

El Estado de derecho según el Banco Mundial

*El Estado de derecho (Rule of Law) establece los principios esenciales básicos para una economía sana. En particular la reforma del poder judicial dirigida a cumplir la efectiva aplicación del derecho es central en la reforma del rol del Estado y en la puesta en marcha de las estrategias de desarrollo*²⁰¹.

Como parte de su agenda de gobernanza, el Banco Mundial ha incluido expresamente la existencia de un Estado de derecho. Éste se ha considerado como un referente institucional básico que hace posible el crecimiento económico y la lucha contra la pobreza. De hecho, en algunos momentos el Banco ha planteado que la existencia de un Estado sujeto al derecho forma parte de un concepto integral de desarrollo.

En sentido general, el concepto de Estado de derecho (ED) hace referencia al movimiento en el que el derecho hace del poder un objeto de control, limitación jurídica y despersonalización²⁰². En este marco, el

²⁰¹ Vid. Dakolias, Maria, *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean. Elements of Reform*. World Bank Technical Paper, no. 319, Washington, Banco Mundial, 1996, p. 12.

²⁰² Para la enunciación de tal movimiento del derecho hacia el poder, Vid. Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Editorial Debate, 1990, 2da. edición, a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, p. 362. Una aproximación que discute con el positivismo jurídico acerca de la diferenciación entre poder y derecho puede encontrarse también en Peña Freire, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Ed. Trotta, 1997, pp. 41-51. Una valoración crítica y esclarecedora sobre el sentido profundo de la

poder del Estado debe estar limitado por normas jurídicas de tal forma que el gobierno de los hombres dé paso al gobierno de las leyes. En otros términos, “no más *rex facit legem*, sino *lex facit regem*”²⁰³. La dinámica del derecho hacia el poder, crea además el marco desde el cual la acción del Estado se presenta y entiende como legítima²⁰⁴.

El Estado de derecho es, con todo, uno de esos conceptos utilizados para fines muy diversos, ligado a ideologías diferentes y con múltiples y variadas ascendencias en la historia del pensamiento político²⁰⁵. En efecto, normativamente, el control jurídico del Estado y los fines de las limitaciones sobre él colocadas, han sido objeto de diversas comprensiones provenientes de ideologías políticas en algunos casos contrapuestas, así como de distintas nociones y teorías sobre el derecho, el poder y el contenido y peso de los derechos²⁰⁶. Es tal la variación del concepto, que para algunos autores hacer referencia hoy a la expresión “Estado de derecho” resulta inexacto en comparación con otras denominaciones alternativas como “Estado constitucional” o “Estado de los derechos”²⁰⁷.

Dadas sus variadas filiaciones políticas y teóricas, existen múltiples definiciones sobre lo que se puede considerar por Estado de derecho. Es así como algunas conceptualizaciones están basadas fundamentalmente en las características formales de la producción y aplicación de las leyes. Otras concepciones se fundan predominantemente, sobre la garantía y realización de determinados derechos fundamentales constitucionalmente protegidos. Cada una de ellas, por su parte, plantea variaciones institu-

despersonalización del poder político y su separación de la esfera económica a través del ED puede verse en Barcellona, Pietro, *Posmodernidad y comunidad*, Madrid, Ed. Trotta, 1989, pp. 45-51.

²⁰³ Vid. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Ed. Trotta, 1997, p. 21.

²⁰⁴ Para una referencia en tal sentido vid. Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1996, p. 237.

²⁰⁵ Vid. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Ed. Trotta, 1995, p. 855; Baratta, Alexandro, “El Estado de derecho. Historia del concepto y problemática actual”, *Sistema*, no. 17-18, 1978, p. 14; y Grote, Rainer, “Rule of Law, Rechtsstaat and ‘État de Droit’”, Christian, Starck (ed.), *Constitutionalism, Universalism and Democracy. A Comparative Analysis*. Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 305.

²⁰⁶ Vid. Baratta, 1978, *op. cit.*, p. 13. Sobre la aproximación al ED desde la Teoría de la justicia puede verse De Asís, Rafael, *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho*. España, Ed. Dykinson, 1999. Especialmente el capítulo III.

²⁰⁷ Vid. Grote, *op. cit.*, p. 305.

cionales especialmente en lo referente al papel del poder judicial y las relaciones de éste con el legislativo²⁰⁸.

La multiplicidad de definiciones al respecto ha sido agrupada en distintos tipos de clasificaciones que buscan dar algún orden a una realidad más que abigarrada. Según algunos planteamientos, se puede hablar de concepciones instrumentales e intrínsecas del Estado de derecho. De acuerdo con las primeras éste es, ante todo, un medio que está ligado a un conjunto amplio de fines, como la igualdad ante la ley, la justicia, etc.²⁰⁹. En términos de lo segundo se sostiene que el Estado de derecho es un valor en sí mismo.

Otra de las clasificaciones más utilizadas afirma que existen modelos formales y sustanciales de Estado de derecho. Los primeros se refieren centralmente a la forma en que las leyes son promulgadas (si fueron por la persona autorizada, en la manera autorizada y apropiada), a la claridad de la norma a seguir (si es suficientemente clara para guiar una conducta individual capacitando a la persona a planear su vida) y a la dimensión temporal de promulgación de las mismas (si es prospectiva o retrospectiva). Dichas concepciones formales, sin embargo, no juzgan el contenido de las leyes en sí mismas, de tal manera que cualquier consideración sobre su carácter justo resulta irrelevante.

Un modelo sustancial, por su parte, incorpora gran parte de los atributos de los conceptos formales, pero sujeta las leyes y acciones administrativas a la garantía y realización de determinados derechos fundamentales constitucionalmente previstos²¹⁰. En términos de un Estado de derecho sustancial se responde a la pregunta sobre “qué” puede o debe mandar-

²⁰⁸ Para De Asís: “Los modelos [de Estado de derecho] difieren, entre otros aspectos, por la distinta justificación que acompañan a los rasgos sistemáticos que mantienen, por los contenidos de moralidad que incorporan y por la forma de entender la separación de poderes y, en concreto, la relación juez-parlamento”. Vid. al respecto De Asís, Rafael, *op. cit.* p. 104.

²⁰⁹ Vid. Santos, Álvaro: “The World Bank Uses of the Rule of Law Promise in Economic Development”, *The New Law and Economic Development*. Cambridge University Press, 2006. También Kleinfeld, Rachel, “Competing Definitions of the Rule of Law”, *Promoting the Rule of Law Abroad. In Search of Knowledge*. Carnegie Endowment for International Peace, 2006.

²¹⁰ Vid. Kriele, Martin, *Introducción a la Teoría del Estado*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1980, pp. 140-141.

se en una sociedad²¹¹. Antes que las formas que caracterizan a las leyes, lo importante es su contenido, el cual se debe medir según el respeto y garantía efectiva de una serie de derechos²¹².

Dada la multiplicidad de conceptos y las disputas al respecto, es necesario constatar que cuando el Banco Mundial se propone promover el Estado de derecho, está adoptando, en la práctica, una particular versión del mismo²¹³. En otros términos, a través de sus préstamos y asistencia técnica, viene agenciando uno de los conceptos construidos alrededor de lo que debe ser un Estado sujeto al derecho. Las opciones tomadas no sólo enmarcan el contenido político o ideológico de su conceptualización. En realidad, permiten entender cómo el BM se ha orientado a apoyar la reforma de los sistemas de justicia en lo concerniente a la forma concreta más efectiva para garantizar un mayor imperio de la ley.

El presente capítulo pretende, por tanto, establecer de qué manera el Banco Mundial ha venido construyendo su conceptualización sobre el Estado de derecho. Tal estudio comprende el periodo que va desde comienzos de los noventa hasta el 2005, momento que coincide con la salida de James Wolfhenson, expresidente del Banco, quien lideró durante ocho años ininterrumpidos una mayor implicación del organismo en los llamados asuntos de gobernanza.

Este capítulo buscará responder a la pregunta sobre cuál es el concepto de Estado de derecho construido y promovido por el Banco Mundial, el cual enmarca su preocupación por la reforma al poder judicial. En tal

²¹¹ Vid. Sanchís Prieto, Luis, “Ley, principios y derechos”, *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, no. 7, Ed. Dykinson. Universidad Carlos III, 1998, p. 35.

²¹² Otros autores como Zelnick proponen la división entre conceptos positivos y negativos de ED. De Asís, por su parte, defiende la existencia de modelos finalistas y funcionalistas. Bobbio se refiere a entendimientos débiles y profundos. Vid. al respecto Selznick, Philip, “Legal Cultures and the Rule of Law”, Krigier and Czarnota Adam (eds.), *The Rule of Law after Communism*. MPG Books, 1999, p. 23; Bobbio, Norberto, *Liberalismo y democracia*, Breviarios, Fondo de Cultura Económica. Reimpresión Argentina, 1992; De Asís, *op. cit.*, cap. I. y Stephenson, Matthew, *The Rule of Law as a Goal of Development Policy*. Documento disponible en Internet: <http://www1.worldbank.org/publicsector/legal/ruleoflaw2.htm>.

²¹³ Para una referencia del proceso de construcción del Estado de derecho como objeto central de la relaciones internacionales a nivel económico y político hoy puede verse: Sachs, Jeffrey, *Globalization and the Rule of Law*. New Heaven, Yale University Press, 1999. Carothers, Thomas: “The Rule of Law Revival”, *Foreign Affairs*, vol. 77, no. 2, 1998; y Orth, John V., “Exporting the Rule of Law”, *North Carolina Journal of International Law and Commerce Regulation*, vol. 24, 1998.

sentido se tratará de explicitar si el BM está más interesado en las formas del Estado de derecho o en el contenido de derechos del mismo, para finalmente establecer qué compromisos concretos asume con respecto al desarrollo de la noción por él escogida.

Para desarrollar lo anterior, el capítulo se organiza de la siguiente manera. En primer lugar se propondrá una conceptualización del Estado de derecho que sirva como punto de referencia para la reflexión. Dado el campo tan amplio, diverso y relativo de las distintas comprensiones de este término, no se pretende hacer un repaso pormenorizado de los distintos contenidos construidos y utilizados. En realidad, se planteará lo que se considera un concepto integral y constitucionalmente extendido de Estado de derecho, el cual servirá como referente para evaluar críticamente la forma en que el Banco Mundial ha construido su propia visión.

En una segunda parte se presentarán los distintos fundamentos que hacen del Estado de derecho un objeto central de interés del Banco, para luego identificar cómo lo ha entendido a lo largo del tiempo. Esta parte del trabajo, se basará ante todo, en los diversos documentos producidos por esta institución y en los pronunciamientos expresados por sus autoridades.

Una tercera parte planteará cómo el concepto más reciente utilizado por el Banco, el cual da un peso expreso a los derechos humanos, está limitado por la forma en que este organismo entiende su papel respecto a la garantía de los mismos. Al final se ofrecerán unas conclusiones sobre la manera cambiante como esta IFI ha manejado el concepto, valorando críticamente sus principales vacíos y deficiencias.

2.1 EL ESTADO DE DERECHO COMO CONJUNTO DE LÍMITES AL PODER POLÍTICO

A primera vista, todo Estado moderno podría entenderse como un Estado de derecho en la medida en que actúa y regula su acción a través de normas producidas de acuerdo con los criterios formales preestablecidos. Así, en términos de Kelsen, el Estado no es sino el orden de una sociedad organizada políticamente y este orden se identifica con el derecho:

Ya sean las normas jurídicas creadas autocráticamente o las surgidas por vía democrática las que determinan el uso del poder, el Estado será siempre “autoritario”, por que en todo Estado ha de haber una autoridad; y será al

*propio tiempo, Estado de derecho, porque es el orden jurídico el que determina el titular de la autoridad y la forma de ejercerla; quien debe mandar y quien debe obedecer*²¹⁴.

En realidad, con un concepto como éste, el Estado de derecho pierde toda referencia como limitación jurídica del poder del Estado. El Estado aquí se funde en el derecho de forma que no tiene sentido la referencia misma al Estado de derecho, considerada, a lo sumo, como una tautología o un pleonismo²¹⁵. Aún más, bajo esta identificación es posible integrar y finalmente legitimar, como ya ha ocurrido, diversos tipos de regímenes políticos con independencia de su carácter autoritario o democrático, de su respeto o violación de los derechos y libertades básicas²¹⁶.

En realidad, el Estado de derecho es un concepto normativo que postula la existencia de un variado conjunto de mecanismos institucionales dirigidos a limitar o controlar el poder político. Su pretensión central es la de generar un ambiente de garantías que hagan posible el reconocimiento y goce de las libertades individuales en sus dimensiones negativa y positiva. En otros términos, el Estado de derecho sería la forma más adecuada de organizar el poder estatal con el fin de hacer posible la libertad, evitando los riesgos generados por el monopolio de la fuerza que modernamente lo ha caracterizado:

De acuerdo con su significado fundamental, y siempre que no se lo deforme ideológicamente o se lo instrumentalice, el Estado de derecho busca siempre

²¹⁴ Vid. Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, trad. Legaz y Lecambra, México, Ed. Nacional, 1979, p. 142. En sentido similar, Mayer, citado por Palombella, sostiene que un Estado de derecho es tal “sólo si la administración pública está sometida a la ley y se expresa a través de actos formales”. Vid. Palombella, Gianluigi, *Filosofía del derecho. Moderna y contemporánea*, Madrid, Ed. Tecnos, 1999, p. 116.

²¹⁵ La valoración de una concepción como ésta en términos de una tautología es enunciada por Raz, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 266. Por su parte la referencia a un pleonismo está en Peña Freire, *op. cit.*, p. 41.

²¹⁶ Una buena parte de los analistas del Estado de derecho, vinculan a Kelsen con esta definición restringida del ED. Así, de manera contundente, lo hacen Hayek, Friedrich, *Los fundamentos de la libertad*. trad. José Vicente Torrente, Madrid, Unión Editorial, 1991, p. 260; Reynolds, Noel B., “Grounding the Rule of Law”, *Ratio Juris*, vol. 2, no. 1, marzo de 1989, p. 1; Palombella, *op. cit.*, p. 116; Peña Freire, *op. cit.*, p. 42. Con todo, es un terreno de discusión la consideración aislada de esta valoración de Kelsen a la luz de toda su obra. Así, por ejemplo, sostiene que, para Kelsen, el derecho tiene contenidos de justicia pero no es posible especificar cuáles son en todos los derechos. Vid. De Asís, *op. cit.*, p. 50.

*limitar y restringir el poder y el dominio del Estado a favor de la libertad del individuo y realizar el derecho material. El primado del derecho (legal) frente a la política se presenta como un postulado que reaparece una y otra vez en la reflexión sobre el Estado de derecho*²¹⁷.

En cuanto a la existencia de límites al poder político, el Estado de derecho integra de manera preeminente la noción de imperio de la constitución y de la ley. Es así como antes que la voluntad directa y circunstancial de los gobernantes o de los asociados, las acciones del Estado y de la sociedad están regidas por lo previsto en las normas establecidas en la constitución y en la ley y producidas mediante el procedimiento democrático. Este imperio es el fundamento de la legalidad de la administración y, por tanto, de la pretensión de que toda acción del poder público esté previamente establecida y controlada por la legalidad democrática.

Ahora bien, la pretensión de imperio de la constitución y de la ley con fines de preservar la libertad no se logra meramente por un proceso de postulación de su superioridad normativa. Para que este *imperium* sea parte del Estado de derecho, la normatividad de cualquier orden debe estar sujeta a un conjunto diverso de características que hacen posible el cumplimiento de su función como límite. Ellas se refieren, en primer lugar, al respeto de un grupo de referentes semánticos o formales relacionados con su proceso de producción y aplicación. En segundo lugar, las normas imperantes deben responder a aspectos de contenido que establecen un conjunto de valores, los cuales deben ser reconocidos y respetados por cualquier norma. Finalmente, este tipo de límites deben ser complementados con la existencia de un régimen de división y control entre los poderes. En tal sentido, las constricciones jurídicas a la acción del Estado que conforman el concepto normativo del Estado de derecho, se pueden diferenciar entre formales, sustanciales y de fragmentación interna del poder.

2.1.1 Las limitaciones formales en el Estado de derecho

De manera indicativa, las características formales de una normatividad constitucional o legal propia de un Estado de derecho hacen referencia a

²¹⁷ Vid. Bockenforde, Ernst, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2000, p. 44.

su generalidad y abstracción, a su aplicación igual, a su carácter prospectivo antes que retroactivo y a su claridad y publicidad²¹⁸.

De acuerdo con Hayek, la generalidad de la ley es la esencia de un Estado de derecho²¹⁹. Ésta representa la oposición a la particularización en cuanto a los sujetos y acciones previstas en las leyes. Por ende, las leyes no deben mencionar casos o personas determinadas, de tal forma que sean aplicables a todos los eventos e individuos sin consideraciones de orden específico²²⁰. En sentido amplio, la generalidad de la ley no significa la exclusión absoluta de cualquier referencia particular en la misma. Ésta es posible, a condición de que esté guiada y sujeta por normas superiores, claras, estables y generales²²¹.

La generalidad así entendida tiene un vínculo sustancial con la igualdad de los individuos ante la misma²²². Esta se refiere, al tratamiento sin diferencias de aquellos casos considerados similares a la luz de las normas vigentes. En este plano, no son permisibles, por tanto, excepciones *ad hoc*, dispensas o inmunidades secretas²²³. Sin embargo, el tratamiento igual de casos iguales ante la ley no excluye la presencia de discriminaciones de diverso tipo basadas en la raza, el sexo, la religión, la clase social o las convicciones políticas²²⁴. Como bien aclara Raz, discriminaciones de cualquier orden son compatibles y frecuentemente institucionalizadas por normas generales²²⁵.

²¹⁸ Aunque tal diferenciación no es siempre clara, las formas descritas son aplicables tanto a las leyes de origen parlamentario como a las normas de orden constitucional.

²¹⁹ Así, para Hayek: “El carácter de protección de la ley, su propia *raison d'être*, ha de encontrarse en su generalidad”. Vid. Hayek, *op. cit.*, p. 266.

²²⁰ Vid. Neumann, Franz, *The Rule of Law*, Reino Unido, BERG, 1986, p. 212.

²²¹ Vid. especialmente Raz, *op. cit.*, p. 269. En el mismo sentido se expresa Waldron, quien prefiere hablar de normas universales antes que generales. Vid. Waldron, Jeremy: “The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory”, *Ratio Juris*, vol. 21, no. 1, marzo de 1989, p. 81.

²²² Así lo considera Neumann, quien asocia el sentido igualador de la ley general como su valor ético. Vid. Neumann, *op. cit.*, 213. También Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 29.

²²³ Vid. Allan, T.R.S., “The Rule of Law”, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Peter Newman, Ed. London, Macmillan, 1998, p. 375.

²²⁴ Sobre tal confusión en un plano estrictamente formal, vid. Fogelklou André, “Principles of Rule of Law and Legal Development”, Sevastik, Per (ed.), *Legal Assistance to Developing Countries*. Suecia, Kluwer Law International, 1997.

²²⁵ Vid. Raz, *op. cit.*, p. 270.

Al mismo tiempo, sólo en los términos de la igualdad ante la ley esta última se hace suprema al no existir, en principio, jerarquías formales ni poderes que se sitúen por encima de la misma. Éstos no dejan de existir en la práctica, sino que son ocultados en virtud de una igualación formal²²⁶. La igualdad formal permite, por tanto, situar la ley por encima de todo²²⁷:

*Es la supremacía de la ley en el sentido de primacía de la ley formal, la ausencia de privilegios legales de unas personas designadas autoritariamente, lo que salvaguarda aquella igualdad ante la ley que es lo opuesto al gobierno arbitrario*²²⁸.

Adicionalmente a las anteriores caracterizaciones formales de la ley, ésta debe ser clara y, por ende, carente de ambigüedades, imprecisiones y vaguedades que puedan generar confusión en los destinatarios de la misma²²⁹. En el mismo sentido las leyes deben procurar la ausencia de contradicciones y la estabilidad legal en el tiempo, de tal forma que existan condiciones para la congruencia entre lo previsto en la ley y la acción del gobierno y de las personas²³⁰. Finalmente, las leyes deben ser prospectivas y, especialmente en el marco del derecho penal, es preciso que garanticen el debido proceso y el acceso a la justicia²³¹.

Como producto de la caracterización formal de las leyes, se puede lograr simultáneamente dificultar la arbitrariedad estatal y ofrecer condiciones de seguridad jurídica. Con respecto a lo primero, una enunciación general de la ley y su aplicación formal permiten dificultar la persecución de intereses individuales o particulares por los gobernantes, manera ésta con la que se identifica especialmente la posible acción arbitraria del Estado²³²:

²²⁶ Neumann afirma con precisión: “La ley general tiene una función de ocultamiento. En una sociedad de clases y en un sistema económico competitivo, una ley general encubre la realidad”. Neumann, *op. cit.*, p. 213. En sentido claramente crítico y desmitificador del fetichismo de la igualdad ante la ley, vid. Barcellona, *op. cit.*, p. 50.

²²⁷ Vid. Barcellona, *op. cit.*, p. 48.

²²⁸ Vid. Hayek, Friedrich A., *Camino de servidumbre*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1946, p. 82.

²²⁹ Vid. Raz, *op. cit.*, p. 268. También Pérez Luño, Antonio E., “Seguridad jurídica”, Garzón Valdez, Ernesto (ed.), *Derecho y justicia*, Madrid, Ed. Trotta, 1996, p. 484.

²³⁰ Vid. Fuller, Lon, *The Morality of Law*, New Heaven, Yale University Press, 1964, cap. 2.

²³¹ Vid. Raz, *op. cit.*, p. 272.

²³² Tal correspondencia es reconocida por Summers: “Esto es, los requisitos institucionales para una teoría formal del Estado de derecho y el proceder arbitrario son, en la práctica, incompatibles en un alto grado”, Vid. Summers, Robert S., “A Formal Theory of the Rule of Law”, *Ratio Juris*, vol. 6. no. 2, julio de 1993.

*El uso arbitrario del poder para provecho personal, fuera de la venganza o el favoritismo, se manifiesta muy comúnmente, en la creación de órdenes jurídicas particulares. Dichas posibilidades se encuentran drásticamente limitadas por una estrecha adhesión al Estado de derecho*²³³.

En materia de seguridad jurídica, el formalismo de las leyes y en particular su carácter claro, prospectivo y público facilita la existencia de un marco legal y judicial cierto y predecible, desde el cual los sujetos individuales puedan planear sus propios proyectos personales sin intromisiones del Estado y/o de otros individuos. Las leyes conforman así un conjunto de reglas de juego que constituyen instrumentos de acción en manos de los sujetos antes que un medio de acción del Estado. Al obedecer la ley, el individuo persigue sus propios fines y no los del legislador. La seguridad jurídica es, pues, el segundo gran eje de sentido de una limitación formal del Estado²³⁴:

*Lo importante es si el individuo puede prever la acción del Estado y utilizar este conocimiento como un dato para establecer sus propios planes, de lo que resulta que el Estado no puede intervenir el uso que de su mecanismo se hace y el individuo sabe con exactitud hasta dónde está protegido contra la interferencia de los demás, o si el Estado está en situación de frustrar los esfuerzos individuales*²³⁵.

²³³ Vid. Raz, *op. cit.*, p. 274. Haciendo referencia al contenido justo de la ley, Hayek plantea: “A veces se afirma que la ley, además de general e igual, dentro del Estado de derecho, también debe ser justa (...) Verdad es que tal ley puede ser mala e injusta, pero su formulación general y abstracta reduce este peligro a un minimum”. Hayek, *op. cit.*, p. 266. Fuller, desde un ámbito de neutralidad moral expresa también su confianza especial en las formas de la ley: “La simple demanda de que el Estado de derecho esté expresado en términos inteligibles significa que será éticamente neutral respecto de los fines que el derecho pueda perseguir (...) Si el legislador pretende remover algunos de errores de la ley y no puede fácilmente identificar el objetivo respecto del cual la reforma es dirigida, es obvio que le será difícil crear una ley que sea clara”. Vid. Fuller, *op. cit.*, p. 159.

²³⁴ Para Pérez Luño, “el principal objetivo de la estructura técnico formal es la creación de un clima de seguridad jurídica en el desarrollo de la actividad estatal”. Vid. Pérez Luño, Antonio E., *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, Madrid, Ed. Tecnos, 1994, p. 243; También De Asís, *op. cit.*, p. 63; Golding Martin, “Transitional Regimes and the Rule of Law”, *Ratio Juris*, vol. 9, no. 4, diciembre de 1996 y Fernández García, Eusebio, “Hacia un concepto restringido de Estado de derecho”, *Sistema*, no. 138, 1997, p. 112.

²³⁵ Vid. Hayek, *op. cit.*, p. 84. Raz es también claro al respecto: “Esta es la intuición básica de la que deriva la doctrina del Estado de derecho: El derecho tiene que ser capaz de guiar el comportamiento de sus súbditos. Es evidente que esta concepción del Estado de derecho es una concepción formal”. Vid. Raz, *op. cit.*, p. 267.

Ahora bien, aun cuando las características con que se ha pretendido definir la producción del derecho han cumplido un papel de limitación del poder, como ya se ha anticipado, su vigencia no siempre ha sido coherente con la defensa de un catálogo de derechos considerados como fundamentales y con la inclusión de vínculos con criterios de justicia, particularmente en términos sociales. En realidad, más allá de la garantía formal de un ámbito de acción del sujeto individual y de la posibilidad de predecir la acción del gobierno, una concepción como la hasta ahora planteada, tiene serios problemas para contar con un compromiso en términos de derechos:

*El Estado de derecho puede ser, sin embargo, otro modo de protección de la libertad personal. Pero no tiene nada que ver con la existencia de esferas de actividad libres de la interferencia gubernamental y es compatible con amplias violaciones a los derechos humanos*²³⁶.

Esta ausencia de un vínculo cierto con los derechos fundamentales permite entender la compatibilidad teórica e histórica entre la igualdad formal ante la ley y la institucionalización de discriminaciones de diverso tipo. En efecto, como se puede observar en el caso de Estados Unidos, la estructuración de la discriminación contra las poblaciones negras se realizó mediante leyes formalmente impecables, es decir, generales, impersonales, abstractas, públicas y proactivas²³⁷.

Por tanto, ante estos límites de las constricciones de tipo formal sobre la acción del Estado, el desarrollo histórico de este concepto ha incorpo-

²³⁶ Vid. Raz, *op. cit.*, p. 276. Por su parte, Hayek comparte de manera excesivamente cauta el establecimiento de un catálogo de derechos, siendo la generalidad de la ley la mejor defensa contra la intromisión del Estado en la libertad individual: “En última instancia, las garantías legales de ciertos derechos fundamentales no son otra cosa que parte de la salvaguarda de la libertad individual que proporciona el constitucionalismo y no pueden dar mayor seguridad contra las infracciones legislativas de la libertad que las propias constituciones”. Vid. Hayek, *op. cit.*, pp. 273 y 274. Valverde sostiene que, en realidad, Hayek está más interesado en la libertad de acción que en la libertad como atributo personal. Vid. Valverde, Caridad, *Hayek: una teoría de la justicia, la moral y el derecho*. Madrid, Ed. Civitas. U de Navarra. Fac. de Derecho, 1994.

²³⁷ En términos históricos, Zelnick documenta como las cortes en Estados Unidos sostuvieron la prohibición de los matrimonios entre negros y blancos basados en el principio de aplicación igual de la ley. Vid. Zelnick, *op. cit.*, p. 30. En igual sentido se expresa Sanchís Prieto: “Pues con leyes únicas, claras, abstractas y generales, es obvio que se pueden cometer tantas inequidades como con el viejo derecho feudal o consuetudinario”. Vid. Sanchís Prieto, *op. cit.*, p. 9.

rado límites de orden sustancial, los cuales pretenden ahora afectar el contenido mismo, antes que la forma de expresión del Estado.

2.1.2 Las limitaciones sustanciales en el Estado de derecho

El Estado de derecho adiciona a las limitaciones formales sobre la acción del Estado límites de orden sustancial identificados con derechos, los cuales circunscriben y dirigen la acción de todos los poderes públicos. Estos derechos adquieren generalmente una primacía de orden constitucional, desde la cual las leyes, su aplicación y la acción de la administración quedan sujetas a la revisión de su contenido. Son, entonces los contenidos de la ley en términos de derechos, antes que sus formas, los que permiten establecer la existencia o no de un Estado debidamente sujeto a la juridicidad²³⁸.

Con el reconocimiento de límites sustanciales, se acepta que el Estado de derecho cuenta con los atributos formales mencionados antes. No obstante, existen ciertos derechos sustantivos que deben ser reconocidos, respetados y garantizados por las leyes y que afectan tanto el contenido de estas últimas como el apego absoluto a las formas anotadas. Una comprensión sustancial plantea entonces la:

(...) funcionalización de todos los poderes del Estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como de los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial²³⁹.

El reconocimiento constitucional de derechos fundamentales y su garantía efectiva, antes que la sola generalidad de la ley, constituyen aquí el fundamento del Estado de derecho²⁴⁰. Se trata entonces de determinar los contenidos del ejercicio del poder del Estado en una sociedad, los cuales

²³⁸ La presentación sobre los límites sustanciales aquí incluidos se basa en los trabajos ya citados de Ferrajoli, Zagrebelsky, Grote y, sin incluirlo propiamente bajo un rótulo de estado constitucional, los recientes aportes de Jürgen Habermas, especialmente en *Facticidad y validez*, *op. cit.*

²³⁹ Vid. Ferrajoli, *op. cit.*, p. 857.

²⁴⁰ Vid. Capella, *op. cit.*, 1997, p. 150.

son el presupuesto fundamental, formal y sustancial del sistema jurídico y de la acción estatal²⁴¹. Si, como se afirmaba, los límites formales permiten predecir las reglas del juego, los límites sustanciales permiten establecer cuáles son las reglas preliminares que hacen posible el desarrollo del juego²⁴². Estas últimas remiten finalmente a la garantía de los derechos individuales y/o los derechos económicos y sociales.

Las garantías individuales se refieren claramente a las prohibiciones dirigidas hacia el Estado y tutelables frente a él para conservar la vida y las libertades civiles y políticas²⁴³. Estos derechos, en cuanto deberes públicos negativos, garantizan aquel ámbito individual que en las concepciones formales sólo se afincaba en la semántica de la ley. Por su parte y de manera concurrente, los derechos económicos y sociales incorporan deberes de acción del Estado frente a la población.

De acuerdo con las opciones en materia de derechos encarnadas en la Constitución, un Estado puede ser de derecho según énfasis diversos. Estos énfasis generalmente están relacionados con la determinación de cuáles son los derechos fundamentales garantizados bajo la supremacía constitucional y/o los criterios según los cuales se atribuye el contenido democrático de las leyes que enmarcan la acción del Estado. Surgen así los modelos de un Estado de derecho liberal, un Estado de derecho social o un Estado democrático de derecho²⁴⁴.

Esta integración de los derechos, sin embargo, no siempre es compatible con el alcance de las limitaciones formales antes indicadas. En particular, el reconocimiento de los derechos sociales ha exigido que el Estado asuma un papel proactivo para su progresiva garantía. Para ello, ha debido crear un conjunto de reglamentaciones legales y administrativas que pretenden dirigir o regular situaciones específicas. Con ello, por ejemplo, se ha morigerado el nivel de abstracción y generalidad con el que se pretendía caracterizar a las leyes. Otro tanto ha ocurrido con la claridad de las normas, la cual se ha hecho más difícil de alcanzar en la

²⁴¹ Vid. Sanchis Prieto, *op. cit.*, p. 35.

²⁴² Referencia realizada por Bobbio y citada por Ferrajoli, *op. cit.*, p. 893.

²⁴³ Vid. Ferrajoli, 1995, p. 860.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 861. En un sentido diferente, De Asís, enuncia más no desarrolla la idea de que pueden existir modelos de Estado liberal o social que no son necesariamente constitucionales. Vid. De Asís, *op. cit.*, p. 84.

medida en que hoy incorpora conceptos más abiertos y, por tanto, sujetos a la discrecionalidad del aplicador. De esta forma:

*La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así, el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta (...) Hoy día ya no se mantienen los caracteres liberales de la ley, concebida como límite a la situación de libertad natural (...) la ley ha perdido el sentido de la orientación, haciéndose temible por lo imprevisible de su dirección*²⁴⁵.

De esta manera, en el contexto de los límites sustanciales del Estado de derecho, se incorporan las dimensiones propias de su definición formal pero a costa de su redefinición²⁴⁶. La ley aparece sujeta a fines relacionados con una variedad de derechos que ya no pueden ser garantizados meramente por la generalidad, la abstracción y la aplicación formal de la misma.

Un cambio en otro sentido es el que ocurre respecto del criterio de validez del derecho. En virtud de las limitaciones sustantivas, una norma será válida si es producida por la autoridad facultada y de la manera formalmente prevista, más también debe satisfacer condiciones de justicia sustancial, referidas a los derechos: “La estricta legalidad, subordina todos los actos, incluidas las leyes a los contenidos de los derechos fundamentales, coincidiendo con su legitimación sustancial”²⁴⁷.

El alcance efectivo de las limitaciones formales y sustanciales y la relación entre ellas está, a su vez, supeditado a un arreglo institucional adicional que, por lo demás, constituye otro límite al poder del Estado, a saber, la división y control entre los poderes. Como se verá, su configuración varía según el peso otorgado al tipo de constricciones antes indicadas.

²⁴⁵ Vid. Zagrebelsky, *op. cit.*, pp. 36, 37 y 40. También vid. Sanchís Prieto, 1998, *op. cit.*, cap I.

²⁴⁶ Con todo, también es cierto que algunos aspectos formales del Estado de derecho se mantienen incólumes. El interés por su publicidad, claridad, no retroactividad, garantías procesales e independencia judicial son muestra de ello. Habermas ha planteado que aún bajo un paradigma jurídico de Estado de bienestar es posible mantener sin incompatibilidad algunos de los atributos formales de la ley. Vid. Habermas, *op. cit.* También Scheuerman, William: “The Rule of Law and the Welfare State: Toward a New Synthesis”, *Politics & Society*, vol. 22, no. 2, junio de 1994.

²⁴⁷ Vid. Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 358 y 857; Peña Freire, *op. cit.*, p. 58.

2.1.3 La división de poderes

En sí misma, la división de poderes es una manera de debilitar el poder del Estado en la medida en que dificulta su abuso. Bajo los principios liberales clásicos, la mejor forma de evitar un uso arbitrario del poder consiste en no permitir su concentración en pocas manos. Para ello, es preciso fraccionar el poder público en diversas instancias encargadas del desarrollo de distintas funciones, de las cuales las más fundamentales son las legislativas, las ejecutivas y las judiciales.

Ahora bien, la relación entre estos poderes varía notablemente según el peso que se otorgue a las limitaciones formales o sustanciales arriba indicadas. En el primero de los casos, se ha postulado una muy escasa relación entre dichos poderes y, por el contrario, se ha defendido una clara separación orgánica y funcional entre quien promulga la ley y quien la aplica²⁴⁸. Por tanto, el poder legislativo se ha considerado la fuente privilegiada de la normatividad y el poder público en la medida en que es depositario de la soberanía popular. El poder ejecutivo desempeña un papel fundamental como administrador de esa legalidad en sentido general. Por su parte, el juez cumple la particular función de resolver conflictos con base en la aplicación cabal de la ley a los casos específicos. Además de su apego a la ley, el poder judicial debe ser independiente de toda autoridad externa y, en especial, del poder legislativo y ejecutivo²⁴⁹. Se trata de evitar cualquier intromisión que desvíe la aplicación correcta de lo previsto en las leyes generales. De acuerdo con esta concepción, el sistema de justicia restringe su papel a la realización de la ley en el caso concreto, pero tiene muy poco que decir en términos de la capacidad de control de éste sobre el ejecutivo y el legislativo:

Los tribunales deben tener poderes de revisión sobre la implementación de los otros principios. Esto incluye la posibilidad de revisar tanto la legislación ordinaria y parlamentaria, así como la acción administrativa; pero en sí

²⁴⁸ Así lo afirma Hayek: “Sería humanamente imposible separar de modo efectivo la promulgación de nuevas normas generales y su aplicación a casos particulares, a menos que dichas funciones fueran realizadas por cuerpos o personas distintas (...) Ello exige jueces independientes y ajenos a los transitorios objetivos de la acción del poder público”. Vid. Hayek, *op. cit.*, p. 267.

²⁴⁹ Vid. al respecto, Gascon, Marina y García Alfonso, *La argumentación en el derecho*. Lima, Palestra, 2005, p. 23.

misma constituye una muy limitada revisión —meramente para asegurar la conformidad al Estado de derecho—²⁵⁰.

En términos de las limitaciones formales el principio de separación de poderes tiene una justificación funcional, necesaria para que el derecho, contemplado como sistema normativo, sea eficaz²⁵¹.

Sin embargo, con la incorporación de los límites sustanciales de tipo constitucional, las leyes producidas por el legislativo quedan limitadas por un catálogo de derechos. En otros términos, se colocan límites al ámbito legislativo del poder soberano, lo cual relativiza su otrora papel supremo. En adelante, todos los poderes públicos deben respetar los límites expresados en los derechos, pero su papel respectivo frente a éstos será diferente.

En lo que concierne al poder legislativo, éste conserva sus atribuciones como fuente privilegiada de generación de derecho y como expresión central de la voluntad ciudadana. Con todo, el poder del pueblo encarnado en el parlamento, deja de ser soberano para convertirse en un poder jurídico limitado por el derecho.

El poder ejecutivo, por su parte, adquiere un renovado papel protagónico. Dado que las limitaciones sustanciales le imponen unos deberes positivos, la administración construye y desarrolla un conjunto amplio de políticas que le exigen, entre otras cosas, interpretar de manera más o menos discrecional los objetivos y medios necesarios para avanzar en los derechos sociales.

Finalmente, el poder judicial asume una función muy diferente de la mera aplicación de la ley. Se espera de éste la defensa última de la Constitución y de los derechos allí establecidos. El imperio de la Constitución sobre la ley y de los derechos respecto de cualquier orden normativo y de los demás poderes públicos es, por tanto, la tarea central del poder judicial²⁵².

²⁵⁰ Vid. Raz, *op. cit.*, p. 272. Hayek reconoce poderes de revisión judicial respecto del ejecutivo sólo en los casos de abuso de la coacción estatal y especialmente cuando se produce una posible afectación de la propiedad. Vid. Hayek, *op. cit.*, p. 268.

²⁵¹ Vid. De Asís, *op. cit.*, p. 47.

²⁵² Vid. Carreras, Francesc: “El Estado de derecho como Sistema”, *Cuadernos y Debates*, Serie Minor, no. 1, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996. También Grote, *op. cit.*, p. 286.

Por esta vía, el poder judicial se convierte en el órgano de cierre que hace posible en buena parte la vigencia última del Estado de derecho.

La división de poderes, en cuanto característica del Estado de derecho, constituye entonces un límite adicional al poder estatal mediante el proceso mismo de división del poder en tres ramas autónomas. Complementariamente, en ésta descansa la vigencia de los límites formales y sustanciales. En particular, es en el poder judicial donde deben radicar las facultades para garantizar que el legislativo y el ejecutivo respeten los requisitos de forma y contenido que deben tener las normas, a fin que cumplan su papel como límites.

El último aspecto que se debe considerar con el fin de construir la noción de Estado de derecho en cuestión, es el origen de la normatividad que pretende delimitar la acción estatal. Esto tiene que ver con la relación entre democracia e imperio de la Constitución y la ley, la cual, a su vez, permite entender el importante papel del poder judicial como límite respecto del legislativo y el ejecutivo entendidos como poderes de origen democrático.

2.1.4 Estado de derecho y democracia

Las normas que limitan la acción del Estado no sólo deben contar con los requisitos formales y de contenido ya identificados, sino que deben ser el producto de la voluntad democrática de los ciudadanos. La primera razón de esto se refiere a los estrictos términos de legitimidad del orden jurídico así como del Estado. Para que el derecho y el Estado al que rige sean considerados legítimos, el primero debe fundarse en procedimientos democráticos de discusión y construcción:

La idea de Estado de derecho exige que las decisiones colectivamente vinculantes del poder estatal organizado a que el derecho ha de recurrir para el cumplimiento de sus propias funciones, no sólo se revistan de la forma de derecho, sino que a su vez se legitimen ateniéndose al derecho legítimamente establecido. (...) Y en el nivel postradicional de justificación, sólo puede tenerse por legítimo el derecho que pudiese ser racionalmente aceptado por todos los miembros de la comunidad jurídica en una formación discursiva de la opinión y la voluntad comunes²⁵³.

²⁵³ Vid. Habermas, *op. cit.*, p. 202. También Bockenforde, *op. cit.*, p. 22.

A las razones de legitimidad del derecho que sustentan el origen democrático del mismo se deben agregar los argumentos relativos a su finalidad. En principio, una forma idónea para reconocer y garantizar las libertades individuales consiste en que la población que las ejerce participe en el proceso de construcción de los límites que permiten su reconocimiento y defensa. Es muy poco probable que se garanticen los derechos fundamentales al margen de la existencia de un procedimiento democrático²⁵⁴.

Si bien, en buena medida, la legitimidad y finalidad del Estado de derecho descansan hoy en su origen democrático, esto no siempre ha sido así. Históricamente, en sus inicios, la idea del Estado de derecho no estuvo acompañada de la de democracia. Las primeras monarquías constitucionales limitaron su poder en ausencia y sin mayor reconocimiento de los parlamentos. Por su parte, el carácter excluyente de los primeros estados representativos, permitió la creación de un Estado de derecho dirigido por y para las clases burguesas.

Sería con la universalización del derecho al sufragio que se consolidaría la relación entre ambos extremos, dando surgimiento a la idea del Estado Democrático de Derecho. Sin embargo, este proceso ha traído aparejado el surgimiento de importantes tensiones entre el principio de mayorías y las libertades defendidas mediante un Estado sujeto a la juridicidad.

Este conflicto está relacionado con el temor que suscitan los abusos del principio de mayoría propio de la democracia. Es perfectamente posible que, en razón de la voluntad popular expresada democráticamente, se puedan negar los derechos, la división de poderes incluso, el mismo principio de representación. Esta realidad no es meramente hipotética si se tiene en cuenta que la experiencia del nazismo y el fascismo contaron con cierto apoyo popular o si se constata que en América Latina las

²⁵⁴ De acuerdo con Castoriadis: “La autonomía de los individuos es inconcebible sin la autonomía de la colectividad. En realidad, ¿qué significa, cómo es posible, qué presupone la autonomía de los individuos? ¿Cómo se puede ser libre si se está colocado obligatoriamente bajo la ley social? Existe una primera condición: es necesario que se tenga la posibilidad efectiva de participar en la formación de la ley (de la institución). No se puede ser libre bajo una ley si no se puede decir que esa ley es propia, si no se ha tenido la posibilidad efectiva de participar en su formación y en su institución (incluso cuando las preferencias propias no han prevalecido)”. Vid. Castoriadis, Cornelius, “La democracia como procedimiento y como régimen”, *Iniciativa Socialista*, no. 38, febrero de 1996, p. 5.

denominadas democracias delegativas han permitido poderes ejecutivos casi omnímodos fundados en la voluntad del pueblo²⁵⁵.

Ante tal situación, es necesario repensar la misma noción de democracia procedimental implícita en el anterior planteamiento, según la cual ésta es ante todo la expresión de la mayoría mediante el ejercicio del voto libre. Esta noción de democracia es inaceptable pues, lógica e históricamente, hace posible la abolición de la misma como producto de su puro ejercicio. Por tanto, para que un:

(...) sistema sea democrático se requiere al menos que a la mayoría le sea sustraído el poder de suprimir el poder de la mayoría. Pero este es un rasgo sustancial que tiene que ver con el contenido de las decisiones y que por lo tanto contradice la tesis según la cual la democracia consistiría básicamente en un método²⁵⁶.

Por tanto, para que se pueda hablar de un Estado democrático de derecho, es preciso poder reconocer jurídicamente las reglas del juego de construcción de mayorías, así como los derechos que la hacen posible. Por esta razón, en las normas propias del Estado de derecho deben estar claramente definidos los procedimientos idóneos para tomar decisiones garantizando la voluntad libre de las mayorías. Adicionalmente, para que éstos tengan lugar es necesario el debido respeto de los derechos políticos, pero también de los civiles, de los cuales dependen mucho de los primeros. Finalmente, los derechos sociales son incluíbles, puesto que por medio del principio de integralidad hacen posible el ejercicio pleno de las libertades individuales. En otros términos, los derechos sociales ofrecen las condiciones materiales necesarias para el ejercicio de las libertades individuales.

La particularidad de este reconocimiento en el marco de un Estado democrático de derecho conlleva, sin embargo, la imposibilidad de su disposición por la voluntad mayoritaria. Así se conforman los denominados cotos vedados o esferas de lo indecible respecto de los cuales la democracia procedimental no puede intervenir, en la medida en que son éstos los que permiten la existencia misma de la democracia en todo sen-

²⁵⁵ Vid. Ferrajoli, Luigi, “Sobre la definición de democracia. Una discusión con Michelangelo Bovero”, *Isonomía*, no. 19, octubre de 2003, p. 229.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 229.

tido. Debido a este reconocimiento, la democracia deja de ser meramente procesal y se convierte en sustantiva, dando lugar a lo que hoy se conoce por democracia constitucional²⁵⁷.

El Estado de derecho tiene entonces por finalidad asegurar el ejercicio efectivo de la autonomía política de los ciudadanos que permita el surgimiento del poder comunicativo, el cual debe expresarse en las leyes, en su aplicación y en su ejecución²⁵⁸. Así, el Estado de derecho garantiza los derechos individuales y sociales en ausencia de los cuales resulta imposible el ejercicio de la democracia. Bajo estas consideraciones, la primacía de la Constitución sobre la actividad legislativa y su producto es por entero compatible con esta concepción pues una Constitución que interpreta y desarrolla el sistema de los derechos no contiene “otra cosa que principios y condiciones del ineludible e insuprimible proceso de producción legislativa”²⁵⁹.

A partir de lo visto y como último elemento constitutivo de la noción de Estado de derecho, es preciso defender que el derecho que limita la acción del Estado debe ser el producto de la voluntad democrática. Hoy no es posible pensar, como en el pasado, en un desligamiento total o relativo de estos dos conceptos normativos. Si bien los límites jurídicos deben provenir de la democracia, el Estado de derecho contribuye a la misma, colocándole límites que dificulten al máximo la destrucción de sus fundamentos como producto de la voluntad popular. Por este medio, el poder del pueblo se convierte claramente en un poder jurídico, en cuanto limitado igualmente por el derecho. El Estado de derecho permite que la democracia deje de ser un procedimiento e integre fines ligados con los derechos y la autonomía humana²⁶⁰.

²⁵⁷ Es necesario tener en cuenta que este planteamiento ha generado muchas discusiones teóricas. Algunos autores consideran que el papel del Estado de derecho y el constitucionalismo como límites al principio de mayoría son claramente antidemocráticos. Vid. Ruiz, Miguel Alfonso, “Constitucionalismo y democracia”, *Isonomía*, no. 21, octubre de 2004.

²⁵⁸ Vid. Habermas, *op. cit.*, p. 245.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 258.

²⁶⁰ Retomando a Castoriadis, “los procedimientos democráticos constituyen una parte, ciertamente importante, pero sólo una parte, de un régimen democrático. Y deben ser verdaderamente democráticos en su espíritu (...) La democracia como régimen es, por tanto, al mismo tiempo, el régimen que intenta realizar, tanto como resulta posible, la autonomía individual y colectiva, y el bien común tal como es concebido por la colectividad considerada”. Vid. Castoriadis, *op. cit.*, p 3.

De acuerdo con lo visto, es posible contar ya con una noción de Estado de derecho que nos permita valorar las propuestas al respecto realizadas por el Banco Mundial:

El Estado de derecho es ante todo un concepto normativo con el que se hace referencia a aquel Estado que pretende actuar de manera limitada en la medida en que busca sujetar su poder a normas de origen democrático, de rango constitucional y legal en las cuales se incorporan derechos individuales y/o económicos y sociales; igualmente, busca el respeto de la publicidad, proactividad, claridad y generalidad de las normas y la garantía de un régimen de división de poderes. Los fines principales de un Estado como éste son la libertad humana y la garantía de los principios y las condiciones que hacen posible la democracia.

2.2 LOS CONCEPTOS DE ESTADO DE DERECHO EN EL BANCO MUNDIAL

Si bien el Banco comenzó a hacer referencia al Estado de derecho en los noventa, su introducción en reformas de tipo legal le antecedió a comienzos de la década de los ochenta. Por medio de los programas de ajuste estructural, PAJ, se fueron introduciendo, a modo de condiciones, diversos tipos de ajustes legales.

El Banco comenzó entonces a condicionar sus préstamos a cambio de la adopción o puesta en marcha por parte de los países prestamistas de ciertas leyes o regulaciones que reflejaran las políticas defendidas por el Banco. A lo largo de los años, la condicionalidad legal en los préstamos de ajuste ha llegado a ser más específica y frecuente. La condicionalidad estructural o sectorial del ajuste ha probado ser una vía efectiva para promover en los países miembros prestamistas los cambios necesarios en su estructura legal²⁶¹.

²⁶¹ Vid. Banco Mundial, 1995, *op. cit.*, pp. 2 y 3. A pesar de lo anterior, las autoridades del BM siempre han tenido cuidado en afirmar que su papel en las reformas legales ha sido a petición de los países y no por imposición del mismo. Lamentablemente, esto no es cierto pues la condicionalidad de cambios legales como contraprestación de préstamos ha sido aceptada reiteradamente por el Banco y los países prestamistas. Aún en los casos donde no ha habido condicionalidad directa, parece ser que han existido presiones blandas a favor de ciertos cambios. Como afirma Tshuma: “En la práctica la distinción entre la dirección de las reformas legales –una decisión política– y el rol de las consejeros internacionales –una función técnica– no es siempre fácil de realizar”. Vid. Tshuma, *op. cit.*, p. 83. En el mismo sentido, para Boaventura Santos este tipo de reformas son ante todo producto de presiones externas y no expresión de dinámicas internas. Vid. Santos, Boaventura, “The Gatt of Law and Democracy: (Mis) Trusting the Global Reform of Courts in Global and Legal Cultures”, Feest, Johannes (coord.), *Globalization and legal cultures*, Oñati Summer Course 1997, Oñati, 1999, p. 57.

Los cambios legislativos obedecían a la idea según la cual los escasos rendimientos económicos de los países en desarrollo estaban asociados de alguna manera a la ausencia de leyes claras, derechos de propiedad y contratos no ejecutables; dificultades en establecer, reestructurar o liquidar las empresas; leyes laborales inflexibles, y regulación pobre o sobre regulación de la inversión y de las actividades bancarias, todo lo cual impedía el funcionamiento adecuado de un sistema de mercado²⁶².

A través de los PAJ se condicionó entonces la introducción de medidas cómo²⁶³:

- La remoción de barreras para la entrada y operación de inversiones.
- Las reformas en la legislación laboral.
- La introducción de un sistema legal y regulatorio efectivo y menos intervencionista.
- La introducción y modernización de leyes sobre quiebras.
- La protección de los derechos de propiedad, con especial énfasis en la propiedad intelectual.
- Las medidas para reducir la colusión o las prácticas monopólicas.
- La formulación de leyes sobre impuestos y mercados financieros.
- La inclusión de leyes en materia de protección del medio ambiente.

Los aspectos distintivos de los anteriores cambios fueron la desregulación de los mercados, la flexibilización de las normas y una regulación más competitiva en determinados sectores económicos. En general, en el

²⁶² Así valoraba críticamente algunas características del derecho de aquel momento el exvicepresidente del BM, Ibrahim Shihatta “El derecho laboral (...) frecuentemente ha conllevado una fuerza de trabajo inflexible y un desincentivo para la inversión (...) El derecho administrativo (...) puede introducir barreras indebidas y adicionar complicaciones retardando el progreso de los negocios privados (...) En el derecho tributario (...) las tasas excesivas impiden la expansión de los negocios (...) En la titulación de la tierra, sin seguridades en su propiedad, los cultivadores tienen muy poco o ningún incentivo para mejorarla”. Vid. Shihatta, Ibrahim, *The World Bank in a Changing World. Selected Essays*. Amsterdam, Martines Nijhoff Publishers, 1991, p. 229.

²⁶³ *Ibidem*, p. 230.

marco del ajuste, se introdujeron las primeras leyes en respuesta al nuevo modelo económico adoptado por el Banco. Éstas aludían a sectores de la economía que anteriormente estaban en poder del Estado (telecomunicaciones, petróleo, agua, electricidad), a regulaciones en áreas económicas (finanzas, quiebras), a una regulación más clara sobre los derechos de propiedad y a reformas en la gestión de las burocracias públicas.

Los PAJ fueron la vía de acceso al tema, aunque se mostraron limitados en el alcance de sus objetivos. Para el BM, los cambios legales exigidos por los programas de ajuste estructural estaban vinculados con préstamos de corto plazo que no permitían evaluar el alcance de las reformas. En algunos casos, las medidas de contracción estatal del ajuste entraban en contradicción con una mejor operación del sistema legal y, por lo demás, los PAJ establecían cambios legales pero no siempre proveían los fondos para sustentarlos económicamente.

La autocrítica sobre el alcance de los cambios legales realizados a través de los PAJ permitió abrir entonces una etapa denominada de asistencia técnica legal. Estos programas incluían la realización de préstamos que facilitaban la contratación de consultores que diseminaban información legal y redactaban normas comerciales, financieras, administrativas y legislación ambiental; también se prestaba asistencia técnica legal no relacionada con proyectos²⁶⁴ y mediación para la obtención de otros recursos multilaterales o bilaterales para la reforma legal²⁶⁵.

A pesar de lo anterior, la ineficacia de los primeros cambios legales permitió también justificar la necesidad de introducir un Estado de derecho. Para el Banco, los cambios legales no habían sido seguidos de manera adecuada por los gobiernos, en otros términos, éstos no se estaban adscribiendo a su propia legalidad. De manera específica, el Banco defendió la necesidad de contar con una verdadera *rule of law*.

²⁶⁴ En este sentido, el equipo del departamento legal comenta los borradores de legislación preparados por los gobiernos y provee información comparativa a los países sobre los desarrollos en regulación legal de diferentes países. El BM ha realizado comentarios a los borradores legales en regulaciones del sector gas, leyes de telecomunicaciones (Ghana) leyes de electricidad (Colombia, Bangladesh) y legislación antimonopolio (Argentina). Además, organiza seminarios y reuniones de trabajo sobre áreas legales o áreas de reforma al igual que estudios. Vid. Banco Mundial, 1995, *op. cit.*, p. 6.

²⁶⁵ Vid. Banco Mundial, 1995, *op. cit.*, p. 7.

2.2.1 De la *rule of law* al Estado de derecho

Al referirse al marco legal al que debe circunscribirse la acción del Estado, el Banco Mundial recurre de manera dominante a la expresión anglosajona *rule of law*. Tal denominación denota, de un lado, el referente especial del idioma inglés como lengua de comunicación privilegiada por el organismo²⁶⁶, pero además hace necesario preguntarse por la correspondencia entre los términos *rule of law* y “Estado de derecho”. En la práctica la posibilidad de analizar el concepto de *rule of law* aportado por el Banco en términos de Estado de derecho, exige reconocer las diferencias y vínculos entre ambas expresiones²⁶⁷.

La *rule of law* y el Estado de derecho expresan, en principio, modelos históricamente diferenciables de construcción de límites al poder de los gobernantes²⁶⁸. En la *rule of law* originada en la experiencia inglesa desde el siglo XVII, se trata de colocar límites al poder de gobernar y de legislar, basados en los privilegios y libertades tradicionales de los ingleses, representados y defendidos por el Parlamento. Este último, conjuntamente con los jueces, garantizan tales límites basados en la *law of the country*, es decir, en el derecho consuetudinario acogido por la tradición jurisprudencial²⁶⁹. En el papel del poder judicial, como garante de los límites mencionados, y en el carácter abierto y sujeto a casos del *common law* radica formalmente la peculiaridad de la *rule of law*, la cual se transmitiría, siendo luego adaptada, a la experiencia de Estados Unidos²⁷⁰.

²⁶⁶ El Banco Mundial traduce una buena parte de sus documentos de políticas más globales a los idiomas más importantes a nivel mundial. Con todo, sus documentos técnicos, los informes de investigación y muchos de los libros publicados con el apoyo del BM se publican casi siempre en inglés.

²⁶⁷ La inquietud también tiene una importante dimensión práctica en la medida en que el Banco dirige su atención a realidades jurídico-políticas donde la tradición europea-continental ha tenido una influencia dominante en comparación con la inglesa y estadounidense expresada en la *rule of law*. Éste ha sido, hasta hace algún tiempo, el caso de América Latina. Al respecto, vid. Carothers, Thomas, *The Many Agendas of Rule of Law Reform in Latin America*. Mimeo presentado en la Universidad de Londres, noviembre de 1999.

²⁶⁸ Vid. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 25.

²⁶⁹ Vid. Palombella, *op. cit.*, p. 113 y Baratta, *op. cit.*, p. 17.

²⁷⁰ A pesar de que el gobierno de Estados Unidos por medio de la Agencia Internacional del Desarrollo (AID), es uno de los promotores internacionales más importantes de la *rule of law*, Grote ha constatado cómo en el contexto estadounidense el uso de tal expresión es realmente excepcional, mientras que se prefiere el uso de términos como “constitución” o “constitucionalismo” a la hora de hablar de los límites jurídicos sobre el poder político. Vid. Grote, *op. cit.*, p. 301.

El Estado de derecho, por otra parte, se asimila, en sentido general, a la experiencia europea continental expresada, con diferencias, en las situaciones históricas del *État de droit* francés o la *Rechtsstaat* alemana, construidas con otros contornos institucionales. Aquí la ley es expresión de la soberanía popular, teniendo validez universal y atemporal y siendo deducible en cada caso por jueces fonógrafos²⁷¹. La centralidad de la ley como expresión de la soberanía hacía más difícil la imposición de límites jurídicos al poder como se pretendía en la experiencia inglesa. Siguiendo a Palombella, bajo la realidad histórica continental del ED era muy difícil hablar de tutela de derechos, aspecto más propio de la *rule of law*²⁷².

Como se ha sugerido, la diferencia histórica entre la *rule of law* y el Estado de derecho radica realmente en las distintas concepciones sobre la soberanía aquí incluidas. Así, en el marco europeo, la ley a la que debe sujetarse la acción del gobierno es, ante todo, expresión de la soberanía del pueblo a través de sus representantes en el caso francés y del Estado en el caso alemán. Como atributo especial del poder soberano, la ley es más un instrumento que un límite para la acción del gobierno. Por su parte, la experiencia inglesa es producto del pacto entre las cámaras y la corona, ambas portadoras de la soberanía, y los límites a ambos poderes se sustentan en el *common law*, la ley como uno de sus componentes y en la acción de los jueces²⁷³.

Esta diferenciación histórica original es la única sostenible entre los dos términos aquí tratados y hoy, el análisis comparativo los toma básicamente como equivalentes. La *rule of law* ha aumentado el peso del derecho legislativo que caracterizaba originalmente al ED y ha fortalecido las condiciones para hacer más predecible legalmente la acción del Estado. Por su parte, las versiones afinadas en un modelo más propio del ED han fortalecido el espacio de acción de los jueces como garantes de los derechos, especialmente en su variante de Estado constitucional. Así, siguiendo a Grote, los conceptos de *Rule of Law*, *Rechtsstaat*, *Etat de Droit* y “Estado de derecho”,

Una referencia a la variante estadounidense de la *rule of law* puede verse en Clavero, Bartolomé, *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Madrid, Ed. Trotta, 1997, cap. III.

²⁷¹ Vid. Kriele, *op. cit.*, p. 147.

²⁷² Vid. Palombella, *op. cit.*, p. 112.

²⁷³ Al respecto, vid. especialmente Baratta, *op. cit.*, p. 17.

comparten la preocupación común por el control del poder político, lo que en líneas generales, los hace asimilables²⁷⁴.

Este eje común de la *rule of law* y el ED en cuanto variantes cada vez más cercanas de control jurídico del poder del Estado es entonces relevante para nuestro análisis. En estos términos, no existe impedimento teórico alguno para analizar el concepto de *rule of law* propuesto por el Banco en términos del análisis normativo del Estado de derecho ofrecido en la primera parte de este capítulo²⁷⁵.

Como se anotó en la introducción, si bien la denominación utilizada por el Banco se ha mantenido en el tiempo, no ha ocurrido lo mismo con sus contenidos. Al respecto, es posible identificar, en los últimos quince años, al menos dos grandes comprensiones del Estado de derecho que, a su vez, han adquirido diversos matices.

2.2.2 La credibilidad política y regulatoria: el Estado de derecho como conjunto de limitaciones formales

La incorporación del Estado de derecho en la agenda del Banco Mundial tuvo lugar a partir de 1992 en el marco de la preocupación por la gobernanza como nuevo factor determinante del crecimiento económico. En términos generales, el Banco planteaba que:

*(...) la ausencia de un marco político institucional adecuado es parte de las causas del fracaso de las políticas de ajuste en el África Subsahariana y por extensión de buena parte del mundo en desarrollo. En ello la falta de burocracias civiles profesionalizadas y honestas y de un Estado de derecho eficaz fue considerada como centrales en el diagnóstico de los problemas de gobernanza*²⁷⁶.

²⁷⁴ En igual sentido se expresan Palombella, *op. cit.*, p. 112; Ferrajoli, *op. cit.*, p. 856; Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 27. También García de Enterría, Eduardo, *La Lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, Ed. Alianza Universidad, 1994, pp. 145-152. Para un análisis histórico pormenorizado de las distintas variantes de Estado de derecho en el marco del *common law* y el derecho continental, vid. Grote, *op. cit.*

²⁷⁵ Es necesario aclarar aquí que en términos semánticos, la expresión “*rule of law*” ha sido traducida alternativamente como “imperio” o “supremacía de la ley” y como Estado de derecho o sus equivalentes en las otras lenguas latinas. Bartolomé Clavero sostiene fervientemente el primer significado. Vid. Clavero Bartolomé, *op. cit.*, p. 210. Para los efectos de estas tesis, esta posible confusión es superada si se apela a las traducciones oficiales de documentos del Banco que equiparan *rule of law* con “Estado de derecho”.

²⁷⁶ En efecto, el Banco enuncia su política sobre la *governance* y dentro de ella traza su noción sobre la *rule of law*. Vid. Banco Mundial, 1992, *op. cit.*, p. 30.

En otro sentido, para el Banco Mundial, el Estado de derecho era un factor que hacía posible el crecimiento económico de los países y su ausencia estaría en la base de las dificultades asociadas a los escasos resultados de las políticas económicas adoptadas durante los años ochenta. Por tanto, a los ojos del BM, la existencia de un Estado sujeto al derecho era, ante todo, un instrumento o medio cuyas bondades debían ser analizadas a la luz de su impacto en el desarrollo económico:

*Desde el punto de vista del Banco, el Estado de derecho no es un fin en sí mismo, sino un medio que establece un marco de precondiciones para el desarrollo económico y, por tanto, es legítimo considerarlo dentro de las preocupaciones de la organización*²⁷⁷.

El papel instrumental otorgado al ED se cumplía al asumir que su función consistía en proveer condiciones de predictibilidad normativa ante todo mediante la garantía de la estabilidad de las reglas de juego y su aplicación consistente en el tiempo. En otros términos, se partía de que muchos de los países en desarrollo no contaban con adecuadas condiciones de seguridad jurídica económica.

La ausencia de seguridad normativa estaba especialmente asociada con la no aplicación de las reformas legales generalmente exigidas como parte de los procesos de ajuste²⁷⁸ y por la arbitrariedad de los gobiernos referida a los cambios permanentes de leyes y/o su aplicación incoherente²⁷⁹. Existía, por tanto, la sensación de que las reglas de juego económicas introducidas desde mediados de los ochenta no estaban siendo seguidas por los gobiernos, lo cual había contribuido al escaso impacto del nuevo modelo económico²⁸⁰.

²⁷⁷ Vid. Rigo, André, *The Rule of Law*. Documento preparatorio para la “Task Force on Governance” del Banco Mundial. Mimeo, 1991. Copia obtenida en la Biblioteca de Derecho del Banco Mundial, p. 3.

²⁷⁸ Vid. Shihatta, Ibrahim, “La reforma judicial en los países en desarrollo y el papel del Banco Mundial”, *Justicia y desarrollo en América Latina y El Caribe*, Washington, BID, 1993, p. 290.

²⁷⁹ Vid. Rigo André, *op. cit.*, p. 1.

²⁸⁰ Vid. Dakolias, María, 1996, *op. cit.* p. 3. En términos cuantitativos, estudios del Banco han afirmado que existe una variación del PIB de hasta el 23% entre los países, debido fundamentalmente a los problemas de la aplicación inconsistente de las normas por el poder judicial. Vid. Weder, Beatrice, “Legal Systems and Economic Performance: The Empirical Evidence”, *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean. Proceedings of a World Bank Conference*. World Bank Technical Paper, no. 280. Washington, 1996, p. 21.

La falta de estabilidad o claridad de las reglas de juego económico se convirtió en objeto de una importante preocupación en el interior del Banco, que empezó a hablar de los llamados “riesgos regulatorios” y “riesgos políticos”²⁸¹. El primer término hacía referencia a la situación en que los gobiernos o la legislatura cambiaban las leyes de regulación económica sin mayor control, neutralizando su compromiso en el mantenimiento de las reglas de juego y poniendo en riesgo los derechos de propiedad²⁸². En sentido más amplio, ocurriría un “riesgo político” cuando se generaran dudas sobre la continuidad y estabilidad de los procesos de reforma económica necesarios para el desarrollo basado en el mercado²⁸³. Los riesgos regulatorio y político minarían las posibilidades de credibilidad de los gobiernos, especialmente al poder revertir las transformaciones económicas hacia el mercado y/o afectar derechos de propiedad²⁸⁴.

Como ejemplo de lo anterior, el Banco constató que en el marco de las privatizaciones, mas no circunscrito a él, los gobiernos tuvieron dificultades para mantener las reformas iniciadas, reintroduciendo, por el contrario, rígidos controles sobre el mercado y las empresas. Ello tuvo lugar a causa de los desequilibrios entre los costos políticos y económicos de mantener las privatizaciones y los avances reales en eficiencia como producto de estos cambios. En ello también fue determinante la ausencia de confianza de los

²⁸¹ En realidad esta expresión se utiliza desde hace mucho tiempo en el sector de los seguros. Vid. Lapitz, Rocío, *El otro riesgo país. Indicadores y desarrollo en la economía global*, Montevideo, Coscoroba Ediciones, 2005.

²⁸² Existe un riesgo regulatorio entonces: “Cuando las instituciones de un país no pone límites a ciertos comportamientos, como por ejemplo cuando el judicial no es independiente y objetivo, el legislativo puede cambiar la ley frecuentemente y la reputación de respeto por los derechos de propiedad y el Estado de derecho es débil”. Vid. *Banco Mundial, Bureaucrats in Business. The Economics and Politics of Government Ownership. A World Bank Policy Research Report*, Oxford University Press, 1995(a), p. 250.

²⁸³ En las palabras del Banco: “Puesto que los inversionistas no pueden retirar fácilmente el capital que han comprometido en la compra de empresas públicas, deben confiar en las promesas de los gobiernos de que estas políticas permanecerán estables. Cuando ellos no consideran estas promesas como creíbles, deben procurar una tasa de descuento adicional por cualquier activo que quieran comprar”. Vid. Banco Mundial, 1995(a), *op. cit.*, p. 203.

²⁸⁴ Por tanto el Banco reconoce: “Pero quizás la principal fuente de prejuicios provocados por la acción estatal es la incertidumbre. Si el Estado cambia el sistema normativo con frecuencia o no aclara cuáles son las reglas que regirán su actuación, ni las empresas ni los ciudadanos podrán saber con certeza lo que será ruinoso, legal o ilegal al día siguiente. Los Estados que cambian las reglas frecuentemente carecen de credibilidad, y los mercados se resenten de ello”. Vid. Banco Mundial, 1997, *op. cit.*, pp. 36 y 38.

inversionistas ante la politización y reversión de las decisiones económicas relacionadas con el nuevo modelo de desarrollo²⁸⁵.

El Banco ha tratado de analizar y fundamentar empíricamente el impacto económico de los riesgos antes anotados. Así, ha concluido que la ausencia de credibilidad de las regulaciones y las políticas adoptadas por los gobiernos debe ser considerada central a la hora de explicar las diferencias en el desempeño económico de los países. Fue así como, a través de encuestas dirigidas al sector privado en 73 países y sobre un número de 3.800 empresas, se demostró que los problemas de imprevisibilidad de los cambios en las leyes y políticas, la baja confianza en la ejecución de la legislación, el impacto de burocracias discrecionales y corruptas y el peligro de reversión de las políticas asociada a cambios en los gobiernos tenían efectos negativos en las tasas de inversión y crecimiento²⁸⁶.

Análisis externos al Banco plantearon, a su vez, que los problemas de credibilidad pusieron en peligro los programas de estabilización económica, aplazaron los ajustes a las políticas de comercio, impactaron en el ahorro y, en general, afectaron de manera negativa la llegada y el mantenimiento de la inversión²⁸⁷. Efectivamente, en este último aspecto el Banco identificó los efectos adversos de los riesgos regulatorio y político²⁸⁸.

De acuerdo con el Banco, las razones ofrecidas para explicar la débil credibilidad señalaban los problemas asociados a los poderes discrecionales tanto del poder ejecutivo como del legislativo. En cuanto a la administración, se cuestionó la existencia de normas regulatorias de tipo económico

²⁸⁵ Al respecto, vid. Campos, Edgardo y Salehi, Esfahani, “Credible Commitment and Success with Public Enterprise Reform”, *World Development*, vol. 28, no. 2, 2000, p. 222. Un análisis de la negativa politización de las privatizaciones se encuentra también en Levy, Brian y Spiller, Pablo T., *Regulations, Institutions and Commitment. Comparative Studies of Telecommunications*. Nueva York, Cambridge University Press, 1996, p. 2.

²⁸⁶ Vid. Brunetti Aymo; Weder, Beatrice *et al.*, “Credibility Rule and Economic Growth: Evidence from a Worldwide Survey of the Private Sector”, *The World Bank Economic Review*, vol. 12, no. 3, 1998, pp. 353-371.

²⁸⁷ Vid. Heniz, Witold: “The Institutional Environment for Economic Growth”, *Economic and Politics*, vol. 12, 2000, p. 3.

²⁸⁸ “Cuando el sector privado no cree que el Estado va a aplicar de forma predecible las reglas de juego, reacciona de distintas maneras, todas las cuales redundan en detrimento de los resultados económicos”. Banco Mundial, 1997, *op. cit.*, p. 41. Vid. también Levy, Brian, “Credible Regulatory Policy: Options and Evaluation”, Picciotto, Robert y Wiesner, Eduardo (eds), *Evaluation and Development. The Institutional Dimension*, Washington, Banco Mundial, 1998, p. 178.

y de carácter abierto y flexible enmarcadas en objetivos cuyo alcance estaba sujeto a valoraciones diversas por los administradores²⁸⁹. En cuanto a los poderes legislativo y ejecutivo, apareció como reprochable la capacidad y oportunidad que éstos tenían de cambiar normas o políticas económicas, desestabilizando las reglas de juego del mercado²⁹⁰.

Partiendo de tal caracterización de la discrecionalidad, el Banco introdujo un llamado perentorio en favor de condiciones de “credibilidad regulatoria y política”²⁹¹.

*En los países menos desarrollados, el gobierno, tiene poderes discrecionales y puede cambiar de opinión previniendo al sector privado sobre la realización de la promesa realizada inicialmente (...) Las preocupaciones en torno a la credibilidad surgen en cualquier área política donde quien toma las decisiones tiene potenciales poderes discrecionales. Nosotros sostenemos que los dilemas de credibilidad son un gran problema en las jóvenes democracias. (...) Además, sostendremos que los problemas de credibilidad constituyen el mayor obstáculo para un mejor crecimiento en muchos países en vías de desarrollo*²⁹².

La respuesta a esta situación fue el diseño de instituciones políticas que comprometieran de manera creíble al Estado con la preservación de los mercados, es decir, con la delimitación, hacia el futuro, de la discreción política respecto de la economía²⁹³. La credibilidad aquí deseada²⁹⁴,

²⁸⁹ Así, Levy habla de *regulatory discretion*. Vid. Levy, 1998, *op. cit.*, p. 178.

²⁹⁰ Vid. Weder, Beatrice y Brunnetti, Aymo, “Political Credibility and Economic Growth in Less Developed Countries”, *Constitutional Political Economy*, vol. 5, invierno de 1994, p. 26.

²⁹¹ “La condición final para la reforma de las empresas de propiedad estatal es la credibilidad gubernamental. La capacidad del liderazgo de minimizar la resistencia y facilitar el apoyo de los inversionistas depende en gran parte de que se cumpla la expectativa de que el gobierno cumplirá sus promesas”. Vid. Banco Mundial, 1995(a), *op. cit.*, p. 203.

²⁹² En términos algo más crudos, Weder y Brunnetti afirman: “Nuestros estudios sobre el sistema político en América Latina nos han llevado a la conclusión de que muchas de estas democracias pueden ser mejor descritas de hecho como dictaduras electorales. En particular, hemos identificado dos instrumentos principales que permiten al ejecutivo comportarse como un dictador: Los decretos del ejecutivo y la colusión entre poderes”. Vid. Weder y Brunnetti, *op. cit.*, p. 28.

²⁹³ *Ibidem*, p. 2.

²⁹⁴ En inglés existen varios términos que transmiten esta preocupación y que presentan énfasis diferentes aunque transmiten similar inquietud. Así, encontramos *political credibility*, *regulatory credibility*, *policy credibility* y *credible commitment*. De acuerdo con la especialista Ilene Grable, autora de “The political Economy of Policy credibility: the new-classical macroeconomics

formaba parte de un interés más amplio por el papel de las instituciones políticas en el crecimiento económico y sostenía que el dilema político fundamental de un sistema económico consistía en establecer un gobierno lo suficientemente fuerte para proteger los derechos de propiedad, pero, al mismo tiempo, poderoso para confiscar la riqueza de los ciudadanos²⁹⁵.

La limitación de tal discreción política y del riesgo de la arbitrariedad se da con respecto al poder ejecutivo, pero, más especialmente, al órgano legislativo. Ello se explicaría, según este discurso, por la incapacidad de este último de limitar las decisiones de las legislaturas futuras, de tal forma que una nueva mayoría podría vulnerar y renegar de políticas públicas establecidas con anterioridad. Una situación como ésta generaría incertidumbre, de tal forma que a los actores privados les resultaría imposible adaptarse de manera eficiente a lo previsto en determinada política²⁹⁶. En términos más generales, las democracias tienen dificultades para ofrecer políticas durables, tanto porque los votantes actuales no pueden determinar la decisión de los votantes futuros y como porque, en muchas circunstancias, ninguna política como tal puede enmarcar la decisión de las mayorías²⁹⁷.

La ausencia de un compromiso creíble con políticas y reglas coherentes con la economía de mercado y respetuosas de la propiedad constituía para el Banco una señal negativa para los actores privados lo cual afectaba negativamente la inversión y con ello la actividad económica necesaria para el crecimiento económico²⁹⁸. En los países del tercer mundo, donde este análisis se aplicó con especial fuerza, la poca eficacia de los procesos de ajuste se ha explicado apelando a los problemas de credibilidad en el

and the Remaking of Emerging Economies”, *Cambridge Journal of Economics*, vol. 24, 2000, estos términos son equiparables. Tal afirmación se recoge del intercambio de comunicaciones entre la profesora Grable de la Universidad de Denver y el autor.

²⁹⁵ Vid. Weingast, Barry, “The Economic Role of Political Institutions: Market-Preserving Federalism and Economic Development”, *Journal of Law, Economics and Organizations*, vol. 11, no. 1, 1995, p. 3.

²⁹⁶ Vid. al respecto, Shepsle, Kenneth, “Discretion, Institutions and the Problem of Government Commitment”, en Bordieu, Pierre y Coleman, James (eds.), *Social Theory for a Changing Society*. USA, Westview Press, 1991, p. 255.

²⁹⁷ Vid. Moser, Peter, *The Political Economy of Democratic Institutions*, Reino Unido, Edward Elgard Ed., 2000, p. 1.

²⁹⁸ Esta teoría se ha aplicado especialmente en el análisis de cambios de políticas y leyes que afecten los derechos de propiedad, tales como las relativas a la expropiación, las leyes de privatización de empresas públicas, las normas tributarias y, en la actualidad, se aplica respecto a las facultades de expansión monetaria de los bancos centrales.

mantenimiento de dichas políticas: “Un bajo nivel de credibilidad también puede explicar por qué en muchos países no se observa la reacción esperada del sector privado después de haberse puesto en vigor programas de estabilización y ajuste estructural”²⁹⁹.

En un contexto así, el reto y objeto central de las teorías de la credibilidad, consistió en “(...) identificar reglas, mecanismos de cumplimiento o normas de comportamiento que incapaciten o tornen costoso el uso del poder discrecional por parte del soberano”³⁰⁰.

Se trataba entonces de delinear los marcos de un gobierno limitado, que fuera capaz de comprometerse de manera creíble en el tiempo con un conjunto de políticas, normas e instituciones coherentes con la economía de mercado y consideradas como correctas. En otros términos, se trataba de crear límites formales e informales que dificultasen que los poderes ejecutivo y legislativo renegaran sus compromisos económicos, con el fin de garantizar la estabilidad y claridad de los derechos de propiedad y, con ellos, la confianza de los inversionistas.

Entre los criterios informales propuestos estaba la reputación histórica de los gobernantes. Se señaló que un gobierno demuestra su compromiso con el proceso de reformas a lo largo del tiempo puede considerarse como creíble. Los criterios formales planteados fueron encabezados por el Estado de derecho. En particular, se consideró como imprescindible la existencia de un régimen de división del poder político tanto vertical como horizontalmente, la descentralización de las decisiones económicas y políticas, la conformación de órganos de regulación independientes de la política y la independencia judicial³⁰¹. Finalmente, y especialmente en los casos en que estos medios no pudieren ser llevados a la práctica, se debía apelar al “préstamo de credibilidad” mediante la suscripción de acuerdos y tratados internacionales que vincularan de manera restrictiva las opciones económicas de los gobiernos³⁰².

²⁹⁹ Vid. Banco Mundial, 1997, *op. cit.*, p. 41 y Weingast, 1995, *op. cit.*, p. 2.

³⁰⁰ Vid. Nahalel, Nellis, “European Monetary Union’s Deficiencies in Credible Commitment against Monetary Expansion”, *Cornell International Law Journal*, vol 33, no. 1, 2000, p. 273.

³⁰¹ Vid. al respecto, Brunetti, Weder *et al.*, 1995, *op. cit.*, pp. 99-101; Campos *et al.*, *op. cit.*, p. 228 y ss; Levy, 1998, *op. cit.*

³⁰² La expresión *lending credibility* es de Grabel, *op. cit.*, p. 5. Un análisis favorable y pormenorizado al respecto puede verse en Sindzingre, Alice, “Better Policies and International Governance”, en *IDS Bulletin*, vol. 29, no. 2, 1998, pp. 60-64.

Como puede colegirse hasta aquí, una de las respuestas exigidas por el riesgo regulatorio y la búsqueda de una credibilidad en tal sentido era la construcción de un Estado de derecho. Se entendió que éste podría establecer límites adecuados a la acción económica del ejecutivo y el legislativo generando estabilidad de las reglas de juego y, además, se creyó que permitiría la interpretación predecible de las mismas: “El Estado de derecho es una precondition para el desarrollo del sector privado. Este crea certeza y predecibilidad (...) y lidera la baja de los costos de transacción”³⁰³. Igualmente afirmó: “El objetivo de la estabilidad y la predictibilidad asociada con el Estado de derecho es el de crear un clima donde el riesgo de los negocios pueda ser racionalmente previsto y el costo de las transacciones minimizado”³⁰⁴.

Este interés inicial por la estabilidad y la calculabilidad legal hizo que el Banco terminara por adoptar un concepto de Estado de derecho que, en principio, defendía limitaciones de tipo formal:

El Estado de derecho es un sistema basado en tres columnas: reglas, procesos e instituciones.

Reglas: consistente en reglas objetivas que no sólo son conocidas previamente sino que son verdaderamente ejecutadas y están sujetas a modificación o derogación únicamente por prácticas previamente conocidas.

Procesos: consistente en asegurar que las reglas no sean arbitrarias, o que sean adoptadas en respuesta a necesidades genuinas de la población y aplicadas para servir a esas necesidades.

*Instituciones: unas instituciones que funcionen bien y que operen de manera transparente y sean fiscalizables por los ciudadanos. Instituciones que adhieran y apliquen regulaciones sin arbitrariedad o corrupción. Aquí es dónde el poder judicial entra en acción*³⁰⁵.

³⁰³ Vid. Shihatta, Ibrahim, “Legal Framework for Development. The Role of the WB in Legal and Judicial Reform”, Dakolias, Maria (ed), *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean. Elements of Reform*. World Bank Technical Paper, no. 319, Washington, 1996., p. 13

³⁰⁴ Vid. Rigo, *op. cit.*, p. 3.

³⁰⁵ Vid. Shihatta, 1995, *op. cit.*, p. 13. Vid. También Banco Mundial, 1992, *op. cit.*, p. 30: “De entre las varias definiciones de Estado de derecho, surgen dos dimensiones principales: la instrumental (...) y la sustantiva (...) Para nuestros actuales propósitos, sin embargo, nuestro interés está a un nivel más básico: el proceso de formulación y aplicación de reglas”.

Así expuesta, esta concepción deja clara su orientación hacia el fortalecimiento de la seguridad jurídica, entendida como la generación de estabilidad en las reglas de juego que permiten la existencia y funcionamiento de los mercados, en cuanto agentes del desarrollo. Por tanto, lo que interesa al Banco es la forma en que se producen, cambian y ejecutan las normas, mas no su contenido en cuanto tal. Así pues, se hace énfasis en la existencia de reglas claras cuyos procedimientos de cambio fuesen conocidos y seguidos efectivamente. Otro asunto es que la generación e interpretación de dichas reglas no deben estar sujetas al capricho o arbitrariedad de los funcionarios. Ahora bien, con el fin de garantizar el cumplimiento de las normas y el respeto de los procedimientos para su reforma y de evitar la arbitrariedad en la interpretación de las mismas, se precisa la existencia de organismos públicos encargados de ello. Para el BM, tal instancia responsable del cumplimiento último de las normas es el sistema de justicia.

2.2.3 El Estado de derecho a través del poder judicial

La atención del Banco a la hora de idear y apoyar proyectos en el área del Estado de derecho, se dirigió al fortalecimiento de instituciones que logran defender la estabilidad y predictibilidad de las reglas de juego. Dicho papel se le otorgó al poder judicial, el cual se convirtió en el eje de atención y asistencia del Banco Mundial, desde 1992 hasta hoy. Por ejemplo, el BM afirmó: “El Estado de derecho pierde su función de resolución de conflictos si no hay un sistema judicial independiente y creíble que asegure el respeto de los acuerdos privados y la aplicación uniforme de la ley por parte del poder ejecutivo”³⁰⁶. Y también: “El buen funcionamiento del poder judicial es un factor esencial para el fortalecimiento del Estado de derecho”³⁰⁷.

Con base en dicho papel, al poder judicial le fueron asignadas tres grandes funciones: obstaculizar al máximo el cambio de las reglas de juego constitucionales o legales que afectaran el modelo económico, hacer

³⁰⁶ Vid. Banco Mundial, 1992, *op. cit.*, p. 35. Algunos años después se expresó así: “El Estado de derecho establece los principios esenciales básicos para una economía sana. En particular, la reforma del poder judicial dirigida a cumplir la efectiva aplicación del derecho es central en la reforma del papel del estado y en la puesta en marcha de las estrategias de desarrollo”. Vid. Banco Mundial, 1995, *op. cit.*, p. 12.

³⁰⁷ Vid. Dakolias, 1996, *op. cit.*, p. IV.

predecibles sus decisiones —especialmente las económicas— y defender los derechos de propiedad.

La primera función consistía en construir un poder de veto capaz de obstaculizar al máximo las intenciones de cambio arbitrario o abrupto de las reglas que establecen el modelo económico. Así, el Banco invocó la importancia de establecer un claro régimen de separación de poderes, y de pesos y contrapesos que dificultara a los gobiernos renegar de los compromisos previamente adquiridos y expresados legal o constitucionalmente:

Cuanto mayor es la separación de poderes, mayor será el número de instancias de control que habrá que salvar para cambiar cualquier compromiso basado en las normas. Así, la separación de poderes aumenta la confianza en la estabilidad de éstas (...) El [poder] judicial está en una posición única para apoyar el desarrollo sostenible, haciendo responsable a las otras dos ramas por sus decisiones y fundamentando la credibilidad del ambiente político y de los negocios³⁰⁸.

Por tanto, la discrecionalidad del poder ejecutivo debía estar sometida al judicial, con base en un claro y establecido cuerpo de derecho administrativo. Este último debía controlar cualquier desviación del ejecutivo o el legislativo respecto a compromisos regulatorios de orden legal o constitucional³⁰⁹.

En los casos en que no fuese posible una institucionalidad como ésta, el Banco consideraba que era deseable el fortalecimiento de sus poderes de condicionalidad a través de los créditos para el desarrollo, medio por el

³⁰⁸ Vid. Banco Mundial, 1997, *op. cit.*, p. 100 y 115 respectivamente. Levy - Banco Mundial, *op. cit.*, 1998, p. 179. A lo anterior el BM agregó la inclusión de reformas constitucionales que, explícitamente, dificulten cualquier reversión, en las que se incluya la estipulación de que los derechos de propiedad sólo pueden ser alterados por mayorías cualificadas. Vid. Banco Mundial, 1995 (a), *op. cit.*, pp. 203-215. Para una referencia sobre las exigencias de reformas constitucionales desde el FMI al gobierno del Brasil puede verse Chossudovsky, Michel, *The Globalisation of Poverty*, Malaysia, Ed. Zed Books and Third World Network, 1997, p. 179.

³⁰⁹ “Un poder judicial independiente es vital para asegurar que los poderes legislativo y ejecutivo asuman su plena responsabilidad ante la ley, y para interpretar y hacer cumplir las disposiciones de la constitución. (...) Es fácil redactar leyes; luego hay que hacerlas cumplir para que el país pueda disfrutar de los beneficios privativos del Estado de derecho”. Vid. Banco Mundial, 1997, *op. cit.*, p. 8. Ver también Levy y Spiller, *op. cit.*, p. 6. En este sentido es notable que el Banco ha promovido y sostenido económicamente la organización de una red latinoamericana de altas cortes.

cual se buscaba garantizar expeditamente el compromiso de los gobiernos con las reformas y los derechos de los inversores. También se entendían aquí como útiles la incorporación de los países a acuerdos internacionales de orden económico tales como la OMC y los TLC, o la aceptación de decisiones judiciales extraterritoriales, las cuales también implicaban restricciones jurídicas de orden internacional que limitan de igual forma la acción de los gobiernos³¹⁰.

Lo que parece quedar claro de esta concepción es que el Banco vincula la división y el control de poderes al fin central de estabilizar el marco regulatorio y crear condiciones de credibilidad para los inversionistas. Así pues, el balance de poderes es apenas parte de un conjunto de fórmulas dirigidas a promover la credibilidad de las reglas de juego económico, limitando especialmente la capacidad de los poderes ejecutivo y legislativo para modificar las leyes económicas³¹¹. En estos términos el papel otorgado al poder judicial no concierne a la defensa de determinados derechos ante la extralimitación del poder sino a la limitación de la capacidad de decisión de las poblaciones y sus instituciones sobre aspectos económicos fundamentales para su existencia. Esto es aún más evidente cuando se promueve la entrega de parte de tales decisiones a órganos internacionales o a la condicionalidad de las instituciones multilaterales. La adopción del control entre poderes en el anterior marco la coloca en una tensión profunda con la decisión democrática³¹².

³¹⁰ En 1997 el Banco expresaba en su informe sobre el desarrollo mundial: “En cierta medida las restricciones extraterritoriales e internacionales pueden subsanar la incapacidad de las instituciones nacionales para imponer el cumplimiento de las normas o para indicar de modo creíble que las normas se mantendrán razonablemente estables en el tiempo”. Banco Mundial, 1997, *op. cit.*, p. 115. También en Banco Mundial, 1995, *op. cit.*, p. 205; Brunetti y Weder, 1995, *op. cit.*; Levy, 1998, *op. cit.* y Campos y Salehi, 2000, *op. cit.*

³¹¹ Ello está estrechamente relacionado con la forma en que en EE.UU. se han entendido los “*checks and balances*” especialmente como una fórmula para enfrentar los abusos del poder legislativo. Por tanto, no es gratuito que el Banco, en su informe sobre el desarrollo mundial de 1997, incluya como epígrafe un fragmento del Federalista. Banco Mundial, 1997, *op. cit.*, p. 113. Una referencia sobre la importancia de limitar la acción legislativa en términos de la protección de las libertades económicas, basada en la lectura del Federalista, puede verse en Siegan Bernard, “Separation of Powers & Economic Liberties”, *Notre Dame Law Review*, vol. 70, no. 3, 1995, pp. 435 y ss.

³¹² Aquí, no parece nada sorprendente la recurrente referencia a la constitución chilena aprobada bajo el gobierno de Pinochet, la cual, a juicio del Banco, creó los mecanismos de restricción necesarios para hacer que los compromisos fuesen creíbles. Además, dicha constitución permitiría explicar en parte el éxito económico de este país. Vid. Banco Mundial, 1995(a), *op. cit.*, p. 165 y especialmente p. 211. En el mismo sentido se expresan Campos

Ahora bien, al hacer posible la estabilidad regulatoria, el poder judicial garantiza automáticamente algún tipo de predictibilidad del marco de reglas de juego. Esto brinda seguridad jurídica a los actores económicos en la medida en que saben que las normas tenderán a ser respetadas en el tiempo o que existe un actor estatal capaz de hacer viable dicho respeto.

La segunda función asignada al poder judicial fue la de garantizar la predictibilidad, la cual no sólo surgía de la estabilidad normativa sino de la interpretación consistente de la ley. A juicio del Banco, no basta con que las normas gocen de cierta intertemporalidad si terminan siendo aplicadas de manera arbitraria por los gobiernos. Se precisa que el poder judicial ponga límites a la aplicación no adecuada de las reglas de juego y que garantice que las interpretaciones no varían de un juez a otro. Así lo afirma Shihatta: “La interpretación consistente y la aplicación del derecho por las cortes proveen un ambiente estable en el que las consecuencias de largo plazo pueden ser tenidas en cuenta por los negociantes y el público”³¹³. Y también Dakolias: “La reforma económica requiere un poder judicial que funcione bien y que pueda interpretar y aplicar las leyes y regulaciones de manera predecible y eficiente”³¹⁴.

La tercera y última función establecida para el poder judicial, consistió en garantizar el debido respeto de los derechos de propiedad y el cumplimiento de los contratos privados. Para el Banco Mundial, el mercado tiene como condición fundamental la existencia clara y ejecutable de derechos de propiedad. Desde finales de los ochenta, el interés por éstos ha sido permanente, siendo particularmente importantes en el ámbito de la titulación de la tierra y la garantía de la propiedad intelectual³¹⁵. En la práctica, el Banco está interesado sobre todo en la eficacia y garantía de la propiedad.

Los mercados no pueden alcanzar gran desarrollo sin derechos de propiedad eficaces. Pero esos derechos solo serán eficaces si cumplen tres condiciones. La primera de ellas es la protección contra el robo, la violencia y otros actos

y Salehi, “Cuando se combinaron con las reformas orientadas al mercado adelantadas por el régimen militar (de las cuales al privatización fue un importante componente), estas características institucionales aseguraron de manera esencial que la economía chilena se enrumbara hacia el libre mercado”. Vid. Campos y Salehi, *op. cit.*, p. 235.

³¹³ Vid. Shihatta, 1996 *op. cit.*, p. IV.

³¹⁴ Vid. Dakolias, 1996, *op. cit.*, p. 3.

³¹⁵ Vid. Shihatta, 1991, *op. cit.*, p. 229 y Kapur, 1997, *op. cit.*, p. 132.

*predatorios. La segunda es la protección contra la arbitrariedad de las instancias gubernamentales (...) que perturban la actividad comercial. Esas dos condiciones son las más importantes. (...). La tercera condición es un poder judicial razonablemente justo y previsible*³¹⁶.

A juicio del organismo en mención, uno de los problemas principales de los países en desarrollo respecto de la propiedad consiste en que, si bien la legislación que la regula tiende a establecer garantías formales, éstas no siempre se cumplen. En efecto, es común que los derechos tiendan a verse afectados por dificultades para su definición dados los problemas en los registros públicos, por la inseguridad ciudadana y por los riesgos expropiatorios. En igual sentido, los contratos mediante los cuales se transmite la propiedad no siempre se respetan y los mecanismos institucionales para obtener su honra no siempre funcionan.

Dado lo anterior, los costos de transacción de los mercados tienden a aumentar y esto los hace estrechos y limitados, afectando su alcance como generadores de riqueza. En tal sentido, un adecuado papel del poder judicial como garante último de la propiedad debe permitir disminuir los costos de transacción que afectan negativamente a los mercados³¹⁷:

*De acuerdo con el teorema de Coase, la eficiencia asignativa se asegurará una vez derechos de propiedad claros sean establecidos y garantizados por el gobierno (...) En la situación actual de América Latina el sistema judicial no provee apropiadamente derechos de propiedad definidos y por lo tanto previene la asignación eficiente de recursos*³¹⁸.

*La existencia del riesgo moral, es decir, el peligro de que las demás partes incumplan los acuerdos si les conviene, impide a las empresas aprovechar las oportunidades de ganancia mutua (...) Las instituciones que funcionan satisfactoriamente pueden reducir esos costos de transacción*³¹⁹.

Con la introducción del debido respeto de los derechos de propiedad la noción de Estado de derecho planteada por el Banco Mundial adquiere

³¹⁶ Vid. Banco Mundial, 1997, *op. cit.*, p. 47.

³¹⁷ Una explicación en detalle de este enfoque teórico puede verse en el tercer capítulo de esta tesis.

³¹⁸ Vid. Dakolias, 1996, *op. cit.*, p. 4 y Shihatta, 1995, *op. cit.*, p. 13.

³¹⁹ Vid. Banco Mundial, 1997, *op. cit.*, pp. 50-51.

un nuevo carácter. Ya no sólo importa la estabilidad y predictibilidad de las normas propias de una aproximación formalista, según lo arriba indicado, sino que el Banco considera que existe un derecho central que debe ser adecuadamente reconocido a nivel legal y protegido institucionalmente: la propiedad privada. De este modo, se añade un límite sustancial a la noción de *rule of law* en la medida en que existe una preocupación por el contenido de las normas.

Ahora bien, la sustancialización del Estado de derecho no es del todo nueva. Como se anotó con anterioridad, el Banco agenció un proceso de reformas legales dirigido a integrar el modelo de desarrollo basado en el mercado y contrario a la intervención del Estado. Dicho proceso en sí mismo, ya suponía una orientación estructural de lo que sería el contenido de diversas normas. Sin embargo, el Banco no integró estos cambios a su noción de Estado de derecho. En realidad muchas de las reformas legales fueron y siguieron siendo parte de los procesos de condicionalidad que ejerció el Banco durante el desarrollo de los programas de ajuste. Por tanto, formalmente no pertenecían a los programas de apoyo a la *rule of law*, pero sí eran parte de la relación más amplia entre el Banco y la transformación de los marcos legales de los países miembros prestamistas³²⁰.

En suma, según lo visto, para el Banco Mundial el Estado de derecho se entiende como un proveedor de estabilidad normativa o seguridad jurídica. Esta se expresa tanto en el mantenimiento de las normas que favorecen la economía de mercado, como en su interpretación consistente. Con el fin de cumplir estas dos funciones, se necesita un poder judicial con capacidad de limitar la acción del ejecutivo y el legislativo y garantizar su aplicación coherente en el tiempo. El fin último de una configuración como ésta es la protección de la propiedad privada entendida como requisito central para que los mercados puedan existir y expandirse.

El particular papel otorgado al poder judicial como sostén del Estado de derecho, explica entonces por qué el BM eligió promover y sostener

³²⁰ El BM lo reconoce retrospectivamente cuando afirma: “El apoyo del Banco a la reforma legal fue proveído a través de una variedad de instrumentos de préstamo (...). En muchos casos los préstamos para la construcción de capacidades y desarrollo institucional, incluyeron componentes relacionados con la reforma legal. En otros eventos, tales reformas fueron estipuladas como condiciones o componentes de programas de ajuste estructural. Vid. Banco Mundial, *Initiatives in Legal and Judicial Reform*, Washington, 2004, p. 3.

económicamente las reformas de los sistemas de justicia en el mundo en desarrollo. En efecto, las hoy conocidas como reformas judiciales en América Latina fueron lideradas parcialmente por el Banco, que empezó a financiar un conjunto amplio de cambios dirigidos a fortalecer el poder judicial ante los nuevos retos que debía enfrentar como el principal garante de la estabilidad normativa³²¹.

Para mediados de los noventa, la reforma judicial se convirtió en el centro de atención del BM, junto con la persistencia en los cambios de tipo legal. América Latina ocuparía aquí un lugar especial. Argentina y Venezuela recibieron los primeros préstamos para reformar sus sistemas, siendo proyectos pilotos en este sentido. Los cambios propuestos giraban en torno al fortalecimiento de la independencia judicial, a una política judicial más eficiente, a la formación de los jueces, a mejoras en la infraestructura judicial, al fortalecimiento del acceso a la justicia a través de mecanismos alternativos de solución de conflictos, así como a cambios en la educación legal y promoción de la organización de los abogados.

Al inicio de este proceso, los proyectos de reforma judicial se centraron en tres áreas principales. Como se muestra en el cuadro I integrado a los anexos, la primera de ellas era el aumento de la eficiencia de la administración de justicia³²². Se pretendía contar con un sistema que cumpliera con sus funciones a tiempo y haciendo un uso racional de los recursos públicos. En tal sentido, muchas de las reformas apoyadas por el Banco se orientaron a la modificación de los procedimientos, a la mejora de la gestión judicial, a la construcción de edificios y dotaciones técnicas y al fortalecimiento de los controles al trabajo de los jueces y funcionarios.

Un segundo eje fue el fortalecimiento de la independencia judicial. Se buscaba promover la existencia de jueces que tuviesen las condiciones para ser suficientemente autónomos de los otros poderes y, por tanto, que pudiesen cumplir su papel como contrapoder. Para ello se apoyó la introducción de reformas legales para mejorar los aspectos normativos que facilitaban la independencia, tales como períodos fijos de tipo constitucional,

³²¹ Vid. al respecto Domingo, Pilar (ed.) *et al.*, *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*, Londres, ILAS, 2001.

³²² “En relación con las instituciones legales, el Banco debe apoyar el mejoramiento de la eficiencia o competencia del sistema judicial con el fin de reducir los costos de transacción”. Vid. Rigo, *op. cit.*, p. 18. También, Shihatta, 1996, *op. cit.*, p. IV.

introducción de la carrera judicial, creación de órganos de autogobierno judicial y mejora de los salarios de los operadores judiciales.

El tercer ámbito de interés fue la formación de los jueces, especialmente mediante el fortalecimiento de las escuelas judiciales y la generación de módulos de capacitación. Finalmente, existió un interés por el acceso a la justicia a través de la promoción de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, cortes de pequeñas causas, asistencia legal, tarifas para el uso de las cortes y superación de las barreras idiomáticas o físicas que impiden el acceso a los tribunales³²³.

Es importante anotar, como se mencionó en el primer capítulo, que el patrocinio de las reformas judiciales como parte del Estado de derecho, era considerado por el Banco como meramente técnico. Esto respondía a la manera como el BM había querido neutralizar el impedimento legal de su carta constitutiva en cuanto a la intervención en asuntos políticos de orden nacional. Para justificar su introducción en la promoción del Estado de derecho y su apropiación de un concepto especial del mismo, el Banco debía acudir al argumento de ser una entidad económica y de perfil técnico.

*El énfasis aquí es en una perspectiva pragmática del Estado de derecho en el contexto de las operaciones del Banco (...) El Banco debe ser consciente de el hecho de que consideraciones técnicas de orden económico y de eficiencia, antes que preferencias ideológicas y políticas, deben guiar el trabajo del Banco permanentemente*³²⁴.

La pretensión de aislar el ED de toda connotación política y normativa de orden jurídico es, con todo, insostenible. El concepto mismo de Estado de derecho es político y objeto de consideración en sentidos diversos por ideologías políticas en algunos casos contrapuestas³²⁵. Por lo demás, en el caso del concepto utilizado por el Banco, su connotación es aún más política si se tiene en cuenta que esta entidad pretende limitar el poder político del ejecutivo y el legislativo.

³²³ Vid. Banco Mundial, 1997, *op. cit.*, p. 12.

³²⁴ Vid. Rigo, 1991, *op. cit.*, pp. 1 y 27.

³²⁵ Vid. Ferrajoli, 1995, *op. cit.*, y Grote, 1999, *op. cit.*, quienes consideran el concepto de Estado de derecho tanto jurídico como político. Vid. Baratta, *op. cit.*, quien anota que las formas en que los diversos conceptos de ED responde a ideologías políticas diferentes y/o contrapuestas.

Por otro lado, al condicionar, de manera directa o indirecta, cambios de orden legal y judicial en nombre del desarrollo, el Banco toca las fibras mismas del discurso jurídico desde su particular concepción del Estado de derecho. Así este último, en cuanto un modelo considerado como correcto, entra en competencia con el contenido mismo sobre el cual cada país ha establecido su modelo de ED. Este aspecto, ha sido eludido por el Banco en virtud de su justificación económica y técnica³²⁶.

Como conclusión de lo planteado hasta aquí se puede sostener que a partir de 1992 el Banco Mundial integró el tema del Estado de derecho como parte de los requisitos institucionales para el crecimiento económico. En tal sentido postuló que éste tenía que ver con la existencia de un marco de normas claras y públicas así como de instituciones que limitasen la acción del Estado en lo concerniente al cambio abrupto o la interpretación amañada de las reglas de juego que rigen el modelo económico de mercado. Por tanto, la preocupación fundamental del Banco era la existencia de seguridad jurídica que, en el marco del Estado de derecho sujeto a límites formales, posibilitara espacios de libre acción económica para los individuos. Con todo, el Banco no ha defendido un concepto puramente formalista. En realidad ha manifestado preocupación por el contenido de las normas, las cuales deben, como mínimo, reconocer los derechos de propiedad y establecer las bases para el funcionamiento del mercado como sustento del crecimiento económico. En tal sentido, el BM tiene un concepto de Estado de derecho centrado en limitaciones formales aunque sustancialmente débil en la medida en que no está orientado en términos de derechos.

El sustento institucional de un modelo como el anterior es un poder judicial fortalecido. En sus manos está la imposición de límites a los otros poderes públicos para dificultar al máximo el cambio de las reglas económicas. Por otra parte, debe generar las condiciones para que la interpretación de las normas sea lo más previsible posible para los actores económicos. Finalmente, se concibe como el garante último de los derechos de propiedad.

En cuanto el origen democrático de las limitaciones jurídicas al Estado, el concepto adoptado por el BM no hace un pronunciamiento explícito.

³²⁶ Para una referencia sobre la dimensión inestimablemente política del tratamiento de la *rule of law* por el Banco, vid. Tshuma, 1999, *op. cit.*, p. 84.

Contrariamente, plantea que el poder judicial debe ser un actor de veto frente al ejecutivo y el legislativo, pero no para defender las condiciones de existencia de la democracia, como hemos visto, sino para garantizar la estabilidad regulatoria de un modelo económico. La nula preocupación por la relación entre Estado de derecho y democracia en la construcción del Banco resulta aún más palpable, si se tiene en cuenta que, de manera complementaria a la división de poderes, éste propone como formas alternativas de control al Estado los mecanismos de la condicionalidad que constituyen, por antonomasia, la imposición unilateral de requerimientos de acción por parte de los organismos financieros internacionales.

Según la anterior concepción, los programas de *rule of law* defendidos por el Banco pueden ubicarse en lo que Jayasuriya denomina el nuevo constitucionalismo económico. Como se planteó en la introducción, este término se refiere a la generación de distintos mecanismos institucionales tales como la autonomía del banco central y la suscripción de acuerdos internacionales en materia económica, entre otros, que buscan ofrecer garantías jurídico-políticas para un funcionamiento libre de los mercados a nivel global. Como se ha planteado hasta aquí, en la primera fase de la concepción del Estado de derecho, el Banco había pretendido generar un poder judicial capaz de impedir cambios abruptos en aspectos relacionados con el modelo de desarrollo neoliberal. En tal sentido, la sujeción del Estado al derecho se concibe como un límite a los potenciales abusos en materia económica.

En conjunto, a la luz de la definición planteada al inicio de este capítulo, la forma en que el BM entiende el Estado de derecho es profundamente limitada en la medida en que no se puede considerar como una aproximación integral a la manera de lo inicialmente planteado. Es así como el BM centra su interés en los límites formales y no en los derechos; no considera el origen democrático del derecho y, en realidad, lo cuestiona en razón de los riesgos que puede significar para el mantenimiento de un modelo económico; no otorga al poder judicial un papel como garante del juego democrático sino, ante todo, como un actor con capacidad de veto especialmente económico. Lo anterior, expresa en buena parte el surgimiento de un nuevo constitucionalismo económico que a nivel local y global busca contrarrestar jurídicamente la voluntad soberana.

Esta primera conceptualización del Estado de derecho empezó a sufrir algunos ajustes a comienzos de 1998. A través del Marco Integral de

Desarrollo (MID), el Banco inició un proceso de sustancialización mayor de su concepto, introduciendo aspectos como la igualdad y el derecho al acceso a la justicia. Éste será el objeto del siguiente acápite.

2.2.4 La aproximación comprehensiva al desarrollo: un Estado de derecho con límites sustanciales

A mediados de la década de los noventa, el Banco contaba con un nuevo presidente que si bien provenía del mundo de las finanzas asumió dos grandes tareas para su futura gestión. Por un lado, llevar a cabo una reforma interna del Banco Mundial como respuesta a las críticas por los efectos no deseables y limitados de su gestión y por su burocratismo. Por otro lado, fortalecer la acción del organismo como un actor que lucha contra la pobreza.

Esta nueva gestión presidencial estuvo enmarcada en un contexto de crisis financieras internacionales que pusieron en tela de juicio el modelo neoliberal que el Banco había asumido desde comienzos de los ochenta. En primer lugar, las crisis del sudeste asiático y de Rusia mostraron que países modelo a nivel fiscal, monetario y cambiario, podrían caer en situaciones de crisis por culpa de una desregulación ilimitada de los mercados financieros. Por lo demás, lo ocurrido demostró que la cura podía ser peor que la enfermedad en la medida en que los programas de ajuste impuestos por el FMI y el BM a estos países terminaron por ahondar la crisis que de financiera pasó a convertirse en social³²⁷.

Simultáneamente, las evaluaciones realizadas por el Banco de los proyectos financiados mostraban resultados que se encontraban muy por debajo de las expectativas. Así, a pesar de dos lustros de programas de ajuste estructural, algunos países no lograron los equilibrios macroeconómicos deseados. Otro tanto ocurrió con el cumplimiento de las condiciones adscritas a los préstamos, las cuales no siempre terminaban siendo llevadas a cabo por los gobiernos nacionales³²⁸. Esto sin contar con los muy escasos

³²⁷ Como indica Sanahuja, como producto del ajuste, "(...) en Corea del Sur perdieron su empleo alrededor de 1,5 millones de personas y en Indonesia, entre 8 y 10 millones. En ese país el poder adquisitivo de los salarios cayó un 50%". Vid. Sanahuja, José Antonio, *Altruismo, mercado y poder*, Barcelona, Intermon Oxfam, 2001, p. 267.

³²⁸ *Ibidem*, p. 262. Vid. también Nagy, Hanna y Ramgopal, Agarwala, "Toward a Comprehensive Development Strategy", *Precis*, Boletín del World Bank Operations Evaluation Department, Washington, otoño de 1999, p. 3.

resultados en materia de lucha contra la pobreza y mejora de los niveles de crecimiento económico.

Lo anterior había ambientado una creciente crítica a las políticas basadas en el “Consenso de Washington”³²⁹, la cual se vio reforzada dentro del Banco con el nombramiento de Joseph Stiglitz como economista jefe del organismo. Este fue un agudo crítico del modelo neoliberal encarnado en los programas de ajuste. Consideraba que la defensa a ultranza del mercado, alimentada ante todo por posiciones ideológicas, lo había convertido en un fin en sí mismo. Defendía, contrariamente a lo sostenido por el Banco en el pasado, que el Estado tenía un papel clave en la economía, el cual incluía la creación de infraestructura, el desarrollo tecnológico, la provisión de bienes públicos, etc. Adicionalmente, fue un crítico acérrimo del manejo dado a las crisis financieras internacionales por parte del FMI³³⁰.

Todo lo anterior produjo un giro en el modo en que el Banco abordaba el desarrollo. Se empezó a sostener que no bastaba meramente con un énfasis macroeconómico que permitiera unas cuentas públicas en orden. También se formuló que el desarrollo tenía varias dimensiones que debían ser tenidas en cuenta de manera integral. Además, que el proceso de relación del Banco con los países debería cambiar en varios sentidos. Todos estos y otros cambios se recogerían en lo que se conoció como el Marco Integral de Desarrollo (MID).

En efecto, a comienzos de 1999, el presidente Wolfensohn envió un memorando al Consejo Directivo del Banco, proponiendo un giro en el enfoque del desarrollo. El contenido del mismo se había madurado durante tres años de consultas con agencias de cooperación bilateral, organizaciones no gubernamentales, instituciones multilaterales y académicos, entre los que estaba Amartya Sen³³¹. La propuesta presidencial se convirtió en política oficial del Banco cuando el comité de desarrollo de la Junta de Gobernadores lo adoptó en abril del mismo año. Su incorporación como referente vinculante de la actividad del BM se iniciaría con la

³²⁹ Para una referencia extensa al respecto ver el primer capítulo de esta tesis.

³³⁰ Vid. Sanahuja, *op. cit.*, p. 266.

³³¹ Sen y Wolfensohn dieron la bienvenida pública a este nuevo enfoque en un artículo publicado en el Herald Tribune el 5 de mayo de 1999 bajo el título “Development: A Coin with Two Sides”.

puesta en marcha de proyectos pilotos que aplicaran dicho enfoque, para lo cual se escogió a varios países entre los que estaban Bolivia, República Dominicana y Marruecos.

De acuerdo con el MID, el desarrollo es multidimensional e incluye aspectos económicos, sociales, ambientales y de gobernanza. Siguiendo a Sen, se sostenía que un concepto integral del desarrollo está constituido por un conjunto diverso de dimensiones (económica, social, política y legal) que no pueden ser consideradas como independientes en cuanto resultarían conceptualmente incompletas. Así “para considerar la integralidad de un concepto debemos considerar muchas informaciones de manera conjunta, lo cual es un aspecto diferente de la interdependencia causal”³³².

La anterior tesis trajo consigo en términos prácticos, un planteamiento diferente de las políticas para el desarrollo. En principio, todos los aspectos de éste, debían ser asumidos de manera simultánea, y resultaba impropcedente una visión compartimentada del proceso o una temporalización jerarquizada de sus dimensiones³³³. Desde esta lógica, no sería aceptable, por tanto, supeditar el desarrollo político representado en la consolidación democrática, o el desarrollo social, entre otros, a los avances en el desarrollo económico. En realidad, según estas tesis, para que el desarrollo tuviese lugar, debería avanzarse simultáneamente en todos los frentes.

Para desarrollar esta visión, el MID planteó cuatro principios que debían guiar la acción del Banco:

- El proceso de desarrollo debía entenderse como algo a largo plazo y asentado en una visión holística o integral.
- Los países debían demostrar su apropiación de un enfoque complejo del desarrollo y, por tanto, no podían estar dependiendo del impacto de la condicionalidad. En otros términos, debían contar

³³² Vid. Sen, Amartya, *What Is the Role of Legal and Judicial Reform in the Development Process?* Documento presentado en la Primera Conferencia Mundial sobre Reforma Legal y Judicial, patrocinada por el Banco Mundial, Washington, 5 y 6 de julio de 2000, p. 4.

³³³ Sen reconoce que en términos extremos un concepto integral de desarrollo no admitiría la alusión a dimensiones diferenciadas como desarrollo político, social, económico, legal, etc. Sin embargo, asume la posibilidad de establecer esta diferenciación siempre y cuando se tengan en cuenta de manera permanente las interrelaciones entre los niveles diferenciados. Vid. Sen, *op. cit.*, p. 5.

con un apoyo político amplio a nivel interno que proporcionara un soporte adecuado para los cambios.

- La acción debía ser conjunta y coordinada entre actores privados, públicos y de la cooperación, liderados por los gobiernos nacionales.
- Se debía adoptar una orientación hacia la obtención y medición de resultados en términos de avances hacia el desarrollo y lucha contra la pobreza³³⁴.

Como puede verse, estos principios replantearon la forma de concebir el diseño y desenvolvimiento del proceso de desarrollo, en la medida en que éste ya no se entendía como el alcance de mayores tasas de crecimiento. En realidad, se trataba de avanzar en las distintas dimensiones arriba señaladas, que debían proporcionar resultados medibles en materia de superación de la pobreza. Por ello, las estrategias de reducción de la misma, adscritas al MID, estaban sujetas al cumplimiento de las metas del milenio que hoy son el marco de referencia dominante de buena parte de la cooperación multilateral y bilateral, gubernamental y no gubernamental.

En este contexto de cambio de enfoque se incluyó una reflexión expresa sobre el papel de las instituciones legales y judiciales bajo un concepto integral y holístico de desarrollo. La misma se inspiró en los planteamientos de Amartya Sen quien realizó una ponencia especial al respecto en la primera Conferencia Mundial sobre Reformas Legales y Judiciales, intitulada emblemáticamente como *Comprehensive Legal and Judicial Development*, realizada en Washington en el verano de 2000. En ella se planteó que las instituciones legales y judiciales formaban parte de la noción compleja de desarrollo, tesis ésta que permitió replantear la noción del Estado de derecho.

2.2.5 El Estado de derecho como parte indivisible del desarrollo

Como se vio en la parte dedicada a identificar la comprensión inicial del BM respecto del Estado de derecho, la relación entre éste y el desarrollo se entendía de manera instrumental, de tal forma que lo importante

³³⁴ Información obtenida del sitio web del MID: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/STRATEGIES/CDF/0,,pagePK:60447~theSitePK:140576,00.html>. Visitada el 12 de agosto de 2006.

era determinar el impacto que tenían ciertas instituciones jurídicas en el crecimiento económico. Bajo el enfoque proveniente del MID, por el contrario, todo modelo, política o programa de desarrollo debía incluir una dimensión de desarrollo legal³³⁵. Por tanto, no era posible hablar del sistema legal y judicial y del desarrollo económico como realidades ajenas y autónomas, que sólo se vincularían de manera eventual. En realidad, el desarrollo integral estaría conformado, en igualdad de condiciones, por los niveles de desarrollo económico, social, político y legal. Analíticamente, el desarrollo se definía entonces como el logro de avances en los marcos legales, los cuales, por tanto, no podían concebirse como aspectos externos al desarrollo sino como constitutivos del mismo.

Esta multidimensionalidad e indivisibilidad del concepto de desarrollo implicaba, sin embargo, el análisis de las relaciones entre las diversas dimensiones que lo conforman. Al respecto, Sen sostuvo que éstas no podían depender únicamente de las instituciones y las políticas relativas a cada esfera. Así, ni el desarrollo económico dependía solamente de los índices de crecimiento ni el desarrollo legal era posible sólo a través de la legalización de nuevos derechos:

*Si se otorgan derechos a las mujeres, éstos significan técnicamente un desarrollo legal pero ello no significa que las mujeres los puedan ejercer si son analfabetas (...). Dada la necesidad de integralidad conceptual (en este caso la necesidad de ver el desarrollo legal no sólo en términos de legislación y leyes sino también en términos de capacidades y libertades efectivas), todos los instrumentos que causalmente influyan en estas libertades deben tomarse en cuenta a la hora de valorar los progresos realizados en la ampliación del desarrollo de un sistema legal y judicial exitoso*³³⁶.

Existe, por tanto, una interdependencia entre todas las dimensiones del desarrollo³³⁷. El Estado de derecho, como parte de una visión integral

³³⁵ Sen no define específicamente qué entiende por desarrollo legal. Sin embargo, su alusión directa al avance en el reconocimiento y garantía de los derechos civiles, políticos y económicos y a los marcos institucionales que lo hacen posible son asimilables a la definición de Estado de derecho identificada en este texto. Hecha esta aclaración, aquí se utilizarán indistintamente los términos “desarrollo legal” y “Estado de derecho”.

³³⁶ Vid. Sen, 2000, *op. cit.*, p. 8.

³³⁷ En palabras de Amartya Sen: “Es por tanto extremadamente importante ver claramente las relaciones y la extensión con que diferentes aspectos del desarrollo se relacionan entre sí”. Vid. Sen, *op. cit.*, p. 7.

del mismo, tiene entonces relación directa y permanente tanto con la expansión económica como con el progreso social y el enriquecimiento político. En lo que se refiere a los sistemas jurídicos, sus desarrollos afectan y contribuyen al desarrollo político, social y económico³³⁸. De la misma manera, los alcances de cualquier desarrollo legal dependen de una mejor distribución de los recursos, la superación de la pobreza, el ejercicio de la democracia y la participación social.

Una interdependencia como la antes planteada permite reinterpretar los extremos y contenidos de la relación convencional entre derecho y desarrollo. En primer lugar, el desarrollo legal y las otras dimensiones del desarrollo son interdependientes. Por tanto, no es posible sostener de manera absoluta ni una influencia transformadora del derecho hacia la realidad (en este caso representada por los avances en desarrollo) a través de las leyes o de la ingeniería constitucional; ni una dependencia absoluta de aquél respecto del ambiente económico o político. Esta interdependencia casi obvia no siempre ha estado presente a la hora de concebir las reformas legales ligadas al desarrollo económico.

Una segunda consecuencia de esta interdependencia es la concerniente a la interrelación entre Estado de derecho y democracia. Bajo este enfoque se acepta que las normas limitantes de un Estado sujeto a la juridicidad deben provenir del procedimiento democrático. Sin embargo, se plantea igualmente que el funcionamiento de este último descansa en el papel cumplido por el Estado de derecho para garantizar los derechos fundamentales. En esto consiste el reconocimiento de las interdependencias entre el desarrollo democrático y el legal como partes integrantes del desarrollo.

En síntesis, la lectura del Estado de derecho desde la propuesta integral de Sen supone un importante replanteamiento de las formas analíticas respecto de la relación entre éste y el desarrollo³³⁹. Tal cambio está

³³⁸ El Instituto del Banco Mundial ha tratado de sostener empíricamente estas relaciones realizando algunas operaciones estadísticas que demuestran que el Estado de derecho no sólo tiene un impacto positivo respecto del ingreso, sino en relación con los niveles de analfabetismo y la mortalidad infantil. Vid. al respecto Kaufman, Daniel, *Mis Rule of Law. Does the Evidence Challenge Conventions in Judiciary and Legal Reforms?* Documento disponible en el sitio web del Instituto del Banco Mundial. www.worldbank.org/wbi/governance, p. 4. Visitado el 12 de marzo de 2007.

³³⁹ Para un abordaje más profundo de estos planteamientos ver el tercer capítulo de esta tesis.

representado fundamentalmente en el carácter constitutivo del Estado de derecho dentro de un concepto integral de desarrollo; en el reconocimiento del valor económico, social y político del Estado de derecho y en la interdependencia general entre estas dimensiones.

Esto fue expresado por el hoy expresidente Wolfensohn de manera lapidaria:

De nuestros encuentros con Amartya Sen, quedó muy claro que el desarrollo político, el social, el económico, el legal y el judicial, no podían ser mirados separadamente. El asunto es el desarrollo y, por tanto, éste no se puede dividir en diferentes paquetes, porque existe una interconexión muy estrecha entre ellos³⁴⁰.

Los anteriores planteamientos fueron apropiados parcialmente por el Banco en distintos documentos de política que reflejan una nueva comprensión del Estado de derecho mucho más amplia y sujeta a límites sustanciales.

2.2.6 El nuevo concepto de Estado de derecho

Con el nuevo enfoque se ampliaron, en primer lugar, los fines que se buscaban con la implantación del Estado de derecho. Mientras que durante la primera fase aquéllos estaban representados en el aumento del crecimiento económico, desde finales de los noventa el Banco incluyó la lucha contra la pobreza. En tal sentido, el Estado de derecho debía generar condiciones de predictibilidad para la acción económica en los mercados, pero igualmente permitir que los pobres tuvieran herramientas contra el poder, ya sea público o privado:

La misión central del Banco Mundial es la superación de la pobreza, definida no sólo como la ausencia de recursos sino como la falta de poder y de seguridades básicas. Estas dos últimas dimensiones de la pobreza son exacerbadas cuando las instituciones de un país tienen un desempeño muy bajo o el Estado de derecho es débil o inexistente. Mientras las elites pueden usar su riqueza o conexiones para protegerse a sí mismas por el mal funcio-

³⁴⁰ Extracto del discurso pronunciado en la Segunda Conferencia de Desarrollo Legal y Judicial llevada a cabo en San Petersburgo, Rusia, el 9 de julio de 2001. Disponible en el sitio web del Banco, www.worldbank.org. Visitado el 15 de marzo de 2006.

namiento del marco legal, estas alternativas no están abiertas a los pobres. Ellos son los más vulnerables cuando el Estado de derecho está ausente.

Un buen sistema legal protege a los individuos y su propiedad y les da a los pobres recursos contra los intereses de los poderosos, sean públicos o privados. El vínculo entre instituciones legales y pobreza es directo y fundamental. Sin leyes que protejan los derechos básicos e instituciones que los hagan eficaces, los pobres no tendrán mecanismos para defenderse³⁴¹.

La segunda forma en que el Banco integró el nuevo enfoque consistió en sostener que las reformas legales y judiciales que hacen posible el Estado de derecho son, a su vez, un fin del desarrollo y un medio para éste. Tal como lo había planteado Sen, el desarrollo legal formaba parte de la noción integral del desarrollo y, por tanto, su importancia no dependía solamente de su impacto externo en el mismo: “Un sistema legal y judicial que funcione adecuadamente es fundamental como un fin en sí mismo, al igual que como un medio para facilitar el alcance de otros objetivos del desarrollo”³⁴².

Ahora bien, la nueva definición del Estado de derecho adoptada por el Banco se plantearía oficialmente en el 2003 a través del documento “Reforma legal y judicial: direcciones estratégicas” en el cual se incluyeron las líneas de reflexión y de formulación de políticas que debían orientar al Banco en sus futuras acciones en el sector. El primer planteamiento de este documento redefinió el Estado de derecho, el cual ya no se centra claramente en la generación de predictibilidad sino que se concentra en los fines de la igualdad y la dignidad:

El Estado de derecho prevalece donde: 1. El gobierno está limitado por el derecho. 2. Cada persona en la sociedad es tratada de manera igual ante la ley. 3. La dignidad humana de cada persona es reconocida y protegida por la ley y 4. La justicia es accesible para todos³⁴³.

³⁴¹ Tomado de la presentación del Banco Mundial en su sitio web: *The World Bank and Legal Institutions*. Disponible en: <http://72.14.209.104/search?q=cache:IOV3IVZdOjAJ:www1.worldbank.org/publicsector/legal/worldbank.htm+%22+and+a+comprehensive+framework+of+laws+%22&hl=es&gl=co&ct=clnk&cd=2> Visitado el 18 de marzo de 2006.

³⁴² Vid. Banco Mundial, *Initatives in Legal and Judicial Reform*, Washington, D.C., 2002, p. 6.

³⁴³ Vid. Banco Mundial, *Legal and Judicial Reform. Strategic Directions*, Washington, D.C., 2002 (b), p. 4. Esta definición se mantuvo de manera coherente y sin mayores cambios hasta la salida de Wolfensonh. Ver, por ejemplo, los discursos pronunciados por dos de los últimos

Dado que según esta concepción el Estado de derecho es un fin, pero también un medio para lograr los objetivos del crecimiento y la superación de la pobreza, se planteó que para avanzar en los mismos se debía contar con arreglos institucionales que, como mínimo, garanticen la existencia de:

- Leyes eficaces que fueren a su vez equitativas y permitieran otorgar poderes legales y seguridad a los derechos de las personas.
- Garantías para el cumplimiento de los contratos.
- Provisión de seguridad básica.
- Acceso a la justicia³⁴⁴.

De esta definición se debe resaltar la integración clara, por primera vez, de una referencia expresa en torno de los derechos. Era así como reconocía la importancia de la igualdad ante la ley, la cual, como se verá a continuación, se predicó con insistencia respecto de las mujeres y los más pobres. En segunda instancia, mencionó la trascendencia del acceso a la justicia, el cual constituye hoy un derecho internacionalmente reconocido. Finalmente, hizo una invocación expresa a la dignidad humana que, si bien no es un derecho como tal, es el producto del respeto amplio de un conjunto de derechos³⁴⁵.

Esta orientación hacia los derechos se perfila aún más si se tiene en cuenta el papel que el Banco le otorgó al Estado de derecho en materia de equidad. El organismo consideraba que el mercado produce crecimiento económico, pero la riqueza por éste generada no siempre se encuentra distribuida equitativamente. Con el fin de enfrentar la pobreza, además

vicepresidentes legales del Banco: Tung Ko-Yung, así: *El Estado de derecho*. Discurso pronunciado ante el Consejo de la Magistratura de Argentina, Palacio de Justicia, Buenos Aires, el 4 de diciembre de 2002; y Dañino, Roberto: “The Importance of the Rule of Law and Respect for Contractual Rights in Transition Countries”, presentado en la conferencia organizada por el European Bank for Reconstruction and Development y el British Institute of International and Comparative Law, el 5 de diciembre de 2003.

³⁴⁴ Vid. Banco Mundial, 2002(a), *op. cit.*, p. 5.

³⁴⁵ En un memorando interno del Banco, el ex vicepresidente legal, Tung Ko-Yung, afirmaba: “Los derechos humanos significan fundamentalmente el respeto a la dignidad de cada individuo”. Vid. Bretton Woods Project, *Bank Declaration of Human Rights*. Documento disponible en Internet: <http://www.brettonwoodsproject.org/index.shtml>. Visitado el 15 de agosto de 2006.

de promover la igualdad ante la ley, es preciso que haya equidad, de tal forma que:

*Para que los pobres y vulnerables tengan la oportunidad de participar en el crecimiento económico, debe prestarse especial atención a las leyes e instituciones que permitan enfrentar la inequidad, tales como leyes antidiscriminación, protección a los consumidores, normas laborales, seguridad social y derechos de los pueblos indígenas*³⁴⁶.

Con el fin de cumplir sus objetivos en términos de lucha contra la pobreza y búsqueda de la equidad, era necesario preocuparse por el contenido de las leyes y no meramente por su predictibilidad. Por tanto, además de la protección de la propiedad, que continuaba vigente, debían tenerse en cuenta otros derechos como los de las poblaciones vulnerables.

*El Derecho debe proteger a las personas más vulnerables de la sociedad. Los miembros poderosos de ésta no suelen necesitar protección; de hecho, en algunas sociedades pueden actuar al margen de la ley, o adueñarse de los resortes de la justicia. El Derecho no sólo debe ser un factor de igualdad, sino también de protección*³⁴⁷.

En efecto, el Banco identificó tres grupos de derechos que deben ser objeto de especial atención. De un lado, estaban los de las mujeres y en particular la defensa de un tratamiento igual ante la ley tanto en sus contenidos como en su aplicación a través del sistema judicial. Igualmente se incluyeron los derechos de los menores trabajadores, para lo cual el Banco recogió lo previsto en las convenciones internacionales de la OIT como el referente aplicable por los países miembros. Finalmente, se mencionó la necesidad de inclusión de las poblaciones indígenas³⁴⁸.

De esta manera y resumiendo, bajo el Marco Integral de Desarrollo, el discurso sobre el Estado de derecho desde el BM sufrió un cambio cualitativamente superior. Sería así como se convirtió en una categoría integrante de la noción de desarrollo y no meramente un requisito para

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 71. Por su parte, en otro documento del Banco afirma: “El Estado de derecho requiere el otorgamiento de derechos y el establecimiento de instituciones para resolver disputas y garantizar el cumplimiento de los derechos”. Vid. Banco Mundial, 2004, *op. cit.*, p. 24.

³⁴⁷ Vid. Tung Ko-Yung Tong, 2002, *op. cit.*, p. 2.

³⁴⁸ Vid Banco Mundial, *Legal and Judicial Reform*, Washington, D.C., 2002(a), p. 49 y ss.

el crecimiento. Adicionalmente, antes que la seguridad jurídica, los fines de aquel fueron la lucha contra la pobreza, la dignidad humana y la equidad, lo cual permitió que por primera ocasión en el discurso del Banco se ligara el Estado de derecho con el respeto de un marco de derechos humanos.

Ahora bien, este salto cualitativo hacia lo que inicialmente parecería una perspectiva de derechos no necesariamente trajo consigo una opción clara de políticas en las que se concretara tal giro. En realidad, la irrupción expresa del Banco en el tema de los derechos produjo tensiones con un elemento tradicional de su accionar: la consideración de que este tema era un asunto político y, por ende, ajeno a la actividad del BM. Por tanto, dada la nueva retórica que se empezaba a emplear, se hizo necesario un análisis de la viabilidad del nuevo enfoque en el marco de las restricciones políticas que establece la carta constitutiva de la organización. Esto se expresaría en la construcción de una estrategia institucional para definir cuál podía ser el alcance real de la implicación del Banco Mundial en el tema de los derechos humanos³⁴⁹.

2.2.7 La estrategia del Banco Mundial sobre los derechos humanos y su relación con el Estado de derecho

Desde 1948, el BM forma parte del sistema de Naciones Unidas como producto de un acuerdo de cooperación suscrito entre los dos organismos. A pesar de este vínculo orgánico con la fuente principal del derecho internacional de los derechos humanos, el Banco había sostenido históricamente que su que hacer no estaba sujeto a este tipo de normatividad. En particular, para el caso de su relación con los países miembros, no podía tener en cuenta los aspectos relacionados con los derechos humanos a la hora de considerar la aprobación, permanencia o negación de un crédito. El argumento para asumir tal posición aducía que el tema de los derechos era un asunto político y que, por tanto, según su carta constitutiva, estaba por fuera de las competencias del organismo.

³⁴⁹ A inicios de 2002 y por petición de Wolfesohn, el vicepresidente legal del Banco, en ese momento, Ko-Yung Tung, solicitó la creación de una estrategia institucional que “sin romper con nuestro mandato y nuestra ventaja política de neutralidad a los ojos de nuestros miembros, nos permita realizar de manera completa nuestra misión para el avance de los derechos humanos”. Vid. Bretton Woods Project; *Bretton Woods Update*, no. 29, julio de 2002. Disponible en Internet: <http://www.brettonwoodsproject.org/update/29/index.shtml>. Visitado el 15 de julio de 2006.

Lo anterior fue sostenido especialmente durante las décadas de los sesenta y setenta a propósito de las críticas dirigidas al Banco por sus préstamos a dictaduras como la chilena y a regímenes como el de la segregación en Sudáfrica. Sería el vicepresidente Shihatta quien, a comienzos de los noventa, oficializaría más claramente la posición del Banco de abstenerse de intervenir en el tema de los derechos humanos a través de una opinión legal al respecto. Si bien se seguía afirmando que el tema era político y del resorte interno de los países, se introdujo una excepción a dicha regla cuando se afirmó que el Banco podría considerar negativamente a un país miembro si tenía lugar una violación a los derechos individuales, que tuviera efectos en las dimensiones económicas de su actividad o constituyera un rompimiento de la legalidad internacional, debidamente declarada por el Consejo de Seguridad de la ONU³⁵⁰.

Esta posición clásica del Banco se vería complementada a finales de los noventa a través de la publicación del documento institucional *Development and Human Rights. The role of the World Bank*, el cual se produjo a propósito de los cincuenta años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el contexto previo de discusión del Marco Integral de Desarrollo. En dicho texto se sostenía que el papel del BM en la realización de los derechos humanos radicaba en promover avances en el crecimiento económico y el desarrollo: “Para el Banco Mundial, proteger y avanzar en los derechos humanos significa ayudar a los más pobres a escapar de la pobreza”³⁵¹.

Esto llevó al Banco a afirmar que sus proyectos de desarrollo tenían relación directa con los derechos humanos, en cuanto, permitían avances especialmente en lo relativo a las condiciones para el goce de los derechos económicos y sociales³⁵². Su compromiso consistía en formar parte de la creación de un “ambiente estructural en el cual los ciudadanos pueden perseguir y continuar el fortalecimiento de todas las áreas de los derechos humanos” a través de los avances en la reforma judicial, el acceso a la

³⁵⁰ Vid. al respecto Shihatta, Ibrahim. *The World Bank in a Changing World. Selected Essays and Lectures*, vol. II, Ámsterdam, Martinus Nijhoff Publishers, 1991. También Santos, 2006, *op. cit.*, p. 272.

³⁵¹ “Lo que no se ha considerado es el reconocimiento de que el avance de los derechos humanos es imposible sin el desarrollo”. Vid. Banco Mundial, *Development and Human Rights. The Role of the World Bank*, Washington, 1998, pp. 2 y 31.

³⁵² Vid. Banco Mundial, 1998, *op. cit.*, p. 3.

justicia, la participación popular en los programas de desarrollo, la lucha contra la corrupción, etc.³⁵³.

A pesar de esta declaración que pretendía dar cuenta de un compromiso institucional de vieja data respecto de los derechos humanos sin nombrarlos, organismos del sistema ONU han cuestionado el alcance del mismo. Es así como el Comité para los derechos económicos, sociales y culturales ha planteado su preocupación al Banco por los efectos negativos de sus políticas de préstamos y programas de ajuste estructural en derechos como la alimentación, el agua, la salud, el acceso a la vivienda y a la educación. En tal sentido, le ha recordado que, como organismo de la ONU, tiene el deber de respetar y promover los derechos humanos³⁵⁴.

Por lo demás, el compromiso expresado por el Banco era excesivamente circunstancial porque en ese momento no contaba con una política diferente al panel de inspección que permitiera establecer, previa y posteriormente, posible impacto de sus proyectos y programas sobre la vigencia de los derechos humanos³⁵⁵. En la práctica, el Banco consideraba

³⁵³ Vid. Banco Mundial, 1998, *op. cit.*, p. 11. “El Banco ha sido la institución más poderosa en apoyar a los países en relación con sus obligaciones en derechos humanos—civiles, políticos, económicos y sociales—. Sólo véase nuestro papel en la eliminación de la pobreza. Obsérvese lo que se está haciendo en temas de género, poblaciones indígenas, minusválidos, jóvenes, reformas judiciales, anticorrupción, educación, salud, vivienda, alimentación, crecimiento económico, etc. Todo esto es fundamental para los derechos de las personas”. Tomado de la entrevista realizada a Alfredo Sfeir-Younis, Senior Advisor to World Bank Managing Director Mamphela Ramphele y antiguo representante especial del Banco en la sede de Naciones Unidas en Ginebra, donde coordinaba las actividades del Banco en relación con los derechos humanos. Disponible en Internet: www.worldbank.org. Visitado el 12 de agosto de 2006.

³⁵⁴ Vid. Davis, Tom, *The Public Policy of Human Rights and the World Bank*. Ponencia presentada en la Australasian Political Studies Association Conference. Nueva Zelanda, 28-30 de septiembre de 2005, p. 13. También puede verse Swaminathan, Rajesh, “Regulating Development, Structural Adjustment and the Case for National Enforcement of Economic and Social Rights”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 37, no. 16. También en el dossier: *Institutions Financières Internationales: L’exception aux Droits de Homme. Interventions Juridiques*. Extrait de la Revue Belge de droit International, 1991.

³⁵⁵ El panel de inspección es un organismo creado a mediados de los noventa en respuesta a las fuertes críticas generadas en Estados Unidos contra los efectos ambientales indeseables de algunos proyectos patrocinados por el Banco. Éste permite que personas o comunidades que sientan que están o pueden verse afectadas por una actividad financiada por el BM presenten una queja, la cual, luego de un proceso, puede conducir a la suspensión del crédito. Para mayor información al respecto, vid. Fox, Jonathan, *The World Bank Inspection Panel: Lessons for the Five First Years*. Center for Global, International and Regional Studies. Reprint Series. Paper CGIRS-Reprint-2005-7. Julio de 2002. Documento disponible en Internet: <http://repositories.cdlib.org/cgirs/reprint/CGIRS-Reprint-2005-7>. Visitado el 12 de marzo de 2006.

que las mejoras en estos últimos eran un subproducto casi necesario del crecimiento económico.

Esta débil aproximación a los derechos humanos se hace aún más evidente si se tiene en cuenta que el concepto de Estado de derecho defendido por el Banco desde comienzos de los noventa no consideraba los derechos como un ingrediente sustancial del mismo, sino que los veía como objetivos contemplados dentro de los avances en el crecimiento, el desarrollo económico y las mejoras en la gobernanza. Por tanto: “Para el Banco Mundial, un sistema legal justo es, en sentido general, aquel que conduce a un desarrollo balanceado, esto es, por ejemplo, un desarrollo que facilite el crecimiento y responda a las necesidades de los pobres”³⁵⁶.

En la posición defendida por el Banco Mundial en ese momento, se puede observar un proceso de inversión de la garantía de los derechos. Esto significa que los derechos humanos no sirven como criterio para medir el contenido de las normas y, en particular, de la manera como jurídicamente se ha establecido un particular modelo de desarrollo. Por el contrario, hábilmente, los derechos humanos son asimilados dentro del concepto de desarrollo y finalmente se disuelven y se hacen fundamentalmente dependientes de él, en la medida en que son considerados como subproductos y no como derechos³⁵⁷. En otros términos, el desarrollo económico es necesario para los derechos humanos y, de cierta forma, depende de él; por el contrario, el proceso de desarrollo como tal no tiene por qué estar subordinado a los derechos humanos.

Esta posición cautelosa y construida durante décadas ha sufrido algunos cambios a partir de la construcción de la reciente política institucional en materia de derechos humanos solicitada por Wolfensohn. De manera similar a como ocurrió con los temas de las instituciones y la corrupción, el Banco ha tratado, en primer lugar, de crear un sustrato de legitimidad

³⁵⁶ Vid. Banco Mundial, 1992, *op. cit.*, p. 30.

³⁵⁷ Esta referencia central es realizada por Angie Anthony, 2000, *op. cit.*, p. 251. Años después, la actual vicepresidenta del Banco, Ana Palacios, lo reconocía: “Aunque los pronunciamientos del Banco sobre los derechos humanos han sido ampliamente comprometidos con éstos, hasta ahora nunca han afirmado en términos concretos que el Banco tenga una función específica en relación con los derechos humanos como principio u obligación legal”. Vid. Palacios, Ana, “The Way Forward. Human Rights and The World Bank”, *Development Outreach*, octubre de 2006. Disponible en Internet: www.worldbank.org. Visitado el 15 de Julio de 2006.

para introducirse más directamente en el tema de los derechos. La misma se ha fundado en establecer los vínculos entre éstos y las consideraciones económicas que rigen el BM. En otros términos, el Banco ha empezado a sostener que los derechos humanos tienen efectos en los asuntos económicos desarrollados por la institución.

En tal sentido, el Banco planteó, como primer argumento, que el nivel de respeto de los derechos civiles y políticos en un país tiene impacto en el desempeño de los proyectos financiados por él. En concreto, si existen condiciones para la participación y el libre juego de ideas, la posibilidad de una ejecución adecuada de las actividades apoyadas económicamente por el BM tiende a ser mucho mayor: “Si un país mejora sus libertades civiles (...) la tasa económica de retorno de los proyectos podría incrementarse en un 15%”³⁵⁸.

Esta posición no es del todo nueva. A mediados de los noventa, el Banco ya había realizado estudios que relacionaban la ejecución de los proyectos y el tema de los derechos. Se concluyó que existía un vínculo significativo entre los dos, en la medida en que las libertades civiles garantizan una fiscalización de la acción económica de los gobiernos y, por tanto, contribuyen a una mejor ejecución de los proyectos de inversión. Sin embargo, la relación aquí señalada concierne a las libertades y la eficiencia de la inversión y no a su posible vínculo con la democracia o el respeto *per se* de los derechos humanos³⁵⁹.

El segundo argumento que dio legitimidad a la nueva política del Banco en esta materia tiene que ver con la relación que se estableció entre derechos de primera generación y avances en materia de desarrollo. A partir de asociaciones estadísticas, se cruzó información de indicadores de derechos civiles y políticos con el comportamiento de variables como la mortalidad infantil y el ingreso per cápita. El resultado mostró que cuanto mayor sea el respeto de los derechos individuales, más podían ser los avances en materia de desarrollo social.

³⁵⁸ Vid. Kaufman, Daniel, *Human Rights and Governance. The Empirical Challenge*. Ponencia presentada en la Conferencia Human Rights and Development. Towards Mutual Reinforcement, convocada por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Nueva Cork, 1º de marzo de 2004.

³⁵⁹ Vid. Kaufman, Daniel *et al.*, “Civil Liberties and the Performance of Government Projects”, *The World Bank Review*, vol. 11, no. 2, 1997, pp. 219 y 223.

*Los progresos en los derechos humanos de segunda generación son dependientes de la realización de la primera generación de derechos humanos. En consecuencia, no puede haber justificación empírica para no darle prioridad a los derechos individuales*³⁶⁰.

A partir de estos planteamientos, el Banco empezó a sostener que, en la medida en que los derechos humanos tienen impactos de tipo económico, su intervención institucional en el área es completamente legítima. Con esta tesis el BM estaría rompiendo la tradicional concepción, según la cual la consideración de los derechos es un asunto político que está más allá de su ámbito natural de acción. En otros términos, se abrió la puerta a una intervención expresa en los asuntos de derecho humanos.

Dicha intervención se estructuró a partir de la construcción de diversos criterios de acción que hoy dan contenido a lo que podríamos delinear como la política oficial del BM en materia de derechos humanos:

1. El Banco Mundial debe considerar la situación de derechos humanos de un país dentro del proceso de otorgamiento de créditos. En concreto, debe tener en cuenta si la situación de éstos puede tener consecuencias económicas indeseables³⁶¹. Por tanto, según la opinión autorizada del vicepresidente legal del Banco, si existe una violación de los compromisos adquiridos en el marco del derecho internacional por un país, ésta debe ser tenida en cuenta para evaluar la viabilidad de un préstamo. De igual forma, si un país no se aviene a los procedimientos de, por ejemplo, participación y consulta social previstos para algunos proyectos por el mismo Banco, esto puede tener impacto en la viabilidad del crédito³⁶².
2. Los derechos humanos constituyen principios legales que deben ser tenidos en cuenta a la hora de proyectar el desarrollo, evaluarlo y

³⁶⁰ Vid. Kaufman, 2004, *op. cit.*, p. 22.

³⁶¹ Vid. Dañino, Roberto, *The Legal Aspects of the World Bank's Work on Human Rights*, Ponencia presentada en la Conferencia Human Rights and Development. Towards Mutual Reinforcement, convocada por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Nueva Cork, 1º de marzo de 2004, p. 17.

³⁶² Vid. Banco Mundial, *Legal Opinion on Human Rights and the Work of the World Bank*. Documento disponible en Internet: www.ifiwachnet.org. Sobre la política del Banco que establece procedimientos especiales respecto de los proyectos que pueden afectar a comunidades indígenas, vid. Banco Mundial, *Indigenous Peoples. The Updated Policy*. Disponible en Internet: www.worldbank.org

realizar intervenciones³⁶³. En particular, para la vicepresidenta legal, Ana Palacios, el entendimiento internacional de los derechos humanos debe guiar la manera de concebir los programas de gobernanza y de empoderamiento legal de los más pobres, aún cuando no se precisa de qué manera: “Desde la perspectiva del Banco, el marco internacional de los derechos humanos puede ayudar a informar una interpretación comprensiva del empoderamiento legal de los pobres que permita la reducción de la pobreza”³⁶⁴.

3. Los países miembros del Banco tienen obligaciones legales relacionadas con el cumplimiento de los derechos. El papel de la organización al respecto consiste en apoyar a los países en el cumplimiento de esas obligaciones a través de los instrumentos y áreas que le son propias. Así, por ejemplo, si un país quiere mejorar los niveles de cumplimiento de algún compromiso internacional en derechos humanos y esto tiene efectos de tipo económico, puede contar con el apoyo del Banco.
4. En la consideración de la situación de los derechos humanos de los países, el Banco debe tener en cuenta que no puede generar una “doble penalidad” sobre los mismos. En otros términos, si la situación de derechos humanos de un país no es la más deseable, esto no debe conllevar la suspensión de la colaboración del Banco puesto que ello implicaría un doble castigo sobre las personas más vulnerables que ya de por sí, están sufriendo atentados sobre sus derechos. Lo anterior tendría una sola excepción, a saber, cuando se esté en presencia de violaciones masivas y permanentes³⁶⁵.

³⁶³ Vid. Palacios, 2006, *op. cit.* La vicepresidenta legal se expresa allí en estos términos: “Segundo, hay una necesidad reconocer el papel de los derechos humanos como principios legales, que deben informar un amplio marco de actividades y que pueden enriquecer la calidad y racionalidad de las intervenciones, además de dar una base normativa con la cual evaluar las políticas y programas de desarrollo”. Vid Palacios, *op. cit.*, p. 3.

³⁶⁴ Para ello, el Banco ha lanzado lo que denomina un proceso de “cartografía de derechos humanos que procura comparar las actividades actuales del Banco Mundial con las disposiciones de los tres tratados esenciales sobre derechos humanos que constituyen la Carta Internacional y que nos permitirá determinar cómo podemos apoyar en forma más efectiva, con los instrumentos que contamos, los derechos humanos de una manera estratégicamente determinada”. Vid. Palacios, 2006, *op. cit.* p. 4.

³⁶⁵ “La aproximación delineada aquí requiere balance, moderación y compromiso. Por tanto, como institución de desarrollo, el Banco debe evitar imponer una doble ‘pena’ sobre el pueblo de los países miembros mediante el retiro de la asistencia que va a perjudicar a aquellos que ya están sufriendo los bajos niveles de respeto por los derechos”. Vid. Banco Mundial, 2006, *op. cit.*, p. 8.

5. El Banco Mundial no puede entenderse como un actor de presión para la regulación o el cumplimiento de los derechos (*enforcer*). Los obligados directamente son los Estados nacionales y algunos organismos pertenecientes a las Naciones Unidas. Por tanto, el BM no puede hacer uso de la condicionalidad para obtener la reglamentación o cumplimiento de determinados derechos por parte de un país³⁶⁶.

De la anterior presentación se pueden colegir varias conclusiones respecto del concepto de Estado de derecho y su relación con los derechos humanos. En primer lugar, como parte de la gobernanza de un país, la *rule of law* debe estar inspirada en los principios internacionales de derechos humanos. En segundo lugar, como se indicó en el anterior acápite, ciertos derechos de poblaciones vulnerables pueden formar parte de un concepto de Estado de derecho promovido por el Banco. Ahora, si bien éste puede delinear un modelo que incluya derechos, esto no significa que a través de sus préstamos pueda evaluar o presionar a los países para su debida reglamentación y cumplimiento. A lo sumo puede apoyar financieramente a aquellos países que consideren útil contar con el soporte financiero o técnico del Banco Mundial. Por tanto, en el peor de los casos y como ya ha ocurrido en el pasado, el Banco puede terminar prestando a países que no respetan adecuadamente los derechos humanos en razón de regímenes de derecho imperfectos o afectados por el clientelismo.

Esta posición del Banco de no utilizar todos los mecanismos a su alcance a favor del Estado de derecho y los derechos humanos, no es congruente con lo enunciado en el Marco Integral de Desarrollo. Como se afirmó antes, en éste se estableció que el desarrollo legal, asimilable al Estado de derecho, es el fin mismo del proceso de desarrollo. Por tanto, parecería lógico que se asumieran todos los medios institucionales existentes para garantizar el avance en los derechos humanos que le integran. Sin embargo, antes que el pretendido fin último del Banco, lo que ha primado es una interpretación a partir de sus restricciones políticas. Paradójicamente, estas últimas se han venido resquebrajando si se tiene en cuenta que buena parte de las supuestas limitaciones políticas hoy forman parte de la agenda institucional. Lamentablemente, un compromiso abierto con los

³⁶⁶ “En este sentido, los derechos humanos no pueden ser la base para aumentos en las condicionalidades, ni un obstáculo para el desembolso de los créditos”. Vid. Palacios, 2006, *op. cit.*, p. 4.

derechos humanos se considera más político que intervenir en reformas para luchar contra la corrupción o fortalecer el sistema judicial.

De otra parte, no se entiende por qué, si el Banco ha utilizado y sigue utilizando la condicionalidad para obtener cambios legales en materia económica, no lo hace respecto de los derechos humanos. Si bien la condicionalidad directa se ha morigerado desde hace algún tiempo en relación con los préstamos que caracterizan a los créditos para las reformas institucionales, en el pasado el Banco también ha introducido y sigue contando con mecanismos de presión relacionados con otro tipo de reformas legales. En particular, en la etapa de los programas de ajuste, el BM condicionó la realización o desembolso de los préstamos para el pago de la deuda a reformas legislativas en áreas como las telecomunicaciones, el sector energético, la competencia económica y las leyes de arbitraje comercial, entre otras³⁶⁷. A pesar de este antecedente y cuando hoy se acepta que el cumplimiento de los derechos humanos tiene efectos económicos, no se explica por qué razón el Banco no es coherente con su trayectoria de condicionar cambios que en el pasado han sido viables en determinadas áreas de intervención del Estado, pero hoy se consideran impertinentes en los temas de derechos humanos³⁶⁸.

Así pues, se vislumbra que el Banco ha dado un salto discursivo notable pero, en términos prácticos en lo que concierne al Estado de derecho, sigue concentrando su estrategia de acción en las reformas al poder judicial. Es en torno de ellas que vincula su preocupación por los nuevos temas, bajo la forma del acompañamiento y el apoyo:

El Estado de derecho está construido sobre las columnas de un sistema judicial eficiente y efectivo. Como los jueces son la clave para un sistema legal

³⁶⁷ Vid. Banco Mundial, 1995, *op. cit.* y Banco Mundial, 2002, *op. cit.*, p. 6.

³⁶⁸ Es importante reconocer que si bien el Banco no cuenta hoy con mecanismos formales de condicionalidad para presionar cambios legales o judiciales, informalmente sí lo hace. En efecto, la dinámica de créditos en el sector se basa en el paquete ofrecido por el Banco, el cual es el encargado de desarrollar los estudios que le permiten determinar las áreas de cooperación. Esta oferta de cambios es generalmente “comprada” por los países a cambio de los fondos provenientes del organismo. Weaver lo describe en los siguientes términos: “En mis entrevistas con miembros del Banco Mundial encontré que muchos de los programas de gobernanza son activamente vendidos a funcionarios públicos claves, que son identificados como los campeones públicos de las reformas. Las reformas de gobernanza son, por lo tanto, vistas como ‘dirigidas por la oferta’ antes que generadas o construidas por los deseos políticos domésticos”. Vid. Weaver, *op. cit.*, p. 44-45.

*efectivo, las actividades del Banco se concentran en la formación judicial, los códigos judiciales de conducta, la evaluación y el disciplinamiento, la selección y promoción [de los jueces]*³⁶⁹.

Sin embargo, lo novedoso de esta segunda fase es la ampliación de los ámbitos de acción. Como se muestra en el cuadro anexo 1, en principio se mantiene el interés por las reformas para mejorar la eficiencia y eficacia del sistema judicial, para lo cual los temas de gestión y soporte tecnológico para un mejor servicio siguen siendo privilegiados. De igual forma, los aspectos legales para permitir la independencia judicial son un espacio de vital apoyo para el BM³⁷⁰.

Las nuevas áreas, sin embargo, incluyen aspectos como proyectos para la mejora de la educación en derecho de los abogados, apoyo para la creación de servicios legales para poblaciones vulnerables³⁷¹, mejora de la transparencia judicial, —especialmente mediante la publicación de sus decisiones—, generación de mecanismos alternativos de solución de conflictos, inclusive aquellos como los relacionados con la justicia comunitaria o indígena³⁷². Una última área de reciente inclusión ha sido la reforma a la justicia penal, tema que en el pasado se consideraba un asunto político en el que el Banco no debía intervenir y en la actualidad está sujeto a la consideración de una nueva política³⁷³.

En lo que tiene que ver con el apoyo al avance en los derechos, éste se despliega en un espectro amplio de actividades. En relación con el tema de género, el Banco ha apoyado estudios para establecer los niveles de sesgos contra las mujeres en el interior de la administración de justicia. En igual sentido, ha financiado programas de asistencia legal para organizaciones sociales de mujeres pobres en Ecuador, Jordania y Sri Lanka. En el caso de los derechos de los niños, el BM ha generado una política

³⁶⁹ Vid, Banco Mundial, 2002, *op. cit.*, p. 20.

³⁷⁰ Al respecto, vid. Banco Mundial. *Major World Bank Judicial Reform Projects Approved*, agosto de 2004. Documento disponible en Internet: www.worldbank.org. Visitado el 12 de abril de 2006.

³⁷¹ El proyecto pionero en este sentido sería el realizado en Ecuador.

³⁷² En Guatemala se apoyaron proyectos relativos a formas de solución de conflictos de las comunidades indígenas. En Bolivia se realizó otro tanto con estudios sobre la justicia comunitaria que permitieran la creación de una ley para su relación con la justicia estatal. Vid. Banco Mundial, *Initatives in Legal and Judicial Reform*, Washington, 2002(c), p. 51.

³⁷³ Sobre este giro, ver el primer capítulo de esta tesis.

global que establece, entre otras cosas, que los proyectos que sean del caso deben cumplir con los mínimos requerimientos relativos a la prohibición del trabajo infantil. Por lo demás, ha realizado múltiples actividades de sensibilización sobre estos derechos. Finalmente, en relación con las poblaciones indígenas existe igualmente una política que establece los términos de interlocución y participación de estas comunidades respecto de proyectos financiados por el Banco. Con todo, en los temas del Estado de derecho, el apoyo ha sido brindado, ante todo, para promover el multilingüismo en el sistema de justicia y conocer y promover las formas propias de resolución de conflictos de las comunidades³⁷⁴.

Por tanto, resulta claro que la introducción del nuevo concepto de Estado de derecho por el Banco Mundial no ha variado de manera seria el tipo de intervención de sus proyectos. Éstos siguen centrados en la reforma judicial, aunque con nuevos temas, y en la realización de diversas actividades que pueden contribuir a un mayor respeto de ciertos derechos de las poblaciones vulnerables:

Además, el cambio de énfasis desde una versión instrumental a una intrínseca de Estado de derecho no necesariamente es correlativa con cambios en los proyectos. Mientras a este nivel la reforma legal y judicial permanece más o menos estable, la retórica se ha transformado, haciendo lucir a los proyectos mejor pero más por un mero cambio de lenguaje³⁷⁵.

2.2.8 El variante concepto de Estado de derecho en el Banco Mundial

Como parte del reconocimiento expreso del carácter político de su mandato, emprendido a inicios de la década de los noventa del pasado siglo, el Banco Mundial ha integrado en su agenda del desarrollo, proyectos de cooperación para fortalecer distintas visiones sobre el Estado de derecho. Éstos se iniciaron en América Latina y hoy se encuentran presentes en más de treinta países del mundo³⁷⁶.

La forma en que el Banco ha concebido la noción del Estado de derecho ha variado con el tiempo. En un primer momento, éste se aso-

³⁷⁴ Vid. Banco Mundial, 2002(c), *op. cit.*, pp. 49-50.

³⁷⁵ Vid. Santos, *op. cit.*, p. 266.

³⁷⁶ Para conocer algunos de estos países y el tipo de proyectos, vid anexo número 1.

ció a la existencia de un marco normativo claro, con procedimientos de cambio legal estables y, por sobre todo, capaz de limitar efectivamente la acción del Estado mediante un poder judicial fuerte. El objetivo de un ED así entendido era ofrecer estabilidad y consistencia de las reglas de juego de la economía, permitiendo a su vez una mayor credibilidad política e institucional, que se consideraba básica para atraer la inversión.

Si bien el sesgo formalista de esta definición era claro, para el Banco, las normas deberían incorporar un contenido básico: el reconocimiento y respeto de los derechos de propiedad. Por tanto, es posible afirmar que en ese momento esta IFI tenía una aproximación al Estado de derecho centrada en las limitaciones formales y la división de poderes, mas no vinculaba el contenido de las normas al respeto de un marco de derechos, salvo, claro está, los relativos a la propiedad.

En otro sentido, durante este período, el origen democrático del Estado de derecho no fue tenido en cuenta. Por el contrario, se defendió que la división de poderes podía ser un mecanismo para evitar que el poder legislativo modificara aspectos centrales de la política económica. Se puede plantear entonces, que a inicios de los noventa el Banco concibió un ED en cuanto conjunto de límites cuyo fin era restringir expresiones democráticas contrarias al modelo económico promovido en este período.

A mediados de los noventa, el Banco emprendió un proceso de reajuste de su definición del Estado de derecho. En primer lugar, éste empezó a ser considerado como un elemento constitutivo del desarrollo y, por tanto, se le atribuyó un valor propio al margen de su impacto en el crecimiento. En otras palabras, el Estado de derecho se definió como un fin en sí mismo que forma parte de una noción integral de desarrollo.

En relación con su contenido, el ED se asoció a la existencia de un marco normativo que sujetara la acción del Estado, garantizando, entre otros, la igualdad ante la ley, el acceso a la justicia y el respeto de la dignidad humana, especialmente de los sectores más vulnerables. Esta segunda noción, por tanto, integró, en principio, una preocupación por el contenido de la normatividad, la cual debe respetar los derechos a la igualdad, el acceso a la justicia y los que podrían relacionarse con la dignidad personal.

No obstante, esta concepción está sujeta a la manera como el Banco entiende su papel en relación con los derechos humanos. Al respecto, de acuerdo con los últimos pronunciamientos oficiales, para el BM, estos derechos han dejado de ser considerados como asuntos políticos y, por tanto, puede intervenir en ellos. Con todo, su acción está limitada por las constricciones políticas indicadas en el primer capítulo. De esta forma, aunque el Banco considera que el derecho internacional de los derechos humanos puede ser un referente para sus programas y proyectos y, en determinadas condiciones oprobiosas, constituirse en un factor que justifique negar un crédito, también plantea que su papel no consiste en garantizar o condicionar políticas para el avance en materia de derechos.

Con esta declaración, el Banco sigue manteniendo una posición bastante cautelosa que afecta su nueva comprensión del Estado de derecho. Si bien hoy admite una noción más sustancial del mismo, el compromiso que asume a favor de su realización no puede conllevar el uso de instrumentos tradicionales como la condicionalidad. Por tanto, el BM no puede exigir a un Estado miembro avances serios a favor del Estado de derecho. Lo máximo que puede hacer es colaborar con los países para introducir cambios que permitan mejoras en el respeto de los derechos.

Esta nueva posición del Banco, sin embargo, contradice su tradición y enfoque. Con respecto a lo primero, no queda claro por qué si en el pasado se condicionó la introducción de reformas legales y judiciales, como ocurrió en los años ochenta, ahora, cuando se habla de derechos, no se mantiene una posición similar. En relación con lo segundo, seguir supeditando el papel del Banco a un mero acompañante de los países para la realización de los derechos, contradice palmariamente su declaración, según la cual el Estado de derecho es un fin que hace parte de la noción del desarrollo. Paradójicamente, el Banco parece no integrar de manera plena su propio discurso; de acuerdo con el cual el desarrollo económico es algo más que crecimiento económico.

Si se considera todo lo anterior, resulta claro que el BM ha construido una noción de Estado de derecho ajustada a sus objetivos institucionales y a sus cambios internos, pero que no es del todo coherente con la forma en que este concepto se ha erigido normativamente desde el ámbito del derecho. Como se explicitó en la primera parte de este capítulo, hablar

hoy de un Estado sujeto al derecho implica reconocer el papel simultáneo de un conjunto de limitaciones dirigidas al poder político, con el fin de hacer posible la libertad y una democracia constitucional. El eje central de este concepto es el respeto de los derechos. Desde esta perspectiva, sin embargo, es posible identificar varias formas en que la lectura del Banco se aparta notablemente de este eje:

1. En la primera concepción, decantada desde inicios de los noventa, el Banco entendió la división de poderes y la independencia judicial en clave estrictamente económica y antidemocrática. Como se planteó, la expectativa de este organismo era la de ayudar a construir un poder judicial fuerte capaz de actuar en contra de todas aquellas acciones políticas que buscaran modificar el marco constitucional o legal que había permitido la implantación del modelo económico de mercado. Con esto se trataba de proteger, ante todo, la libertad económica y los derechos de propiedad. En estos términos, no existía mayor preocupación por otros derechos y mucho menos por la libertad en un sentido integral como lo ha venido planteando buena parte de la reflexión contemporánea sobre el papel del Estado de derecho.
2. De acuerdo con su segunda aproximación conceptual al ED, el Banco ha introducido el tema de los derechos, especialmente relacionados con poblaciones vulnerables. Si bien la creación de categorías para estas poblaciones constituye un avance, es, con todo, insuficiente. Desde hace ya varios años, el BM ha tratado de caracterizar al ED como un mecanismo para focalizar la lucha contra la pobreza en aquellos sectores en situación más crítica. Su posicionamiento en la agenda de desarrollo ha sido una manera de romper con el principio de universalidad que orientó formalmente la acción del Estado desarrollista en los años sesenta y setenta. Este cuestionamiento de la universalidad es crítico para la conceptualización del Estado de derecho si se tiene en cuenta que el goce de todos los derechos, para toda la población, es una obligación casi automática del imperio de la constitución y la ley y la igualdad formal y material frente a ella. La focalización pretendida por el Banco puede ser coherente con sus políticas de lucha contra la pobreza y, en términos pragmáticos, puede constituir un criterio útil para su implantación progresiva, pero no lo es respecto de una noción normativa de Estado de derecho como la aquí defendida.

3. El gran vacío de las dos nociones de Estado de derecho antes identificadas radica en la casi nula referencia a su relación con la democracia. En ninguna de las concepciones se menciona la necesidad del origen democrático de las leyes. Ello se puede entender por dos razones. En primer lugar, el BM parte de que las normas correctas son las que mejor se acomodan a los fines explicitados por el él mismo y que son producto de su asistencia técnica o su condicionalidad. Por otra parte, como se vio cuando se habló del tema de la credibilidad regulatoria, el Banco teme que los poderes de origen democrático vehiculen proyectos antimercado. En suma, las mejores leyes no son las producidas como resultado de la soberanía popular sino las que mejor responden a un modelo de desarrollo considerado como superior. De este modo, el Banco rompe con toda la tradición contemporánea que ha ligado de manera indisoluble al Estado de derecho con la democracia.

Al margen de su aproximación conceptual en torno del Estado de derecho, el BM ha mantenido una clara línea de apoyo a la reforma de los sistemas de justicia. La posición del organismo es que la existencia de aquél depende ante todo de un poder judicial más fuerte. Lo que sí ha variado son las temáticas de acción apoyadas por la institución. En efecto, mientras que en sus inicios la eficacia y la independencia judicial fueron el eje de atención, a comienzos de la primera década del 2000 se han apoyado distintos proyectos de acceso a la justicia, tratamiento de las mujeres por la administración de justicia, reformas al sistema penal, etc.

Finalmente, la construcción conceptual y la generación de programas de cooperación en torno al Estado de derecho se han sustentado en dos premisas que el Banco ha defendido como centrales a la hora de considerar su legitimidad para actuar en este campo. La primera de ellas es el carácter técnico y apolítico de su cooperación. Como se ha mencionado con anterioridad, tal fundamento es profundamente cuestionable. Como se vio en el primer capítulo, el Banco no sólo ha reconocido tener un nuevo papel en la política de los Estados, sino que, desde el momento mismo en que vincula el Estado de derecho a su agenda, se introduce en la dinámica política de los países, pues, como se indicó en el primer acápite, éste se refiere a la manera de controlar el poder del Estado o, en otros términos, de enmarcar y limitar la política de un país.

Lo anterior resulta aún más claro si se considera la función que adquiere aquí el Estado de derecho como proveedor de credibilidad. Éste ha sido cuestionado por su claro carácter político, pero también por sus efectos antidemocráticos. Es así como:

“La aplicación de la teoría de la credibilidad a las reformas políticas e institucionales en las economías emergentes tiene sustanciales efectos anti-democráticos”^{377, 378}.

Esta sección sobre el Estado de derecho debe ser claramente entendida (...) es importante reconocer que bajo el canon neoliberal, el Estado de derecho no implica el derecho de los ciudadanos a promover legislación a través de sus propias instituciones democráticas (...) Antes que ello, se trata de limitar el ámbito de acción del Estado a través de mecanismos de cierre³⁷⁹.

El segundo gran argumento de legitimidad sostiene que el Banco puede intervenir en la construcción del Estado de derecho de los países prestamistas en razón de los vínculos que éste tiene con el crecimiento. Como se vio en el primer capítulo de la presente tesis, el giro que ha conllevado reconocer de manera más clara el carácter político del mandato del Banco Mundial se ha fundado en la idea según la cual los nuevos temas como el Estado de derecho, la lucha contra la corrupción, los derechos humanos etc., son parte de su tarea institucional en la medida en que tienen efectos probables sobre el crecimiento económico.

En otros términos, el BM ha defendido que la razón única y fundamental por la cual su implicación en los temas legales y judiciales no es puramente política, es que ésta tiene efectos probados a favor del desarrollo

³⁷⁷ Vid. Grabel, *op. cit.*, pp. 2 y 17. Esta autora también cuestiona el carácter circular y tautológico de la teoría de la credibilidad y la dificultad de sostener empíricamente sus conclusiones, en cuanto, *ex post facto*, siempre es posible aducir que los inversores no comprometen su capital por falta de certidumbre institucional.

³⁷⁸ En palabras de los mismos valedores de este discurso: “La evidencia empírica permite sostener que el principio de mayoría solo, es insuficiente para el crecimiento económico y que el mecanismo democrático no garantiza una salida a la trampa del no crecimiento” Vid. Moser, 2000, *op. cit.*, p. 2.

³⁷⁹ Vid. Hildyard, Nicholas y Wilks, Alex, “An Effective State? But Effective for Whom?”, *IDS Bulletin*, vol, 29, no. 2, 1998, p. 51.

económico: “Cualquier reforma legal y judicial apoyada por el Banco debe demostrar un vínculo obvio y directo con el desarrollo económico”³⁸⁰.

En el siguiente capítulo se sostendrá que este argumento central propuesto por el Banco no cuenta con los fundamentos conceptuales, históricos y empíricos adecuados. Como consecuencia de tal posición se mostrará que la intervención del BM en los temas del Estado de derecho no tiene un sustento económico claro y, por tanto, es ante todo una intervención de tipo político.

³⁸⁰ Citado en Weaver, *op. cit.*, p. 28.