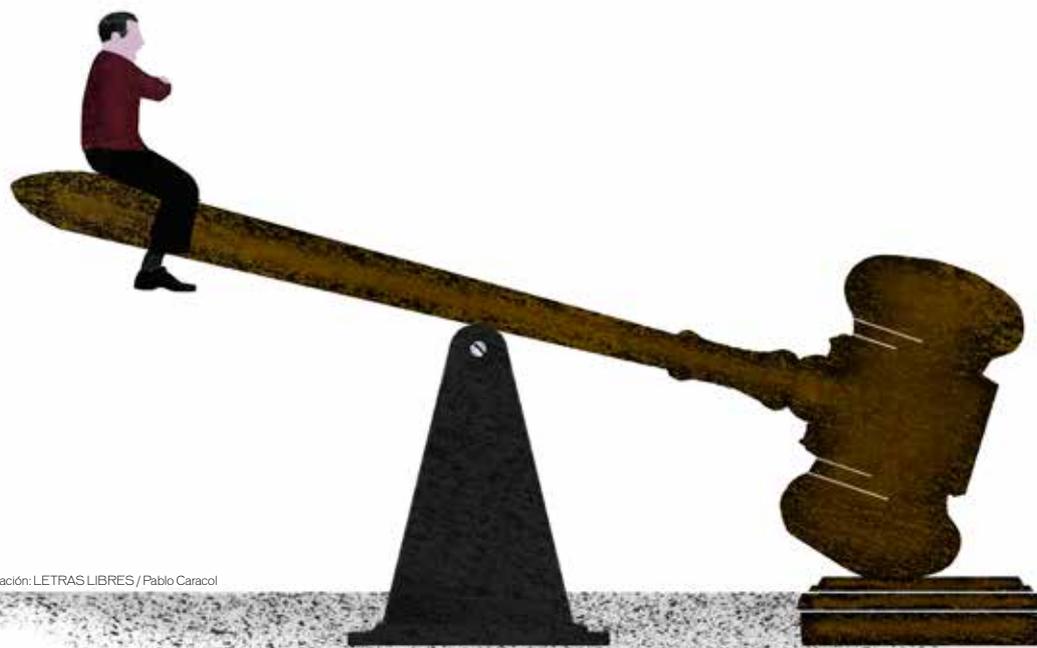


Ilustración: LETRAS LIBRES / Pablo Caracol



El derecho en América Latina, entre lo ideal y lo posible

MAURICIO GARCÍA VILLEGAS

La brecha entre la ley y la realidad es cada vez más grande. La gobernabilidad se debate entre ser estrictos con las normas o tolerar ciertas prácticas ilegales.

LAS NORMAS QUE no se cumplen son más importantes de lo que parecen. Más que una falla, un defecto o un esfuerzo inútil, esas normas incumplidas son esenciales para mantener la estabilidad de las sociedades en las que vivimos. Digo esto basado en mi experiencia como ciudadano de Colombia, un país en donde la estabilidad institucional, la tradición jurídica, el fervor por el derecho y el respeto de los procedimientos judiciales conviven, casi sin traumatismo, con el conflicto armado, la violencia y la corrupción, entre otras manifestaciones de la degradación política y social.

Pero mi experiencia no es única. Gran parte de Latinoamérica vive esa brecha existente entre las normas y los hechos, sin que ello afecte la estabilidad del país, lo cual, por lo demás, no tiene nada de nuevo en la historia de nuestro continente. Más aún, la brecha entre lo que se proclama como norma y lo que se hace en la práctica es cada vez más frecuente en el mundo globalizado y desordenado que habitamos.



Incumplimiento de normas hay en todas partes. Lo que varía es el grado de inobservancia. Todas las sociedades se acostumbran, incluso toleraran, su propia dosis de desacato a las leyes como si fuera una fatalidad frente a la cual no puede hacerse mayor cosa. Pero ahí donde los niveles de incumplimiento son muy abultados (México y Colombia, por ejemplo) las normas no dejan de promulgarse, todo lo contrario, la producción normativa crece como si fuera la solución para resolver el problema del no cumplimiento. Así, paradójicamente, las sociedades



que menos cumplen las normas son aquellas que padecen de una “inflación jurídica”.

Esta paradoja tiene una explicación: el derecho no solo tiene una función instrumental (la explícita) sino una función simbólica (la latente) y, como todo lenguaje, sirve no solo para describir la realidad sino para crearla. En “El hechicero y su magia”, Claude Lévi-Strauss explica la importancia que tiene la creencia para la curación chamánica. No se trata solo de que el público reconozca el poder del chamán, sino que la curación misma solo se explica por la existencia de tal reconocimiento: “El chamán Quesalid no se convirtió en un gran hechicero porque curaba a sus enfermos, sino que sanaba a sus enfermos porque se había convertido en un gran hechicero.”

La fuerza del derecho puede provenir de la capacidad impositiva o reguladora de los contenidos jurídicos, o de la capacidad vinculadora de los símbolos que evoca. Estos dos tipos de incidencia corresponden a la diferencia entre lo instrumental y lo simbólico (una idea que desarrollo en mi libro *La eficacia simbólica del derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina*). Por eso el incumplimiento del derecho no siempre es un fracaso, es decir, no necesariamente es algo que contraviene la intención de quienes crearon la norma. La fuerza del derecho también se encuentra en su carácter de discurso legal y discurso legítimo para movilizar a los individuos en beneficio de una idea o de una imagen y en su capacidad para crear representaciones que pueden derivar en respaldos políticos.

Así, en las sociedades que tienen una brecha muy grande entre lo que el derecho ordena y lo que la gente hace, existe una tendencia a idealizar el derecho. De ahí la pulsión latinoamericana por plasmar en los textos jurídicos la sociedad que queremos, no la que tenemos. El resultado de esto es que en nuestros códigos y constituciones nos preocupamos más por preservar la integridad de nuestros ideales que por plasmar normas de obligatorio cumplimiento.

En “Máscaras mexicanas”, Octavio Paz señalaba la importancia cultural que la simulación y la mentira tienen en nuestra vida social:

Mentimos por placer y fantasía, sí, como todos los pueblos imaginativos, pero también para ocultarnos y ponernos al abrigo de intrusos. La mentira posee una importancia decisiva en nuestra vida cotidiana, en la política, el amor, la amistad. Con ella no pretendemos nada más engañar a los demás, sino a nosotros mismos. De ahí su fertilidad y lo que distingue a nuestras mentiras de las groseras invenciones de otros pueblos. La mentira es un juego trágico, en el que arriesgamos parte de nuestro ser.

En el siglo XVI las normas en América Latina establecían que el sexo estaba reducido a la procreación en el seno familiar. En la práctica, sin embargo, el adulterio y el concubinato eran asuntos corrientes. De eso da cuenta la elevada cantidad de hijos ilegítimos. A diferencia de lo que ocurría en Europa en el siglo XVII, en donde este número no sobrepasaba el 5%, en las colonias españolas estas cifras oscilaban entre 40% y 45%.

Algo parecido ocurría con el comercio. El sistema jurídico que regulaba el mercado en las colonias fue sustituido por una infinidad de redes ilegales de compra y venta de productos, más dinámicas y más rentables. Así, por ejemplo, en 1642, el inspector de Panamá señalaba que más del 80% del comercio era producto del contrabando. En la misma época, una autoridad peruana reportaba que, por mil toneladas de mercancías legales que llegaban a Perú, siete mil quinientas entraban al país de manera ilegal.

Con la independencia y la consolidación de las repúblicas, las cosas cambiaron aunque quizá no lo suficiente. Los abogados y legisladores latinoamericanos se han especializado en construir, como dijo Simón Bolívar en su “Carta de Jamaica”, repúblicas imaginarias en donde la perfección política es la regla (se dice, además, que cuando Victor Hugo leyó algunas partes de la constitución colombiana dijo que esas eran “leyes para ángeles, no para hombres”). El menosprecio por lo real ha dado lugar a un idealismo jurídico que cree que basta con legislar para cambiar la realidad.

Pero el apego a la simulación y al engaño es también parte de la herencia que recibimos de España. En el siglo XVII, cuando la Corte volvió a Madrid, la ciudad no tenía suficientes viviendas para alojar a los funcionarios del rey. Para paliar ese problema se expidió la “Regalía de aposento”, que imponía a todos aquellos que tenían casas de más de dos pisos la obligación de recibir a funcionarios y dignatarios que venían de manera temporal a Madrid para trabajar en la Corte. La ley imponía no solo hospedar al visitante, sino brindarle las comidas correspondientes. El mismo Lope de Vega tuvo que recibir a un general durante más de un año en su casa. Pronto, para evadir esta obligación algunas familias pudientes construyeron sus casas de tal manera que desde afuera solo se alcanzaran a ver dos de los tres pisos que en realidad tenían. A esas casas, de las cuales hay todavía algunos ejemplos en Madrid, se las llamó “casas a la malicia”.



En las sociedades modernas la ley predomina por encima de la moral y la costumbre. Así, por ejemplo, la libertad de cultos (libertad moral) es un derecho constitucional, pero tiene límites y por eso el Estado (la ley) prohíbe las prácticas religiosas que atenten contra el derecho de otras religiones a mantener sus creencias. Lo mismo sucede con los conflictos entre la ley y la costumbre. Cualquier práctica social que atente contra derechos fundamentales (sin importar lo arraigada que se encuentre) debe subordinarse a la ley. Pero, aunque la ley termine siendo superior en la esfera pública, en la práctica los conflictos entre ley, moral y cultura son escasos porque la gran parte de lo que la ley prescribe no tropieza con lo que la gente cree y hace. Como decía William Graham Sumner a comienzos del siglo xx: “Para que la ley sea fuerte debe estar en sintonía con las costumbres.”

En América Latina no existe superioridad del derecho sino un acomodamiento, una negociación, entre ley, moral y costumbre. Con frecuencia, las personas desobedecen las leyes cuando estas entran en conflicto con normas culturales y morales que consideran más importantes. Por ejemplo: en nuestra región, se respetan poco las leyes contra la corrupción y el contrabando porque dichas leyes intentan modificar prácticas sociales enraizadas y a menudo legitimadas por la moral y las costumbres. De ahí que, en la práctica, esas leyes penales se negocien con las normas sociales. El contrabando se mantiene, pero bajo ciertos límites. Más todavía, el contrabando existe gracias a esos límites. La policía participa en el negocio del contrabando, pero lo hace restringiendo aquellas conductas que sobrepasan ciertos umbrales, como diciendo “está bien violar la ley pero no tanto”. Es la violación parcial de la ley penal lo que permite que la corrupción exista. Si la ley no impone ningún límite, o si todos lo incumplen impunemente, la posibilidad de “la mordida” o del chantaje, instrumentos de la corrupción, se esfuman. De ahí que el contrabando necesite leyes que lo prohíban. Uno de los personajes de Alfredo Molano en su libro *Así mismo* señala que “las leyes son la ocasión del soborno, hay que hacerlas cumplir para elevar la mordida. Si la ley no se respeta el sistema se derrumba”.

En *Estados débiles, Estados fuertes*, Joel S. Migdal dice que estas prácticas ilegales no deben ser entendidas como “simples desviaciones de la (buena) conducta normativa, tal como la proponen los códigos del Estado”, sino como un intento de conciliación entre la normatividad ideal y la realidad posible. Lo que

se puede etiquetar [...] como el nepotismo o el contrabando, también se puede ver, por ejemplo, como una moralidad que favorece los lazos de parentesco por encima de la meritocracia, o que expresa el derecho de tránsito de la gente de sus bienes a través de las fronteras arbitrariamente impuestas por la ley del Estado.

La gobernabilidad en América Latina se debate entre un deber ser tan imposible de cumplir como de abandonar y una realidad tan inevitable como indeseable. Fernando Escalante dijo alguna vez que en América Latina la regla era conseguir gobernabilidad a cambio de ilegalidad.

Esa flexibilidad institucional es un fenómeno que puede servir para conciliar intereses y valores que de otra manera serían incompatibles o puede ahondar la brecha entre derecho y realidad. La expresión colonial “se obedece pero no se cumple” tenía precisamente esa ambivalencia: a veces servía para superar una situación institucional bloqueada (por la imposibilidad fáctica de cumplir con una norma mal concebida en España) y otras para subordinar las reglas jurídicas e institucionales a los intereses más poderosos.

Por eso, sociológicamente hablando, en América Latina el derecho más que una norma de obligatorio e inmediato cumplimiento es una caja de herramientas que hace posible la convivencia entre la retórica democrática y la dominación de clase. Entre 1960 y 1991, cuando muchos países de América Latina tenían gobiernos militares, la democracia colombiana vivía restringida por un régimen de excepción casi permanente. Esto hizo posible que los gobiernos colombianos no solo se legitimaran con la retórica democrática sino que concentraran casi todo el poder político en sus manos. La existencia del derecho constitucional permitió una salida intermedia entre un régimen militar, que no habría tenido apoyo popular, y una democracia plena, que las élites no estaban dispuestas a conceder.

La brecha entre los ideales normativos y las prácticas sociales suele producir dos tipos de reacciones. A la primera podríamos llamarla idealista: supone que hay que condenar la ineficacia del derecho e imponer la ley (*dura lex, sed lex*) hasta que las costumbres y la realidad social se sometan, por la fuerza si es necesario. La segunda es la materialista, que asume que el derecho es más o menos irrelevante para cambiar la realidad social y que solo una revolución social o económica podría resolver la distancia que existe entre los postulados normativos y las prácticas sociales.

Muchas políticas públicas de los países de América Latina están inspiradas en la visión idealista del

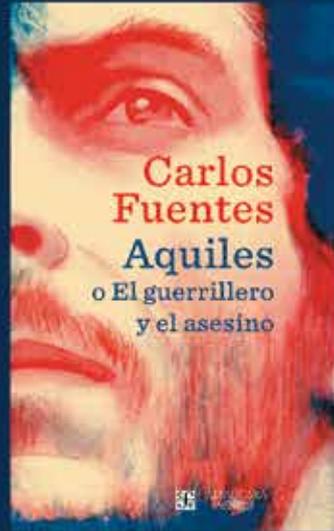
derecho. La más común es el llamado “punitivismo penal”, una estrategia –que ha mostrado su ineficacia en todos los países en donde se ha implementado– que consiste en combatir el delito aumentando las sanciones. Algo de esto también sucede cuando, por ejemplo, se imponen límites de velocidad excesivamente bajos en las carreteras, cuando se impide que los trabajadores de las empresas que prestan servicios públicos vayan a la huelga o cuando se impone un estatuto demasiado exigente para la contratación estatal, para no hablar de las normas que penalizan el consumo de droga, el aborto o la eutanasia. Estas normas imponen conductas difíciles de cumplir.

La perspectiva idealista suele alimentar el espíritu moralista. La frustración producida por la persistencia de la ilegalidad desencadena una actitud de condena ineluctable hacia todo comportamiento desviado, por irrelevante que parezca. En el debate público abundan los inquisidores de la moral pública fundados en principios abstractos que aplican sin matices. Para ellos la proclamación de lo que *debe ser* se justifica incluso si la norma produce resultados contraproducentes. En el caso del aborto, por ejemplo, insisten en la prohibición a sabiendas de que ello no solo no reduce el número de abortos sino que aumenta las muertes de las madres, debido a la insalubridad en la que se practican los legrados.

Por su parte, la perspectiva materialista suele alimentar una especie de pragmatismo cínico, como cuando el expresidente colombiano Julio César Turbay Ayala proponía no acabar con la corrupción, sino “reducirla a sus justas proporciones”. Dado que no es posible someter a las prácticas ilegales, se propone convivir con ellas, lo cual conduce a bendecir todo arreglo que se lleve a cabo bajo esas prácticas. Esta perspectiva explica las propuestas de negociar con el narcotráfico para reducir los efectos perniciosos de su negocio.

Entre el optimismo ingenuo de los idealistas, que todo lo quieren solucionar en el papel, con reformas punitivas, por ejemplo, y el cinismo irresponsable de los materialistas, que todo lo quieren resolver en la práctica, con arreglos políticos que le tuercen el cuello a la ley, los latinoamericanos debemos encontrar un espacio intermedio en donde se preserve el imperio de la ley sin que ello implique desconocer la necesidad de adaptar el derecho a la realidad social. Es fácil decirlo, mucho más difícil hacerlo. Pero ahí, en ese reto, se juega el futuro del derecho en América Latina. —

MAURICIO GARCÍA VILLEGAS (Manizales, Colombia, 1959) es profesor del Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Colombia e investigador del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.



AQUILES O EL GUERRILLERO Y EL ASESINO

Novela póstuma de Carlos Fuentes,
coeditada por el Fondo de Cultura
Económica y Alfaguara.

Si la novela latinoamericana es considerada una de las más ricas, una razón es su orientación profundamente crítica y porque refleja a menudo la brutal realidad de nuestro continente. Ella narra la historia de su desolación social y política, es el relato dramático de la pérdida de sus grandes esperanzas. Carlos Fuentes, fiel a esta concepción de la novela, nos ha legado en *Aguiles o El guerrillero y el asesino* una obra brillante que indaga con lucidez penetrante las raíces de la barbarie ancestral en Colombia y el ascenso de la revolución como consecuencia de la oleada de violencia desatada en ese país a mediados del siglo XX.

La obra relata la vida de Carlos Pizarro —líder guerrillero del Movimiento 19 de abril y candidato a la presidencia de Colombia— desde su infancia hasta su asesinato. Su vida sirve al autor para diseccionar el contexto social en que aparece una de las etapas más violentas y sangrientas de la historia de Colombia. Con ello lanza los dardos de su crítica a los sistemas políticos latinoamericanos y al intervencionismo estadounidense en América Latina durante la Guerra Fría.

Aguiles o El guerrillero y el asesino, novela póstuma de Carlos Fuentes, posee un valor inestimable ya que podría considerarse el epílogo que corona su vasta obra, hoy fundamental para la literatura mexicana y latinoamericana de los siglos XX y XXI.

Letras sin Fronteras

www.fondodeculturaeconomica.com



@FCEMexico



Fondo de Cultura Económica



fcemexico



Fondo de Cultura Económica



FCE México