

Los Costos Colaterales de la Violencia:

Cómo la Inseguridad moldea las Instituciones Jurídicas en Brasil*

Diego Werneck Arguelhes y Mariana Pargendler

I. Introducción

Latinoamérica posee uno de los más elevados niveles de criminalidad en el mundo. Más aún, los niveles de violencia en varios países de la región han escalado en décadas recientes.¹ De acuerdo con algunas estimaciones, la incidencia del homicidio en la región supera el doble del promedio mundial.² Tal esparcimiento de violencia ocasiona importantes pérdidas humanas, sociales y materiales. Los costos *directos* de la violencia incluyen pérdidas derivadas de actos criminales (pérdida de vidas, daño emocional y físico, y el resultante desincentivo para invertir) así como también los gastos en que se incurre para prevenir el crimen.

Las pérdidas atribuibles a la violencia son significativas en la región. Algunos economistas estiman que los costos de la criminalidad en Latinoamérica alcanzaron el 14% del PBI en 1997, mientras que otros entienden que el PBI per cápita en la región sería hasta un 25% superior si las tasas de delincuencia fuesen similares a las de otros países.³ En particular, los costos de las medidas dirigidas a la prevención de la violencia son considerables. Por ejemplo, en 2001, las subsidiarias de General Motors en Brasil invirtieron en seguridad casi tres dólares por cada dólar invertido en la casa matriz de la compañía en EE.UU., a pesar de su menor tamaño.⁴

Este trabajo no tratará los costos directos de la violencia (e.g., la pérdida de vidas humanas) ni los costos de las medidas dirigidas a contrarrestar o disuadir la criminalidad (e.g., rejas de seguridad en las ventanas). Nos concentraremos, en cambio, en el impacto que la violencia y la falta de seguridad han tenido en el desarrollo de las instituciones jurídicas en el Brasil. Los costos indirectos de la criminalidad por su impacto en las instituciones legales –lo que llamamos los “costos jurídicos de la violencia”– se originan en dos tipos de políticas distintos, aunque no mutuamente excluyentes: (i) *políticas represivas*, primariamente dirigidas a combatir las fuentes de violencia mediante la disuasión de criminales en

* Queremos agradecer a los participantes del SELA 2010 en Santiago, Chile, por sus enriquecedores comentarios. También estamos extremadamente agradecidos con Marcio Grandchamp y George Georgiev por sus profundos comentarios a una versión anterior de este trabajo. Todos los errores son de nuestra responsabilidad.

¹ Ver Rafael Di Tella, Sebastian Edwards & Ernesto Schargrodsky, *Introduction, en THE ECONOMICS OF CRIME: LESSONS FOR AND FROM LATIN AMERICA 2* (en prensa, University of Chicago Press), disponible en <http://www.nber.org/books> (“The Economics of Crime”) (analizando la literatura sobre los efectos económicos del crimen en Latinoamérica).

² Walter C. Prillaman, *Crime, Democracy, and Development in Latin America*, Center for Strategic and International Studies, Policy Papers on the Americas, vol. XIV, study 6 (2003), p. 3.

³ Tella et al., *supra* nota 1.

⁴ *A Conta Vai para Todos Nós*, REVISTA VEJA, Junio 13, 2001.

potencia, y (ii) *políticas adaptativas*, primariamente destinadas a la adaptación de un régimen legal preexistente o propuesto a una situación de violencia que se toma como dada, mediante el incremento en los niveles de protección a las potenciales víctimas.

Los costos asociados a políticas represivas son bien conocidos en la literatura; mucho se ha escrito acerca de los riesgos que medidas en contra de la violencia criminal (o, en particular, el terrorismo) que resulten excesivamente represivas pueden representar para el estado de derecho y las instituciones democráticas.⁵ Un régimen de derecho penal que sea muy estricto, por ejemplo, puede ser menos deferente para con las protecciones constitucionales de derechos individuales como la presunción de inocencia, el debido proceso de ley, la prohibición de la tortura y los castigos crueles e inusuales. Las políticas represivas pueden conducir, por ende, a un *deterioro de ciertos derechos individuales en aras a promover la seguridad pública*.

Si bien los potenciales costos de las políticas represivas resultan conocidos, no puede predicarse lo mismo para lo que denominamos políticas adaptativas, i.e., políticas que toman una situación de inseguridad como dada y adaptan un régimen legal a este estado de violencia incrementando los niveles de protección para potenciales víctimas. Nuestro principal objetivo en este trabajo es documentar y analizar el surgimiento de políticas adaptativas en Brasil. Intentaremos mostrar la creciente influencia que la propia percepción de inseguridad ha tenido en diferentes áreas del derecho brasileño, que ha resultado en una adaptación del derecho a la criminalidad, más que en un intento por combatirla. Esta adaptación típicamente se manifiesta mediante *una potenciación de los derechos individuales de las eventuales víctimas, aún en detrimento de otras políticas públicas*.

Las políticas adaptativas en Brasil han impactado de manera descentralizada y dispersa, y se encuentran repercutiendo en campos legales que tienen poco o nada que ver con el derecho penal, el cual es generalmente considerado el ámbito tradicional de las políticas represivas. En efecto, argumentos basados en la falta de seguridad en Brasil han sido utilizados para influir en el desarrollo de instituciones legales en áreas tan diversas como el derecho comercial, el derecho administrativo y hasta las regulaciones del tránsito. Tan sólo en 2009, argumentos sobre la seguridad fueron empleados para evitar o mitigar requisitos de transparencia aparentemente razonables sobre los montos de los honorarios percibidos por altos ejecutivos de compañías cuyas acciones cotizan en el mercado de valores, los salarios de

⁵ Una frecuente línea argumental en la literatura destaca que un incremento en los poderes represivos del Estado, aún si se encuentran justificados en un contexto de inseguridad, pueden (i) allanar el camino para una represión todavía más grande y menos justificada (pendiente resbaladiza), o (ii) hacer más difícil retirar estas medidas de emergencia, aún cuando la inseguridad disparadora deje de existir (efecto unidireccional). Para una discusión de estos argumentos ver Oren Gross, *Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?*, 112 YALE L. J., 1011 (2003); para una crítica de ambos ver Eric Posner & Adrian Vermeule, *Acommodating Emergencies*, in THE CONSTITUTION IN WARTIME: BEYOND ALARMISM AND COMPLACENCY (Mark Tushnet ed., 2005) ("The Constitution in Wartime").

empleados públicos y los gastos efectuados mediante la tarjeta de crédito oficial del presidente de la República.

Estos ejemplos son meramente ilustrativos más que exhaustivos. Además, resulta interesante que en cada caso, los argumentos basados en la seguridad fueron empleados para eximir a ciertos individuos, considerados como potenciales víctimas de violencia criminal, de deberes o cargas que en otras circunstancias hubiesen sido consideradas razonables, de manera que perjudica en general la transparencia gubernamental o del mercado, según el caso.⁶ La transparencia es tanto un componente esencial de la democracia cuanto una condición para lograr mercados competitivos y la eficiencia económica. La transparencia es uno de los principios fundamentales de la administración pública en Brasil,⁷ y a la vez una herramienta clave en la regulación de los mercados de capital.⁸

El famoso adagio de Louis Brandeis reza “se dice que la luz solar es el mejor desinfectante, y la luz eléctrica el policía más eficiente”.⁹ En el Brasil contemporáneo, sin embargo, la sabiduría popular sugiere que el la seguridad individual de la víctima se aprovecha de la oscuridad y la opacidad. El razonamiento es que la víctima que no puede ser vista, identificada o individualizada de ninguna forma tampoco puede ser atacada, aún si la misma opacidad puede contribuir a un incremento general del comportamiento delictual (desde formas más violentas, como actos criminales en contra de la vida, hasta las menos violentas, como la corrupción). En otros casos, tales como la controversia en torno a la penalización por contravenciones de tránsito en horario nocturno, el derecho a seguridad de un individuo debe ser balanceado con políticas públicas que tienen por objetivo salvar vidas.

Estos ejemplos ilustran una manera peculiar en que la inseguridad moldea el desarrollo de las instituciones legales en Brasil. A continuación, la Tabla 1 resume las distinciones entre costos directos e indirectos de la violencia y su prevención.

Tabla 1: Costos directos e indirectos (i.e., leales) de la violencia criminal

| | Costos de la violencia criminal | Costos de medidas preventivas y represivas |
|-----------------|---|--|
| Directos | Pérdida de la vida; daño emocional y físico; etc. | Erogaciones relativas a medidas de seguridad (rejas de seguridad; alarmas; etc.) |

⁶ La eximición de deberes legales o justificación de violaciones a las normas en caso de riesgo a la vida dista de ser un fenómeno reciente. Hasta las violaciones de las reglas más fundamentales, como la prohibición de homicidio, suelen no ser castigadas si el acusado actuó en defensa propia.

⁷ Constitución de la República Federal del Brasil, art. 37.

⁸ Ver, *e.g.*, Ley N° 6.385/76, art. 3, VI.

⁹ Louis D. Brandeis, OTHER PEOPLE’S MONEY: AND HOW THE BANKERS USE IT 92 (1914) (argumentando que “[p]ublicamente es sólo recomendada como remedio para las enfermedades sociales e industriales”).

| | | |
|-----------------------------|--|---|
| Indirectos o legales | <p>“Políticas adaptativas”</p> <p>Intensificación de los derechos individuales de víctimas potenciales en detrimento de políticas públicas</p> <p>E.g.: menos transparencia sobre las remuneraciones de ejecutivos de compañías abiertas y miembros del servicio civil; distorsiones en las leyes del tránsito; etc.</p> | <p>“Políticas represivas”</p> <p>Intensificación de políticas de seguridad en detrimento de derechos individuales de potenciales criminales</p> <p>E.g.: reducción de protecciones fundamentales como la presunción de inocencia, la prohibición de tortura, la prohibición de castigos crueles e inusuales, etc.</p> |
|-----------------------------|--|---|

Cada uno de los casos descritos en la Parte II destaca circunstancias en las que la percepción de la violencia o inseguridad está desviando a la legislación brasileña de lo que probablemente serían regímenes legales óptimos. Sería sencillo juzgar a estos resultados adaptativos como soluciones subóptimas, i.e., el mejor régimen posible dadas las restricciones inherentes (inseguridad), pero atacaremos esta concepción.¹⁰ Sugerimos, en cambio, que estas políticas adaptativas traen aparejados costos legales significativos relacionados con un debilitamiento de políticas públicas importantes y podrían, en el largo plazo, terminar por dificultar el desarrollo del país y la eliminación de las causas económicas y sociales originarias de la violencia.¹¹

Abordaremos la relación entre la inseguridad y los desarrollos legales adaptativos en el Brasil como sigue: la Parte II ilustra sobre el significado de las políticas adaptativas analizando el uso de argumentos basados en la inseguridad para influir en el resultado de diferentes disputas legales; la Parte III se detiene brevemente en el debate tradicional sobre la relación entre la inseguridad y desarrollos jurídicos, donde nuestro objetivo es mostrar que los términos típicos del debate en torno a las políticas represivas no se adecuan a la estructura e implicancias de las políticas adaptativas; por último, la Parte IV concluye con algunas especulaciones sobre las consecuencias distributivas y posibles implicancias normativas del creciente empleo de políticas adaptativas en Brasil.

¹⁰ En los últimos años, los economistas han llegado a criticar el supuesto de que un solo conjunto de buenas prácticas internacionales puede promover el desarrollo económico en todas las economías en desarrollo y han pasado, en cambio, a reconocer que “instituciones sub-óptimas” que encajan mejor con las circunstancias particulares de un país pueden ser más efectivas para promover el desarrollo. Ver, e.g., Dani Rodrik, *Second-Best Institutions*, 98 AM. ECON. REV. 100 (2008).

¹¹ Rodrigo R. Soares & Joana Naritomi, *Understanding High Crime Rates in Latin America: The Role of Social and Policy Factors*, in THE ECONOMICS OF CRIME, *supra* note 1, plantean que aunque la incidencia del crimen en Latinoamérica es extremadamente alta, no es tan distinta de los niveles precedidos en virtud de su alto grado de desigualdad social y bajos niveles de inversión en policía y prisiones. Por lo tanto, es razonable asumir que el desarrollo económico y la reducción en la desigualdad en el ingreso podrían reducir significativamente los niveles de violencia en la región.

II. Argumentos sobre la Inseguridad y el Derecho Brasileño

a) Inseguridad y Mercados de Capitales

Durante las décadas pasadas se ha registrado un creciente consenso acerca de que los mercados de capital activos promueven el desarrollo económico.¹² En la última década, merced a una combinación de innovaciones institucionales importantes alentadas por la Bolsa de Valores de San Pablo y un ambiente macroeconómico favorable, los mercados de capitales de Brasil se han convertido en uno de los más activos del mundo y un modelo para economías en desarrollo. Más recientemente, la confianza de los inversores en el mercado de capitales brasileño puede también ser atribuida a la posición crecientemente activista de la Comisión de Valores (Comissão de Valores Mobiliários, CVM) hacia la protección de accionistas minoritarios.¹³

El año pasado, la CVM buscó remediar uno de las deficiencias más conspicuas del mercado de capitales brasileño en comparación con los estándares internacionales. Al principio de 2009, la CVM propuso, entre otras cosas, una nueva regulación requiriendo a las compañías declarar los montos de las remuneraciones pagadas a cada uno de sus altos ejecutivos. La propuesta fue sometida a audiencia pública y generó una oposición significativa por parte de compañías públicas y sus ejecutivos. Sorprendentemente, el principal argumento esgrimido en contra del nuevo requisito fue precisamente el alto nivel de criminalidad en Brasil.¹⁴ Tal cual fue descrito por la prensa local:

“[c]uriosamente, en Brasil este tema [declaración de las remuneraciones a los ejecutivos] ha sido encarado más desde el ángulo de la seguridad pública que desde la perspectiva del gerenciamiento corporativo. Algunas personas creen, por ejemplo, que la libre disponibilidad de esta información puede hacer peligrar la seguridad de los ejecutivos, quienes se convertirían en objetivos potenciales de acciones criminales como secuestros.”¹⁵

¹² Ver, e.g., Robert G. King & Ross Levine, *Finance and Growth: Schumpeter Might Be Right*, 108 QUART. J. ECON. 717 (1993), entre muchos otros.

¹³ Para una reseña de recientes cambios en los mercados de capitales de Brasil, ver Ronald J. Gilson, Henry Hansmann & Mariana Pargendler, *Regulatory Dualism as a Development Strategy: Corporate Reform in Brazil, the U.S. and the EU* (forthcoming 63 STAN. L. REV. __, 2010).

¹⁴ Por más curioso que parezca, el uso de argumentos sobre la seguridad para evitar requerimientos de publicidad de las remuneraciones de ejecutivos tiene precedentes. Exactamente como en el Brasil del siglo XXI, los oponentes de reglas similares en los Estados Unidos de los años 1930s aducían cuestiones relativas a la privacidad y la preocupación de que los gerentes se convertirían en blancos fáciles de secuestros. Ver Harwell Wells, “No Man Can be Worth \$1,000,000 a Year”: *The Fight over Executive Compensation in 1930s America*, 44 U. RICH. L. REV. 689, 708 (2010).

¹⁵ Joaquim Castanheira, *Ele Decidiu Revelar o Próprio Salário: A Decisão Inédita da Usiminas*, ISTOÉ DINHEIRO, April 20, 2009.

Como la declaración de los salarios ejecutivos es la regla en otras jurisdicciones con importantes mercados de capital (y consiste en una práctica familiar en la historia de Brasil),¹⁶ los opositores a la reforma se han focalizado en el particularmente pobre historial brasileño en materia de seguridad pública para evitar la aprobación de la nueva regulación. La Asociación Brasileña de Compañías Abiertas (Associação Brasileira de Companhias Abertas, ABRASCA), el principal grupo de presión en defensa de los intereses de las empresas que cotizan en la bolsa de valores y sus accionistas, argumentaron que “aún si esta información [los montos pagados a ejecutivos individuales] fuese de utilidad para los inversores, no es recomendable que las compañías lo hagan público dada nuestra situación de graves problemas de seguridad.”¹⁷

Las fuertes reacciones negativas a las regulaciones propuestas sobre declaración de remuneraciones reforzaron las preocupaciones iniciales de la CVM sobre la seguridad y la llevaron a abandonar su proyecto original.¹⁸ La solución de compromiso, aprobada como Instrucción 480 en Diciembre de 2009, requirió que determinadas compañías publicasen el salario más alto y el más bajo de sus directores y gerentes, aunque sin indicar los nombres de quienes los recibían. Esta modesta solución significó un avance sobre la regulación existente a la fecha, que tan sólo requería que las empresas declarasen el monto agregado destinado a remuneraciones de ejecutivos, sin mayores explicaciones en cuanto a salarios o cargos.¹⁹

Aún esta solución intermedia, que no alcanza a satisfacer estándares internacionales, fue altamente controvertida en Brasil. El senador Francisco Dornelles (PP-RJ) declaró públicamente que “la mayor transparencia buscada por la regla podría hacer peligrar la seguridad de estos ejecutivos y sus familias” y podría llegar a ser “de gran utilidad para criminales en la selección de sus víctimas”.²⁰ Finalmente, la controversia resultó en impugnaciones judiciales cuestionando la constitucionalidad y legalidad de las nuevas regulaciones de la CVM.

En una demanda presentada por el Instituto Brasileño de Ejecutivos de Finanzas (*Instituto Brasileiro de Executivos de Finanças*, IBEF), una corte de primera instancia concedió una medida precautoria suspendiendo la aplicación de la Instrucción 480. El actor alegó que la nueva regulación era al mismo tiempo ilegale, porque la

¹⁶ En el Brasil decimonónico, las normas relativas a las corporaciones frecuentemente estipulaban los montos que debían ser pagados a ejecutivos clave, los que eran a su vez publicados en periódicos locales.

¹⁷ *Empresas São Contra Abertura de Salário*, VALOR ECONÔMICO, Jan. 7, 2009. See also *Comissão Propõe que as Empresas de Capital Aberto Informem Valores Pagos*, O GLOBO, 5 Feb. 2009.

¹⁸ Vinicius Medeiros, *Nova Norma Pode Exigir Divulgação Detalhada dos Salários dos Altos Executivos*, JORNAL DO COMMERCIO, 10 Feb. 2009.

¹⁹ De acuerdo con una encuesta reciente, aunque las diez firmas brasileñas más importantes por volumen de operaciones pagaron R\$ 1.2 a sus ejecutivos en 2009, sólo el Banco do Brasil, una compañía abierta controlada por el Estado, publicó el monto de paga a su CEO. Leandra Peres, *Empresas Pagam R\$ 1,2 Bilhão a Executivos*, FOLHA DE S. PAULO, April 6, 2009.

²⁰ Agência Senado, 9 Mar. 2010.

Comisión actuó excediendo la competencia que le fuera acordada por ley, e inconstitucional, porque las nuevas reglas violaban los derechos fundamentales a la privacidad y la seguridad de los ejecutivos. Al dar lugar a la medida cautelar solicitada por los ejecutivos que perseguían evitar los nuevos requerimientos de publicidad, la corte explícitamente consideró los riesgos que implicaban las nuevas reglas respecto de sus seguridad personal:

“en un país con inequidades sociales inmensas y alto nivel de violencia criminal, y con actores criminales sofisticados, la publicación por Internet de datos financieros impone riesgos no sólo para los ejecutivos, sino también para sus familias. El argumento de que esto [por la publicación] ocurre en otras jurisdicciones no justifica de por sí la importación automática de estas reglas sin los ajustes necesarios...”²¹

Estos efectos colaterales de la violencia en la regulación del mercado de valores en Brasil despierta interesantes interrogantes teóricos y prácticos. Por un lado, la publicación de información material juega un papel importante en la promoción de la eficiencia del mercado y la protección de los inversores y es, por esta razón, el principio rector de la regulación del mercado de valores en numerosas jurisdicciones. La falta de transparencia respecto de los montos pagos a cada director o gerente es potencialmente todavía más dañina en Brasil, donde un alto porcentaje de las empresas tienen un control familiar concentrado. Los inversores ajenos a la conducción de la compañía se encuentran normalmente ansiosos por discernir si una suma determinada fue abonada a un gerente profesional talentoso o a un miembro de la familia. Por el otro lado, la existencia de verdaderos riesgos a la seguridad personal de los ejecutivos podría afectar negativamente el gerenciamiento de la firma y, en última instancia, los intereses financieros de los accionistas minoritarios. En tanto y en cuanto los costos de un régimen de publicidad incrementada son reales y significativos, los inversores ajenos a la conducción podrían llegar a internalizarlos, ya que salarios más elevados y mayores erogaciones por seguridad terminan por disminuir los retornos financieros de la firma. Por último, aunque no menos importante, la creciente diferencia entre los salarios de los altos ejecutivos y aquellos pagados al trabajador promedio se ha convertido en el punto crítico del debate en torno al general incremento en la desigualdad del ingreso durante las últimas décadas.²² Por ende, la violencia podría también tener el efecto colateral de silenciar uno de los canales para que se dé un debate tan importante para el continuo desarrollo del país.

²¹ 5ª Corte Federal de Distrito de Río de Janeiro, Demanda N° 2010.5101002888-5, decidido el 2 Mar 2010.

²² Ver, e.g., Paul Krugman, *For Richer*, N.Y.T. MAGAZINE, Oct. 20, 2002 (“[l]a explosión en salarios de CEO de los últimos 30 años es una historia asombrosa por sí misma y ciertamente muy importante. Pero es solamente el indicador más espectacular de un fenómeno más amplio, la reconcentración del ingreso y la riqueza en los EE.UU.”).

b) La Inseguridad y la Administración Pública

(i) Publicidad de los Salarios de Empleados Públicos

El 16 de Junio de 2009 la ciudad de San Pablo anunció que iba a hacer pública en el sitio Web “Un Ojo en las Cuentas” (*De Olho nas Contas*)²³ la información individualizada sobre el salario bruto de casi todos sus 162.000 empleados.²⁴ De acuerdo con el comunicado de prensa oficial, la disponibilidad de esta información en el recientemente creado “Portal de Transparencia” (*Portal da Transparência*) funcionaría como “una herramienta para proveer al ciudadano paulista de acceso a un cúmulo de información sobre la vida financiera de la Municipalidad”, permitiendo así un monitoreo más intenso sobre los gastos públicos.²⁵ Por más que la mayoría de esta información ya se encontraba disponible al público, se encontraba dispersa y por tanto no era de fácil acceso. El carácter innovador de “Un Ojo en las Cuentas” y el Portal de Transparencia se debía a representar un esfuerzo por:

“[...] juntar, en una sola sección del sitio Web de la ciudad de San Pablo, toda la información ya pública, así como también toda aquella relacionada a estas erogaciones [públicas], de manera que cada uno de los ciudadanos pueda auditar el presupuesto público, accediendo a las listas de contratos de la ciudad con sus respectivos pagos y a las listas con los nombres, tareas, puestos y remuneraciones en bruto de cada uno de los empleados públicos del municipio.”²⁶

Esta nueva iniciativa atrajo significativa atención pública. El Portal de Transparencia tuvo más de 70.000 visitantes durante su primer día de funcionamiento.²⁷ La información publicada sobre las remuneraciones no discriminaba entre el salario regular de los empleados y otros montos abonados por sobre la remuneración (como sumas debidas al trabajador por el Municipio en virtud de una decisión judicial, que eran liquidadas conjuntamente con el salario), aunque estas sutilezas no impidieron un escándalo mediático. La cobertura periodística enfatizó el hecho

²³ Ver <http://deolhonascontas.prefeitura.sp.gov.br/index.htm>.

²⁴ La ciudad de San Pablo emplea directamente 147.000 trabajadores, mientras que otros 15.000 son empleados por entidades públicas subordinadas a la Municipalidad. Los únicos empleados públicos no incluidos en la divulgación eran los miembros de la Guardia de la Ciudad por razones de seguridad, según la Municipalidad.

²⁵ Ver el parte de prensa “Portal possibilita fiscalização dos atos da Prefeitura”, 17 Jun 2009, disponible en el sitio oficial de Internet de la Ciudad de San Pablo http://www.prefeitura.sp.gov.br/portal/a_cidade/noticias/index.php?p=30271.

²⁶ Extractos de la petición (Suspensão de Segurança (SS) n. 3902) presentada por la Ciudad de San Pablo ante el Supremo Tribunal Federal y citada por el Ministro Gilmar Mendes en su decisión preliminar del 9 Jul 2009.

²⁷ “Site com salários de servidores municipais tem 70 mil acessos em um dia,” *Globo.com/G1*, 18 Jul 2010, available at <http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL1198680-5605,00-SITE+COM+SALARIOS+DE+SERVIDORES+MUNICIPAIS+TEM+MIL+ACESSOS+EM+UM+DI+A.html>.

de que entre 1.600 y 2.400 empleos se encontraban aparentemente cobrando salarios superiores al límite general de R\$ 12.300.²⁸

Por un lado, algunas organizaciones de la sociedad civil celebraron la medida como una forma efectiva de promover la transparencia en la administración pública.²⁹ Por el otro, sindicatos representando a varios grupos diferentes de los empleados públicos de San Pablo criticaron la medida pública e inmediatamente. Entre los varios argumentos expuesto por los sindicatos, las versiones mediáticas destacaron el reclamo por parte de los dirigentes sindicales relativo al riesgo para la seguridad personal del empleado público que significaba la difusión de información financiera de manera individualizada. Por ejemplo, Cláudio Fonseca, el presidente de la Unión de Trabajadores de la Educación en el sistema Escolar de la Ciudad de San Pablo (SINPEEM), efectuó la siguientes declaraciones en cuanto al Portal de Transparencia ante varios medios de comunicación:

“Éste es un acto de irresponsabilidad. Vivimos en una era de total inseguridad. No creo que esta medida vaya a ser para nada buena, y va a dejar a los empleados públicos desprotegidos, vulnerables a estafas electrónicas, todo eso.”³⁰

“Ellos [los empleados del Municipio] se convertirán en carnada para ladrones.”³¹

“La Municipalidad ha puesto a sus empleados en riesgo innecesariamente, ya que muchos de los montos divulgados corresponden a disputas judiciales resueltas años atrás. Además, la medida coloca a los funcionarios a merced de amenazas de robo y secuestro.”³²

²⁸ Ver, por ejemplo, las noticias “Prefeitura paga até R\$ 143 mil a servidor,” *Jornal da Tarde*, 17 Jun 2009; “Divulgação de salários pela Prefeitura de SP é legal, mas mal usada, dizem especialistas”, *Último Segundo*, 17 Jun 2009, disponible en <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2009/06/17/divulgacao+dos+salarios+e+legal+mas+esta+sendo+mal+usada+dizem+especialistas++6787907.html>.

²⁹ Por ejemplo, Oded Grajew, coordinador del *Movimento Nossa São Paulo* (“Nuestro San Pablo”), destacó a la agencia de noticias G1 que “la administración pública es un caso especial, porque sus salarios son pagados por cada uno de nosotros” y “la gente es accionista de la Municipalidad y tienen el derecho a saber que se hace con su dinero. Tener un trabajo en la administración pública tiene sus ventajas, pero también tiene sus cargas. Quienquiera que trabaje como empleado público debe responder ante la sociedad” (citado en el artículo periodístico “Lista de salários na internet causa polémica na Prefeitura de SP”, G1, 17 Jun 2009, disponible en <http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL1197090-5605,00-LISTA+DE+SALARIOS+NA+INTERNET+CAUSA+POLEMICA+NA+PREFEITURA+DE+SP.html>).

³⁰ Citado en el artículo periodístico “Servidores criticam divulgação de salários na Internet,” 17 Jun 2009, *Folha Online*, disponible en <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u582178.shtml>.

³¹ Citado en el artículo periodístico “Lista de salários na internet causa polémica na Prefeitura de SP,” *supra* nota 29.

³² Citado en el artículo periodístico “Kassab divulga salários e servidores vão à Justiça,” *Último Segundo* / *Agência Estado*, 17 Jun 2009, disponible en

“Grupos de delincuentes siguen los actos administrativos [de la Municipalidad] y saben la fecha exacta cuando los empleados cobran sus salarios.” [...] “[La publicidad] acaba con la privacidad financiera y os hace vulnerables a futuras estafas electrónicas o hasta víctimas de asaltos.”³³

Al mismo tiempo que criticaban públicamente al Portal de Transparencia, los sindicatos interpusieron demandas en contra de la divulgación de los salarios de los empleados. Eventualmente, obtuvieron una medida cautelar del Tribunal de Justicia del Estado de San Pablo (TJ-SP) para suspender la implementación del portal. Luego de fallidas apelaciones contra esta medida en la jurisdicción estatal, la Ciudad de San Pablo petitionó ante el Supremo Tribunal Federal (STF) para que se dejase sin efecto la medida cautelar ordenada por el TJ-SP.

En todos estos debates judiciales, desde la primera instancia en San Pablo hasta el STF en Brasilia, los sindicatos presentaron una amplia gama de argumentos substanciales y procesales para caracterizar a la divulgación de sus salarios como una violación de la Constitución federal. Para los propósitos de este trabajo sólo examinaremos los argumentos basados en los derechos fundamentales a la seguridad y privacidad de los empleados públicos, reconocidos en el artículo 5º de la Constitución Brasileña. Efectivamente, estos fueron los argumentos aceptados por el TJ-SP al conceder la medida cautelar en contra de la Municipalidad: la divulgación en el sitio electrónico no sería admisible porque colocaría en riesgo a “*la seguridad personal y patrimonial de los empleados*”.³⁴

La Ciudad de San Pablo alegó frente al Ministro de la Corte Suprema Gilmar Mendes –asignado relator para el caso en el STF– que las medidas cautelares concedidas por el TJ-SP causarían serio daño al orden público, ya que violaban el principio constitucional de la *publicidad* (artículo 37, encabezado, y artículo 5º, incisos XIV y XXXIII, de la Constitución Federal). De acuerdo con la Ciudad, el mandato constitucional de transparencia en la administración pública era precisamente el objetivo que el Portal buscaba concretar. Finalmente, la Ciudad también argumentó que la Constitución contiene reglas específicas que permiten la divulgación de los salarios de los empleados públicos; reglas que reflejarían una clara decisión del constituyente de que el principio de transparencia prevalezca en esta clase de conflictos (art. 39, §6 de la Constitución).³⁵

<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2009/06/17/kassab+divulga+vencimentos+e+servidores+va+o+a+justica+6775903.html>.

³³ Citado en el artículo periodístico “Divulgação de salários pela Prefeitura de SP é legal, mas mal usada, dizem especialistas,” Último Segundo, 17 Jun 2009, disponible en <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2009/06/17/divulgacao+dos+salarios+e+legal+mas+esta+sendo+mal+usada+dizem+especialistas++6787907.html>.

³⁴ Extracto de la decisión preliminar del Ministro Gilmer Mendes, *supra* nota 26.

³⁵ Ver, *e.g.*, art. 39, § 6 de la Constitución Brasileña (“Los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial publicarán anualmente las ganancias asociadas con los trabajos y empleos públicos”).

Aunque el caso fue elevado al STF meramente por una medida cautelar de emergencia (que buscaba dejar sin efecto otra medida cautelar, sobre la base de que causaría un daño irreversible al orden público), el Ministro Mendes no se limitó a hacer un juicio sobre las posibles consecuencias desastrosas de dichas decisiones precautorias atacadas por la Municipalidad de San Pablo. Al realizar un análisis preliminar respecto del mérito de las acciones en curso, el Ministro Mendes se tomó en serio los argumentos sobre derechos fundamentales y principios constitucionales planteados por ambas partes, llegando a afirmar que, para resolver el problema de constitucionalidad en el caso en cuestión, la corte necesitaría:

“determinar si la divulgación de la remuneración bruta mensual de cada empleado público con su nombre en el sitio de Internet denominado “Un Ojo en las Cuentas”, propiedad de la Municipalidad, implica: (1) la concretización del principio de publicidad (art. 37, CF/1988) y del deber de transparencia en los gastos públicos; o (2) la exposición indebida de un aspecto de la vida del servidor público –la información personal, protegida por la inviolabilidad de la intimidad, la vida privada, la honra y la imagen de los empleados públicos–; o (3) la violación de la garantía de la seguridad de la propia sociedad y del Estado –art. 5º, XXXVIII, CF/1988 (‘sociedad’, en el caso, constituida por los empleados públicos municipales y por quienes que de ellos dependen).”³⁶

La formulación del Ministro Mendes implícitamente reconstruye el problema como uno de proporcionalidad. Las tres etapas que típicamente componen este examen (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) no se encuentran explícitas en el fallo del Ministro.³⁷ Aún así, es posible identificar en la cuestión (1) referida supra el anuncio de un futuro examen de adecuación, que debería responder la siguiente pregunta: ¿constituye tal publicidad una medida adecuada para la promoción del objetivo constitucional de transparencia? Más aún, su razonamiento deja en claro que una respuesta afirmativa a la cuestión de la adecuación no resolvería por sí el conflicto constitucional. Aún una medida que persigue el constitucionalmente legítimo fin de incrementar la transparencia puede ser considerada inconstitucional. La cuestión entonces sería *cuánta* interferencia en (2) la privacidad y (3) la seguridad personal de los empleados municipales resulta constitucionalmente permisible.

³⁶ Extracto de la decisión preliminar del Ministro Gilmer Mendes, *supra* nota 26.

³⁷ Sobre la estructura más típica del examen de proporcionalidad como es aplicado por varias de cortes alrededor del mundo, ver Alec Stone Sweet & Jud Matthews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, 47 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 72 (2008); ver también Dieter Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, 57 U. TORONTO L. J. 383 (2007). El mismo Ministro Gilmar Mendes ha sido uno de los más entusiastas proponentes del uso de exámenes de proporcionalidad para resolver conflictos entre principios constitucionales en Brasil, con anterioridad a su nombramiento en el Supremo Tribunal Federal en 2002. Ver Gilmar Ferreira Mendes, *DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE* (1999).

Estas cuestiones no fueron dejadas totalmente abiertas en la decisión. Aunque el Ministro relator concedió la suspensión de las medidas cautelares previas, tal y como lo había requerido la Ciudad de San Pablo, fue también receptivo de los argumentos planteados por *ambas* partes. Por un lado, aceptó que la información desplegada en el sitio:

“en principio permitió constatar la existencia de diversas remuneraciones mensuales y remuneraciones totales en bruto que exceden, aparentemente, no sólo el techo remuneratorio municipal, sino también, en algunos casos, hasta el mismo techo remuneratorio federal, con valores que casi alcanzan R\$ 50.000,00.”

Por el otro lado, el Ministro Mendes subrayó la preocupación respecto de la seguridad personal planteada por los sindicatos de trabajadores municipales, reconoció las muchas fallas del Portal destacadas por la prensa, y resaltó que:

“la Administración podrá siempre buscar soluciones alternativas o intermedias. En el caso en cuestión, una solución hipotéticamente viable para cumplir el fin buscado sería la sustitución del nombre del trabajador por su matrícula de identificación municipal.”³⁸

Es probable que el Tribunal recurra a un análisis de proporcionalidad para abordar esta tensión en el decisorio final. Con respecto a ello, podemos interpretar la decisión provisoria del Ministro Mendes como indicio de que, desde su punto de vista, (a) la política de la Ciudad resulta razonablemente adecuada para perseguir el fin constitucional pretendido, pero (b) la Ciudad debe considerar medios alternativos que podrían simultáneamente cumplir el objetivo de publicidad y a la vez importar menores menoscabos a la privacidad y seguridad personal de sus empleados.

Volveremos sobre la cuestión de la proporcionalidad y a alguna de sus implicancias en la Parte IV, *infra*. Por ahora, es suficiente expresar que una nueva iniciativa alentada por la Ciudad de San Pablo para promover una notable publicidad, transparencia y *accountability* de la administración fue política y legalmente atacada con base en un argumento fundado en la inseguridad. Los líderes sindicales reclamaron que, dado el estado actual de inseguridad en la Ciudad de San Pablo, la divulgación por Internet de los nombres y salarios de sus afiliados es inconstitucional porque creará una situación en la que su derecho individual a la seguridad se verá todavía más afectado. A finales de Abril de 2010, el sitio Web con los nombres y salarios de los empleados de la Municipalidad de San Pablo se encuentra todavía operativo.³⁹

(ii) “Tarjetas de Crédito Corporativas” y Gastos Presidenciales

³⁸ Ver *supra* nota 26.

³⁹ Ver <http://deolhonascontas.prefeitura.sp.gov.br/pub/listaservidores/admdireta/SGM.pdf>.

También se ha recurrido a argumentos sobre la inseguridad para evitar la publicidad de los cada vez mayores pagos efectuados mediante tarjetas de crédito corporativas (*cartões corporativos*) en manos de la Presidencia. Las tarjetas de crédito corporativas del gobierno federal fueron introducidas en 2001 por el gobierno de Fernando Henrique Cardoso, siendo implementadas durante el primer año de la administración de Lula. Estas tarjetas, que supuestamente sólo serían utilizadas para gastos “esporádicos y de emergencia”, fueron concebidas para reemplazar al sistema preexistente, en el cual el funcionario era reembolsado luego de acreditar que incurrió en gastos autorizados.

Sin embargo, en los últimos años, las erogaciones efectuadas por el gobierno federal mediante tarjetas de crédito corporativas han aumentado exponencialmente. La ventilación mediática de gastos injustificados en restaurantes y *free-shops* por R\$ 171.000 en un solo año llevaron a la entonces Ministra de Igualdad Racial a perder su cargo. Sin embargo, los gastos presidenciales mediante tarjetas de crédito corporativas ha seguido aumentando consistentemente, llegando al monto de R\$ 5.3 millones para el período entre Enero y Diciembre de 2009.⁴⁰

Aún así, la naturaleza de la gran mayoría de estos gastos –que constituyen una excepción a los procedimientos formales que son requeridos para las erogaciones públicas en Brasil– son todavía mantenidos en secreto por la presidencia. La principal razón aducida en contra de un sistema más transparente es, nuevamente, la seguridad personal: ya sea “la seguridad de[l presidente] Lula, [el vicepresidente] José Alencar y sus familiares, tanto en Brasilia, cuanto en los lugares donde ellos residen o se encuentran de paso”, o bien la propia “seguridad nacional”.⁴¹ Los gobernantes, por tanto, también se han beneficiado del poder argumentativo de la seguridad en desmedro de la transparencia; argumentos que, hasta el momento, no parecen haber sido lo suficientemente debatidos por la sociedad brasileña.

c) Inseguridad y Leyes del Tránsito

1. “Insulfilm” y la aplicación de la ley

Los casos descritos más arriba no son los únicos ejemplos del uso de argumentos sobre la inseguridad para justificar una opacidad mayor. Otra instancia de la inseguridad como razón para reducir la transparencia –aquí, más en sentido literal que metafórico– es la creciente popularidad y progresiva legalización del uso del “insulfilm” en los vehículos en Brasil. El llamado “insulfilm” es una fina película que se aplica a los cristales de las ventanas de los autos para hacerlos más opacos, reduciendo la visibilidad del interior del vehículo para quienes se encuentra fuera.

⁴⁰ Edson Luiz & Izabelle Torres, *Gastos do Planalto com Cartões Corporativos Aumentaram Quase 10% Este Ano*, CORREIO BRAZILIENSE, 27 Oct 2009.

⁴¹ *Id.*

La estrategia de mercadeo del “insulfilm” apela principalmente a la seguridad personal del conductor.⁴² En su número especial sobre la violencia urbana en Brasil, la revista VEJA recomendó el empleo de la capa adhesiva para oscurecer como un elemento de seguridad para “inhibir robos, porque el delincuente, debido a la dificultad para ver el interior del auto, no siente que sea seguro actuar.”⁴³

Este entendimiento anti-brandeisiano de la opacidad como medida para promover la seguridad sugiere que al decrecer la visibilidad aumenta la incertidumbre en los potenciales criminales y les inhibe de atacar, ya que no les permite discernir el género o el tamaño físico del conductor, o si éste se encuentra armado. Por esta razón, el “insulfilm” se ha vuelto especialmente popular entre las conductoras, quienes tienden a ser el blanco más vulnerable de este tipo de ataques y por tanto se sienten más protegidas por la invisibilidad generada por el “insulfilm”.

La conexión entre el “insulfilm” y la seguridad personal ha contribuido no solo a una rápida diseminación de la capa oscurecedora, sino también a cambios significativos en la legislación para liberalizar su uso. Antes de 1998, el “insulfilm” era ilegal, principalmente porque dificulta a la policía y los oficiales de tránsito registrar visualmente el interior de un vehículo para detectar ilícitos. Los niveles de opacidad permitidos para las ventanas fueron incrementados en 1998 y nuevamente en 2007, luego de un enfrentamiento entre los mandos policiales (quienes aducían que el “insulfilm” dificultaba mucho la tarea policial) y los conductores (quienes alegaban que la capa de oscurecimiento les hacía sentir más seguros en las ciudades brasileñas, que se estaban volviendo cada vez más violentas). De acuerdo a una descripción de la controversia publicada en un importante periódico de Rio de Janeiro, “para algunos conductores, las ventanas oscurecidas ayudan a prevenir robos, especialmente cuando hay niños en el asiento trasero. Para las fuerzas de seguridad, el oscurecimiento excesivo de los cristales hace más difícil identificar y arrestar delincuentes.”⁴⁴ La controversia sobre el “insulfilm”, aunque superficialmente trivial, sirve para ilustrar el grado en que las políticas adaptativas en Brasil pueden generar un conflicto entre las políticas generales de seguridad pública, por un lado, y la protección de los derechos individuales a la seguridad, por el otro.

2. Semáforos y Límites de Velocidad

justo como en el caso del “insulfilm”, la violencia urbana en Brasil ha modelado el contenido de reglas de tránsito que no serían controvertidas en otros contextos, como el caso de la observancia de los semáforos en horario nocturno. Los beneficios

⁴² *Até 15% da Frota do País Usa Insulfilm*, FOLHA DE S. PAULO, 23 Dec 2003 (notando cómo, aunque el producto había sido originalmente vendido por razones estéticas, “[la] apelación a cuestiones de seguridad es la principal razón detrás del crecimiento de este mercado”).

⁴³ *O Insulfilm Reduz a Visão do Interior do Carro e Atrapalha o Ladrão*, VEJA, 13 Jun 2001.

⁴⁴ Jailton de Carvalho & Demétrio Weber, *Uso de Película Insulfilm no Vidro dos Carros Tem Novas Regras e Aparelho de Medição*, O GLOBO, 22 Nov 2007.

prácticos de los semáforos para coordinar el tránsito y prevenir accidentes son suficientemente intuitivas. Sin embargo, para los conductores en grandes ciudades de Brasil, resulta igualmente obvio que detenerse en un semáforo en rojo durante la noche pone en riesgo su seguridad.⁴⁵ En un estudio hecho público en 2007, por ejemplo, un especialista de la Compañía de Transporte y Tránsito de la Ciudad de Belo Horizonte (BHTRANS) expresó que:

“Diariamente, la empresa [BHTRANS] recibe una serie de pedidos [...] en relación con el funcionamiento de los semáforos en período nocturno. En ellos, los usuarios solicitan la implementación de semáforos en amarillo intermitente, apagados o que se reduzca el tiempo de espera en horarios nocturnos. Con el aumento de la sensación de inseguridad en las intersecciones controladas por semáforos, principalmente de noche, el número de solicitudes se está tornando cada vez más frecuente.”⁴⁶

La adaptación de regímenes legales de tránsito en respuesta a este problema ha asumido formas diversas. Algunas ciudades han decidido reemplazar el semáforo tradicional de tres colores por el de amarillo intermitente por la noche, como un modo de llamar la atención de los conductores respecto de la intersección sin establecer ninguna prioridad de paso entre vehículos aproximándose por distintas arterias.⁴⁷ En otras municipalidades fueron mantenidos los semáforos tradicionales, pero las faltas a los mismos o al límite de velocidad máxima no resultaban sancionadas de noche. Por ejemplo, la Ley N° 4.892/2008 de la Ciudad de Río de Janeiro provee que “el Poder Ejecutivo Municipal no podrá emplear aparatos electrónicos para medir la velocidad en áreas que resulten peligrosas para los conductores luego de las 10 p.m.”⁴⁸

Cuando las autoridades ejecutivas o legislativas no adoptaron deliberadamente políticas para lidiar con este problema, la adaptación legal se produjo merced a decisiones judiciales. El número de multas por cruzar un semáforo en rojo durante

⁴⁵ Ver, *e.g.*, las críticas a la aplicación de las reglas de tránsito expuestas en el reciente editorial “Mais um alerta para a segurança do Brasileiro,” *CORREIO BRAZILIENSE*, 31 Oct 2010 (“[l]a ley existe para proteger a los ciudadanos. Cuando no cumple este rol, pierde su propósito. Nadie puede ser forzado a exponerse al peligro”).

⁴⁶ José Maurício Pinto Júnior, *Proposta de Medidas e Critérios para Adequação da Sinalização Semafórica nos Períodos Noturno e de Tráfego Reduzido 2*, disponible en http://www.sinaldetransito.com.br/artigos/semaforo_de_madrugada.pdf/.

⁴⁷ Ver, por ejemplo, la Ley de la Ciudad de Porto Alegre N° 8.956 del 18 Jul 2002, proveyendo en su art. 1° que “[las] semáforos ubicados en las áreas peligrosas de la Ciudad, de acuerdo con la determinación que efectúen las autoridades relevantes, pueden ser programadas para funcionar en luz amarilla intermitente durante la noche.” Una propuesta similar –el proyecto N° 333/2009– se encuentra actualmente en discusión en el Concejo Municipal de Río de Janeiro. Explicando las razones para la adopción de la propuesta, el concejal Cristiano Girão destacó que “[e]l propósito del proyecto es brindar mayor seguridad a los conductores de Río de Janeiro por la noche, ya que resulta ampliamente conocido que los controles electrónico de velocidad ubicados en zonas peligrosas han hecho a los conductores más vulnerables a robos, ya que se les fuerza a reducir la velocidad.”

⁴⁸ Art. 1, Ley N° 4.892, 10 Sep 2008.

la noche ha crecido exponencialmente en los últimos años. En respuesta, muchos conductores han interpuesto –con considerable éxito– demandas dirigidas a invalidar estas multas debido a su alegada irrazonabilidad en virtud de la criminalidad urbana.⁴⁹ En efecto, éste es uno de los más salientes ejemplos de sensibilidad del Poder Judicial brasileño frente a argumentos basados en la seguridad. En una reciente y muy publicitada decisión,⁵⁰ la Cámara Civil Nº 17 del Tribunal de justicia de Río de Janeiro (TJ-RJ) falló de la siguiente manera:

“La situación de peligro grave riesgo para la vida resultante de la descontrolada violencia urbana endémica de la Ciudad de Río de Janeiro constituye un hecho público y notorio, habiendo asumido dimensiones tales sólo comparables, en números de muertos y heridos, a territorios bajo el flagelo de la guerra. La situación es más grave de noche cuando la ciudad carece prácticamente de actividad policial y el ciudadano se encuentra abandonado a su propia suerte, viéndose empujado a adoptar tácticas de supervivencia, como avanzar cautelosamente con semáforos en rojo y desatender la observancia de límites muy reducidos de velocidad en áreas de reconocido riesgo. Al proceder de esta manera, el conductor busca evitar la acción de delincuentes que, no pocas veces bajo el efecto de las drogas y casi siempre en bandas fuertemente armadas, atacan a pie, en motocicleta o en auto y se encuentran dispuestos a practicar actos extremos de violencia, disparando a matar incluso a aquella víctima que no se resiste. En casos tales y dadas las particularísimas circunstancias excepcionales de la actualidad, se impone una inversión de la presunción de la legitimidad del acto administrativo, compitiendo al Poder Público demostrar que en el lugar y horario de la infracción de tránsito se proporcionaba al ciudadano infractor medios razonables de seguridad, pudiéndole exigir una conducta distinta [de la que se le pretende reprochar al infractor en cuestión].”⁵¹ (Nuestro énfasis).

Luego de estas casi literarias y extremadamente gráficas descripciones de las condiciones de violencia urbana en Río de Janeiro,⁵² el juez autor de la opinión de la

⁴⁹ Francisco Edson Alves, *Medo da Violência Aumenta Multas*, O DIA ONLINE, 7 Mar 2009.

⁵⁰ Ver, e.g., el artículo periodístico “Multa por Avanço de Sinal Aplicada a Motorista é Cancelada,” Portal G1, 5 Mar 2009, disponible en <http://g1.globo.com/Noticias/Rio/0,,MRP1030818-5606,00.html>.

⁵¹ 17ª Cámara Civil del TJ de Río de Janeiro (TJ-RJ), Apelación Civil Nº 2008.001.66289, Juez Elton Leme, decidida el 3 Abr 2010.

⁵² Esta descripción judicial de Río como una ciudad extremadamente violenta no es nueva. Por ejemplo, en 1993, en oportunidad de decidir la Apelación Civil Nº 1993.001.00554 (decidida el 13 Abr 1993), la 6ª Cámara Civil expresó que “dado el estado actual de violencia urbana, en el cual los delincuentes, portando armas abiertamente a la luz del día, violan domicilios para robar, violar y asesinar, asustándonos y haciéndonos sentir inseguros a todos, el enrejado de las residencias queda lejos de ser un detalle puramente estético: resulta necesario para la seguridad de los residentes.” En 1994, la Corte de Río de Janeiro (TJ-RJ) afirmó que la construcción del espectro de responsabilidad del Estado por daños causados por sus oficiales de policía en ocasión del ejercicio de sus funciones debe tener en cuenta “[el] momento de inseguridad y serio desorden económico y social que la

Cámara se refiere a la Ley Municipal N° 4.892/08, la que, aunque no aplicable a señales de tránsito y “adoptada con posterioridad a los hechos relevantes del presente caso, refuerza la idea de que el Poder Público no cumple con su obligación de velar por la seguridad del ciudadano y no puede exigir de éste, en situación de riesgo, la observancia de reglas que potencian tal riesgo.”⁵³ Es decir, aún en ausencia de legislación aplicable, la corte decidió que, dado el estado general de violencia en Río de Janeiro, el Estado no podría penalizar a sus ciudadanos porque cruzan semáforos en rojo durante la noche para protegerse.

Sin embargo, estas políticas adaptativas a la violencia urbana no carecen de costos. Aún las medidas moderadas como las luces amarillas intermitentes crean incertidumbre, afectan la coordinación y posiblemente incrementan el número de accidentes.⁵⁴ En efecto, algunas municipalidades decidieron revertir al sistema tradicional de tres colores luego de que la adopción de luces intermitentes condujera a un pronunciado aumento del número de accidentes.⁵⁵ Aún así, en otros casos –como en Río de Janeiro– la perspectiva del derecho de seguridad del conductor individual ha prevalecido sobre las políticas generales de seguridad en el tránsito. Esta situación resulta particularmente sorprendente porque implica el balanceo de medidas conflictivas que se orientan a la protección del mismo conjunto de valores, esto es: la protección de la vida y la integridad física.

Nuestro objetivo en esta sección fue ilustrar el uso de argumentos relativos a la seguridad y políticas adaptativas en Brasil más que proveer de una nómina exhaustiva de tales casos. Hay ciertamente muchos otros ejemplos de adaptaciones del sistema legal para adecuarlo a una realidad de violencia urbana más allá de los aquí discutidos.⁵⁶

sociedad brasileña atraviesa, especialmente en las grandes ciudades” (Apelación Civil N° 1993.001.06102, 1ª Cámara Civil, decidido el 17 May 1994). En efecto, desde 1988 encontramos decisiones del TJ-RJ que explícitamente tomaron en cuenta “las condiciones de alta inseguridad que existen hoy [en la ciudad de Río de Janeiro]” (Apelación Civil N° 1988.001.04130, 3ª Cámara Civil, decidido el 12 Dec 1988).

⁵³ Cámara Civil del TJ de Río de Janeiro, *supra* nota 21.

⁵⁴ Esto resulta explícitamente reconocido inclusive por el representante de BHTRANS quien apoya la adopción de las luces amarillas intermitentes en horario nocturno (aduciendo que “cada implementación de las luces amarillas intermitentes debe ser seguida de un análisis del número de accidentes en dicha intersección, en dicho período del día en comparación con años anteriores, para monitorear la situación antes y después de la nueva medida. Luego de un período de 6 a 12 meses, debe ser llevada a cabo una evaluación comparativa, seguida de las correcciones que se entiendan pertinentes. De registrarse un incremento en el número de accidentes en una intersección dada con luces amarillas intermitentes, debe reemplazarse el sistema por semáforos tradicionales.”). Pinto Júnior, *supra* nota 46, p. 10.

⁵⁵ Ver, *e.g.*, el caso de Maringá, una ciudad que experimentó un incremento del 65% en el número de accidentes luego de la adopción de luces amarillas intermitentes para que decreciese el número de asaltos. Estas luces han sido reemplazadas por semáforos tradicionales. (*Sinal Amarelo Piscante Aumenta Acidentes e Semáforos Voltam a Ser Acionados*, O DIÁRIO DO NORTE DO PARANÁ, 12 Nov 2008).

⁵⁶ Ver, *e.g.*, la jurisprudencia del TJ-RJ sosteniendo que la consumidora que padeció de un corte en el suministro del servicio de energía eléctrica tiene derecho a una compensación por daños no

III. Inseguridad y Cambio en el Derecho: La Típica Narrativa

En esta sección revisaremos brevemente algunos de los debates políticos y académicos centrales sobre la relación entre el derecho y la inseguridad. En términos generales, estas controversias se han concentrado casi exclusivamente en las implicancias de lo que denominamos políticas represivas. Nuestro objetivo aquí no es ni reseñar completamente este importante debate, ni resolver todas las cuestiones complejas y carentes de respuestas que pueden encontrarse en la literatura, sino que pretendemos investigar hasta que punto los marcos conceptuales utilizados para analizar las políticas represivas pueden diferir en estructura y contenido de aquellos aplicables a las políticas adaptativas.

Hay numerosos estudios de caso históricos, jurídicos y políticos y narrativas sobre cómo el derecho reacciona a situaciones que son percibidas como emergencias nacionales, como guerras externas o civiles, catástrofes naturales, crisis económicas o cualquier otra situación en que se percibe una amenaza a la comunidad en el disfrute pacífico de sus derechos.⁵⁷ Los ejemplos de cambios jurídicos producidos deliberadamente que han ocurrido en contextos de extrema inseguridad (real o percibida) son muchos y conocidos.⁵⁸ En algunos casos extremos, la cuestión central versa sobre si resulta aceptable y de qué manera es posible suspender la legalidad en sí misma para permitir al Estado implementar medidas que no serían aceptables en tiempos normales.⁵⁹ Si estas radicales desviaciones del Estado de derecho resultan controversiales en escenarios extremos, su legitimidad prácticamente desaparece en situaciones en las que la percepción de inseguridad es menos aguda y probablemente hasta permanente.⁶⁰

pecuniarios porque, entre otras cosas, estuvo expuesta a la inseguridad de la ciudad (Apelación Civil Nº 2008.8.19.0021, 2ª Cámara Civil, decidido el 26 Ene 2010).

⁵⁷ Para una comparación entre diferentes tipos de “autoritarismo legal” en el Cono Sur, ver Anthony W. Pereira, *POLITICAL (IN)JUSTICE: AUTHORITARIANISM AND THE RULE OF LAW IN BRAZIL, CHILE AND ARGENTINA* (2005). Para una explicación de la experiencia de EE.UU. con cambios legales para responder a las recientes amenazas de terrorismo, ver LAURA K. DONOHUE, *THE COST OF COUNTERTERRORISM* (2008); ver también *SECURITY VS. LIBERTY* (Daniel Farber ed., 2008); *The Constitution in Wartime*, *supra* nota 5.

⁵⁸ Ejemplos históricos típicos de cambios legales en respuesta a situaciones de emergencia son: el fortalecimiento de los poderes de entidades del Estado consideradas más aptas para lidiar con la crisis, tales como la Fuerzas Armadas o el Poder Ejecutivo; la adopción de medidas represivas drásticas, como el aislamiento de individuos que son considerados peligrosos o el empleo de métodos de interrogación que incorporan tormentos o tortura; la reducción del ámbito de control judicial de las medidas de emergencia que se consideran necesarias, como la detención preventiva de potenciales agresores.

⁵⁹ Para una discusión normativa sobre esta idea ver, por ejemplo, Aharon Barak, *Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, 116 HARV. L. REV. 16 (2003); ver también Mark E. Brandon, *War and the American Constitutional Order*, en *The Constitution in Wartime*, *supra* nota 5, p. 11.

⁶⁰ *The Constitution in Wartime*, *supra* nota 5, p. 45 (“Suspender la legalidad durante una guerra por tiempo limitado es una cosa. Suspenderla durante una situación más o menos permanente es bien

El uso de argumentos basados en la inseguridad para justificar rupturas parciales o transformaciones en el orden jurídico existente para incrementar los poderes represivos del Estado, sin embargo, ha sido tanto frecuente como exitoso en la historia de Sudamérica. En el caso de Brasil, el ejemplo más saliente de este fenómeno se registra durante el *Estado Novo* de Getúlio Vargas (1937-1945). A pesar de que cuestión práctica la mayor parte de la Constitución de 1937 no rigió efectivamente,⁶¹ el texto constitucional reflejó un compromiso básico de transformar el derecho nacional para permitir al Estado pilotear una supuesta emergencia nacional.⁶² El texto de la Constitución contenía varias restricciones importantes a los derechos fundamentales y las instituciones democráticas, y su Preámbulo defendía tales medidas por tratarse del cumplimiento del “deseo de la sociedad” –supuestamente percibido, interpretado y llevado a cabo por Vargas– de que se mantuviese la “armonía social” en el país.⁶³ Más aún, Vargas fue responsable del primer cuerpo comprensivo de legislación específica sobre la seguridad nacional en la historia de Brasil.⁶⁴

Similarmente, el régimen militar de 1964-1985 también buscó transformar el orden jurídico existente de manera de hacer lugar para mayores poderes represivos fundados en la seguridad. Aunque eran comunes las desviaciones del orden constitucional mediante “Actos Institucionales” (*Atos Institucionais*) impuestos por el régimen militar, no regía una suspensión completa *a priori* de la Constitución de 1946. El régimen militar no operó en un vacío institucional completo: ya durante los primeros meses luego del golpe de 1964, el gobierno militar recurrió a la legislación sobre seguridad nacional sancionada durante el gobierno democrático precedente para procesar a disidentes políticos.⁶⁵ En suma, aún durante los períodos más

distinto. Lo último es el fin del Estado de derecho en sí.”).

⁶¹ por ejemplo, Vargas nunca llamó el plebiscito nacional requerido por los artículos 175 a 187, sin el cual la Constitución de 1937 no podía formalmente seguir vigente después del fin del primer mandato de Vargas como Presidente.

⁶² Para citar algunos ejemplos, el art. 168 de la Constitución de 1937 acordó al Presidente el poder de suspender la inviolabilidad de la correspondencia y la libertad de reunión, mientras que el art. 186 terminaba el texto constitucional activando estos y otros poderes presidenciales de emergencia (“Art. 186: Se declara al País en Estado de Emergencia”).

⁶³ De acuerdo con el preámbulo de la Constitución de 1937, el principal objetivo del golpe y de propio documento en sí era el de “cumplir con las legítimas aspiraciones del pueblo brasileño de paz social, que ahora se encuentra profundamente perturbada por bien conocidos factores de desorden, [...] garantizar la unidad, el respeto, el honor y la independiencia de la Nación, así también como las necesarias condiciones para su seguridad, bienestar y prosperidad, bajo un régimen de paz social y política.”

⁶⁴ Ley Nº 38, 4 Apr 1935.

⁶⁵ *Id.*, p. 68, y capítulo III en general. Los Actos Institucionales sancionados durante el régimen militar eran instrumentos para-constitucionales de restricción de varios derechos individuales, invariablemente justificados mediante argumentos de seguridad. El preámbulo del AI-1, por ejemplo, que privó a más de 5000 ciudadanos de sus derechos políticos, explicaba que, dada la amenaza de inestabilidad social causada por los grupos “subversivos”, las nuevas medidas restrictivas eran necesarias para mantener el “orden, la seguridad, la tranquilidad, el desarrollo económico y cultural y la armonía social y política del país, los que habían sido comprometidos mediante métodos de guerra subversiva y revolucionaria.” Del mismo modo, los Actos Institucionales Nº 2 y Nº 5 también justificaban con fundamento en la “seguridad nacional” y la “preservación del orden interno”, la

autoritarios de la historia de Brasil, no hubo una suspensión completa del Estado de derecho sino más bien esfuerzos por moldear el orden jurídico existente en direcciones políticamente controvertidas y más represivas, en función de consideraciones relativas a la seguridad.⁶⁶

Las amenazas a las libertades civiles y los valores constitucionales en tiempos de emergencia nacionales han sido un fenómeno bien conocido en la historia estadounidense, donde también ha concentrado acalorados debates. Como recientemente manifestara un comentarista estadounidense, “se ha convertido en parte del agua potable en este país el que ha habido un reemplazo de algo de libertad por algo de seguridad.”⁶⁷ Durante las últimas décadas, y especialmente luego del 11 de Septiembre, ha reinado un profundo desacuerdo entre académicos y políticos acerca de la admisibilidad de desarrollos legales que promueven la seguridad nacional pero repercuten negativamente en los derechos individuales. Los defensores de las libertades civiles en general han argumentado que la balanza en la cual se sopesa a los derechos con la seguridad se encuentra sesgada en contra de los primeros.⁶⁸ O bien han insistido en que, aún si mayores protecciones a los derechos implican menor seguridad, los compromisos constitucionales de la comunidad hacia la protección de las libertades civiles requiere que el Estado se abstenga de adoptar medidas de seguridad excesivamente agresivas en tiempos de

transformación de las reglas legales existentes en un régimen de mayores restricciones a los derechos individuales y mayores poderes para el Ejecutivo.

⁶⁶ A propósito de esta cuestión, los escenarios de emergencia no son cualitativamente diferentes de otros momentos “más calmos” en la historia de una país. Pareciera que la diferencia es más bien de grado. De acuerdo con Tushnet, “no se trata, entonces, de que la ley calle en tiempos de guerra. En cambio, se trata de que a veces habla en tonos que los partidarios de determinadas posiciones no encuentran de su agrado. Pero, después de todo, ¿en qué sentido es esto diferente de lo que ocurre en cualquier otro momento?” Tushnet, *supra* nota 5, pp. 42-3.

⁶⁷ James B. Comey, *Terrorism and Preserving Civil Liberties*, 40 U. RICH. L. REV. 403 (2003). Ver también MICHAEL LINFELD, *FREEDOM UNDER FIRE* 169 (1990) (“la justificación explícita de prácticamente cada una de las violaciones a las libertades civiles ha sido la ‘seguridad nacional’”). Ronald Dworkin ha remarcado recientemente que “el respeto de la gente por los derechos humanos y civiles es generalmente frágil cuando se encuentran asustados, y los estadounidenses están muy asustados”, Ronald Dworkin, *The Threat to Patriotism*, NEW YORK REVIEW OF BOOKS, Feb. 28, 2002. Esta noción de un *trade-off* entre la promoción de la seguridad y la protección de determinados derechos fundamentales, así como el vocabulario de “sopesamiento” o “equilibramiento” que en general lo acompaña, se encuentra ampliamente difundida a lo ancho del espectro político; como lo destaca Jeremy Waldron: “Escuchamos hablar de un equilibrio entre la seguridad y la libertad desde todos lados. Lo escuchamos de los conservadores [...], de liberales [...]; y de casi todos en el medio” (Jeremy Waldron, *Safety and Security*, 85 NEBRASKA L. REV. 455 [2006]). Fue la misma imagen que llevó al juez de la Corte Suprema Thurgood Marshall a expresar su preocupación en cuanto a que “la historia enseña que graves amenazas a la libertad frecuentemente vienen en tiempos de urgencias, cuando los derechos constitucionales parecen demasiado extravagantes para sobrevivir” (*Skinner v. Railway Labor Executives Association*, 489 U.S. 602, 1989; Marshall, J., dissenting). En el mismo tenor, la jueza Sandra Day O’Connor expresó que “Nunca puede ser excesivamente repetido que las mayores amenazas a nuestras libertades constitucionales vienen en tiempos de crisis” (*Vernonia School District v. Wayne Acton*, 515 U.S. 646, 1995; O’Connor, J., dissenting).

⁶⁸ Mark Graber, *Counter-stories: Maintaining and Expanding Civil Liberties in Wartime*, in *The Constitution in Wartime*, *supra* nota 5, p. 104.

crisis, aún si dichas medidas son consideradas la opción más efectiva con miras en promover la seguridad.⁶⁹

La controversia en torno a los cambios legales que implican políticas represivas se concentra casi exclusivamente en el aparente “*trade-off*” entre derechos individuales y seguridad.⁷⁰ Mientras estas transformaciones en la legalidad resultan ciertamente controvertidas, este desacuerdo es normativo: típicamente se refiere a los méritos de las transformaciones, no a su estructura. Aún si el resultado del “*trade-off*” entre ambos se encuentra ciertamente sujeto a desacuerdos, ambos bandos del debate acuerdan en que medidas ambiciosas tomadas en nombre de la seguridad pública o nacional tienden a reducir protecciones a los derechos individuales.⁷¹ Este “*trade-off*” tradicional se encuentra, sin embargo, llamativamente ausente de todo análisis de las políticas adaptativas descrito más arriba. En efecto, los argumentos basados en la seguridad esgrimidos en Brasil son estructuralmente diferentes de aquellos empleados para apoyar o criticar políticas represivas en que: (i) asumen el estado de inseguridad como dado en lugar de buscar reducirlo, y (ii) la adaptación propuesta en el orden jurídico opera reforzando el derecho individual de las víctimas potenciales en lugar de reduciendo los derechos de potenciales agresores.

En este sentido, los argumentos basados en la seguridad correlacionados con las políticas adaptativas apuntan en una dirección completamente diferente de la típicamente subyacente a cuestiones de derechos fundamentales en tiempos de crisis: la política propuesta como necesaria en un escenario de inseguridad representa un *incremento* en la protección de algunos derechos fundamentales, aún si ello va en detrimento de valores constitucionales y otras políticas estatales relevantes.⁷² Seguidamente exploraremos algunas de las implicancias distributivas

⁶⁹ Ver Owen Fiss, *The War Against Terrorism and the Rule of Law*, 26 OXFORD J. LEGAL STUD. 235 (2006) (manifestando que “[L]o que falta en este cálculo [por parte de la Corte Suprema de EE.UU. y la jurisprudencia sobre “derecho y terrorismo”]... es una apreciación completa del valor de la Constitución –como una manifestación de los ideales de la nación y como la base del principio de la libertad– y todavía más, una completa apreciación del hecho de que la prosecución de un ideal requiere de sacrificios, a veces bastante sustanciales”).

⁷⁰ Ciertamente el debate académico estadounidense presenta sutilezas en que no estamos integrando en nuestro análisis. En efecto, algunos académicos han puesto en duda que haga sentido hablar de un *trade-off* entre seguridad y derechos, ya que un mínimo de seguridad es una precondition para el disfrute de cualquier derecho (ver, e.g., Viet D. Dinh, *Foreword: Freedom and Security After September 11*, 25 HARV. J. L. & PUB. POL’Y 399 (2002), notando cómo “la dicotomía entre libertad y seguridad nos es nueva, pero es falsa”; “la seguridad es la mismísima precondition de la libertad”). Para un análisis crítico de este argumento, ver Jeremy Waldron, *Security as a Basic Right (after 9/11)* 207, en GLOBAL BASIC RIGHTS (Charles Beitz & Robert Goodin eds., 2009).

⁷¹ Ver, e.g., RICHARD POSNER, NOT A SUICIDE PACT: THE CONSTITUTION IN A TIME OF NATIONAL EMERGENCY (2006); Mark Tushnet, *Defending Korematsu?*, en *The Constitution in Wartime*, *supra* nota 5; Oren Gross, *Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always be Constitutional?*, 112 YALE L. J. 1011 (2003).

⁷² La posibilidad de una transformación aparentemente contra-intuitiva como la sugerida ha sido destacada por Mark Graber, quien observa cómo las narrativas canónicas en los EE.UU. “omiten numerosas instancias en las que el conflicto militar inspiró a determinados funcionarios gubernamentales a aumentar protecciones para los derechos civiles y las libertades.” Graber, *supra* nota 68, p. 96. Los principales ejemplos de Graber son el reconocimiento por parte de la Corte

de estas políticas adaptativas en una sociedad con significativa desigualdad social y de ingreso, como lo es Brasil.

IV. ¿Pérdidas para Todos, Ganancias para Algunos? Algunas Posibles Implicancias de las Políticas Adaptativas

El presente trabajo identificó cómo los altos niveles de inseguridad en Brasil están siendo utilizados para moldear las instituciones legales del país en su desarrollo. A pesar de la extensiva cobertura mediática de casos propios de este amplio fenómeno, que incluyen desde remuneraciones a ejecutivos hasta reglas de tránsito, los efectos colaterales de la criminalidad en el derecho brasileño no han sido identificados o teorizados como una única nueva tendencia en la evolución jurídica. Este artículo buscó iluminar este proceso descentralizado y relativamente inconsciente de adaptación del derecho brasileño a una situación de inseguridad y tentativamente proponer un marco teórico para su análisis.

El debate tradicional acerca de la relación entre la violencia y la inseguridad se ha concentrado casi exclusivamente en el riesgo que las políticas excesivamente represivas traen aparejadas a los derechos fundamentales y el Estado de derecho. En marcado contraste, las políticas adaptativas descritas en este trabajo buscan mitigar los efectos de la inseguridad robusteciendo los derechos individuales de las potenciales víctimas. La nueva cuestión –hasta ahora carente de respuesta– yace en determinar los costos de estos cambios adaptativos, esto es, determinar qué otras políticas públicas o valores constitucionales podrían desaparecer gradualmente del sistema jurídico en el proceso adaptativo que hemos descripto arriba.

Los argumentos basados en la inseguridad no siempre prevalecen en Brasil, ni tienen por qué hacerlo. En la demanda interpuesta con el fin de evitar la publicación de los salarios de los empleados públicos de San Pablo, por ejemplo, el Ministro Gilmar Mendes del Superior Tribunal Federal ha indicado que consideraciones relativas a la seguridad no necesariamente serán determinantes para la decisión del caso.⁷³ Sin embargo, aún cuando la seguridad de las potenciales víctimas no siempre constituye un argumento ganador, pocas dudas caben acerca de que ha sido tomada en serio a la hora de moldear la legislación brasileña tanto por el Poder Ejecutivo cuanto por el Legislativo.

Suprema de la libertad de los Testigos de Jehová de negar saludo a la bandera Estadounidense durante la Segunda Guerra Mundial; la expansión de la igualdad racial durante la Guerra Civil y de los derechos de los trabajadores durante la Primera Guerra Mundial. Sin embargo, ninguno de estos ejemplos resulta comparable al fenómeno de políticas adaptativas en Brasil: mientras que éstas buscan adaptar el orden jurídico a un contexto de inseguridad mediante la expansión de ciertos derechos, pero sin combatir las causas de dicha inseguridad, los ejemplos de Graber son casos de expansión de ciertos derechos como parte instrumental de un esfuerzo estatal mayor por ganar una guerra (y por ende, combaten directamente la fuente de la inseguridad).

⁷³ Ver Parte II(b) *supra*.

Este potencial transformativo que posee la percepción generalizada de alta inseguridad respecto del derecho brasileño no resulta sorprendente, dada la centralidad del valor “seguridad” en la Constitución de Brasil. El mismo término “seguridad” (*segurança*) aparece tanto en el Preámbulo a la Constitución de 1988 como en el encabezado del artículo 5º, que establece la vasta mayoría de los derechos individuales de los ciudadanos brasileños y extranjeros residentes en el país.⁷⁴ Mientras que la idea de que “la Constitución no es un pacto de suicidas”⁷⁵ se ha convertido en algo común en los Estados Unidos, las cortes y legislaturas brasileñas han sido igualmente enemigas de permitir que el derecho sirva como un instrumento para el homicidio y otros crímenes violentos o como un cómplice de los delincuentes que los cometen.

El Superior Tribunal Federal ha adoptado un enfoque expansivo de la aplicabilidad y los efectos de los derechos individuales en las diferentes áreas del derecho público y privado.⁷⁶ El difundido uso de exámenes de proporcionalidad ha tenido profundas consecuencias en el orden jurídico de Brasil. Una vez que las cortes comienzan a aceptar el derecho individual a la seguridad para invalidar políticas públicas que son percibidas como “desproporcionadas” o “inapropiadamente invasivas”, la percepción de amenazas constantes y serias a la seguridad (sea empíricamente justificada o no) tiende a torcer el análisis de proporcionalidad hacia la seguridad individual. El Tribunal de justicia de Río de Janeiro describió el riesgo extremo para la seguridad individual en esa ciudad como “un hecho público y notorio” que es “solamente comparable a aquellos territorios afectados por la guerra.”⁷⁷ Este no es un artefacto puramente retórico. Una extremo de hecho que es “público y notorio” no requiere ser probado de acuerdo con la legislación brasileña.⁷⁸ Esta apelación a las percepciones públicas sobre la violencia en centros urbanos en Brasil gana fuerza mediante el uso de análisis de proporcionalidad por el Superior Tribunal

⁷⁴ Constitución de Brasil, Preámbulo (expresando que la Constitución busca “establecer un Estado Democrático, para asegurar el goce de los derechos individuales y sociales, la libertad, la *seguridad*, el bienestar, el desarrollo, la igualdad y la justicia como los valores supremos de una sociedad fraterna, pluralista y sin prejuicios, fundada en la armonía social y comprometida, en el orden interno e internacional, a la solución pacífica de los conflictos”), y el encabezado del art. 5º, (asegurando “la inviolabilidad del derecho a la vida, la libertad, la igualdad, la *seguridad* y la propiedad) (énfasis añadido).

⁷⁵ La metáfora “pacto suicida” proviene de un voto disidente del Juez Robert H. Jackson de la Corte Suprema en *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949), y ha sido ampliamente utilizada desde entonces.

⁷⁶ Ver, como ejemplo de una decisión del STF reconociendo los llamados “efectos directos” de los derechos fundamentales y su aplicabilidad respecto de relaciones sociales privadas a pesar de la ausencia de acción estatal directa, la Apelación Extraordinaria Nº 201.819-8 (RJ), decidida el 11 Oct de 2005. En dicho caso, el STF sostuvo que una asociación privada sin fines de lucro (la Asociación de Compositores Brasileños) no podía expulsar a uno de sus miembros sin concederle algunas garantías básicas del debido proceso de ley, según lo requiere el derecho constitucional a una “defensa amplia”.

⁷⁷ Ver *supra* nota 51. El art. 334 del Código Brasileño de Procedimiento Civil provee que “no es requerida la presentación de evidencia para la prueba de hechos que son: I – bien conocidos [...]”.

⁷⁸ Otro ejemplo de una decisión judicial del TJ-RJ que describe la violencia en Río como un hecho “público y bien conocido” puede ser encontrada en la Apelación Nº 2009.700.059332-1 (4ª Cámara de Apelaciones, decidida el 9 Sep 2009).

Federal sin la reflexión necesaria sobre los extremos empíricos que deberían ser discutidos.⁷⁹

No queremos sugerir que las políticas adaptativas nunca se encuentran justificadas –podrían ser perfectamente razonables bajo determinadas circunstancias, en cuyo caso la identificación de sus costos sólo serviría como argumento en favor de mejores políticas públicas de seguridad.⁸⁰ Lo que sí queremos sugerir, sin embargo, es que estos argumentos basados en la inseguridad no deberían ser aceptados sin mayores indagaciones. Una preocupación bien conocida de los académicos comprometidos con la protección del Estado de derecho en tiempos de abundante percepción de inseguridad ha sido que el miedo puede dificultar el buen diseño y adopción de políticas públicas con base empírica. Entendemos que no hay razón para entender este problema como exclusivo de las conocidas políticas represivas, que restringen los derechos de sospechosos de cometer delitos y reos. Los efectos del miedo en nuestra capacidad de hacer *trade-offs* necesarios y justificados también debería ser sujeto a escrutinio para el caso de políticas adaptativas, aún cuando resulten en un incremento en la protección de determinados derechos individuales para segmentos de la población.⁸¹

⁷⁹ Sobre el carácter empírico de las afirmaciones subyacentes a los segmentos de adecuación y necesidad del examen de proporcionalidad, ver LUIS FERNANDO SCHUARTZ, NORMA CONTINGÊNCIA E RACIONALIDADE (2005); para un análisis crítico de la consistencia y rigor del STF al utilizar exámenes de proporcionalidad, ver HUMBERTO B. ÁVILA, TEORIA DOS PRINCÍPIOS (2003); Virgílio Afonso da Silva, *O Proporcional e o Razoável*, 798 REVISTA DOS TRIBUNAIS (2002).

⁸⁰ Una forma alternativa de tomarse en serio el derecho a la seguridad y al mismo tiempo evitar algunas de las trampas y distorsiones mencionadas en el presente trabajo es el desarrollo de remedios y estrategias para la intervención judicial que, a diferencia de las políticas adaptativas que describimos, no comiencen ni terminen con reclamos individuales (en forma de demandas judiciales) por seguridad. Reclamos por seguridad efectuados por residentes de áreas específicas podrían disparar un monitoreo judicial de las políticas del Estado hacia dicha comunidad: el rol judicial en este caso sería el mejoramiento del nivel general de seguridad en el área, en vez la resolución de un reclamo de un individuo insatisfecho en función de su percepción personal de su nivel de seguridad. En este modelo de intervención judicial para la promoción del derecho a la seguridad, el ámbito de la decisión judicial se extendería más allá de los reclamos de litigantes individuales para alcanzar a la totalidad de la comunidad, generando así un diálogo más amplio e informado entre los jueces y la comunidad política que podría conducir a efectivos cambios en el nivel general de políticas de seguridad. Agradecemos a Owen Fiss por llamarnos la atención respecto de esta posibilidad.

⁸¹ Un reciente ejemplo de cómo el nivel de criminalidad real no se correlaciona con las percepciones de los individuos sobre la (in)seguridad puede encontrarse en el *Índice de Percepção da Presença do Estado* (“Índice de Percepción de la Presencia del Estado”), preparado por la Fundación Gertulio Vargas (FGV) en Río de Janeiro, bajo la coordinación de Marcelo Simas y Fernando de Holanda Barbosa, publicado en Junio de 2010. Los investigadores realizaron encuestas tanto en las áreas más peligrosas cuanto en las más seguras de Río, solicitando a los residentes que calificasen la libertad de circulación y posibilidad de ser dañados en sus vecindarios. Los valores manifestados por residentes de las áreas más seguras, de clase media-alta, en ambas cuestiones fueron consistentemente menores que los declarados por residentes de las *favelas* incluidas en el muestreo. Una presentación resumida de los principales hallazgos del estudio puede encontrarse en: http://www.oglobo.com.br/rio/arquivos/apresentacao_cidadania.ppt. Una discusión con expertos en la materia puede encontrarse en: <http://oglobo.globo.com/rio/mat/2010/06/07/para-especialistas-pesquisa-comprova-que-populacao-se-sente-mais-segura-na-area-onde-vive->

Esto es especialmente cierto si consideramos que, así como los costos impuestos por las políticas represivas no se encuentran uniformemente distribuidos en la sociedad, ya que impactan más intensamente a aquellos grupos que resultan más fácilmente identificados como potenciales transgresores, los costos y beneficios de las políticas adaptativas en Brasil también se encuentran desproporcionadamente distribuidos en la población. En otros países, el espectro del terrorismo afecta potencialmente a todos los miembros de la sociedad. En contraste, las adaptaciones a la inseguridad en Brasil han invariable y primariamente aprovechado a los grupos más privilegiados de la sociedad, por más que los pobres son las principales víctimas de la violencia en el país, tanto en términos absolutos como en términos relativos. Mientras que la disminución en transparencia debido a políticas adaptativas impone costos difusos que resultan apenas detectables a nivel individual, sus beneficios se encuentran claramente concentrados en determinados grupos (altos ejecutivos, empleados públicos altamente remunerados, y los más altos rangos del Poder Ejecutivo) que son difícilmente representativos de la población brasileña en su totalidad. Dados los beneficios concentrados y los costos difusos de las políticas adaptativas, no debería ser sorprendente que los beneficiarios primarios de las mismas hayan resultado bastante exitosos haciendo *lobby* por su implementación.⁸²

Los grupos conservadores tienden a apoyar ambas políticas represivas y adaptativas, aunque las primeras favorezcan las políticas públicas por sobre los derechos individuales y las segundas favorezcan los derechos individuales en detrimento de las políticas públicas. En los Estados Unidos, el mismo partido político que milita a favor de duras medidas represivas en contra del terrorismo apoya el derecho a portar armas, recientemente interpretado como constitucionalmente protegido.⁸³ Asimismo, en Brasil, la derrota de la llamada “Ley de Desarme” en un referendun nacional en 2005 fue ampliamente atribuida a la propaganda política que enfatizaba las serias deficiencias en la seguridad pública en el país.⁸⁴ Las elites brasileñas recurren a argumentos basados en la seguridad como una espada y como un escudo: como espada, apoyando políticas represivas que suprimen o disminuyen la aplicabilidad de los derechos de los sospechados delincuentes y reos; y como un escudo, apoyando políticas adaptativas, que mitigan su propios deberes legales y *accountability* hacia el público en general.⁸⁵

[916810971.asp](#).

⁸² De hecho, uno podría argumentar que mientras más fuertes son las políticas adaptativas, menores serán los incentivos de las elites para pelear por otras políticas promotoras de la seguridad de carácter más general.

⁸³ *District of Columbia v. Heller*, 128 S.Ct. 2783 (2008).

⁸⁴ La Ley Nº 10,826/2003, sujeta a referendun nacional en Octubre de 2005, prohibía “la comercialización de armas de fuego y munición en todo el territorio nacional” con unas pocas excepciones (art. 35). El movimiento pro-prohibición perdió estrepitosamente: 63,94% de los votos válidos en contra de la norma, frente a 36,06% a favor. La mayoría de los comentaristas atribuyen la derrota de la Ley de Desarme a la propaganda anti-prohibición, que apelaba a la percepción – ampliamente difundida en las clases media y alta en Brasil– de que el derecho a portar armas es un sustituto necesario ante la falla del Estado brasileño en la protección del derecho a la seguridad.

⁸⁵ Resulta interesante cómo, para estos grupos, no habría contradicción alguna entre afirmar, por un

En virtud de las posibles distorsiones en términos de asignación y distribución, los argumentos basados en la seguridad deben ser sometidos a mayor escrutinio del que han recibido hasta ahora en Brasil. Hay razón para creer que de estos argumentos ha sido exagerados en su uso y que, por momentos, han sido meramente un pretexto para lograr otros objetivos. Un balanceo cuidadoso y detenido de los intereses en juego en cada uno de los casos descritos aquí requiere de un examen empírico y excede los propósitos de este trabajo. Nuestro objetivo fue, en cambio, demostrar que estas cuestiones –hasta ahora ignoradas– deben formar parte del debate acerca de las relaciones entre el derecho y la inseguridad en Brasil.

Un análisis económico de la política y el derecho penal toma en consideración tanto los costos del crimen cuanto los costos de investigar y castigar la actividad criminal. Este artículo sugirió que los costos directos de la violencia y su represión tienen un paralelo en el ámbito de lo legal. No obstante, mientras los costos de las políticas represivas son bien conocidos y debatidos, los efectos colaterales de la violencia en las instituciones legales han sido dejados afuera de la ecuación en su totalidad. Esto resulta desafortunado porque la caída en transparencia atribuible a las políticas adaptativas podría eventualmente debilitar las instituciones democráticas y demorar el desarrollo económico y social del país, dificultando así la eliminación de las últimas causas de la violencia.

lado, que el sistema de justicia penal no tiene arreglo y que resulta incapaz de proveer a los ciudadanos de niveles mínimos de seguridad, y al mismo tiempo reclamar que ese mismo sistema sea reformado para incorporar castigos más severos.