

sur

revista internacional
de derechos humanos

6

2007
Número 6 • Año 4
Edición en Español

● **Upendra Baxi**

El Estado de Derecho en la India

● **Oscar Vilhena Vieira**

La desigualdad y la subversión del Estado de Derecho

● **Rodrigo Uprimny Yepes**

La judicialización de la política en Colombia:
casos, potencialidades y riesgos

● **Laura C. Pautassi**

¿Igualdad en la desigualdad?
Alcances y límites de las acciones afirmativas

● **Gert Jonker y Rika Swanzen**

Servicios de mediación para los testigos menores de edad que
atestiguan ante tribunales penales sudafricanos

● **Sergio Branco**

La ley de autor brasileña como elemento de restricción
a la eficacia del derecho humano a la educación

● **Thomas W. Pogge**

Propuesta para un Dividendo sobre Recursos Globales



RED UNIVERSITARIA
DE DERECHOS HUMANOS

SUR

Un proyecto de Conectas Derechos Humanos

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

CONSEJO EDITORIAL

Christof Heyns

Universidad de Pretoria (Sudáfrica)

Emilio García Méndez

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Fifi Benaboud

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

Fiona Macaulay

Universidad de Bradford (Reino Unido)

Flavia Piovesan

Pontificia Universidad Católica de São Paulo (Brasil)

J. Paul Martin

Universidad de Columbia (Estados Unidos)

Kwame Karikari

Universidad de Ghana (Ghana)

Mustapha Kamel Al-Sayyed

Universidad de El Cairo (Egipto)

Richard Pierre Claude

Universidad de Maryland (Estados Unidos)

Roberto Garretón

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

EDITOR

Pedro Paulo Poppovic

COMITÉ EJECUTIVO

Andre Degenszajn

Daniela Ikawa

Juana Kweitel

Laura Mattar

DISEÑO GRÁFICO

Oz Design

EDICIÓN

Daniela Ikawa

EDICIÓN DE ARTE

Alex Furini

COLABORACIONES

Catharina Nakashima, Isamar Escalona,

Miriam Osuna y Thiago Amparo

DISTRIBUCIÓN

Catharina Nakashima

IMPRESIÓN

Pro! Editora Gráfica Ltda.

SUSCRIPCIÓN Y CONTACTO

Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos

Rua Pamplona, 1197 – Casa 4

São Paulo/SP – Brasil – CEP 01405-030

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

E-mail <surjournal@surjournal.org>

Internet <www.surjournal.org>

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

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

CONSEJO CONSULTIVO

Alejandro M. Garro

Universidad de Columbia (Estados Unidos)

Antonio Carlos Gomes da Costa

Modus Faciendi (Brasil)

Bernardo Sorj

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

Bertrand Badie

Sciences-Po (Francia)

Cosmas Gitta

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

Daniel Mato

Universidad Central de Venezuela (Venezuela)

Eduardo Bustelo Graffigna

Universidad Nacional de Cuyo (Argentina)

Ellen Chapnick

Universidad de Columbia (Estados Unidos)

Ernesto Garzon Valdés

Universidad de Maguncia (Alemania)

Fateh Azzam

Universidad Americana en El Cairo (Egipto)

Guy Haarscher

Universidad Libre de Bruselas (Bélgica)

Jeremy Sarkin

Universidad de Western Cape (Sudáfrica)

João Batista Costa Saraiva

Jurisdicción Regional de Niños y Adolescentes de Santo Ângelo/RS (Brasil)

Jorge Giannareas

Universidad de Panamá (Panamá)

José Reinaldo de Lima Lopes

Universidad de São Paulo (Brasil)

Juan Amaya Castro University

Universidad para la Paz (Costa Rica)

Lucía Dammert

FLACSO (Chile)

Luigi Ferrajoli

Universidad de Roma (Italia)

Luiz Eduardo Wanderley

Pontificia Universidad Católica de São Paulo (Brasil)

Malak El Chichini Poppovic

Conectas Derechos Humanos (Brasil)

Maria Filomena Gregori

Universidad de Campinas (Brasil)

Maria Herminia Tavares de Almeida

Universidad de São Paulo (Brasil)

Mario Gómez Jiménez

Fundación Restrepo Barco (Colombia)

Miguel Cillero

Universidad Diego Portales (Chile)

Milena Grillo

Fundación Paniamor (Costa Rica)

Mudar Kassis

Universidad Birzeit (Palestina)

Oscar Vilhena Vieira

Facultad de Derecho de la Fundación Getúlio Vargas (Brasil)

Paul Chevigny

Universidad de Nueva York (Estados Unidos)

Philip Alston

Universidad de Nueva York (Estados Unidos)

Roberto Cuéllar M.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Costa Rica)

Roger Raupp Rios

Universidad Federal de Rio Grande do Sul (Brasil)

Shepard Forman

Universidad de Nueva York (Estados Unidos)

Víctor Abramovich

Centro de Estudios Legales y Sociales (Argentina)

Victor Topanou

Universidad Nacional de Benin (Benin)

Vinodh Jaichand

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

PRESENTACIÓN



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CONTENIDOS

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



UPENDRA BAXI

El Profesor Upendra Baxi, catedrático de Derecho en Desarrollo de la Universidad de Warwick (desde 1996), fue anteriormente profesor de Derecho en la Universidad de Delhi (1973-1996) y Vice-canciller (1990-1994). El profesor Baxi se graduó en Rajkot (Universidad de Gujarat), estudió Derecho en la Universidad de Bombay y tiene Masters en Derecho de las Universidades de Bombay y de la Universidad de

California en Berkeley, organismo que también le otorgó un Doctorado en Ciencias Jurídicas.

Dirección: University of Warwick

Coventry CV4 7AL, UK

Email: u.baxi@warwick.ac.uk

RESUMEN

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

Original en inglés. Traducido por Alex Ferrara.

PALABRAS CLAVES

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



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*

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

EL ESTADO DE DERECHO EN LA INDIA

Upendra Baxi

¿Un nuevo discurso?

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

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

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

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

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

La “novedad” del debate sobre el EDD contemporáneo

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

Las limitaciones de espacio impiden un análisis detallado y completo de

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

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

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

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

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

Gobierno de leyes y gobierno de hombres

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

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

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

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

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

¿Qué toma en cuenta el EDD y qué no?

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

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

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

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

Constitución de una autoridad legítima

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

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

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

Formas de gobierno político

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

Obligaciones de los gobernados y de los gobernantes

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

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

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

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

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

Originalidad y mimesis – EDD postcolonial indio

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

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

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

Autoridad

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

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

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

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

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

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

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

Derechos

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

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

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

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

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

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

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

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

Justicia/Desarrollo

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

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

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

El EDD desplegado por el poder judicial indio

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Algunas observaciones a modo de conclusión

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

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

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

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

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

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

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

NOTAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

NÚMEROS ANTERIORES

Números anteriores disponibles en el sitio www.surjournal.org

SUR 1

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ

Origen, sentido y futuro de los derechos humanos:
Reflexiones para una nueva agenda

FLAVIA PIOVESAN

Derechos sociales, económicos y culturales y
derechos civiles y políticos

OSCAR VILHENA VIEIRA Y A. SCOTT DUPREE

Reflexión sobre la sociedad civil y los
derechos humanos

JEREMY SARKIN

La consolidación de los reclamos de
reparaciones por violaciones de los derechos
humanos cometidas en el Sur

VINODH JAICHAND

Estrategias de litigio de interés público para
el avance de los derechos humanos en los
sistemas domésticos de derecho

PAUL CHEVIGNY

La represión en los Estados Unidos después
del atentado del 11 de septiembre

SERGIO VIEIRA DE MELLO

Redefinir la seguridad Cinco cuestiones
sobre derechos humanos

SUR 2

SALIL SHETTY

Declaración y Objetivos de Desarrollo
del Milenio: Oportunidades para los
derechos humanos

FATEH AZZAM

Los derechos humanos en la implementación
de los Objetivos de Desarrollo del Milenio

RICHARD PIERRE CLAUDE

Derecho a la educación y educación para los
derechos humanos

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

El derecho al reconocimiento para gays y lesbianas

E.S. NWAUCHE Y J.C. NWOBIKE

Implementación del derecho al desarrollo

STEVEN FREELAND

Derechos humanos, medio ambiente y conflictos:
Enfrentando los crímenes ambientales

FIONA MACAULAY

Cooperación entre el Estado y la sociedad civil
para promover la seguridad ciudadana en Brasil

EDWIN REKOSH

¿Quién define el interés público?

VÍCTOR E. ABRAMOVICH

Líneas de trabajo en derechos económicos,
sociales y culturales: Herramientas y aliados

SUR 3

CAROLINE DOMMEN

Comercio y derechos humanos:
rumbo a la coherencia

CARLOS M. CORREA

El Acuerdo sobre los ADPIC y el acceso
a medicamentos en los países en desarrollo

BERNARDO SORJ

Seguridad, seguridad humana y América Latina

ALBERTO BOVINO

La actividad probatoria ante la
Corte Interamericana de Derechos Humanos

NICO HORN

Eddie Mabo y Namibia: reforma agraria y
derechos precoloniales a la posesión de la tierra

NLERUM S. OKOGBULE

El acceso a la justicia y la protección
a los derechos humanos en Nigeria

MARÍA JOSÉ GUEMBE

La reapertura de los juicios por los crímenes
de la dictadura militar argentina

JOSÉ RICARDO CUNHA

Derechos humanos y justiciabilidad:
una investigación en Río de Janeiro

LOUISE ARBOUR

Plan de acción presentado por la Alta
Comisionada de las Naciones Unidas para
los Derechos Humanos

SUR 4

FERNANDE RAINE

El desafío de la mensuración en derechos humanos

MARIO MELO

Últimos avances en la justiciabilidad de los derechos indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

ISABELA FIGUEROA

Pueblos indígenas versus petroleras:
Control constitucional en la resistencia

ROBERT ARCHER

Los puntos fuertes de distintas tradiciones:
¿Qué es lo que se puede ganar y lo que se puede perder combinando derechos y desarrollo?

J. PAUL MARTIN

Relectura del desarrollo y de los derechos:
Lecciones desde África

MICHELLE RATTON SANCHEZ

Breves consideraciones sobre los mecanismos de participación de las ONGs en la OMC

JUSTICE C. NWOBKE

Empresas farmacéuticas y acceso a medicamentos en los países en desarrollo: El camino a seguir

CLÓVIS ROBERTO ZIMMERMANN

Los programas sociales desde la óptica de los derechos humanos: El caso del Bolsa Familia del gobierno Lula en Brasil

CHRISTOF HEYNS, DAVID PADILLA Y
LEO ZWAAK

Comparación esquemática de los sistemas regionales de derechos humanos:
Una actualización

RESEÑA

SUR 5

CARLOS VILLAN DURAN

Luces y sombras del nuevo Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

PAULINA VEGA GONZÁLEZ

El papel de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional: sus derechos y las primeras decisiones de la Corte

OSWALDO RUIZ CHIRIBOGA

El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el Sistema Interamericano

LYDIAH KEMUNTO BOSIRE

Exceso de promesas, exceso de incumplimiento: justicia transicional en el África Subsahariana

DEVIKA PRASAD

El fortalecimiento de la policía democrática y de la responsabilidad en la *Commonwealth* del Pacífico

IGNACIO CANO

Políticas de seguridad pública en Brasil: tentativas de modernización y democratización versus la guerra contra el crimen

TOM FARER

Hacia un eficaz orden legal internacional: ¿de coexistencia a concertación?

RESEÑA