república (ejercido por el “soberano” o magistrado) (Locke 1980). De la misma forma como el gobierno de la casa nace naturalmente de las relaciones de matrimonio y de descendencia, el gobierno de la república nace naturalmente de los acuerdos políticos y tiene en consecuencia sus propias finalidades. Años más tarde, refiriéndose al tema de la tolerancia, Locke distinguirá igualmente el espacio privado (que va de las bolsas a las iglesias y a los clubes sociales) del espacio público (Locke 1964).

Esta clara distinción sería válida si solamente estuviera integrada a la cultura y a las instituciones bajo un sistema correspondiente de separación. Hay sociedades que no estructuran esta separación de esta manera. La sociedad premoderna no hacía tales distinciones, aunque llegó a hacer muchas otras que creaban una geografía de lo público y de lo privado. Muchas de las relaciones que hoy consideramos exclusivamente privadas eran, para los hombres del siglo XVIII, relaciones públicas. Parece que la estructura social brasileira tiene dificultades en adaptarse al patrón moderno que distingue lo público de lo privado, el cual es aceptado formalmente por el sistema jurídico. Un problema semejante fue el objeto del clásico estudio de Banfield sobre Montegrano, en el sur de Italia. Para este autor, lo que se constata allí es un “familismo amoral”, la incapacidad de los habitantes

de la aldea de cooperar para lograr su bien común, o incluso para alcanzar cualquier finalidad que vaya más allá del interés material inmediato de la familia nuclear (Banfield 1958, 10). No se crean entonces espacios públicos, pues todo se encuentra dominado por la interacción familiar, que es privada.

Puede decirse que en un sistema “familiar” como el anterior es obvio que el Estado será una estructura imaginaria –como apunta Pietro Costa (1986)– y en consecuencia surgirán paralelamente reglas de organización y de conducta. En contra del principio de tratar a todos con igual cuidado y respeto, es posible imaginar un principio según el cual se tratará a los conocidos o cercanos con más cuidado y a los iguales con más respeto, mientras que a los desconocidos o lejanos se les tratará con poco o ningún cuidado y a los desiguales con poco o ningún respeto. En una analogía muy significativa, Paul Ricoeur (1968) establece una distinción entre lo *socius* y lo *proximus*. Lo *proximus* es aquello que es objeto del amor íntimo; lo *socius* es aquello que es objeto del amor abstracto, de la solidaridad social. A uno se le dan, de modo distinto, cosas que también deben dársele al otro. Lo que ocurre en la falta de cooperación social –o de la solidaridad moderna– es que se restringe la cooperación a los círculos íntimos, al *proximus*. Para permitir la cooperación entre desiguales y distantes, el derecho moderno establece que debe haber mínimos de cooperación y respeto incluso entre quienes no son cercanos.

Esta restricción de la solidaridad a los espacios económicos de la familia, de la amistad o del compadrismo dificulta la red de deberes y derechos, impidiendo así el surgimiento de un espacio público amplio. La tolerancia –que puede ir desde la indiferencia respetuosa hasta el cuidado activo para con el otro, disidente, diferente o distante– no se valoriza. El espacio público –las cosas públicas– sirven para propósitos particulares. Es esto mismo lo que se encuentra en juego cuando se habla de la corrupción en la política y en la sociedad brasilera: sucede que la categoría valorizada de la solidaridad y del respeto no se extiende más allá de los círculos de los próximos.

HISTORIA DE LA INEFICACIA DEL DERECHO EN BRASIL

Al lado de la ineficacia de las leyes surgen prácticas paralelas, que van desde la ilegalidad pura y simple hasta las estrategias de sustitución precaria del sistema estatal. A este fenómeno lo llamo paralelismo, en lugar de pluralismo jurídico. Este cuadro de ineficacia se concretiza en una mentalidad de privilegios, en la cual tener derechos se puede confundir con gozar de exenciones respecto de los deberes generales. Esta última situación la denomino como cultura del privilegio. En la medida en que el derecho universal es ineficaz y que los derechos son confundidos con el privilegio, se torna difícil establecer un espacio público de respeto y de cooperación impersonal. Estas tres dimensiones de la experiencia jurídica y social de

Brasil no pasaron desapercibidas para varios de nuestros juristas y pueden ser observadas en numerosos ejemplos históricos.

La tensión entre derecho y comportamiento es tan evidente que desde siempre, o más precisamente desde finales del siglo XIX, muchos prefieren hacer sociología del derecho, como una forma de interpretación social del derecho con el objetivo de dar cuenta de esta tensión. Todas las formas de sociología que sea posible imaginar tuvieron éxito en Iberoamérica, desde las formas más positivistas de matriz comptiana, hasta el culturalismo y las vertientes evolucionistas. En Brasil, varios juristas se dedicaron –comenzando por Silvio Romero y la escuela de Recife a partir de 1870– a estudiar las formas sociologizantes de comprender el derecho. Hubo juristas que se unieron al socialismo, otros que simpatizaron con otras corrientes de pensamiento, como el corporativismo y el “autoritarismo instrumental”, y sería engañoso decir que no hubo sociología del derecho antes de las últimas décadas del siglo XX (Romero 2001, Pontes de Miranda 1980, Vianna 1987).

Con todo esto se produjo un cambio significativo en los últimos años. Este cambio puede ser descrito *grosso modo* como un distanciamiento de la sociología positivista y como una aproximación a las múltiples formas de la sociología crítica. Además de ello, se presenta un cambio social y político significativo: la tensión entre prácticas y derecho establecido se transfirió hacia las discusiones judiciales de los conflictos. Los juristas de profesión –jueces y abogados– se vieron confrontados a la judicialización de todos los casos de violación de derechos (Faria 1989, Santos 1989, Lopes 1989). De manera creciente, en las últimas décadas la afirmación de los derechos se hizo cada vez menos por la legislación para ser asumida poco a poco por el cuerpo judicial. Tomando en serio los textos constitucionales y legales, los grupos sociales resolvieron exigir el cumplimiento de las promesas legislativas.

Esta nueva forma de hacer sociología contrasta con la tendencia a concebir el derecho y la sociedad como dos objetos diferentes. La primera corriente de la sociología jurídica hablaba del derecho como un conjunto de normas sancionadas por la autoridad estatal y constataba reiteradamente su ineficacia. Esta escuela entendía el derecho como la regularidad consuetudinaria de las relaciones o interacciones sociales y, en estos términos, un “derecho popular” podría ubicarse al lado del folclor. El problema de la sociología positivista desarrollada inicialmente era buscar las leyes de la evolución social y utilizarlas para generar, en Brasil, “orden y progreso”. Se trataba de una sociología del derecho volcada hacia la ingeniería social, conducida por el Estado. También era característico referirse al derecho como algo distinto a la sociedad. Una descripción de lo jurídico en sentido constitutivo-normativo no ocurrió normalmente en aquel tiempo. Lo que sí existió al final del siglo fue un movimiento social que se dio cuenta de la

absoluta necesidad de ver el derecho como organizador de la sociedad. De una cierta manera, esta corriente estuvo presente desde el inicio de la vida brasilera, ya que es posible afirmar que nuestras constituciones fueron constituciones de organización del Estado y de implantación del mismo. En estos términos, esto último corresponde a lo que en el capítulo 1 García y Rodríguez describen como la esperanza en que el derecho promueva la salvación o la redención de la sociedad.

Una visión menos mecanicista del derecho y de la sociedad surgió más recientemente. Ella puede estar inspirada en las diversas formas de la filosofía del lenguaje o del discurso. Un trabajo como el de John L. Austin (1975) podría ser ejemplar a ese propósito. Dentro de la misma línea, la filosofía de John Searle (1995) nos ayuda a comprender el carácter constitutivo de las reglas jurídicas. Según Searle y Austin, en el mundo de las interacciones humanas, en el universo de la cultura, los hechos institucionales constituyen verdaderos hechos de naturaleza distinta a la de los objetos exteriores. Aunque son objetivos, su objetividad depende de la intencionalidad general. Algo semejante se encuentra en la aproximación de Castoriadis (1986). El carácter constitutivo del derecho ayudaría a esclarecer la vigencia de un campo simbólico que no es apenas mistificador o ideológico, sino verdadero y real. En otras palabras, la noción de *regla constitutiva*—explorada por la filosofía de John Searle— permitiría abrir nuevos caminos de investigación y estudio para los juristas y sociólogos brasileiros.

En las últimas décadas se presentó una transformación de la teoría social en general, así como de la teoría de la filosofía y del derecho. En la teoría social se pasó, como resultado de la obra de autores como Pierre Bourdieu y Anthony Giddens, a una revaloración de la esfera de lo imaginario como determinante de la realidad social. Tampoco podemos dejar de mencionar la obra de Michel Foucault y su investigación de los “hábitos” mentales, la cual adopta una dirección paralela. En la teoría del derecho dos cosas parecen especialmente importantes: la fuerza de la escuela analítica por un lado, y el retorno a la filosofía de la justicia por el otro. Estas perspectivas teóricas son particularmente relevantes para el análisis de la cultura jurídica.

Resulta fundamental aclarar el sentido en el cual entiendo el término cultura jurídica. En principio, la cultura jurídica es lo que da sentido normativo a las prácticas sociales. Puede corresponder a aquello que en el derecho premoderno se conocía bajo el nombre de “conciencia del carácter obligatorio de la costumbre”. Una cultura jurídica puede o no ser erudita, así como puede ser de profesionales o de laicos: hay diversas formas de ella, las cuales tienden a encontrar alguno o varios puntos en los que se sobreponen, como círculos secantes. De este modo, referirse a la cultura

jurídica puede significar referirse a más de un grupo social. En síntesis, la cultura jurídica es una práctica con un sentido.

Es posible llevar a cabo una sociología del derecho teniendo en cuenta todos estos cambios. De hecho, ya ha comenzado a hacerse algo en este sentido. Mencioné dos estudios de cultura jurídica brasilera, uno de ellos llevado a cabo por la Comisión Justicia y Paz de São Paulo, analizado por Nancy Cardia, y el otro realizado por Castelar. Aunque no se presentan como estudios de cultura jurídica, sirven como ejemplo de un campo que debe ser explorado. Un tercer caso que vale la pena destacar es el de la investigación realizada por el profesor Marcus Faro de Castro, de la Universidad de Brasilia, quien realizó un levantamiento exhaustivo de los casos juzgados por el Supremo Tribunal Federal durante el primer semestre de 1994 (Castro 1997). Con datos en mano, y contrariando las opiniones más superficiales y el sentido común, Castro demostró que el Supremo Tribunal Federal no es una corte favorable al “Gobierno” pero sí a los particulares, excepto en materia criminal. Años antes, en la Universidad de São Paulo fueron hechos dos pequeños estudios sobre la interpretación que los tribunales daban al código de defensa del consumidor en los contratos de seguro médico y en las acciones civiles públicas relativas al derecho a la salud y a la educación (Lopes 1998a, 1998b). Sería muy útil proseguir este tipo de estudios para que pudiéramos determinar con mayor certeza cuál es finalmente la relación real y la imaginaria de los brasileros con el derecho.

La cuestión de la ineficacia del ordenamiento y del paralelismo tiene una larga historia en la formación jurídica brasilera. Algunas hipótesis de interpretación atribuían el desfase entre derecho y sociedad al hecho de que, según estas versiones de la historia, el Estado “antecedía” a la sociedad. De ahí provendría la noción de que el Gobierno viene antes que los ciudadanos, y “venir antes” significa preceder tanto cronológica como históricamente. Esta línea de interpretación ha estado sufriendo varios reveses en la historiografía más reciente (v. gr., Franco 1997). En efecto, los estudios históricos han venido subrayando dos cosas. En primer lugar, la debilidad del Estado, que tuvo que valerse de los poderes privados existentes para la constitución del poder en la esfera local (ciudades y provincias fuera de la Corte), de modo que el surgimiento de un interés estatal distinto de los intereses privados fue muy difícil². En segundo lugar, la constitución del Estado, de cualquier forma de Estado, depende de la organización del poder de hecho. El Estado, por lo tanto, no antecede a la sociedad. Decir que el Estado antecede a la sociedad es una interpretación que requiere, por esta razón, ser sometida a varias reservas.

² El texto clásico sobre la relación del Estado con los poderes privados continúa siendo el de Vitor Nunes Leal (1978), aunque su objeto de análisis sea la Antigua República (1891-1930).

Es comprensible que haya adeptos a esta idea de que el Estado antecede a la sociedad cuando se considera que la forma de ocupación de Brasil fue la de una sociedad colonial, más precisamente una colonia de explotación económica. El Estado portugués se implantó en estas circunstancias específicas, pero es preciso recordar que lo hizo de manera débil. Débil porque incluso en la metrópoli había un Estado desvalido, como lo demostró oportunamente Hespanha (1994); y débil también porque aquí no contaba con otros recursos que los de los mismos particulares que venían a hacer fortuna.

El Estado colonial obedecía a la misma lógica del Estado de la metrópoli, y a esas alturas de la historia se trataba de un Estado –y una sociedad– donde la distinción entre público y privado no tenía todavía las características desarrolladas a partir de la experiencia revolucionaria (inglesa, norteamericana y francesa) del siglo XIX. No era posible exigir en aquella época que los ámbitos de lo público y de lo privado se separaran del modo propuesto por Locke al final del siglo XVII –un ámbito que comprendía asociaciones voluntarias, incluyendo familias, iglesias y asociaciones de productores, en oposición al espacio de las calles–, donde correspondía al soberano mantener el orden, es decir, impedir la violencia recíproca de los entes privados contra sus bienes y personas. Esta distinción entre lo público y lo privado, que servirá de base al sistema liberal del siglo XIX, no está constituida en la vida colonial. Son los recursos privados de algunos –prestigio, poder, nacimiento, influencia, carisma y de ahí en adelante– lo que los habilita a ejercer funciones públicas. Y una vez estos pocos han ocupado funciones públicas, obtienen de ellas rentas y recetas públicas que se incorporan a sus respectivos patrimonios, de modo que ya no pueden ser despojados de tales funciones a no ser por indemnización o una nueva compra a cargo del rey (en el caso de Brasil son célebres las compras de las capitánías donadas durante el siglo XVI).

El Estado brasileiro no fue un Estado fuerte, sino mínimo e incapaz. A decir verdad, el autoritarismo del que nos quejamos no es el totalitarismo. Deriva más del carácter aleatorio de la presencia del Estado, de la inconstancia en la interpretación del derecho, de las consideraciones personales en la ejecución, aplicación y formación de la ley (los llamados *casuismos*). El autoritarismo, por lo tanto, no se caracteriza por el tamaño de la máquina o por los números, sino por la forma de actuar de las autoridades. El Estado brasileiro es simultáneamente pequeño y autoritario. Y esto es justamente lo que pretendo demostrar con los ejemplos históricos mencionados a continuación.

En los inicios de la vida independiente, tampoco había funcionarios preparados ni servidores del Estado. Para suplir la carencia de funcionarios calificados, fueron creadas dos facultades de derecho en 1827 (en São Paulo,

al sur, y en Olinda, al norte). Pero los bachilleres formados en estas dos escuelas eran nombrados en las posiciones más altas del Estado, como jueces de derecho y más tarde como parlamentarios o miembros del Consejo de Estado. En los niveles locales de gobierno y en los municipios se admitían simples practicantes y su aceptación dependía siempre de las indicaciones de los poderosos a nivel local. Con esto, lo que hubo fue una dependencia del Estado frente a los grupos locales, profundamente analizada en algunos estudios que se van haciendo clásicos (Leal 1978, Franco 1997).

En 1830, cuando se discutía el proyecto del nuevo Código Penal, una manifestación de un diputado procedente del grupo de los magistrados fue muy significativa. Este diputado afirmaba que el derecho penal venido de Portugal, que hasta ese momento no estaba totalmente modernizado, era bárbaro y cruel, ya que las penas eran corporales o de muerte, llenas de excesos, como era el caso en todas partes antes de las reformas iluministas. Dado que el derecho era supremamente cruel, el diputado contaba que los jueces se compadecían de los reos y se dedicaban a los más rebuscados raciocinios para evitar la condena. El resultado, decía, era que la ley, tan severa en su formulación teórica, permanecía inaplicada en una buena parte de los casos, generando así una gran impunidad.

Esta manera de relacionarse con la ley era típica de un sistema premoderno. António Hespanha narra un caso ocurrido en Portugal en el siglo XVIII, bajo Don Juan V, en el que el rey envía a una comarca, como juez letrado, a un magistrado que comienza a aplicar con extremo rigor la ley. Después de algún tiempo, éste es denunciado por los habitantes por su excesivo rigor, lo cual le vale una reprimenda por parte de su soberano. En la carta dirigida al magistrado por el portavoz del soberano se aclara que el propósito de las leyes es principalmente atemorizar antes que castigar, y que el rey, siendo el padre de su pueblo, busca ante todo salvar a los reos antes de castigarlos. Así, el rigor de las palabras de la ley debería entenderse moderadamente (Hespanha 1993, 316).

Otro ejemplo de la debilidad del Estado en contraste con el lenguaje amenazante de la ley se encuentra en el proceso de abolición de la esclavitud. En 1831 fue prohibido el tráfico de esclavos, tanto para dar cumplimiento al tratado con Inglaterra como para dar el primer paso hacia una abolición gradual y progresiva. Sucedió, sin embargo, que los casos de tráfico ilegal eran juzgados, como todos los delitos, por el tribunal, y los jurados estaban muchas veces sometidos o directamente ligados a los intereses de los traficantes y de los señores explotadores. La ley, por lo tanto, no fue efectivamente aplicada. Fue necesario que en 1850 el tráfico ilegal de esclavos fuera calificado como piratería y en consecuencia transferido a una jurisdicción especial de jueces, nombrados por la Corona, retirando así los

procesos de la competencia de los jurados. Esto último dio una mayor libertad para condenar a las personas envueltas en este tipo de situaciones.

En 1850 fue aprobada la Ley de Tierras, cuyo propósito declarado era poner fin al sistema de ocupación desordenada de las tierras y sobre todo de las tierras públicas. Para que la ordenación de la ocupación tuviera éxito, era necesario que hubiera jueces y “demarcadores”, ingenieros y funcionarios suficientes para proceder a los levantamientos técnicos indispensables. La Repartición de las Tierras nunca logró contar con el número adecuado de funcionarios (Carvalho 1996, 316). Como resultado, el sistema de apropiación privada continuó por la simple posesión o por la violencia, sistema que hasta hoy tiene repercusiones en las disputas por las tierras en Brasil.

En ese sentido, resulta fácil ver que el derecho estatal también es incapaz y débil, sin lograr imponerse de manera general, uniforme y universal en el territorio al cual en teoría debería referirse. La inexistencia de un cuerpo de funcionarios suficientemente grande e independiente de los intereses particulares dificultó tradicionalmente la aplicación de la ley de manera desinteresada, impersonal o por lo menos competitiva.

La tensión entre derecho y sociedad en Brasil puede igualmente ser comprendida cuando se observa la sobrevivencia de formas de interacción social desiguales en contraste evidente con la propuesta jurídica de la igualdad universal. El derecho moderno predica la igualdad de un modo bien original. Personalmente, comparto la idea de Canaris según la cual todo pensamiento jurídico –o pensamiento según unas reglas– predica la igualdad (Canaris 1996, 18-23). Pero el derecho moderno, de matiz liberal, universalista y democrático, predica una forma específica de igualdad. Antes que nada, es necesario comprender en qué consiste la igualdad, jurídicamente, para después entender cómo se forma una tensión entre la igualdad declarada por los juristas y la desigualdad confirmada por la propia cultura jurídica brasilera.

Guillermo de Ockham afirmaba que todo lo que existe fuera de la mente es singular. El mundo exterior a la mente humana es un mundo de cosas singulares. Las categorías universales existen en la mente humana, aunque no sólo como fantasías sino como posibilidades de experiencia intelectual. A partir de un mundo de cosas singulares se crea, por el lenguaje, un mundo de clases, de tipos, de conceptos, de artefactos institucionales. En ese sentido, la igualdad es una relación entre términos. La igualdad no es un mero hecho, pues cada ser (cada *ente*) es único. La igualdad es una construcción, una idealización, una regla. Es igual a aquello que puede ser substituido por otra cosa. Si se quiere, la igualdad consiste en una relación entre términos o entre seres. Se afirma que dos términos o dos cosas son iguales cuando pueden ser substituidas y, por lo tanto, cuando son *equiva-*

lentes (esto es, cuando tienen el mismo valor). Se trata aquí de una equivalencia convencional. Las cosas son equivalentes –valen igualmente, valen como iguales– cuando, desde un cierto punto de vista, conforman una clase. La igualdad no es una *cosa* de la cual se puede hablar de la misma forma que se habla de la existencia o de las cualidades de un recipiente, un carro o un *ente*. Referirse a la igualdad significa presuponer o postular que entre distintos entes es posible usar una medida, una regla o un patrón único a partir del cual todos éstos son medidos.

Todo sistema cultural, toda apropiación conceptual del mundo, predica igualdades. Los sujetos constituyen clases en las cuales encajan los seres o los individuos: las especies están constituidas según criterios, o sea normas o reglas. De esta forma, las clasificaciones y las relaciones de igualdades pueden cambiar: el hombre comparte, con las gallinas, el hecho de ser bípedo, pero también comparte con otros animales el hecho de ser mamífero. Bípedo y mamífero son clases dentro de las cuales se integran los individuos o las especies.

Hablar de igualdad es hablar de regla, patrón o medida. La medida se presta justamente para comparar cosas materialmente distintas –cosas singulares– y en consecuencia decir que son, conforme a la medida, iguales o diferentes. La medida introduce la *commensurabilidad*: los iguales deben ser “commensurables”, es decir, sujetos a una sola medida. De todas maneras, el pensamiento inspirado en reglas descarta, por definición, las diferencias. Afirmar que existe una regla equivale a decir que en algún punto dos seres, dos circunstancias o dos estados de cosas son iguales. El mismo concepto de regla implica una pluralidad de casos bajo una univocidad de principios o, como recordaba Wittgenstein en el siglo pasado:

198 - ¿Lo que llamamos *seguir una regla* es algo que sólo una persona podría hacer sólo una vez en su vida? (...) No puede ser que sólo una persona haya, una única vez, seguido una regla. (...) Seguir una regla, hacer una comunicación, dar una orden, jugar una partida de ajedrez son hábitos (costumbres, instituciones). (Wittgenstein 1991, 87)

Y más adelante:

224 - La palabra *conformidad* y la palabra *regla* están emparentadas, son primas. Si enseño a alguien el uso de una de ellas, él aprenderá también el uso de la otra.

225 - El empleo de la palabra *regla* está entrelazado con el de la palabra *igual* (así como el empleo de *proposición* está unido al de *verdadero*). (Wittgenstein 1991, 92)

Todo sistema jurídico –o en general todo sistema de reglas– predica normativamente alguna igualdad. Todo sistema jurídico “construye” igualdades y desigualdades. John Searle distingue adecuadamente las reglas *constitutivas* de las reglas *regulativas*: las primeras establecen norma-

tivamente lo que son las cosas; son las reglas que hacen el juego. Aristóteles decía que hay *principios* que son *estipulaciones* o definiciones (dicen *lo que es una cosa*) y otros que son *hipótesis* o *suposiciones* (dicen *si una cosa es o no es*). Un principio que estipula lo que es una cosa es una regla constitutiva. Ahora bien, la *identidad jurídica* está en la esfera de las primeras reglas: al decir que “todos son iguales frente a la ley” y sobre todo que no se admiten discriminaciones de “edad, creencia, sexo, origen racial”, el sistema jurídico está definiendo o constituyendo los iguales. La definición del principio de igualdad, o de la isonomía, por la cual se determina cuáles son las diferencias que se pueden o no aceptar, no es solamente lexical sino sobre todo estipulativa (Scarpelli, *sd*, 192).

El sistema premoderno de sociedad y de derecho contaba con una forma de igualación, la cual no pretendía ser universal. Los hombres no son todos iguales, son todos diferentes: diferentes por sus habilidades, diferentes por la educación, diferentes en relación con las responsabilidades y diferentes por nacimiento. A estas diferencias corresponderían diferencias jurídicas, diferencias de estamento y diferencias de pertenencia a distintos grupos (corporaciones). Lo que contaba en el sistema antiguo no era una igualdad básica de los hombres, que se reconocía sólo en la esfera religiosa, y por eso mismo la Iglesia se convirtió en la primera corporación burocrática e impersonal de Europa. Lo que importaba eran las desigualdades concretas que justificaban las posiciones diferentes. Así, el sistema premoderno (y predemocrático) predicaba igualdades separadas, segregadas (de corporaciones o de guetos). Y de esta forma funcionaba más o menos toda interacción social, de modo jerarquizado y segregado, con prohibiciones de ciertos intercambios y ciertos contactos (como los matrimonios interreligiosos o interraciales).

Las revoluciones de los siglos XVIII y XIX instituyeron la igualdad universal. Su punto de partida era la afirmación de que el derecho no debería reconocer ni consolidar las diferencias de hecho, sino igualar a todos, de modo que las diferencias fueran abolidas. Si éstas llegaran a surgir, deberían existir únicamente en el ámbito de las actividades libres, deberían ser resultados libres de acciones libres y no fronteras establecidas por el sistema legal.

En el Brasil poscolonial existieron al menos dos grupos que se caracterizaron por una difícil incorporación a esta igualdad universal: los indios y los esclavos. Dos estrategias fueron entonces utilizadas para convivir con las distinciones. La primera consistió en justificar las desigualdades con base en criterios aceptables para la mentalidad liberal. La segunda consistió simplemente en ignorarlas. Las dos estrategias fueron comúnmente empleadas.

La estrategia de la justificación de los tratos diferentes no fue segregacionista sino paternalista. Ni los indios ni los esclavos fueron confi-

nados en guetos físicos o jurídicos: estos grupos fueron equiparados a los menores de edad, de modo que fueron entregados al cuidado de quien tuviese capacidades completas de ser humano o de ciudadano libre. Los indios fueron objeto de una política de civilización, catequización y domesticación (como se solía decir) para que salieran de su estado primitivo e infantil y fueran así incorporados a la Nación brasilera, a la cual nunca se les negó su pertenencia de pleno derecho. Esta estrategia significó que aunque se reconociera el derecho de gozo de las igualdades, no se les reconoció el derecho de actuar como iguales. Es exactamente la misma situación que se creó para los niños: no se dudaba que los niños fueran seres humanos, pero no se les podía dar los mismos derechos que a los adultos. Los indios fueron considerados incapaces hasta que se *civilizaran*. Del mismo modo, en repetidas ocasiones los negros fueron objeto de discursos humanitarios: si contaban con buenos amos, saldrían del estado de ignorancia al que estaban condenados en África, y en consecuencia serían progresivamente civilizados. A los negros se les negaba la ciudadanía pero no se les negaba la humanidad. Era responsabilidad del Estado, por lo tanto, garantizar que los amos no los maltrataran excesivamente. Igualmente, el Estado estaba obligado a promover progresivamente su emancipación, estimulando las liberaciones y dificultando el ingreso de nuevos esclavos al territorio nacional. Esta primera estrategia es el origen de muchos de los argumentos que surgieron a lo largo de toda la historia brasilera para alejar de la participación política a grandes sectores de la población. En su forma más cruel, muchas veces fue formulada así: los brasileros no están preparados para la democracia.

La segunda estrategia consistió simplemente en ignorar las diferencias y en hacer caso omiso de los dos grupos. Las relaciones sociales continuaron siendo las mismas, y los juristas cerraban los ojos frente a esa cuestión. Esta estrategia fue adoptada incluso por quienes se decían contrarios a la esclavitud, como por ejemplo Teixeira de Freitas. Se resumía en dejar de discutir jurídicamente el problema, pues se presuponía que era inevitable que estas diferencias llegaran a ser abolidas. Esta tendencia no fue totalmente exitosa, y la campaña abolicionista de las últimas décadas del siglo XIX explotó la contradicción existente en la solución que pretendió ignorar el problema. El argumento más desarrollado a este respecto, formulado por Joaquim Nabuco, apuntaba que todos aquellos que habían nacido en el territorio brasilero eran considerados como ciudadanos, excepto un grupo que no estaba mencionado en la Constitución: los hijos de esclavos. Pero, ¿a título de qué eran esclavizados? La propia Constitución no lo indicaba. Seguramente no podrían ser ciudadanos brasileros, pues estaba prohibido expresamente por la carta constitucional que ciudadanos brasileros fueran esclavizados. ¿Podrían entonces ser considerados como ciudadanos extranjeros? De ser así –si se legitimara la esclavitud de ciuda-

danos extranjeros—, Brasil estaría violando el derecho internacional, reduciendo a la esclavitud a ciudadanos de otros Estados. Y estaría igualmente reduciendo a la esclavitud únicamente a ciudadanos de algunos lugares determinados, pues era impensable que Brasil se valiera de su derecho de esclavizar extranjeros para imponer la esclavitud a los ingleses, alemanes o norteamericanos. Como puede verse, el argumento de Joaquim Nabuco explota las contradicciones relativas a los límites de la igualdad jurídica (Nabuco 1988).

Ahora bien, si el derecho moderno es un derecho de igualdad universal y no segregadora, es obvio que la declaración universal de igualdad se opone al mantenimiento de una cultura que acepta las desigualdades y de un sistema de producción que las exige (el régimen esclavista). Se instala así una tensión entre prescripciones (normas) jurídicas y prescripciones (normas) socioculturales. Los dos sistemas entran en conflicto permanentemente y los juristas, formados simultáneamente en los cuadros del liberalismo (de la academia) y de la desigualdad (de la vida cotidiana), van a tener que convivir con este doble patrón normativo de moral flexible o de doble moral.

En síntesis, lo que podemos decir es que las desigualdades fueron incorporadas a la interacción social brasilera. No sólo fueron tácitamente aceptadas: la cultura de los juristas e incluso el sistema jurídico las legitimaron, tanto por la vía paternalista como por la vía de la ignorancia. Sería engañoso afirmar que las desigualdades se constituyeron exclusivamente en artificios para el provecho de algunos (una élite económica). Peor aun, la aceptación de la desigualdad contaminó toda la estructura social, como advirtiera Joaquim Nabuco. Es bien conocido el episodio narrado por un viajero extranjero en el Brasil del siglo XIX, del artesano que, para darse aires de importancia, contrató un esclavo para que le cargara las herramientas cuando atravesaba las calles de Río de Janeiro (Hollanda 1963, 77). Esta cultura de la desigualdad se eleva como un obstáculo a la percepción de la universalidad de los derechos, que pasaron a ser considerados únicamente como un sistema de privilegios o de beneficios.

Propongo, por lo tanto, la interpretación de que la desigualdad en la sociedad brasilera fue incorporada a las expectativas normativas de las personas. Una vez incorporada normativamente, la desigualdad se presenta como un obstáculo a la aplicación universal e impersonal de la ley. Esto genera un conflicto permanente y estructural en la aplicación del derecho que forma una de las raíces de la llamada ineficacia del derecho. La ineficacia en esta esfera de explicación corresponde a un rechazo más o menos generalizado de las prácticas modernas, forjadas para disolver ciertas desigualdades.

Este rechazo a los términos del derecho moderno resulta también en el rechazo de la propia autoridad pública. La actitud que García y Rodríguez

definen en su texto –una paradoja de esperanza en la salvación que viene del Estado y un rechazo de la autoridad– puede estar bien traducida en la interpretación histórica que aquí propongo. La autoridad del Estado es entendida todavía en términos premodernos como una mezcla de paternalismo y de despotismo. La relación paternalista significa que la actitud general se limita a esperar los beneficios de alguien superior y cualitativamente diferente. La competencia política se transforma en una competencia para obtener las ventajas y los beneficios (privilegios) que pueda otorgar la autoridad. En la medida en que la lucha es por privilegios y no por derechos, no es difícil convertir estos grupos en predadores (*rent seeking*). La ineficacia del derecho, los ordenamientos paralelos y la debilidad de la autoridad pueden ser estudiados desde un determinado punto de vista. Propongo se tome como referencia la cultura jurídica, entendida como la forma de actuar e interpretar la acción. Naturalmente, este objeto de investigación no excluye los demás.

CONCLUSIÓN

A lo largo de este texto, intentando responder al desafío de García y Rodríguez, desarrollé la idea según la cual la desigualdad es un problema central para la cultura jurídica brasilera. Creo que en realidad lo es para toda América Latina y que, por lo tanto, sería posible observar una convergencia de estudios sobre el tema. La idea de cultura que fue introducida en este ensayo es la de una práctica instituyente o constitutiva. La desigualdad aparece como un problema de naturaleza múltiple. En lo que respecta al derecho, nos interesa ver cómo y por qué se consolidan prácticas de trato desigual, diferenciado, discriminatorio e irrespetuoso. Mi propuesta en estas páginas se limitó a algunos puntos de este posible debate.

En primer lugar, no creo que la referencia al pluralismo ayude a esclarecer lo que se encuentra en juego en Brasil. Sería fácil imaginar que el pluralismo es una salida democratizadora, pero no me parece que ello sea así. De hecho, el pluralismo podría ser descrito más precisamente como un paralelismo, que incluye tanto prácticas ilegales –que no hacen más que perpetuar situaciones de explotación y opresión (intraclases o interclases)– como alternativas inadecuadas para un sistema jurídico eficiente. Dicho sea de paso, no discutí el pluralismo como contrapartida de la tolerancia o como elemento del multiculturalismo.

El *paralelismo jurídico* sería pues la manera como la sociedad latinoamericana lucha contra la ineficacia del ordenamiento formal y contra las desigualdades sociales y locales que la atraviesan. Éstas se acomodan a la ley –y a su discurso riguroso y universal– con las condiciones sociales de desigualdad y con la cultura del aventurero y del conquistador. Al conquistador y al aventurero les corresponde la idea de libertad natural: la capaci-

dad empírica de hacer lo que se quiere. La cultura del privilegio refuerza así la idea de que el derecho es apenas fruto de la fuerza y de la habilidad política de quien sale bien librado, y se vuelve un obstáculo a la constitución de un espacio público, organizado democráticamente y con reglas claras. Así, la cultura del privilegio es perceptible en ciertas nociones de libertad, propiedad y dignidad, objeto de la segunda sección de este texto.

En la tercera parte intenté mostrar cómo la falta de eficacia, el paralelismo de subordenamientos y los privilegios corresponden a la existencia de un espacio público limitado o restringido, en contraste con las formas más familiares y personales de organización social.

Finalmente, en la cuarta parte la intención fue mostrar cómo, a lo largo de la historia del derecho en Brasil, la tensión entre la proclamación de derechos y la convivencia con privilegios incitó a varios autores a proponer explicaciones sociológicas de este hecho. A finales del siglo XIX y en la primera mitad del XX, estas tentativas fueron llevadas a cabo con los recursos de una sociología positivista, para luego ser destituidos por una sociología culturalista y más recientemente por una perspectiva crítica. Esta última, para ser efectiva, debe incorporar elementos normativos al análisis, reconociendo que el derecho no es sólo un sistema de comportamientos regulares sino de acciones con sentido y con significado instituyente y constitutivo.

Una revisión de la historia de Brasil debe ser realizada igualmente bajo estos criterios, y en ese sentido la historiografía más reciente pone en jaque la noción divulgada de que el Estado es fuerte y la sociedad es débil. En verdad, el Estado es autoritario porque es imprevisible, y es imprevisible porque resulta apropiado para grupos de intereses y por ser continuamente objeto de negociación. El derecho brasileiro fue capaz de convivir y justificar el trato desigual entre sus ciudadanos y lo hizo ya sea valiéndose de un discurso paternalista, ya sea ignorando las diferencias.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arantes, Rogério B. (1997). *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Educ Fapesp-Idesp.
- Austin, John L. (1975). *How to do Things with Words*. Cambridge (Ma): Harvard University Press.
- Banfield, Edward. (1958). *The Moral Basis of a Backward Society*. Glencoe (IL): The Free Press.
- Caldeira, Teresa (1991). Direitos humanos ou privilégios de bandidos. *Novos estudos Cebrap*, 30. São Paulo.
- Canaris, Claus-Wilhelm (1996). *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 2a. ed. Lisboa: Calouste-Gulbenkian.
- Cardia, Nancy. (1995). Direitos humanos: ausência de cidadania e exclusão social. *Princípios de Justiça e Paz*. São Paulo: Comissão de Justiça e Paz.

- Carvalho, José Murilo de (1996). *A Construção da ordem/ Teatro de sombras*. Rio de Janeiro: Ed. UERJ/Relume-Dumará.
- Castro, Marcus Faro de (1997). "O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política", *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, V 12, no. 34.
- Castelar, Armando (org.) (2000). *Judiciário e economia no Brasil*. São Paulo: Editora Sumaré.
- Castoriadis, Cornelius (1986). *A Instituição imaginária da sociedade*, 2a. ed. (trad. Guy Reynaud). Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- Costa, Pietro (1986). *Lo Stato immaginario*. Milán: Giuffrè.
- Faria, José Eduardo (org.) (1989). *Direito e justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Editora Ática.
- Franco, Maria Sylvia de C. (1997). *Homens livres na ordem escravocrata*, 4a. ed. São Paulo: Fud. Ed. da UNESP.
- García Villegas, Mauricio (1993). *La eficacia simbólica del derecho*. Bogotá: Uniandes.
- (2001). Symbolic power without symbolic violence? (mimeo). Paper presented at the Annual Meeting of the Law and Society Association in Budapest.
- Hespanha, António M. (1993). Da 'Iustitia' à 'disciplina' in *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Calouste Gulbenkian.
- (1994). *As Vésperas do Leviatã*. Coimbra: Almedina.
- Hollanda, Sérgio B. de (1963). *Raízes do Brasil*, 4a. ed. Brasília: Ed. UNB.
- IDESP-Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo (1994). *A crise do Judiciário vista pelos juízes* (informe de investigación). São Paulo: IDESP.
- (1996). *O Ministério Público e a justiça no Brasil* (informe de investigación). São Paulo: IDESP.
- Leal, Vitor Nunes (1978). *Coronelismo, enxada e voto*, 4ª ed. São Paulo: Ed. Alfa-Omega.
- Locke, John (1964). *Carta a respeito da tolerância*. São Paulo: Ibrasa.
- (C. B. Macpherson, ed.) (1980). *Second Treatise of Government*. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publ. Co.
- Lopes, José Reinaldo de Lima (1989). "A função política do poder judiciário", José Eduardo Faria (org.). *Direito e justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Editora Ática.
- (1998a). "Courts and social rights," in: Thomas Wilhelmsson e Samuli Hurri (ed). *From Dissonance to sense*. Ashgate: Aldershot.
- (1998b). "Planos de saúde e consumidor: relatório de pesquisa Brasilcon", *Revista de Direito do Consumidor*, 28. São Paulo.
- Nabuco, Joaquim (1988). *O Abolicionismo* (ed. facsimilar del original). Recife: Fund. Joaquim Nabuco/ Ed. Massangana.
- Nino, Carlos Santiago (1995). *Un país al margen de la ley*, 2a. ed. Buenos Aires: Emecé.
- Pontes de Miranda. (1980). *Introdução à sociologia geral*. Rio de Janeiro: Forense.
- Ricoeur, Paul (1968). *O socius e o próximo in História e verdade*. Rio de Janeiro: Ed. Forense.
- Romero, Silvio (2001). *Ensaio de filosofia do direito*. São Paulo: Landy.

- Santos, Boaventura de Sousa (1989). "Introdução à sociologia da administração da justiça.", en: José Eduardo Faria (org.). *Direito e justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Editora Ática.
- Santos, Wanderley G. dos (1988). *Paradoxos do liberalismo*. São Paulo/Río de Janeiro.
- (1993). *Razões da desorden*, 2a. ed. Río de Janeiro: Rocco.
- (1994). *Cidadania e justiça*, 3a. ed. Río de Janeiro: Campus. Ed Vertice/IUPERJ.
- Searle, John (1995). *The Construction of Social Reality*. New York: The Free Press.
- Teixeira de Freitas, A. (1910). *Consolidação das leis civis*, 3a. ed. Río de Janeiro: Garnier.
- Vianna, F. J. Oliveira (1987). *Instituições Políticas Brasileiras*. Bello Horizonte: Itatiaia.
- Vianna, Luiz Werneck *et al.* (1997). *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Río de Janeiro: Revan/Iuperj.
- (1999). *A Judicialização da política*. Río de Janeiro: Revan.
- Wittgenstein, Ludwig (1991). *Investigações filosóficas*. São Paulo: Nova Cultural.