

**LA MANO VISIBLE
DEL MERCADO
Derecho y economía**

Esta publicación es posible gracias al auspicio de Novib y Diakonía

Bogotá, Colombia, agosto de 2000
© ILSA- Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos
Calle 38 N° 16-45, Bogotá, Colombia
Tels.: 2455955, 2884772, 2884437
Fax: 2884854
Correo electrónico: silsa@col1.telecom.com.co
Página web: www.ilsa.org.co

Edición: Olga Lucía Pérez
Preparación editorial: Alejandro Rojas
Carátula: Marcela Otero
Impresión: Dupligráficas

CONTENIDO

Presentación	7
Economía y derecho: en el cruce de dos épocas	11
JOSÉ EDUARDO FARÍA	
El Banco Mundial y su análisis del derecho y el poder judicial ¿De qué Estado de derecho nos habla el Banco Mundial? 1992-1998	47
GERMÁN BURGOS	
Construyendo sobre arenas movedizas El derrumbamiento del proyecto del Banco Mundial sobre la reforma judicial en Perú	97
JEFF CLARK-COMITÉ DE ABOGADOS PARA LOS DERECHOS HUMANOS	
Chile: derecho y economía en la Constitución de 1980	129
CARL J. BAUER	
Una herramienta para la democratización de la justicia	159
JORGE CARVAJAL	
Reforma judicial en América Latina y el Caribe Bibliografía publicada en EEUU en los 90	167
LUIS CARLOS ARENAS	

Presentación

Durante su existencia, ILSA ha impulsado la producción y aplicación del derecho, entendiendo que esta tarea le permite aportar en la construcción de sociedades más justas en el ámbito latinoamericano.

Del estudio de las formas de ejercicio del derecho en las décadas del 70 y 80 en la región, se pudo tipificar un conjunto de abogados que ponían su empeño en apuntalar las demandas de justicia y reivindicación de derechos que hicieron los sectores excluidos de la población. Interesó en ese entonces promover lecturas desde la normatividad oficial, en el sentido de los instrumentos que reconocían sujetos sociales como las mujeres, los niños y las minorías étnicas, hasta entonces englobados en categorías incluyentes.

La interpretación emancipatoria de las normas como ejercicio del poder judicial fue otro de los temas que ocupó estas páginas. Ese ejercicio alternativo de la judicatura, cuya expresión más fuerte se conoció en los llamados Jueces Gauchos, unido a la propuesta por parte de las fuerzas sociales de nuevos derechos sirvió de excusa para preguntarnos por el impacto que habían tenido movimientos como éste en la administración de justicia.

Y nos lo preguntamos porque una parte significativa de la nueva tendencia constitucional de las últimas dos décadas tuvo como objeto asegurar cambios en los sistemas de enjuiciamiento y en la administración de justicia. Previamente se realizaron evaluaciones, y todavía abundan, las cuales señalaron que la inequidad también era un rasgo del sistema judicial. Esa inequidad se manifiesta en la falta de recursos de la mayoría de la población para acceder a la justicia, recursos que comprenden la falta de conocimiento de los derechos y los gastos en la parafernalia del aparato mismo. Asimismo, esas evaluaciones arrojaron como dato negativo la congestión de los despachos, la lentitud de los procedimientos y algunos rasgos de corrupción achacados a lo engorroso de los trámites, situación que la favorecía.

Por ello las reformas que se plantearon, financiadas por la cooperación internacional a través de donaciones y de préstamos de la banca multilateral, trataron de atacar los mayores nudos de que adolecía el sistema. Se trató de mejorar la eficiencia, por medio de altas inversiones, aunque no suficientes para modernizar los despachos e informatizar los procesos; la calidad a través de una mayor capacitación de los funcionarios y elevando sus ingresos; se reformaron las altas cortes y se crearon otras instancias de control constitucional con el ánimo de separar y optimizar las funciones. El Ministerio Público se robusteció y se crearon defensores del pueblo, como una medida para mejorar el acceso a la justicia y en muchos casos como encargado de llevar la personería de aquellos intereses colectivos que también fueron incluidos en los nuevos órdenes constitucionales.

Se adoptaron mecanismos alternativos de resolución de conflictos, muchos de ellos provenientes de un derecho y unas formas judiciales alternativas, creados por las comunidades. De esa manera el Estado incorpora, sin hacer un reconocimiento expreso, muchas de las tramitaciones de conflictos sociales a universos más extensos.

Con este número de la revista *El Otro Derecho* esperamos continuar aportando a la discusión sobre las causas y los intereses que se ventilan en los proyectos de administración de justicia, si los hondos conflictos sociales existentes en la región son objeto de las preocupaciones de esa nueva administración de justicia y si los reclamos de los sectores excluidos encuentran mayor receptividad.

En una primera aproximación, el profesor Eduardo Faría recuerda que los procesos globales no son nuevos pero que lo diferente en esta nueva etapa es la velocidad y la profundidad de los cambios financieros, tecnológicos, comerciales e institucionales que se produjeron en los últimos años. La volatilidad financiera hizo que los capitales recorrieran el mundo sin tener en cuenta fronteras y sin que el control territorial pudiera imponerse. El Estado tuvo que reacomodarse a esa nueva realidad económica y el derecho por supuesto sufrió grandes variaciones. El autor comparte con nosotros temas como los desafíos y los cambios sufridos por categorías tales como soberanía, legalidad, jerarquía de leyes, derechos subjetivos y ciudadanía. En "Economía y derecho en el cruce dos épocas", el profesor Faría presenta un punto de cruce entre dos modelos económicos y los rasgos jurídicos de cada uno de ellos. Del modelo estatal centralista, proveniente de la segunda mitad del siglo, en el cual el Estado a la vez que era por sí mismo un agente financiero, productor y comercial, y que regulaba el mercado, se pasa a una economía de mercado global que requiere una desregulación y un cambio en las relaciones con el Estado.

Ese cruce entre dos concepciones del modelo jurídico es revisado desde tres puntos de vista: la ingobernabilidad e ineficacia jurídica del sistema intervencionista, el paso de la consecuente inflación legislativa al trilema regulativo, y del Estado-Nación a la economía-mundo. Basado en un esquema

de evolución de la regulación jurídica, el autor enfrenta las dos eras según el objeto, los agentes, el eje central, el espacio, el modo y el tipo de regulación, con el resultado final que nos indica que no es cierto que el Estado-Nación no tenga una función reguladora fuerte en esta nueva época sino que su función se ha tornado más compartida con los agentes privados y sólo para aquellos casos en que se le necesita. A la globalización se apela cuando se pretende imponer el derecho de las grandes transnacionales pero se reserva incluso el uso unilateral de algunas normas cuando un Estado fuerte quiere garantizar la eficacia de las normas privadas.

Una segunda perspectiva es la del profesor Germán Burgos, presentada en su artículo "El Banco Mundial y su análisis del derecho y el poder judicial: ¿de qué Estado de derecho nos habla el Banco Mundial? 1992-1998" El tema de las reformas judiciales y los cambios y adaptaciones legales se ha incrementado en los últimos años en las agendas de la banca multilateral de desarrollo, como parte de una política permanente. Esa agenda rebasa lo económico y se adentra en el plano de lo político.

Esas reformas se realizan en la mayoría de los casos en países en desarrollo, a los cuales se aplican modelos ensayados para otro tipo de sociedades y no están sujetas a una libre decisión sino que se imponen como parte de los paquetes económicos o como condición para aprobarlos. Otro elemento que el autor introduce es la tensión entre el espacio nacional aislado y las fuerzas transnacionales, en las cuales actúan agentes públicos y privados. El trabajo pretende responder algunos interrogantes sobre las concepciones de derecho y reforma legal que maneja el BM. El tipo de financiación se transforma y se pasa de proyectos aislados a financiar programas, los cuales soportan un determinado modelo de desarrollo y, consecuentemente, esto aumenta la condicionalidad. El BM anima el fortalecimiento del sector privado y la disminución de la función intervencionista del Estado, se le concibe no en calidad de agente de crecimiento sino como socio y catalizador de los procesos.

La ampliación de la agenda del BM trae como consecuencia su adentramiento en los campos legal y jurídico, los cuales son objeto de una periodización por parte del autor, para denotar su evolución. Para esta nueva agenda, los grandes problemas se centran en aquellos aspectos que despejan el camino para la libre inversión y el libre tránsito de los capitales: eliminación de las barreras, reformas a la legislación laboral con el objeto de rebajar los costos de operación, y aseguramiento de leyes adecuadas para la propiedad incluyendo muy fuertemente la propiedad intelectual y las medidas antimonopólicas.

La crisis de la justicia es leída por el BM como constreñidora de la iniciativa individual y, por lo tanto, se trata de dar una mayor agilidad, transparencia y asegurar menores costos a la actividad económica.

El Comité de Abogados por los Derechos Humanos, con la autoría de Jeffrey A. Clark, analiza los antecedentes establecidos por la posición

del Banco Mundial al aceptar que el gobierno peruano revocara un préstamo destinado a la reforma judicial. Generalmente se aduce por parte de la banca un acatamiento pleno al concepto de la soberanía del país sobre sus decisiones y en este caso, formalmente se canceló el desembolso por parte del Gobierno, pero en realidad el estudio nos muestra que esa actitud del banco obedeció a las serias dudas que les suscitaba la recortada independencia del poder judicial frente a las continuas modificaciones que lo sujetaban cada vez más a la voluntad del ejecutivo. Por tratarse de un buen ejemplo de cómo las instituciones financieras podrían, si así lo quieren, incidir sobre conductas distorsionadas de manejo del poder, consideramos de gran utilidad este estudio de caso.

Un cuarto aspecto es el análisis que el profesor Carl J. Bauer realiza en “Chile: derecho y economía en la constitución de 1980”, refiriéndose a los cambios ocurridos en Chile. El asunto se asume con mayor interés por tratarse de la economía de mercado paradigmática en el área latinoamericana. Esta nueva carta fundacional del modelo chileno privilegia aquella institucionalidad que asegure un libre flujo del capital y del mercado, así como la garantía para la propiedad y la empresa privada, al mismo tiempo que constriñe la capacidad ordenadora del Estado. Un rasgo notorio es la separación de los poderes para entronizar la tecnocracia y una disminución de la soberanía y la participación popular, asunto que no nos extraña pues desde la asunción de los militares se consiguió la temporal disolución de las organizaciones sociales. Su régimen fue avalado, o por lo menos no interpelado, por la mayoría del poder judicial.

El autor destaca la primacía del poder judicial sobre los otros poderes, a través de creación o reforzamiento del Tribunal Constitucional, el Consejo de Seguridad Nacional. Se privilegia la protección de la propiedad privada y la resolución rápida de los conflictos en los cuales ésta se vea afectada. La utilización del recurso de protección puede ser interpretada como un reto para la formulación de políticas públicas, por cuanto las decisiones del Gobierno pueden ser revisadas de manera permanente a través de este mecanismo. Aunque no podría decirse que la constitución chilena contiene todos los aspectos de las reformas judiciales, sí se puede concluir que en lo fundamental dota al Estado de herramientas para asegurar el modelo económico que impulsa.

En la última parte, el Programa de Justicia de ILSA pone a disposición de los lectores información sobre el boletín “Justicia y Derecho”, y la lista de discusión electrónica que anima, así como una bibliografía sobre reformas a la administración de justicia, con el ánimo de contribuir a su democratización.

Economía y derecho: en el cruce de dos épocas^{*}

JOSÉ EDUARDO FARÍA^{**}

Polarizados por el advenimiento de la “sociedad informacional”, por la aparición del paradigma de la “especialización flexible de la producción” y por la conversión de las decisiones de inversión del sistema financiero internacional y de las formas de actuación de las corporaciones transnacionales en un poder de hecho contrapuesto a la soberanía formal de los Estados-Nación –demostrando así la capacidad de respuesta del capitalismo a la crisis del patrón monetario y a los choques del petróleo–, los años noventa representan el periodo histórico de entrecruzamiento entre dos eras económicas.

Una de estas dos eras es la de la posguerra, caracterizada por la planeación estatal, la intervención gubernamental, las innovaciones conceptuales y pragmáticas en materia de regulación de mercados, la utilización del derecho como instrumento de control, gestión y dirección; por la participación directa del sector público como agente financiero, productor y distribuidor y por políticas sociales formuladas con el propósito de afirmar bases mínimas de igualdad a partir de las cuales habría espacio para una libre competencia.

La otra era es la de la economía globalizada que se afirma a partir de la reanudación de los flujos privados de acumulación de capital y está progresivamente marcada por la falta de regulación de los mercados, por la “financierización” del capital, por la extinción de los monopolios estatales, por la privatización de las empresas públicas, por la ausencia de territorialidad de la producción y por una nueva división social del trabajo.

* Traducción: Ana María Urbina.

** Profesor asociado del Departamento de Filosofía y Teoría General del Derecho de la Universidad de São Paulo (USP), investigador del Centro de Estudios Derecho y Sociedad (Cediso) y autor de *Derecho y economía en la democratización brasileña. La crisis del derecho en una sociedad que cambia* y *Globalización económica y derecho*.

Una de las facetas más importantes de la nueva era es la enorme dependencia del crecimiento geométrico de las tasas de innovación tecnológica para afirmar la continuidad o manutención de las ganancias de la productividad y sustentar el nivel de actividad.

Las sucesivas faltas decisorias de funcionamiento, operacionales y efectivas en el ámbito de los Estados-Nación traducen los momentos finales de la era actual. Como se sabe ésta surgió en los años treinta con el New Deal rooseveltiano, se expandió en la segunda mitad de los años cuarenta con los esfuerzos de reconstrucción, recuperación y crecimiento en el Pacífico y en la Europa Occidental, patrocinados por el plan Marshall y emprendidos con carácter complementario a los esquemas de seguridad política y militar constituidos bajo la égida de la *Pax Americana*. La era llegó a su apogeo en las décadas de los cincuenta y sesenta con unos expresivos niveles de producción, consumo, productividad y salarios, produciendo un ambiente económico internacional muy favorable para las políticas de desarrollo industrial y para los programas de bienestar, estos últimos fundados en la aspiración de realizar los valores de la *libertad* y la *igualdad*, la *certeza jurídica* y la *solidaridad*, considerados antinómicos en los tiempos del Estado liberal clásico.

CUADRO 1
PAÍSES DE LA OECD
TASAS MEDIAS DE CRECIMIENTO

	1950-60	1960-70	1970-80	1980-85
Bélgica	2.9	4.9	3.2	0.7
Canadá	3.9	5.0	4.0	2.4
Dinamarca	3.3	4.8	2.3	2.4
Francia	4.4	5.8	3.6	1.1
Alemania Occidental	7.6	4.8	2.9	1.3
Italia	5.9	5.7	3.0	0.8
Japón	n.a.	11.0	4.9	3.8
Holanda	4.9	5.1	3.4	0.7
Noruega	3.5	5.0	4.6	3.3
Suecia	3.3	4.4	1.9	2.0
Suiza	5.1	4.6	1.2	1.2
Reino Unido	2.6	2.8	1.9	2.0
Estados Unidos	3.2	4.0	3.0	2.5

Fuente: Jeremy Mitchell, "The nature and government of the global economy", en *Global Politics, Globalization and the Nation-State*, pág. 179.

Empero, a partir de los años setenta con la creciente inestabilidad de las principales variables macroeconómicas, esa era pasó a caracterizarse por la drástica reducción de su ritmo de crecimiento (lo cual está ilustrado en el cuadro 1). Y en los años ochenta pasó a mostrar una progresiva incapacidad tanto para planear racionalmente su intervención en el proceso de cambio social como para producir respuestas a un mismo tiempo eficientes y sistemáticamente coherentes con el conjunto disperso y contradictorio de tensiones, conflictos y solicitudes producido por los desdoblamientos de la desorganización monetaria y de los dos choques energéticos. Así, en un corto espacio de cuatro décadas, la ascensión y la decadencia del intervencionismo estatal retratan la trayectoria de esa era.

Ingovernabilidad sistémica e ineficacia jurídica: los problemas del derecho en la era económica keynesiana

El Estado tenía como propósito básico formular, organizar y ejecutar políticas macroeconómicas para la expansión capitalista, en la fase de ascensión alimentada por el sistema de relaciones comerciales, monetarias, cambiarias y financieras. Dicho sistema nació de las propuestas de inspiración keynesiana, consustancial en el acuerdo de Bretton Woods de agosto de 1944 y fue organizado en el plano internacional por los diferentes organismos multilaterales –Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, Organización Europea de Cooperación Económica (después convertida en la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico), Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio (GATT), etc.– resultantes de él.

Embistiendo contra el pensamiento económico convencional, postulando la incapacidad de los mercados para corregir la subutilización de los recursos productivos y el desempleo, y defendiendo la ampliación de los poderes de los bancos centrales con el propósito de dotarlos de controles más efectivos sobre las tasas de interés, Keynes argumentaba que en el ámbito de una economía capitalista dotada de instituciones financieras capaces de crear poder de compra más allá de las disponibilidades corrientes, no sería necesaria la existencia de un ahorro previo para que las inversiones se hicieran efectivas.

Keynes afirmaba que las inversiones dependerían solamente de las expectativas de ganancia de los empresarios y de la disposición de los gestores de las finanzas para creer en la corrección de aquellos estimativos y adelantar el dinero suficiente para la adquisición de máquinas, edificación de instalaciones y la contratación de trabajadores. De este modo, el análisis de keynesiano promueve una inversión en las relaciones de determinación entre ahorro e inversión. Son las variaciones en la inversión, que expresan una mayor o menor confianza de los empresarios en la consecución de mayores ganancias, las que provocan variaciones en el nivel de la renta

y del consumo, restando al ahorro y dejándolo como un *residuo* que se ajusta pasivamente.

Basándose en ese tipo de análisis, las políticas macroeconómicas de inspiración keynesiana partían del presupuesto de que las épocas de recesión –como la gran depresión de los años veinte– resultaban de la falta de inversiones privadas para absorber los ahorros que serían generados con pleno empleo. Como solución proponían el aumento de la inversión pública en períodos recesivos, mediante la creación de nuevos desembolsos financiados por medio de empréstitos y la manipulación de las tasas de interés.

Subyacente a esas políticas había la creencia de que, dada la incapacidad del *laissez-faire* para propiciar automática y naturalmente el equilibrio en la adecuación eficiente de recursos escasos, cabría al gobierno estimular la plena ocupación de la mano de obra formulando estrategias de “inducción a la inversión”, organizando políticas destinadas a elevar la “eficiencia marginal del capital”, ejecutando programas de estímulo o desestímulo a la “propensión al consumo” (y en consecuencia a la “propensión al ahorro”), adoptando políticas fiscales compensatorias que derrumbaban así la prescripción ortodoxa según la cual el presupuesto público debería mantenerse vigorosamente equilibrado.

Justamente por esto, hablando en lenguaje weberiano, es que el Estado intervencionista de la posguerra está lejos de ser aquella asociación “ordenadora” típica del Estado de derecho clásico que tenía la legitimidad del ejercicio del monopolio de la violencia y del uso de la coacción jurídica (renunciando en contrapartida a intervenir en el campo económico), volviéndose una asociación eminentemente “reguladora” en la perspectiva de un Estado *social de Derecho*¹.

El Estado keynesiano valiéndose en su gestión macroeconómica de los instrumentos fiscales, de las tasas de interés, de la oferta de crédito y de los gastos públicos para incrementar el consumo y estimular el crecimiento, no se limitó a restablecer el equilibrio en las transferencias bilate-

1 Cf. Max Weber, *Economía y sociedad*, *op. cit.*, 1977, pág. 155 y siguientes. El contexto de esta era económica, especialmente en los períodos de reconstrucción hacia finales de los años cuarenta y comienzo de los cincuenta, de crecimiento y estabilidad bajo la hegemonía norteamericana, la efectividad del sistema institucional de Bretton Woods (años 50-70) y el comienzo de su declive (años setenta en adelante) es importante para explicar mejor la naturaleza, el carácter, la dimensión y el alcance del Estado intervencionista, y de su instrumental jurídico que empero escapa a los objetivos de este trabajo. En este sentido remito al lector a cinco textos importantes: Micá Panié, “The Bretton Woods System: concept and practice”, en *Managing the Global Economy*, *op. cit.*; Richard Bessel, “The international economic order between the wars” y Jeremy Mitchell, “The nature and government of the global economy”, ambos en *Global Politics, Globalization and the Nation-State*, *op. cit.*; Robert Heilbroner y William Milberg, *The crisis of vision in modern economic thought*, *op. cit.*, especialmente el capítulo tres, “The keynesian consensus” y Luiz Gonzaga Belluzzo, “El declive de Bretton Woods y la emergencia de los mercados globalizados”, en *Economía y Sociedad* No. 4, Campinas, Instituto de Economía de la Unicamp, 1995.

rales de recursos, poniendo fin a los factores que acarrearaban transferencias unilaterales, pues venían sometiendo al capitalismo a crisis cíclicas. Este Estado también hizo viable la acumulación privada, sustentando inversiones productivas que redujeron drásticamente los niveles del desempleo, conjugando el aumento real de los salarios con el aumento de las rentas y las ganancias, garantizando acuerdos para el aumento de la productividad y convirtiendo las políticas sociales y “redistributivistas” en un factor de prolongación del mercado y de la administración de la demanda agregada. Además cumplió la función legitimadora de garantizar la identidad normativamente establecida de la sociedad industrial.

En el ámbito jurídico esa función llevó, por ejemplo, a la reglamentación de las relaciones de trabajo; mientras que en el campo político orientó la acción gubernamental dirigida a identificar los focos de tensión, neutralizándolos por medio de programas de educación básica, salud, vivienda popular, seguridad social, entrenamiento profesional y salario-desempleo para los asalariados y, de soporte financiero y apoyo tecnológico para el empresariado, asegurándole de esta manera las condiciones necesarias para la ampliación de su productividad y para el aumento de su competitividad.

Al final, en el área institucional propició una intervención continua y creciente en las relaciones sociales lo que, por un lado, traduce el aumento de la discrecionalidad del Ejecutivo (puesto en el vértice de las funciones de gobierno en detrimento del control recíproco de los poderes sobresalientes en la época del Estado liberal) y, por otro, revela la naturaleza “incremental” o “promocional” del derecho positivo a su disposición².

De esta manera, al contraponer las tasas expresivas de crecimiento económico y los programas de bienestar a las incertidumbres, dilemas, crisis y guerras de los conturbados años veinte y de los sombríos años treinta, cuando las instituciones democrático-representativas liberales sufrieron la confluencia del éxito temporal de las diferentes formas de fascismo, y “retribuyendo” proporcionalmente más al trabajo que al capital con su pauta distributiva, las políticas de inspiración keynesiana propiciaron el adveni-

2 Para un examen de las implicaciones sociales y políticas del “incremento jurídico» ver David Trubek, “Law, planning and development of the Brazilian capital market”, en *Yale Law Journal* No. 3, New Haven, 1971. y “Toward a Social Theory of Law: an essay on the study of law and development”, en *Yale Law Journal* vol. 4, New Haven, 1972; Marc Galanter, “Why the heavens come out ahead: on the limits of legal change”, en *Law and Society Review* No. 9, Denver, 1974; Robert Seidman, “Law and development: a general model”, en *Law and Society Review* vol. 6, Denver, 1972; Harrel Rogers, “Law as an instrument of public policy”, en *American Journal of Political Science* No. 14, 1971; John Griffiths, “Is law important?”, en *New York University Law Review* No. 54, New York, 1978 y Vital Moreira, “Economía y constitución: para un concepto de Constitución Económica”, *op. cit.* Para un análisis del uso promocional del derecho ver Norberto Bobbio, *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Comunità, 1977 y José Eduardo Faria, *Derecho, modernización y autoritarismo: cambio socioeconómico vs. liberalismo jurídico*, São Paulo, Departamento de Filosofía y Teoría General del Derecho, Universidad de São Paulo, 1981.

miento de un “círculo virtuoso” entre el aumento de los salarios reales, la subida de la productividad y la reducción de las distancias sociales.

Así fue como lograron crear un clima político y social de mucha confianza en esas formas estatales de regulación, control, gestión, dirección y planeación, especialmente entre las décadas de los cincuenta y sesenta. Gracias a estas políticas, el Estado intervencionista disponía por un lado de condiciones para atenuar tensiones, neutralizar presiones y bloquear eventuales amenazas a la legitimidad institucional, y, por otro, contaba con la flexibilidad decisoria necesaria para estimular, promover, disciplinar y regular el crecimiento así como para enfrentar los riesgos de inestabilidad coyuntural o estructural, pudiendo de esta manera preservar el proceso económico de problemas disfuncionales.

Sin embargo, a partir de los choques energéticos, de la inestabilidad monetaria y de la crisis financiera de los años setenta, tanto esas amenazas como esos riesgos ocurrieron a un ritmo cada vez más intenso. Por esto los ciclos de prosperidad y la estagnación se volvieron cada vez más cortos, socavando velozmente las bases de financiación de los gastos sociales. Y con la aceleración de la inflación, con los desequilibrios financieros provenientes de la caída de las rentas tributarias y del aumento de los gastos públicos, con el aumento de las tasas de desempleo y la consiguiente extensión de las tensiones y de las presiones sindicales, con los crecientes enfrentamientos entre la política económica y la política social y con la fuerte conmoción de consenso en cuanto al “círculo virtuoso” entre crecimiento y corrección de desigualdades, el repertorio de fórmulas, estrategias, mecanismos e instrumentos regulativos de las políticas keynesianas y del Estado “social” que las organizaba terminó por agotar sus virtualidades.

Desde entonces, ese repertorio se mostró incapaz de lidiar con los problemas inéditos provocados por las transformaciones del orden económico internacional, así como con los problemas más antiguos que por su complejidad y especificidad escapaban a los patrones generales de las políticas macroeconómicas y exigían decisiones ad hoc en las dimensiones temporal, social y temática llevando las normas de derecho tributario, económico, laboral y de seguridad social a reformularse continuamente y a reinterpretarse caso por caso. Sus estructuras fiscales fueron desarticuladas por la fórmula transnacional de los capitales; sus procesos decisorios fueron comprometidos en su unidad y autonomía.

El control directo de las acciones y conductas de los agentes productivos dio lugar a una especie de delegación de autoridad a instancias mediadoras semipúblicas o privadas que, aunque no tenían como función natural e institucional la regulación y la coordinación, terminaron ejerciéndolas de una manera concreta, y sus mecanismos jurídicos se desacompararon con las manifestaciones reales de las nuevas fuerzas presentes en la sociedad. El resultado fue el declive de su capacidad de originar racionalmente

el funcionamiento global del sistema económico, imponiéndole una orientación final hacia la consecución de objetivos sociales de bienestar.

Entonces lo que se verifica es una progresiva ineficacia política, administrativa, normativa, operacional y hasta organizadora o intervencionista del Estado keynesiano. Su prolífica pero errática producción legislativa, que aumenta de un modo cada vez más desordenado y desarticulado el número de materias, actividades y comportamientos regulados por textos legales, da como resultado una ruptura en la organización, en la unidad lógica y en la racionalidad sistémica del ordenamiento jurídico y, como consecuencia, la pérdida de la propia capacidad de predeterminación de las decisiones concretas por medio del derecho positivo. Esa disfuncionalidad creciente tanto del Estado “social” o regulador como de su instrumental normativo configura un proceso que ha sido llamado como “ingobernabilidad sistémica” o “crisis de gobernabilidad” por los científicos políticos y como “inflación legislativa”, “juridificación” o “sobrejuridificación” y “trilema regularizador” por los sociólogos y teóricos del derecho.

Como han dicho y repetido los analistas, la “gobernabilidad” es un concepto cuya definición es bastante imprecisa. Para maximizar la eficiencia decisoria de la máquina administrativa del Estado, éste mantiene una inevitable tensión con la democracia cuyo ejercicio, a partir de la igualdad política, permite la expresión de múltiples y conflictivos intereses³. La “gobernabilidad” también es un concepto fuertemente cargado de implicaciones

3 Cf. Claus Offe, “Democracy Against Welfare State? Structural Foundations of Neoconservative Political Opportunities”, en *Political Theory* No. 15, 1987, págs. 501-537; *Ingovernabilità e Mutamento delle Democrazie*, Bologna, Il Mulino, 1982 y “La ingobernabilidad: sobre el renacimiento de las teorías conservadoras de la crisis”, en *Problemas estructurales del Estado capitalista*, Rio de Janeiro, Tiempo Brasileño, 1984; Jürgen Habermas, “La nueva intransparencia: la crisis del Estado del bienestar social y el agotamiento de las energías utópicas”, en *Nuevos Estudios* No. 18, São Paulo, Centro Brasileño de Análisis y Planeación, 1987, págs. 103-114; Alan Wolffe, *Los límites de la legitimidad: contradicciones políticas del capitalismo contemporáneo*, México, Siglo XXI, 1980 y “Capitalism shows its face: giving up on democracy”, en *Trilateralism*, Holly Sklar org., South End, Boston, 1980; Norbert Lechner, “De la revolución y la democracia”, en *Los patios interiores de la democracia*, Santiago, Flacso, 1988, y Angel Flisfisch, “Gobernabilidad y consolidación democráticos”, mimeógrafo, Santiago, 1988.

En diferentes perspectivas analíticas ver también a Gianfranco Pasquino, *La complessità della politica*, Bari, Laterza, 1985; Albert Hirschman, “The Welfare State in trouble: systemic crisis or growing pains?”, en *American Economic Review* vol. 70, No. 2, 1980; Pierre Rosanvallon, *La Crise de l'État Providence*, Paris, Seuil, 1981; Michel Crozier, “La crise des régulations traditionelles”, en *La Sagesse et le Désordre*, Henri Mendras org., Gallimard, 1980; Michel Crozier, Samuel Huntington y Joji Watanuki, *The Crisis of Democracy: Report of the Governability of Democracies to the Trilateral Commission*, New York, New York University Press, 1975; Philippe C. Schmitter, “Notes toward a political and economic conceptualization of policy-making in Latin America”, trabajo presentado en la Conferencia sobre políticas públicas y sus impactos en América Latina”, Buenos Aires, 1974 y Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Constitución y Gobernabilidad: ensayo sobre la (in) gobernabilidad brasileña*, São Paulo, Saraiva, 1995.

ideológicas⁴. En términos conceptuales, la noción de gobernabilidad ha sido asociada a la incapacidad de un gobierno o de una estructura de poder para formular y tomar decisiones en el momento oportuno bajo la forma de programas económicos, políticas públicas, planes administrativos y de ponerlos en marcha de un modo efectivo de cara a una creciente sobrecarga de expectativas, problemas institucionales, divisiones políticas, conflictos sociales y exigencias económicas.

En ese sentido, un sistema político se volvería “ingobernable” cuando no logra confirmar más esas expectativas, además no puede filtrar, seleccionar ni dar una respuesta a esas exigencias, solucionar esos problemas, neutralizar esas divisiones ni dirimir esos conflictos de una manera eficaz y coherente, aun expandiendo sus servicios, sus estructuras burocráticas y sus instrumentos de intervención en nombre del aumento de su capacidad de dirección, coordinación, filtro, selección y desempeño. Históricamente esta noción está asociada a los bajos grados de institucionalización políti-

-
- 4 En relación con la cuestión teórica, este concepto ganó cuerpo basándose en una línea de análisis liberal-conservadora, desarrollada por Samuel Huntington, para quien las condiciones de gobernabilidad serían dadas por el equilibrio entre las reivindicaciones y solicitudes llevadas al gobierno y por su capacidad de procesarlas y atenderlas. Solicitudes en volumen superior a la capacidad de respuesta del gobierno producirían faltantes que al acumularse sucesivamente provocarían la ingobernabilidad. Cf. *Political Order in Changing Societies*, New Haven, Yale University Press, 1988.
- De uso corriente en la sociología y en la ciencia política desde finales de los años sesenta y comienzos de los setenta cuando la idea de “desarrollo político” implícita en las propuestas macroeconómicas keynesianas dejó de tener un signo positivo, de ser el eje de las discusiones y de pasar gradualmente del problema de la manutención de la democracia al de la estabilidad política o preservación del orden, el sentido teórico y práctico de ese concepto fue redefiniéndose a lo largo del tiempo.
- Como afirma Fiori, “en primer lugar, el significado analítico y normativo de la idea de gobernabilidad varió de acuerdo con el tiempo y el espacio. Y en segundo lugar a través del tiempo las definiciones apuntaron de una parte hacia las condiciones sistémicas del ejercicio eficiente del poder tan generales cuanto infinitas y de otra, descendieron a la discusión de la buena manera de generar los recursos públicos tan detallada que queda prácticamente imposible de garantizar su validez universal.
- Como consecuencia de todo ello, el concepto de gobernabilidad en su acepción más amplia o más específica quedó indeterminado desde el punto de vista teórico, tratándose en verdad de una categoría estratégica .
- Así, en un primer momento, en los años sesenta, apuntó normativamente hacia la necesidad de restringir las demandas democráticas excesivas y en un segundo momento en los años ochenta recomendó que se redujera el papel del Estado y no se reglamentaran los mercados. Mientras que finalmente en los años noventa está asociado a un programa destinado a garantizar la homogeneización internacional de las políticas económicas de corte liberal-conservador”. Cf. José Luis Fiori, “La gobernabilidad democrática en el nuevo orden económico”, *op. cit.*, pág. 161. Del mismo autor ver también “Sobre la crisis contemporánea”, en *En busca del disenso perdido*, Rio de Janeiro, Insight, 1995 y *El vuelo de la lechuza: una lectura no liberal de la crisis del Estado en desarrollo*, Rio de Janeiro, EDUERJ, 1995 y Wanderley Ghillerme dos Santos, “Fronteras del Estado mínimo: indicaciones sobre el híbrido institucional brasileño”, en *Brasil y las reformas políticas*, João Paulo dos Reis Velloso org., Rio de Janeiro, José Olympio, 1992.

ca de los países en desarrollo en los años sesenta y setenta –cuando sus políticas de industrialización acelerada llegaron al auge– y a las dificultades enfrentadas por la socialdemocracia europea a partir de la década de los setenta, a causa de la decreciente capacidad de respuesta del Estado benefactor en términos organizativos y financieros, lo mismo que a las reivindicaciones enviadas a él.

La situación límite de un escenario de ingobernabilidad es una crisis fiscal cuando el Estado pierde el crédito público, deja de acumular ahorros, está presionado por grupos de interés de todo tipo, enfrenta dificultades crecientes para ejecutar sus políticas y ve comprometida su capacidad para regular la economía y promover transferencias de renta al interior de la sociedad. Esa crisis se hace particularmente visible en el momento en que los gastos sociales destinados a legitimar un modo específico de producción –mediante la búsqueda de la armonía social y de la lealtad a las reglas del juego económico a cambio de programas de bienestar en las áreas de la salud, el transporte, la seguridad social, el saneamiento básico, la vivienda y la educación– crecen más rápidamente que los medios para financiarla.

Como se sabe, esos gastos una vez que se hacen efectivos se convierten en derechos sociales que terminan por no suprimirse sin que se produzca el riesgo de grandes tensiones –bajo la forma de huelgas a veces salvajes, protestas a veces violentas y grandes movilizaciones– para la sustentación de los gobiernos y para la legitimidad del propio sistema político. Dicho de otro modo, a partir del momento en que el presupuesto social es ampliado, cada programa de bienestar consolidado pasa a considerarse derecho inexorablemente adquirido por sus destinatarios.

Éste es el motivo por el cual su continuidad aporta poco a la legitimidad del Estado puesto que su eventual reducción, revocación o supresión como intento por *desviar* hacia el mercado los gastos considerados excesivos, constituiría una fuente inevitable de pérdida de la legitimidad. De ahí también la inevitable tendencia no sólo a que tales programas sean mantenidos una vez se formulen, organicen y sean puestos en ejecución sino igualmente a que se expandan en forma independiente de los problemas originados por ellos en materia de equilibrio presupuestal.

Ese es el factor responsable de la crisis fiscal. A causa de la inexorable propensión de esos gastos a expandirse a una velocidad muy superior de la soportable por la estructura económica, el Estado se ve obligado a transferir por vías tributarias los excedentes del sistema político y a reducir la capacidad pública y privada de inversión de ese mismo sistema⁵. Como

5 Cf. James O'Connor, *The Fiscal Crisis of the State*, London, St. Martin's, 1973. El autor parte de la premisa de que con el propósito de garantizar su reproducción, el Estado capitalista necesita desarrollar dos funciones fundamentales: (a) garantizar la acumulación y (b) mantener la legitimidad. Para él "el Estado debe esforzarse por crear o conservar condiciones idóneas y una rentable acumulación de capital y por otro lado, el

consecuencia de lo anterior, si por un lado el aparato estatal se hace blanco de las más variadas y contradictorias presiones sectoriales en la composición del presupuesto, reclamando prioridades en términos de inversión productiva o de gastos en programas sociales, por otro el desequilibrio presupuestal conjugado con el aumento del déficit público se convierte en un factor de presión inflacionaria sin que los distintos individuos, grupos y clases en conflicto sean efectivamente atendidos en sus objetivos y deseos concretos.

Esa situación se agrava aún más cuando las dificultades fiscales, las tensiones presupuestales y los demás problemas políticos amenazan la propia autonomía, la cohesión, lo operativo y funcional de las instituciones gubernamentales.

En las décadas de los sesenta y setenta cuando los gobiernos democráticos de los países desarrollados y en desarrollo enfrentaban grandes dificultades ante las turbulencias socioeconómicas originadas por los choques energéticos y por la desorganización monetaria, la elaboración teórica y la instrumentación ideológica de las crisis de gobernabilidad, éstos enfatizaron como característica central la incapacidad del sistema político para expandir sus servicios en los sectores esenciales, para calcular la crisis fiscal y para satisfacer las reivindicaciones sociales contrarias a los intere-

Estado debe esforzarse por crear o conservar condiciones idóneas de armonía social. Un Estado capitalista que utilice abiertamente las propias fuerzas de coerción para ayudar a una clase a acumular capital a costa de otras clases, perdería toda su legitimidad y llegaría a minar las propias bases de lealtad y de consenso. Empero, un Estado que ignorase la necesidad de estimular el proceso de acumulación del capital, correría el riesgo de secar la fuente del propio poder: inutilizaría la capacidad de la economía para producir un superávit y los impuestos provenientes de éste”.

Para un resumen de las críticas a la tesis de la “crisis fiscal del Estado” ver Gianfranco Pasquino, *Diccionario de política*, apuntes “Gobernabilidad”, *op. cit.* Según Pasquino, O’Connor no dio la debida importancia al papel de los mecanismos ideológicos y de legitimación simbólica. Su tesis destacaría al máximo algunos problemas de la crisis fiscal del Estado como el déficit económico, debido a la incapacidad de financiar el aumento de los gastos con el adecuado incremento de los tributos.

“Una cosa es la crisis fiscal del Estado y otra la crisis del Estado fiscal. Esta última se evidencia solamente cuando se produce una contracción drástica en la esfera de las actividades económicas sujetas a la iniciativa privada que tenga como consecuencia un agotamiento de las propias bases del Estado. Sin embargo, la experiencia demuestra que la disolución más o menos rápida del Estado fiscal puede estar acompañada por una expansión y un fortalecimiento de la organización estatal. Los defensores de la crisis fiscal proponen deliberadamente cualquier solución para un problema que antes consideraban favorable en la medida en que descubre las bases y mina los cimientos del Estado capitalista, apresurando su caída. Por ello, la solución es esperar por esta caída o entonces, de una forma más extraña, consiste en el cambio de las relaciones entre las distintas clases. Empero es exactamente este cambio que en breve tiempo se hace, la causa más poderosa de la necesidad que tiene el Estado para desarrollar conjuntamente las funciones de acumulación y legitimación. Queda así abierto el problema de la organización estatal que sigue al zozobrar las relaciones de clase para estar en condiciones de hacer frente a la propia exigencia de cambio y de reproducción sin crisis fiscal y sin coerción de masa” (pág. 551).

ses materiales de los grupos y clases que integran una determinada estructura de poder y, en las décadas siguientes, pasaron a definir la “governabilidad” y las “reformas estructurales” de una manera básicamente *circular*, o sea la gobernabilidad como condición de las reformas y éstas a su vez como la estrategia más adecuada para la restauración de aquella.

Entre las diferentes consecuencias provenientes de la incapacidad decisoria, propiciada por la “ingovernabilidad sistémica”, siempre se advirtió el riesgo de una frustración explosiva, disfuncional y desestabilizadora del orden jurídico-institucional. Desde entonces, gobernabilidad ha sido un término básicamente referido a la calidad de la gestión gubernamental, considerándose entre otros factores: a) la coherencia de las decisiones a través del tiempo, b) la eficacia de sus políticas públicas, hecho encarado en la perspectiva de la consecución de resultados que sean conformes con los objetivos previamente definidos y c) la efectividad de sus medidas en términos de su aceptación social que puede ir de la simple aquiescencia y reacción pasiva de los destinatarios hasta el apoyo activo y organizado.

La “inflación legislativa”, la “juridificación” y el “trilema regulativo” son los desdoblamientos jurídicos de la “ingovernabilidad sistémica” del Estado keynesiano, intervencionista, regulador o “providencial”. Independientemente de las implicaciones doctrinarias, de los mandamientos teóricos y del alcance analítico de cada uno de esos tres conceptos, todos ellos han sido ampliamente utilizados para traducir, describir y analizar un mismo e importante fenómeno: la creciente ineficacia de las instituciones de derecho, de la cual los reflejos más visibles son, por un lado, la creciente ruptura de la unidad lógico-formal y de la racionalidad sistémica de los ordenamientos jurídicos constituidos sobre todo bajo la forma de códigos y, por otro, la parálisis o multiplicación de “leyes especiales” mostradas casuística o pragmáticamente como respuestas a las contingencias y problemas surgidos con la eclosión de las “crisis de gobernabilidad” y como en el caso de esta expresión “en el ámbito de la sociología y de la ciencia política contemporáneas, la eficacia de las leyes se volvió también en los últimos tiempos uno de los temas más recurrentes en el pensamiento jurídico”⁶.

6 Sobre la trayectoria del tema de la eficacia en el ámbito del pensamiento jurídico, ver Richard Abel, “Redirecting Social Studies of Law”, *op. cit.*, pág. 816. Para la definición del concepto de eficacia ver Francesco Carnelutti, *Teoría general del derecho*, São Paulo, Saraiva, 1942, págs. 451-453; Mario Comba, “Eficacia della legge”, en *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Torino, Giappichelli, 1945; Constantino Mortati, “Principi sull’efficacia delle norme”, en *Istituzioni di Diritto Pubblico* vol. I, Padova, Cedam, 1969, págs. 345-348; Domenico Corradini, *Historicismo y politicidad del derecho*, Madrid, E.D.R., 1982; Alberto Calsamiglia, “Eficiencia y derecho”, en *Doxa* No. 4, Alicante, Universidad de Alicante/Centro de Estudios Constitucionales, 1987; Vincenzo Ferrari, *Funzione del Diritto*, Bologna, Laterza, 1989; Charles-Albert Morand, “L’obligation d’évaluer les effets des lois”, en *Évaluation Législative et Lois Expérimentales*, Jacques Chevalier *et al.*, Aix-en-Provence, Press Université d’Aix-Marseille, 1993 y Erhard Blankenburg, nota “Implementation”, en *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, Paris, LGDJ, 1993.

En el período dorado del positivismo y del formalismo jurídicos, cuando se acostumbraba hacer una separación bastante rigurosa entre lo *jurídico* y lo *social*, y era común privilegiar en el primero sólo y únicamente su dimensión lógico-formal y ahistórica en nombre del cálculo, de lo previsible de la seguridad, de la certeza y de su racionalidad intrínseca, ese tema casi siempre era subestimado o relegado a un segundo plano y esto cuando no tendía simplemente a ser descartado su papel en las cuestiones propiamente “científicas” del derecho. Sin embargo, de allá para acá a causa de las transformaciones sociales, políticas, económicas y culturales ya antes mencionadas, donde se exigía una nueva reflexión sobre los problemas centrales de la teoría general del derecho que van de los modelos jurídicos, de los modelos hermenéuticos y de las fuentes a la integración del ordenamiento y la interconexión de la legalidad con la legitimidad, los teóricos se propusieron enfrentar el desafío tanto en términos conceptuales como en términos de su alcance. Por ejemplo, en la vertiente positivista-normativa, la eficacia de una determinada orden legal acostumbra a definirse como el poder de producción de efectos jurídicos concretos en la regulación de situaciones, relaciones y comportamientos previstos por los códigos y las leyes vigentes. Así, la eficacia habla tanto de la aplicación como de la exigencia de las diferentes normas en vigor.

En esta definición lo que de hecho importa es que las normas sean aplicadas y exigidas a partir de procedimientos y determinaciones establecidos por un sistema legal considerado formalmente “válido”. Validez comprendida aquí como una característica intrínseca de un ordenamiento unitario y jerarquizado de normas unidas entre sí según una subsunción de carácter lógico-formal o en las conocidas y siempre repetidas palabras de Kelsen: “el modo de existencia específico de las normas jurídicas”.

Por esto, desde un punto de vista estrictamente técnico-jurídico, las normas se muestran eficaces cuando pueden aplicarse y exigirse dentro de los límites del sistema legal. El problema de esta concepción es que al tratar el concepto de eficacia en una dimensión exclusivamente normativa, ésta acaba por no permitir una evaluación más precisa (a) de la interrelación y de la interpretación de las normas del derecho positivo con las demás reglas disciplinarias de las diferentes formas de vida social, (b) de las medidas sustantivas tomadas por el ejecutivo, el legislativo y el judicial para garantizar la concreción de los objetivos deseados por el legislador y (c) de los efectos o resultados alcanzados efectivamente por la aplicación de las normas dadas por aquel.

Un autor como Kelsen, coherente con los presupuestos del abordaje normativo del derecho, afirma que la eficacia de un orden jurídico significa la simple observancia de ese orden que, sin embargo, no va mucho más allá de eso⁷. Añade que la aplicación de las normas no tiene nada que

7 Cf. Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, op. cit., págs. 226-232. Sobre el problema

ver con sus objetivos; se trata de una aplicación netamente formal, ya que el derecho que se aplicará será nada más que una moldura vacía de valores ideológicos y desvinculada de su contexto sociopolítico y económico.

Ya en otra vertiente teórica, ésta con una mayor sensibilidad sociológica que la anterior, las normas y las leyes acostumbran ser eficaces cuando encuentran en la realidad regulada por ellas las condiciones sociales, económicas, políticas, culturales, ideológicas y hasta antropológicas para su *enforcement*, para su reconocimiento, para su aceptación y para su cumplimiento por parte de sus destinatarios⁸.

Como esta vertiente trata la eficacia jurídica a partir de una dimensión mucho menos formal y más sustantiva que la anterior, ella misma acaba haciendo posibles dos tipos de evaluación. De una parte, una evaluación histórica tanto de la aplicación material del derecho positivo como de su propia legitimidad, teniendo en cuenta la correspondencia entre los fines establecidos por el legislador y los valores culturales enraizados entre los diferentes destinatarios de las leyes en un determinado sistema social.

de la eficacia en Kelsen ver Miguel Reale, *Fuentes y modelos del derecho*, São Paulo, Saraiva, 1994; Agostino Carrino, "Formalismo e crisi della ragione", en *L'Ordine delle Norme*, *op. cit.*; Willian Ebstain, *La teoría pura del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974; Alberto Calsamiglia, *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 1978; Graham Hughes, "Validity and the basic norm", en *California Law Review* LIX, No. 3; Giuseppe Sphduti, "L'État de droit et le principe de souveraineté", en *Kelsen e il problema della sovranità*, *op. cit.*; Enrique Aimone, "Política e ideología en el pensamiento de Hans Kelsen", en *Apreciación crítica de la teoría pura del derecho*, Agustín Esquela *et al.*, Valparaíso, Edeval, 1982, y Jes Bjarup, "Kelsen's theory of law and Philosophy of Justice", en *Essays on Kelsen*, Richard Tur y William Twining orgs., *op. cit.*

- 8 Sobre el origen, la evolución y la consolidación de esta vertiente, especialmente a partir de la evaluación del impacto del derecho cuando es utilizado como instrumento de cambio social, ver Romano Bettrini, "Efficacy of law and socio-economic change", en *European Yearbook in the Sociology of Law*, Milano, Giuffrè, 1993, págs. 351-363; François Rangeon, "Reflexions sur l'effectivité du droit", en *Les usages du savoir juridique*, Danièle Loschak org., Paris, Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie/PUF, 1989; Pablo Navarro, *La eficacia del derecho: una investigación sobre la existencia y funcionamiento de los sistemas jurídicos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990; Pierre Lascoumes y Evelyne Sérverin, "Théories et pratiques de l'effectivité du Droit", en *Droit et Societé* No. 2, Paris, LGDJ, 1989, y Kaarlo Tuori, "Efficiency, effectiveness and legitimation: criteria for the evaluations of norms", en *Ratio Juris* vol. 2, Oxford, 1989.

Ver también a Angelo Falzea, "Efficacia giuridica", en *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1965; Rodolfo Sacco "Giudificare: modo superato de legiferare?", en *Rivista di Diritto Civile*, 1983, año XXIX; Jean Carbonier, "Effectivité et ineffectivité de la règle de droit", en *Flexibe Droit*, *op. cit.*, y a Renato Treves, *Sociologia del Diritto: origini, ricerche, problemi*, Torino, Einaudi, 1987.

Sobre las implicaciones entre eficacia jurídica y legitimidad del derecho ver Miguel Reale, "Libertad y valor" y "El poder en la democracia", en *Pluralismo y libertad*, São Paulo, Saraiva, 1963; lo mismo que "Derecho y legitimidad" y "Dimensiones de la libertad en la experiencia juridico-social", en *Nueva fase del derecho moderno*, São Paulo, Saraiva, 1990 y mi texto *Eficacia jurídica y violencia simbólica*, *op. cit.*

Aquí la eficacia no sólo es una cuestión de hecho; es igualmente una cuestión de valores en cuyo ámbito están en juego por ejemplo principios como los de la libertad, la equidad y la justicia. Así, la ineficacia del derecho puede encararse como un indicativo del foso existente entre las exigencias jurídicas y los intereses sociales democráticamente compartidos.

De otra parte, esta vertiente hace posible una evaluación comparativa entre los objetivos y comportamientos previstos y establecidos por las normas y por las leyes y los resultados alcanzados efectivamente por ellas en un determinado contexto sociopolítico⁹.

Al cubrir así distintos significados en el ámbito de la doctrina y al estar condicionado más por la falta de acuerdos terminológicos que por las dificultades metodológicas que no se pueden transponer para definir y diferenciar conceptos, el tema de la eficacia del derecho fue presentado aquí de una manera bastante esquemática.

Empero, lejos de excluirse, las definiciones de eficacia propuestas por las vertientes “jurídico-dogmática” y “jurídico-sociológica” son analíticamente ricas utilizadas en conjunto en el examen de problemas concretos. Entre otros motivos porque comprendida de un modo exclusivista, en la perspectiva “jurídico-dogmática” la eficacia tiende a subestimar la diversidad, la heterogeneidad y la complejidad de las relaciones que los actores sociales mantienen con el derecho. Y en la perspectiva “jurídico-sociológica” tiende a subestimar los riesgos de disolución de los valores y procedimientos jurídicos específicamente en una dimensión utilitaria o instrumental por medio de los más variados mecanismos de violencia político-ideológica, o sea *simbólica*.

9 A su vez, esta última evaluación ha dado lugar a una distinción conceptual entre eficacia en *sentido amplio* y eficacia en *sentido estricto*. También llamada *efectividad*, la primera se refiere a las normas capaces de obtener la realización de la conducta prevista en ellas, siempre que eso implique la consecución de los objetivos pretendidos por el texto legal.

La segunda se refiere a la norma que más allá de lograr el cumplimiento del comportamiento previsto originalmente, también obtiene la concreción de los objetivos pretendidos por ese mismo texto. Cf. J.F. Perrin, “Qu'est ce que l'effectivité d'une norme juridique?”, en *Pour une Théorie de la Connaissance Juridique*, Gêneve, Dalloz, 1979, pág. 91 y siguientes; Charles-Albert Morand, “L'action du droit”, en *Mélanges*, Berne, Hubert, 1981, pág. 101 y siguientes, y Mauricio Villegas, *La eficacia simbólica del derecho*, Santafé de Bogotá, Universidad de los Andes, 1993, págs. 94-100. Este último autor identifica aún más allá de esos dos conceptos la noción de *eficacia*, designando la consecución de los objetivos previstos por medio de la utilización “de los mejores medios posibles”. Según él, “la eficacia se obtiene cuando el fin propuesto se logra a través de los mejores medios al alcance. Este concepto va un poco más allá en el análisis de los resultados: una norma puede ser efectiva y eficaz sin que de ello se desprenda una apreciación favorable sobre su eficacia. En este caso, aquello que se pone en entredicho no es ya el proceso que conduce de la promulgación a la realización de los fines, sino la concepción de la aplicación de la norma misma, entendida como instrumento de acción social. En otros términos, el tema de la eficacia plantea la actividad normativa como un problema económico que consiste en la búsqueda de los medios más adecuados para la obtención de ciertos fines”, págs. 97-98.

En ese sentido, un determinado sistema jurídico no se vuelve eficaz sólo porque es un conjunto de reglas coherentes internamente en términos lógico-formales, ya que está sustentado en el monopolio de la fuerza del poder que lo afirma. También se hace eficaz porque los actores incorporan en sus conciencias la premisa de que esas reglas legales deben ser inviolables. Sin hacer interno un sentido “genérico” de la disciplina y sin el sistemático respeto a las leyes, a los códigos y a las normas, la eficacia de un determinado orden legal acabaría por comprometerse, independientemente del poder represivo del Estado que la impone.

Expuesta por la “ingobernabilidad sistémica” del Estado regulador o intervencionista, la ausencia de esa internación y de ese respeto está en la esencia de la ineficacia de sus leyes, de sus engranajes jurídicos, de sus mecanismos procesales y de sus estructuras judiciales. Y por más que edite textos legales para coordinar, producir, inducir, controlar, disciplinar y planear el comportamiento de los agentes productivos –en el ámbito de las finanzas, del trabajo, de la industria y del comercio–, ese instrumental normativo propio ya no logra más “penetrar” de un modo directo, inmediato, pleno y absoluto en la esencia del sistema socioeconómico.

Antes del entrecruzamiento en los años noventa de las dos eras económicas ya mencionadas, cuando a su poder formal las instituciones financieras internacionales, las corporaciones empresariales transnacionales y las compañías globales contrapusieron su poder de hecho, el Estado intervencionista o “protector” aún intentó reaccionar a ese tipo de problema. Y lo hizo de dos maneras: una en la perspectiva básicamente informal y la otra en una dimensión eminentemente formal.

En la perspectiva informal, consciente de que muchos de sus códigos y de sus leyes carecen de la necesaria base social, económica, política, cultural e ideológica para ser eficaces, el Estado regulador o intervencionista pasó a adoptar aunque no oficialmente, intrincadas y sutiles estrategias de distanciamiento con relación a esos dispositivos legales a tal punto que muchas veces se trata de reaccionar por rebeldía a las directrices ofrecidas por ellos y, en otras, de volverse *cómplices* por acción u omisión de comportamientos y decisiones que los violan.

Por ejemplo, ese Estado dejó de aplicar esos dispositivos legales en ciertos casos o pasó a aplicarlos de un modo altamente selectivo en otros, dejando sin reglamentar ciertos derechos con la finalidad deliberada de bloquear la puesta en marcha de las garantías benéficas garantizadas por ellos, instrumentando normas en una dirección diferente de la formulada originalmente en el momento de su afirmación, postergando la entrada en vigor de determinadas medidas creadas y/o autorizadas por los códigos, reduciendo los presupuestos de sus organismos burocráticos y, en fin, permitiendo que algunos de ellos fueran cooptados por los grupos, entidades, organizaciones y corporaciones cuyas actividades debían controlar.

Esas estrategias revelan la existencia paralela al lado del Estado formal de un *Estado informal* que endosa actitudes autocontradictorias de los organismos gubernamentales y que tiene siempre aspectos inestables, ya que depende de circunstancias imposibles de reproducción de una manera duradera e inalterable¹⁰.

En cuanto a la perspectiva formal, el Estado intervencionista pasó a dar de una manera no sincronizada en términos lógico-formales, materiales y temporales, sucesivas normas de comportamiento, normas de organización y normas programáticas. Al establecer una interrelación continua, esas normas concebidas a partir de objetivos específicos, distintas circunstancias e intereses conflictivos acabaron por producir innumerables microsistemas y diversas cadenas normativas en el ámbito del ordenamiento jurídico, cada una de ellas con sus principios y lógicas interpretativas.

A causa de esas consecuencias, la tradicional concepción del derecho como un sistema básicamente cerrado, unitario, jerarquizado, con muchos axiomas, completo, sin lagunas o antinomias fue sustituida progresivamente por un derecho organizado bajo la forma de “red”, dado el número creciente de esos microsistemas y de esas cadenas normativas con sus interrelaciones fundamentales intentando capturar toda la complejidad de la realidad socioeconómica.

En cuanto a la concepción tradicional hace de lo completo, de la coherencia formal y de la lógica interna de los corolarios básicos del orden jurídico, el sistema bajo la forma de “red” se destaca por la multiplicidad de sus reglas, por la variabilidad de sus fuentes, por la ausencia de jerarquías y por lo provisional de sus estructuras que son casi siempre parciales, mutables y contingentes.

10 Boaventura Santos se refiere a este *Estado informal* como “Estado paralelo”, concepto constituido a partir de los análisis efectuados por él de una paradoja de la situación política portuguesa entre el final de los años setenta y los años ochenta: “Un Estado constitucional preocupado con la construcción de una democracia capitalista moderna cuando su Constitución preveía una sociedad sin clases”. Según el autor, el “Estado paralelo” designa un Estado oficial maximalista que coexiste codo a codo con un Estado no oficial minimalista; (...) el Estado paralelo es una forma de Estado muy ambigua pues uno de sus modos de intervención más activos es justamente el ausentismo del Estado; por eso el Estado paralelo es la configuración política de una disyunción o discrepancia del modo de regulación social en la cual a las leyes e instituciones del modo de regulación fordista, no corresponde una relación salarial fordista”.

A ese tipo de Estado el autor contrapone el “Estado heterogéneo” que no se asienta “ni en el derecho, ni en la violación del derecho y es más positivo que negativo”, actuando básicamente “a través de decisiones administrativas, objetivos económicos, mecanismos monetarios y financieros, incentivos fiscales, tasas de cambio, subsidios, formación profesional, amenazas públicas contra actores sociales más agresivos, control de las huelgas del sector público, creación de mitos de desarrollo, etc.” Cf. “El Estado, las relaciones salariales y el bienestar social en la semiperiferia”, *op. cit.*, págs. 27-29 y 41-42.

Producido y alimentado por un Estado obligado a desempeñar múltiples y complejas tareas, cada vez más incongruentes entre sí, una vez que el advenimiento de la “sociedad informacional” y la presencia hegemónica del paradigma “posfordista” o de la “especialización flexible” van ampliando los niveles de fragmentación espacial de la producción, de la diferenciación socioeconómica y de la conflictividad en sus fronteras, ese sistema jurídico bajo la forma de “redes” normativas crece y se consolida a partir de una tensa e intrincada pluralidad de pretensiones materiales. Y en cuanto esas pretensiones son más cercanas entre sí, ese Estado reacciona más buscando hacer de la regulación por “redes” una forma de acomodarlos casuística o pragmáticamente.

El resultado de esa estrategia acaba siendo un círculo muy vicioso y paradójico: mientras más busca disciplinar y regular todos los espacios, dimensiones y temporalidad del sistema socioeconómico, menos el Estado intervencionista parece capaz de movilizar de una manera coherente los instrumentos normativos de que dispone formalmente. Cuanto más normas da para dirimir conflictos, más multiplica los conflictos; cuanto más expande la legislación, más la libertad jurídica acaba acarreando menos libertad – concebida ésta como el ámbito de lo que no es limitado por el derecho, o sea de lo permitido –, en tanto sus dirigentes y legisladores amplían más el número de leyes, códigos, decretos, disposiciones, resoluciones, instrucciones y pareceres normativos de las materias disciplinadas y reguladas por esos textos legales. Pero en suma acaban acelerando el desalojo de la propia funcionalidad del derecho. En este punto, el sistema jurídico desfigurado así ya no logra diferenciarse del propio sistema político.

De la inflación legislativa al trilema regulativo: los desafíos del derecho positivo en el Estado-Nación

Del mismo modo como ocurre siempre con la inflación económica, esa desenfrenada y desordenada producción legislativa llamada por algunos autores “anomia jurídica” y “explosión legal”¹¹ también acostumbra acortar horizontes decisorios, impedir la viabilidad del cálculo racional, incitar los conflictos y, al final, diseminar una inseguridad generalizada en la vida sociopolítica y en el mundo de los negocios.

Como en el ámbito de la economía en que la inflación líquida tiene reciprocidad de expectativas inherentes a las bases contractuales y demás

11 Cf. John H. Barton, “Behind the legal explosion”, en *Stanford Law Review* No. 27, Palo Alto, 1975; René Savatier, “L’inflation législative et indigestion du corps social”, en *Chronique* No. V, Paris, Dalloz, 1977; Jean Carbonnier, “L’inflation des lois”, en *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979; “Le droit malade de son information”, en *Droits* vol. 4, Paris, 1986, y Marc Galanter, “Derecho en abundancia”, en *Revista Crítica de Ciencias Sociales* No. 36, Coimbra, 1993. Ver también el importante trabajo de Harold Berman, *Law and Revolution: the formation of the western legal tradition*, op. cit. y Natalino Irti, *L’età della descodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979.

cimientos del mercado¹², en el universo del derecho positivo la “inflación legislativa” implota los marcos normativos fundamentales de la vida social, impide la certeza jurídica y, más aún, acaba contribuyendo para la reducción a polvo de los derechos conquistados de un modo legítimo¹³.

En los dos tipos de inflación el resultado termina siendo básicamente el mismo: las relaciones permanentes entre los agentes productivos y los sujetos de derecho tienden a darse en términos cada vez más desordenados e imprecisos, además de que no están basados institucionalmente, a tal punto que en una situación extrema están prácticamente desprovistos de sentido.

Esa comparación entre la inflación económica y la “inflación legislativa” está lejos de ser forzada. Cuando un sistema jurídico está afectado por la inflación de “leyes de circunstancia” y “reglamentos de necesidad”¹⁴ surgidos a partir de coyunturas muy específicas y transitorias, la velocidad y la intensidad en la producción legislativa llevan invariablemente al Estado a perder la dimensión exacta del valor jurídico tanto de las normas que da como de los actos que reglamenta. Esto porque en los períodos más agudos de inflación legislativa la coherencia y uniformidad de las normas “primarias” –las que controlan y reglamentan los comportamientos– son

12 Cf. Eduardo Giannetti da Fonseca, “Ética e inflación”, en *Braudel Papers* No. 1, Instituto Fernand Braudel, São Paulo, 1993. Según el autor “la inflación estimula la inmediatez, el oportunismo y la corrupción; todos quieren coger lo que otros plantaron”, pág. 7. Argumentando a partir de Keynes y Lionel Robbins, él afirma que la inflación por producir una atmósfera de casino rompe la regla moral básica sobre la cual se yerguen las relaciones de mercado, hace ganancias y pérdidas aleatorias, dificulta la cooperación, hace de los presupuestos del sector público y de los balances del sector privado verdaderas piezas de ficción, compromete la cohesión interna de la sociedad, corroe la legitimidad de la riqueza y el lucro y, aún más, acorta el vínculo entre la contribución económica para la sociedad y la remuneración obtenida.

13 Un ejemplo ilustrativo de ese tipo de corrosión puede encontrarse en el ámbito de la legislación laboral y de la legislación social. A pesar de los esfuerzos para ver sus anhelos y pedidos consagrados por derechos y convertidos en obligaciones del Estado, entidades sindicales y asociaciones comunitarias ven muchas veces sus conquistas formalmente reconocidas en textos legales, pero vacías por un intrincado proceso reglamentario que anula en la práctica lo que se estableció, dado o impuesto por el legislador. Sobre esta materia hay en la literatura brasileña un análisis seminal hecho por Wanderley Guilherme dos Santos. Se trata del clásico ensayo “Del *laissez-faire* represivo a la ciudadanía en receso”, en *Ciudadanía y justicia*, Rio de Janeiro, Campus, 1979.

14 Según Duguit “reglamentos de necesidad” son las “leyes dadas basándose en el poder reglamentario del Ejecutivo, sometidas a la ratificación convalidada por parte del legislativo”. Cf. Leon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1930. A causa de la excesiva producción de esos “reglamentos” emergió en medio de la crisis de gobernabilidad del Estado “providencial”, regulador e intervencionista, la tesis a favor de un “Estado de necesidad económica” capaz de propiciar una “reducción de la sobrecarga” de derechos y deberes que el Ejecutivo tiene que respetar y ejecutar. En este sentido ver Manuel Gonçalves Ferreira Filho, “La disciplina constitucional de las crisis económico-financieras”, en *Revista de Informação Legislativa* No. 108, Brasilia, Senado Federal, 1990.

completamente corroídas, como también las normas “secundarias”, es decir las normas de “cambio”, “reconocimiento” y “decisión” se muestran incapaces de ejercer su papel para eliminar incertidumbres y garantizar la identidad sistémica del derecho positivo; son tales las dificultades de esos momentos como la identificación, evaluación y constatación de la violación o incumplimiento de las normas “primarias”.

Por este motivo es que el ordenamiento jurídico minado por la inflación, por la variabilidad y por la volatilidad de sus dispositivos normativos acaba exigiendo un trabajo interpretativo continuo, ya que sus múltiples normas sólo pueden tener su sentido básicamente definido en el exacto momento de su aplicación.

Sin las condiciones para ejercer su papel de ejecutor de operaciones definidas previamente de un modo unívoco, claro y preciso por el legislador, lo judicial acaba de esta manera por ser llevado a sustituir su carácter de “institución pasiva” por el de “institución activa”. Y si se concibe la interpretación no como el “descubrimiento de la voluntad de la ley”¹⁵, sino como un proceso hermenéutico de comunicación y crítica ideológica a reglas dadas en el pasado, constituyéndose así en un “acto nuevo” que posibilita en el presente una especie de “reconstrucción de la realidad”¹⁶, se pueden comprender entonces los orígenes y el alcance del fenómeno de la “judicia-

15 Ese era básicamente el entendimiento de las doctrinas jurídicas de carácter idealista. Presuponían ingenuamente una verdad propia en las normas que se interpretaban. Para una crítica a ese tipo de abordaje ver Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, Lisboa, Fundación Calouste Gulbenkian, 1989, págs. 195-203, y Miguel Reale, “Problemas de hermenéutica jurídica”, en *El derecho como experiencia*, op. cit., págs. 235-259. Ver también los anales del XIV Congreso Nazionale della Associazione Nazionale Magistrati, realizado en Trieste en 1970, así como el informe del encuentro de 1972 “Atti della Magistratura: la società nel nostro tempo”.

16 En esta perspectiva, la interpretación del texto equivaldría a una especie de diálogo entre el autor y el intérprete sobre lo que es mencionado en el texto. En ese diálogo, el intérprete se apropia del discurso expresado en el texto y avanza la elaboración intelectual del objeto hecho por el autor. En ese sentido, la interpretación constituye *un adelanto de sentido al texto*. “El intérprete no accede a un texto que le es externo, pero participa en la constitución del sentido. Existe entre sujeto y objeto como entre individuo y totalidad, entre precomprensión y comprensión, una estructura de mediación propia de la comprensión como acontecimiento vivo. La cosa es marcada históricamente e interpretada lingüísticamente y después muchas veces mediada la estructura de la historicidad de la interpretación coenvuelve el carácter decisivo de la aplicación, o sea la función de la interpretación en la relación de un texto con el presente (...). Si para ser comprendido todo texto requiere de una transposición que se consubstancia en una mediación entre pasado y presente, la cadena de mediaciones interpretables radicada en la continuidad del tejido histórico implica, en derecho, la imposibilidad de abstraerse de las mutaciones y desarrollos introducidos en el significado de la norma por las sucesivas concreciones”. Cf. José Lamego, *Hermenéutica y jurisprudencia*, Lisboa, Fragmentos, 1990, págs 177-183. Sobre el fenómeno de la “judicialización de la política”, ver C. Neal Tate y Torbjorn Vallinder, “Judicialization and the future of politics and policy”, en *The Global Expansion of Judicial Power*, op. cit.

lización de la política”; o sea, de la ampliación de la discrecionalidad y de las propias esferas de acción pública de lo judicial sobre las esferas de lo legislativo y las de lo ejecutivo, propiciado todo ello por el aumento de las posibilidades de selección, decisión y control ofrecidas a la magistratura por leyes como esas.

Tan relevantes como ese fenómeno son los problemas de “recepción” y comprensión por parte de la sociedad del ordenamiento jurídico con inflación. En la medida en que ese ordenamiento se caracteriza por el entrecruzamiento cada vez más disfuncional de muchas de sus reglas y por la “textura” muy abierta de otras ante el uso intensivo de cláusulas generales, normas programáticas y conceptos jurídicos indeterminados¹⁷, acaba permitiendo las más variadas lecturas. Y la tendencia es que cuanto mayor sea la complejidad socioeconómica, más acentuado se hace el carácter polisémico de las normas a causa de sus conceptos flexibles, porosos, tópicos, indeterminados y programáticos como “bien común”, “justo equilibrio”, prohibición de las “cláusulas contractuales abusivas” y “prohibición de costos excesivos”¹⁸, o como “sociedad libre, justa y solidaria” (Constitución Federal, artículo 13, I), “abuso de poder” y “fuerza mayor social”¹⁹, obligando al intérprete a definir su sentido y su contenido a partir de las singularidades de los casos concretos.

Esa polisemia tiene una dimensión paradójica. Si por un lado se origina muchas veces en el comportamiento a veces experimental, a veces errático del legislador ante el desafío de tipificar situaciones cada vez más particulares o específicas, de otro es también resultado de una estrategia pragmática adoptada por él de una forma consciente para tomar en cuenta aquella complejidad, regulando intereses bastante diversificados en una misma

17 Los conceptos jurídicos indeterminados son expresiones a propósito vagas, utilizadas de modo pragmático por el legislador con el objeto de promover el ajuste de ciertas normas a una realidad cambiante o todavía poco conocida. Gracias a esos conceptos, el intérprete podría adecuar la legislación a las condiciones socioeconómicas, políticas y culturales que envuelven el caso concreto y condicionan la aplicación de la ley. Cf. Klaus Gunther, «The pragmatic and functional indeterminacy of law», mimeógrafo, 1990; Chaim Perelman, “L’usage et l’abus des notions confuses”, en *Logique et Analyses*, Bruxelles, 1978; E. Mackary, “Les notions floues en droit et l’économie de l’imprecision”, en *Languages*, 1979, y Fernando Sainz Moreno, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976.

Ver también Luis Alberto Warat, *El derecho y su lenguaje*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976 y *Mitos e ideologías en la interpretación de la ley*, Porto Alegre; Síntesis, 1980; François Ost y Michel van de Kerchove, “Le jeu de l’interprétation en droit: contribution a l’étude de la clôture du langage juridique”, en *Archives de Philosophie du Droit* t. 27; Paris, Sirey, 1982, y Giorgio Rebuffa, “La crisis de los modelos descriptivos del derecho público”, *op. cit.*

18 Cf. Ley No. 8.078/90, artículo 51, & 1º, inciso III.

19 Cf. Thomas Wilhelmsson, *Critical Studies in Private Law*, Dordrecht, Kluwer Academic, 1992, pág. 51 y siguientes y “¿Racionalidad de las necesidades en el derecho privado?”, en *Doxa* No. 5, Alicante, Universidad de Alicante/Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pág. 302.

norma o, entonces, conciliando cambio y permanencia en un determinado texto legal.

En este caso las leyes pasan a ser intrínsecamente polisémicas porque sus *topoi* y sus conceptos programáticos son inherentes a la relación entre una proposición general y otra particular. Casi toda particularidad cabe en más de una generalidad, mientras las particularidades implicadas por cada generalidad jamás están agotadas.

De este modo, la función de la polisemia es ayudar a la ley a permanecer estable al mismo tiempo que permite su adaptación por medio de la interpretación judicial a las nuevas circunstancias y singularidades de una sociedad compleja. El problema de la polisemia es que cuanto más el legislador se vale de ella como instrumento retórico-pragmático para enfrentar las circunstancias que se suceden unas a otras, mayor es la indeterminación del sistema normativo, lo cual termina por favorecer, en el momento de su aplicación, la instrumentación del acatamiento de sus normas por los agentes productivos²⁰.

Como resultado de esa instrumentación, dada la tendencia natural de cada agente productivo a interpretarlas selectivamente según sus intereses específicos, la idea de unidad lógica del ordenamiento jurídico acaba siendo puesta en duda por la existencia de hecho de una estructura policéntrica y multipolar; una estructura que como se afirmó hace poco está caracterizada por la existencia de diferentes microsistemas normativos dotados de lógica propia, difícilmente ajustables a las pretensiones de coherencia y de lo completivo del ordenamiento.

En síntesis, el resultado inevitable de la “inflación jurídica” es la desvalorización progresiva del propio derecho positivo, impidiéndole así ejercer sus funciones reguladoras y de control básicas por medio de sus normas, sus leyes y sus códigos. Por eso en términos de una situación límite ese corrosivo proceso de inflación terminará conduciendo a la anulación de todo sistema jurídico y sobre todo de su “unidad dogmática”.

Y no es difícil comprender por qué existe este riesgo. Cuando los derechos se multiplican, en la misma proporción se multiplican las obligaciones, y éstas, al multiplicar los créditos, multiplican igualmente los deu-

20 La polisemia también encierra otro problema: la necesidad de nuevas técnicas hermenéuticas para determinar las condiciones coyunturales de determinadas palabras o expresiones en un texto legal con el objetivo de inferir en sus reglas de utilización (sus uniones semánticas, los contextos pragmáticos, los sentidos denotados y connotados, etc.).

En ese sentido ver Theodor Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964; Genaro Carrió, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea/Depalma, 1973; Carlos Santiago Niño, *La ciencia del derecho y la interpretación jurídica*, Buenos Aires, Astrea, 1975; Chaim Perelman, *L'empire rhétorique: rhétorique et argumentation*, Paris, J. Vrin, 1977 y François Ost, “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, en *Doxa*, Alicante, Centro de Estudios Constitucionales/Universidad de Alicante, 1993.

dores configurando de esta manera un círculo vicioso cuya continuidad culmina en la absurda situación de que existan sólo deudores, todos sin ningún derecho. “En el límite de la extensión del derecho –afirma uno de los más agudos observadores de este fenómeno– se anuncia un régimen de deberes legales sin que haya ningún lugar para un derecho (...); la inflación del derecho trae en sí misma su propia muerte”²¹.

Al envolver la “inflación legislativa”, pero trascendiéndola ampliamente por cubrir también el fenómeno de la explosión de litigios judiciales y el ya mencionado problema de la “tribunalización de la política”, la “juridificación” es tratada aquí como un proceso muy disfuncional de evolución y cambio del derecho²².

21 Cf. François Ewald, *Foucault, la norma y el derecho*, Lisboa, Vega, págs. 186-191. Ante ese riesgo, la tendencia de los juristas y operadores del derecho con formación dogmática ha sido enfatizar la mala calidad técnica de la producción normativa y denunciar el “voto” subyacente al intervencionismo del Estado, haciendo prevalecer una visión clásica de mundo liberal sobre un análisis exento, axiológicamente, de las transformaciones sociales, económicas, políticas y culturales provocadas por el advenimiento del fenómeno de la globalización.

Como afirma Hespanha al analizar esa cuestión, los juristas y los operadores del derecho la invierten: comienzan por transformar la ley en el único modo de revelación del derecho, después asimilan todas las conductas no conformes con la ley a conductas antijurídicas y finalmente concluyen que las dificultades enfrentadas por el sistema normativo vigente son señales de la desagregación del derecho y, por ello, del propio orden social.

“Más productivo sería estudiar, sin prejuicios y sin mitos, cuáles son las funciones actuales, los límites y tecnologías disciplinarias sustitutivas de la legalidad, ganando conciencia del pluralismo normativo y trazando a partir de ahí una estrategia de desarrollo del orden jurídico en que a la ley no quepan sino las funciones a las que ella hoy puede dar eficazmente realización”. Cf. Antonio Hespanha, *Ley y justicia: la perspectiva de un paradigma*, op. cit., pág. 23.

Sobre la inflación jurídica y sus consecuencias ver también Danielle Loschak, “Le principe de légalité: mythes et mystifications”, en *ADJDA* No. 9, Paris, 1981; Nicolas Nitch, “L’inflation juridique et ses conséquences” en *Archives de Philosophie du Droit* No. 27, Paris, Sirey, 1982; Charles Albert Morand, “I problemi dell’inflazione normativa: il punto di vista di un osservatore svizzero”, en *Il foro italiano*, 1987; Norbert Reich, “The regulatory crisis: ideology or reality?” en *Conference on the Regulatory Crisis*, David Trubek org., Madison, University of Wisconsin Law School, 1983; Céline Wiener, “L’inflation juridique et ses conséquences”, en *Les déreglementations*, Paris, Institut Français de Sciences Administratives, 1988; Richard Stewart, “Regulation and the crisis of legalization in the United States”, en *Law as instrument of economic policy: comparative and critical perspectives*, Terence Daintith org. Berlin, Walter de Gruyter, 1988.

22 El término *Verrechtlichung* (juridificación) surgió en Alemania durante la República de Weimar por iniciativa de autores como Ernst Fraenkel, Otto Kirchheimer y Franz Neumann que lo utilizaron para criticar el efecto desagregador y desmovilizador de la formalización jurídica de las relaciones laborales sobre los conflictos de clase.

A medida que concedía derechos, al mismo tiempo que establecía deberes e imponía obligaciones, decían ellos, el legislador “juridificaba” el enfrentamiento entre el capital y el trabajo, neutralizando el carácter esencialmente clasista de esos conflictos, sustituyendo las discusiones político-ideológicas por las discusiones técnico-jurídicas y así despolitizando y petrificando la actuación de los movimientos obreros. En este sentido ver los ensayos de Kirchheimer y Neumann, organizada por Keith Tribe, *Social Democracy*

Como las incongruencias y contradicciones inherentes a su desarrollo se alimentan de un modo recíproco y continuo en su trayectoria histórica, hay un momento en que sus efectos acumulativos acaban siempre imposibilitando el sistema jurídico para neutralizar sus propios problemas y sus dilemas internos por medio de ajustes en su estructura, en sus categorías, en sus procedimientos y en sus valores.

Entre las más relevantes incongruencias y contradicciones del derecho positivo del Estado intervencionista o regulador para los propósitos de este trabajo se destacan por ejemplo: (a) la gradual burocracia de la vida social y económica provocada por la conversión del derecho en un instrumento de gestión macroeconómica, (b) los efectos laterales involuntarios o no previstos por el legislador en la regulación de determinadas áreas y sectores de la sociedad, (c) la creciente ineficacia de sus normas para la resolución adecuada socialmente y orientada prospectivamente de los conflictos, (d) los faltantes progresivos de legitimidad del ordenamiento jurídico en la medida en que el proyecto de organización social y económica subyacente a sus programas finales, o sea orientados por el resultado, van dejando de ser aceptados de una manera consensual, (e) la continua particularización del derecho regulador en ramas y sectores muy específicos, volviendo el sistema jurídico como un todo sin condiciones de ofrecer un mínimo de certeza y seguridad, (f) la ampliación de la influencia interdisciplinaria, ya

and the Rule of Law, London, Allen and Unwin, 1987.

En los términos en que aquí es utilizado, basándose en la sociología jurídica alemana de los años ochenta y noventa, el término “juridificación” tiene un significado distinto del original, siendo menos crítico y más analítico, pudiendo encararse en una perspectiva *positiva* (como en la institucionalización de derechos básicos, por ejemplo) o *negativa* (como la burocratización y la parálisis que es la dimensión privilegiada en este trabajo). Cf. Gunther Teubner, “Aspetti, limiti, alternative della giuridificazione”, en *Sociologia del Diritto* XII, No. 1, Milano, 1985, págs. 7- 30 y como organizador, *Juridification of social spheres: a comparative analysis in the areas of labour, corporate, anti-trust and social Welfare State*, *op. cit.*

Dice este autor que la “juridificación” se expandió en el Estado moderno en cuatro etapas: en la primera, institucionaliza los derechos subjetivos privados estando vinculada al advenimiento del Estado burgués; en la segunda institucionaliza los derechos subjetivos públicos estando vinculada al Estado de derecho; en la tercera institucionaliza los derechos de asociación política y da la forma de democracia representativa, y en la cuarta institucionaliza los derechos sociales estando vinculada al Estado intervencionista o “providencial”. Es a partir de esta última etapa que la polémica entorno del sentido *negativo* de la “juridificación” ganó cuerpo.

Ver también Mario Barcellona, “La razionalità della legge e i limiti della scienza giuridica (sui fondamenti teorici della politica del diritto)”, en *Rivista Critica del Diritto Privato* No. 3-4, Napoli, Jovene, 1993, año XI; Norbert Reich, “Formas de socialización de la economía: reflexiones sobre el postmodernismo en la teoría jurídica”, en *Derecho y economía en el Estado Social*, Javier Corcuera Atienza y Miguel Ángel García Herrera org., Madrid, Tecnos, 1988; Pietro Barcellona, “Los sujetos y las normas”, en *Problemas de legitimación en el Estado social*, *op. cit.*; Jacques Chevalier, “La racionalization de la production juridique” en *L'État Propulsif: contribution à l'étude des instruments d'action de l'état*, Charles Albert Morand org., Paris, Publisud, 1991.

sea en el plano legislativo, ya en el de la jurisprudencia exigida por el aumento de la complejidad técnica de las materias reguladas, originando en contrapartida la superación del instrumental técnico-jurídico tradicional y (g) las dificultades de la dogmática jurídica ante todas esas disfuncionalidades para continuar ejerciendo sus funciones básicas de control a la consistencia del derecho legislado y a forjar modelos teóricos para el encuadre de la producción normativa.

Desde un punto de vista más analítico, el aspecto relevante en la “juridificación” es que ella hace posible que se identifique la extensión o el alcance de la erosión de las instituciones jurídicas del Estado social o intervencionista mucho más allá del problema del crecimiento desordenado de normas elaboradas originalmente para responder a situaciones particulares y muy específicas; normas que incorporadas con poco criterio al ordenamiento, después son despreciadas, abandonadas u olvidadas a medida que esas situaciones van cambiando²³.

Y lo que es aún más importante, la “juridificación” también permite identificar con relativa precisión el momento en que las disfuncionalidades, las incongruencias y las contradicciones acumuladas conducen el derecho regulador a sus propios límites de eficacia, a partir de los cuales sus reglas son irrelevantes y por eso son ignoradas por sus destinatarios o, entonces, son relevantes pero producen efectos muy desagregadores en la sociedad o al final multiplican las tensiones antinómicas al interior del propio sistema jurídico llevándolo de este modo al nivel de una inexorable ruptura.

Así, la “juridificación” revela en sus estertores el círculo vicioso inherente a las instituciones jurídico-políticas de la era económica de la posguerra. Además, como la crisis de gobernabilidad acabó por provocar una insoportable “sobrecarga” en el derecho regulador del Estado intervencionista o “providencial”, el agotamiento del potencial de efectividad de ese derecho también agravó de una manera expuesta aquella crisis.

La “ingobernabilidad sistémica” es una de las demostraciones más contundentes e inequívocas de la pérdida de capacidad normativa de la gestión, promoción, control, dirección y planeación de los sistemas económico, social y político por parte del Estado; pérdida que se expresa bajo la forma de lo que en una elaborada reflexión teórica sobre el Estado intervencionista y sus límites jurídico-estructurales que no se transponen, Teubner llama *trilema regulador*. Pero precisamente el triple dilema está formado (a) por la progresiva “indiferencia recíproca entre el derecho y la sociedad”, (b) por el inten-

23 En este sentido ver G. Majone y A. La Spina, “Lo Stato Regolatore”, en *Rivista di Scienza dell' Amministrazione* No. 3, 1991; F. Modugno y D. Nocilla, “Crisi della legge e sistema delle fonti”, en *Diritto e Società*, 1989, Serie 3, y Niklas Luhmann, *Sociologia del Derecho* vol. II, Río de Janeiro, Tiempo Brasileño, 1985, pág. 120 y siguientes. También fue de vital importancia para este análisis la consulta en los anales del seminario “Autopoiesis in Law and Society”, promovido por el European University Institute en Florencia entre el 12 y el 15 de diciembre de 1985.

to de “colonización de la sociedad por parte de las leyes” y (c) por la creciente desintegración del derecho por parte de la sociedad²⁴.

El primero de esos dilema surge del hecho de que a causa del alto grado de diferenciación estructural y funcional de las sociedades contemporáneas, cada uno de sus subsistemas sociales tendería a respetar básicamente las reglas forjadas en su interior y, en consecuencia, a despreciar las normas jurídicas emanadas del poder central del Estado. O sea: cuanto más complejos son los sistemas sociales, menores serían la autoridad institucional del Estado y la efectividad de su instrumental jurídico en términos de control directo de las innumerables interacciones entre individuos, organizaciones, grupos, clases, comunidades y colectividades.

En palabras de Teubner, “la lógica del sistema regulador es incongruente con aquella de los sistemas que intenta regular, por lo cual resulta ser poco efectiva, es decir, no pasa nada”.

Ya el segundo de esos dilemas se produce del hecho de que a causa de su dimensión cada más teleológica o finalista, de su naturaleza muy especializada y de sus crecientes intervenciones “protectoras” en materias como por ejemplo el inquilinato, el consumo, el medio ambiente, el trabajo, la familia, la población de baja renta, etc., el derecho positivo tendería a tratar en categorías excesivamente “particulares” las relaciones sociales básicas, destruyendo así su autenticidad y minando su propia identidad. O sea, cuanto más ese derecho positivo sustituye sus tradicionales normas

24 Cf. Gunther Teubner, “Substantive and reflexive elements in modern law”, en *Law and Society Review* vol. 17, Denver, 1983; “After legal instrumentalism? Strategic models of post-regulatory law”, en *International Journal of the Sociology of Law* vol. 12, 1984; “The regulatory trilemma”, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* vol. 13, Firenze, 1984; “Corporate responsibility as a problem of company constitution”, en *EUT Working Paper*, Florence, European University Institute, 1985; “Social order from legislative noise?”, en *State, Law and Economy as Autopoietic Systems: regulation and autonomy in a new perspective*, Berlin, Walter de Gruyter, 1987; *Autopoietic Law: a new approach to law and society*, Berlin, Walter de Gruyter, 1988; “Hypercycle in law and organization: the relationship between self-observation, self-constitution and autopoiesis”, en *European Yearbook in the Sociology of Law*, Milano, Giuffrè, 1988; “How the law thinks: toward a constructivist epistemology of law”, en *Law and Society Review* vol. 23, Denver, 1989; “And God laughed: indeterminacy, self-reference and paradox in law”, en *Critical legal thought: an American-German Debate*, David Trubek y Christian Joerges orgs., Baden-Baden, Nomos, 1989; “The two faces of Janus: rethinking legal pluralism”, en *Cardozo Law Review* vol. 13, No. 5, 1992; “La chronique d’une mort annoncée ou les différends du droit réglementaire”, en *Droit et Réflexivité: l’auto-référence en droit et dans l’organisation*, op. cit. y, en colaboración con Alberto Febbrajo, *State, Law and Economy as Autopoietic Systems: regulation and autonomy in a new perspective*, Milano, Giuffrè, 1992.

Para una apreciación crítica de la obra de Teubner ver Gotthard Bechmann, “Reflexive Law: a new theory paradigm for legal science?” y Peter Nahamowitz, “Difficulties with Economic Law: difinitional and material problems of an emerging legal discipline”; Erhard Blakenburg, “The poverty of evolutionism: a critique of Teubner’s thesis on Reflexive Law”, en *Conference on Regulatory Crisis*, op. cit., y Danilo Zolo, “Autopoiesis: crítica de un paradigma postmoderno”, en *Zona Abierta*, No. 70-71, Madrid, 1995.

abstractas, genéricas e impersonales por normas bastante técnicas y muy específicas, más pone en riesgo las relaciones vitales de la así llamada *Lebenswelt* que constituyen la espina dorsal de una determinada sociedad: “El sistema regulador *coloniza* el mundo vital (*lifeworld*)”, dice Teubner, “destruyendo así su capacidad para autopropagarse”.

Para finalizar, el tercer dilema proviene sobre todo del hecho de que a causa de la intensa movilidad social y los profundos cambios ocurridos en el sistema político-administrativo y en el sistema socioeconómico, un derecho positivo de carácter cada vez más “finalista” acabaría enfrentando siempre graves problemas de racionalidad sistémica. O sea, cuanto más ese derecho positivo multiplica sus normas y leyes específicas para intentar intervenir “técnicamente” en la dinámica de una sociedad heterogénea y compleja, menores serán su coherencia interna y su organización, lo que terminaría revelando con el tiempo su progresiva incapacidad para tomar en cuenta las tensiones y los conflictos sociales a partir de un conjunto mínimamente articulado de “premisas decisorias”. “La toma del sistema legal por el sistema político impone sobre el derecho tareas que no puede cumplir”, concluye este autor²⁵.

En el transcurso de la década de los noventa, a medida que una era económica declinaba, la de la posguerra se aproximó al punto de entrecruzamiento con la era ascendente –la de la economía globalizada–. Esas tres formas de manifestación jurídica de la “ingobernabilidad sistémica” del Estado intervencionista fueron ampliamente invocadas para fundamentar la adopción de ambiciosos proyectos de “flexibilidad”, desformalización, desburocratización, desregulación, deslegalización y desconstitucionalidad formulados como condición necesaria, sin embargo no suficiente, para la ejecución de los no menos ambiciosos programas de privatización de los monopolios públicos en áreas hasta entonces consideradas estratégicas desde el punto de vista de la soberanía nacional²⁶.

25 Cf. Gunther Teubner, *European University Institute Colloquium Papers*, Florence, doc. 339, pág. 14, y “The regulatory trilemma”, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico moderno*, *op. cit.* Ante ese trilema, afirma Teubner, el discurso a favor de la restauración de la unidad y de la eficiencia del sistema jurídico sería sólo un ejercicio de retórica o una expresión de uso táctico.

“Intentos por instaurar una unidad conceptual y axiológica a través de la dogmática o doctrina jurídica están condenadas a fallar aún en áreas neurálgicas del derecho como el derecho privado o en la relación del derecho como un todo. Mucho más sería se figura la estrategia opuesta que pone el énfasis en la especialización, insistiendo en la legitimidad de la existencia de principios específicos y propios en cada sector jurídico particular. Por ejemplo, es así como se explica el rechazo de los juristas del derecho a la competencia, a tomar en cuenta principios jurídicos reconocidos por otras ramas del derecho. Ni siquiera semejante aislamiento jurídico puede prevenir la aparición de conflictos intersistémicos: las soluciones se construyen de una forma contingente, según las contradicciones traídas por los casos individuales, sin ninguna posibilidad de construcción de una doctrina general de conflictos”. Cf. Gunther Teubner, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, 1993, pág. 180.

26 Por ejemplo, entre 1988 y 1994, los países en desarrollo lograron cerca de US\$ 112

CUADRO 2
EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN JURÍDICA

	Eras	Keynesiana	Economía globalizada
Características			
Objeto de regulación		Conflictos entre el trabajo y el capital	Conflictos básicamente funcionales
Agentes sociales correspondientes		-Estado -Empresas fordistas -Sindicatos -Partidos	Organismos públicos, corporaciones empresariales posfordistas, centrales sindicales, organizaciones no gubernamentales
Eje central		Económico: participación del crecimiento; empleos, rentas y equipamiento colectivo	Organizador: descentralización; flexibilidad de la producción, maximización de la acumulación
Espacio de regulación		Único y homogéneo: territorio nacional	Doble: descentralizado en relación con cada nación y centralizado en las matrices
Modo de regulación		Estatal: negociación colectiva vía Estado providencial	Global, vía técnicas de gestión financiera, industrial, mercantil y laboral
Tipo de derecho		Positivo	"Redes" normativas

Fuente: Adaptado de Pierre Rosanvallon, *La Crise de l'Etat-providence*, Paris, Seuil, 1981, pág. 135.

De hecho, aunque hayan sido presentados como alternativos pero adecuados a la "inflación legislativa", al "trilema regulador", a la "juridificación" y organizados en un corto espacio de tiempo, los resultados y efectos provocados por esos proyectos no deben ser entendidos automáticamente como la supresión de las señales rojas para la libre circulación de vehículos en una metrópoli; es decir, confundidos con la generación de un vacío normativo.

Lejos de eso, ni el derecho positivo del Estado-Nación desapareció a pesar de su poder coercitivo y de que su capacidad de dirección habían sido desafiados por sectores económicos autoorganizados y por cadenas productivas autorreguladas, ni las relaciones socioeconómicas reglamen-

billones en rentas oriundas de esos programas de privatización. De ese total, América Latina fue responsable de la mitad. Los programas de privatización en Argentina y México durante este periodo fueron los mayores, produciendo rentas de US\$ 17 billones y US\$ 27 billones, respectivamente. En el caso de Brasil ese monto llegó a US\$ 8 billones. Las otras dos regiones que fueron objeto de esos programas, aunque con rentas menores, fueron el Este de Asia, Asia Central y el Este europeo. Cf. Banco Mundial, *Global Economic Prospects and the Developing Countries*, op. cit., págs. 7 y siguientes.

tadas por él hasta entonces quedaron totalmente exentas de ningún control jurídico hasta porque los propios proyectos de “flexibilidad”, privatización, desestatificación, desreglamentación y desconstitucionalidad mencionados antes tuvieron paradójicamente su ejecución viable e instrumentada por una producción normativa abundante, compleja y específica. En realidad, lo que ocurrió fue un proceso de cambio estructural con doble cara (ilustrado por el cuadro 2) y que será presentado en el próximo subítem.

Del Estado-Nación a la “economía-mundo”: el derecho emergente con la globalización

En el ámbito específico del Estado-Nación, sus instituciones jurídicas terminaron siendo reducidas progresivamente al número de normas y títulos legales y se volvieron más ágiles y flexibles en términos procesales. Desde luego, el Estado continuó legislando inclusive en materia económica, financiera, monetaria, tributaria, de seguridad social, laboral, civil y comercial. Pero pasó a hacerlo ahora y ese es el hecho nuevo digno de esta nota, disminuido en su poder de intervención y muchas veces constreñido a compartir su titularidad de iniciativa legislativa con diferentes fuerzas que trascienden el nivel nacional; o sea, limitado en sus políticas fiscales, en sus instrumentos de dirección y en sus estrategias de planeación; obligado a tomar en cuenta antes el contexto económico-financiero internacional que las propias presiones, anhelos, expectativas y reivindicaciones nacionales, y restringido al papel de articulador y controlador de la “autorregulación”, teniendo como función (a) preservar la complejidad de las diferentes racionalidades de los sectores y agentes productivos y (b) inducir procesos de mutuo entendimiento entre ellos.

Todo lo anterior tiende a llevar el derecho positivo de ese Estado a reglamentar no tanto los comportamientos sino los procedimientos. Dicho de otro modo, a volverse menos hacia el establecimiento de sanciones para cuando no se cumpla lo que originalmente fue acordado o aceptado y más a los ajustes procesales que se hicieron necesarios ante la evolución de las relaciones de fuerza en el interior del sistema económico y de sus innumerables cadenas productivas, cuyo carácter eminentemente policéntrico y multipolar en la práctica imposibilita la imputación simultánea y múltiple de responsabilidades tanto de cada eslabón o conexión de esas cadenas como de sus núcleos dominantes.

Ya en el ámbito de la “economía-mundo”, las organizaciones financieras y empresariales transnacionales que actúan con base en la premisa de que las decisiones relacionadas con los sucesivos niveles de las actividades productivas no pueden tomarse separadamente por etapas, sino de forma simultánea y global, ampliaron de una manera evidente la producción de sus propias reglas bajo la forma de sistemas de organización y métodos, manuales de producción, reglamentos disciplinarios, códigos

deontológicos de conducta y, sobre todo, contratos estandarizados de alcance mundial²⁷.

Como en el ámbito de una cadena productiva cada conexión es un conjunto de relaciones dinámicas y como las diferentes conexiones interaccionan entre sí, las organizaciones financieras y empresariales transnacionales insertadas en ella necesitan crear y condensar su normatividad y su “oficialidad” para maximizar la administración de los bloques de relaciones segmentadas y las estrategias de sinergia entre abastecedores de materias primas, montadores, distribuidores y prestadores de servicios, lo que las llevó a producir una “jurisprudencia” ad hoc paralelamente al ordenamiento jurídico de cada territorio en el que actúan.

En esas organizaciones, recuerda Teubner, “cuando quiera que surge la cuestión jurídica, por ejemplo en una acción disciplinaria interna, tiene lugar un sutil pero decisivo cambio en el sentido. El proceso jurídico interno de la firma, el sistema de justicia privada –y no la ley oficial del Estado–

27 En este caso específico, afirma uno de los más respetados precursores de los estudios sobre el impacto de la globalización del derecho: “Cuando hablamos de la globalización del derecho, debemos ser conscientes de que hablamos de un extremadamente especializado conjunto de fenómenos legales puestos en una esfera en la cual no queda totalmente claro si el quantum total de relaciones humanas gobernadas por el derecho ha incrementado o decrecido en el último siglo. (...) Hablamos de la globalización del derecho en referencia a un número de fenómenos relacionados entre sí. Como concomitante a la globalización de los mercados y las organizaciones y las prácticas empresariales de las corporaciones multinacionales que operan en esos mercados, ha habido un movimiento hacia un relativamente uniforme derecho contractual y comercial a nivel global.

Es usual que, por su misma naturaleza, los contratos sean un especie de sistema privado de producción de normas. Las dos o más partes contractuales crean una serie de reglas para gobernar sus futuras relaciones. Estas son las varias provisiones sustantivas del contrato. Tal sistema de producción privada de leyes puede existir transnacionalmente, incluso cuando no exista una corte transnacional o un soberano transnacional que resuelva los conflictos entre las partes contratantes y que haga cumplir esas resoluciones. Las partes contratantes pueden haber especificado en el mismo contrato el mecanismo de arbitraje no gubernamental o las cortes de un Estado-nación en particular, o ambos, para resolver conflictos contractuales. (...)

Mientras estén disponibles las cortes y el derecho de los estados individuales, y las cortes y el derecho de cada uno o de la mayoría estén preparados para reconocer y hacer valer los juicios de otros, un derecho comercial global puede originarse en la producción privada del derecho. Esto ocurre cuando los incentivos comunes de uniformidad, previsibilidad y transparencia del derecho que se encuentran en juego en todos los regímenes contractuales capitalistas, mueven al sustancial, mas no gigantesco, número de importantes legisladores multinacionales, corporativos y privados a que generen una serie de provisiones contractuales relativamente uniformes.

Así surge un derecho comercial global independiente de cualquier legislador o veedor, aunque dependiente de las instituciones legales y judiciales nacionales de ya larga trayectoria”.

CF. Martin Shapiro. “The globalizations of law”, *op. cit.*, pág. 37-38. Ver también a Samuel Huntington, “Transnational Organizations in World Politics”, en *World Politics* No. 25, 1973, y Alberto Bernabe-Riefkohl, “Tomorrow’s law schools: globalizations and legal educations”, *op. cit.*, pág. 5-9.

relee, reinterpreta, reconstruye, reobserva estas rutinas bajo el código legal/ilegal y los constituye en una nueva e integral parte del derecho intra-organizacional. (...)Las estructuras de transacciones económicas son (hoy en día) esencialmente no legales; se construyen sobre oportunidades reales de acción o se construyen sobre la confianza de futuros cambios en las oportunidades”²⁸.

Ese es el aspecto más visible de los cambios estructurales en cuestión: los inevitables enfrentamientos entre iniciativas jurídicas de los actores – gobiernos, empresas públicas o privadas y organismos multilaterales– con distintos grados de poder, intereses e institucionalización, resultando en situaciones muchas veces contradictorias y paradójicas.

Un buen ejemplo de esas situaciones es dado por el intento de las metalurgias alemanas que buscan sustituir los acuerdos salariales de nivel nacional por acuerdos negociados a nivel de empresas, mientras en el mismo período los organismos multilaterales se esfuerzan por imponer un acuerdo sectorial a escala mundial²⁹. Un segundo ejemplo ilustrativo es dado por las fuertes presiones de los países desarrollados a favor de la completa liberalización del comercio exterior en el ámbito de los países en desarrollo. Esos países las justifican por medio de la retórica de la *globalización irrestricta*, mientras con el poder del que disponen para establecer barreras o aplicar sanciones –como la Sección 301 de la ley de comercio de los Estados Unidos–³⁰ practican una *globalización selectiva*.

28 Cf. Gunther Teubner, “The two faces of Janus: rethinking legal pluralism”, *op. cit.*, págs. 1453-1455.

29 Cf. André-Noel Roth, “El derecho en crisis: ¿fin del Estado moderno?”, mimeógrafo, Genève, 1993, y “Elementos de reflexión sobre la transformación del Estado y del derecho frente a la globalización”, mimeógrafo, Puerto Rico, 1994.

30 La *Sección 301*, originalmente concebida por la Ley de Comercio de 1974 tanto como medida legal contra prácticas extranjeras consideradas violadoras de los tratados comerciales de los Estados Unidos, como mecanismo de protección de la propiedad intelectual y con el tiempo de por medio (la Ley de Comercio y Tarifas de 1984 y la Ley *Omnibus* de Comercio y Competitividad de 1988), fue también utilizada como instrumento para la apertura de nuevos mercados extranjeros, lo mismo que para la consecución de beneficios comerciales para los productos y servicios norteamericanos; se divide en tres partes: la *común*, la *especial* y la *super*. La primera autoriza al representante comercial de los Estados Unidos (United States Trade Representative) a imponer sanciones como revancha contra las prácticas extranjeras que considere “injustificables, irracionales o discriminatorias”. Esas sanciones no se limitan sólo al sector o al producto cuestionado, ya que pueden ser aplicadas igualmente a todos los demás productos provenientes del país afectado.

La *301 especial* confiere al representante comercial de los Estados Unidos la prerrogativa de definir los “países prioritarios” en la aplicación de esas sanciones por prácticas que “amenacen el comercio norteamericano” y oculten la protección adecuada y efectiva de la propiedad intelectual de ciudadanos y empresas norteamericanas. Finalmente, la *301 super* atribuye al representante comercial de los Estados Unidos la responsabilidad de indicar las “prácticas prioritarias” adoptadas por cualquier país que deben eliminarse para hacer viable el avance de la liberalización comercial en la economía internacional.

Asociado a los anteriores, un tercero e importante ejemplo está dado por la pretensión de los Estados Unidos de definir unilateralmente reglas internacionales³¹ y de forzar a los gobiernos a cambiar políticas domésticas consideradas perjudiciales a los intereses norteamericanos, al mismo tiempo que mantiene un discurso paralelo de respeto al régimen de derecho y negocia en el ámbito multilateral el establecimiento de marcos normativos para la conciliación de los conflictos resultantes del proceso de competencia global.

En el mismo sentido, un cuarto ejemplo igualmente significativo es dado por las presiones de los conglomerados transnacionales en las áreas de la biotecnología y el software sobre los países en desarrollo para la adopción y cumplimiento de una ley de marcas y patentes, al mismo tiempo que también reivindican la desreglamentación y la ilegalidad de otras áreas en nombre de la “libertad de competencia”³². Un quinto ejemplo es dado por la Convención 158 de la Organización Internacional del Trabajo que establece limitaciones al poder de despedir empleados, ratificada por gobiernos empeñados en la “flexibilidad” de la legislación laboral para bajo la justificación de ampliar la competitividad de sus bienes y servicios en el mercado globalizado, eliminar derechos sociales consagrados hace mucho y dar a las empresas una libertad casi absoluta para promover dimisiones, sin costos ni obligaciones, con el propósito de ajustar su cuadro de personal conforme a las oscilaciones del mercado.

Por fin, un último ejemplo está dado por los gobiernos latinoamericanos que necesitan de capitales externos para estabilizar sus monedas, siendo obligados a no reglamentar sus mercados y a ofrecer altas tasas de interés reales para atraerlos. Cuanto más trabajan en esta línea, más tienen que regular el control de entrada de recursos de corto plazo, principalmente cuando los capitales externos atraídos por las posibilidades de lograr ganancias reales ante los altos intereses ofrecidos entran muy velozmente y en cantidades superiores a la solución de la ecuación financiera interna.

Otros aspectos importantes de los cambios estructurales que ahora examinamos son la multiplicación y el consiguiente entrelazamiento de tres tipos bastante específicos de reglas. En primer lugar, las normas técnicas formuladas para atender a las crecientes exigencias de patrones mínimos de calidad y seguridad de los bienes y servicios en circulación en el mercado, de especificación de sus propiedades químicas y físicas, del origen de

31 Es este el caso de la política de “levelling the playing field”, impuesta como condición previa para la negociación de acceso a los mercados. En este sentido ver Vivianne Ventura Dias, “Brasil entre el poder de la fuerza y la fuerza del poder”, en *Brasil y la economía global*, Río de Janeiro, Campus, 1996, pág. 61.

32 En este sentido ver Albert Tito, “A challenge for the World Trade Organization: towards a true transnational law”, en *Journal of World Trade* vol. 29, No. 3, 1995, págs. 84-85 y 89-90, y Carol A. G. Jones, “Capitalism, Globalization and Rule of Law: an alternative trajectory of legal change in China”, en *Social and Legal Studies* vol. 3, London, 1994, págs. 195-221.

sus materias primas, de su sitio de fabricación, etc. Como para su circulación hay necesidad de un consenso entre los diferentes productores en cuanto a los criterios de evaluación, medición, cotejo, comparación y documentación adoptados, el resultado es la proliferación de órganos técnico-normativos privados, públicos o mixtos –como el International Accounting Standards Committee, la International Chamber of Commerce, la International Organization for Standardization, la International Intellectual Property Alliance, Netherlands Oils, Fats and Oilseeds Trade Association, la Unión de los Científicos e Ingenieros Japoneses o la Asociación Brasileña de Normas Técnicas– encargados de hacer sondeos, ejecutar servicios de medición, elaborar dictámenes, sistematizar las decisiones tomadas, homologar resultados y promover arbitrajes ad hoc³³.

En segundo lugar, las normas creadas por los conglomerados transnacionales de cara a las particularidades de sus plantas industriales, de las características de sus equipamientos, de las singularidades de sus áreas de actividad, de sus estrategias de organización, métodos y de “cultura” empresarial, hacen así viable en el plano infranacional la autonomía jurídico-funcional de sus unidades productivas³⁴. En tercer lugar, la progresi-

33 Uno de los ejemplos más ilustrativos de esos órganos técnico- normativos es dado por la ya mencionada Cámara Internacional del Comercio. Ésta es una institución privada fundada en 1923 y financiada exclusivamente por las empresas que la integran y por los usuarios de sus servicios; ofrece uno de los más respetados servicios de arbitraje empresarial a nivel mundial, y posee una *experiencia* técnica y profesional que la gran mayoría de los tribunales está lejos de alcanzar, decidiendo en un plazo de tiempo mucho menor que el de aquellos, adoptando ritos y procedimientos mucho más simples que los del proceso civil o penal, requiriendo un volumen de gastos con defensores, abogados, tasas y peritajes muy inferior al de las acciones judiciales convencionales y garantizando además confidencialidad.

Hasta 1990 la ICC ya había arbitrado más de 6.700 casos. En 1991 recibió 333 nuevos casos que vinieron a sumarse a los 736 pendientes entonces. En total esos 1.069 casos incluían disputas por un valor de US\$ 15 billones. Cf. Michel Gaudet, “The international Chamber of Commerce Court of Arbitration”, en *Internactional Tax an Business Law* vol. 4, 1986, pág. 213, y “A Statistical Survey of ICC Arbitration”, en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 1992, mayo, pág. 5. La importancia de la ICC puede medirse por el hecho de que a lo largo de su trayectoria formuló muchas reglas y códigos que hoy son universalmente reconocidos por los conglomerados empresariales, por las demás instituciones de arbitraje y por los tribunales de muchos países.

Entre esas reglas y códigos se destacan los Incoterms, las normas que regulan el transporte de mercancías por vía marítima; las Uniform Rules for a Combined Transport Document; el International Code of Standards of Advertising Practice y las Uniform Rules of Conduct for Interchange of Trade Data by Teletransmission.

Ver también Franklin C. Jesse Jr., “Breach and Adaptation of International Contracts”, en *Denver Journal of International Law and Policy*, Denver, 1993, verano, pág. 209; Josef Falke, *The role of nongovernmental standardization organizations in the regulation of risks to health and the environment* No. XX, Florence, European University Institute, Working Papers Law, 1996.

34 Reflexionando sobre el alcance de ese tipo de norma y el potencial corrosivo sobre la autoridad y el “monopolio” del derecho positivo nacional, el Código de Conducta de las

va “internacionalización” de partes significativas del derecho positivo de los Estados-Nación, mediante el aumento de las materias reguladas por ellos en la jurisdicción de competencia de diferentes organismos multilaterales con el propósito de promover su armonización y unificación, es más exactamente como afirman Nimmer, Pelkmans, David, Dezalay, Roorda y Florence con el objetivo de someterlas a un proceso de estandarización y conformidad (*standardization and conformity*)³⁵.

Empresas Transnacionales propuesto por la Organización de las Naciones Unidas se destaca por la cláusula según la cual ellas deben comprometerse a aceptar y a respetar las leyes de los países a los que lleguen a operar. Sobre esta cláusula y los demás códigos de conducta que tratan de la misma cuestión, como el de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), publicado en 1976 y el de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), publicado en 1977, ver Jacques Béguin, “Le développement de la Lex Mercatoria, menace-t-il l'ordre juridique international?”, en *McGill Law Journal* vol. 30, Montreal, 1985, pág. 52 y siguientes.

35 La preocupación con la armonización y estandarización de la legislación, especialmente en materia de derecho privado, no es nueva. Algunos ejemplos ilustrativos pueden mencionarse. Reunida por primera vez en 1893 en La Haya, la Conferencia Internacional de Derecho Privado se convirtió en una institución permanente, vuelta hacia la uniformidad tanto de reglas materiales como de las normas sobre conflictos de leyes. Ese proceso armonizador y estandarizado se siguió en 1926 con la creación del International Institute for Unification of Private Law (Unidroit), impulsado por la antigua Liga de las Naciones. Fue acelerado en 1966 con la llegada de la United Nations Commission on International Trade Law (Uncitral), lo que condujo a la Uniform Law on the Formation of International Sales Contracts y a la Convention on International Sale of Goods.

Se fue condensando a comienzos de los años ochenta gracias a la formación de una entidad no gubernamental integrada por juristas de la entonces Comunidad Económica Europea con la finalidad de acelerar la estandarización del derecho contractual en el ámbito de sus Estados miembro. La premisa básica de ese proceso dice Nimmer, La premisa básica de ese proceso, dice Nimmer, “es que existen beneficios en varias áreas del derecho, especialmente en aquellas relativas al derecho comercial, litigio y transacciones financieras, que pueden ser obtenidos a través del establecimiento de una simetría básica en cierta parte de las leyes nacionales, y una aceptación subyacente de principios legales de un país en otro.

Los esfuerzos por estandarizar las normas nacionales vienen a través de los tratados desarrollados en negociaciones multilaterales, acuerdos o convenios multilaterales, y de la influencia bilateral directa ejercida entre gobiernos o de la participación empresarial o de grupos comerciales”. Cf. Raymond R. Nimmer, *Globalization of Law: commercial and intellectual property markets*, *op. cit.*, pág. 7.

Ver también Jacques Pelkmans, “The new approach to technical harmonization and standardization”, en *Journal of Common Market Studies* No. 25, 1987; René David, *Le Droit du Commerce International: réflexions d'un comparatiste sur le Droit International Privé*, Paris, Economica, 1987; Ives Dezalay, “The big bag and the law: the internationalization and the restructuring of the legal field”, en *Theory, Culture and Society*, London, Sage 1990; Peter Rooda, “The internationalization of the practice of law”, trabajo presentado en el seminario “Globalization of Law and Business in the 1990's”, promovido por la Wake Forest School of Law, New York, noviembre de 1992, y Nicolas Florence, *Common Standards for Enterprises*, Luxembourg, Office for Official European Community Publication, 1994.

Sobre el impacto de ese proceso de armonización, estandarización y unificación en el ordenamiento jurídico de los Estados-Nación, ver Thomas Wilhelmsson, “Legal integration

La tensión inexorable entre la multiplicación de esas normas de naturaleza técnica y los organismos responsables por su formulación, afirmación y aplicación, la proliferación de las reglas de funcionamiento impuestas por los grandes conglomerados empresariales y financieros transnacionales a sus unidades productivas en el plano infranacional, la consiguiente fragmentación de la adjudicación en el plano mundial y ese proceso de “internacionalización” armonizadora y estandarizada de importantes áreas, ramas y sectores del derecho positivo nacional es lo que va a forjar el carácter de la racionalidad jurídica inherente al fenómeno de la globalización económica.

Racionalidad cuya “norma fundamental”, como condición de posibilidad de un sistema normativo en el sentido kantiano del término definiendo el perfil de la propia experiencia objetiva del orden jurídico emergente, reside en un juicio de hecho: la conciencia de los nuevos sujetos políticos y de los agentes económicos sobre las formas de las relaciones sociales condicionadas por las interconexiones entre las instituciones financieras internacionales y las corporaciones empresariales transnacionales, exige del Estado-Nación diferentes papeles intermediarios que sólo pueden ser ejercidos efectivamente con la colaboración de ellos y, lo que es aún más importante, sin su poder de veto.

Por eso se trata de una racionalidad bastante peculiar y, más exactamente, de la cual van a resultar instituciones jurídicas esencialmente descentralizadas, que proceden y sobre todo “facilitan”, en oposición a aquellas muy centralizadoras, sustantivas y finalistas desarrolladas en la posguerra por el Estado intervencionista o “providencial”, basado en las políticas keynesianas de gestión macroeconómica y en los programas de bienestar social.

Concebidas más con el propósito de evitar la eclosión de los conflictos que con el de establecer reglas y procedimientos para que éstos fueran dirimidos y decididos, esas instituciones no tienen la pretensión de regular los procesos socioeconómicos ni mucho menos de imponer fines a sus partícipes. Básicamente se limitan a neutralizar eventuales disfunciones

as desintegration of national law”, en *Legal Policentricity: consequences of pluralism in law, op. cit.* “Harmonization of some part of the law on a world-wide basis will inevitably lead to value conflicts, to a *disintegration of legal values*, at the national level”, afirma este autor. “Incluso la armonización técnica con respecto de, por ejemplo, los contratos internacionales, pueden afectar valores fundamentales del orden legal involucrado. Uno de los ejemplos quizá más obvios es la regulación del interés en la convención internacional de ventas, la CISG (art. 78).

La redacción de este artículo estuvo rodeada de mucha controversia, *inter alia*, porque algunos países musulmanes consideraban inaceptable el cobro de intereses por razones religiosas. El conflicto fue resuelto por componenda, según la cual existe un derecho a intereses sobre pagos morosos, pero no existen detalles respecto de, por ejemplo, la mención de la tasa de intereses en la convención. Sin embargo, aún con esta forma escueta, esta regla tenderá a crear severos conflictos de valores al ser aplicada en alguno de los países que se oponen a ella” (pág. 136).

del mercado. Por ese motivo es que están dirigidas menos a la consecución de resultados concretos, obtenidos por medio de la disciplina conforme, estandarizada y tipificada de comportamientos, y más a la coordinación de los particularismos jurídicos, de los microsistemas normativos con ritmos propios de desarrollo y de las diferentes formas de legalidad desarrolladas en el interior de las innumerables cadenas productivas que constituyen la economía globalizada.

¿De qué Estado de derecho nos habla el Banco Mundial? 1992-1998

GERMÁN BURGOS¹

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 implementación del derecho es central en la reforma del rol del Estado y en la implementación de las estrategias de desarrollo².

Introducción

Desde 1994 el Banco Mundial (BM), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Banco Asiático de Desarrollo han realizado *préstamos* para proyectos de *reforma judicial* por cerca de 500 millones de dólares en 26 países³. Bajo estos rubros se han promovido cambios en los códigos de comercio, de procedimiento, normas de propiedad intelectual, organización y desempeño de las cortes, formación de los jueces, uso de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, todo como parte de la conformación de un Estado de derecho.

Para el BM, el BID y el FMI, entre otros, la necesidad de reformas de los marcos legales en los países en vías de desarrollo, aparece como condición central para el éxito del modelo económico orientado por el mercado. En la práctica, los cambios en las leyes han sido en gran parte una condición para la obtención de los préstamos otorgados a los países por estas

-
- 1 Candidato a Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona, España
Profesor Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Colombia.
Cualquier comunicación, comentario o crítica en relación con este artículo es bienvenida a burgos@eco.ub.es o burgosil@yahoo.com.
 - 2 Dakolias, Maria (1996). *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean. Elements of Reform*. World Bank Technical Paper Number 319, Washington, p. 12.
 - 3 Messick, Richard (1999). *Judicial Reform: A survey of Issues*. World Bank Observer, Washington.

organizaciones multilaterales. Así, con la introducción de los préstamos para Programas de Ajuste Estructural, PAJ, a mediados de los 80, las condiciones sobre los cambios legales hicieron su aparición a manera de llamados a la desregulación, a una regulación más flexible y competitiva, y a la garantía de los derechos de propiedad. Entrados los años 90, bajo la preocupación por el buen gobierno (*good governance*) aparece el interés por la reforma de los sistemas de justicia en cuanto complemento obligado de las reformas legales. Hoy, bajo el denominado Posconsenso de Washington, las reformas legal y judicial siguen formando piezas maestras de lo que para las entidades multilaterales es el proceso de desarrollo guiado por el mercado.

Este creciente componente legal y judicial, muy importante en las iniciativas de las organizaciones económicas internacionales antes mencionadas, es relativamente nuevo si lo comparamos con lo que ha sido su dinámica desde sus orígenes en Bretton Woods hasta finales de los 70⁴. Durante los últimos 20 años, la dimensión jurídica de la asistencia y la condicionalidad de los bancos multilaterales a los países periféricos han sido parte de la ampliación de la agenda de acción del Banco respecto de los aspectos político-institucionales del desarrollo económico⁵.

En el marco de las varias organizaciones multilaterales y nacionales, públicas y privadas de los países desarrollados, involucradas en este proceso, ha sido el Grupo del Banco Mundial el que ha logrado una posición de liderazgo y guía en la conformación de lo que, siguiendo a Boaventura de Sousa Santos, podemos denominar como «derecho estatal transnacionalizado»⁶. Ello, en primera instancia, por su diferencial capacidad de financiación de los proyectos de reforma comparada con la de otras organizaciones multilaterales o bilaterales; en segundo lugar, porque el BM ha sido la única instancia que ha proveído un discurso de justificaciones y de líneas de acción teóricas y políticas bajo los cuales enmarcar los proyectos de reforma legal y judicial^{7,8}.

4 Amin, Samir (1999). *El capitalismo en la era de la globalización*. Ed. Paidós, Barcelona.

5 Sobre la incorporación de los elementos políticos institucionales en la agenda del desarrollo dentro del BM se puede ver Miller Adams, Michelle (1999). *Approaching Politics. The Governance Agenda*. The World Bank, *New Agendas in a Changing World*, Routledge.

6 Santos define como derecho estatal transnacionalizado "cualquier situación en la que se pueda establecer que los cambios en el derecho estatal de un país dado han sido influidos decisivamente por presiones internacionales, formales o informales, de otros Estados, agencias internacionales u otros actores transnacionales". (Santos, 1998)

7 Esto ocurre no sólo en el caso en mención. El Banco ha sido analizado como un actor capaz de colocar agendas de acción y discusión en varios temas. Para un muy completo recorrido por la acción del Banco Mundial en cuanto actor intelectual se puede ver el estudio de Stern, Nicholas y Francisco Ferreira (1997), *The World Bank as "Intellectual Actor"*, The World Bank. *Its First Half Century*, vol. I History. Brookings Institution, Washington.

8 Faundez, Julio (1997): *Good Government and Law: Legal and Institutional Reform in Developing Countries*. St. Martin Press; Gibbon, Peter (1993): "The World Bank and the New Politics of Aid", *European Journal of Development Research. Political*

La introducción de las especialmente poderosas Organizaciones Económicas Internacionales (OEI) en la promoción, soporte económico y delimitamiento de las instituciones jurídicas de los países en desarrollo, forma parte de un proceso mayor referente a las relaciones entre globalización y derecho (Santos, 1998). Este proceso general, y en particular los programas de reforma legal y judicial del BM en el Tercer Mundo, cuestiona de manera relevante la forma como desde el mundo jurídico se entendía la relación entre soberanía y derecho, y la discusión sobre el contenido del Estado de derecho.

Desde la conformación del Estado Nación moderno, la producción del derecho y su aplicación en un territorio delimitado ha sido uno de los atributos centrales de la soberanía (Faundez, 1997, p. 2). Independientemente de los aspectos relativos a la titularidad del atributo soberano, desde Bodino, pasando por Locke, hasta Kelsen, la soberanía remitía parcialmente a la capacidad de emitir y llevar a la práctica un sistema legal nacional como expresión de determinada voluntad. Aun bajo la importancia ganada por el derecho internacional luego de la segunda guerra mundial y su morigeración de la soberanía interna, ésta, al menos jurídicamente y en términos externos, siguió y sigue siendo pieza central en términos de los derechos nacionales e internacionales⁹.

El anterior entendimiento se trastorna profundamente con el sometimiento de determinadas reformas legales e institucionales al interior de los países como parte de las condiciones para la obtención de créditos dirigidos al desarrollo¹⁰. El Banco ha utilizado la condicionalidad para la introducción de cambios especialmente legales a través de los programas de ajuste¹¹. Recientemente, el BM ha creado una línea especial de créditos

Conditionality, vol. 5, No. 1, p. 42; Banco Mundial (1996): *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean. Elements of Reform*. World Bank Technical Paper Number 319, Washington.

- 9 Para un análisis histórico sobre el concepto de la soberanía en el marco de la teoría del derecho y el Estado se puede ver Heller, Herman (1995). *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, 2 ed. Fondo de Cultura Económica. Para una valoración de la forma como la relación entre soberanía y derecho se viene transformando se puede ver Zurn, Michael (1999). *Sovereignty and Law in a Denationalized World*. Paper preparado para la conferencia *The Legal Culture of Global Business Transactions*, celebrada por el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, España, 17-19 de junio 1999; Jayasuriya Kanishka (1999). "Globalization, Law and the Transformation of Sovereignty: The emergence of Global Regulatory Governance", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 6.
- 10 En tal sentido compartimos la afirmación y preocupación planteada por Kelsey: "La visible erosión de la soberanía del Estado-Nación en los últimos años amenaza a estos mitos y socava la integridad conceptual o ideológica del derecho contemporáneo. Si no se neutraliza esta amenaza, las bases teóricas de nuestro sistema legal tendrán que cambiar". Kelsey, Jane (1997). "Globalisation, State and Law: Towards a Multi-perspectival Polity", *Cross Currents: Internationalism, National Identity and Law*, p. 33. (El resaltado es nuestro)
- 11 Banco Mundial (1995). *The World Bank and Legal Technical Assistance. Initial Lessons*. The World Bank Legal Department, Washington, enero.

para la reforma judicial gestionados a petición de los países, morigerando con ello el componente directo de compulsión externa¹². No obstante, la inevitable apelación a créditos multilaterales para la apertura de juzgados o una mejora en la eficiencia de los mismos, se debe entender en el marco de la condicionalidad sobre las políticas macroeconómicas dirigidas a la limitación de los gastos estatales. Es ésta la que explica en parte por qué ahora muchos Estados son incapaces de garantizar fondos propios para la reforma de sus aparatos de justicia¹³.

La promoción del Estado de derecho por el Banco también es polémica, en cuanto la definición de aquél ha variado no sólo históricamente sino que es un terreno disputado tanto teórica como políticamente. Históricamente, la particular fórmula del gobierno de las leyes por sobre el gobierno de los hombres ha estado ligada al ideario de un Estado liberal interesado en especial en la garantía de las libertades negativas, modelo hoy transformado bajo las consideraciones de libertad positiva y legitimidad democrática en un Estado social y democrático de derecho¹⁴. El término Estado de derecho ha sido objeto de diversas conceptualizaciones en términos de la construcción de una definición normativa, la cual en varios casos ha estado ligada a ideologías políticas excluyentes¹⁵.

12 Ko-yung Tung, nuevo consejero general y vicepresidente del Banco Mundial, expresó recientemente su inquietud por la pertinencia de los préstamos multilaterales como la mejor herramienta para apoyar la reforma judicial, en comparación con el uso de donaciones. Tal afirmación la realizó como parte del pánel "What is the Role of Multilaterals in an Agenda for a Just and Equitable Society?", sesión final de la conferencia internacional "Comprehensive Legal and Judicial Reform", organizada por el Banco Mundial en Washington, entre el 5 y el 7 de junio del 2000.

13 Las inquietudes sobre los efectos de estos proyectos de reforma legal y judicial en la soberanía de los Estados han sido afrontadas de dos formas por los representantes de las entidades multilaterales. De un lado se afirma que han sido los Estados mismos los que han solicitado a las agencias internacionales proyectos de asistencia técnica en estas áreas. Este argumento, sin embargo, es bastante parcial y no hace referencia al carácter de condición que muchos proyectos han tenido y tienen en relación con los préstamos del Banco. Un segundo argumento finca la legitimidad de la intervención del Banco en temas como la reforma judicial, en su carácter de institución creada por los Estados y con permanente representación de éstos en su seno. Este argumento desconoce que en el seno del Banco Mundial el proceso de toma de decisiones sigue el principio de un dólar igual a un voto, lo cual da un poder de veto real a los países más ricos. (Munich, 1998).

14 Ferrajoli (1995). *Derecho y razón*. Trotta.

15 En términos ideológico-políticos, el Estado de derecho ha sido defendido, entre otros, por el pensamiento liberal clásico, el tradicionalismo conservador alemán, la democracia social y ciertas vertientes del fascismo. Por su parte, el análisis del Estado de derecho desde la teoría constitucional, la teoría del derecho o la teoría de la justicia han reconocido la existencia de un abordaje formal y otro sustancial, dentro de los cuales hay un importante abanico de opciones. Así puede verse Baratta, Alessandro (1977). "El Estado de derecho: Historia del concepto y problemática actual", *Sistema* 16-17. Craig, Paul (1997). "Formal and Substantive Conceptions of the rule of law: An Analytical Framework", *Public Law*, Autumn. Ed. Sweet & Maxwell.

La elección de una determinada definición de Estado de derecho no es un mero ejercicio académico. La opción por uno u otro entendimiento tiene consecuencias político-institucionales de diverso tipo. No es lo mismo la defensa de un Estado de derecho meramente formal compatible tanto con formas políticas autoritarias como democráticas. De igual forma, una cosa es una concepción del Estado de derecho preocupada en especial por la legitimidad democrática de las leyes y centrada en el papel del parlamento, que aquella interesada en la defensa de determinadas libertades e inclinada a una especial centralidad del poder judicial¹⁶.

El Estado de derecho hoy en día es sinónimo de un Estado constitucional¹⁷. Esto significa la supremacía de la constitución en cuanto garante de los derechos y libertades fundamentales y expresión de la voluntad popular¹⁸. Dentro de tales derechos no sólo se han incluido las libertades negativas legadas del siglo XIX sino los derechos económico-sociales y en algunos casos los colectivos. En términos jurídico-constitucionales, varios países de América Latina han regulado la existencia de un Estado social de derecho¹⁹. La variedad de entendimientos y su dimensión constitucional en principio nacional hace de especial relevancia la inquietud por las correspondencias o exclusiones entre el concepto de Estado de derecho promovido por el Banco Mundial y el concepto de Estado social de derecho constitucionalmente previsto en muchos de los países de la región.

El objetivo del presente escrito es ofrecer una lectura del concepto de Estado de derecho adoptado por el Banco Mundial en sus programas de reforma legal y judicial para el desarrollo económico. De manera específica, nos interesa establecer el concepto de «*rule of law*» promovido por el Banco, el cual da sentido a sus programas de reforma judicial y sus vínculos con el crecimiento económico. El análisis aquí presentado se realiza desde el ámbito de la filosofía del derecho y la teoría constitucional, antes que desde el análisis económico o la teoría del desarrollo, enfoques más cercanos al análisis del BM.

16 Para De Asis, "Los modelos -de Estado de derecho- difieren, entre otros aspectos, por la distinta justificación que acompaña 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. Ver al respecto De Asis, Rafael (1999). *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho*. Ed Dykinson, España, p. 104.

17 Al respecto se puede ver el muy completo estudio de Grote, donde se hace un recorrido histórico-jurídico sobre la construcción del Estado constitucional en Europa Occidental y los Estados Unidos. Grote, Rainer (1999). *Rule of law, Rechtsstaat and "Etat de Droit"* en *Constitutionalism, Universalism and Democracy. A comparative Analysis*. Christian Starck Ed., Baden-Baden, Nomos.

18 Grote, Rainer (1999). "Rule of law, Rechtsstaat and 'Etat de Droit'", *Constitutionalism, Universalism and Democracy. A Comparative Analysis*. Christian Starck Ed., Baden-Baden, Nomos, p. 305.

19 Específicamente las constituciones de Colombia y Paraguay hacen tal declaración, mientras la del Brasil hace referencia a un Estado democrático de derecho.

Nuestra investigación nos permitirá sostener la existencia de un concepto sustancialmente débil de Estado de derecho al interior del Banco. Esto significa que si bien para el BM el Estado de derecho incorpora buena parte de sus elementos formales, su dimensión sustancial tiene relevancia de manera implícita en la defensa de la autonomía individual especialmente resguardada como parte de la predecibilidad y calculabilidad legal. Con todo, su valoración es débil, en tanto no incorpora lo que hoy es una mínima vinculación entre el Estado de derecho y la garantía de un conjunto de derechos humanos fundamentales. En el mismo sentido no existe una alusión a la legitimidad democrática de la ley y mucho menos se refiere a la garantía constitucional ampliamente reconocida en la teoría constitucional moderna.

Los aportes aquí planteados parten del estudio de los órganos de expresión oficial de las políticas del BM, expresados en sus documentos técnicos, informes anuales de desarrollo y programas nacionales de préstamos para asistencia jurídica, producidos entre 1992, momento de su introducción en el tema, y 1998²⁰. Además, incorpora como material de apoyo las discusiones y debates aparecidos en las revistas producidas por el BM e instituciones afines (BID, ADB, AID, FMI)²¹, los cuales, si bien no expresan posiciones oficiales, sí recogen de manera anticipada elementos de lo que posteriormente se implementará en término de políticas. Esta investigación se realiza con base en información primaria no empírica y con independencia de los procesos de negociación y aplicación práctica realizados en América Latina. A nuestro entender, la política general concebida por el BM se expresa de manera dominante aunque con algunas variaciones específicas en los acuerdos concretos en cada país²². Sin embargo, las refe-

20 En la actualidad, el BM viene desarrollando sus programas en favor del Estado de Derecho. La elección del período antes mencionado obedece tanto al año de iniciación de esta preocupación, como a la introducción del primer gran giro oficial en los énfasis de la misma, expresados en el Informe del Desarrollo Mundial de 1997 y en las líneas del Posconsenso de Washington.

21 En su orden, Banco Interamericano de Desarrollo, Asian Development Bank, Agencia Americana para el Desarrollo y Fondo Monetario Internacional.

22 Debemos reconocer adicionalmente que el Banco realiza estudios de diagnóstico antes de emprender cualquier programa de reforma. Con todo, como anota Faundez, el mismo Banco ha reconocido ocasionalmente que, por falta de tiempo, tales estudios de diagnóstico no son realizados, lo cual significa que se dejan de tener en cuenta las condiciones específicas de los países prestamistas (Faundez, 1997, p. 15). Además, los estudios de diagnóstico no siempre están dirigidos a analizar en términos sociales –es decir desde diferentes perspectivas e instrumentos analíticos– todas las posibles causas y consecuencias del mal funcionamiento del sistema legal y judicial. En realidad, tratan de validar el marco de análisis previamente establecido por los donantes y establecer criterios de medida. Para el efecto, la siguiente afirmación de un consultor del BID: “El análisis recién provisto –en referencia al estudio económico del derecho– puede servir de punto de partida para el diseño de una reforma judicial. Ciertamente es necesario contar adicionalmente con un estudio de diagnóstico en el país que se esté considerando.

rencias específicas que realicemos se harán desde la realidad y experiencia de América Latina, la cual nos es más cercana y expresa un buen porcentaje de los proyectos piloto sobre el tema.

Este documento forma parte de un esfuerzo de investigación aún en curso y de los avances de la tesis doctoral del autor en el Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Barcelona. Como tal, corresponde a una versión resumida de la primera parte del capítulo II de la misma tesis aún en preparación. La provisionalidad ligada a una investigación por concluir espera las reacciones de aquellos lectores interesados. Finalmente, el texto aquí incluido debe su existencia al apoyo de varias organizaciones: en primer lugar, a la Universidad Nacional de Colombia que me viene apoyando en la realización de mis estudios doctorales en la Universidad de Barcelona; en segundo lugar, al Departamento de Metodología e Investigación en Ciencias Sociales de la Universidad de Barcelona; también a las bibliotecas de la Joint Library del Banco Mundial-FMI y a la Library of Congress en Washington, así como a las bibliotecas de las universidades de Oxford, Warwick, Birmingham y del Institute of Legal Advance Studies de la Universidad de Londres en el Reino Unido, a la de la Universidad de Nueva York en los Estados Unidos, y a la del Instituto Internacional de Sociología Jurídica en el País Vasco, a las bibliotecas de las universidades De Barcelona, Autónoma de Barcelona, Pompeu Fabra y al centro de documentación del Instituto Internacional de la Gobernabilidad de Barcelona en España. Sin sus fondos bibliográficos y la colaboración de sus correspondientes equipos, me hubiera sido imposible acceder a la información necesaria para esta investigación.

I. El Banco Mundial y su proceso de acercamiento a los sistemas jurídicos

El Banco Mundial en los 80: su nueva agenda

Desde su fundación en 1944, en conjunto con el FMI, el BM se ha transformado, ampliando su ámbito de acción y capacidad de influencia, en cuanto principal financiador para el desarrollo²³ (Gibbon, 1993). Hasta mediados de los 80 el Banco se interesaba sobre todo en la creación de condiciones físicas de infraestructura para el desarrollo, independientemente de la orientación político-económica de los gobiernos. Desde aquellas fechas hasta ahora el Banco ha ampliado la cobertura de su agenda y sus campos

La medición y el análisis de los síntomas ya mencionados tienen importantes beneficios para el diseño e implementación de las reformas" (Eyzaguirre, 1997, p. 121)

* Este agregado es nuestro. Lo anterior significa la particular importancia de estudiar el discurso utilizado por el Banco, el cual es determinantemente influyente.

- 23 Para un recorrido histórico muy completo de los primeros 50 años de historia del BM ver Kapur, Devesh y John Lewis P. (eds.) (1997). *The World Bank. Its First Half Century*, vol. 1.

de intervención tanto a las políticas económicas de los gobiernos como a la política como tal. Dicha ampliación tuvo lugar tras cambios sustanciales en la acción del Banco, a saber: el paso de la financiación de proyectos a la financiación de programas, la necesidad de fortalecer el sector privado como espina dorsal del desarrollo económico y la relevancia de la «*good governance*» como parte de un nuevo entendimiento de las estrategias para el desarrollo.

El paso de la financiación de proyectos a la financiación de programas

En los 80, y en el contexto de la crisis de la deuda y los cambios en la economía capitalista mundial, el BM varía su política de préstamos a proyectos de desarrollo específicos por préstamos a programas. Esta variación no fue meramente nominal. El préstamo a proyectos parecía inadecuado frente a problemas como un déficit sin precedentes en la balanza de pagos, el servicio de la deuda, el estancamiento económico de América Latina y el declive a largo plazo del Africa Subsahariana. Para superar situaciones como éstas se precisaban cambios en las políticas económicas de los gobiernos que garantizaran el cumplimiento de los fines de los proyectos y en general el desarrollo económico. La necesidad de cambios en las políticas se adaptaba más a préstamos por programa que no a proyectos concretos²⁴.

Este cambio se conoció como «*policy-based lending*» o préstamos basados en políticas. A partir de este giro, la realización de préstamos a programas estaba atada al acuerdo y cumplimiento de determinadas condiciones, generalmente relativas a cambios en políticas en el orden macroeconómico y que en algunos casos debían ocurrir antes de los desembolsos. Con los préstamos basados en el cumplimiento de determinadas políticas se potenció el instrumento de condicionalidad del Banco sobre los países prestatarios, el cual nunca le ha sido ajeno desde sus orígenes²⁵.

The Brookings Institution, USA. Para un recorrido específico por la preocupación del BM por el sector público se puede ver Dovve, Suzanne (1998). *From Paradigm to Policy: The Evolution of World Bank Public Sector Reform Policies (1948-1998)*. Memoria de investigación, Departamento de Ciencias Políticas y de la Administración, Universitat Autònoma de Barcelona. Para una visión interna desde uno de los vicepresidentes del BM se puede ver Shihata, Ibrahim (1991). "The World Bank Facing the 21st Century, Development in the Eighties and Prospects for the Nineties", *The World Bank in a Changing World. Selected Essays*. Martinus Nijhoff Publishers, Holanda. Para un análisis del impacto de los Estado Unidos en la política del BM se puede ver Burtran, S. Brown (1992). *The USA and the politization of World Bank*. Kiegan Paul International, Londres.

- 24 Mosley, Paul, Jane Harrigan y John Toye (1991). *Aid and Power. The World Bank & policy-based lending*, vol. 1, Routledge; Munich Gasa, Jaume (1998). "Las instituciones multilaterales de financiación del desarrollo", *Afers Internationals*, Nos. 40-41, pp. 77-108, *Revista CIDOB*, Barcelona.
- 25 Para una exposición completa de los antecedentes, dinámica y balance de los préstamos basados en políticas se puede ver Mosley, Paul y Jane Harrigan, *op. cit.* Para una perspectiva más crítica que la anterior se puede ver Gibbon Peter (1993). "The World Bank and the New Politics of Aid", *European Journal of Development Research. Political Conditionality*, vol. 5, No. 1; también Kapur, Devesh (1997). "The New Conditionalities

La condicionalidad no es un tema nuevo en la acción del FMI ni del BM y hoy por hoy es un elemento central de las relaciones entre el Norte y el Sur²⁶. Para el FMI, por ejemplo, las condiciones son un elemento legítimo que en lo básico buscan garantizar el repago de los préstamos por los países. En el caso del BM siempre existió una condicionalidad en la época de préstamos para proyectos, la cual solo se acentúa con los préstamos para programas, vía la intervención en aquellas políticas gubernamentales que a juicio del Banco afectaban el desarrollo y con ello la eficacia de sus préstamos. (Gibbon, 1993)

La expresión más celebre de este cambio fueron los conocidos Programas de Ajuste Estructural (PAJ), que establecían entre sus condiciones la mejora en los incentivos a la exportación, la remoción de cuotas de importación y aranceles, el incremento de la eficiencia de las empresas públicas, la revisión de las prioridades de los programas de inversión pública, etc. La recomendación general de los PAJ era la retracción de la intervención del Estado en la economía y el fortalecimiento del papel del mercado en la asignación de los recursos²⁷.

El paso aquí descrito no se puede entender sin su relación con el llamado «Consenso de Washington», también a inicios de los 90. Bajo tal «consenso», se trataba de «establecer una base con que medir hasta qué punto los diversos países han llevado a cabo las reformas que se les han exigido»²⁸. Tal base, inicialmente dirigida a América Latina, estableció un número de instrumentos de política más que de objetivos o resultados²⁹. Dichas políticas consistieron en: a. la existencia de un marco macroeconómico equilibrado; b. un gobierno de menor tamaño y más eficiente; c. un sector privado eficiente y en expansión, y d. políticas destinadas a la reducción de la pobreza³⁰. Explícitamente, estas políticas económicas, presentadas a la

of the International Financial Institutions”, *International and Financial Issues for the 1990s*, IV. NY, UNCTAD/GID/G.24/4.

- 26 Para un análisis profundo y global del tema de la condicionalidad se puede ver ILSA (1996). “¿La condicionalidad en las relaciones internacionales: sirve para la protección de los derechos humanos?”, Documentos 13. ILSA, Bogotá.
- 27 Son muchos los estudios sobre los efectos de los PAJ. Para un autoanálisis evaluativo desde el mismo Banco se puede ver Cornia, G. A., R. Jolly y otros (1992). *Adjustment Lending Revisited: Policies to Restore Growth*. Washington D.C., World Bank; De los aparecidos en castellano cabe mencionar Sanahuja Perales, José Antonio (1994). “Los desajustes del ajuste: Consecuencias de las políticas del Banco Mundial y el FMI”, Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional, Un análisis crítico, Temas de Cooperación 4. Madrid, septiembre.
- 28 Williamson, John (1998). “Lo que Washington quiere decir cuando se refiere a las políticas económicas”, *Cultura de la estabilidad y el consenso de Washington*, op. cit.
- 29 En palabras de John Williamson, inspirador intelectual de tal consenso, éste consistía ante todo en “instrumentos de política económica que, según creo, ‘Washington’ considera importantes y también sobre los que existe algún tipo de consenso”. (Williamson, 1990)
- 30 Para una ilustración completa y favorable del significado del Consenso de Washington en los últimos años, se puede ver Guitian, Manuel y Joachim Muns (directores) (1998). “La Cultura de la Estabilidad y el Consenso de Washington”, Servicio de Estudios La

manera de un «consenso», se constituyeron en el bareno desde el cual medir los avances de la condicionalidad en la política económica de los gobiernos.

La especial preocupación por el sector privado de la economía y su papel en el desarrollo

Es también a finales los 80 cuando el Banco empieza a preocuparse más por el papel del sector privado en la superación del subdesarrollo. Antes que la acción directa del Estado en la economía, debía ser el sector privado el que actuara en el mercado como artífice de la generación de riqueza y crecimiento económico.

A la sazón, el BM habría pasado al entendimiento neoclásico del proceso de desarrollo y en directa contraposición con el intervencionismo inspirado en Keynes³¹.

En 1988 el reporte Desarrollo del Sector Privado: Un desafío para el Grupo del Banco Mundial, ya introducía varias áreas de apoyo en la promoción de dicho sector. Así, se mencionaban la mejora en el ambiente de los negocios, la reestructuración del sector público y la privatización, la reforma del sector financiero, etc. Con el reporte del Desarrollo Mundial de 1991, el BM creó un hito importante al plantear la reducción de la acción del Estado en ámbitos propios de la iniciativa privada. El Estado, bajo esta interpretación, debería ante todo proveer un «ambiente generador» fundamentalmente traducido en estabilidad macroeconómica, reglas claras sobre derechos de propiedad y contratos, un sistema financiero, además de la tradicional infraestructura física y social.

De acuerdo con el reporte de avances de 1991, prácticamente todas las operaciones de ajuste, así como la creciente proporción de operaciones de inversión enfatizaron el desarrollo del sector privado como un objetivo, siendo esto especialmente evidente en el África y América Latina³². Con su énfasis en el sector privado, el BM estaba introduciendo otro cambio importante en lo que hasta tal momento había sido su concepción sobre el desarrollo. A partir de entonces, el sector privado en el contexto de una economía de mercado abierto debía ser el gran motor del desarrollo y por ende el Estado debía intervenir en la economía lo menos y eficientemente posible.

Caixa, No. 15. En términos críticos está Linde, Luis M. (1999). "El Consenso de Washington y la economía global", *Revista de Libros*, marzo.

- 31 Para un registro de este cambio se puede ver: Biersteker, Thomas. "The 'Triumph' of Neoclassical Economics in the Developing World: Policy Convergence and Bases of Governance in the International Economic Order". Para una crítica, Broad, Robin, John Cavanagh *et al.* (1994). "Development: The Market is not Enough", *Beyond Bretton Woods. Alternatives to the Global Economic Order*. John Cavanagh and Marcos Arruda (eds.), Institute for Policy Studies, USA.
- 32 Shihata, Ibrahim (1991). *The World Bank in a Changing World. Selected Essays*. Martinus Nijhoff Publishers Ed., Holanda.

La inquietud por la *Governance*

La preocupación por la *governance* se da inicialmente en el marco del estudio sobre perspectivas a largo plazo para el África Subsahariana, ante los efectos negativos de los procesos de ajuste³³. En 1992 el Banco reconoce que con frecuencia los programas y proyectos, siendo técnicamente correctos, fallan en los resultados previstos por razones ligadas con la calidad de acción del gobierno. El BM incluía expresamente por esta vía el comportamiento del Estado como un factor central en determinar los resultados del desarrollo³⁴.

La relación entre una buena política del sector público y la eficiencia económica es hoy por hoy preocupación común tanto del BM, como del FMI y la OCDE³⁵. Con todo, no se encuentra una definición única y exacta sobre qué entender bajo este término. Suzanne Dovve ha identificado para el caso del Banco, al menos tres definiciones: a. *governance* como gobierno democrático; b. *governance* como buen gobierno y c. *governance* como el establecimiento de reglas de juego (Dovve, 1998)³⁶.

Al margen de esta indefinición, las reformas seguidas bajo la inquietud por la *governance* se expresaron en un mejor manejo del sector público, la reforma del servicio civil, la gestión de las finanzas públicas y la reforma de las empresas públicas. De igual forma se expresaron en variaciones en la estructura legal, a través de leyes relativas a la propiedad, quiebras bancarias, competición, etc., bajo la especial influencia de consejeros del Banco y dirigidas a la fundación del sector privado, sobre todo en los países excomunistas. También se incluían medidas contra la corrupción, incluyendo la descentralización del Gobierno, mejora en las prácticas de fiscalización y un manejo de presupuestos más transparente (Dovve, 1998).

Con la inquietud por la *governance*, el Banco ingresaba en un terreno nuevo e íntimamente ligado a lo político. La conciencia del Banco al respecto fue clara a tal punto que uno de sus vicepresidentes, Ibrahim Shihata, se vio compelido a justificar esta nueva preocupación intentando demostrar en términos interpretativos su congruencia con el mandato del Ban-

33 Guhan, S. (1998). "World Bank on Governance. A Critique", *Economic and Political Weekly*, January 24; Kapur, 1997, *op. cit.*

34 Landell-Mills and Serageldin (1989). "Governance and the External Factor", *Proceedings of the World Bank*; Dovve, Suzanne (1998). *From Paradigm to Policy: The Evolution of World Bank Public Sector Reform Policies (1948-1998)*. Memoria de Investigación. Departamento de Ciencias Políticas y de la Administración, Universitat Autònoma de Barcelona.

35 Mohammed, Ali Aziz (1997). "Notes on MDB Conditionality on Governance", *International Monetary Financial Issues for the 1990s*, VII. NY, UNCTAD/GID/G.24/4.

36 Según Dovve, "La definición de gobernalidad más comúnmente empleada por el Banco Mundial es el proceso por el cual se ejerce la autoridad en el manejo de los recursos económicos y sociales de un país para lograr el desarrollo, y la capacidad de los gobiernos para diseñar, formular e implementar políticas y ejecutar funciones". (Dovve, 1998, p. 104)

co³⁷. Para éste, la cuestión de la gobernabilidad era ante todo técnica y ligada a fines económicos, lo cual no significaba intervención alguna en política. Así, la inclusión de la gobernabilidad no se debía tomar ni podía constituir una intervención en el carácter democrático o no de los regímenes políticos (Guhan, 1998) (Gibbon, 1993)³⁸. La indefinición de qué entender por *governance* y la inclusión de diverso tipo de políticas bajo su paraguas, constituía para algunos analistas la forma perfecta de intervenir, ya no sólo en las políticas económicas de los gobiernos sino también en la gestión de la política por los gobiernos³⁹.

Muchos gobiernos se mostraron reacios y temerosos ante esta nueva incorporación en la agenda del Banco. El Grupo de los 24⁴⁰ expresó su inquietud frente a los alcances y resultados de la intervención en temas políticos por parte del BM (Mohamed, 1997). Aparecía claro que lo que se consideraba como condiciones para la gobernabilidad era un tema muy amplio, indefinido y por ende subjetivo (Kapur, 1997)⁴¹.

37 Shihata, Ibrahim. "The World Bank and "Governance" Issues in its borrowing members in The World Bank in a Changing World", *op. cit.*, p. 53. También Rigo Sureda, Andrés. "The World Bank and Institutional Innovation", The World Bank, *International Financial Institutions, and the Development of international law*. Brown Weiss Edith *et al.* (1999). *Studies in Transnational Legal Policy* No. 31. The American Society of International Law.

38 En palabras de Rigo Sureda, funcionario del Banco: "El banco podría tener en cuenta consideraciones económicas incluso si son de origen político o están asociadas con factores políticos, siempre y cuando los efectos económicos estén claramente establecidos. ... Un asunto de gobernabilidad caería bajo el mandato del banco pero sólo en un sentido estricto relativo al buen orden requerido para alcanzar un clima positivo de inversión y el uso eficiente de recursos". (Rigo, 1999, p. 14)

39 Existe mucho material reciente donde se interpreta la incorporación de la *governance* en la agenda del Banco, evidenciando la polémica abierta al respecto. En una perspectiva frontalmente crítica está Kiely, Ray. "Neoliberalism Revised? A critical account of World Bank concept of good governance and market friendly intervention", *Capital and Class* No. 64; Guhan S. (1998). "World Bank on Governance. A Critique", *Economic and Political Weekly*. January 24; Hewitt Cynthia (1998). "Uses and Abuse of the concept of governance", *International Social Science Journal* No. 155. Marzo; y Sabelli y George (1994). "Gobernabilidad: el último refugio", *La religión del crédito. El Banco Mundial y su imperio secular*. Colección Intermon, Barcelona.

En una posición más propositiva están los trabajos de Mohammed, Ali Aziz (1997). "Notes on MDB conditionality on Governance", *International Monetary Financial Issues for the 1990s*, VII. NY. UNCTAD/GID/G.24/4; De Kapur Devesh, "The New Conditionalities of the International Financial Institutions", *International and Financial Issues for the 1990s*, IV. NY. UNCTAD/GID/G.24/4.

Para un recorrido histórico de la gobernabilidad y su contenido se puede ver Dovve, Suzanne. *From Paradigm to Policy: The evolution of World Bank Public Sector Reform Policies (1948-1998)*, p. 102; y Miller Adams Michelle (1999). "Approaching Politics. The governance Agenda", The World Bank, *New Agendas in a Changing World*. Routledge. Para una lectura académica del tema se puede ver Jessop, Bob (1998). "The rise of governance and the risk of failure: the case of economic development", *International Social Science Journal* No. 155.

40 Grupo constituido para la defensa de los intereses de los países menos desarrollados frente al Banco Mundial y el FMI.

41 En este punto se debe destacar que han sido varias ONG de muchos de los países del

El camino abierto en torno a los asuntos de la gestión política institucional, vía el interés por la gobernabilidad, se proyectó bajo otro cariz en el reciente informe del Desarrollo Mundial de 1997, emblemáticamente titulado el «Estado en un mundo en transformación». «El Estado es fundamental para el proceso de desarrollo económico y social, pero no en cuanto agente directo del crecimiento sino como socio, elemento catalizador e impulsor de ese proceso»⁴². La idea de un Estado eficaz como el anterior debe tener en cuenta dos estrategias generales: a. acomodar la función del Estado a su capacidad; b. aumentar la capacidad del Estado mediante la revitalización de las instituciones públicas (Banco Mundial, 1997, p. 3). Con el informe, el Banco enfatiza que el Estado y el mercado son complementarios y que lo importante no es la cantidad de Estado sino la calidad del mismo, su eficacia para atender las necesidades de la población⁴³.

En suma, entre finales de los 80 y comienzos de los 90, la acción del BM varió sustancialmente. De prestar financiación a proyectos de desarrollo básicamente en el terreno de las infraestructuras, se pasó al préstamo a programas sujetos a condiciones en torno a la política macroeconómica de los gobiernos, incluidas en este caso en el Consenso de Washington. De la financiación a los gobiernos independientemente de su política económica hasta antes de la crisis de la deuda, se optó por promover un modelo económico indiscutido orientado por el mercado. De una oficial gestión apolítica como base de su prestigio se pasó a una gestión interesada por el tipo de acción del Estado como elemento para el crecimiento, presentada en términos técnicos pero con una sustancia inestimablemente política. Las variaciones aquí anotadas han estado acompañadas de un mayor involucramiento del Banco en la producción y funcionamiento de los sistemas legal y judicial de los países.

Sur y también del Norte las que han apoyado un mayor involucramiento del BM en los temas políticos. Desde una visión política estratégica, organizaciones no gubernamentales especialmente de América Latina han visto la capacidad de presión y condicionalidad del Banco como la mejor vía para lograr compromisos serios de los gobiernos en temas como los derechos humanos y la independencia judicial. Los efectos reales de esta estrategia son aún poco conocidos. En el sentido de una mayor intervención del BM en la situación de los derechos humanos en los países en desarrollo se puede ver Gillies David (1992). *Human Rights, Governance, and Democracy: The World Bank's Problem Frontiers*. Paper presentado a la Conferencia sobre Derechos Humanos en el Nuevo Orden Mundial. Praga, Junio.

42 Banco Mundial (1997). *El Estado en un mundo en transformación*. Informe sobre el Desarrollo Mundial. Banco Mundial. Washington, p. 1.

43 Para una ilustración de los debates en este sentido se puede ver Kapur, Devesh (1998). "The State in a changing world: A critique of the world development report 1997", *International Monetary and Financial Issues for the 1990s*. En términos críticos está el trabajo de Panitch Leo (1998). "The State in a Changing World: Social-Democratizing global capitalism", *Monthly Review*, octubre. También ver Dovve (1998), *op. cit.*, p. 113.

El Banco Mundial y los marcos jurídicos nacionales: una periodización

La introducción del Banco en la conformación de los marcos jurídicos del mundo en desarrollo ha pasado por diversos momentos y se ha expresado bajo diversos énfasis. A continuación tratamos de periodizar el tipo de requerimientos y énfasis jurídicos promovidos por el BM a partir de finales de la década de los 80. En la periodización ofrecida debemos diferenciar el momento de las reformas propiamente legales y el momento de las reformas judiciales. En términos temporales, la reforma de los marcos regulatorios necesarios al nuevo modelo económico precedió a la posterior reforma en los sistemas de justicia. Como nuestro interés espacial es América Latina, haremos el énfasis debido. Sin embargo, la medida de nuestra particularización dependerá de la especificidad mostrada en los documentos del Banco. Aunque éste siempre ha hecho referencia a tener en cuenta las diferencias regionales y de país, sus documentos técnicos, en los que se basa este trabajo, no siempre expresan tales particularidades, apareciendo como una política global para el mundo en desarrollo.

El final de los 80:
los PAJ y la adaptación del marco legal al nuevo modelo económico

La primera consideración de las leyes y en particular de sus efectos económicos por el BM, ocurre como parte de su adopción del modelo económico basado en el mercado a mediados de los 80. El Banco aparece inquieto por la excesiva normatividad y rigidez de las leyes que regulan determinados sectores económicos, situación ésta contraria al desarrollo del sector privado. El diagnóstico del Banco al respecto es indicativo:

La inejecutabilidad de los contratos y los derechos de propiedad, las dudas acerca de los títulos sobre la tierra, las dificultades en establecer, reestructurar o liquidar empresas, las normas laborales inflexibles, los impuestos excesivos, la regulación pobre o la sobre-regulación de las actividades de inversión y bancaria, (...) Las leyes y regulaciones son complejas, ineficientes, no escritas o no existen (...) el proceso legislativo no se fundamenta en datos comprensivos y frecuentemente está influenciado por intereses creados y consideraciones interpersonales (...) dado el exceso de regulación los profesionales legales pueden percibir su rol como agentes para evitar o evadir las leyes. (Shihata, 1991, pp. 226 y 227) (Williamson, 1998, p. 82)

En términos más específicos, la inquietud del Banco está en el impacto de las regulaciones económicas y administrativas y en el efecto económico de las regulaciones sociales, especialmente en el derecho laboral:

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 la propiedad de la tierra los cultivadores tienen muy poco o ningún incentivo para mejorar la tierra(...) (Shihata, Banco Mundial, 1991, p. 229).

La actividad productiva puede ser regulada por la legislación, por decretos del gobierno y por la presión de decisiones sobre casos puntuales. Esta última práctica es ampliamente extendida en América Latina, (...) y crea incerteza, ofrece oportunidades para la corrupción y también discrimina (Williamson, 1991, p. 83).

En principio el Banco no discute los objetivos pretendidos con las regulaciones, es decir, corregir las fallas del mercado y promover la equidad. Se cree que el Estado al igual que el mercado pueden fallar. En concreto, se afirma que los gobiernos no cuentan con información completa sobre los sectores a regular, situación ésta que puede potenciar efectos económicos indeseables. Además, las regulaciones redistribuyen rentas y recursos y por ende los políticos frecuentemente las usan para garantizar ganancias políticas antes que corregir las fallas del mercado⁴⁴. La consecuencia de un marco como éste, en los términos de interés del Banco, es la de hacer más difícil y costosa la inversión nacional y foránea:

No hay manera de que un sistema de mercado pueda trabajar eficientemente en la ausencia de leyes claras y ejecutables en relación con la propiedad, los contratos y las obligaciones. De hecho, un sistema legal (...) se extiende más allá de las materias transaccionales e influencia el paso y la estruc-

44 Es reconocido por varios analistas cómo los programas de ajuste y con ellos la desregulación, estuvieron animados por los planteamientos de la “escuela de la elección racional” (*public choice*). Este análisis económico de la política parte de asumir que los políticos y burócratas que forman parte del Estado no defienden el interés general y sí la maximización de su propio beneficio. Existen fallos en el Estado tanto como en el mercado y se debe preferir éste en la asignación de los recursos. Una forma de afrontar los fallos del Estado es transformando los incentivos de los empleados públicos a través de la introducción de la competencia en las agencias públicas, vía la desregulación y la privatización (Dovve, 1997, p. 72). En tal sentido también se puede ver la perspectiva crítica de Mosley, Harrigan y Toye, 1991, p. 14 y ss., y los planteamientos de Guitian, Manuel. “Ambito de actuación del Gobierno y límites de la política económica”, en *La cultura de la estabilidad*, *op. cit.*, pp. 170-185. Para una ilustración sobre el impacto en el derecho público de la “elección pública” ver Farber, Daniel y Philip Frickey (1987). “The Jurisprudence of Public Choice”, *Texas Law Review*, vol. 65, No. 5, abril; y Kahn, Peter (1990). “The politics of unregulation: public choice and limits on government” *Cornell Law Review*, vol. 75; Para el análisis desde el Banco ver Guasch J., Luis y Robert Hahn (1999). “The Costs and benefits of Regulation: Implications for Developing Countries”, *The World Bank Research Observer*, vol. 14, No. 1, febrero, pp. 137-158.

tura de fenómenos tan amplios como el crecimiento de la población o los patrones de distribución de la riqueza(...) Leyes mal consideradas, sobrerregulación, administración pobre o cortes deficientes reducen la flexibilidad del sector privado, incrementan el costo de hacer negocios, e introducen un fuerte elemento de incerteza (...) situaciones como éstas hacen las decisiones para invertir más difíciles y costosas tanto para los inversionistas domésticos como internacionales. (Shihata, 1991, p. 228)

Si podemos hablar de una política jurídica a partir de este análisis, es de un programa reactivo desregulador de determinados sectores económicos y de regulaciones promotoras de la eficiencia en áreas sociales, es decir con criterios que adopten incentivos de mercado, que sean más flexibles y tengan un menor costo⁴⁵. El relegamiento y flexibilización de la regulación económica lleva como especie de contrapartida la importancia otorgada a una mejor y más clara regulación y aseguramiento de los derechos de propiedad. Tanto la desregulación como los derechos de propiedad formaban parte de los criterios de condicionamiento de políticas adoptados a través de los programas de ajuste de acuerdo con lo establecido en el Consenso de Washington (Williamson, 1998, p. 82). Las regulaciones económicas y los efectos económicos de las regulaciones sociales, no tienen principio ni fin alguno diferente a una necesaria adaptación al mercado.

Bajo un análisis como el anterior y desde finales de los 80, los PAJ fueron el vehículo inicial y privilegiado para obtener cambios en la infraestructura legal (Banco Mundial, 1995), (Shihata, 1991)⁴⁶. Via los PAJ se condicionó entonces la introducción de medidas tales como:

- La remoción de barreras para la entrada y operación de inversiones en sectores otrora protegidos, como telecomunicaciones, electricidad, petróleo, agua, etc.
- Las reformas en la legislación laboral.
- La introducción de un sistema legal y regulatorio efectivo y aerodinámico.

45 Citado en Prats, Joan (1998). "La construcción institucional de las capacidades regulatorias. Un tema clave de la nueva agenda del desarrollo", *Instituciones y Desarrollo*, No. 1. Ed IIG, Barcelona, p. 64.

46 En un documento oficial del Banco, lo antes afirmado aparece diáfano: "El banco entonces comenzó a condicionar sus préstamos a la adopción o implementación por parte del gobierno solicitante de ciertas leyes o regulaciones que reflejaban las políticas acordadas con el banco. (...) A lo largo de los años, la condicionalidad legal de préstamos de ajuste se ha vuelto más específica y frecuente. (...) La condicionalidad de ajuste estructural o sectorial demostró ser una manera efectiva para que el banco pudiera animar a sus miembros que solicitaban préstamos a introducir los cambios necesarios en sus marcos legales". Banco Mundial (1995). *The World Bank and Legal Technical Assistance. Initial Lessons*. The World Bank Legal Department, Washington, enero, pp. 2 y 3.

- 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.
- Leyes sobre impuestos y mercados financieros.
- Leyes en materia de protección del medio ambiente.
- Leyes para la reforma de las burocracias públicas.

Los PAJ fueron la vía de entrada al tema, aunque se mostraron limitados en el alcance de sus objetivos. Para el BM los cambios legales vía PAJ estaban atados a préstamos a 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 la reforma legal. (Banco Mundial, 1995) (Shihata, 1991)

Aun así, este tipo de iniciativas llegaron a buena parte de la periferia, desde mediados de los años 80, sin que se presentaran mayores diferencias regionales⁴⁷. El alcance real de las condiciones sobre el marco legal económico en los países prestatarios, no parece haberse medido hasta ahora. Siguiendo el trabajo general de Mosley y Harrigan sobre los préstamos basados en políticas, muchas de las reformas necesarias para el desembolso de los préstamos, incluidas las jurídicas, fueron aceptadas pero su aplicación no siempre ocurrió, situación por lo demás de conocimiento del Banco (Mosley, 1991). El compromiso del BM por la actualización legal en el contexto del modelo de mercado es permanente y se transmite hasta hoy bajo otras presentaciones.

En su aplicación de la condicionalidad a las transformaciones legales, el BM ha sido consciente de su introducción en temas sensibles de orden nacional. En tal sentido ha enfatizado la necesidad de tener en cuenta las elecciones, prioridades y necesidades de los países y sus gobiernos a la hora de llevar a cabo estos cambios (Banco Mundial, 1995 p. 9). Sin embargo, este tipo de reconocimientos transcurre simultáneamente con el afinamiento de medidas de condicionamiento como las antes descritas y de llamamientos agudamente perentorios a superar las deficiencias legales que limitan el desarrollo económico⁴⁸.

47 Al menos, esta es la impresión hasta 1995 a la hora de analizar el registro de proyectos anexos al documento *The World Bank and Legal Technical Assistance*, *op. cit.*

48 Como afirma Tshuma: “En la práctica la distinción entre la dirección de las reformas legales –una decisión política– y el rol de los consejeros internacionales –una función técnica– no es siempre fácil de realizar”. Tshuma, Lawrence (1999). “The Political Economy of The World Bank’s Legal Framework for Economic Development”, *Social & Legal Studies*, vol. 8, No. 1, 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 inter-

El inicio de los 90: La gobernabilidad y el interés por el Estado de derecho

La autocrítica al alcance de los cambios legales vía PAJ permitió abrir entonces una etapa denominada de asistencia técnica legal a través de préstamos de inversión desde los que se requerían reformas legales presentadas como necesarias para la realización de determinadas inversiones (por ejemplo en el sector petróleo); se incluían también préstamos de asistencia técnica y construcción de instituciones mediante los cuales se diseminaba información legal, redactaban normas comerciales, financieras, administrativas y legislación ambiental; también se prestaba asistencia técnica legal no relacionada con proyectos⁴⁹ y mediación para la obtención de otros recursos multilaterales o bilaterales para la reforma legal. (Banco Mundial, 1995)

Con este nuevo tipo de acciones dirigidas a la reforma legal se amplió y profundizó la tarea de crear un marco regulatorio habilitador y garantizador de las relaciones de mercado. En este momento los países del exbloque soviético de Europa del Este constituyeron el foco de atención de los actores multilaterales y bilaterales. Como tal, se creó el BERF (Banco Europeo para la Reconstrucción de Europa del Este) que tiene dentro de su mandato la posibilidad de usar condicionamientos económicos con la finalidad de crear un marco legal y político para la democracia y la economía de mercado. (Mohamed, 1997)

Sin embargo, en el contexto de la preocupación por la gobernabilidad, emergía como interés tanto un marco legal promotor del mercado como la necesidad misma del Estado de derecho.

De acuerdo con el Banco, algunos de los síntomas de una pobre gobernabilidad estaban en las fallas de establecer una infraestructura predecible tanto en las leyes como sobre el comportamiento del gobierno o, bajo otros términos, la preocupación por la arbitrariedad en la aplicación de las normas y leyes. (Tshuma, 1998)

La definición de la *rule of law* abocada por el Banco a lo largo de sus documentos pasa por la existencia de una serie de requisitos formales. Existe un Estado de derecho donde hay reglas conocidas previamente; tales reglas son efectivamente aplicadas, existe un mecanismo que asegura

nas. Santos, Boaventura (1999). "The Gatt of Law and Democracy: Mis Trusting the Global Reform of Courts", *Global and Legal Cultures*. Johanne Feest, Oñati, p. 57. En igual línea está Faundez, 1997, *op. cit.*

49 El equipo del departamento legal del Banco comenta los borradores de legislación preparados por los gobiernos, provee información comparativa sobre los desarrollos en infraestructura 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), legislación antimonopolio (Argentina). Además, organiza seminarios y reuniones de trabajo sobre áreas legales o áreas de reforma, al igual que estudios. (Banco Mundial, 1995, p. 6)

su aplicación, los conflictos son decididos a través de un sistema judicial independiente y existen mecanismos de reforma de las leyes cuando ellas no sirvan a su propósito. (Thsuma, 1998; Gibbon, 1993; Mohammed, 1997)

La claridad en la importancia del Estado de derecho en el discurso no siempre tenía un fácil correlato en proyectos de financiamiento para su conformación o fortalecimiento. Así, por ejemplo, el interés por la reforma de las burocracias expresado por el Banco desde los 80, parecía movido más por la necesidad de una gestión más eficiente que por el debido apego a la ley en su labor (Pratts, 1997). A más de esto, la principal atención para el desarrollo del Estado de derecho se dio en la reforma del poder judicial. El Estado de derecho estimulado por el Banco vino de la mano de la profesionalización de las burocracias públicas, pero fundamentalmente de la reforma judicial.

Desde mediados de los 90: la reforma judicial,
el Estado de derecho y la construcción de las instituciones

Para el BM, el desarrollo económico depende de un sistema legal en el que no sólo los contratos entre los sujetos privados sean ejecutados sino donde los derechos de propiedad de los inversionistas extranjeros y nacionales sean respetados y las ramas ejecutiva y legislativa del Gobierno operen dentro de un marco de reglas conocido. Este entendimiento otorga un papel fundamental al sistema judicial. «El 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 negocios». (Banco Mundial, 1997, p. 100)⁵⁰

En el entendimiento del Banco sobre el Estado de derecho, la reforma judicial aparece como pieza maestra en al menos dos sentidos: de un lado, el marco regulatorio avanzado desde los PAJ precisa de condiciones institucionales para su cumplimiento, las cuales en parte están en manos de sistemas de justicia más eficaces y de burocracias mejor preparadas; de otro lado y más importante aún, los poderes judiciales aparecen como «defensores del Estado de derecho» (Banco Mundial, Messick, 1999, p. 120) a

50 En palabras de Shihata, uno de los vicepresidentes del BM: “En realidad los inversionistas serios buscan un sistema jurídico en el que los derechos de propiedad, los acuerdos contractuales y otras actividades lícitas se salvaguarden, se respeten y estén libres de medidas gubernamentales arbitrarias y de presiones ejercidas por grupos de intereses especiales o individuos poderosos. Al respecto es de inmensa importancia el funcionamiento adecuado del sistema judicial” (...) “El poder judicial debería ser consciente de la importante función que debe desempeñar en la protección de los derechos básicos de las personas especialmente en países en lo que los poderes legislativos y ejecutivos están en manos del gobierno, ya sea debido a la indole del sistema político o debido a situaciones de emergencia que permiten gobernar por decreto. En dichas situaciones, el Poder Judicial constituye la única salvaguardia contra la tiranía”. Shihata, Ibrahim (1993). “La reforma judicial en los países en desarrollo y el papel del Banco Mundial”, *Justicia y Desarrollo en América Latina y el Caribe*. BID, Washington, pp. 289 y 293.

través de su papel en la garantía de los derechos de propiedad, las declaraciones contractuales, la predecibilidad en la interpretación y aplicación de las leyes, la limitación de los posibles abusos de poder del ejecutivo o el legislativo, la lucha contra la corrupción y el crimen en general⁵¹. El Estado de derecho promovido por el Banco se basa fundamentalmente en el papel otorgado al poder judicial y en consecuencia en una judicialización mayor de determinados ámbitos de la vida social.

El protagonismo otorgado normativamente al judicial constata, por su parte, la crisis de los sistemas de justicia y las consecuencias económicas que de ello se derivan, introduciendo entonces la necesidad de reformas en el judicial. En 1994, el Banco consideraba que el mal funcionamiento de la administración de justicia constreñía el desarrollo del sector privado, adicionando costos y riesgos a las transacciones negociales y por lo tanto reducía la medida de los mercados y consecuentemente la competitividad (Banco Mundial, 1996, p. 3)⁵². Aun más, los efectos contraproducentes del sistema no quedaban sólo ahí. Para esos momentos se llegó a afirmar que los escasos resultados de los procesos de ajuste en la animación de las condiciones para el fortalecimiento del sector privado eran causados por problemas en el ambiente político y en particular por el funcionamiento deficiente de los sistemas judiciales⁵³.

En términos aún más específicos, de acuerdo con una encuesta empresarial realizada en América Latina y el sudeste asiático por el BM:

El grado por el cual los individuos privados esperan estar sujetos a reglas y procedimientos vagos y equívocos en el judicial explica el 23% de la variación del ingreso per cápita en los países entrevistados. (Weder, 1995, p. 24)⁵⁴

51 Las siguientes palabras de la consejera para la reforma judicial del BM, Maria Dakolias, dan una idea de este tipo de superpoder judicial esperado de los cambios promovidos por el Banco: "Un gobierno efectivo requiere instituciones legales y judiciales que funcionen para cumplir los objetivos interrelacionados de promover el sector privado, fortalecer el desarrollo y otras instituciones sociales, aliviar la pobreza y consolidar la democracia". (Banco Mundial, 1996, p. 1)

52 Así "Estas nuevas relaciones negociales necesitan un decisor imparcial dentro de las instituciones formales. Sin embargo, el actual sistema judicial es incapaz de satisfacer esta demanda ... Esto algunas veces desestimula las transacciones negociales con actores no conocidos pero más eficientes, conllevando una asignación no eficiente de los recursos. Esta situación adiciona costos y riesgos a las transacciones, reducen la medida y la competitividad de los mercados". (Banco Mundial, 1996, p. 3)

53 Sherwood R., Geoffrey Shepard y Celso Marco de Souza (1994). *Sistemas judiciales y desempeño económico*, y Banco Mundial (1997), *op. cit.*, p. 33.

54 Weder, Beatrice (1996). "Legal Systems and Economic Performance: The empirical evidence", Dakolias, Maria, *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean. Elements of Reform*. World Bank Technical Paper Number 319. Washington, pp. 21-27. De acuerdo con Sherwood, cualquier sistema judicial proyecta una influencia en el ámbito nacional de la toma de decisiones económicas de carácter privado en relación con al menos seis sectores:

. Prácticas contractuales privadas: Un mal funcionamiento del judicial limita las canti-

Este mal desempeño del judicial incluye varios ámbitos, como la baja confianza social en la justicia, los retardos en decidir, la falta de eficiencia en la gestión, el carácter monopólico del servicio, etc. Para el Banco, el problema central radica en las dificultades de predecibilidad de las decisiones judiciales como parte una necesaria credibilidad global en las reglas del juego económico. En la encuesta citada, el Banco indagó por los principales obstáculos enfrentados por las actividades económicas derivados del sistema político. El obstáculo percibido por los empresarios como más común fue la incerteza resultante de la acción discrecional del Estado. Como tales incertezas se incluyeron, entre otras, la ejecución arbitraria de las reglas y leyes por parte de las burocracias, el viraje en las reglas y políticas y la incerteza acerca de la aplicación judicial (Weder, 1996, p. 22). Más recientemente el BM agregaría los delitos contra la persona y la propiedad, y la corrupción. (Banco Mundial, 1997, pp. 39 y 40)

En lo básico, la impredecibilidad anotada es ante todo producto de los poderes discrecionales en cabeza del ejecutivo:

El gobierno en los países menos desarrollados tiene poderes discrecionales y puede cambiar de opinión previniendo al sector privado sobre la realización de la promesa realizada inicialmente(...) Las preocupaciones considerando la credibilidad crecen en cualquier área política donde el realizador de decisiones tiene potenciales poderes discrecionales. Nosotros sostenemos que los dilemas de credibilidad son un gran problema en las jóvenes democracias(...) Además nosotros sostendremos que los problemas de credibilidad constituyen el mayor obstáculo para un mejor crecimiento en muchos países en vías de desarrollo. (Weder, Brunetti, 1994 p. 26)⁵⁵

dades a vender a crédito, o la confina a círculos sociales o grupos familiares haciendo difícil la entrada de terceros.

. Creación y seguridad de los derechos de propiedad: Si las violaciones a los derechos de propiedad intelectual, las patentes y las marcas registradas no pueden ser detenidas rápidamente en los tribunales, pocos invertirán con ilusión en la creación, adquisición y explotación de la propiedad intelectual y esto reduce la base tecnológica de la economía.

. Disputas del sector privado con los funcionarios públicos: Sin la presencia de tribunales que estén dispuestos y sean capaces de aplicar medidas disciplinarias a los funcionarios que abusen de su discrecionalidad, las actividades privadas que dependan de aprobaciones discrecionales tenderán a limitar sus compromisos de recursos o recurrirán a vías inadecuadas para asegurar las aprobaciones.

. Desafíos a la calidad de las promulgaciones legislativas. Donde los jueces son capaces de dictar decisiones que juzgan críticamente la calidad de las normas legislativas, una discreta disciplina se impone entre aquellos que preparan la legislación y los reglamentos y las normas que las acompañan...

. Supresión de las actividades delictivas.

Sherwood, Robert (1997). "Sistema judicial y desarrollo económico", *Economía Política de la Reforma Judicial*. BID, Washington, pp. 58 y 59.

55 En términos algo más crudos, Weder y Brunetti afirman: "Nuestros estudios sobre el

El buen funcionamiento del poder judicial ante todo forma parte de la generación de condiciones de predecibilidad política. La incerteza en el ambiente económico, del que el judicial formaría parte, conllevaría bajas en las tasas de inversión, estrechamiento en la medida de los mercados y descensos en la rentabilidad de los proyectos de desarrollo, los cuales a su vez son los determinantes del crecimiento económico (Weder y Brunetti, 1994, p. 37; Banco Mundial, 1997, p. 41). El impacto del judicial en los términos aquí expuestos es entonces el principal interés en términos de los efectos económicos del marco jurídico en esta etapa del Banco. Sin embargo, siendo el judicial parte del problema es también parte de la respuesta:

La efectividad de un sistema judicial juega un papel muy importante,... para garantizar la credibilidad política, destacando que donde la gente estaba convencida de que los tribunales harían cumplir a los gobiernos sus compromisos vinculantes ante la ley, los ciudadanos estarían más dispuestos a actuar en concordancia con las normativas políticas. A cambio, todo ello sirve para liberar más recursos privados a la economía nacional y en consecuencia estimular un crecimiento económico sostenido. (Sherwood, 1998, p. 59)⁵⁶

Es así como para mediados de los 90, la reforma judicial se convirtió en el centro de atención del BM, junto con la persistencia en los cambios regulatorios. América Latina ocuparía aquí un especial lugar. 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, una política judi-

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 nosotros hemos identificado dos instrumentos principales que permiten al Ejecutivo comportarse como un dictador: Los decretos del Ejecutivo y la colusión entre poderes.” Es de aclarar que estos dos autores se han desempeñado como consultores del Banco Mundial en el área de medir el impacto económico de la justicia, *op. cit.* Sin embargo, las citas aquí incluidas forman parte de un artículo publicado en una de las revistas académicas de la escuela de la elección pública. Weder, Beatrice y Aymo Brunetti (1994). “Political Credibility and Economic Growth in less developed countries”, *Constitutional Political Economy*, vol. 5, No. 1, p. 28.

* El resaltado es nuestro.

- 56 La creación de condiciones de credibilidad parece tan urgente para Weder y Brunetti que no dudan en afirmar: “La ventaja de los países en vías de desarrollo es que hoy hay instituciones estables en cualquier parte, las cuales pueden usar como anclas de su credibilidad ... La adherencia a leyes y convenciones internacionales como el GATT, o el sometimiento al arbitramento internacional, a la condicionalidad del FMI, o aun a una solución extrema, someterse a la jurisdicción de los Estados Unidos puede servir como ancla institucional. *A través de estas anclas externas, los gobiernos de países menos desarrollados podrían hacer creíbles precompromisos con el sector privado y así ganar tiempo para construir instituciones que limiten efectivamente las políticas discrecionales.* (Weder y Brunetti, *op. cit.*, p. 41). El resaltado es nuestro. En muy parecido sentido se expresa el Informe de Desarrollo Mundial del 97, producido por el Banco y citado en páginas anteriores. (Banco Mundial, 1997, pp. 115-116)

cial más eficiente, el fortalecimiento del acceso a la justicia vía mecanismos alternativos de solución de conflictos, cambios en la educación legal y promoción de la organización de los abogados. Hasta la fecha se han realizado préstamos por más de US\$500 millones en más de 26 países, fundamentalmente latinoamericanos (Messick, 1999, p. 1; Banco Mundial, 1996).

La reforma de los sistemas judiciales no sólo continúa siendo hasta hoy el eje de inquietud del Banco en su preocupación por el Estado de derecho, sino que forma parte de su concepción del nuevo papel del Estado. De acuerdo con el Informe del Desarrollo Mundial de 1997, el Estado tiene un gran papel en el proceso de desarrollo en cuanto promotor, catalizador y regulador del crecimiento antes que como agente directo del mismo, manera propia del keynesianismo. En esta tarea el Estado debe realizar aquello que es realmente capaz de hacer. Entre las tareas mínimas básicas del Estado, el Banco menciona el establecimiento de un ordenamiento jurídico básico, bajo el interés último de asentar lo que él mismo llama los cimientos económicos y sociales (Banco Mundial, 1997, p. 48 y ss.). Tal ordenamiento en términos del mismo Banco se visualiza en lo siguiente:

Los mercados no pueden alcanzar gran desarrollo sin unos derechos de propiedad eficaces. Pero esos derechos sólo serán eficaces si se cumplen tres condiciones. La segunda es la protección contra la arbitrariedad de las instancias gubernamentales –desde reglamentos e impuestos especiales imprevisibles hasta la corrupción declarada– que perturban la actividad comercial. La tercera condición es un poder judicial razonablemente justo y previsible. (Banco Mundial, 1997, p. 47)

Los Estados pueden mejorar sus capacidades fortaleciendo sus instituciones. Esto significa no sólo construir capacidades administrativas o técnicas sino instituir reglas y normas que provean a los funcionarios de los incentivos para actuar en interés de la colectividad restringiendo a la vez la acción arbitraria y la corrupción. Un poder judicial independiente, frenos y contrapesos institucionales a través de la división de poderes y una supervisión efectiva, pueden restringir la acción arbitraria del Estado y la corrupción⁵⁷.

La retórica del Banco hace un llamado a lo que denomina la «segunda generación de reformas» necesarias para el desarrollo, en referencia al cumplimiento de la «primera generación de reformas» encarnada en los procesos de estabilización macroeconómica o PAJ. Estas reformas incluirían un mayor papel del Estado hoy emblemáticamente incluido en el llamado “Posconsenso de Washington” en alusión a la superación de las

57 Stiglitz, Joseph (1998). “Más instrumentos y metas más amplias para el desarrollo. Hacia el consenso postwashington”, *Instituciones y Desarrollo* No. 1. IIG y PNUD, Barcelona, p. 47.

condiciones de política económica previstas como condiciones para el ajuste⁵⁸. Sin embargo, como anota Dovve, el tipo de cambios políticos, inclusive los relativos al Estado de derecho, presentan una continuidad en el interés por la gobernabilidad a comienzos de los 90 hasta ahora, bajo la construcción de las instituciones. (Dovve, 1998, p. 113)⁵⁹

Lo más importante en estos momentos es la ubicación de la reforma judicial y del Estado de derecho como parte de un nuevo rol del Estado según el discurso del Banco⁶⁰. El Estado debe ser ante todo un regulador y un catalizador. Su accionar está ligado a su capacidad. Como condiciones mínimas, debe garantizar un marco jurídico básico. Dentro de éste no sólo se mantiene sino que se amplía el rol otorgado al poder judicial, ahora con retos en términos de la corrupción, la lucha contra la delincuencia y la contención de los posibles abusos del ejecutivo y el legislativo.

El interés patente por el renovado rol del poder judicial como bisagra del Estado de derecho llama la atención. Como bien registra Boaventura Santos, en el Estado moderno, con la excepción de los Estados Unidos, las cortes han tenido una existencia desigual, son generalmente marginadas por el ejecutivo y el legislativo, llegando a ser poco menos que accesorias. Por lo demás, sus brotes de independencia le han llevado al aislamiento (Santos, 1998, p. 49). Joe Thome se pregunta si el énfasis especial en el poder judicial es correcto, cuando en América Latina éste cuenta con muy poca relevancia social, tiende a seguir las directrices del ejecutivo en asuntos de importancia política y es excesivamente corporativo⁶¹. Al margen de estas y otras explicaciones, observaciones como las anteriores confirman la centralidad del poder judicial en el concepto de Estado de derecho adoptado por el Banco y objeto de nuestro siguiente numeral.

58 El documento emblemático de este nuevo giro, dirigido especialmente a América Latina, es *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*. Banco Mundial. Washington, 1998. En una perspectiva más general se encuentra el artículo del hoy ex economista general del Banco Mundial y ex asesor económico del gobierno Clinton, Stiglitz Joseph (1998). "Más instrumentos y metas más amplias para el desarrollo: hacia el consenso postwashington", *Instituciones y Desarrollo* No. 1. Barcelona, octubre.

59 Dovve también anota cómo el interés por las instituciones y menos por la gobernabilidad en este período, permite al Banco introducirse más fácilmente en el campo del cambio político, en cuanto la relevancia de lo institucional tiene vínculos teóricos más claros con la teoría económica, siendo congruente con el mandato del Banco y levantando menos resistencias que el interés por la gobernabilidad. (Dovve, 1998, p. 125)

60 Con el informe del desarrollo mundial de 1997, la ubicación de la reforma judicial como parte de la reforma del Estado se refuerza y hace más pública. Sin embargo, ya para 1996, el Banco recogía en uno de sus documentos técnicos: "La reforma judicial es parte del proceso de redefinir el Estado y su relación con la sociedad, y el desarrollo no puede continuar sin la efectiva ejecutabilidad, definición e interpretación de los derechos de propiedad". (Banco Mundial, 1996, p. XI)

61 Thome, Joe (2000). *Heading South but Looking North: Globalization and Law Reform in Latin America*. Paper presentado en el encuentro anual de la asociación Law and Society. Miami, mayo 26-29.

II. Derecho y desarrollo: ¿cuál es el concepto de Estado de derecho en los programas del Banco Mundial?

El Estado de derecho es uno de los conceptos centrales del ideario jurídico político moderno, nacido al calor de la ilustración, las revoluciones burguesas y la extensión de la economía capitalista (Grote, 1999). Su centralidad y pasado histórico no lo han consolidado como una categoría con un significado dominante. Tras del ideal del Estado de derecho se esconden diversas aproximaciones sobre sus atributos institucionales y sus finalidades, los cuales han variado históricamente y han estado signados por perspectivas ideológicas divergentes⁶².

Las diversas definiciones de Estado de derecho están asociadas a la discusión sobre la relación fundamental o no entre su dimensión formal y consideraciones sustanciales expresadas en la defensa de determinados valores y/o consideraciones acerca del origen del derecho donde se enmarcaría la acción del Estado. A la luz de las diferencias de apreciación sobre tales temas, los especialistas hablan de definiciones formales y sustanciales del Estado de derecho⁶³. Siguiendo a De Asís, un “Estado formal de derecho se refiere a la forma de realización de la acción del Estado y concretamente a la reducción de cualquiera de sus actos a la ley o a la Constitución, para lo cual establece unos determinados principios o mecanismos⁶⁴; (...)El Estado material de derecho(...) no se refiere a la forma sino al contenido de las relaciones Estado-ciudadano, bajo la inspiración de criterios materiales de justicia; no gira meramente en torno a la legalidad, sino que entiende que esta ha de sustentarse en la legitimidad, en una idea del derecho expresión de los valores jurídico políticos vigentes en una época”⁶⁵. (De Asís, 1999, p. 104)

La discusión entre el contenido formal y sustancial del Estado de derecho está lejos de ser académica. Los efectos de su diversa categorización

62 Sobre el carácter histórico del concepto, para explicar las variaciones entre los conceptos de la *rule of law* anglosajona, el *Rechtsstaat* alemán y el *Etat de Droit* francés, Groote anota: “La implementación de un Estado de derecho ideal depende entonces de la existencia de tradiciones políticas y legales”. [Grote, 1999, p. 270]. Sobre las diversas apreciaciones en torno a la *rule of law* a la luz de la teoría política puede verse Shklar, Judith (1987). “Political Theory and the Rule of Law”, *The Rule of Law. Ideal or Ideology?* Hutchinson and Monahan Ed., Carswell.

63 Franz, Neumann (1986). *The rule of law. Political Theory and the Legal System in Modern Society*. Ed. Berg, USA; Raz, Joseph (1994). “The Politics of the Rule of Law”, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*. Clarendon Paper Backs, Oxford; Reynold, Noel B. “Grounding the rule of law”, *Ratio Juris*, vol. 2, No. 1, marzo 1989, pp. 1-16; y Craig, *op. cit.*, 1997.

64 Para Neumann la definición de Estado de derecho aportada por el positivismo jurídico es claramente formal. (Neumann, *op. cit.*)

65 Para Craig, la aproximación de Dworking sería tributaria de tal definición sustancial. (Craig, *op. cit.*)

se expresan en la forma como las diferentes constituciones jurídico-políticas regulan desde el contenido concreto de las finalidades perseguidas a través del Estado derecho, hasta la forma de entender la separación de poderes y especialmente el papel otorgado al poder judicial. El hecho formal y sustancial de que sea en las constituciones donde se expresen las posibles diversas opciones ayuda a entender por qué hoy el Estado de derecho es ante todo un Estado constitucional⁶⁶. Aún más allá, esta misma denominación transmite un consenso mínimo básico representado en la supremacía de los derechos y garantías constitucionales, como referente sustancial y sentido último de la acción del Estado⁶⁷.

Es a la luz de la discusión entre Estado de derecho formal y sustancial y de sus dimensiones constitucionales como queremos ubicar el análisis sobre el concepto de Estado de derecho promovido por el Banco Mundial como parte de sus políticas de préstamos. Una valoración en tal sentido debe reconocer el particular enfoque aportado por el Banco en su aproximación al tema. Éste remite fundamentalmente a su referencia específica a la *rule of law* anglosajona y con ello a su correspondencia con la tradición del derecho civil y el «*Etat de Droit*» en América Latina. De igual forma, mas en otro sentido, al hablar de cómo entiende el BM el Estado de derecho, no debemos perder de vista que su foco de atención es el papel del Estado de derecho en el desarrollo económico expresado en términos del crecimiento económico, antes que sus dimensiones estrictamente jurídico-políticas.

En términos históricos, la *rule of law* remite original y específicamente a la experiencia inglesa, la cual ofrece diferencias notables con la forma como el Estado de derecho se entendió en Alemania, Francia y los Estados Unidos de América. Tales diferencias expresaban elementos propios tanto de la cultura jurídico-política de estos países, como de sus diversas experiencias históricas en el desarrollo del Estado de derecho⁶⁸. Hoy, en medio de particularidades menores, “los conceptos de *rule of law*, *Rechtsstaat* y *Etat de Droit* coinciden en su interés por colocar límites efectivos sobre el ejercicio de la autoridad pública a fin de salvaguardar los derechos y libertades de los ciudadanos. La definición precisa del mismo depende de los concep-

66 Sorprendentemente, Grote constata que en el contexto de la retórica jurídica de los Estados Unidos es muy extraño el uso del término *rule of law*. En vez de tal caracterización se habla de la supremacía constitucional. (Grote, 1999, p. 301)

67 En palabras de Grote, “El concepto formal de Estado de derecho ha sido desacreditado por las catástrofes políticas del siglo XX. El concepto sustantivo que lo ha reemplazado no se basa en teorías de derecho natural o divino, sino en la moderna noción de constitución. La constitución no sólo contiene reglas sobre la distribución de poder entre los diferentes órganos estatales. También incorpora valores sustantivos en la forma de garantías de derechos fundamentales, que dirigen y limitan el ejercicio de la autoridad pública”. (Grote, 1999, p. 305)

68 Al respecto, relevando las diferencias históricas y del concepto mismo de *rule of law*, ver Zagrebelsky, Gustavo (1996). *El derecho ductil*, Trotta, Madrid. También De Asis, 1999, *op. cit.*; Grote, 1999, *op. cit.*; Neumann, 1986, *op. cit.*; Baratta, 1978, *op. cit.*

tos prevalecientes sobre el derecho y la autoridad pública que están a sí mismo sujetos al cambio”⁶⁹. Para nuestros efectos y en términos semánticos y generales, la aproximación al Estado de derecho desde la *rule of law* prevista por el Banco no tiene por qué ofrecer diferencias especiales con la tradición latinoamericana venida del Estado de derecho.

En segunda instancia, al hablar del Banco y el Estado de derecho, debe entenderse su interés específico por los vínculos entre el Estado de derecho y el desarrollo económico. En concreto, el Banco se interesa por entender y promover cómo el Estado de derecho contribuye o debe contribuir a la instauración y funcionamiento de la economía del mercado y con ello del desarrollo. En general, el BM se interesa más por las relaciones entre las instituciones jurídicas y el cambio social, que por la consideración jurídico-institucional del Estado de derecho⁷⁰. El Banco asume y promueve una determinada definición de la *rule of law*, la cual, a su entender, se adecua mejor a la promoción más eficiente del sector privado y la economía de mercado.

La conformación de una definición adecuada del Estado de derecho por parte del BM tiene inevitablemente connotaciones jurídico-institucionales, expresadas de manera específica en sus proyectos de reforma legal y judicial en el mundo en desarrollo. Tales connotaciones remiten, a su vez, a la manera como las constituciones políticas latinoamericanas han modelado su definición del Estado de derecho. Como veremos, el BM ha optado por un concepto sustancialmente débil de Estado de derecho dirigido a garantizar la predecibilidad y credibilidad institucional, mientras al mismo tiempo muchas constituciones latinoamericanas establecen entendimientos sustanciales fuertes, representados en Estados sociales y democráticos de derecho. Este contraste no es meramente retórico. En realidad, el Banco puede condicionar expresamente o vía préstamos, su entendimiento de la *rule of law*, entrando en conflicto y/o neutralizando entendimientos constitucionales alternativos, producto de la voluntad popular y soberana de los países.

El concepto de Estado de derecho en el discurso del Banco Mundial

Desde 1992 y bajo el interés por la *governance*, el Banco Mundial ha adoptado y conformado en forma progresiva un concepto de Estado de derecho ligado expresamente a las necesidades del proceso de desarrollo

69 De Asís, 1999, *op. cit.*; Grote, 1999, *op. cit.*; Neumann, 1986, *op. cit.*; Zagrebelsky, 1996, *op. cit.*

70 Merryman, John Henry. “Comparative Law and Social Change: On the origins, style, decline & revival of the Law and development movement”, *Comparative Law and Social Change*. Para un análisis reciente sobre los distintos modelos de análisis en torno a la relación entre derecho y desarrollo, ver Burgos, Germán. “¿Es el derecho necesario para el desarrollo económico?: Una visita a los discursos y prácticas sobre derecho y desarrollo”. Accesible en la biblioteca virtual del Instituto Internacional de la Gobernabilidad de Barcelona, web page www.iigov.org/pnud.

económico. Mientras inicialmente el Banco focalizó su interés por el tema en el proceso de “formulación y aplicación de la leyes”⁷¹, de manera paulatina ha incorporado la importancia de una división de poderes, los balances y contrapesos entre éstos y la radical importancia de la independencia judicial (Banco Mundial, 1997, p. 115). Dado el carácter dinámico de la conceptualización construida por el Banco, nuestra presentación se realiza siguiendo los distintos momentos cronológicos de ese proceso. El recorrido final de este camino debe permitir contar con un concepto claro pero dinámico de la perspectiva planteada por el BM⁷².

A comienzos de los 90 y en el marco de la relación entre *governance* y *desarrollo*, el Banco adopta una primera definición estrictamente formal de Estado de derecho:

De entre las varias definiciones de Estado de derecho, dos dimensiones principales surgen: 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. Cinco elementos centrales son considerados: a. Existe un sistema de reglas conocido previamente. b. Tales reglas han sido promulgadas. c. Existen mecanismos que aseguran la aplicación de las reglas. d. Los conflictos son resueltos a través de decisiones vinculantes por un judicial independiente y e. existen procedimientos para reformar las reglas que no han cumplido con sus objetivos. (Banco Mundial, 1992, p. 30)⁷³

El Banco es consciente de las dimensiones sustanciales del Estado de derecho; a su juicio, éstas dependen de los avances en el desarrollo económico y, además, son aspectos políticos por fuera de su mandato:

71 World Bank (1992). *Governance and Development*. World Bank Publication, Washington, p. 30.

72 A pesar de la centralidad y reiterada referencia al Estado de derecho dentro del BM, es obligatorio notar que no existen programas de préstamos o asistencia técnica dirigidos expresamente a la realización del mismo. Como hemos anotado y sostendremos a lo largo de este capítulo, el Banco ha dirigido su acción a la reforma de los sistemas de justicia en buena parte de los países latinoamericanos. Para el Banco, el poder judicial es la pieza maestra de su entendimiento del Estado de derecho. La no referencia expresa en términos de proyectos al Estado de derecho se puede explicar por las sensibilidades políticas del tema dentro y fuera del Banco. Esta ausencia no significa que el Banco no tenga un concepto de Estado de derecho y que su cooperación para la reforma a la justicia sea una mera gestión técnica en respuesta a las demandas de los gobiernos nacionales.

73 Rigo, en un documento interno del Banco y preparatorio sobre el tema afirma más claramente: “La literatura académica sobre el Estado de derecho es cuantiosa y el concepto se presta a discusiones interminables a nivel jurisprudencial con una limitada relevancia práctica. El énfasis está aquí en la visión pragmática del Estado de derecho en el contexto de las operaciones del Banco”. Rigo, Andrés (1991). *The Rule of Law*. Paper Preparado como *background* para la “Task Force on Governance del Banco Mundial. Mimeo. Copia obtenida en la biblioteca de derecho del Banco Mundial en Washington, p. 1.

En la perspectiva de muchos, la dimensión formal (del Estado de derecho) necesita ser complementada con principios sustantivos para crear un sistema legal “justo”. 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. (Banco Mundial, 1992, p. 30)

Muchos de los elementos sustantivos tienen connotaciones filosófico-políticas relacionadas con la manera como los gobiernos y las sociedades deben organizarse (...) Los aspectos políticos no son abordados por el Banco y no forman parte de su actual mandato. (Rigo, 1991, p. 5)

La opción formal antes enunciada no sólo es congruente con el mandato del Banco sino que se ajusta a las funciones que debe cumplir un sistema jurídico para el desarrollo, a saber: crear condiciones de predecibilidad y calculabilidad para los actores privados, que a juicio del Banco son el eje actual del proceso de desarrollo⁷⁴.

La acción del Banco entonces se dirige a promover la existencia de un marco coherente de leyes, suficientemente conocido, claro, confiable, efectivo y no retroactivo⁷⁵. Tal sistema legal debe vincular a los actores privados pero en especial a los gobernantes, cuyas acciones deben estar expresamente sujetas a una legalidad previa que neutralice sobre todo cualquier poder discrecional⁷⁶. La realización práctica del marco legal tanto en el plano privado como en el de las autoridades públicas es tarea especial de un sistema judicial independiente⁷⁷. Finalmente, el proceso de enmienda

74 Al respecto se afirma: “Algunos elementos del Estado de derecho son necesarios para crear un ambiente lo suficientemente estable para que los agentes económicos –empresarios, campesinos y obreros– puedan evaluar las oportunidades y riesgos económicos, para hacer inversiones de capital y trabajo, para realizar transacciones de negocios entre ellos, y para tener una seguridad y un recurso razonable contra la interferencia arbitraria o la expropiación”. (Banco Mundial, 1992, p. 28)

75 Este conjunto de reglas no es del todo claro en el discurso del Banco. Si bien reconoce la importancia de un conjunto de normas abstractas y de aplicación uniforme, simultáneamente releva la necesidad de espacios de flexibilidad legal para enfrentarse a las realidades cambiantes de la economía. Ver, Rigo (1991), *op. cit.*, pp. 20 y 34. Adicionalmente, bajo el interés permanente por la regulación, el Banco promueve con claridad la desregulación de varios sectores económicos mientras la regulación de otros se entiende siguiendo criterios de mercado y competitividad. Ver, Banco Mundial, 1999, *op. cit.*

76 En términos del Banco: “Que los funcionarios del gobierno deben estar sujetos a la ley como lo son los ciudadanos privados, y que sus acciones deben derivarse de y ser limitadas por una autoridad legal específica. La aplicación apropiada y consistente de las reglas por funcionarios gubernamentales es el elemento requerido para establecer la legalidad y –en conjunto con la idea de justicia– para establecer la legitimidad”. (Banco Mundial, 1992, p. 34)

77 Banco Mundial: “El Estado de derecho pierde su función de resolver conflictos y de inspirar confianza si no existe un sistema judicial independiente y confiable para ase-

de las leyes debe ser claro y conocido, evitando el cambio permanente de las mismas, el cual afecta su credibilidad y obediencia.

En términos discursivos, mas también empíricos y prácticos, el sistema de justicia concentró el interés del Banco en su conceptualización del Estado de derecho. A lo largo de varios de sus documentos se reitera bajo diverso tipo de afirmaciones que «Un estamento judicial eficiente es el pilar fundamental del Estado de derecho» (Banco Mundial, 1997, p. 41)⁷⁸. A nivel empírico, un estudio contratado por el Banco demostraba que la existencia de procedimientos vagos y equívocos en el judicial podía explicar hasta el 23% de la variación del ingreso per cápita en los países entrevistados⁷⁹. En términos prácticos, el eje de acción del Banco fue la promoción y sustento económico de reformas de los sistemas de justicia.

La incentivación de la reforma judicial por el Banco estaba dirigida a mejorar sus niveles de eficiencia, la independencia del poder judicial, la creación y fortalecimiento de mecanismos alternativos de solución de conflictos y la inclusión de consideraciones de género por parte de los jueces⁸⁰. Con todo, el objetivo mediano de su reforma estaba en la mejoría de las condiciones de predecibilidad legal tanto a nivel de las decisiones del judicial como de la administración en general. En particular, el foco en la garantía y clarificación de los derechos de propiedad y la ejecutabilidad de los contratos y el descenso de los costos de transacción jugaron un papel central:

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.

Consecuentemente el gobierno no necesita intervenir más allá, por que una vez que las partes tienen claramente definidos los derechos de propiedad, ellos pueden ser negociados hacia un resultado eficiente. (...)El estado actual en América Latina es que el sistema judicial no provee apropiadamente unos derechos de propiedad definidos y por lo tanto previene la asignación eficiente de recursos. (Banco Mundial, 1996, p. 4)

gurar que los arreglos contractuales privados sean respetados y que la ley sea aplicada de manera uniforme por el ejecutivo". (Banco Mundial, 1992, p. 35)

78 Shihata, hoy ex vicepresidente del Banco, afirmaba: "Un sistema judicial que funciona bien es un factor esencial para fortalecer el Estado de derecho así como el papel que cumple el Estado para garantizarlo. En este sentido, la reforma judicial es una parte integral del desarrollo institucional y un elemento clave en el desarrollo del sector privado. La interpretación y aplicación consistente del derecho por las cortes proporciona un ambiente institucional estable en el cual a largo plazo, las consecuencias de las decisiones económicas pueden ser evaluadas por las empresas y el público". En Buscaglia, Eduardo y María Dakolias (1996). *Judicial Reform in Latin American Courts*. World Bank Technical Paper No. 350, p. IV.

79 Weder, 1996, p. 24.

80 Dakolias, *et al.*, 1995.

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. (Banco Mundial, 1997, pp. 50-51)

Hasta mediados de la década de los 90, el énfasis en torno a la construcción del Estado de derecho vía la reforma judicial, era entonces la creación de condiciones de calculabilidad legal, especialmente dirigidas a crear un ambiente apropiado para las inversiones del sector privado tanto nacional como internacional. Tal objetivo no sólo se realizó a través de cambios en los sistemas de justicia sino vía reformas en las burocracias públicas a fin de hacerlas más profesionales y fiscalizables⁸¹. Para el Banco, la generación de predecibilidad legal no constituye un monopolio de la acción del Estado. Existen instituciones y normas informales creadas por la propia sociedad y dirigidas a enfrentar los retos de la incertidumbre y garantizar el cumplimiento de los contratos:

La reforma judicial pretende apuntalar el Estado de derecho y asegurar que los contratos serán ejecutados. Sin embargo, otras instituciones dentro de la sociedad cumplen las mismas funciones (...) Los proyectos de reforma judicial contruidos sobre o dirigidos a ampliar la operación de tal ejecutabilidad informal obtendrán mejores resultados que aquellos que no lo hagan. (Messick, Banco Mundial, 1999)

Al hablar de normas informales se hace referencia, entre otras, a las extensiones y modificaciones de normas formales, normas de conducta sancionadas socialmente o aceptadas internamente. Estas son transmitidas vía la cultura, antes que producidas por una autoridad central y cumplen el papel de garantizar el intercambio entre los actores económicos⁸². Las instituciones informales son un producto social espontáneo incontrolable y de cambio gradual sobre el cual se constituyen las instituciones formales legales⁸³. La incorporación de tales normas informales ratifica el sentido predominantemente consecuencialista del interés del Banco por el Estado de

81 Dovve, 1998, *op. cit.*

82 North, Douglas C. (1993). *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Fondo de Cultura Económica, México.

83 La valoración y relevancia de este tipo de instituciones se asienta en el entendimiento hayekiano sobre el “*Kosmos*” y el “*Taxis*”. Bajo el primero se entiende el “orden espontáneo madurado por el tiempo, autogenerado (...) resultado de la acción combinada, pero no deliberada de los agentes”, el cual se corresponde con las instituciones informales. Con *taxis* se hace referencia a la legislación producida por el Estado. En términos de Hayek el orden del *Kosmos* es superior y más deseable al promovido bajo el *taxis*. Al respecto, ver Cooter, Robert (1996). “The rule of State Law and the Rule of Law State: Economic Analysis of the Legal Foundations of Development”, *Annual World Bank Conference on Development Economics*. Washington.

derecho. Antes que su centralidad jurídico-política están sus efectos económicos, en la consecución de los cuales no es ya el eje decisivo⁸⁴.

A mediados de los años 90 y especialmente con el Informe del Desarrollo Mundial de 1997, el Banco expresa su preocupación no sólo en términos de la predecibilidad legal sino en relación con la denominada credibilidad regulatoria y política⁸⁵. Bajo el interés por la credibilidad, el Banco remitía tanto a la claridad, coherencia y conocimiento de las leyes, como a la estabilidad en el tiempo de las mismas:

Aunque el poder judicial sea capaz de imponer el cumplimiento de las normas, la credibilidad del Estado sigue estando en peligro si la población apenas cree en la estabilidad de esas normas. El mecanismo constitucional clásico para restringir los cambios legislativos continuos es la separación horizontal y vertical de poderes. (Banco Mundial, 1997, p. 115)

En especial, el Banco está preocupado por el mantenimiento de aquellas regulaciones relativas a las privatizaciones de las empresas públicas, mas en general hace referencia a la credibilidad regulatoria y política de los gobiernos en mantener las regulaciones relativas a las reformas económicas. La no claridad en torno a tal estabilidad genera un “riesgo regulatorio” y/o un “riesgo político” que puede afectar el flujo de inversiones hacia los países:

Algunos países que están listos para privatizar sus infraestructuras son incapaces de atraer compradores en un nivel razonable de beneficio. Esto ocurre si potenciales licitadores tienen razones de preocupación de que los gobiernos puedan renegar de un acuerdo sobre un contrato regulatorio de tal manera que se reduzcan sus expectativas de ganancias. Este riesgo, denominado “riesgo regulatorio” es particularmente alto cuando los inversionistas se preguntan si los gobiernos futuros se sujetarán a los compromisos adquiridos por la actual administración. (Banco Mundial, 1995a, p. 250)⁸⁶

84 El Banco ha reiterado su interés en las instituciones informales en su última conferencia internacional sobre el tema. Bajo la pregunta “How Do Informal and Other Mechanisms Complement the Legal System?” se discutió el aporte de las instituciones informales para el desarrollo del mercado. Aun así, no se conoce mucho sobre la forma en que el Banco incorpora este elemento en sus programas de préstamos. Para un estudio histórico empírico se puede ver Eggertson, Thrainn y Douglas North (1996). *Empirical Studies in Institutional Change*. Cambridge University Press.

85 En realidad, las primeras expresiones sobre los problemas de credibilidad regulatoria asociados a los procesos de privatización se realizaron en 1995a. Banco Mundial (1995). *Bureaucrats in Business. The Economics and Politics of Government Ownership*. A World Bank Policy Research Report. Oxford University Press.

86 En el documento del Banco: “Ya que los inversionistas no pueden retirar fácilmente el capital que han comprometido en empresas estatales privatizadas, tienen que fiarse de las promesas gubernamentales de que estas políticas permanecerán estables. Cuando consideran que las promesas no son fiables, requieren un fuerte descuento sobre el bien estatal que desearían comprar”. (Banco Mundial, 1995, p. 203).

La tercera condición final para el éxito de la reforma de las empresas de propiedad estatal es la credibilidad gubernamental. La capacidad de los líderes para minimizar la resistencia y organizar el apoyo de los inversores, depende en gran parte de la expectativa de que el Gobierno mantendrá sus promesas. (Banco Mundial, 1995a, p. 203)⁸⁷

Los peligros del riesgo regulatorio y político fueron medidos a través de una investigación comisionada por el Banco, la cual evidenció los efectos de tales riesgos en los bajos niveles de inversión y, en general, en los problemas de crecimiento económico. A través de encuestas dirigidas al sector privado en 73 países y sobre un número de 3800 empresas, se demostró que los problemas de imprevisibilidad de los cambios en las leyes y políticas, la baja confianza en la ejecución de las leyes, el impacto de burocracias discrecionales y corruptas, y el peligro de reversión de las políticas, asociados a cambios en los gobiernos, tenían efectos negativos en las tasas de inversión y crecimiento⁸⁸.

Como se puede ver, los problemas de credibilidad están asociados a las ya anotadas inquietudes por la predecibilidad, mas ahora se enfocan en los poderes discrecionales especialmente en cabeza de los gobiernos. Tal discrecionalidad es contraproducente en cuanto puede significar el congelamiento o reversión de las políticas, sobre todo por intereses de orden político de corto plazo⁸⁹. Es en este contexto donde el Banco releva la importancia de establecer, entre otros, un claro régimen de separación de poderes, de pesos y contrapesos, en el cual nuevamente el judicial adquiere una centralidad especial:

Cuando mayor es la separación de poderes, mayor será el número de instancias de control que habrá que salvar para cam-

87 Recientemente, ha crecido de manera importante la literatura donde se analizan los problemas de la credibilidad regulatoria y política. Ver, Weder, Beatrice and Aymo Brunetti (1994). "Political Credibility and Economic Growth in less developed countries", *Constitutional Political Economy*, vol. 5, Winter.

Brunetti Aymo, Wede, Beatrice *et al.* (1995). *Political Credibility and Economic Development*. McMillan, London. Levy, Brian (1998). "Credible Regulatory Policy: options and evaluation", *Evaluation and Development. The institutional Dimension*. Biesner y Piccioto (ed.). Banco Mundial, Edgardo Campos y Salehi Esfahani (2000). "Credible Commitment and Success with Public Enterprise Reform", *World Development*, vol. 28, No. 2.

88 Brunetti, Aymo, Beatrice Wede *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, p. 353. Ver también Levy, 1998, p. 179 y Campos, 2000, p. 221.

89 "Los gobiernos que caen en la tentación de usar la regulación para lograr metas políticas a corto plazo, y que no muestran una actitud apropiada con respecto de la eficiencia y las implicaciones para los inversionistas, ni con las asimetrías de información en cuanto a los costos o el desempeño que favorece a los operadores, hacen que el sistema regulatorio sea vulnerable a captaciones, disminuyendo así la credibilidad y el bienestar en general". World Bank (1999). *Managing the Regulatory Process: Design, Concepts, Issues, and the Latin America and Caribbean Story*. Washington, p. 301.

biar cualquier compromiso basado en las normas. Así la separación de poderes aumenta la confianza en la estabilidad de éstas. (Banco Mundial, 1997, p. 115)

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 nacional. (Banco Mundial, 1997, p. 8)

El 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 negocios (Banco Mundial, 1997, p. 100).

Un estamento judicial eficiente es el pilar fundamental del Estado de derecho (...) (Banco Mundial, 1997, p. 41).

Aparte del poder de control adjudicado al judicial, la credibilidad regulatoria y política puede ser garantizada vía otros mecanismos de orden internacional tanto formales como informales. Dentro de ellos caben, la reputación de los gobiernos y sus instituciones; el fortalecimiento de la condicionalidad de las organizaciones multilaterales como el BM o el FMI y la subscripción de acuerdos multilaterales del tipo Organización Mundial del Comercio, TLC, Unión Europea, especialmente vinculantes con respecto a la acción intervencionista de los gobiernos⁹⁰.

Si quisiéramos definir de manera compacta el concepto de Estado de derecho conformado por el Banco entre 1992 y 1997 resumiríamos diciendo que Estado de derecho es aquel que actúa mediante una separación funcional de poderes, con especial preponderancia del poder judicial, a través de normas abstractas previamente conocidas que lo limitan –tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente–, y dirigido a garantizar predecibilidad legal en relación con la propiedad y los contratos, y credibilidad regulatoria en términos de las políticas y actividad económica de los gobiernos. El Estado de derecho es una más de las instituciones, entre las varias formales e informales, dirigidas a crear las condiciones de instauración y desempeño de la economía de mercado.

Un Estado de derecho así conceptualizado, aglutina de manera compleja y no del todo coherente, los aportes teóricos y filosóficos de varias tradiciones y disciplinas⁹¹. De un lado, el interés por la predecibilidad y calculabilidad legal refleja en mucho la reflexión weberiana sobre el papel

90 Brunetti, Aymo y Beatrice Wede, 1995, *op. cit.*; Levy, Brian, 1998, *op. cit.*; Campos, Edgardo y Salehi Esfahani, 2000, *op. cit.*, y Banco Mundial, 1997, *op. cit.*

91 En el presente texto no incluimos la parte relativa al sustento teórico del entendimiento de Estado de derecho desarrollado por el Banco, del cual sólo haremos una breve mención. Tal parte se encuentra en proceso de investigación y se incorporará en este mismo capítulo posteriormente.

del derecho formal racional en el desarrollo del capitalismo⁹². Tras el problema de la calculabilidad legal también se puede observar la influencia hayekiana preocupada por garantizar la capacidad de planeación y autonomía de los individuos vía un Estado de derecho limitado y predecible⁹³. En términos de la complementariedad entre las instituciones formales e informales con fines de calculabilidad para los actores económicos, ésta ha sido explicitada de tiempo atrás por la nueva economía institucional⁹⁴.

El Banco Mundial ha construido progresivamente un concepto de Estado de derecho atado a los objetivos del desarrollo económico, basado en el mercado y el sector privado. Por ello, el entendimiento del Banco es sin duda particular, al menos visto desde el ámbito del análisis filosófico-jurídico. Los puentes entre formalidad e informalidad institucional y los temas de la credibilidad regulatoria, entre otros, son ajenos a una reflexión desde el campo del derecho y obedecen más a un análisis económico del mismo. Como hemos anotado, el Banco se aproxima al Estado de derecho de manera pragmática, a partir de la teoría del desarrollo y usando un análisis económico⁹⁵. Desde otro campo de estudio, cabe preguntarse cómo puede analizarse el concepto de Estado de derecho del BM desde la filosofía del derecho y la teoría constitucional. Esta es la pregunta del siguiente numeral.

III. El concepto de Estado de derecho del Banco Mundial: una lectura jurídico-constitucional

El concepto ideal o entendimiento del Estado de derecho está lejos de ser estático y es histórico tanto en las diferencias sobre su contenido como en su realización práctica⁹⁶. A su vez, el Estado de derecho ha sido el

92 Entre quienes a este respecto hacen un reconocimiento a la tradición weberiana del Banco está Perry J., Amanda (1999). "International Economic Organizations and the Modern Law and Development Movement", Seidman, Robert y Ann Seidman. *Making Development Work: Legislative Reform for Institutional Transformation and Good Governance*. Kluwer Law International, p. 21.

93 Sobre Hayek y su concepto de *rule of law* ver, Williams Juliet (1997). "On the Road Again: Hayek and the Rule of Law", *Critical Review*, vol. 11, No. 1, 1997.

94 Ver, Wolfgang, Kasper y Manfred E. Streit (1998). "Social Order and Human Values: The rule of Law", *Institutional Economics*. Social Order and Public Policy, Ed. Edward Elgar, Cheltenham, UK., y Knight, Jack (1998). "The bases of cooperation: Social Norms and the Rule of Law", *JITE*, vol. 154/4.

95 World Bank (1999). *The law and Economics of Judicial Systems*. Prem Notes. Public Sector. July, No. 26. También Messick, Banco Mundial, 1999, *op. cit.*

96 Un neopositivista como Joseph Raz ha afirmado: "Al igual que muchas otras doctrinas políticas (como la de gobierno democrático), el Estado de derecho puede conllevar diferentes significados y justificaciones morales en diferentes países, precisamente porque varían los detalles y porque el Estado de derecho crece en una variedad de ambientes políticos y culturales". (...) "Queda claro que estos beneficios del Estado de derecho son valiosos y se pueden obtener sólo en países con ciertas prácticas y tradiciones. (...) La primera y más importante es que el país debe estar preparado para un gobierno democrático"., en Raz, Joseph (1994). "The Politics of the Rule of Law", *Ethics in the Public*

centro de la disputa político-ideológica y es divisa de los más disímiles credos políticos⁹⁷. La variedad, nacida de un ambiente tan movable, ha sido analizada a través de la división entre Estado de derecho en sentido formal y Estado de derecho en sentido sustancial. En medio de tal división, una buena parte de los especialistas en el tema apuestan y defienden un entendimiento fundamentalmente sustancial, el cual tiene a su vez diferentes contenidos⁹⁸.

El profesor Rafael de Asís, en un estudio pormenorizado sobre los modelos de Estado de derecho⁹⁹, ha planteado la existencia de un modelo restringido, un modelo estricto y un modelo amplio de Estado de derecho. Tomando como referencia el modelo estricto, éste se define como aquel «que actúa, mediante una separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, que protegen la autonomía individual y que lo limitan tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente» (De Asís, 1999, p. 54). Un modelo restringido no tendría en cuenta la finalidad de proteger la autonomía individual. Los modelos amplios incluyen elementos varios ligados en algunos casos al origen democrático de las leyes, la garantía de determinadas libertades y derechos civiles, derechos económicos y sociales y la supremacía de la constitución.

Siguiendo a De Asís, el concepto usado por el Banco Mundial coincide dominante más parcialmente con un modelo estricto de Estado de derecho. Así, el Banco propone en su entendimiento la división de poderes, la generalidad de la ley, el conocimiento previo de las normas y la necesidad de su coherencia interna. No obstante, el Banco no es expreso en su sostenimiento de la autonomía individual, aunque ésta parece implícita en su reivindicación de la predecibilidad y calculabilidad legal. El problema de la credibilidad regulatoria y el papel del poder judicial, central en el análisis del Banco, no se ajusta a esta categorización.

El calificativo de estricto, aquí utilizado, es más analítico que valorativo. En realidad no existe consenso sobre si un Estado de derecho en sentido estricto puede considerarse como un modelo sustancial dirigido a la garantía específica de algunos derechos considerados fundamentales o de unos valores entendidos como justos¹⁰⁰. Al margen de esta discusión,

Domain. Essays in the Morality of Law and Politics. Clarendon Paper Backs, Oxford, pp. 370 y 377.

97 Scheurman, William (1987). "Rule of Law at Century's end", *Political Theory*. Octubre; y Skhlair, 1987, *op. cit.*

98 Ferrajoli, *op. cit.*; Zagrebelsky, *op. cit.*; Grasco, *op. cit.*; Díaz, *op. cit.* En defensa de una posición formal está Fletcher (1997). "The rule of law", *Basic Concepts of Legal thought*. Oxford; y Summers, R.S. (1993). "A formal Theory of the Rule of Law", *Ratio Juris*, vol. 6, No. 2, p. 127 y ss. Una revisión de varias perspectivas formales se puede ver en Reynolds, *op. cit.*

99 De Asís, *op. cit.*, 1999.

100 Al respecto ver la discusión planteada entre De Asís y McCormick, en De Asís, 1999, p.63. También, Craig, 1998.

el concepto usado por el Banco Mundial deja de lado importantes consideraciones sustanciales, hoy para muchos inseparables de un concepto completo y complejo de Estado de derecho¹⁰¹:

- El Banco no incluye ninguna referencia a la importancia por el origen democrático de las leyes a las cuales deben estar adscritos tanto los particulares como el Estado. En realidad, existe una desconfianza no declarada tanto sobre el proceso legislativo como sobre la acción del Gobierno, al margen de que éstos sean o no electos¹⁰². La relevancia por la credibilidad y calculabilidad del marco legal y el conocimiento previo de las leyes, como factores centrales en el desarrollo del sector privado, admiten como origen cuerpos democrática o no democráticamente elegidos. Por lo demás, el uso de la condicionalidad externa en favor de reformas jurídicas introduce un elemento de tensión influyente en el contexto de una deliberación democrática de las leyes, al menos en aquellos contextos donde sea posible esta posibilidad¹⁰³.
- No existe para el Banco Mundial un concepto de derechos fundamentales de orden individual como fin del Estado de derecho. Implícitamente hemos reconocido una preocupación nunca evidenciada por el BM de manera expresa en favor de la autonomía individual como finalidad sustancial de su concepto de Estado de derecho. Ésta radicaría en su focalización en los problemas de calculabilidad legal. Siguiendo a Craig, una cosa es afirmar la importancia de la autonomía humana. Otra es hacer que el Estado de derecho tenga como finalidad la garantía de determinadas libertades o derechos. Así: “una concepción formal del Estado de derecho puede estar basada en algunos valores sustantivos abstractos relacionados con la autonomía humana. Otra cosa diferente es concluir que la *rule of law* debe tratar de cumplir específicas libertades sustantivas...”. (Craig, *op. cit.*, p. 482)
- El Banco Mundial no reconoce supremacía alguna de la Constitución como referente y garante central de la defensa de los derechos fundamentales a la manera como cada carta política regule este tema. En realidad en algunos casos y con referencia a determina-

101 Ferrajoli, 1995, *op. cit.*

102 Al respecto ver lo recogido en la página 73 de este texto.

103 Aun desde el campo mismo de la economía se han planteado recientemente algunas inquietudes sobre los efectos democráticos del abordaje referido a la “*policy credibility*”. Así, Grabel afirma: “En ambos sentidos –teórico y político– el criterio de credibilidad desacredita la pluralidad de puntos de vista y niega el valor de disentir, cuestiones consideradas hitos de la sociedad liberal democrática”. Grable, Ilene (2000). “The political Economy of Policy credibility: the new-classical macroeconomics and the Remaking of Emerging Economies”, *Cambridge Journal of Economics*, vol. 24, p. 11. Desde un punto de vista más político, ver Held, David (1997). *La democracia y el orden global*. Paidós, Barcelona, especialmente capítulo 5.

das materias de orden económico, el BM y el FMI han propuesto la importancia de una supremacía regulatoria y resolutoria de conflictos en cabeza de algunos organismos multilaterales o como parte de acuerdos regionales de integración que permitan la credibilidad institucional de los países a ojos de los inversionistas internacionales¹⁰⁴. Bajo un entendimiento como éste, la supremacía formal y finalmente sustancial de la constitución estaría sujeta a estos nuevos cuerpos regulatorios.

Desde una lectura externa, es decir sin considerar las limitaciones internas y el mandato del BM, éste propone un Estado de derecho débil en sentido sustancial. Esto significa que si bien para el BM el Estado de derecho incorpora buena parte de sus elementos formales, su dimensión sustancial tiene relevancia de manera implícita en la defensa de la autonomía individual especialmente resguardada como parte de la predecibilidad y calculabilidad legal. Con todo, su valoración es débil, en cuanto no incorpora lo que hoy es una mínima vinculación entre el Estado de derecho y la garantía de un conjunto de derechos humanos fundamentales. En el mismo sentido no existe una alusión a la legitimidad democrática de la ley y mucho menos se refiere al garantismo constitucional hoy ampliamente reconocido en la teoría constitucional moderna. Por lo demás, el protagonismo otorgado al poder judicial sin relación alguna con la defensa de determinados derechos fundamentales levanta preocupación por el origen y accionar democrático de los jueces.

En realidad, la anterior constatación no constituye un olvido deliberado del Banco. Desde su postura interna y especialmente en el marco de su carta constitutiva, elementos sustanciales como los anteriores son de orden político y por ende ajenos a su mandato. La interpretación pragmática e instrumental del Banco ocurre con respecto a un concepto politizado en especial y por ende lejano a una consideración meramente técnica; por lo demás, éste es indesligable de los marcos jurídico-constitucionales de los países. Por último, la creciente globalización en favor de la realización del Estado de derecho trae tras de sí el empuje de diversos objetivos y valores¹⁰⁵. Reconocidas las limitaciones internas del BM, una apropiación técnica del Estado de derecho no puede eludir ni neutralizar el conflicto en torno a una categoría hoy intrínsecamente ligada a la defensa de un marco sustantivo de valores.

Desde un punto de vista externo al Banco, hoy en día la concepción de Estado de derecho parece indesligable de su fuerte relación con la

104 Ver lo anotado en página 38 y la bibliografía allí referenciada.

105 Sobre el revivir global del Estado de derecho ver: Carothers, Thomas (1998). "The Rule of law revival", *Foreign Affairs*, vol. 77, No. 2. Para un registro de las diversas agendas y objetivos tras de la búsqueda de la *rule of law* en la agenda global y para el caso de América Latina, ver Carothers, Thomas (1999). *The many agendas of Rule of Law Reform in Latin America*. Mimeo. Noviembre.

defensa de los derechos humanos, aunque no siempre exista consenso sobre qué incluir bajo esta categoría. Las organizaciones de derechos humanos han sido las más interesadas en presionar la inclusión de la garantía de los mismos en la condicionalidad y/o préstamos del Banco para la reforma legal y judicial¹⁰⁶. El BM no ha podido permanecer ajeno a este movimiento y ha incluido en sus términos lo que entiende como su labor en la promoción de los derechos humanos¹⁰⁷.

En clave teórica y en sentido general, algunos analistas del Estado de derecho venidos de la filosofía del derecho, la teoría de la justicia y la teoría constitucional, han levantado su inquietud por las –a su juicio– indebidas y abusivas asociaciones ideológicas entre la promoción conservadora del libre mercado y el Estado de derecho. Scheurman por ejemplo, ha criticado cómo la *rule of law* se ha convertido en un apéndice del *free market* en varios proyectos de reforma constitucional en Europa del Este. A través de ellos, «una poderosa corte constitucional ha sido equipada con una gran autoridad para proteger los derechos de propiedad frente al legislador y la administración»¹⁰⁸. Aunque el cuestionamiento de Scheurman es teórico, debe notarse que el Banco Mundial y en especial el Banco Europeo para la Reconstrucción de Europa del Este han promovido y sostenido este tipo de reformas.

Como se puede ver, las diferencias sobre qué entender por Estado de derecho escapan a una mera constatación académica o meramente técnica¹⁰⁹. En realidad, la globalización de la acción en favor del Estado de derecho

106 Ver el trabajo del Lawyers Committee for Human Rights de Nueva York, Provea en Venezuela y el Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA, a nivel de América Latina. Ver también Clark, Jeffrey (2000). "Building on Quicksand: The Collapse of the World Bank's Judicial Reform Project in Peru". LCHR. Mayo.

107 World Bank (1998). Development and Human Rights. The Role of the World Bank. Washington. En la celebración de los 50 años de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Banco expresó que la realización de los derechos humanos de todo tipo depende de los avances en el desarrollo económico. Al ser el objetivo del Banco este último, su participación central está allí antes que en su incorporación como parte de la condicionalidad o criterio para el otorgamiento de préstamos. Ver pp. 2, 3 y 4.

108 Aun más allá, Scheurman en discusión con Carl Sunstein, uno de los académicos estadounidenses ligados al delineamiento del marco jurídico en la Europa del Este, expresa: "Pero es crucial anotar que la constitución ideal de Sunstein incluye una más estricta serie de criterios [orientados al mercado libre] que los encontrados en el existente sistema constitucional en el Occidente moderno. (...)Nuevamente el Estado de derecho es colocado al servicio de una agenda económica mucho más controversial de lo que admite Sunstein"(...) Scheurman, *op. cit.*, 1997, p. 753.

109 A nuestro juicio, lamentablemente ha sido bajo este componente tecnocrático y/o estratégico que la discusión sobre la reforma legal y judicial en América Latina ha tenido lugar. Esto no sólo ocurre desde los equipos del Banco sino desde muchos actores sociales no gubernamentales incorporados en esta agenda. Ver, Bolívar, Ligia (1999). "La reforma del Sistema Judicial en Venezuela", *Nueva Sociedad*, 160. Caracas; y Hammergren, Linn (1998). "La Asesoría Técnica Internacional en las Reformas al Poder judicial en América Latina". Versión Draft. Por fortuna, y como ya ocurrió bajo el movimiento Derecho y Desarrollo de los años 60, han sido los académicos asentados

traerá a nivel global las discusiones que ya había tenido a nivel nacional, hoy expresadas al menos formalmente en la existencia de un Estado sustancial de derecho. En un mundo como el de hoy, signado por la globalización económica, mas también política y cultural¹¹⁰, la consideración como objetivo global del Estado de derecho ofrece tanto oportunidades como desafíos grandes. En cuanto lo primero puede ser una forma eficaz de comprometer a muchos gobiernos siempre reacios a respetar sus leyes y los derechos de sus poblaciones. Además, puede ser el abre bocas hacia el sometimiento de las mismas organizaciones globales a algún tipo de legalidad democrática general desde la cual juzgar el alcance y ejecución de sus acciones. Aun así, es un desafío en cuanto hoy entran en juego en el campo global muy diversas y contrapuestas perspectivas sobre el Estado de derecho, cuyo éxito no depende de la imposición unilateral de los actores más influyentes sino de un compromiso que constituya un referente amplio para todos los interesados en la realización del ideal histórico y dinámico del Estado de derecho.

Conclusiones

- El Banco Mundial ha venido ampliando el ámbito de su agenda de acción en su labor como actor multilateral en favor del desarrollo económico y social. Bajo el interés por la *governance*, el Banco ha irrumpido en la promoción del marco institucional para el funcionamiento del mercado, hoy entendido como motor del crecimiento económico. Dentro de este ámbito se ha incluido la preocupación por la conformación de un Estado de derecho como requisito central del desenvolvimiento económico.
- El Banco Mundial ha construido progresivamente una definición del Estado de derecho, la cual, de una manera analítica, puede entenderse desde una lectura externa como sustancialmente débil. Ello significa que si bien incorpora los requisitos formales hoy básicos para hablar de Estado de derecho (generalidad de la ley, no retroactividad de la misma, separación de poderes, etc.), sustancialmente, la finalidad de éste es una implícita autonomía humana garantizada vía la predecibilidad legal y la credibilidad regulatoria. Por ende la *rule of law* enunciada por el BM es indiferente a otras finalidades adscritas a este concepto y correspondientes a la defensa de un catálogo de derechos fundamentales, individuales o sociales, la garantía del origen democrático de las leyes y la supremacía sustancial de la constitución.

en las universidades del Norte los que han expresado inquietudes relevantes sobre el sentido y práctica de este proceso. Ver Seidman, Robert y Ann Seidman (1999). *Making Development Work: Legislative Reform for Institutional Transformation and Good Governance*. Kluwer Law International. También ver, Faundez, 1997, *op. cit.*; y Thome, 2000, *op. cit.*

110 Santos, 1998, *op. cit.*

- La aproximación del Banco al Estado de derecho se debe entender en el marco de su mandato no político y su horizonte dirigido al desarrollo económico. Este tipo de introducción en el tema no neutraliza el sentido variado y fuertemente político de esta categoría. Existen las condiciones para el surgimiento de varias formas de conflicto entre los diversos entendimientos sobre el Estado de derecho presentes hoy en la agenda de varios actores globales, mas también con respecto a la forma como constitucionalmente cada país ha regulado su tipo o modelo de Estado de derecho. Parece imperativo asumir de alguna forma que el Estado de derecho y con ello la reforma judicial no son un asunto fundamentalmente técnico sino claramente político y de relevancia tanto para el sector privado como para las iniciativas de diverso tipo presentes en nuestras sociedades.

Bibliografía

- ABEL Richard (1990). *Capitalism and the Rule of Law: Precondition of Contradiction?*, Law and Social Inquiry.
- AJANI Gianmaria (1995). "By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia", *Eastern Europe en The American Journal of Comparative Law*, vol. 43.
- AJANI Gianmaria and MATTEI Ugo (1995). "Codifying Property Law in the Process of Transition: Some Suggestion from Comparative Law and Economics", *Hasting International & Comparative Law Review*, vol. 19.
- ALSTON Richard M. y VAUGHAN B. Michael (1993). "Institutionalist: A United front or Divergent Voices of Dissent?", *Journal of Economic Issues*, vol. XXVII, No. 2.
- AMIN Samir (1999). *El capitalismo en la era de la globalización*. Ed. Paidós, Barcelona.
- Banco Mundial (1998). *Beyond the Washington Consensus. Institutional Matter*. Javed Shahid y Perry Guillermo (eds.), Banco Mundial, Washington.
- (1997). *El Estado en un mundo en transformación. Informe sobre el desarrollo mundial*. Banco Mundial, Washington.
- (1995). *The World Bank and Legal Technical Assistance. Initial Lessons*. The World Bank Legal Department, Washington, enero.
- (1993). Notas Informativas. Washington.
- (1995). Judicial Reform in Latin America and the Caribbean. Proceedings of the World Bank Conference. Malcolm Rowat, Waleed Malik, Maria Dakolias (eds.), documento técnico del Banco Mundial No. 280.
- (1996). The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean. Elements of Reform. World Bank Technical Paper Number 319. Washington.
- BOLÍVAR Ligia (1999). "La reforma del Sistema Judicial en Venezuela", *Nueva Sociedad* 160, Caracas.
- BOUDRAUX Donald y PRITCHARD A.C. (1994). "Reassessing the Role of the Independent Judiciary in Enforcing Interest Group Bargains", *Constitutional Political Economy*, vol. 5, No. 1.

- BROWN Burtran S. (1992). *The USA and the Politization of World Bank*. Kiegan Paul International, Londres.
- BRUNETTI Aymo, GREGORI Kisunko (1998). "Credibility Rules and Economic Growth: Evidence From a Worldwide Survey of the Private Sector", *The World Bank Economic Review*, vol. 12, No. 3.
- BUSCAGLIA Edgardo (1997). "Los principales obstáculos de la reforma judicial en América Latina", *Economía política de la reforma judicial*, BID.
- BUSCAGLIA Eduardo (1997). "A quantitative assesment of the efficiency of the judicial sector in Latin America", *International Review of Law and Economics*, vol. 17.
- CAPELLA Juan Ramón (1995). "Democratización y neonaturalismo", en *Doxa* 17-18, 1995.
- CAPELLA Juan Ramón (1997). *Fruta prohibida*. Ed Trotta, Valladolid.
- CAROTHERS Thomas (1998). "The rule of law revival", *Foreing Affairs*, vol. 77, No. 2, March-April, New York.
- CARRILLO Fernando y Joaquín Edmundo (1997). *Economía política de la reforma judicial*. BID, Washington.
- CARTY Anthony (1992). *Introduction in Law and Development*. New York, New York Univ. Press.
- COASE Ronald (1994). *La empresa, el mercado y la ley*. Ed. Alianza Economía, Madrid.
- COASE Ronald H. (1993). "Coase on Posner on Coase", *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, ambos en (JITE) 149/1.
- COOTER Robert D. (1996). "The theory of Market Modernization of Law", *International Review of Law and Economics* 16, 1996, pp. 141-172.
- (1996). "The Rule of State Law and the Rule of Law State: Economic Analysis of the legal Foundations of Development", *Annual World Bank Conference on Development Economics*. Washington.
- CORNIA, G.A., JOLLY R. y otros (1992). *Adjusment Lending Revisited: Policies to restore growth*. Washington D.C., World Bank.
- CRAIG Paul (1997). "Formal and Substantive Conceptions of the Rule fo Law: An Analytical Framesork", *Public Law*. Ed. Sweet & Maxwell. Automn.
- DE SOUSA SANTOS Boaventura (1999). "The Gatt of Law and Democracy: (Mis) Trusting the global reform of Courts", *Globalization and Legal Cultures*, Oñati Papers No. 7, Oñati.
- (1998). *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. ILSA - Facultad de Derecho Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
- y otros (1995). "Los tribunales en las sociedades contemporáneas", *Pen-samiento Jurídico* No. 4. Ed. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, pp. 5-39.
- DOVVE Suzanne (1998). *From Paradigm to Policy: The Evolution of World Bank Public Sector Reform Policies (1948-1998)*. Memoria de Investigación, Departamento de Ciencias Políticas y de la Administración, Universitat Autonoma de Barcelona.

- DROBAK John y Nye John (1997). *The Frontiers of the New Institutional Economics*. Academic Press.
- DUGGER Willian (1990). "The New Institutionalism: New But no Institutionalism", *Journal of Economic Issues*, vol. 24, No. 2.
- DOUGLAS C. North's "New Institutionalism", *Journal of Economics Issues*, vol. XXIX, No. 2.
- DURÁN y LALAGUNA (1992). *Una aproximación al Análisis Económico del Derecho*, Ed. Comares, Granada.
- EDWALD William (1995). "Comparative Jurisprudence II: The logic of Legal Transplants", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 43.
- ELSTER Jon (1998). "Regla de mayorías y derechos individuales", *La Política*, No. 4, Ed. Paidós.
- (1994). "El impacto de las constituciones en el desempeño económico", *Proceedings of the World Bank Annual Conference of Development Economics*.
- EGGERTSON Thrainn (1996). *El comportamiento económico y las instituciones*, Ed. Alianza, Madrid.
- EGGERTSON Thrainn, North Douglas C. (1996). *Empirical Studies in Institutional Change*. Cambridge University Press.
- ESTÉVEZ Araújo José A. (1990). "La crisis del principio de legalidad: la imagen jurídico formal y la realidad material del funcionamiento de la administración", *Anuario de Filosofía del Derecho*, VII.
- EYZAGUIRRE Hugo (1997). "Marco institucional y desarrollo económico: la reforma judicial en América Latina", *Economía política de la reforma judicial*. Washington, BID.
- FAUNDEZ Julio (1997). *Good Government and Law: Legal and Institutional Reform in Developing Countries*. St. Martin Press.
- FARBER Daniel (1997). *Law and Public Choice*. U. Chicago Press, USA.
- FARCADA BARONA Ignacio. *El condicionamiento político y económico de la ayuda oficial al desarrollo*. Ed. Tirant Monografías.
- FARÍA José Eduardo (1997). O Direito Na Economia Globalizada. Fotocopia, tesis presentada para acceder a la categoría de profesor titular en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sao Paulo.
- "La globalización y el futuro de la justicia", *Revista Jueces para la Democracia*, No. 29.
- FIDLER David (1999). "The Rule of Law in the Era of Globalization", *Indiana Global Legal Studies Journal*, vol. 6.
- FRANKEL Tamar (1993). "The legal infraestructure of markets. The role of contract and property law", *Boston University Law Review*, vol. 73.
- GARCÍA HERRERO Miguel Ángel (1998). "El Estado en transformación y desformalización del derecho", *Estudios de Derecho Judicial*, No. 6, Madrid, 1998.
- GARDNER James (1980). *Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*. Madison, University of Wisconsin Press.

- GESSNER Volkmar (1998). "Globalization and Legal Certainty", *Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of Law*, IISJ, Dartmouth, UK.
- (1994). *Global Interaction and legal cultures en Ratio Juris*, 1994.
- GEORGE Susan y Fabrizio SABELLI (1994). *La religión del crédito. El Banco Mundial y su imperio secular*. Colección Intermon, Barcelona, 1994.
- GIBBON Peter (1993). "The World Bank and the New Politics of Aid.", *European Journal of Development Research*. Political Conditionality, vol. 5, No. 1.
- GILLIES David (1992). Human Rights, Governance, and Democracy: The World Bank's Problem Frontiers. Paper presentado a la conferencia sobre Derechos humanos en el Nuevo Orden Mundial, Praga, junio.
- GOLDING Martin (1996). "Transitional regimes and the rule of law", *Ratio Juris*, vol. 9, No. 4, diciembre.
- GRAY Cheryl W. (1997). "La reforma de los sistemas jurídicos en los países en desarrollo y en transición", *Finanzas y Desarrollo*, septiembre, p.p 14-16.
- GRAY Cheryl W. (1991). "Legal Process and Economic Development: A case study of Indonesia", *World Development*, vol. 19, No. 7.
- GROENEWEGEN John, Kerstholt Frans y Nagelkerke Ad (1993). "On Integrating New and Old Institutionalism: Douglas C. North Building Bridges", *Journal of Economic Issues*, vol. XXVII, No. 2.
- GUASCH J. Luis y ROBERT Hahn (1999). "The Costs and Benefits of Regulation: Implications for Developing Countries", *The World Bank Research Observer*, vol. 14, No. 1, febrero, pp. 137-158.
- GUHAN S. (1998). "World Bank on Governance. A Critique", *Economic and Political Weekly*, January 24.
- HABERMAS Jurgen (1998). *Facticidad y validez*, Ed. Trotta, Valladolid.
- HAMMERGREN Linn A. (1998). "The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America. The peruvian Case in Comparative Perspective", *Westview Press*.
- (1998). "La asesoría técnica internacional en las reformas al poder judicial en América Latina", versión draft. 1998.
- HARRIS John, HUNTER Janet (1995). *The New Institutional Economics and the Third World Development*. Londres, Routledge.
- HELD David (1998). "La democracia en el ámbito internacional", *La democracia en sus textos*. Rafael del Aguila, Ed. Alianza Universidad, Madrid.
- HELD David (1997). *La democracia y el orden global*. Ed. Paidós, Barcelona.
- HEWITT Cynthia (1998). "Uses and Abuse of the Concept of Governance", *International Social Science Journal*, No. 155, marzo.
- HIERRO Liborio (1998). *Estado de derecho. Problemas actuales*. BEPED, México.
- HODGSON Geoffrey M. (1993). "Institutional Economics: Surveying the old and the New", *Metroeconomía* 44:1. Ed. Blackwell.
- (1989). "Economic and Institutions", *Polity Press*. UK, 1989.
- JAMES Harold (1998). "El buen gobierno, importante nuevo elemento en la condicionalidad del FMI", *Finanzas y Desarrollo*, diciembre de 1998.

- JESSOP Bob (1998). "The rise of governance and the risk of failure: the case of economic development", *International Social Science Journal*, No. 155, marzo.
- KAPUR D. y WEBB R. (1994). *The evolution of the multilateral development banks, international monetary and financial issues for the 1990s*, vol. IV. NY, UNCTAD/GID/G.24/4, p.p 229-248.
- KAPUR D. y WEBB R. (1997). "The new conditionalities of the international financial institutions", *International Monetary and financial issues for the 1990s*, vol. IV. NY, UNCTAD/GID/G.24/4.
- LEWIS P. John (1997). *The World Bank. Its First Half Century*, vol. I, History. Brookings Institution, Washington.
- KIELY Ray. "Neoliberalism Revised? A critical account of World Bank concept of good governance and market friendly intervention", *Capital and Class*, No. 64.
- KIRCHNER Christian (1998). "Interacción entre orden económico y orden jurídico con especial consideración de la nueva economía institucional", Contribuciones. Revista Ciedla y Fundación Konrad Adenauer, Lima.
- LANDELL-MILLS and SERAGELDIN (1989). "Governance and the external factor", *Proceedings of the World Bank*.
- LARKINS Christopher (1997). On the Courts, Judicial Independence and Judicial Reform in Latin American. A comment en *Temas Fundamentales de Análisis Económico del Derecho*. Actas Tercer Congreso de la Asociación Latinoamericana de Análisis Económico del Derecho. Caracas, junio.
- LIEBHAFSKY H. H. (1987). "Law and economics from different perspectives", *Journal of Economic Issues*, vol. XXI, No. 4, pp. 1809-1836.
- MANNE Henry G. (1997). "The Judiciary and Free Markets", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 21, No. 1.
- MARCH G. James y otros (1993). "El nuevo institucionalismo", *Revista Zona Abierta* 63/64, Madrid.
- MARKELL Bruce A. (1999). "A view from the field: Some Observations on the Effect of International Commercial Law Reform Effort on the Rule of Law", *International Journal of Global Legal Studies*, vol. 6, versión Web.
- MATTEI Ugo (1997). *Comparative Law and Economics*. Michigan Press. McAuslan Patrick. "Law, Governance and the Development of the Market: Practical Problemas and Possible Solutions", Faundez, *op. cit.*
- McLEAN Roberto (1997). "Algunas consideraciones sobre los efectos de la administración de justicia en la propiedad y los contratos", *Economía política de la reforma judicial*. BID, Washington.
- MEDEMA Steven (1998). *Coasean Economics: Law and Economics and the New Institutional Economics*. Kluwer Academic Publishers. Holanda.
(1997). *Economics and the Law: From Posner to Posmodernism*. Princenton U. Press, USA, 1997.
- MERCADO PACHECO Pedro (1994). *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- MERRIL Thomas. "Does Public Choices Theory Justify Judicial Activism After All?", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 21, No. 1.

- MESSICK Richard (1999). *Judicial Reform: A survey of the Issues*. World Bank Observer, Washington.
- MINDA Gary (1995). *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century End*. New York University Press.
- MOHAMMED Ali Aziz (1997). "Notes on MDB conditionality on Governance", *International Monetary Financial Issues for the 1990s*, VII. NY, UNCTAD/GID/G.24/4.
- MONCAYO Victor (1990). "Sobre la naturaleza del derecho como forma social de la dominación", *Jurimprudencias*, No. 1.
- MOSLEY Paul, Harrigan Jane y Toye John (1991). *Aid and Power. The World Bank & policy-based lending*, vol. 1. Routledge.
- MUNICH I GASA Jaume (1998). "Las instituciones multilaterales de financiación del desarrollo", *Afers Internationals*, No. 40-41, pp. 77-108. Revista CIDOB. Barcelona.
- NIELSEN Klaus y JOHNSON Born (eds.) (1998). *Institutions and Economic Change*. Edwrad Elgar, UK.
- NORTH Douglas C. (1993a). *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Ed. Fondo de Cultura Económico, México.
- (1993b). "Institutions and Credible Commitment", *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, JITE, 149/1 11-23.
- (1984). *Estructura y cambio en la historia económica*. Ed. Alianza Universidad, Madrid.
- PANITCH Leo (1998). "The State in a Changin World: Social-Democratizing Global Capitalism", *Monthly Review*, octubre.
- PEJOVICH Svetozar (1995). *Economic Analysis of Institutions and Systems*. Kluwer Academic Publishers, Netherlands.
- POSNER Richard (1998). "Legal Development and Legal Infraestructure", *The World Bank Research Observer*, vol. 13, No. 1.
- POSNER Richard y Francesco PARISI (1997). *Law and Economics*. The International Library of Critical Writings in Economics, 3 vols., An Elgar Conference, USA.
- POSNER Richard (1997). "The independent Judiciary in an Interest Group Perspective", *Law and Economics*, III. The International Library of Critical Writings in Economics, 3 vols., An Elgar Conference, USA.
- (1996). "The Cost of Rights: Implications for Central and Eastern Europe. And for the United States", *Tulsa Law Journal*, vol. 32, No. 1.
- (1993). "The New Institutional Economics Meets Law and Economics", *Journal of Institutional and Theoretical Economics*. JITE, 149/1.
- PRATS Joan (1998). "La construcción institucional de las capacidades regulatorias. Un tema clave de la nueva agenda del desarrollo", *Instituciones y Desarrollo*, No. 1. Ed. IIG, Barcelona.
- (1999). North D.C. "Cambio institucional, pauta de dependencia y desarrollo", página Web. Instituto Internacional de la Gobernabilidad, Barcelona.

- RAGHAVAN Chakravarthi (1998). "El Banco Mundial y el Estado", *Tercer Mundo Económico*, versión Web.
- REICH Norbert (1987). *Mercado y derecho*. Ed. Ariel.
- REYNOLDS Noel B. (1994). "Rule of Law in Legal Economic and Theory", *Law and the Turn of the 20th Century*. International Conference, Thessaloniki, 1993. Kotsiris L. E. (ed.), Sakkoulas Publications, Grecia.
- ROEMER Andrés (1994). *Introducción al análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México.
- RUTHERFORD Malcolm (1995). "The old and the new institutionalism: Can bridge be built?", *Journal of Economic Issues*, vol. XXIX, No. 2.
- SANAHUJA Perales (1994). "Los desajustes del ajuste: consecuencias de las políticas del Banco Mundial y el FMI", Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional, *Un análisis crítico*. Temas de Cooperación 4, Madrid, septiembre.
- SCHMID A. Allan (1992). "Legal Foundations of the Market: Implications for the Formerly Socialist Countries of Eastern Europe and Africa", *Journal Economic Issues*, vol. XXVI, No. 3, September.
- SCHMIDHAUSER John R. (1992). "Legal imperialism: its enduring impact on colonial and postcolonial judicial systems", *International Political Science Review*, vol. 13.
- SEIDMAN Robert (1989). "The Applicability of Law and Economics to Policymaking in the Third World", *Journal of Economic Issues*, vol. XXIII, No. 2.
- SHERWOOD R., Shepard Geoffrey y Celso Marco de Souza (1994). *Sistemas judiciales y desempeño económico*.
- SHERWOOD Robert (1997). "Sistema judicial y desarrollo económico", *Economía política de la reforma judicial*. BID, Washington.
- SHIHATA Ibrahim (1997). "Democracy and Development", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 46.
- (1993). *Legal Treatment of Foreign Investment. The World Bank Guidelines*. Martinus Nijhoff Publishers Ed., Holanda.
- (1993). "La reforma judicial en los países en desarrollo y el papel del Banco Mundial", *Justicia y Desarrollo en América Latina y el Caribe*. BID, Washington.
- (1991). *The World Bank in a Changing World. Selected Essays*. Martinus Nijhoff Publishers Ed., Holanda.
- SIMON Dieter (1985). *La independencia del juez*. Ed. Ariel, Barcelona.
- SMYTH Russel (1998). "New Institutional Economics in the Post Socialist Transformation Debate", *Journal Of Economic Surveys*, vol. 12, No. 4, Blackwell.
- STERN Nicholas y FERREIRA Francisco (1997). "The World Bank as 'Intellectual Actor'", *The World Bank. Its First Half Century*, vol. 1 - History. Brookings Institution, Washington.
- STIGLITZ Joseph (1998). "Más instrumentos y metas más amplias para el desarrollo. Hacia el consenso post washington", *Instituciones y Desarrollo*, No. 1. IIG y PNUD, Barcelona.

- SWEDBERG R. (1998). *Max Weber and the Idea of Economic Sociology*. Princeton Press.
- SMITH Adam (1996). *Lecciones de jurisprudencia*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- TATE Neal and VALLINDER, Torbjorn (eds.) (1995). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York, New York University Press.
- THOMAS Philip (1996). *Legal Frontiers. The Contemporary Range of Law and Economics Research*. Ed Darmouth, USA.
- TOBOSO Fernando (1997). "En qué se diferencian los enfoques de análisis de la vieja y la nueva economía institucional", *Hacienda Pública Española* 143.
- TORRES LÓPEZ Juan (1990). *El análisis económico del derecho*. Ed. Tecnos, Madrid.
- TRUBEK David (1972). "Toward a Social Theory of Law: an Essay on the Study of Law and Development", *Yale Law Journal*, vol. 4.
- (1996). "Law and Development: Then and Now", Draft. March.
- TSHUMA Lawrence (1999). "The Political Economy of The World Bank's Legal Framework for Economic Development", *Social & Legal Studies*, vol. 8, No. 1.
- UNCTAD (1996). "Transnational Corporation and National Law", *Transnational Corporations and World Development*. International Thoman Business Press, USA.
- Universidad Nacional de Colombia, Universidad Católica de Lovaina (1996). *El Nuevo orden global. Dimensiones y perspectivas*. Ed. Universidad Nacional y Universidad Católica de Lovaina, Bogotá.
- UPHAM Frank (1994). "Speculations on Legal Informality: on Wins Relational Practices and the Marginalization of Law", *Law and Society Review*, vol. 28, No. 2, 233-41.
- VÁSQUEZ Rodolfo (1997). "Comentarios a los fundamentos filosóficos del análisis económico del derecho de Robert Cooter", *Temas Fundamentales de Análisis Económico del Derecho*. Actas Tercer Congreso de la Asociación Latinoamericana de Análisis Económico del Derecho, Caracas, junio.
- WAEDELDE Thomas y GUNDERSON James (1994). "Legislative Reform in Transition Economies: Western Transplants - A Short Cut to Social Market Economic Status?", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 43, abril.
- WEBER Max. *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México.
- WEDER Beatrice, Brunetti Aymo (1998). "Credibility of Rules and Economic Growth: Evidence from a Worldwide Survey of the Private Sector", *The World Bank Economic Review*, vol. 12, No. 3, pp. 353-84.
- WEDER Beatrice. Legal Systems and Economic Performance (1996). "The Empirical Evidence", en Dakolias Maria, *The Judicial Sector in Latin America an the Caribbean. Elements of Reform*. World Bank Technical Paper Number 319. Washington, pp. 21-27.
- WEDER Beatrice and BRUNETTI Aymo (1994). "Political Credibility and Economic Growth in Less Developed Countries", *Constitutional Political Economy*, vol. 5, No. 1, p. 28.

- WILLIAMSON John (1998). “Lo que Washington quiere decir cuando se refiere a las políticas económicas”, *La cultura de la estabilidad y el consenso de Washington, op. cit.*
- WILLIAMSON Oliver (1993). “Transaction Cost Economics Meets Posnerian Law and Economics”, *JITE*, 149/1.
- (1994). “The Institutions and Governance of Economic Development and Reform”, *Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics.*
- YÁÑEZ César (1998). “Antecedentes y aportes del neoinstitucionalismo económico”. Documento electrónico.

Barcelona, 3 de julio del 2000

El derrumbamiento del proyecto del Banco Mundial sobre la reforma judicial en Perú

LAWYERS COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS

Introducción

En gran parte de Latinoamérica, los gobiernos han asumido la tarea –aplazada desde hace mucho tiempo– de modernizar sus respectivos sistemas judiciales. Motivados principalmente por el deseo de atraer y conservar la inversión extranjera, dichos gobiernos buscan aumentar la protección de los derechos de la propiedad y de los contratos. Los gobiernos han intentado implementar diversos métodos, incluidos la modernización de los anticuados registros de propiedad, la modernización de los procedimientos judiciales, el establecimiento de sistemas alternativos de resolución de conflictos, el mejoramiento de los programas de capacitación judicial y el establecimiento de sistemas de promoción y ascenso por mérito. Tomados en conjunto, estos programas representan un esfuerzo –quizá sin precedentes en cuanto a su gran alcance y permanencia– dirigido a abordar las limitaciones de los sectores judiciales nacionales que habían sido desatendidos desde hace mucho tiempo.

El Banco Mundial y otros bancos de desarrollo multilateral pueden desempeñar una misión importante en la financiación y el diseño de los proyectos de reforma judicial. Al ofrecer recursos financieros y asesoría técnica, el Banco Mundial puede promover reformas que, de otro modo, los gobiernos se mostrarían renuentes a considerar. En Perú, sin embargo, el Banco Mundial se vio asociado con un gobierno que había mostrado repetidamente su voluntad de echar atrás la causa de la reforma judicial.

A fines de 1997, el Banco Mundial aprobó el Proyecto de Reforma Judicial de Perú (“el Proyecto”), con un préstamo de US\$22.5 millones. Sólo pocos meses después del inicio del Proyecto, la obstrucción persistente, y muy difundida, del gobierno en la rama judicial hizo que el Banco Mundial anunciara el aplazamiento del desembolso del préstamo, hasta que éste restaurara las condiciones necesarias para que el Proyecto alcanzara las metas propuestas. El gobierno peruano no corrigió los daños causados y, frente a

una probable decisión adversa del Banco, solicitó la cancelación del Proyecto. El Banco lo suspendió formalmente en septiembre de 1998, incluso antes de que se pusiera en marcha su ejecución.

Este documento examina las circunstancias que condujeron a este inusual resultado, y las lecciones que deja para que se tomen en cuenta en los esfuerzos futuros del Banco Mundial al llevar a cabo reformas judiciales. La experiencia de Perú plantea tres aspectos fundamentales para el éxito de las iniciativas de reforma judicial, particularmente de aquellas financiadas por donantes externos: 1) el grado de obstrucción del poder ejecutivo en asuntos relacionados con el poder judicial ofrece un barómetro más preciso del compromiso del gobierno con la reforma, que cualquier otra expresión de buena voluntad; 2) cómo y cuándo los donantes deberían determinar si el compromiso del gobierno es suficiente para garantizar la inversión de tiempo y recursos en un proyecto de reforma, y 3) qué enfoques optimizan las oportunidades de éxito y minimizan el potencial de tiempo y dinero desperdiciados.

Este escrito examina primero brevemente las actividades del Banco Mundial en el área de la reforma judicial y luego describe el sistema judicial peruano, sus problemas recientes, los esfuerzos del gobierno para abordar estos problemas y las controversias resultantes. Se examinan y analizan las decisiones de postergar y luego cancelar el préstamo. Consideramos que un marco de referencia de condicionalidad permitió que el Banco Mundial negara el respaldo, ante la acción del gobierno, que al debilitar la independencia del sector judicial y reducir de manera inaceptable el alcance de la acción judicial legítima, menoscabó severamente la capacidad del Proyecto para cumplir objetivos fundamentales. Concluimos con una evaluación de los tres aspectos planteados antes. Esperamos que la experiencia del Proyecto de Reforma Judicial de Perú se convierta en una historia amonestadora para los donantes que respaldan los esfuerzos de reforma judicial en países cuyos gobiernos no demuestren un compromiso significativo y permanente con la independencia del poder judicial.

EL Banco Mundial y la reforma judicial en Latinoamérica

A mediados de la década de los años 80 del siglo pasado se dio un crecimiento bilateral y multilateral de la asistencia de desarrollo, dedicado a la reforma de los sistemas judiciales de los países latinoamericanos¹. USAID lideró esta vía mediante una serie de programas de administración de justicia en Centroamérica. El Banco Mundial ("el Banco"), seguido del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), abordó esta preocupación a comienzos

¹ Para mayores detalles sobre la historia de la participación bilateral y multilateral en la reforma judicial, así como para un análisis del cambio en el alcance de la participación del Banco Mundial, véase *Halfway to Reform, The World Bank and the Venezuelan Justice System* (New York: 1996).

de la década de los años 90. A partir de julio de 1999, el Banco y el BID habían aprobado o estaban considerando 30 proyectos de reforma judicial o legal en 17 países en Latinoamérica y el Caribe. Para esa fecha, el monto de los préstamos aprobados por ambos bancos para la región ascendía a más de US\$302 millones². Aunque tanto el Banco como el BID desarrollaron proyectos de reforma judicial en Perú, este artículo se enfoca en el Proyecto del Banco Mundial³.

En contraste con la USAID, que ha tenido como enfoque principal la justicia penal, el Banco Mundial comenzó su asistencia financiera y técnica en el área de la reforma judicial, con un enfoque circunscrito a asuntos comerciales y legales relacionados, ya que éstos eran considerados más pertinentes para el desarrollo económico. En un esfuerzo por definir el alcance permisible de préstamos para “gobernabilidad”, en los que la reforma judicial está incluida, la Asamblea General del Banco estipuló en 1990 que cualquier iniciativa de reforma financiada por el Banco debería tener implicaciones “directas y obvias” para el desarrollo económico⁴. De acuerdo con esta interpretación, las primeras actividades de reforma judicial desarrolladas por el Banco fueron orientadas al mejoramiento de la eficiencia del poder judicial, de modo que proporcionara un marco legal más seguro para la inversión privada, incluidos la disminución de los costos de transacción asociados con la protección de los derechos de la propiedad y de los

2 La información recopilada por el Comité de Abogados para los Derechos Humanos está basada en fuentes del Banco Mundial y del BID, incluidos el Monthly Operational Summary (Resumen de Operaciones Mensuales), Project Information Documents (Documentos de Información del Proyecto) y Staff Appraisal Reports (Informes de Evaluación del Equipo), del Banco Mundial; y los Project Profiles (Perfiles del Proyecto) y Project Proposals (las Propuestas del Proyecto), del BID.

3 El Proyecto del BID en Perú –“Mejoramiento del acceso al sistema de justicia”, con un préstamo de US\$20 millones– fue aprobado a finales de noviembre de 1997, poco antes del proyecto del Banco Mundial. Recibió algunos elogios por su orientación hacia los temas básicos de la justicia, y no generó la misma atención o controversia que el Proyecto del Banco Mundial. Sin embargo, muchas ONG de derechos humanos se opusieron continuamente al proyecto del BID, debido a que estaba ligado a la iniciativa más amplia del gobierno relacionada con la reforma judicial, a la cual se oponían fuertemente las ONG. Entrevista del Comité de Abogados con Miguel Huerta, consejero legal, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Lima, Perú (18 de mayo de 1999) [más adelante, entrevista con Huerta]. Algunos funcionarios del BID consideran que, puesto que su proyecto adopta un enfoque relativamente básico, ofreciendo un mejor acceso a la justicia en áreas marginadas, no debería estar sujeto a condicionamientos políticos como los que se analizan en este informe. Entrevista del Comité de Abogados con Pablo Alonso, gerente de tareas del BID para el Proyecto de Reforma Judicial de Perú (11 de febrero de 1998).

4 Memorandum del vicepresidente, “Issues of Governance in the Governing Members: The Extent of Their Relevance under the Banks Articles of Agreement” (Banco Mundial, 21 de diciembre de 1990), p. 38, citado en *Halfway to Reform*, supra nota 1. El memorándum afirma que el artículo IV de los artículos del Acuerdo del Banco restringe el apoyo del Banco a la reforma judicial, a los proyectos relacionados con el desarrollo de un marco legal apropiado para la economía de mercado.

contratos, a través del sistema de tribunales⁵. A través de la financiación, el Banco respaldó actividades tales como el fortalecimiento de organismos judiciales esenciales y entidades administrativas afines de países miembros (incluidos las cortes supremas y los consejos judiciales), con el fin de incrementar sus capacidades de planificación, presupuestarias y de administración general, la reorganización y modernización de los sistemas de administración de las salas de tribunales, el entrenamiento profesional de los jueces y el mejoramiento de los edificios que albergan las oficinas judiciales. El Banco eludió aspectos del sistema judicial que no quedaron incluidos en la estrecha definición de su mandato y, por tanto, no abordó temas relacionados con la independencia judicial, el acceso a la justicia, la ley constitucional, la ley penal o la protección de los derechos humanos.

A pesar de la predisposición inicial hacia un enfoque técnico estrecho⁶, el Banco llegó a reconocer la necesidad de una visión más amplia de los sistemas judiciales y de abordar algunos de los problemas más complicados, como la independencia judicial. Un estudio de 1996 del Banco identificó medidas para garantizar la independencia judicial; el mejoramiento del acceso del público a la justicia y la incorporación de temas relacionados con el género en los procesos de reforma, son algunos de los “elementos principales necesarios para garantizar un poder judicial equitativo y eficiente”⁷. La independencia judicial fue considerada una “característica imprescindible de cualquier proyecto de reforma judicial”⁸.

El reconocimiento incipiente del Banco en relación con la independencia judicial provino de su aceptación de un principio más general: el éxito del proyecto requiere la “apropiación” del mismo por parte del gobierno presertario⁹. “Apropiación” implica el compromiso de realizar las reformas nece-

5 Para más detalles sobre los antecedentes de la evolución de la participación del Banco Mundial en la reforma judicial, véase *Halfway to Reform*, supra nota 1. Para una discusión de la reforma legal en América Latina, en general, véase Joseph Thome, “Searching for Democracy: The Rule of Law and the Process of Legal Reform in Latin America”, borrador preparado por el Taller sobre reforma judicial, motivaciones, proyectos, caminos recorridos, caminos por recorrer, Instituto Internacional de Sociología Jurídica, Abril 6-7, 1998, Oñati, Gipuzkoa, España (se puede obtener en <http://www.uoregon.edu/~caguirre/thome.htm>).

6 *Halfway to Reform*, supra nota 1, apéndice B.

7 María Dakolias, *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean: Elements of Reform*, ponencia técnica No. 319 (World Bank, 1996).

8 *Ibid.*, p. 7.

9 En 1994, en un examen de su experiencia con respecto a la gobernabilidad, el Banco afirmó: “La reforma legal no puede tener éxito sin la plena convicción y el compromiso político del gobierno interesado”. World Bank, *Governance – The World Bank’s Experience* (World Bank, 1994), p. 24. En 1995 expresó el mismo principio al revisar los proyectos de reforma legal: “Para que la asistencia técnica legal genere los resultados deseados, los gobiernos que reciben la asistencia deben demostrar un claro compromiso en favor de la reforma legal, y la plena apropiación del proceso de reforma legal”, Departamento Legal, *The World Bank and Legal Technical Assistance-Initial Lessons*, Investi-

sarias para lograr el éxito del proyecto, lo que presenta desafíos en el caso de los proyectos de reformas judiciales. En el caso del trabajo relacionado con la reforma legal, el Banco ha aceptado que “salvo que un país no se comprometa a reformar su régimen legal... la asistencia técnica legal podría significar un desperdicio de recursos”¹⁰. Quizás, la medición más significativa de tal compromiso es el respaldo concreto gubernamental a la independencia del poder judicial. Idealmente, tal evaluación debería hacerse al inicio de la planificación del proyecto, antes de que sea aprobado. En la práctica, la tarea difícil consiste en cómo tomar tal determinación. En el caso del Proyecto de Reforma Judicial de Perú, el Banco, aparentemente, estaba satisfecho con la posición del gobierno. Sin embargo, esta conclusión fue cuestionada poco después de ser aprobado el Proyecto.

El sector judicial en Perú

El desmantelamiento del decrepito sistema de justicia por el presidente Fujimori

El sistema de justicia de Perú empezó la década de 1990 desacreditado y en crisis. Durante años se había “caracterizado cada vez más de ser corrupto, incompetente, ineficaz o simplemente irrelevante”¹¹. Los intentos de reforma del gobierno militar que llegó al poder en 1968¹² y algunos gobiernos civiles posteriores¹³ sirvieron poco para restaurar la lánguida confianza pública. No hubo intentos verosímiles del poder judicial de purgar sus líneas de jueces corruptos. La mala administración de los tribunales ocasionó enormes acumulaciones de casos y atrasos excesivos. La preparación profesional de los jueces era insuficiente y la infraestructura se encontraba en un estado ruinoso¹⁴.

gación Política, documento de trabajo No. 1414 (World Bank, 1995) [más adelante, Initial Lessons], pp. 18-19.

10 Véase Initial Lessons, supra nota 13.

11 Linn A. Hamnergren, *The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America: The Peruvian Case in Comparative Perspective* 135 (Westview Press: Boulder, CO: 1998) [más adelante, *The Politics of Justice*].

12 Después de que el ejército asumió el poder mediante un golpe de estado en 1968, el gobierno militar reemplazó a toda la Corte Suprema y luego reemplazó a cientos de jueces. El gobierno justificó sus acciones “mediante una serie de alocuciones y declaraciones que subrayaban la corrupción e ineficiencia del sistema tradicional y su falta de independencia política”, *Ibid.*, pp. 143-144.

13 *Ibid.*, pp. 147-50.

14 Los problemas que aquejan al sistema judicial de Perú se encuentran ampliamente documentados en otras fuentes y no se analizarán en detalle aquí. Véase *The Politics of Justice*, supra nota, 11. Véase también World Bank, *Peru: Judicial Sector Assessment, Public Sector Modernization and Private Sector Development Division, Report No. 13718-PE (November 30, 1994)* [más adelante, *Judicial Sector Assessment*] para un análisis extenso sobre los temas administrativos y de acceso a la justicia. Importantes análisis complementarios, enfocados sobre temas relacionados con la autonomía judicial, pue-

Las investigaciones de la policía y los procesos penales eran a menudo ineficaces, y para la escéptica población, los jueces parecían dedicarse a cumplir formalidades irrelevantes, sin comprender en realidad los casos que se les presentaban¹⁵. La expansión de los movimientos guerrilleros Sendero Luminoso y MRTA, y el aumento del tráfico de drogas generaron un torrente enorme de procesos difíciles y politizados, y los tribunales eran considerados demasiado débiles para resolverlos de manera imparcial¹⁶. Por ejemplo, el público se enfureció tras el veredicto de la Corte Suprema que declaró inocente, en el juicio in absentia, al líder de Sendero Luminoso, Abimael Guzmán¹⁷. En 1990, el año en que se realizaron las elecciones que llevaron al poder a Alberto Fujimori, el estado del sistema legal en su conjunto, incluido el poder judicial, era pésimo.

Carente de recursos, socavado por la corrupción, restringido por procedimientos arcaicos diseñados para una época diferente, acosado por conflictos entre las principales instituciones y al interior de éstas, menospreciado por la opinión pública y por los profesionales más talentosos que anteriormente habían hecho parte de sus filas, el sistema de justicia era reconocido ampliamente como el peor representante de las instituciones públicas, en un país donde todo el sector público se encontraba en crisis¹⁸.

Un electorado desilusionado con los partidos políticos tradicionales lanzó al poco conocido Alberto Fujimori a una sorprendente victoria en la campaña presidencial de 1990. Los intentos del presidente Fujimori de establecer poderes excepcionales ocasionaron conflictos con el Congreso¹⁹, lo cual lo condujo a basarse cada vez más en medidas autoritarias²⁰. En el autogolpe del 5 de abril de 1992, el presidente Fujimori disolvió el Congreso, suspendió la Constitución de 1979 y procedió a gobernar mediante decretos. Fujimori justificó en parte el autogolpe ya que se necesitaban poderes excepcionales para reformar el poder judicial y ganar la batalla contra

den hallarse en *Ideele*, revista del Instituto de Defensa Legal (IDL), Lima, Perú. Véase en particular Edición Especial # 100 de agosto/septiembre de 1997.

15 Véase *The Politics of Justice*, supra nota 11, p. 155.

16 Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers, Mr. Param Kumaraswamy, Addendum: Report on the mission to Peru, U.N. Commission on Human Rights, 54th Sess., Agenda Item 8, p. I A, 3, U.N. Doc.E/CN.4/1998/39/Add.1 (1998) [más adelante, Report of the Special Rapporteur].

17 Véase *The Politics of Justice*, supra nota 11, p. 154.

18 *Ibid.*, pp. 151-152.

19 Algunos informes acerca del periodo indican que el Congreso tenía la voluntad de conceder al presidente Fujimori gran libertad en relación con la crisis de la nación, y después de otorgar al presidente poderes extraordinarios para legislar, aprobó, con algunas pocas excepciones, las propuestas más radicales del paquete de emergencia de Fujimori. Éstas tenían que ver principalmente con las medidas contra el terrorismo decretadas por Fujimori después del autogolpe, y entre los cambios legales se destacó la creación de los "tribunales sin rostro". Véase Maxwell A. Cameron, *Self-Coups: Peru, Guatemala and Russia*, *J. Democracy* 125 (1998) [más adelante, *Self-Coups*], p. 127.

20 Véase *The Politics of Justice*, supra nota 11, p. 58.

el terrorismo²¹. El Decreto Ley 25.418 del 5 de abril, por consiguiente, prometía la “reorganización” de la rama judicial²². Dicho Decreto Ley “revocaba las disposiciones establecidas en la Constitución de 1979 para la nominación, ratificación y remoción y promoción del personal judicial y, en efecto, concedió prácticamente al poder ejecutivo el libre ejercicio de estas prerrogativas”²³. A través de una serie de decretos leyes emitidos durante las siguientes tres semanas, el gobierno de Fujimori se embarcó en una purga radical del poder judicial, al despedir a 13 jueces de la Corte Suprema, a todos los miembros del Tribunal Constitucional, a todos los miembros de los consejos nacionales y de distritos del poder judicial, y al procurador general. Igualmente, “130 miembros del personal judicial en los distritos de Lima y Callao fueron despedidos, incluidos jueces del tribunal superior, fiscales principales, jueces de los tribunales de distrito, fiscales provinciales y jueces de tribunales de menores”²⁴. El gobierno nombró a nuevos miembros y al presidente de la Corte Suprema, a quien se le otorgó la facultad de llenar las vacantes en los tribunales superiores. La Corte Suprema, dominada ahora por los miembros designados por el gobierno de Fujimori, comenzó a evaluar a todos los jueces peruanos restantes; la mayoría fueron posteriormente despedidos²⁵. En septiembre de 1992 se implementó otro proceso de evaluación mediante decreto, el cual incluía un examen/cuestionario de un día, que generó el despido de 166 fiscales y 646 miembros del personal administrativo²⁶. Los jueces y fiscales despedidos fueron remplazados por personal designado provisionalmente, sujeto a despido y transferencia en cualquier momento, sin causa alguna²⁷. El resultado fue que se les negó prácticamente a todos los jueces y fiscales hasta la más mínima seguridad laboral²⁸.

21 Véase *Self-Coups*, supra nota 19, pp. 125-126.

22 Decreto Ley 25.418, Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional (5 de abril de 1992). Extracto citado en *Judicial Sector Assessment*, supra nota 14.

23 Report of the Commission of International Jurists on the Administration of Justice in Peru, November 30, 1993, p. 29 [más adelante, Report of the Commission of International Jurists].

24 *Ibid.*, p. 29. En total 22 de los 28 jueces de la Corte Suprema y los cuatro fiscales de la Corte Suprema renunciaron o fueron removidos del cargo. United States Information Service, *Peruvian Judicial Sector*, documento básico, June 1993 [más adelante, *Peruvian Judicial Sector*].

25 Véase Report of the Commission of International Jurists, supra nota 23, p. 29. La Comisión fue organizada por el gobierno de los Estados Unidos con el conocimiento y consentimiento del gobierno peruano, el cual, sin embargo, pareció no estar preparado para la ampliación y profundización de un juicio crítico legal. El gobierno de Fujimori rechazó el informe y sus conclusiones, postura que ha asumido de manera consistente al enfrentar reacciones adversas ante sus intervenciones en los sistemas legales.

26 Véase *Peruvian Judicial Sector*, supra nota 24.

27 Human Rights Watch, *Peru: The Two Faces of Justice* (1995) [más adelante, *The Two Faces of Justice*], p. 6.

28 Véase *The Politics of Justice*, supra nota 11, p. 177.

Si bien estas condiciones de incertidumbre pudieron haber generado temporalmente una Corte Suprema más honesta y quizá redujeron la corrupción en otros niveles, pronto se hizo evidente que la susceptibilidad a la intervención política de la Corte Suprema y del Ministerio Público era mayor que antes²⁹. Muchos peruanos, inicialmente, aceptaron las medidas extremas del Presidente orientadas a demoler un sistema legal absolutamente desacreditado³⁰, pero luego se generó la crítica nacional e internacional. Una comisión de juristas prominentes de Argentina, Italia y Estados Unidos que visitaron Perú en septiembre de 1993, con el fin de revisar las características fundamentales y las reformas proyectadas del sistema judicial peruano, concluyó que el efecto de estas medidas “ha sido la erosión grave, o peor aún, la eliminación de la independencia institucional del poder judicial civil”³¹.

El proceso de reconstrucción

El presidente Fujimori declaró que su autogolpe no tenía el propósito de eliminar la democracia, sino de fortalecerla³². La reforma y fortificación del poder judicial jugarían un papel importante en dicho esfuerzo. En respuesta a la debilidad percibida del poder judicial para administrar la justicia en los procesos de terrorismo, en 1992, Fujimori estableció por decreto un sistema de tribunales anónimos (“sin rostro”)³³, tanto civiles como militares, con el propósito de procesar y someter a juicio una amplia gama de delitos relacionados con el terrorismo. Jueces militares, sobre todo oficiales de carrera sin ningún entrenamiento legal, fueron facultados para someter a juicio a civiles por algunos de estos crímenes³⁴. La desconsideración al debido procedimiento legal condujo a un “récord asombroso de violaciones a los derechos humanos”³⁵, incluidas muchas condenas erróneas y detenciones inaceptablemente largas antes del juicio.

En 1993, el gobierno de Fujimori adoptó una nueva constitución que disponía tribunales independientes y el restablecimiento del poder legislativo. Sin embargo, muy pronto se evidenció que el nuevo poder legislativo no crearía un equilibrio significativo frente al poder ejecutivo. Por el contrario, las nuevas disposiciones crearon un poder legislativo servil³⁶ que

29 Ibid.

30 Ibid.

31 Véase Report of the Commission of International Jurists, supra nota 23. La Comisión se estableció a partir de un acuerdo entre los gobiernos de Estados Unidos y Perú.

32 Véase Self-Coups, supra nota 19.

33 Las medidas llevadas a cabo en procesos secretos por jueces y fiscales que no fueron identificados.

34 Para más detalles, Véase Lawyers Committee for Human Rights, Lawyers Committee Concerns Regarding Anti-Terrorism Courts and the Administration of Justice since April 1992 (1993), y The Two Faces of Justice, supra nota 27.

35 Véase The Two Faces of Justice, supra nota 27, p. 7.

36 La Constitución de 1993 cambió el antiguo poder legislativo bicameral que proporció-

aprobó sorpresivamente leyes a instancias del poder ejecutivo, incluida una ley de 1995 que concedió la amnistía al personal de las fuerzas armadas sentenciados por abusos a los derechos humanos³⁷.

La reconstrucción del sistema judicial por parte del gobierno comenzó en serio en noviembre de 1995, cuando el Decreto Ley 26.546 estableció una Comisión Ejecutiva conformada por tres jueces de la Corte Suprema, que eligieron al almirante retirado José Dellepiane como Secretario Ejecutivo de la Comisión³⁸. Esta comisión tenía el mandato de realizar reformas judiciales internas, incluidos reorganizaciones y mejoramientos administrativos³⁹. Después de una serie de cambios superficiales implantados con gran fanfarria, se evidenció a mediados de 1996 que las metas del gobierno Fujimori para el poder judicial eran más ambiciosas. En junio, a petición del poder ejecutivo, el Congreso aprobó la controvertida Ley 26.623 que disponía la futura creación del consejo de coordinación judicial para supervisar la reforma judicial. Mientras se establecía esta entidad, la legislación creó una comisión interina, presidida también por Dellepiane, con un amplio mandato, incluido el poder para reorganizar las entidades externas responsables del nombramiento y capacitación judiciales⁴⁰. La ley también reforzaba aún más la Comisión Ejecutiva presidida por Dellepiane⁴¹, a la que se le transfirieron el control de otras reformas de la Corte Suprema y de los fiscales de más alto rango. La nueva y habilitada Comisión Ejecutiva

naba una representación regional significativa. Anteriormente, los escaños en la Cámara de Representantes se dividían por departamentos. En el nuevo sistema, hay un poder legislativo unicameral y un solo distrito. Los escaños fueron repartidos sobre la base de todos los votos de la nación, permitiendo un significativo control con base en campañas políticas enfocadas en los centros urbanos densamente poblados. Véase Cynthia McClintock, "¿Resucitando la designación de régimen autoritario? Perú bajo Fujimori, 1995-1998", que se publicará en Fernando Tuesta, *La política bajo Fujimori* (1999). Fortalecido por cerca de 70 votos con los que siempre podía contar, Fujimori utilizó el poder legislativo como un visto bueno. Como sólo se requería una lectura del proyecto de ley, la legislatura podía evacuarlo en 24 horas, sin deliberación o debate significativos. Véase *Self-Coups*, supra nota 19, p. 129.

- 37 Véase *Self-Coups*, supra nota 19, p. 129. Esta ley concedió la amnistía de enjuiciamiento a aquellos que cometieron abusos contra los derechos humanos durante la guerra para combatir el terrorismo entre mayo de 1980 y junio de 1995. Además, limpió los antecedentes del personal de las fuerzas de seguridad que ya había sido declarado culpable de abusos contra los derechos humanos. Véase también *The Two Faces of Justice*, supra nota 27. La legislación fue condenada por las ONG de Perú y extranjeras. Véase, por ejemplo, *Ideele*, No. 77 (julio de 1995), en donde colaboradores de Perú y del exterior critican la "ley de amnistía" desde un amplio rango de perspectivas. De mayor preocupación desde la perspectiva de la independencia del poder judicial era la legislación posterior que despojó a los tribunales de cualquier derecho a revisar la ley de amnistía. Véase infra notas 66-67 y el texto correspondiente.
- 38 Véase *The Politics of Justice*, supra nota 11, p. 180. El almirante Dellepiane tenía conocimientos en reforma administrativa, pero no en reforma judicial.
- 39 *Ibid.*, p. 180.
- 40 *Ibid.*, p. 185.
- 41 *Ibid.*, p. 185, fn 21.

y la comisión interina eran aliadas cercanas al presidente Fujimori, lo que efectivamente le proporcionó una gran influencia sobre la reforma judicial. Varios jueces de la Corte Suprema y funcionarios de alto rango del Ministerio Público⁴² se opusieron a esta iniciativa, ya que perdieron el control de las reformas ahora en manos de Dellepiane, aliado del presidente Fujimori. A Dellepiane se le otorgó libertad de acción para encabezar el esfuerzo más ambicioso de la reforma judicial: un plan a tres años de US\$100 millones, US\$40 millones de los cuales serían proporcionados por el gobierno. Se esperaba que los donantes extranjeros contribuyeran con el resto⁴³.

Algunos observadores sugirieron que una de las motivaciones para el desarrollo de este plan de reforma judicial era preparar las bases para la ayuda de los donantes internacionales, como el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y la USAID. El Banco Mundial ya había comenzado el trabajo preliminar y las discusiones sobre un posible programa de reforma⁴⁴, a lo que le siguió el interés de otros donantes importantes. De manera entusiasta, el Banco respaldó las políticas dramáticas de liberalización de la economía del gobierno de Fujimori, y sus esfuerzos por integrarla a la economía global⁴⁵. Desde la perspectiva del Banco, el apoyo al crecimiento económico que se esperaba lograr a través de estas reformas, exigía cambios en el papel del Estado dirigidos al incremento de “la capacidad para gobernar” y “crear un entorno apropiado para que el sector privado liderara el desarrollo”⁴⁶. Desde este punto de vista, una estructura apropiada para la administración de justicia era un ingrediente vital del progreso económico impulsado por el mercado. Por consiguiente, la reforma judicial se convirtió en el foco de atención del Banco durante varios años y concluyó en la aprobación del Proyecto en 1997.

El 4 de diciembre de 1997, la Junta Directiva del Banco aprobó US\$22.5 millones para el Proyecto de Reforma Judicial en Perú. Su propósito oficial era “proporcionar una mejor justicia en la resolución de conflictos civiles y comerciales, mediante el mejoramiento del acceso, eficiencia, calidad, integridad e independencia del sistema de justicia”⁴⁷. Este préstamo ayudaría a financiar mejoras en los servicios de consultoría financiera, capacitación, equipos e infraestructura. Según los documentos del Banco, el Proyecto se enfocaría en tres áreas que se traslapaban de manera significativa con la ya existente iniciativa de reforma del gobierno de Fujimori:

42 Ibid., p. 185.

43 Ibid., p. 185.

44 Ibid., p. 181.

45 World Bank, Peru: Country Assistance Strategy (June, 1997) [más adelante, Country Assistance Strategy], p. i.

46 Véase Judicial Sector Assessment, supra nota 14, p. 1.

47 World Bank Project Information Document, Peru: Judicial Reform Project, Project ID PEPA40107 (October, 1996) [más adelante, Project Information Document] p. 7. Los fondos proporcionados por el Banco debían ser complementados por un aporte adicional de US\$8 millones por parte del gobierno.

administración de justicia; acceso a la justicia; y selección, capacitación y evaluación judiciales. El componente de la administración de justicia se concentraría inicialmente en el fortalecimiento de las capacidades administrativas de la Corte Suprema y de los Tribunales Superiores, a través del entrenamiento gerencial y un nuevo sistema de manejo de información. Esto también contribuiría a mejorar el desempeño de los tribunales inferiores, por medio de la instrucción, mejores sistemas de información e instalaciones. El componente de acceso a la justicia proporcionaría el entrenamiento a jueces de paz, la reforma al sistema de jueces de paz, la creación de un fondo para permitir la participación de las ONG⁴⁸ y el suministro de fondos para la Defensoría del Pueblo (organismo nacional protector del interés público, responsable de la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos)⁴⁹. El componente de la selección, entrenamiento y evaluación judiciales respaldaría actividades clave del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) (responsable de la selección, aprobación periódica o remoción de jueces y fiscales), la Academia Judicial (responsable de la educación y el entrenamiento judicial y fiscal) y la Oficina de Supervisión Judicial (responsable de la disciplina judicial), respectivamente.

El Proyecto iba a ser desarrollado por dos entidades que pertenecen al poder judicial y por tres agencias externas. Las dos entidades internas eran la Comisión Ejecutiva (dirigida por Dellepiane) y la Oficina de Control de la Magistratura. Las tres agencias externas eran la Defensoría del Pueblo, el Consejo Nacional de la Magistratura y la Academia de la Magistratura.

La reforma judicial, y la independencia y autonomía del poder judicial

El Proyecto del Banco fue motivo de controversia mucho antes de ser aprobado. La arraigada desconfianza pública en el sistema judicial no fue aplacada por las reformas judiciales del presidente Fujimori, ya que el sistema judicial de Perú parecía estar más, y no menos, politizado. Algunas maniobras controvertidas de la Administración de Fujimori, descritas con más detalle en seguida, generaron profundas críticas en el país, por parte de organizaciones de derechos humanos y otras organizaciones no gubernamentales, observadores académicos y medios de comunicación. Estas ma-

48 Este es un "fondo de acceso" para organizaciones no gubernamentales que identificarían y propondrían proyectos en las áreas de mecanismos alternativos para la resolución de conflictos, la educación pública en cuanto a aspectos relacionados con la reforma judicial o las actividades de la sociedad civil encaminadas a monitorear el desempeño de los tribunales y de los jueces individuales.

49 La financiación permitiría "refinar su estructura organizacional, las normas y procedimientos, llevar a cabo lineamientos y seguimientos de análisis y talleres sobre temas relacionados con comunidades indígenas, protección ambiental, y las relaciones entre los ciudadanos y las instituciones de los sectores público y judicial". Véase Project Information Document, supra nota 47, p. 8 C.

niobras, y el comportamiento del Congreso peruano, alimentaron las sospechas de que la “reforma” tenía el propósito principal de solidificar el control del Ejecutivo sobre el poder judicial, en vez de mejorar la administración de justicia. Las dudas crecientes acerca del programa de reforma del gobierno⁵⁰ fueron vinculadas estrechamente al Proyecto: para muchos, parecía inapropiado que el Banco estuviera asociado con un gobierno cuya iniciativa de reforma judicial carecía de credibilidad, y era inútil intentar mejoras en un poder judicial que se hallaba sujeto a tan penetrante interferencia política.

Nombramientos judiciales

Uno de los pocos realces potenciales de la independencia judicial después del autogolpe fue la disposición constitucional de 1993 que otorgaba al Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) la autoridad exclusiva para seleccionar, despedir y ratificar a los jueces y fiscales del país. Antes de 1993, el papel del CNM había sido principalmente de carácter asesor. El robustecimiento del CNM fue considerado como una de las pocas iniciativas positivas del gobierno en el fomento de la independencia judicial en Perú⁵¹. Los esfuerzos gubernamentales posteriores de reducir los nuevos poderes del CNM se convirtieron en el enfoque principal de resistencia al Proyecto, lo que influyó directamente en la decisión del Banco de retener el desembolso del préstamo.

Al igual que en muchos países de Latinoamérica y otras regiones, los poderes ejecutivo y legislativo de Perú desempeñaron tradicionalmente una función significativa en el nombramiento de jueces y fiscales públicos⁵². Sin embargo, particularmente después del autogolpe, Perú se convirtió en un caso extremo. Incluso en una fecha tan reciente como agosto de 1997, “la gran mayoría” de los reemplazos de jueces purgados durante el autogolpe tenían sólo nombramientos provisionales⁵³. El gobierno explotó esta situa-

50 La Comisión Andina de Juristas indica que, a partir del autogolpe, se ha generado un deterioro general del Estado de derecho tan severo, que distinguía a Perú de los demás países andinos. Véase Comisión Andina de Juristas: a paso lento (1999) [más adelante, A paso lento].

51 Véase Report of the Commission of International Jurists, supra nota 23, p. 42.

52 Véase The Politics of Justice, supra nota 11, pp. 70-71.

53 En agosto de 1997 había 16 jueces permanentes en la Corte Suprema y 16 jueces que habrían sido nombrados provisionalmente por el gobierno de emergencia; 247 jueces de los Altos Tribunales eran permanentes y 113 eran provisionales, y 25 más eran jueces alternos; 119 jueces de primera instancia eran permanentes, 90 eran provisionales y 474 eran jueces alternos; ... Además, se plantea que fuera de Lima, todos los jueces y fiscales de Perú laboran sobre una base provisional, siendo así más vulnerables a la interferencia indebida del gobierno”. Véase Report of the Special Rapporteur, supra nota 20, en III.B.3.5. El Departamento de Estado de Estados Unidos, en Peru Country Report on Human Rights Practices for 1998, afirma: “De los 1,531 jueces del país, sólo 574 tienen nombramientos permanentes, y han sido seleccionados de manera independiente. Los restantes 957, incluidos 19 de los 33 jueces de la Corte Su-

ción para propósitos políticos “castigando” con frecuencia a los jueces que dictaban resoluciones desfavorables para el gobierno o los militares, mediante transferencias o remociones inmediatas. El fortalecimiento del CNM en 1993 fue visto como un paso adelante en la despolitización de un proceso inadecuado de nombramientos que había existido en Perú desde hace mucho tiempo⁵⁴. El CNM desempeñaba ya un importante papel práctico en el Proyecto como una de sus cuatro agencias de ejecución, y asumió también, en consecuencia, una importante función simbólica.

En 1996, el CNM comenzó a ejercer los poderes otorgados por la Constitución de 1993, de ratificar los nombramientos de los jueces provisionales, particularmente en los niveles de la Corte Suprema y los tribunales superiores⁵⁵, proporcionándoles de ese modo mayor seguridad en el ejercicio de sus funciones. Esto devolvió el optimismo a los críticos de los planes de reforma judicial del presidente Fujimori, pues parecía que el proceso pondría fin de manera efectiva al problema de los jueces provisionales⁵⁶. Mientras que el CNM intentaba continuar ese proceso de ratificación con la mayor parte del poder judicial, que correspondía a los tribunales inferiores, entró en conflicto con el almirante Dellepiane. El grupo de Dellepiane sugirió que el CNM postergara esta actividad durante un año, “hasta que se tomaran decisiones adicionales sobre la carrera judicial y los requerimientos para ser nombrado a dichos cargos”⁵⁷. Poco después, el 3 de diciembre de 1996, se aprobó una nueva ley que suspendió la autoridad de la CNM para nombrar jueces en ejercicio hasta que la Academia de la Magistratura pudiera desarrollar y proporcionar entrenamiento adecuado a los candidatos del poder judicial. Esta iniciativa aparentemente inocua, que recibió poco cubrimiento por parte de los medios de comunicación, suspendió efectivamente y de manera indefinida los nombramientos del CNM⁵⁸. El CNM nunca se recuperó plenamente.

prema, tienen sólo un estatus provisional o temporal”. United States Department of State, Peru Country Report on Human Rights Practices for 1998, Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor (1999) [más adelante, 1998 Peru Country Report] en Sec. 1, e.

54 Véase Report of the Commission of International Jurists, supra nota 23, p. 42.

55 Véase *The Politics of Justice*, supra nota 11, p. 184.

56 Además, hubo consenso en que los miembros del Consejo fueran candidatos evaluados de manera rigurosa antes de la selección. Véase Ernesto de la Jara, “Reforma de la justicia ¿Cuánto tiene de ruido y cuánto de nueces?”, *Ideele*, No. 84, febrero-marzo 1996 [más adelante, *Reforma de la justicia*], p. 4.

57 *The Politics of Justice*, supra nota 15, p. 184.

58 Las complejas razones de esto se explican en una entrevista con Róger Rodríguez poco después de su renuncia a la presidencia del CNM. Entrevista con Róger Rodríguez Iturry: Cuestión de Principios, *Ideele*, No. 106 (abril de 1998) [más adelante, *Cuestión de principios*], pp. 7-11.

Revisión judicial de los actos de la Administración (La capacidad de la rama judicial de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes o de actos gubernamentales)

El poder de decidir sobre la legalidad de las acciones de los poderes ejecutivo y legislativo y dictaminar sobre la aplicabilidad de leyes es inherente a un poder judicial imparcial e independiente. Después del autogolpe, los jueces que buscaron la manera de definir una función independiente para la rama judicial tuvieron dificultades con el gobierno de Fujimori⁵⁹. Además de la purga en el poder judicial, el primer ataque directo a la revisión judicial después del autogolpe fue el Decreto Ley 25.454 del 28 de abril de 1992, mediante el cual el gobierno impedía que el personal judicial desafiara la legalidad de sus despidos⁶⁰. Luego, el gobierno de emergencia del presidente Fujimori, con el pretexto de la reforma, transfirió el liderazgo del Ministerio Público (bajo la autoridad del procurador general), que había comenzado a ejercer un grado de autonomía antes del autogolpe, a un aliado del Presidente⁶¹. Facultado para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, el Ministerio Público se encontraba bien posicionado para interponer una objeción frente a la ley de amnistía de 1995. Sin embargo, la nueva procuradora general, Nélica Colán, no dudó en remover a un fiscal que presentó una impugnación de esa ley⁶².

Después de que finalmente la ley de amnistía llegó a los tribunales, la facultad de revisión judicial fue debilitada aún más, cuando, en 1995, el Congreso aprobó la legislación controversial dirigida a prohibir que el poder judicial fallara sobre la constitucionalidad de la ley de amnistía⁶³. El Congreso aprobó este “decreto interpretativo” en respuesta a un fallo con división de opiniones de la Corte Suprema, respecto a que la ley de amnistía no protegía a los acusados de la notoria masacre de 1991, en Barrios Altos, en la que un escuadrón militar asesinó a 15 personas, incluido un niño de ocho años, a pesar de que el fallo defendía la constitucionalidad de la amnistía misma.

59 Entrevista con Hugo Rodríguez, consejero legal, Comisión Nacional de Derechos Humanos (organización no gubernamental de derechos humanos), Lima, Perú (18 de mayo de 1999).

60 Véase Report of the Commission of International Jurists, *supra* nota 23, p. 29.

61 El Ministerio Público tiene el cargo de defender los derechos de los ciudadanos. Desempeña una función en la apelación de los fallos judiciales. Aunque la mayor parte del trabajo del Ministerio Público y, por tanto, de la mayoría de los fiscales consiste en representar el enjuiciamiento en los procesos penales (Véase *The Politics of Justice*, *supra* nota 11, p. 85), tiene el poder de cuestionar la constitucionalidad de las leyes, de proponer legislación y de investigar a cualquier miembro del gobierno. Véase *Self-Coups*, *supra* nota 19, p. 131, fn 12.

62 Véase *Self-Coups*, *supra* nota 19, p. 131.

63 Department of State, *Peru Country Report on Human Rights Practices for 1995*, Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor (1996) [más adelante, 1995, *Peru Country Report*], en Sec. 1, e.

Quizás, el ataque que llamó más la atención contra la facultad de revisión judicial involucró al Tribunal Constitucional⁶⁴, que fue cerrado después del autogolpe, pero restablecido en junio de 1996. El Tribunal Constitucional restablecido fue sometido a todo tipo de trabas desde el principio, mediante impedimentos estructurales que ocasionaron el deterioro de su independencia. Sus siete miembros, elegidos por las dos terceras partes de los votos del Congreso, se desempeñarían durante períodos de cinco años y no se les permitiría la reelección inmediata. El periodo de cinco años coincide con las elecciones legislativas y presidenciales, lo que hace que los candidatos sean vulnerables frente a la influencia de las tendencias políticas⁶⁵. Más problemática aún era la exigencia de una mayoría de seis (de siete votos posibles) para considerar inconstitucional una ley o un acto gubernamental⁶⁶. Como tres de los siete nombrados originalmente eran aliados cercanos al presidente y su partido⁶⁷, el reglamento de los seis votos permitía que el ejecutivo tuviera un control considerable sobre el Tribunal. Por ende, cuando los opositores del gobierno de Fujimori presentaron una recusación constitucional en 1996 –contra una ley interpretativa aprobada por el Congreso, que surgió para permitir que el presidente Fujimori gobernara por un tercer período, a pesar de las disposiciones constitucionales en sentido contrario–, un Tribunal severamente dividido⁶⁸ fue incapaz de reunir los seis votos necesarios para declarar inconstitucional la ley. Los tres jueces que habían votado en contra de un tercer período presidencial realizaron una conferencia de prensa para anunciar su opinión no obligatoria de que la ley interpretativa, aunque no era necesariamente inconsti-

64 El Tribunal Constitucional fue establecido bajo la Constitución de 1979 para decidir sobre la constitucionalidad de la legislación y para dar audiencia a apelaciones de procedimiento en los casos de habeas corpus (para abordar casos de detención ilegal) y amparo (para abordar la violación de los demás derechos garantizados por la Constitución). Véase *The Politics of Justice*, supra nota 11, p. 95.

65 Véase *The Politics of Justice*, supra nota 11, pp. 96 y 179.

66 Además, la constitucionalidad de una ley puede ser cuestionada sólo durante los seis meses siguientes a su promulgación. Véase *Department of State, Peru Country Report on Human Rights Practices for 1997, Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor (1998)* [más adelante, 1997 *Peru Country Report*], en Sec. 1, e.

67 El gobierno había “llenado el Tribunal Constitucional con un número suficiente de juristas vinculados a la inteligencia militar o al poder ejecutivo, para brindar al Presidente y al servicio nacional de inteligencia un veto sobre las impugnaciones constitucionales a la legislación”. Véase *Self-Coups*, supra nota 19, p. 131. Además, en 1996, los jueces de este Tribunal expresaron preocupación ante la falta de grandes recursos financieros para la administración de dicho tribunal. Véase *Report of the Special Rapporteur*, supra nota 16.

68 El Informe de 1997 del Departamento de Estado sobre el Perú describe los hechos: “En agosto de 1996, a pesar de la oposición clamorosa al interior del Congreso y fuera de éste, la mayoría del Congreso controlada por el presidente Fujimori interpretó la cláusula constitucional que limitaba a un máximo de dos los periodos presidenciales consecutivos, con el fin de permitir al Presidente un tercer mandato consecutivo a partir del año 2000, al declarar que se trataba de un segundo periodo a partir de la Constitución de 1993”. Véase 1997 *Peru Country Report*, supra nota 66, en Sec. 3, e.

tucional, no permitía al presidente gobernar durante un tercer período. En mayo de 1997, el Congreso removió a estos tres jueces, “desvirtuando de ese modo una de las pocas restricciones constitucionales del gobierno”⁶⁹. Esta acción generó protestas en toda la nación y fuertes objeciones del poder judicial, la Defensoría del Pueblo y la Iglesia católica. El presidente del tribunal renunció en protesta y este tribunal efectivamente dejó de funcionar, al no haber el quórum necesario para fallar sobre asuntos constitucionales⁷⁰.

Interferencia endémica: otros ejemplos

La influencia política indebida en el sistema judicial era endémica⁷¹. Por ejemplo, en diciembre de 1996, una jueza penal de Lima, Elba Minaya, concedió una petición de habeas corpus a favor del general retirado Rodolfo Robles, y ordenó su liberación inmediata dos semanas después de que un juez militar había ordenado su detención, acusándolo de delitos militares, incluidas “ofensas contra las fuerzas militares”. Tres años antes, el general Robles había acusado públicamente a un destacamento especial del Servicio de Inteligencia del Ejército de secuestrar y asesinar a un profesor y diez estudiantes de la Universidad La Cantuta, en julio de 1992. El juez militar que había ordenado originalmente la detención de Robles denunció la resolución de la jueza Minaya⁷². El lunes siguiente de la resolución, la jueza Minaya fue transferida de manera intempestiva a otro tribunal⁷³. Después de un cubrimiento tempestuoso de la prensa, la jueza Minaya fue restaurada en su posición por el presidente del Tribunal Superior de Lima⁷⁴. Sin embargo, tres jueces civiles de un tribunal de apelaciones de Lima que defendieron ésta y otras decisiones sobre habeas corpus fueron relevados de sus funciones mediante una resolución controversial de la Corte Suprema, de junio de 1997, con base en una demanda disciplinaria por parte de jueces militares. La demanda acusaba a los tres jueces de la corte de apelaciones de interferencia impropia en la esfera de la jurisdicción militar. Los

69 Véase *Self-Coups*, supra nota 19, p. 131.

70 El despido de los magistrados conmovió a la opinión pública a un grado sin precedentes durante la presidencia de Fujimori. Por primera vez desde su llegada al poder, Fujimori enfrentó marchas de protesta en varias de las principales universidades del país. Su acción contribuyó a una declinación en el índice de aprobación pública. Véase *Report of the Special Rapporteur*, supra nota 16.

71 En el informe de 1997 del Departamento de Estado se afirma que los tribunales en Perú “no son completamente independientes de la rama ejecutiva”. Véase 1997 *Peru Country Report*, supra nota 66, en Sec. 1, e.

72 *La República*, diciembre 3, 1996, p. 3.

73 *Ibid.* La jueza Minaya se encontró en circunstancias similares en 1991, después de otorgar una petición de habeas corpus contra el jefe de seguridad de la Corte Suprema, que había detenido a trabajadores de la Corte que se hallaban en huelga. Después de esa resolución, ella fue transferida inmediatamente durante un año a una posición dentro de la justicia de paz, fuera de Lima.

74 *Expreso*, diciembre 4, 1996, p. 4.

tres fueron transferidos posteriormente a otros tribunales de Lima bajo la orden de la poderosa Comisión Ejecutiva de Dellepiane⁷⁵. Estas acciones enviaron una fuerte advertencia a los jueces que se encontraban en la posición de decidir procesos que involucraran al sistema de la justicia militar, que continuaba juzgando civiles en Perú sobre una amplia variedad de asuntos, a pesar de que la situación de insurgencia y terrorismo, que supuestamente justificaba esta situación, había disminuido significativamente⁷⁶. Se hizo evidente que los jueces que decidían las conflictos jurisdiccionales entre los tribunales militares y civiles a favor de estos últimos serían removidos de sus puestos, erosionando efectivamente la independencia judicial en los procesos políticamente delicados.

La influencia política llegó al punto de cerrar y crear arbitrariamente tribunales, con la evidente intención de influir los resultados de los procesos⁷⁷. Por ejemplo, a mediados de 1996, la rama judicial creó un tribunal de dos niveles especializado en el proceso de los casos de antinarcóticos para aumentar de esta manera la capacidad del sistema judicial para tratar dichos casos. Los jueces de este nuevo tribunal se ganaron pronto la reputación de ser honestos y objetivos. En particular, la jueza principal de este tribunal, Inés Villa, era conocida por impedir las influencias impropias, incluso en casos políticamente delicados. A comienzos de 1997, hubo rumores de que unos casos de tráfico de drogas de esta índole iban a llegar al tribunal de la jueza Inés Villa⁷⁸, y, por encima de las objeciones de los miembros de la oposición del Congreso, el tribunal fue cerrado repentinamente y reemplazado por una autoridad especializada de tres niveles de la Corte Suprema. La explicación oficial fue que el vínculo con un tribunal de más alto nivel fortalecería aún más la lucha contra la producción y el tráfico ilegales de drogas. Sin embargo, ninguno de los jueces del tribunal antidrogas previo fue nombrado para el nuevo tribunal, y no se dio ninguna explicación sobre la omisión al transferir a los jueces⁷⁹.

En los meses siguientes, el Consejo Ejecutivo de Dellepiane creó salas especializadas de la Corte Suprema, que procedieron a asumir el control sobre delitos contra los derechos de aduana y otros delitos. Esta maniobra

75 Véase Report of the Special Rapporteur, supra nota 16, en III, B, 3, 6.

76 Entrevista con Gino Costa, defensor interino de los derechos humanos, Lima, Perú (14 de mayo de 1999).

77 Véase "Reforma judicial: árbol que crece torcido", Ideele, Edición Especial No. 100 (agosto-septiembre 1997), p. 53.

78 Jaime de Althaus, "¿Nuevamente Montesinos?", Expreso, marzo 21, 1997 [más adelante, ¿Nuevamente Montesinos?], p. 6 A. Se rumoró que la clausura estuvo relacionada con una acusación anterior por parte de un conocido traficante de drogas, en el sentido de que el jefe del Servicio Nacional de Inteligencia y aliado de Fujimori Vladimiro Montesinos, había recibido pagos impropios. Véase Jaime de Althaus, "La jueza Minaya y la credibilidad de la Reforma", Expreso, diciembre 4, 1996, p. 4 A. Para más información sobre la alianza entre Montesinos y Fujimori, véase Self-Coups, supra nota 19, p. 127.

79 Véase ¿Nuevamente Montesinos?, supra nota 78.

tuvo un impacto sobre varios casos delicados, como el enjuiciamiento por fraude de derechos de aduana contra Baruch Ivcher⁸⁰, el dueño de una emisora. Aunque para esa época muchos jueces de la Corte Suprema habían obtenido la estabilidad de su nombramiento permanente, estas nuevas salas especializadas estaban conformadas por jueces no posesionados. Estos procesos habían estado antes bajo la jurisdicción de jueces nombrados y posesionados de la Corte Superior de Lima⁸¹. Una vez más, en los procesos en que el gobierno era una de las partes, Fujimori dio la apariencia de estar buscando el control del resultado mediante el arreglo favorable de la decisión judicial.

La preparación del proyecto

Antes de que la Junta del Banco aprobara el préstamo, el enfoque del presidente Fujimori sobre el sistema judicial ya había despertado preocupaciones entre algunas ONG peruanas⁸². El Banco llevó a cabo dos misiones de “preevaluación” en Perú en 1996 relacionadas con el Proyecto, una de las cuales incluía consultas con algunas ONG y otros grupos de la sociedad civil⁸³. Los miembros de las ONG manifestaron dudas en relación con las consultas. Un representante de una de las organizaciones informó que el diseño del Proyecto ya estaba en marcha cuando éstas empezaron a participar en él, y sugirieron que las reuniones sostenidas por el Banco eran principalmente informativas, más que consultivas. Otro miembro afirmó que el Banco se reunió con gran número de ONG en varias ocasiones, pero que la exigencia de confidencialidad del Banco, como condición para la participación en las reuniones, inquietó a algunos de ellos⁸⁴. En ese momento muchas ONG de derechos humanos se opusieron a cualquier respaldo internacional al gobierno de Fujimori en el área de la reforma judicial⁸⁵. Mientras

80 Ivcher había tenido dificultades legales con el gobierno desde 1997 después de que su emisora divulgó información delicada, como por ejemplo acusaciones de tortura contra el Servicio de Inteligencia del Ejército. Véase 1997 Peru Country Report, supra nota 66, en Sec. 2, a.

81 Véase 1998 Peru Country Report, supra nota 66, en Sec. 1, e.

82 Por ejemplo, una iniciativa de reforma judicial en 1996 fue criticada abiertamente por la coalición de las ONG por los derechos humanos de Perú, “Coordinadora Nacional de Derechos Humanos”. Se planteaba que era un intento más de erosionar la independencia del poder judicial. Véase la declaración de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Perú (7 de agosto de 1996). Para una crítica anterior de las ONG a las iniciativas de reforma judicial en Perú, véase Reforma de la Justicia, supra nota 56, p. 2.

83 Al entender, la naturaleza controversial de la reforma judicial en Perú, el equipo del Banco buscó también la ayuda de algunas ONG internacionales en las etapas iniciales para contribuir con sus perspectivas sobre la reforma judicial que necesitaba Perú. Entrevista con Coletta Youngers, asociada senior para los Andes, Washington Office on Latin America (8 de abril de 1999) [más adelante, Entrevista con Youngers].

84 Véase Entrevista Huerta, supra nota 7; Comunicación escrita de Ernesto de la Jara, Director, Instituto de Defensa Legal, Lima, Perú (22 de noviembre de 1999).

85 Entrevista con Ernesto de la Jara Basombrio, director, Instituto de Defensa Legal Lima,

la preparación del Proyecto avanzaba, las ONG peruanas comenzaron a coordinar actividades con ONG internacionales, a través de las cuales abrieron canales de comunicación con el Banco, lo que fortaleció sus esfuerzos⁸⁶.

Debido a las críticas de ONG muy conocidas a las acciones del gobierno de Perú⁸⁷, los oficiales del Banco estaban muy conscientes de la naturaleza controversial del Proyecto, desde antes de su aprobación. El préstamo tenía problemas incluso con el Banco mismo, pues algunos representantes se preguntaban si tenía sentido respaldar la reforma de una rama judicial cuya independencia estaba ya profundamente comprometida⁸⁸, en especial después de que los miembros del Tribunal Constitucional habían sido destituidos por el Congreso peruano controlado por el ejecutivo, en mayo de 1997.

A pesar de la controversia, el Proyecto fue aprobado por la Junta de Directores Ejecutivos del Banco Mundial mediante un “procedimiento ejecutivo” el 4 de diciembre de 1997. Este procedimiento significó que no se votó el Proyecto pues era consistente con la Country Assistance Strategy (CAS, Estrategia de Asistencia del País)⁸⁹ y ninguno de los directores ejecutivos solicitó que se considerara exhaustivamente⁹⁰.

Marco de condicionalidad del proyecto

Aunque la independencia judicial no es una condición explícita para el préstamo del Proyecto de Reforma Judicial de Perú, los documentos del Proyecto indican claramente que una meta fundamental de éste era el fortalecimiento de la independencia y autonomía del poder judicial. Su

Perú (28 de abril de 1999) [más adelante, Entrevista con De la Jara].

- 86 Véase Entrevista con Huerta, supra nota 7. Los grupos con sede en Estados Unidos proporcionaron información útil a las ONG peruanas sobre la política del Banco y la actividad sobre la reforma judicial que respaldaba sus esfuerzos de apoyo.
- 87 Durante una visita de Ernesto de la Jara, representante peruano de las ONG, al Banco a finales de 1998, se le mostró un archivo del Banco repleto de material que él y sus colegas habían estado enviando durante meses. Véase Entrevista con De la Jara, supra nota 85.
- 88 Véase Entrevista con Youngers, supra nota 83.
- 89 La CAS afirma: “Durante muchos años en Perú, el poder judicial ha sido una de las áreas más débiles y menos respetadas del sector público. La resolución de conflictos a través del sistema judicial ha sido incierta, prolongada, costosa y ha estado sujeta frecuentemente a la corrupción y/o la influencia política, aumentando así los costos y el riesgo de las transacciones económicas y debilitando los derechos de la propiedad, especialmente los de los pobres”. Véase Country Assistance Strategy, supra nota 45, p. 13.
- 90 El Comité de Abogados, la Washington Office on Latin America, y Human Rights Watch/Americas consideraron que el procedimiento ejecutivo era inapropiado para la consideración del préstamo de Perú, argumentando que, dadas las circunstancias en dicho país, se justificaba una discusión a fondo por parte de la Junta. Carta conjunta fechada el 3 de diciembre de 1997, de los tres grupos, a Jan Piercy, Director Ejecutivo de Estados Unidos (en los archivos del Comité de Abogados).

implementación dependía de la independencia de las instituciones existentes, particularmente del Consejo Nacional de la Judicatura. El diseño del Proyecto permitió al Banco considerar los ataques posteriores a la independencia como inconsistentes con la naturaleza y estructura del Proyecto, y dar los pasos apropiados que condujeron finalmente a la cancelación del Proyecto.

Al comienzo de la planificación del Proyecto, el Banco reconoció la falta de independencia judicial como un problema en Perú. Una evaluación del sector judicial en 1994 destacó una variedad de desarrollos positivos como consecuencia del autogolpe, pero también afirmó que los eventos del 5 de abril de 1992 (la fecha del autogolpe) eran “vistos por muchos observadores jurídicos legales como un golpe severo a la independencia judicial”⁹¹. Al aprobar el Proyecto, el Informe de Evaluación del Equipo (Staff Appraisal Report, SAR), la descripción más amplia de los objetivos y el plan de acción del Proyecto, hizo énfasis en la importancia de la independencia del poder judicial. El SAR afirma que “un Estado moderno requiere un Estado de derecho eficaz”, expresado a través de “un sistema de justicia sólido y respetado capaz de garantizar en la practica la defensa de la persona y de la propiedad”⁹².

El SAR reconoció que el sistema judicial peruano no cumple “los estándares básicos y los principios de independencia y “accountability” (rendición de cuentas); acceso, eficiencia y competencia; e integridad profesional”, lo cual da como resultado un “muy bajo nivel” de confianza pública después de largas décadas de tendencias descendentes⁹³. Específicamente, esto indicaba que los jueces con frecuencia eran corruptos o estaban sujetos a la influencia política. El SAR identificó como un riesgo para el Proyecto la “interferencia política y la inestabilidad potencial en el entorno del Proyecto”⁹⁴, lo cual podía debilitar paulatinamente el objetivo de promover la independencia del poder judicial. A la luz de estas preocupaciones, la orientación y el diseño del Proyecto se encaminaron al fortalecimiento del Estado de derecho a través de un poder judicial independiente. La independencia y la rendición de cuentas encabezaron la lista de los temas que debía abordar el Proyecto, además del nombramiento judicial, las remuneraciones y las evaluaciones, incluida la posesión permanente de puestos judiciales, como también la disciplina y la disponibilidad de apoyo financiero y otros recursos para la rama judicial. Algunos de los ocho objetivos del Proyecto estaban relacionados con la promoción de la independencia y la au-

91 Véase Judicial Sector Assessment, supra nota 14, p. 6.

92 World Bank, Staff Appraisal Report, Peru Judicial Reform Project, Report No. 17137-PE (27 de octubre de 1997) [más adelante, Staff Appraisal Report], pp. 1-2.

93 Ibid., p. 3. Aunque la documentación se enfoca en los aspectos civiles y comerciales del sector judicial –la principal área de preocupación del Banco–, ésta indica que muchos comentarios se aplican a otras partes del sector, incluida la ley penal.

94 Ibid., p. 33.

tonomía judicial. Los objetivos incluían el fortalecimiento del CNM y la consolidación y el mejoramiento de un sistema de nombramiento, promoción y remoción de jueces con base en el mérito.

Las disposiciones del acuerdo del préstamo permitían explícitamente al Banco suspender el desembolso en caso de que los poderes del CNM u otros organismos que lo estuvieran implementando lo manipularan indebidamente, o si “una situación extraordinaria” surgiera después de la fecha del préstamo, “lo cual haría improbable” que el CNM u otros organismos que lo ejecutaran pudieran llevar a cabo sus tareas respectivas acordadas⁹⁵. Hay que recordar que varias entidades, incluido el CNM, fueron elegidas para implementar el Proyecto, además del Consejo Ejecutivo nombrado por la Administración Fujimori para dirigir el esfuerzo de reforma judicial en Perú. El Banco consideró al CNM como un mecanismo clave para asegurar la independencia del poder judicial, y afirmó que al apoyarlo, el Proyecto “construiría un sistema más fuerte y despolitizado de selección, nombramiento, promoción y remoción de jueces, con base al mérito”⁹⁶. Al vincular el futuro del Proyecto con la supervivencia del CNM, el Banco condicionó el préstamo a la autonomía permanente de una entidad que se estaba desarrollando como componente clave de la independencia judicial en Perú.

En la documentación del Proyecto se incluyó una amplia declaración de lineamientos, que buscaba asegurar aún más el Proyecto contra el riesgo de la interferencia política. En los Proyectos del Banco, tales declaraciones tienen la intención de demostrar que los convenios del préstamo son consistentes con las políticas y posiciones del gobierno que los recibe⁹⁷. Dicha declaración certifica el compromiso de estos organismos con el Proyecto; reconoce explícitamente la importancia de las medidas constitucionales diseñadas para garantizar la independencia del poder judicial, y establece el compromiso de las partes con los objetivos, las políticas y las acciones relacionadas. Por ejemplo, expresa que la Academia de la Magistratura examinará a los candidatos al poder judicial de “manera rigurosa y transparente” con el fin de crear un grupo de candidatos de los cuales el CNM seleccionará de manera “transparente, independiente, objetiva y con base a méritos”⁹⁸.

La declaración fue firmada por los jefes de los organismos implementadores del Proyecto: el CNM, la Academia de la Magistratura, la Defensoría del Pueblo y, significativamente, por el presidente de la Comisión Ejecutiva

95 Acuerdo de préstamo entre la República del Perú y el Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo, 17 de diciembre de 1997, artículo V, secciones (d) y (e).

96 Staff Appraisal Report, supra nota 92, p. 32.

97 Aunque tales declaraciones técnicamente no son un requisito en el proceso de aprobación del préstamo, sí son frecuentes. Entrevista del Comité de Abogados con David Varela, consejero de alto rango para Latinoamérica y la región del Caribe, Vicepresidencia Legal, Banco Mundial (19 de abril de 1999) [más adelante, Entrevista con Varela].

98 Staff Appraisal Report, supra nota 92, p. 45.

del poder judicial, de la cual Dellepiane era formalmente el secretario ejecutivo y, en efecto, su líder. Aunque esta declaración de lineamientos no comprometía a la rama ejecutiva o a la legislativa a respetar la independencia y la autonomía judicial, representaba una afirmación importante del compromiso de los organismos ejecutores de facilitar las condiciones necesarias para la independencia judicial. El Banco, sin duda, buscaba estimular, con la declaración, el acuerdo explícito de los organismos implementadores fundamentales, en cuanto a las condiciones necesarias para la ejecución exitosa del Proyecto. Esto ayudó a establecer límites que, cuando fueron excedidos, condujeron a la cancelación del préstamo⁹⁹.

La cancelación del préstamo

El Proyecto fue aprobado por la Junta de Directores Ejecutivos del Banco Mundial, el 4 de diciembre de 1997¹⁰⁰, y el Acuerdo de Préstamo fue firmado el 17 de diciembre de 1997. La fecha “efectiva” del préstamo, es decir la fecha en que empezaría el desembolso, fue programada originalmente para enero de 1998¹⁰¹. Sin embargo, no se había desembolsado ningún dinero cuando el 11 de marzo de 1998, a instancias de la Administración Fujimori, el Congreso peruano aprobó otra vez una legislación muy controvertida que truncaba la autoridad del CNM (que ya había sido bastante reducida por el Congreso en 1996). La ley 26933 transfirió el poder disciplinario sobre jueces y fiscales desde el CNM hacia las Comisiones Ejecutivas de la Rama Judicial y el Ministerio Público, respectivamente. Debe destacarse que el Congreso hizo esto justamente cuando el CNM estaba avanzando en la investigación de dos jueces permanentes y cuatro jueces provisionales de la Corte Suprema, supuestamente involucrados en la atenuación impropia de un juicio monetario sustancial contra el Banco Central de la Reserva de Perú, que era desfavorable para el gobierno¹⁰². Muchos observadores sospecharon que la oportunidad de dicho movimiento iba dirigida a proteger los te-

99 La declaración anota algunas de las limitaciones ya existentes. Al destacar la “situación, provisionalidad y suplencias de los cargos judiciales que alcanza más del 80%”, la carta anota que el CNM “no ha iniciado el proceso de ratificación” de los jueces provisionales o de los reemplazos. Véase Staff Appraisal Report, supra nota 92, p. 44, 8. Esta incapacidad para llevar a cabo sus funciones se debió, sin duda, al conflicto con el plan de reforma de Dellepiane, analizado anteriormente.

100 El Comité de Abogados objetó con vehemencia la aprobación del Proyecto, particularmente la aplicación de procedimientos ejecutivos. Junto con la Washington Office on Latin America y Human Rights Watch/Americas, el Comité manifestó sus preocupaciones en una carta dirigida al director ejecutivo del Banco en Estados Unidos, fechada el 3 de diciembre de 1997. (Véase nota 90).

101 World Bank, Memorandum and Recommendation, Report No. P-7053-PE (27 de octubre de 1997). Los desembolsos de los proyectos del Banco comienzan normalmente seis meses después de la aprobación del préstamo.

102 “Renuncian los siete integrantes del Consejo Nacional de la Magistratura”, La República, marzo 14, 1998 [más adelante, Renuncian los siete integrantes].

mas relacionados con la investigación de posterior escrutinio por parte de un vigoroso CNM que había demostrado su capacidad y voluntad de asumir seriamente sus poderes abandonados¹⁰³.

Dos días después de que esta legislación fuera aprobada, los siete miembros del CNM renunciaron y divulgaron una declaración conjunta que afirmaba que la nueva ley debilitaba el mandato constitucional del CNM y se desviaba del propósito constitucional. La declaración también expresaba que la nueva ley era el último paso de un largo proceso de limitación de los poderes del CNM¹⁰⁴. El ataque legislativo contra el CNM reactivó una más amplia oposición contra las reformas del presidente Fujimori respaldadas por el Banco. Juristas prominentes, tales como Delia Revoredo, Presidente del Colegio de Abogados de Lima, denunciaron vigorosamente la legislación y declararon su solidaridad con los miembros del CNM que habían renunciado¹⁰⁵. Representantes de la prestigiosa Universidad Católica peruana denunciaron la legislación, e indicaron que consideraban la nueva ley como un ataque a la estabilidad del poder judicial y el Estado de derecho¹⁰⁶. La legislación fue, en particular, una amarga noticia para las ONG y otros que habían creído que el CNM cumpliría la promesa de una mayor independencia del poder judicial. Róger Rodríguez Iturri, el saliente presidente del CNM, dijo más tarde:

Conforme afirman muchos analistas, existe la impresión de que estamos ante un gobierno definitivamente autoritario, del que se dice además que posee un plan concreto y específico para prolongarse en el poder. Tal vez en ese orden de ideas y para ese proyecto no se requiera un CNM independiente¹⁰⁷.

El ataque contra los poderes del CNM ocasionó un significativo malestar en el Banco. El 19 de marzo, el Banco notificó al gobierno peruano que la fecha límite para “hacer efectivo” el préstamo (es decir, la fecha de inicio del desembolso) se postergaría hasta el 17 de septiembre, para permitir que el Banco revisara el marco de implementación del préstamo. Los informes de prensa indicaban que el Banco veía como un factor crítico la inclusión del CNM para el avance del Proyecto y le había dado al gobierno seis meses para llenar el vacío dejado por la renuncia masiva¹⁰⁸. Las preocupaciones del Banco aparecieron en una carta confidencial al gobierno, la cual se filtró a la prensa. El Banco indicaba que el desembolso se posponía porque la renuncia de los miembros del CNM hacía imposible un acuerdo adicional exigido y que debía ser firmado por dicho Consejo. El Banco afir-

103 “CAL acudirá a la Comisión Interamericana de DDHH”, La República, marzo 14, 1998 [más adelante, CAL acudirá a la Comisión Interamericana de DDHH].

104 Véase Renuncian los siete integrantes, supra nota 102.

105 Véase CAL acudirá a la Comisión Interamericana de DDHH, supra nota 103.

106 DESCO, Resumen Semanal XX # 960 (Lima, Perú).

107 Véase Cuestión de principios, supra nota 58, p. 7.

108 DESCO, Resumen Semanal XX # 961.

maba que la extensión hasta el 17 de septiembre tenía el propósito de dar suficiente tiempo para que el CNM reasumiera sus funciones y completara las actividades previstas en la declaración de lineamientos¹⁰⁹.

La acción del Banco fue considerada por varios observadores como una condena de los ataques más recientes contra la independencia del poder judicial, y de las tendencias autoritarias de la administración Fujimori¹¹⁰. Un funcionario del Banco afirmó que la decisión estaba relacionada con la necesidad de asegurar la efectividad del Proyecto, dados los cambios en las circunstancias¹¹¹. Aunque el gobierno peruano sugirió en ese momento que la suspensión era un tecnicismo resultante de la renuncia de los miembros del CNM¹¹², queda claro que el Banco buscaba una base legal responsable, para dar los pasos necesarios, con el fin de diferir la fecha de inicio de los desembolsos en un contexto de rápido deterioro de las esperanzas por un poder judicial independiente.

Durante el periodo de aplazamiento de seis meses, hubo tres misiones del Banco Mundial en Perú, cuyos propósitos no se conocen, pero, sin duda, incluían discusiones acerca del Proyecto¹¹³. El 10 de septiembre de 1998, días antes de la expiración del periodo, el Congreso Peruano, en un aparente esfuerzo de convencer al Banco de iniciar los desembolsos, aprobó la Ley 26.973, para restaurar algunos de los poderes removidos por la legislación de marzo¹¹⁴. Las ONG de derechos humanos denunciaron la nueva ley como inadecuada, argumentando que era poco lo que hacía para restaurar los poderes del CNM¹¹⁵. El Banco no inició los desembolsos. En cambio, garantizó una extensión de 30 días después de la fecha límite del 17 de septiembre, sugiriendo que aunque el Banco había comenzado su revisión del marco de implementación, necesitaba más tiempo para completarla¹¹⁶.

Por ahora, el respaldo considerable al préstamo dentro del gobierno peruano y el poder judicial, se había evaporado. Incluso el presidente Fujimori ya no respaldaba públicamente el préstamo, y prefería enfocar sus

109 "Peor, imposible", *Caretas*, marzo 26, 1998.

110 Por ejemplo, el columnista de un periódico peruano afirmó: "La decisión del Banco Mundial, BM, de suspender su apoyo financiero a la cuestionada reforma judicial de este gobierno es un acto de la mayor importancia. Pues se trata de la primera vez que el BM expresa una distancia radical ante una política autoritaria de Alberto Fujimori. Algo que el BM no hizo ni siquiera frente al golpe de 1992 ...", Mirko Lauer, "Problemas en la ventanilla judicial", *La República*, marzo 24, 1998.

111 Véase Entrevista con Varela, supra nota 97.

112 Véase Entrevista con De la Jara, supra nota 85.

113 Véase Entrevista con Varela, supra nota 97.

114 "Solo modifica artículos de la Ley 26933: Promulgan ley que restituye parte de facultades al CNM", *La República*, septiembre 12, 1998.

115 Véase Entrevista con De la Jara, supra nota 85. La nueva ley sirvió poco para la restauración del poder del CNM para investigar, sancionar y despedir jueces. DESCO, *Resumen Semanal XX # 985* (Lima, Perú).

116 Véase Entrevista con Varela, supra nota 97.

declaraciones públicas sobre la ineficacia y la corrupción del poder judicial¹¹⁷. A fines de septiembre de 1998, el gobierno llegó evidentemente a la conclusión de que el Banco no se conmoviera por ajustes menores a los poderes del CNM. Los miembros del Congreso a cargo de la reforma judicial anunciaron que el gobierno tenía el propósito de revocar el préstamo. Las ONG consideraron esta acción en relación con el Proyecto, como un maniobra calculada para salvar las apariencias, al evitar el desconcierto producido por el completo rechazo por parte del Banco, aunque no había duda acerca de la verdadera razón de la revocatoria¹¹⁸. A finales de septiembre, el ministro de Finanzas escribió al Banco solicitando la cancelación del préstamo, indicando la intención del gobierno peruano de sacar adelante la reforma judicial con sus propios recursos. El Banco aceptó la solicitud y canceló el Proyecto. Actualmente el Banco considera el asunto cerrado.

Conclusión

El Banco Mundial, debido en parte a su reconocimiento de la importancia del buen ejercicio del poder y de los efectos negativos de la corrupción sobre el desarrollo económico y el crecimiento, ha puesto como prioridad en su agenda la reforma institucional. Dentro de este amplio precepto, los sistemas judiciales y la independencia del poder judicial son áreas primordiales que justifican un determinado énfasis. Sin embargo, como declaró el presidente del Banco, James Wolfensohn, en su discurso de 1999 en la reunión anual del Banco Mundial, los gobiernos deben asumir la dirección en estos esfuerzos, para que tengan éxito.

¿Qué es lo que en realidad permite acabar con la impotencia e inercia, e ir en busca de una cultura democrática? ¿Qué permite dejar a un lado la debilidad, e ir en busca de la capacidad de acción? ¿Qué permite dejar atrás la violencia, y alcanzar la paz y la equidad? Lo primero y más importante es el verdadero compromiso de los líderes de cada país, tanto los líderes elegidos como aquellos con poder e influencia financieros. Esto compromete la voluntad de reformar los sistemas de gobierno, las regulaciones y las instituciones...¹¹⁹.

Un informe de 1996 del Comité de Abogados y la ONG Provea de Venezuela expresaba que:

El compromiso del gobierno debe ser evaluado antes que el Banco acuerde financiar una propuesta de reforma judicial. Esta evaluación debe ser uno de los temas más importantes

117 Véase Entrevista con De la Jara, supra nota 85.

118 Ibid.

119 Discurso de James D. Wolfensohn, presidente del Grupo del Banco Mundial, a la Junta de Directores del Grupo del Banco Mundial, Joint Annual Discussion (28 de septiembre de 1999), p. 6.

en la valoración inicial del Banco, en relación con el clima alrededor de la reforma en un país determinado. La independencia judicial es la medición más importante del compromiso: la voluntad del gobierno de dar pasos concretos para reducir la influencia política de los nombramientos judiciales y de las actividades de los tribunales...¹²⁰.

Si bien pocas instituciones involucradas en este campo, incluido el Banco Mundial, estarían en desacuerdo con la importancia del compromiso del gobierno, la suficiencia de este compromiso puede ser difícil de determinar. Generalmente, en los gobiernos hay más de una manera de pensar; individuos o departamentos particulares pueden respaldar los cambios, y otros pueden rechazarlos. La base de apoyo de las reformas es también importante, y debe incluir personas tanto del sector público como del administrativo que abogan vigorosamente en pro de la reforma. Un alto nivel de compromiso además debe ser compartido por funcionarios de alto rango y aquellos que tendrán la responsabilidad de la implementación. Por último, el compromiso no puede reflejarse fácilmente en ocasiones de eventos públicos, especialmente cuando el gobierno carece de los recursos y de la influencia política para actuar de manera decisiva antes de que los fondos del Banco y su peso institucional respalden el tema.

Sin embargo, Perú es un caso irrefutable de un gobierno que ha demostrado activamente su desprecio por algunos de los ingredientes esenciales de la reforma: el poder judicial ha sido un blanco frecuente de la administración de Fujimori y del Congreso controlado por el Ejecutivo, antes de la aprobación del Proyecto. Por supuesto, se podría argumentar que en el momento en que se concibió originalmente el Proyecto, el respaldo del Banco se justificaba, tanto por la necesidad manifiesta de la reforma (obviamente, una condición necesaria pero insuficiente) como por la estimación de la administración de Fujimori que el Estado de derecho estimularía la inversión y el desarrollo. En realidad, la creación –por escrito– de un Consejo Nacional de la Magistratura potencialmente fuerte aumentaba las esperanzas de que jueces nombrados y posesionados en forma apropiada romperían el ciclo de la intervención política que había infestado el sistema judicial peruano durante tanto tiempo.

No obstante, al final de la etapa de preparación del Proyecto, mucho antes de la aprobación, cualquier comprensión errónea sobre el verdadero respaldo gubernamental a una mayor independencia del poder judicial debía haber sido eliminado. Para aquellos en el Banco familiarizados con la historia del Proyecto, los ataques más recientes se debieron ver como la culminación de preocupaciones similares que habían ocasionado que varios de los países miembros del Banco cuestionaran los préstamos a Perú, a partir del autogolpe. Bajo estas circunstancias, la decisión de impulsar la apro-

120 Véase *Halfway to Reform*, supra nota 1, p. 102.

bación no sólo era injustificada, sino también injustificable, excepto como el precursor necesario para que el Banco invocara la condicionalidad matizada que condujo finalmente a la cancelación del préstamo.

En retrospectiva, precisamente debido a las circunstancias extremas que concurrían en Perú, la experiencia del Banco no brindó casi ninguna noción sobre cuáles son las pautas que pueden formar la base de una evaluación del compromiso oficial con la reforma. Perú debía haber representado un caso “fácil”, un caso inapropiado para la inversión del Banco bajo ningún criterio concebiblemente creíble de admisión. Sin embargo, la respuesta a la primera pregunta planteada en la Introducción –acerca del mejor barómetro en relación con el compromiso– es clarísima: las acciones de Perú eran una manifestación rotunda y consistente en oposición a un poder judicial saludable y vital; ninguna declaración oficial debió permitir oscurecer su claro significado. Cualquier argumentación para la aprobación del Proyecto por parte del Banco era equívoca. Para responder de nuevo nuestras preguntas de la Introducción, es esencial, en este caso, como en otros, una evaluación inicial (antes de la aprobación) que sea amplia y franca, en relación con el entorno en que se presenta la reforma. Como lo ha afirmado el Comité de Abogados en otros contextos, una evaluación inicial de la conveniencia de un proyecto de reforma judicial, incluido el compromiso del gobierno con la independencia del poder judicial, debería incluir la agrupación de puntos de vista y el intercambio de éstos con un amplio rango de actores sociales, incluidas la comunidad académica, las organizaciones no gubernamentales, figuras de la oposición, asociaciones profesionales, etc. Esto podría ayudar a reducir los riesgos de fracaso del Proyecto, y el desperdicio de recursos que conlleva, al exponer desde temprano cualquier defecto en la evaluación del compromiso del gobierno, en relación con el proceso de desarrollo del Proyecto.

No sabemos por qué el Banco Mundial decidió seguir adelante con el Proyecto, a pesar de un entorno tan negativo¹²¹. En realidad, la aprobación del Proyecto por parte del Banco pudo haber fortalecido a aquellos del gobierno peruano que se oponían a la verdadera reforma, y no a los que la

121 La justificación principal en la documentación del Proyecto fue la necesidad urgente de la reforma judicial para respaldar la plena transición hacia la liberalización de la economía. Aunque no hay dudas acerca de la necesidad de Perú de llevar a cabo la reforma judicial por estas y otras razones, tales iniciativas deberían desarrollarse tomando en cuenta las circunstancias del entorno. Incluso las publicaciones del Banco Mundial sobre la reforma judicial y legal son firmes en cuanto a que “a menos que un país se comprometa a reformar su régimen legal... la asistencia técnica legal puede ser un desperdicio de recursos”. Véase *Initial Lessons*, supra nota 9, p. 11. Infortunadamente, la documentación del Proyecto ofrece poca claridad sobre cómo (o si) el Banco llegó a la conclusión de que el compromiso gubernamental alcanzó el nivel de la necesidad de la reforma. Sólo se puede especular sobre las posibles razones por la decisión de seguir adelante con el proyecto: información o evaluación imprecisa, arreglos políticos insensatos, esperanzas o expectativas poco realistas o la falta de abordar el tema.

apoyaban, para construir la independencia judicial. Esta puede haber sido una de las razones por la que el gobierno de Fujimori respaldó el préstamo. En proyectos futuros en los que la independencia del poder judicial sea una preocupación, el Banco debe evaluar vigorosamente el grado en que el gobierno que recibe el préstamo ha desarrollado acciones consecuentes e inequívocamente concretas, sin pasos atrás, en pro de la reforma, que tenga como base la independencia del poder judicial.

En contraste con la decisión del Banco Mundial de seguir adelante con el Proyecto de Perú, su reacción frente a los acontecimientos después de la aprobación fue apropiada e inmediata. Después de haber sido aprobada la legislación de marzo de 1998 que reducía los poderes del CNM, el Banco aplazó el Proyecto durante seis meses y habló públicamente acerca de su decisión. Aunque el Banco no caracterizó su respuesta como una manera de asumir una decisión significativa en cuanto a la independencia del sistema judicial, el aplazamiento –un paso inusual, particularmente poco después de la aprobación del proyecto–, habló fuertemente por sí solo. El Banco justificó públicamente su acción al hacer referencia a la declaración de lineamiento firmada por los cuatro organismos implementadores. El Banco señaló que, como resultado de la legislación de marzo de 1998, uno de esos organismos, el CNM, había quedado sin miembros tras las renunciaciones presentadas y, por tanto, no podía cumplir sus obligaciones, según el acuerdo de préstamo.

El Banco permaneció inmutable cuando el Congreso peruano aprobó luego la legislación remediadora, que realizó cambios insignificantes a la legislación de marzo. Al enfrentar la señal clara que el Banco insistiría en la restauración de los poderes del CNM, y creyendo aparentemente que cancelaría el Proyecto en ausencia de tal acción, el gobierno peruano actuó para evitar esta situación embarazosa, al revocar el préstamo. La negativa del Banco a vacilar ante los artificios de transparencia del gobierno fue interpretada obviamente por éste como una indicación de la seriedad de las preocupaciones del Banco y su voluntad de permanecer firme.

Vale la pena hacer hincapié en algunos elementos de la respuesta del Banco frente a los sucesos posteriores a la aprobación. Primero, el seguimiento muy de cerca del Banco de una situación que evolucionaba, y sus respuestas reflejan el entendimiento de que la decisión del Banco de asociarse con un gobierno es más un proceso que un acontecimiento particular; esto exige una supervisión continuada y un conjunto flexible de respuestas. Segundo, el Banco llegó a reconocer, al menos implícitamente, que los hechos del gobierno eran el determinante más significativo de su conveniencia como socio. Tercero, al establecer la declaración de lineamientos, el Banco introdujo ciertos criterios en el procedimiento de aprobación del Proyecto, colocando una base inteligente para una decisión posterior que condujo a la cancelación. Notablemente, el Banco obtuvo esto mediante consenso, al lograr el compromiso firmado por todos los socios encargados

de la implementación a respetar los valores establecidos en la declaración. Cuarto, el Banco proporcionó al gobierno la oportunidad de demostrar, una vez que se evidenciaron las consecuencias de incumplimiento, si estaba dispuesto a tomar los pasos necesarios para salvar el Proyecto. Finalmente, cuando tomó lo que resultó ser el paso decisivo de posponer el Proyecto, el Banco conservó una actitud apropiadamente diplomática, mientras transmitía un inequívoco mensaje acerca del impacto negativo de los ataques del gobierno peruano a la independencia del poder judicial. Tomados en conjunto, estos elementos ofrecen ejemplos esperanzadores, y quizá modelos, de cómo podría el Banco preparar y llevar a cabo una respuesta razonable a un gobierno que no cumple el estándar de compromiso requerido.

Epílogo

Desde 1994 el Lawyers Committee for Human Rights* (Comité de Abogados para los Derechos Humanos o LCHR, por sus siglas en inglés) ha seguido la evolución de dos bancos multilaterales de desarrollo (BMD)—el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID)—, relacionada con los derechos humanos y la administración de justicia. A medida que han ido disminuyendo los niveles de ayuda bilateral en esta área, ambos bancos han incrementado el número de préstamos para la reforma del sector judicial; así, el Comité de Abogados comenzó a cambiar su enfoque de los proyectos de “Administración de Justicia” de la Agencia Internacional para el Desarrollo (United States Agency for International Development, USAID), hacia las iniciativas de reforma judicial y legal financiadas ampliamente por los bancos multilaterales.

El Comité de Abogados ha tratado de evaluar el avance de los bancos en relación con los objetivos declarados de promover valores judiciales justos a través de tales proyectos.

El Comité de Abogados, en primer lugar, enfocó su mirada al proyecto del Banco Mundial de reforma judicial en Venezuela, que se convirtió en el proyecto “bandera” del Banco Mundial¹²². El análisis identificó una serie de defectos¹²³ en el sistema judicial de Venezuela que la reforma —des-

* Lawyers Committee for Human Rights
333 Seventh Avenue, 13th floor / New York, NY 10001-5004 USA
tel: (212) 845-5240 / fax:(212) 845-5299 / e-mail: comm@lchr.org
100 Maryland Avenue, NE / Suite 502 / Washington, D.C. 20002
tel: (202) 547-5692 / fax:(202) 543-5999 / e-mail: wdc@lchr.org
<http://www.lchr.org>
<http://www.witness.org>

122 Lawyers Committee for Human Rights y Programa Venezolano de Educación-Acción en derechos humanos (Provea), *Halfway to Reform: The World Bank and the Venezuelan Justice System* (New York: 1996) [más adelante, *Halfway to Reform*]. Véase también Lawyers Committee for Human Rights, *The World Bank: Governance and Human Rights*, 2nd ed. (New York: 1995).

123 Entre los problemas más obvios están la corrupción rampante, el control casi total de

tinada al mejoramiento de las prácticas administrativas y el manejo de la información— no abordó. El Comité de Abogados y el Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (Provea) convocaron a una conferencia informativa en Caracas en 1996, con el fin de reunir a veintiún abogados de derechos humanos y del medio ambiente de diez países latinoamericanos, con representantes del gobierno de Venezuela, el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, con el fin de discutir las justificaciones de los bancos y el enfoque de la reforma judicial. La conferencia señaló a los bancos el gran interés de los abogados no gubernamentales en la reforma judicial, y su frustración por haber sido excluidos de las discusiones acerca de la configuración de la reforma¹²⁴.

Después de este encuentro de Caracas, el Comité de Abogados buscaba construir sobre un grado notable de consenso entre los diversos grupos de abogados y las ONG acerca de las prioridades de la reforma judicial. Al trabajar con abogados del medio ambiente en Bolivia y Paraguay, examinó aspectos de los esfuerzos del Banco Mundial y del BID en relación con las reformas judiciales llevadas a cabo en ambos países¹²⁵. El Comité también examinó el proyecto del Banco Mundial de la reforma judicial en Perú, aprobada en diciembre de 1997. Este artículo explica las circunstancias que causaron la cancelación en 1998 del Proyecto después de una serie de ataques contra la independencia judicial por la administración del presidente Alberto Fujimori.

Este artículo fue escrito por Jeffrey A. Clark, con contribuciones importantes de Patricia Armstrong, Christine Pendzich y Robert O. Varenik. El informe fue redactado por Robert O. Varenik. Agradecemos a Ernesto de la Jara y a sus colegas del Instituto de Defensa Legal de Lima por proporcionarnos invaluable material de archivo y comentarios sobre un borrador inicial. También a los funcionarios del Banco Mundial que leyeron un borrador inicial y a Patrick Gavigan por sus comentarios. Estamos muy agradecidos con la Fundación John D. y Catherine T. MacArthur por su respaldo al trabajo del Comité de Abogados en esta área. Este informe y su contenido son de responsabilidad exclusiva del Comité de Abogados.

Desde 1978, el Comité de Abogados para los Derechos Humanos

los jueces por parte de los partidos políticos, falta de acceso a la justicia, leyes arcaicas e impunidad virtual de la policía.

124 Después de esta reunión, se incrementó la participación de las ONG de Venezuela en las discusiones acerca de la configuración de la reforma judicial en Venezuela. Una coalición de las ONG y de grupos de negocios, liderada por Provea, fue invitada a reunirse y discutir sus puntos de vista con el presidente Caldera y luego desarrolló una declaración de principios respecto de la reforma, la cual ha conformado la base de su defensa permanente.

125 Véase en general Lawyers Committee for Human Rights, IFI's Judicial Reform and the Environment: A Preliminary Assessment: Environmental Enforcement in Paraguay (New York: 1998). Véase también Lawyers Committee for Human Rights, Avanzar la Reforma Judicial: Un Caso de Estudio del Medio Ambiente en Bolivia (New York: 2000).

ha venido trabajando en la promoción de leyes y procedimientos legales internacionales sobre derechos humanos y refugiados, tanto en Estados Unidos, como en el extranjero. El presidente del Comité de Abogados es William Zabel y Michael H. Posner es su director ejecutivo. George Black es director editorial y de investigación y Robert O. Varenik es director del programa de protección.

Chile: derecho y economía en la Constitución de 1980

CARL J. BAUER¹

Resumen

En los últimos años, Chile se ha hecho internacionalmente famoso por los éxitos de su modelo económico neoliberal y su fluida transición desde un régimen militar hacia un gobierno democrático. Si bien el gobierno militar intentó transformar radicalmente la sociedad y la economía po-

1 Carl J. Bauer, Department of Environmental Science, Policy, and Management 145 Mulford Hall, University of California. Berkeley. CA. 94720. Estados Unidos. Fax: (510) 643 5438, E-mail: bauer@rff.org

Agradezco el apoyo financiero de la Agencia Canadiense para el Desarrollo Internacional (ACDI) a través del programa SPEAL. Este artículo ha sido traducido de una versión del capítulo dos del libro *Against the Current: Privatization, Water Markets, and the State in Chile* (Boston: Kluwer Academic Publishers), el cual contiene una bibliografía más detallada. Una versión anterior del artículo se presentó como paper. "The contradictory role of the judiciary in Chile's neoliberal economic modal," en el Primer Congreso de la Asociación Latinoamericana de Derecho y Economía, en Ciudad de México, en febrero de 1995. Agradezco por sus comentarios útiles a Javier Couso, Alexander Galetovic, Michael Johns y Alejandro Vergara, quienes no necesariamente comparten las opiniones expresadas aquí.

La investigación en Chile se llevó a cabo durante dos años y medio entre 1991 y 1995. con el financiamiento del Fulbright-Hays Program, la Inter-American Foundation, el Joint Committee on Latin American and Caribbean Studies del Social Science Research Council y el American Council of Learned Societies (con fondos proporcionados por la Andrew W. Mellon Foundation y Ford Foundation). Los fondos subsiguientes fueron proporcionados por la John M. Olin Foundation y por un Ciriacy-Wantrup Post-doctoral Research Fellowship de la Universidad de California en Berkeley.

Carl J. Bauer, es Pb.D. en Jurisprudencia y Política Social, de la Facultad de Derecho de la Universidad de California, Berkeley; ha sido consultor internacional en derecho, política e instituciones de recursos hídricos. En el campo ambiental se ha especializado en derechos de propiedad, mercados e instrumentos económicos, arreglos institucionales y resolución de conflictos. Ha publicado varios artículos en revistas especializadas, tanto en inglés como en castellano, sobre el Código de Aguas y los mercados de aguas en Chile, así como también un libro sobre el mismo tema. *Against the Current* (Kluwer Academic Publisher. 1998). Fue Visiting Scholar en el Department of Environmental Science, Policy and Management de la Universidad de California, en Berkeley. Actualmente trabaja en el Center for Risk Management.

lítica chilena, en Chile, y sobre todo en el extranjero, se ha dado poca atención al fundamento legal e institucional del modelo económico, a pesar de que los militares apuntaron a cimentar los cambios que habían impuesto con una nueva Constitución, que fue aprobada en 1980.

Los análisis de la Constitución de 1980 se han centrado en sus aspectos políticos, especialmente en sus características autoritarias y antidemocráticas, ignorando en gran medida su significado económico en cuanto marco diseñado para incentivar el libre mercado. Este marco es interesante en el ámbito internacional como ejemplo pionero de la perspectiva neoliberal en el diseño institucional.

En el presente artículo centro mi análisis en dos aspectos de la “nueva institucionalidad” chilena, cuya importancia e interrelación se han dejado de lado: las breves, pero fundamentales provisiones económicas, incluyendo el principio del “Estado subsidiario”; y el más poderoso, pero contradictorio, rol del poder judicial. Finalmente reviso las implicaciones de la estructura institucional chilena para la formulación de políticas públicas y la capacidad regulatoria del Estado. Concluyo que el derecho-y-economía (*law-and-economics*) de libre mercado sobresimplifica la naturaleza del proceso judicial y hace caso omiso de su estrecha relación con factores políticos.

Introducción

En los últimos años, Chile se ha hecho internacionalmente famoso por los éxitos de su modelo económico neoliberal y su fluida transición desde un régimen militar hacia un gobierno democrático.

El gobierno militar estuvo en el poder desde 1973 hasta 1990, lapso durante el cual intentó transformar radicalmente la sociedad política chilena. No obstante, y sobre todo en el extranjero, se ha dado poca atención a la estructura legal e institucional del modelo económico. Este descuido es sorprendente, ya que es bien sabido que los militares apuntaron a cimentar los cambios que habían impuesto mediante una institucionalidad, establecida en una nueva Constitución que fue aprobada en 1980.

Los análisis de la Constitución de 1980 se han centrado en sus aspectos “políticos”, especialmente en sus características autoritarias y antidemocráticas; se ha ignorado en gran medida su significación “económica”, aparte de destacar la importancia de la estabilidad política y de la seguridad del derecho de propiedad privada, y no se han fijado en el aumento de la autoridad del poder judicial respecto de los asuntos económicos y regulatorios².

2 Algunas referencias útiles acerca de la Constitución de 1980 son Blanc *et al.* (1990), Bulnes (1981), Cea (1988), Fontaine (1991), Instituto Chileno de Estudios Humanísticos (1985), Nogueira (1988) y la Constitución de 1980 (edición especial de la *Revista de Derecho Público*, (1981). Para comentarios extranjeros, véase Angell (1993), Ensalaco (1994), Loveman (1991), O'Malley (1990), A. Valenzuela (1991). Corbo *et al.* (1995)

A mediados de los años setenta el gobierno militar adoptó políticas económicas que favorecieron el libre mercado, la propiedad y empresa privada, así como el libre flujo del comercio y del capital en el ámbito internacional. Al mismo tiempo, redujo drásticamente el rol del Estado en la planificación y producción económica y la provisión de servicios sociales. A medida que el gobierno reducía las barreras comerciales y desmantelaba las políticas de industrialización, basado en la sustitución de las importaciones, la economía chilena comenzó a enfatizar la exportación de productos de recursos naturales.

Desde 1985, la economía ha crecido rápidamente y se ha convertido en la envidia de muchos otros países en vías de desarrollo, luego de un decenio inicial de política monetaria de *shock*, ajuste estructural, boom temporal y crisis financiera. Chile es ampliamente considerado como un ejemplo de una reforma exitosa de mercado libre.

En 1990, el régimen militar traspasó el poder a la Concertación, la que adoptó el eslogan: "Crecimiento con equidad". Ésta ha mantenido cuidadosamente el modelo económico heredado, al tiempo que ha aumentado el gasto público en programas sociales, gracias a la reforma tributaria de 1990 que fue negociada con los partidos políticos de derecha. Esta negociación fue producto, en parte, de duras realidades políticas: los militares se opusieron a dejar el poder sin una muy firme garantía respecto del modelo económico, uno de los logros de su gobierno y del que estaban más orgullosos. En general, el gobierno actual ha mantenido el modelo voluntariamente, ya que a pesar de su costo social y ambiental, ha funcionado mejor que las alternativas que se visualizan en otros países de América Latina. Al adoptar el modelo como propio, la Constitución lo ha legitimado, borrando gran parte del estigma que tenía por haber sido creado durante una dictadura.

El orden institucional también fue traspasado en la transición a la democracia. La Constitución de 1980 fue eventualmente aceptada por los opositores de los militares como una condición esencial para el traspaso del poder. Muchos han criticado dicha Constitución, afirmando que es ilegítima debido a su naturaleza y origen autoritarios³. Sin embargo, a mediados de la década de los ochenta, los partidos que posteriormente se unieron en la Concertación accedieron por razones pragmáticas a dejar de lado el problema de su legitimidad y la reconocieron como "un hecho", mientras esperaban reformarla, posteriormente, bajo condiciones democráticas. Las características políticas del documento han seguido siendo debatidas fielmente dentro de las limitaciones de sus propias reglas de reforma. Algunas de sus características más autoritarias fueron eliminadas en 1989 en

presenta la perspectiva del economista respecto del marco institucional, aun cuando incluye un análisis legal y político un tanto discutible.

3 Véase, por ejemplo, Cumplido (1984), Instituto Chileno de Estudios Humanísticos (1985), Ríos (1989) y Zaldivar (1995).

un paquete de reformas negociado entre los militares, la Concertación y Renovación Nacional, pero el marco básico permaneció intacto⁴. Desde 1990, ambos gobiernos de la Concertación han propuesto reformas adicionales que la derecha ha bloqueado repetidamente en el Senado. Lo extraordinario es que las características económicas de la Constitución han permanecido intactas y no han sido discutidas.

En el presente artículo, mi argumento consiste en que Chile es un ejemplo de texto no sólo con relación a la economía neoliberal sino también con el enfoque “Chicago” del derecho y de las instituciones. Los campos relacionados de *law and-economics* y la “escuela de derechos de propiedad” utilizan y modifican la teoría económica neoclásica en el análisis del derecho e instituciones, centrándose especialmente en los mercados y los derechos de propiedad. Tanto el marco legal como el institucional han sido cruciales para el crecimiento y desempeño económico en el pasado y aún hoy lo son, como hemos visto en la reciente transición al capitalismo en Europa Oriental. La Constitución chilena ejemplifica un marco diseñado para estimular una economía de libre mercado: amplía los derechos y libertades económicas privadas, restringe fuertemente tanto la actividad económica estatal como su poder regulatorio y refuerza el poder de los tribunales para hacer cumplir estos principios. Si bien el diseño de la Constitución tuvo otras influencias políticas, aun así es un fiel reflejo del *law-and-economics* estilo Chicago⁵.

En este artículo examino la estructura e implicaciones de la Constitución de 1980 de la nueva institucionalidad. Comienzo con un resumen general de su lógica e influencias políticas. Luego me centro en dos aspectos cuya importancia e interrelación son ampliamente ignoradas: las breves pero fundamentales provisiones económicas, incluyendo el principio del “Estado subsidiario”, y el nuevo y más poderoso papel del poder judicial. Analizo la incapacidad de los tribunales de cumplir dicho rol y el debate en torno a las reformas judiciales propuestas. Finalmente examino las implicaciones de la estructura institucional chilena para la toma de decisiones relativas a políticas públicas y la capacidad regulatoria del Estado. Concluyo que el derecho y economía de libre mercado sobresimplifica la naturaleza del proceso judicial y, hace caso omiso de su estrecha relación con factores políticos.

Es conveniente destacar varios aspectos del presente artículo. Primero, fue escrito originalmente como parte de un estudio más amplio del

4 Bertelsen (1989), Verdugo (1989), Carvallo (1992) pone las reformas de 1989 en el centro de su análisis de la transición. Véase también la nota 1 supra.

5 Representantes de esta escuela de pensamiento son Alchian y Demsetz (1973), Beyer (1992), Coase (1988), Cooter y Ulen (1988), Demsetz (1967), Posner (1986). La importancia para la economía de mercado de los arreglos institucionales se analiza también en North (1981), North y Thomas (1973). La Constitución chilena es muy similar a las reformas defendidas por algunos abogados derechistas en los Estados Unidos durante la época del presidente Reagan. Véase Dorn (1991), Dorn y Manne (1987), McKenzie (1984) y Siegan (1980).

Código de Aguas y del mercado de aguas en Chile. Por lo tanto, el análisis que presento en forma general, en otros trabajos se ilustra en los sectores concretos de recursos hídricos y medio ambiente⁶. Segundo, el artículo se basa en una investigación que terminó en 1995, de modo que no pretende estar completamente actualizado. A partir de 1995 han sucedido eventos importantes que no comento en este artículo, como la acusación constitucional al Presidente de la Corte Suprema y la aprobación de algunas reformas judiciales adicionales. Sin embargo, sostengo que el argumento básico continúa vigente. Por último, presento este artículo con el ánimo de aportar una visión interdisciplinaria, algo novedosa, y desde afuera del debate público en Chile sobre marcos reguladores y la reforma del Estado⁷. Como los temas que toco son políticamente sensibles en Chile, al hacerlo espero promover la comunicación entre las distintas profesiones del derecho de la economía.

El rol del poder judicial y el marco regulatorio chileno: derecho y economía en la Constitución de 1980

Orígenes y políticas de la Constitución de 1980

La Constitución de 1980 es uno de los logros y legados más ambiciosos del gobierno militar en Chile. Es un documento que combina una visión general ideológica de la sociedad y del Estado con un detallado programa de acción legal destinado a concretizar dicha visión. Mira tanto hacia atrás como hacia delante, y define el nuevo orden como reacción frente al anterior⁸; también es una síntesis de las diversas posturas políticas e ideológicas que sustentaban el gobierno militar.

Los militares y sus asesores y aliados civiles compartían ciertos objetivos básicos, pero estaban en gran desacuerdo respecto de otros. Durante años, los temas más conflictivos estuvieron relacionados con liberalizar el régimen político (sí se debía y cuándo) y adoptar políticas sociales y económicas de libre mercado (sí se debía y hasta qué punto). Podemos distinguir tres corrientes ideológicas principales, aun cuando sus límites eran difusos y sus interrelaciones experimentaron variaciones en el transcurso del tiempo: sus representantes eran nacionalistas autoritarios (también denominados “duros”), corporatistas católicos (generalmente abogados) conocidos como gremialistas y economistas neoliberales⁹.

6 Véase Bauer (1993, 1997, 1998a, 1998b).

7 Por ejemplo, Muñoz (1992).

8 Barros (1996).

9 Esta sección está basada en una serie de excelentes recuentos de la evolución y políticas internas del gobierno militar: Cavallo *et al.* (1989), Constable y Valenzuela (1991), Fontaine (1988), A. Valenzuela (1991), Vergara (1985). Para los antecedentes históricos relativos al pensamiento conservador chileno en el siglo 20, dividido en las tres corrientes de nacionalismo, corporatismo y neoliberalismo, véase Cristi y Ruiz (1990a y 1992b).

Los neoliberales y los gremialistas eventualmente unieron sus fuerzas para formar el proyecto a largo plazo del régimen. Algunas veces denominados “blandos”, convencieron a la junta de gobierno para institucionalizar los cambios en la sociedad chilena, de tal modo que el gobierno militar ya no fuera necesario. Por el contrario, los “duros” favorecían la continuación del gobierno militar indefinidamente.

La nueva Constitución fue escrita, discutida y aprobada durante los años en los cuales la ideología neoliberal alcanzó su mayor predominancia en Chile, antes que la crisis económica, a comienzo de los años ochenta, humillara a los llamados *Chicago boys* y obligara al gobierno a tomar una postura más pragmática. Semanas después del golpe militar de 1973, la Junta designó una comisión constituyente compuesta por juristas y abogados conservadores y centristas, cuya misión fue asesorar a la Junta sobre asuntos constitucionales y preparar un borrador (conforme a las pautas entregadas por la Junta) de una nueva constitución. Dicha Comisión se reunió más de 400 veces entre 1973 y 1978, y produjo un documento que, en la mayoría de sus aspectos, fue aprobado por la Junta¹⁰. El constructor principal fue Jaime Guzmán¹¹.

La Constitución de 1925 había establecido una democracia presidencialista: tenía un Ejecutivo fuerte y una legislatura relativamente fuerte, en un sistema político pluralista donde los partidos políticos jugaban un rol central. Los militares, y muchos de quienes los apoyaban, culpaban a la Constitución de 1925 por haber sido demasiado débil para prevenir el crecimiento de los movimientos radicales y del conflicto social en la década de los años sesenta y comienzos de los setenta. El sistema anterior había permitido que las organizaciones partidistas y los acuerdos congresales tuvieran demasiada influencia, lo que condujo a la demagogia, polarización y, finalmente, a la paralización. De acuerdo con esta perspectiva, la expansión ilimitada de la democracia popular, después de 1920, aumentó la presión sobre el Estado para que incrementara su rol en la economía y los servicios sociales. Debido a su pluralismo, argumentaban los conservadores, el sistema no podía defenderse contra el aumento de los movimientos políticos revolucionarios que pretendían derrocarlo.

10 Andrade (1984) y Carrasco (1980) presentan descripciones completas de los pasos de la confección del borrador preliminar y la aprobación de la Nueva Constitución. La comisión constituyente envió primero sus borradores al Consejo de Estado, un grupo asesor compuesto por notables designados por la Junta. El Consejo, dirigido por el expresidente Jorge Alessandri, objetó y reformuló muchas secciones del borrador preliminar pero fue más tarde denegado por la Junta. Bulnes (1981) incluye el texto de los documentos clave. La Comisión también era conocida como la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución y como la Comisión Ortúzar por su presidente Enrique Ortúzar. Sus actas han sido publicadas como Gobierno de Chile (1983) y el borrador preliminar también ha sido publicado como Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (1978).

11 Los pensamientos y argumentos de Guzmán sobre la Constitución y otras materias están compilados en Fontaine (1991).

En contraste, la Constitución de 1980 establece una “nueva institucionalidad” para sostener la que fue denominada una “democracia protegida”; separa la sociedad civil de los partidos políticos, a fin de reducir la influencia de estos últimos y hasta 1989 prohibía las organizaciones marxistas. También redefine la separación de los poderes dentro del gobierno, con el objeto de aumentar la autoridad tecnócrata, restringir la soberanía y participación popular. Así reforzó al presidente y debilitó el Congreso, tanto en asuntos presupuestarios como en la formulación de leyes. Para contrarrestar la mayor autoridad presidencial, la Constitución crea o refuerza varias instituciones estatales autónomas que se refuerzan unas a otras: el Tribunal Constitucional, el Poder Judicial, el Consejo de Seguridad Nacional y el Banco Central¹². Se dice que dichas instituciones son objetivas y “apolíticas” porque están compuestas por expertos que son designados y no elegidos por votación popular. Por lo tanto, no están comprometidas con partidos políticos. Del mismo modo, casi la cuarta parte de los miembros del Senado (la Cámara más poderosa del Congreso) son “designados”. En la Constitución de 1980 las Fuerzas Armadas han sido dotadas con el deber constitucional de “garantizar el orden institucional” (art. 90), así como defender la seguridad nacional. Para estos efectos pueden intervenir en el gobierno civil a través del Consejo de Seguridad Nacional.

Estas características de la Constitución reflejan la tradición nacionalista autoritaria en el pensamiento conservador chileno: un fuerte Estado central es responsable de mantener el orden social y de hacer cumplir la unidad nacional. Aun cuando compartían esta tradición, los gremialistas dieron al documento gran parte de su visión moral y social, y pusieron al Estado en su lugar: afirmaban que la persona individual y la familia tienen ciertos derechos naturales que son prioritarios y superiores a la ley del Estado, como también que la sociedad debería estar estructurada como un mosaico de “grupos intermedios” despolitizados (“intermediarios” entre el individuo y el Estado) que son libres de influencias partidistas. En dichos grupos incluyeron a los sindicatos, las asociaciones comerciales y profesionales, las universidades, las asociaciones comunitarias, las iglesias, etc. (lo que mucha gente llamaría “sociedad civil”). Los gremialistas apuntaban a resguardar la autonomía de los grupos intermediarios de la interferencia del Estado, siempre que evitaran la política. Ellos también adoptaron, de la doctrina social católica, el principio de “Estado subsidiario” (subsidiario quiere de-

12 El Consejo de Seguridad Nacional está compuesto por los cuatro jefes de las Fuerzas Armadas y cuatro civiles: el presidente, el presidente de la Corte Suprema, el presidente del Senado y el contralor general (art. 95). Los jueces de la Corte Suprema son nombrados por el presidente a partir de una lista preparada por la Corte y son invariablemente jueces de las cortes de apelaciones. De los senadores designados, dos son nombrados por el presidente, tres por la Corte Suprema y cuatro por el Consejo de Seguridad Nacional (art. 45). De los siete miembros del Tribunal Constitucional, tres son nombrados por la Corte Suprema y dos por el Consejo Nacional de Seguridad (art. 18).

cir que el Estado debería delegar a las organizaciones lo más descentralizadas posible cuando se trata de satisfacer las diferentes necesidades sociales, de preferencia en el ámbito de la familia o comunidad). Además, argumentaron que la mayoría de los intereses de las personas estaban mejor representados, y las necesidades mejor resueltas, al interior de dichos grupos intermediarios, sin interferencia de parte de las agencias gubernamentales ni de los partidos políticos. Criticaban, en forma especial, a los partidos por fomentar el conflicto social en lugar de la armonía.

Originalmente el principio de subsidiariedad incluía el corolario que el Estado estaba obligado a satisfacer todas las necesidades que los grupos de nivel inferior no podían satisfacer, lo cual lo tornó en un concepto progresivo para los reformistas católicos en Chile, incluyendo los demócrata-cristianos, hasta que los gremialistas y neoliberales lograron redefinirlo de tal modo que disminuía las obligaciones sociales del Estado y enfatizaba los límites del gasto y regulación estatales¹³.

La visión de los gremialistas es evidente en el artículo, del capítulo 1, "Bases de la institucionalidad", de la Constitución, escrito por Jaime Guzmán. En ese artículo se establece el marco general y los principios que gobiernan el documento completo¹⁴. Cabe destacar la jerarquía descendiente del individuo al Estado, aunque apoyado al final por el poder de este último.

Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

El "bien común" es otro concepto del pensamiento social católico que se refiere a la armonía general y unidad orgánica de los diferentes in-

13 Véase Clerc (1991), Fontaine (1991), Rozas y O'Shea (1983) y las citas en la nota 8.

14 Véase la nota 1, Caldera (1990) y Soto (1988).

tereses sociales. Esta visión rechaza el argumento marxista que sustenta que la sociedad está dominada por el conflicto de clases; como también rechaza la noción democrática liberal que señala que el bien común está determinado por el principio de gobierno de la mayoría. Artículos posteriores de la Constitución apuntan a separar los ámbitos de la sociedad civil y la política partidista, a fin de reducir la influencia de esta última¹⁵, a pesar de haber existido acuerdo dentro del régimen respecto de la necesidad de una autoridad política fuerte y centralizada. El papel económico del Estado en este nuevo orden fue debatido con mayor fuerza. La mayoría de estas luchas tuvieron lugar en otras arenas fuera de la comisión constituyente. Después del golpe de 1973, una de las primeras prioridades de la Junta fue revertir las políticas económico-estatistas y “socializantes” de sus predecesores de los gobiernos de Frei y Allende. Esto implicó, en primer lugar, reafirmar la seguridad de los derechos de propiedad privada, incluyendo la devolución de tierras e industrias que habían sido expropiadas ilegalmente o sin compensación; pero más allá de eso había menos consenso. El gobierno de Allende había llevado al extremo la propiedad del Estado y su intervención económica entre 1970 y 1973. Sin embargo, en un amplio sentido, simplemente había continuado la tendencia existente durante los 50 años anteriores, que culminó en las ambiciosas reformas del gobierno de Frei entre 1964 y 1970. Históricamente el Estado ha tenido un fuerte rol en el desarrollo de la economía chilena, incluyendo la protección de las empresas nacionales frente a la competencia internacional. Muchos de los conservadores, “duros” y capitalistas deseaban tener ese papel.

Los *Chicago boys* se opusieron encarnizadamente a esta posición estatista. Argumentaron que Chile debía abandonar su modelo de desarrollo centrado en el Estado, imponer fuertes políticas monetarias destinadas a controlar la inflación crónica y abrir la economía al libre comercio e inversión internacional. A comienzos de los años setenta, compilaron sus diagnósticos y propusieron reformas en un documento conocido como “El Ladrillo”, que fue puesto a disposición de la Junta inmediatamente después del golpe y que se convirtió en la base de la política económica del nuevo gobierno¹⁶. En 1975, los neoliberales ya dominaban las políticas económicas del gobierno en los años siguientes, ampliaron su doctrina a una ideología más integral de la “sociedad libre” y de la “economía social de mercado”. Basados en la filosofía política libertaria de Friedrich Hayek, así como en economistas *laissez-faire*, como Milton Friedman, declararon que la libertad individual era el principio central de la sociedad y la economía. Reconocían que el Estado debía establecer y hacer cumplir las reglas básicas del comportamiento económico, pero en general estimaron que su intervención era injusta o poco eficiente. El mercado libre era el único sistema económi-

15 Véanse los artículos 19, 15 y 23 de la Constitución.

16 Véase Centro de Estudios Públicos (1992) y Valdés (1989).

co que garantizaba libertad política. Los mercados operaban sobre la base de “reglas generales” que los neoliberales consideraban objetivas y neutrales, dado que todos debían obedecerlas. Decían que la intervención estatal estaba inherentemente viciada debido a que la discrecionalidad política y administrativa conducía a “reglas específicas” que favorecían intereses particulares. La Constitución de 1980 es denominada a veces como “Constitución de la libertad” en honor al libro de Hayek del mismo nombre¹⁷.

La alianza y fusión parcial de los neoliberales con los gremialistas fue crucial en este cambio desde un mero “neoliberalismo económico” a un “neoliberalismo”¹⁸. Jaime Guzmán fue el puente más importante entre ambos grupos, ya que adoptó muchas de visiones hayekianas de los neoliberales. Otros vínculos fueron los economistas y ministros de gobierno José Piñera y Miguel Kast: ellos ampliaron la lógica de libre mercado a las áreas de políticas públicas y sociales que siempre se habían considerado exentas de las fuerzas del mercado, y apuntaron a consolidar el nuevo modelo mediante la “despolitización” de las relaciones sociales, haciéndolas más atomizadas y menos colectivas. En 1979 el gobierno anunció “siete modernizaciones” que transformarían áreas clave de la sociedad chilena: relaciones laborales, seguridad social, salud, educación, sector agrícola, sistema judicial y la administración pública. Esta ideología se tornó predominante debido a que incorporaba rasgos del pensamiento conservador tradicional chileno, en tanto que, al mismo tiempo, ofrecía un plan maestro para una modernización radical de la sociedad chilena.

La alianza entre los neoliberales y gremialistas no fue siempre fácil: los primeros preferían un individualismo más extremo y una transformación más revolucionaria de la sociedad; y los segundos, los lazos comunitarios y un enfoque más gradual. Pero su fusión fue crucial en definir el proyecto ideológico del régimen, ya que los neoliberales tenían una visión económica, pero no social; y los gremialistas, el reverso. A fines de la década de los setenta, esta “fusión” era fuertemente neoliberal, como lo ilustra el concepto de “Estado subsidiario”.

En resumen, serias fuerzas políticas e ideológicas bien diferenciadas se unieron para formar la nueva Constitución. La contradicción entre libertad económica y represión política ha sido ampliamente comentada. Algunos neoliberales aceptaron la necesidad permanente de un Estado autoritario que asegurara condiciones políticas favorables, en tanto que otros argumentaban que la libertad política se debía aumentar a medida que los cambios socioeconómicos subyacentes iban echando raíces. A fin de con-

17 Véase Centro de Estudios Públicos (1992), Friedmann (1962), Hayek (1960), Montt (1978 y 1983). La distinción entre las reglas generales y específicas era de Hayek. En tanto concedía un rol significativo al Estado en la estructuración de la economía, Hayek argüía que el “Estado de derecho” no permite políticas sociales redistributivas por estar basado inherentemente en discreción política y “reglas específicas”.

18 Los términos pertenecen a Vergara (1985). Véase, también, la nota 8.

solidar estos cambios, las Disposiciones transitorias de la Constitución declararon que habría una lenta y gradual “transición” antes que los militares dejaran el poder, la que tendría una duración de dos períodos de ocho años, con una pausa entre ellos para un plebiscito en 1988. Los militares perdieron el plebiscito, pero su Constitución determinó el proceso y el calendario, así como gran parte del padrón subsecuente de la actividad política y económica¹⁹.

La “Constitución económica”

Las provisiones económicas de la Constitución son breves, pero fundamentales. Establecen lo que se denomina el “orden público económico”, que consiste en amplios derechos económicos privados que van acompañados de fuertes limitaciones a las actividades económicas y poderes regulatorios del Estado. La médula de estas provisiones se encuentra en el artículo 19, que enumera todos los derechos constitucionales (específicamente los números 21 al 26), los cuales, junto con el artículo 1, expresan el principio del “Estado subsidiario”, aun cuando el término no es mencionado explícitamente²⁰.

El artículo 19, No. 21, garantiza la libertad económica privada como regla general: “El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”.

La libertad del sector privado también es protegida por la autonomía de los “grupos sociales intermedios” y establecida por el artículo 1²¹. La libertad empresarial del Estado, sin embargo, es más restringida: los organismos estatales pueden emprender o participar en actividades económicas sólo cuando sean autorizados por la legislación especial que requiere de mayorías más altas que lo habitual (Ley de Quórum Calificado). Aun así, no gozan de privilegios especiales y deben competir bajo las mismas condiciones que las empresas privadas (a menos que, una vez más, sean autorizados por una legislación especial). Al Estado también se le prohíbe la “discriminación arbitraria” para otorgar beneficios a sectores, actividades o áreas geográficas determinadas (No. 22).

Los derechos de propiedad privada son ampliados y fortalecidos, aun cuando siguen estando limitados por su “función social”. El artículo 19, No. 23, fue una innovación a la legislación chilena. Creaba un nuevo derecho a “adquirir” propiedad, a fin de limitar la propiedad estatal de los recursos públicos.

19 Las Disposiciones transitorias fueron escritas por Sergio Fernández, quien en ese momento ocupaba el cargo de ministro del Interior: véase Fernández (1994).

20 Sobre la “Constitución económica” véase Cea (1988a y 1991b), Evans (1986), Guerrero (1979), Montt (1978a y 1983b) e Yrarrázaval (1987).

21 Véase Soto (1988) en particular su discusión de un fallo hito de la Corte Suprema, en 1985, respecto del mercado bursátil chileno.

El No. 24 garantiza “el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales”.

En 1967, el gobierno de Frei había enmendado la cláusula relativa a propiedad de la Constitución de 1925, a fin de facilitar la Reforma Agraria que fue promulgada ese mismo año. La enmienda de 1967 establecía que la “función social” de la propiedad incluía promover su distribución más amplia dentro de la sociedad, y permitía al gobierno postergar la compensación a los terratenientes expropiados mediante la emisión de bonos a largo plazo. (Dada la alta inflación crónica de Chile, los bonos a largo plazo a tasas de interés fijas resultaron en graves pérdidas para los terratenientes).

La Constitución de 1980 redefine “función social” de tal modo que ya no incluye redistribución, sino en cambio: “los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”. El No. 25 garantiza los derechos de propiedad intelectual, derechos de autor y patentes²².

El Estado mantiene el poder para poner límite sobre los derechos económicos privados, desde regular su ejercicio hasta la expropiación de la propiedad. Pero estos poderes ahora están más restringidos: sólo pueden ser hechos efectivos mediante legislación y no por decreto administrativo. Para expropiar, el Estado debe pagar la compensación correspondiente en efectivo y al día. Las personas pueden oponerse a estas acciones estatales en los tribunales ordinarios en vez de en tribunales especiales como los establecidos por la Reforma Agraria, los que los propietarios de tierras consideraban sesgados en su contra. Los tribunales son fuertemente parciales a los derechos de propiedad y ahora cuentan con una herramienta mucho más poderosa para defenderlos en el recurso de protección (el cual es analizado en la siguiente sección). De hecho, los tribunales han ampliado el alcance de la “propiedad”, a fin de proteger otro tipo de derechos también: argumentan que la gente “posee” estos otros derechos y, por ende, pueden defenderlos como propiedad²³. Además, la legislación se ve aún más restringida por la garantía amplia del artículo 19, No. 26, con relación a las limitaciones o regulaciones:

22 Véase Evans (1967 y 1986), Karst y Rosen (1975), Rios (1987). El artículo 19, No. 23, indica que “La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la nación toda y la ley lo declare así”. El No. 24 también incluye varios párrafos sobre la propiedad minera, estableciendo la propiedad “absoluta, exclusiva e inalienable” del Estado de todos los recursos minerales, y estableciendo un sistema de concesiones o permisos mediante los cuales el sector privado puede aprovechar la propiedad pública.

23 Otros derechos protegidos como “propiedad” han incluido el derecho de la condición de estudiante universitario, el derecho al empleo como funcionario público, etc. Estas tendencias doctrinarias están profundamente enraizadas: para una crítica y defensa, véase Vergara (1991), en R. Cortázar y J. Vial, y Soto (1992). Para una explicación teórica, véase Guzmán (1995).

“No podrán afectar los derechos en su esencia ni poner condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Esta provisión fue considerada demasiado vaga por algunos de los miembros de la comisión constituyente, pero fue adoptada de todas maneras a fin de atar de manos a los futuros legisladores²⁴.

Finalmente, hay una serie de otras provisiones que completan el “orden público económico”. Algunas apuntan a asegurar la disciplina financiera del gobierno y la estabilidad macroeconómica. El Banco Central se hace autónomo del resto del gobierno (artículos 97 y 98), y los poderes presupuestarios del Congreso son drásticamente reducidos. Otra de las innovaciones de la Constitución es el artículo 19, No. 8, que establece el derecho “a vivir en un ambiente libre de contaminación”. Este no es habitualmente considerado como un derecho “económico” y cuenta con una protección judicial más débil que los derechos económicos comentados. No obstante, el derecho ambiental implica cierta restricción sobre dichos derechos.

A pesar de la alianza política entre los neoliberales y los gremialistas, las provisiones económicas forman una pequeña parte de la Constitución de 1980. No fueron discutidas muy extensamente por la comisión constituyente. Esto refleja la amplia brecha que separa a los abogados de los economistas en Chile, brecha que hoy comienza a estrecharse bajo las presiones de la globalización. Como en la mayoría de los países, el derecho constitucional en Chile ha estado tradicionalmente dominado por asuntos políticos e institucionales. Las cuestiones económicas han estado bastante ausentes excepto en lo relativo a las reglas básicas sobre derechos de propiedad y expropiación. En la década de los setenta, los abogados, jueces y académicos del derecho en Chile estaban muy poco familiarizados con la economía, y no tenían una comprensión de cómo incorporarla en términos legales o constitucionales. Debido a sus dudas e incertidumbres sobre este nuevo campo, muchos miembros de la comisión constituyente consideraron pasar por alto las materias económicas; pero el ambicioso alcance de la nueva institucionalidad y la meta de evitar volver al pasado estatista requerían hacer al menos una breve mención de ellas. La Comisión finalmente se abocó a estas materias en la sesión número 384, en junio de 1978, luego de casi cinco años de trabajo. En ese momento, cuando ya estaba lista la mayor parte del borrador preliminar, la Comisión escuchó las propuestas del equipo económico del gobierno y adoptó la mayoría de sus puntos esenciales²⁵.

Por su parte, los economistas chilenos carecían de grandes conocimientos o intereses sobre materias legales. En la medida en que los neoliberales consolidaron su dominio sobre las políticas económicas a me-

24 Véase Evans (1986), Gobierno de Chile (1983).

25 Véase Guerrero (1979), Gobierno de Chile (1983), Vial y Couso (1988). Vial y Couso argumentan que los neoliberales estaban parcialmente “frustrados” debido a que terminaron cediendo sobre algunos puntos de su lista original.

diados de la década de los setenta, y también preparaban su expansión en las políticas sociales, simplemente dejaron que la comisión constituyente siguiera con su trabajo. Pensaban que tal preocupación con instituciones políticas formales era prematura antes que se hubieran finalizado cambios más profundos en las estructuras social y económica. En este sentido, los neoliberales estaban de acuerdo con sus enemigos ideológicos, los marxistas, respecto a que la base material de una sociedad determina su superestructura, vale decir que los sistemas económicos determinan la naturaleza de los sistemas legales y políticos. Cuando llegó el momento de considerar los aspectos económicos de la Constitución, la meta de los neoliberales era clara: consagrar algunos principios fundamentales que garantizaran las libertades y derechos económicos privados y que restringieran al Estado, sin muchos detalles. Eligieron no incluir medidas políticas económicas específicas ni metas cuantitativas por considerarlas demasiado rígidas como para merecer rango constitucional.

La Constitución de 1980 no exige explícitamente una economía de libre mercado; en cambio apunta a asegurar las condiciones legales, políticas y sociales necesarias para el desarrollo de dicha economía. En muchos sentidos es un documento defensivo, más preocupado de hacer inconstitucional el retorno al socialismo que de detallar totalmente el nuevo modelo. Para hacer cumplir el modelo, la Constitución refuerza el sistema judicial y le otorga nuevos poderes para proteger los derechos privados, revisar y controlar las acciones legislativas y administrativas del Estado.

El nuevo y contradictorio papel del poder judicial

El nuevo papel del poder judicial ha pasado casi desapercibido fuera de Chile, e incluso dentro de Chile es poco conocido excepto por especialistas. Los tribunales tienen un papel estratégico en un modelo legal-económico dominado por la libertad e iniciativa privada: deben proteger los derechos privados de una excesiva regulación estatal y resolver conflictos entre partes privadas donde los organismos estatales tienen menos poder de investigación.

La Constitución de 1980 refuerza el poder judicial más que antes, y le otorga mayor poder de revisión sobre las acciones legislativas y administrativas del Estado. La Corte Suprema tiene mayor influencia política, así como control administrativo, sobre el sistema y la profesión judicial. El Tribunal Constitucional fue establecido separadamente de dicho sistema y se le otorgó la facultad de decir la última palabra sobre asuntos constitucionales. En el ámbito de las políticas públicas y regulatorias, la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones se ven enfrentadas con creciente frecuencia a fallar sobre complejos asuntos con importantes consecuencias económicas y sociales. En general, los cambios constituyen un paso hacia el modelo estadounidense de jueces independientes y orientados a la política pú-

blica²⁶; pero la capacidad institucional del poder judicial chileno para cumplir su rol más estratégico es dudosa, como lo discuto en la siguiente sección.

Históricamente los tribunales chilenos han tenido poco control sobre las actuaciones administrativas o legislativas del Estado, incluso cuando se veían afectados los derechos constitucionales. Lo anterior refleja la tradición del derecho civil seguida por la mayoría de las naciones de Europa continental y por sus antiguas colonias, incluyendo América Latina (Chile se vio especialmente influenciado por el Código Civil francés). Los sistemas del derecho civil poseen un concepto un tanto diferente de la separación de los poderes que los sistemas anglosajones del “derecho común” (con mayor subordinación del poder judicial a los poderes legislativo y ejecutivo). Los jueces tienen un concepto estrechamente definido de su trabajo: mientras los otros dos poderes tienen la autoridad de establecer leyes, la función de los jueces es solamente aplicarlas y no innovar. Un resultado es que los fallos judiciales no crean precedentes obligatorios como en el derecho común. Esta separación de poderes se ve reforzada por la tradicional diferenciación del derecho civil entre el derecho “privado” y el “público”. El derecho privado trata con las relaciones entre los individuos (sobre familia, comercio, propiedad, etc.), en tanto que el derecho público se refiere al Estado y sus relaciones con los ciudadanos. El primero cae dentro del ámbito judicial, pero no así el segundo²⁷.

Las sospechas respecto del poder judicial fueron incorporadas en Chile en la Constitución del 1925 y seguidas por el autocontrol del mismo poder judicial. Dicha Constitución reconoció la necesidad de revisar las acciones administrativas del Estado cuando fueran disputadas por partes privadas, y anunció el establecimiento de un nuevo sistema de tribunales especiales, los contencioso-administrativos, separados e independientes del sistema judicial existente. Los tribunales ordinarios no podían revisar dichas acciones porque con eso violaban la visión prevaleciente de la separación de los poderes. Pero el Congreso nunca promulgó la legislación necesaria para establecer los tribunales administrativos y, en su ausencia, los tribunales ordinarios se negaron a asumir jurisdicción aun cuando eso dejaba un vacío en el derecho administrativo. Durante casi cincuenta años, la Corte Suprema insistió en que, sin una mención constitucional explícita, las cortes ordinarias no podían revisar las acciones administrativas. Esto

26 Para el reforzado rol del Poder Judicial, véase J. I. Correa (1991 y 1992), E. Correa (1983), Del Valle (1988), *Gaceta Jurídica* (1988), Instituto Chileno de Estudios Humanísticos (1985), especialmente los trabajos de F. Cumplido y S. Diez. La influencia política de la Corte Suprema incluye el poder de elegir tres de los siete miembros del Tribunal Constitucional y dos de los senadores “designados” así como ocupar un lugar en el Consejo de Seguridad Nacional.

27 Para la tradición del derecho civil desde una perspectiva comparativa, véase Merryman (1985), Shapiro (1981), Zweigert y K'tz (1987). Para el derecho y los sistemas judiciales en América Latina, véase Brumm (1992), Karst y Rosenn (1975), Rosenn (1987), Stotzky (1993) y Verner (1984).

dejó a las partes afectadas sin recurso legal durante los decenios de mayor expansión del Estado administrativo moderno²⁸.

A medida que la intervención estatal en los asuntos sociales y económicos fue aumentando paulatinamente después de 1925, la falta de control externo sobre los administradores estatales se convirtió en un problema más agudo. Bajo el gobierno de Frei (1964-1970) los funcionarios gubernamentales comenzaron a reclamar mayores poderes para regular y controlar la propiedad privada. El ejemplo más famoso fue la Reforma Agraria emprendida en 1967. Las tensiones aumentaron aún más bajo el gobierno de Allende (1970-1973); dicho gobierno fue mundialmente famoso por su compromiso con la llamada "vía chilena al socialismo", una revolución pacífica a través de las instituciones legales capitalistas existentes. Esto requirió del uso creativo de leyes que habían sido olvidadas por mucho tiempo, o escritas con otros propósitos, una táctica justificada por la doctrina de los "resquicios legales". Los funcionarios gubernamentales manifestaron tener autoridad discrecional para modificar o desobedecer las órdenes judiciales, lo cual los llevó eventualmente a un conflicto directo con los tribunales y agregó una crisis constitucional a las crecientes crisis sociales y políticas. El proceso culminó en un amargo intercambio de cartas entre el presidente Allende y la Corte Suprema en 1973. Allende argumentaba que las leyes debían ser interpretadas en forma amplia en vista de las cambiantes condiciones sociales, en tanto que la Corte respondió que era tarea de la legislatura el cambiar las leyes; pero la legislatura estaba dominada por los opositores de Allende²⁹.

El gobierno de Allende traumatizó el poder judicial y explica una gran parte de su subsiguiente lealtad al régimen militar. Muchos de quienes apoyaban el régimen militar estaban convencidos de que el gobierno de Allende era "antijurídico" y que había socavado el Estado de derecho, torciendo los argumentos legales con fines políticos. Según el régimen: "Nadie discute que el gobierno de Allende fue legítimo en su origen (...) pero perdió esa legitimidad durante el transcurso de su ejercicio al distanciarse tan grave y reiteradamente de la Constitución, que el orden institucional chileno fue

28 Esta situación ha sido muy discutida y criticada por los académicos legales chilenos; por ejemplo, Fiamma (1985 y 1992), Pantoja (1987), Pierry (1981), Ríos (1981) y Soto (1977 y 1982). En este artículo no se discute la Contraloría General, organismo gubernamental que estructura los detalles de las acciones legales y financieras de otros cuerpos administrativos estatales. En cuanto guardián, sus poderes están más estrictamente limitados que la revisión judicial (tanto antes como después de la Constitución de 1980), pero su ejercicio mantiene a los funcionarios públicos muy conscientes del pie de la letra legal. Así, la Contraloría General refuerza las tendencias de los organismos gubernamentales hacia el comportamiento legalista, como se discute en las conclusiones del presente artículo.

29 Véase «Documentos: El derecho chileno y el presidente Allende», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 1, 1974, pp. 414-416 y 707-732. Novoa (1976 y 1993), Velasco (1976), Viera-Gallo (1972).

prácticamente destruido”³⁰. Los militares y sus aliados consideraban que el golpe fue formalmente inconstitucional pero moral y políticamente legítimo: si bien violó el derecho positivo, fue fiel al derecho natural. En los círculos académicos, el interés por las doctrinas del derecho natural revivió bajo el régimen militar, en tanto los conservadores católicos buscaban una justificación legal e ideológica para la situación³¹.

Para poner fin a la impunidad de los organismos gubernamentales frente a los reclamos de particulares, en 1976 el gobierno militar creó un nuevo mecanismo legal para afirmar y defender los derechos constitucionales (este mecanismo luego fue incluido en la Constitución de 1980): el “recurso de protección”, que otorga una amplia plataforma desde la cual la gente puede solicitar una revisión judicial inmediata cuando ciertos derechos son violados, ya sea por organismos estatales o por otras partes del sector privado³². Uno de los principales proponentes del recurso fue Jaime Guzmán, quien lo consideró “tal vez la creación jurídica más notable de la Constitución “para reforzar las defensas del individuo en contra del Estado”³³. Con ésta, los recursos van directamente a las cortes de apelaciones regionales, las que deben dictar sentencia rápidamente y tienen amplia autoridad para ordenar cualquier medida que “juzgue(n) necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”. Esta autoridad es análoga al poder de los tribunales estadounidenses para ordenar *injunctive relief*, y constituye un nuevo poder para los tribunales chilenos cuyos remedios habían estado tradicionalmente limitados a ordenar el pago de daños financieros. En teoría, los fallos sobre los recursos de protección son para corregir un daño inmediato y no para sustituir los procedimientos civiles más exhaustivos necesarios para resolver problemas complejos. Pero aun así, se ha argumentado que esta nueva forma

30 Gobierno de Chile, 1974, pp. 9-10.

31 Véase Biumenwitz y Gaete (1981) “Documentos”, citado en la nota 28: “Conclusiones de las primeras jornadas chilenas de derecho natural”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 1, 1974, pp. 281-285.

32 El recurso de protección fue establecido por primera vez en 1976 en el Acta Constitucional No. 3, y luego incluido en la Constitución de 1980 (artículo 20). Fue modelado sobre la base del recurso de amparo existente (ahora artículo 21), el cual autorizaba la revisión judicial inmediata de toda privación por parte del Estado de la libertad individual (semejante al hábeas corpus de otros sistemas legales). El recurso de protección cubre la mayoría de los derechos nombrados en el artículo 19, incluyendo los derechos económicos discutidos en la sección anterior, pero no los derechos a la salud, educación o seguridad social. La libertad personal está cubierta por el recurso de amparo. El derecho a vivir en un ambiente limpio sólo puede ser defendido mediante un recurso de protección más débil y restringido. Para ganar un recurso normal, el demandante debe demostrar que la “acción u omisión” del demandado fue “arbitraria o ilegal”; para ganar un recurso ambiental, el “acto” (no la omisión) debe ser “arbitraria e ilegal”. El texto clásico sobre el recurso de protección es de Soto (1982); véase también Cea (1988), Evans (1986), Junta de Gobierno (1981), Soto (1986). Sobre la jurisprudencia, véase Díaz (1989) y Verdugo (1988).

33 Cavallo *et al.*, 1989, p. 313.

de revisión judicial ha tornado innecesarios los tribunales contencioso-administrativos³⁴.

En la práctica, el recurso de protección ha tenido marcadas fortalezas y debilidades. A la mayoría de los abogados chilenos les agrada: con frecuencia es una forma rápida y efectiva de obtener una respuesta de un sistema legal plagado por formalidades y demoras. Su popularidad ha subido y ha llegado a ser común en la práctica rutinaria del derecho. Esto es, a veces, denominado la “constitucionalización” del derecho privado: ahora los abogados llevan una copia de la Constitución a la Corte, en tanto que, anteriormente, ésta sólo interesaba a los académicos. Un experto nacional sobre el recurso argumenta que ha causado una “revolución silenciosa” en el desempeño judicial, ya que los jueces han comenzado a esgrimir sus poderes en forma activa y creativa. Otros expertos legales concuerdan en que el recurso está efectivamente creando derecho administrativo, a pesar de que tienen diferentes opiniones respecto de los resultados³⁵.

Sin embargo, la rapidez y naturaleza del recurso constituyen también su falla como mecanismo de derecho administrativo. Las cortes de apelaciones a lo largo del país se han visto enfrentadas a un creciente número de estos casos, los que frecuentemente involucran asuntos económicos y regulatorios con importantes implicaciones de política. Los jueces deben fallar sobre una base limitada de información o pericia técnica, pocas guías constitucionales o legislativas y poco tiempo para deliberación. Si bien sus decisiones son a veces creativas y flexibles, no es sorprendente que también sean difíciles de predecir o contradictorias. No obstante, el recurso es tan popular que, a pesar de su propósito y alcance limitados, ha reemplazado muchos de los lentos procedimientos declarativos de los tribunales ordinarios. Ni las cortes de apelaciones ni la Corte Suprema han proporcionado hasta el momento una doctrina unificadora o sistemática en esta área, ni tampoco han evolucionado los fallos de los tribunales en la forma que es habitual en los sistemas de derecho común, porque en Chile tales fallos no establecen precedentes obligatorios para otros casos.

34 Al igual que su predecesora, la Constitución de 1980 originalmente afirmaba que serían establecidos tribunales administrativos especiales, aunque esta vez estarían ubicados al interior del poder judicial. La comisión constitucional había eliminado la idea a favor de una revisión por parte de los tribunales ordinarios, pero la Junta la volvió a incluir en la versión final. Para más antecedentes, véase Junta de Gobierno (1981). Sin embargo, al igual que sus predecesores, el gobierno militar nunca llegó a crear los tribunales administrativos y éstos fueron finalmente abandonados en la reforma constitucional de 1989.

35 Véase Soto (1986). Para argumentos en cuanto a que el recurso es un instrumento útil, pero no es un sustituto adecuado de los tribunales contencioso-administrativos, véase Aylwin (1984), *Gaceta Jurídica* (1993), Pierry (1981 y 1991), Vergara (1991).

Diagnóstico y reforma del sistema judicial

Los pro y los contra del recurso de protección reflejan la condición general del sistema judicial chileno. Pese a las fuertes discrepancias políticas acerca del desempeño del poder judicial durante el régimen militar, existe un consenso amplio en cuanto a que el sistema legal es demasiado obsoleto y poco eficiente para una economía dinámica moderna. Durante decenios el poder judicial ha estado subfinanciado, sin personal suficiente y carente de una infraestructura adecuada y de apoyo administrativo. Ha sido la única rama del Estado cuyo control no fue tomado por los militares ni sujeta a sus modernizaciones. A pesar de que el gobierno militar había nombrado el sistema judicial como una de las “siete modernizaciones”, fue la única que permaneció básicamente intocada, aparentemente porque la Corte Suprema se resistió y la Junta no estaba dispuesta a perder su apoyo político³⁶. La carga del sistema legal ha aumentado con el crecimiento económico del país y la globalización, y se ha plagado de largas demoras y engorrosos procedimientos. Desde 1990, la Concertación y la oposición de derecha han estado de acuerdo con lo necesario de las reformas: pero estas dependerán (primero y principalmente) de la disponibilidad de un presupuesto más amplio, e incluyen el aumento del sueldo de los funcionarios judiciales, el mejoramiento de la capacitación profesional, la instalación y conversión a sistemas computacionales, la creación de tribunales adicionales y la racionalización de los procedimientos civiles y criminales³⁷.

No obstante, los problemas del sistema son más profundos que la falta de recursos; también reflejan la estructura, tradición y cultura de las profesiones judicial y legal. En Chile, tal como en otros países del derecho civil, los jueces son funcionarios civiles de por vida. Ingresan al sistema inmediatamente después de egresar de la escuela de derecho y suben en la jerarquía durante el transcurso de sus carreras; tienen sueldos más bajos y menos prestigio social que los abogados privados, profesores de derecho o políticos. Por ello el sistema judicial tiende a atraer graduados de menor ambición, menos contactos sociales o menores calificaciones. Los abogados ajenos a la profesión judicial no son incorporados a los tribunales superiores, aun cuando en ocasiones juegan un rol auxiliar. Lo cerrado del sistema ha ayudado a perpetuar las fallas más profundas de la educación y pensamiento legal chileno; las tendencias a la memorización y a una estrecha focalización en el pie de la letra legal, así como la creencia de que el derecho es una ciencia técnica basada en un razonamiento altamente formalista. Los jueces han sido entrenados en la interpretación literal y estricta y prefieren tomar decisiones sobre bases formales o de procedimien-

36 Cavallo *et al.*, 1989.

37 Para diagnósticos y evaluaciones del sistema judicial, véase Comisión de Estudios del Sistema Judicial (1991), la cual es notable por haber sido organizada por el Centro de Estudios Públicos; Nogueira (1988b), Peña (1994), Vargas y Correa (1995).

to; se niegan a considerar factores no legales y evitan entrar en temas administrativos (*policy*) y de política sustantivos. Esta perspectiva profesional explica en gran medida la disposición del poder judicial para aplicar sin cuestionar las leyes del régimen militar³⁸.

Los reformistas judiciales han prestado especial atención a la Corte Suprema³⁹, que está en la cumbre de una estructura burocrática altamente centralizada. Además mantiene un estrecho control sobre su administración y las carreras de los jueces del país. En general, las tendencias hacia el razonamiento formalista y abstracto son más fuertes en los tribunales superiores y más aún en la Corte Suprema.

La Corte Suprema ha sido criticada por no desempeñar una de sus funciones esenciales: clarificar y formar sistemáticamente las doctrinas legales. En cambio, se ha dedicado a resolver un gran número de disputas específicas sin un significado legal más amplio, con frecuencia sin siquiera explicar su razonamiento. Esto hace que las decisiones sean opacas y difíciles de predecir, como también que envíe señales confusas a los tribunales menores y a las cortes de apelaciones, y que no incentive su independencia.

Las propuestas de reforma más ambiciosas han apuntado a ampliar el enfoque de los jueces con respecto de las leyes, así como su rol en su aplicación. Esto disminuiría el aislamiento del poder judicial de la vida social y política del país. Una de dichas propuestas era abrir la profesión, al menos en los niveles superiores, a abogados con carreras fuera de la judicatura⁴⁰; otra, aumentar la voz del Congreso en algunas designaciones judiciales para que los tribunales reflejaran más cercanamente las preferencias políticas nacionales; y otra, establecer un Consejo Nacional de Justicia en el ámbito ministerial para manejar las políticas del sistema y sus aspectos administrativos, como también una Escuela Judicial que proporcionara capacitación profesional y evaluación, además de implementar estándares de desempeño más rigurosos. Subyacente a estas propuestas, está el argumento básico que no es posible separar el derecho y la política en la forma rígida y artificial típica de la tradición judicial chilena. En tanto los reformistas concuerdan en que la independencia judicial es crucial para la democracia y el Estado de derecho, argumentan que dicha "independencia" no debería implicar que los tribunales son puramente objetivos ni que rechazan

38 Existe una gran cantidad de críticas al formalismo judicial en Chile. Véase la nota anterior y también Barros (1981 y 1991), Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (1991), Hilbink (1997), Ruiz-Tagle (1990), Squella (1992). Las críticas no son nuevas: en los años sesenta, el Programa Legal de Chile fue un importante esfuerzo chileno-estadounidense para reformar los mismos aspectos de la educación legal y de la profesión legal: véanse Gardner (1980) y Lowenstein (1970).

39 Véase Gómez (1987) y E. Valenzuela (1991).

40 La Constitución autoriza, pero no requiere, que se incluya a dichos profesionales en las listas preparadas para llenar vacantes (art. 75), y son pocas las ocasiones en que esto ha sucedido (a fines de 1997, dos prestigiosos abogados fueron nombrados ministros de la Corte Suprema).

todo contacto o influencia política⁴¹. Cabe hacer notar que en gran parte los economistas no han participado ni seguido de cerca los debates sobre reformas judiciales. Dado que son los economistas los que dominan el debate sobre materias regulatorias en Chile, esta es una omisión importante y muestra la brecha que separa a los economistas de los abogados.

Gran parte de estas propuestas de reformas más profundas han sido vencidas por la oposición del poder judicial, dirigida por la Corte Suprema, y de algunos fieles conservadores. Ellos han rechazado los análisis críticos del comportamiento judicial y han negado la existencia de la llamada “crisis judicial”, manteniendo que el verdadero problema es simplemente la falta de recursos⁴². Estos opositores son extremadamente sensibles a cualquier intento por “politizar” los tribunales, lo que, en vista de su exagerada distinción entre derecho y política, puede ser casi cualquier tipo de influencia externa. En efecto, la Corte Suprema sigue tan hostil a cualquier interferencia que, con frecuencia, también se ha resistido a las formas más técnicas de modernización. La adhesión de los jueces a esa distinción explica su comportamiento bajo el régimen militar tanto como lo hace su formalismo legal⁴³. Como consecuencia, sólo las reformas menos controvertidas han sido, o es probable que sean, aprobadas.

Esta conclusión se sostiene aun cuando es evidente que ha habido algunas reformas judiciales significativas en los últimos años; por ejemplo, la creación de la Academia Judicial, cierta reorganización de las funciones de la Corte Suprema y cambios del procedimiento penal. Son avances importantes, pero no llegan al fondo de los problemas comentados en este artículo.

Conclusiones

En este artículo me he centrado en el marco legal e institucional del modelo económico chileno. A pesar de la fama internacional del modelo, debido a su éxito neoliberal, ese marco es poco conocido en el extranjero. Mi argumento es que la Constitución chilena de 1980 merece más atención como plan maestro económico que como político. Ello, porque define un marco legal e institucional que intenta fomentar una economía de libre mercado, que combina amplios derechos de propiedad privada y libertades económi-

41 Comisión de Estudios del Sistema Judicial (1991), J. I. Correa (1992), J. Correa (1993) y Fiss (1993).

42 Para argumentos a favor de reformas más limitadas, véase Del Valle (1988), Eyzaguirre (1992); Instituto Libertad y Desarrollo (1991 y 1992) comparar con Ruiz-Tagle (1990). Las opiniones del expresidente de la Corte Suprema pueden encontrarse en Aburto (1995) y su informe anual en el reportaje de María Isabel de Martini. “Aburto rechazó todas las reformas”, *La Nación*, 2 de marzo de 1993, pp. 2-3; *La Semana Política*, sección A, p. 3; y Soledad Miranda, “Reforma judicial: esperando la sentencia”, *El Mercurio*, 7 de marzo de 1993, sección D, pp. 9-10.

43 Véase Hilbink (1997).

cas con un Estado subsidiario, cuyos poderes económicos y regulatorios están bien restringidos. En este sentido, el marco refleja una perspectiva similar a la escuela de Chicago, al *law-and-economics*. Al garantizar la seguridad jurídica de la propiedad y la libre empresa, el marco indudablemente ha favorecido la inversión de capital y el crecimiento económico desde mediados de la década de los años ochenta.

Otro rasgo de la nueva institucionalidad, que ha sido pasado por alto, es el rol más poderoso y estratégico del poder judicial. Dos tareas son esenciales en un modelo construido en torno a la iniciativa privada y las transacciones del mercado: proteger los derechos privados de la interferencia estatal indebida y resolver los conflictos cuando falla la negociación privada. Estas tareas pertenecen a los tribunales. Gracias a la innovación de recursos de protección, los tribunales chilenos tienen actualmente mayor autoridad para revisar las acciones del Estado; también deben dirimir disputas que anteriormente eran vistas por otras ramas del gobierno o arenas políticas. Como resultado de ello, los tribunales se ven frecuentemente enfrentados con difíciles asuntos de política cuya resolución tiene significativas consecuencias sociales y económicas. Estos cambios representan un paso hacia el modelo judicial estadounidense, de jueces independientes y pragmáticos. Sin embargo, el sistema judicial en Chile carece del personal, de los recursos financieros, de la capacitación profesional y de tradición legal para desempeñar este nuevo rol en forma efectiva. Los jueces chilenos tienen un enfoque altamente formalístico del derecho: prefieren interpretar la ley en forma estricta y literal, y son reacios a considerar factores que no sean legales. Esto los ha conducido a evitar problemas sustantivos, basándose en los procedimientos, aunque en otras ocasiones han usado sus amplios poderes de discreción para fallar sobre materias en las cuales están mal preparados. En fin, los tribunales son parte de una falla crítica del actual marco institucional.

En una economía en crecimiento y fuertemente dependiente de la explotación de recursos naturales, los impactos ambientales del desarrollo han sido altos y los conflictos han aumentado entre diferentes usuarios de recursos. El manejo de cuencas hidrográficas ejemplifica estos problemas, ya que requiere de la coordinación de los usos múltiples de aguas, los cuales están ligados a distintos intereses económicos. En la medida que dichos conflictos se han agudizado, han demostrado los efectos restrictivos del marco institucional en las capacidades de la formulación de políticas y de la regulación. La amenaza de revisión judicial ha hecho que los organismos estatales observen con cuidado, y al pie de la letra, la ley que describe sus poderes y deberes. Es más probable que sean legalistas y pasivos, que atrevidos y asertivos, especialmente cuando se ven enfrentados con difíciles elecciones o leyes ambiguas, lo cual, por supuesto, es justamente lo que los diseñadores de la Constitución pretendían. La revisión jurídica por parte de la Contraloría General refuerza esta tendencia. Sin embargo, cuando la falta de discre-

ción administrativa se combina con un poder judicial subfinanciado y formalista, deja un vacío parcial en la toma de decisiones públicas. Esto tiende a reforzar relaciones disparejas de poder, y favorece a las personas y las organizaciones que tienen los recursos y la influencia para actuar en diferentes arenas legales y políticas.

Para llenar este vacío se necesitaría la atención continua de los organismos gubernamentales a cargo de la formulación de leyes, del presidente y el Congreso. Sin embargo, para gran cantidad de problemas regulatorios este proceso es lento, torpe o políticamente no viable. Así, el proceso de revisión y resolución de conflictos tiene una falla importante: con frecuencia es incompleto, superficial y opaco; por lo mismo, carece de una eficacia plena y de una amplia legitimidad social. Cualquier organización no gubernamental que intente influenciar la formulación de políticas gubernamentales, requiere de un alto grado de pericia legal y técnica, lo que es un resultado consistente con el principio general de la Constitución (favorecer la autoridad tecnócrata y restringir la participación pública). Los grupos intermedios, después de todo, no deben meterse en la política.

En otros trabajos míos aplico estos argumentos al sector específico del derecho y política de aguas, tal como señalé al comienzo del artículo⁴⁴. El mismo análisis institucional puede aplicarse a otros temas regulatorios en Chile; por ejemplo, las disputas recientes acerca de las tarifas eléctricas, el rol del Fiscal Económico Nacional y la calificación de estudios de impacto ambiental.

Una reforma judicial fundamental es más crítica para el éxito a largo plazo de las reformas económicas neoliberales de lo que comúnmente se cree⁴⁵. Es un componente esencial de la "modernización" y "reforma" del Estado que supuestamente debe acompañar el cambio al libre mercado. Esta conclusión no está limitada a Chile. Muchos otros países latinoamericanos han adoptado políticas económicas y regulatorias semejantes, sin darse cuenta de las profundas implicaciones para el rol de los tribunales. Aun cuando estos países no quieran seguir el enfoque de la Constitución chilena, si desean institucionalizar el modelo neoliberal se verán enfrentados al mismo problema: cómo establecer mecanismos legales que fortalezcan los derechos privados, restrinjan la acción del Estado y resuelvan los desacuerdos resultantes. Es comprensible que la teoría económica de libre mercado, predominantemente una tradición intelectual estadounidense, supondría o tal vez requeriría de un sistema legal como el estadounidense. Pocos neoliberales han reconocido cuán importante para el modelo de mercado es un poder judicial eficaz y orientado a la formulación de políticas. Havek es la excep-

44 Véase nota 5.

45 El Banco Mundial recientemente ha reconocido esto, aunque se ha centrado más en la eficiencia administrativa del poder judicial que en su rol y comportamiento político. Véase Buscaglia y Dakolias (1996), Dakolias (1996), Rowat *et al.* (1995).

ción más notable⁴⁶. Pero los sistemas y tradiciones latinoamericanos son muy diferentes: tienen que ser transformados para cumplir con sus nuevas funciones regulatorias, o no habrá otra alternativa que fortalecer otras instituciones del Estado. El dilema debe recordarnos que el campo de *law-and-economics* abarca más que el mero análisis económico del derecho.

Referencias

- ABURTO, Marcos (1995). "Modernización judicial", *El Mercurio*. Santiago, 19 de noviembre, sección A, p. 2.
- ALCHIAN, Armen y Harold DEMSETZ (1973). "The property right paradigm", *Journal of Economic History*, vol. 33, pp. 16-27.
- ANDRADE, Carlos (1984). "La Constitución de 1980: Su estudio y aprobación", *Gaceta Jurídica*, Anexo 52, pp. 1-46.
- ANGELL, Alan (1993). "The transition to democracy in Chile: A model or an exceptional case?", *Parliamentary Affairs*, vol. 46, pp. 563-578.
- AYLWIN, Arturo (1984). "Relación de la Comisión de Derecho Administrativo", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 11, pp. 519-522.
- BARROS, Enrique (1981). "Método científico y principios jurídicos del gobierno constitucional", *Revista de Estudios Públicos* 2.203-222.
- (1991). "Tensiones del derecho actual", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, vol. 88, 1, pp. 9-23.
- BARROS, Robert (1996). *By Reason and Force: Military Constitutionalism in Chile, 1973-1990*. PhD Dissertation, Chicago, University of Chicago, Dept. of Political Science.
- BAUER, Carl (1993). "Los derechos de aguas y el mercado: Efectos e implicancias del Código de Aguas Chileno de 1981", *Revista de Derecho de Aguas*, vol. 4, pp. 17-63.
- BAUER, Carl (1997). "Bringing water markets down to earth: The political economy of water rights in Chile, 1976-1995", *World Development*, vol. 25, pp. 639-656.
- (1998a), "Slippery property rights: Multiple water uses and the neoliberal model in Chile, 1981-1995", *Natural Resources Journal*, vol. 38, p. 2.
- (1998b). *Against the Current: Privatization, Water Markets, and the State in Chile*. Boston, MA: Kluwer Academic Publishers.

46 Richard Posner (1986, pp. 49-50). Por ejemplo, un eminente académico estadounidense del *law-and-economics* supone un poder judicial activista, orientado a la formulación de políticas, que puede resolver conflictos cuando los costos de transacciones son altos. Véase Hayek (1960). Entre los escasos ejemplos chilenos se incluye A. Fontaine (1993) y Guerrero (1979). Este último, cuando fue abogado del Banco Central, afirmaba que los procedimientos judiciales para la resolución de conflictos privados debían ser simples y rápidos o, de lo contrario, obligarían a una mayor intervención estatal. Véase también Mattei y Bussani (1995) para una crítica a llevar el *law-and-economics* desde los países desarrollados a los países en vías de desarrollo y Brumm (1992), para un análisis comparativo del derecho público latinoamericano y angloamericano.

- BERTELSEN, Raúl (1989). "Las reformas a la parte orgánica de la Constitución", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16, pp. 599-605.
- BEYER, Harald (1992). "Ronald H. Coase y su contribución a la teoría de la economía y del derecho", *Revista de Estudios Públicos* 45, pp. 59-79.
- BLANC, Neville, Humberto NOGUEIRA, Emilio PFEFFER y Mario VERDUGO, *La Constitución Chilena*. Valparaíso, Centro de Estudios y Asistencia Legislativa.
- BLUMENWITZ, Dieter y Sergio GAETE (1981). *La Constitución de 1980. Su legitimidad*. Santiago, Editorial Andrés Bello.
- BRUMM, Nicholas (1992). "Divergent models of public law in Latin America: A historical and prescriptive analysis", *U. Miami Inter-American Law Review*, vol. 24, pp. 1-35.
- BULNES, Luz (1981). *Constitución Política de la República de Chile: concordancias, antecedentes y fuentes*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- BUSCAGLIA, Edgardo y María DAKOLIAS (1996). *Judicial Reform in Latin American Courts: The Experience in Argentina and Ecuador*. Washington DC, World Bank Technical Paper 350.
- CALDERA, Hugo (1990). "Fuerza normativa de las disposiciones contenidas en el capítulo 1: 'Bases de la institucionalidad' de la Constitución Política de 1980", *Revista Derecho y Jurisprudencia*, vol. 87, 1, pp. 25-33.
- CARRASCO, Sergio (1980). *Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- CAVALLO, Ascanio (1992). *Los hombres de la transición*. Santiago, Editorial Andrés Bello.
- CAVALLO, Ascanio, Manuel SALAZAR y Oscar SEPÚLVEDA (1989). *La historia oculta del régimen militar*. Santiago, Editorial Antártica.
- CEA, José Luis (1988). *Tratado de la Constitución de 1980: Características generales. Garantías constitucionales*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- (1991). "Notas sobre orden público económico", *Gaceta Jurídica* 135, pp. 18-32.
- Centro de Estudios Públicos (1992). "El Ladrillo": bases de la política económica del gobierno militar chileno". Santiago, Centro de Estudios Públicos.
- CLERC, Raúl (1991). "Historias de la derecha: gremialistas y neoliberalismo", *Página Abierta*, 30 septiembre-13 octubre, pp. 12-13.
- COASE, Ronald (1988). *The Firm, the Market and the Law*. Chicago, University of Chicago Press.
- Comisión de Estudio de la Nueva Constitución de la República de Chile (1978). *Anteproyecto constitucional y sus fundamentos*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Comisión de Estudios del Sistema Judicial Chileno (1991). *Proposiciones para la Reforma Judicial*. Santiago, Centro de Estudios Públicos.
- Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (1991). Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, republicado en *Revista de Estudios Públicos* 41, pp. 294-441.
- CONSTABLE, Pamela y Arturo VALENZUELA (1991). *A Nation of Enemies: Chile under Pinochet*, New York, W. W. Norton & Co.

- COOTER, Robert y Thomas ULEN (1988). *Law and Economics*. St. Louis, Harper, Collins.
- CORBO, Vittorio, Rolf LÜDERS y Pablo SPILLER (1995). "The institutional foundations of economic reforms: The case of Chile". No publicado.
- CORREA, Enrique (1983). "El poder judicial y el Estado de derecho", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 10, pp. 367-387.
- CORREA, Jorge (1993). "The judiciary and the political system in Chile: The dilemmas of judicial independence during the transition to democracy", en Stotzky, Irwin (ed.), *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*. Boulder, Westview Press.
- CORREA, Juan Ignacio (1991). "Por una modernización del poder judicial", en *Comisión de Estudios del Sistema Judicial Chileno*, pp. 219-273.
- (1992). "¿Politización del poder judicial?", *El Mercurio*, 21 de agosto 1992, sección A, p. 9.
- CRISTI, Renato y Carlos RUIZ (1990). "Conservative thought in 20th Century Chile", *Canadian Journal of Latin American & Caribbean Studies*, vol. 15, pp. 27-66.
- CRISTI, Renato y Carlos RUIZ (1992). *El pensamiento conservador en Chile*. Santiago, Editorial Universitaria.
- CUMPLIDO, Francisco (1984). *¿Estado de derecho en Chile?* Santiago, Instituto Chileno de Estudios Humanísticos.
- DAKOLIAS, María (1996). *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean: Elements of Reform*. Washington DC, World Bank Technical Paper 319.
- DEL VALLE, Jaime (1988). "El fortalecimiento del poder judicial chileno", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 15, pp. 37-46.
- DEMSETZ, Harold (1967). "Towards a theory of property rights", *American Economic Review*, vol. 57, pp. 347-359.
- DÍAZ, Andrés (1989). "Esquema del recurso de protección", *Gaceta Jurídica*, 106, pp. 3-9.
- DORN, James (1991). "Insulating economics from politics: Toward a Constitution of Liberty", *Cato Journal*, vol. 11.2, pp. 277-283.
- DORN, James y Henry Manne (eds.) (1987). *Economic Liberties and the Judiciary*. Fairfax, VA. George Mason University Press.
- ENSALACO, Mark (1990). "In with the new, out with the old? The democratizing impact of constitutional reform in Chile", *Canadian Journal of Latin American & Caribbean Studies*, vol. 15, pp. 409-429.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1967). *Estatuto Constitucional del Derecho de Propiedad en Chile*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- (1986). *Los derechos constitucionales*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- EYZAGUIRRE, José María (1992). "Los problemas del poder judicial", *El Mercurio*, Santiago, 5 de junio 1992, sección A, p. 2.
- FIAMMA, Gustavo (1985). "El control de constitucionalidad de los actos administrativos", *Gaceta jurídica* 64, pp. 21-27.

- FIAMMA, Gustavo (1986). "La acción constitucional de nulidad: Un supremo aporte del Constituyente de 1980 al derecho procesal administrativo", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, vol. 83, pp. 1:123-156.
- (1992). "Administración y control jurisdiccional", *El Mercurio*, Santiago, 30 de junio 1992, sección A, p. 2.
- FEMÁNDEZ, Sergio (1994). *Mi lucha por la democracia*. Santiago, Editorial Los Andes.
- FISS, Owen (1993). "The limits of judicial independence", *U. Miami Inter-American Law Review*, vol. 25, pp. 57-76.
- FONTAINE A., Arturo (1988). *Los economistas y el presidente Pinochet*, 2ª ed. Santiago, Zig Zag.
- (1993). "Las tareas de la derecha", *El Mercurio*, Santiago, 16 de mayo 1993, sección D, pp. 20-22.
- FONTAINE T., Arturo (ed.) (1991). "El miedo y otros escritos: El pensamiento de Jaime Guzmán Errázuriz", *Revista de Estudios Públicos* 42, pp. 251-569.
- FRIEDMAN, Milton (1962). *Capitalism and Freedom*. Chicago, University of Chicago Press.
- (1988). "Presencia del poder judicial en la Constitución 1980", *Gaceta Jurídica*, 94, p. 1.
- (1993). "Proyecto de ley sobre lo contencioso administrativo", *Gaceta Jurídica* 155, pp. 5-6.
- GARDNER, James (1980). *Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*. Madison, University of Wisconsin Press.
- Gobierno de Chile (1974). *Algunos fundamentos de la intervención militar en Chile, septiembre 1973*. Santiago, Editora Nacional Gabriela Mistral Ltda.
- (1983). *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*.
- GÓMEZ, Gastón (1987). "Corte Suprema: Análisis de algunos de sus comportamientos", *Gaceta Jurídica* 82, pp. 15-35.
- GUERRERO, Roberto (1979). "La constitución económica", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 6, pp. 79-94.
- GUZMÁN, Alejandro (1995). *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- HAYEK, Friedrich (1960). *The Constitution of Liberty*. Chicago, University of Chicago Press.
- HILBINK, Lisa (1997). «Why Chilean high-court judges capitulated under Pinochet and why it matters». Guadalajara, trabajo presentado en la reunión de la Asociación de Estudios Latinoamericanos.
- Instituto Chileno de Estudios Humanísticos (1985). *Una salida político constitucional para Chile*. Santiago, Instituto Chileno de Estudios Humanísticos.
- Instituto Libertad y Desarrollo (1991). "Reforma al sistema de administración de la justicia", *Opinión Sector Político Institucional*, 14.
- Instituto Libertad y Desarrollo (1992). "Análisis del proyecto de reforma constitucional sobre poder judicial, Consejo Nacional de la Justicia, y Defensor del Pueblo", *Reseña Legislativa* 93, pp. 33-44.

- Junta de Gobierno (1981). *Los tribunales contencioso administrativos: Antecedentes para su estudio*. Santiago, Armada de Chile.
- KARST, Kenneth y Keith ROSENN (1975). *Law and Development in Latin America: A Case Book*. Berkeley, University of California Press.
- LOVEMAN, Brian (1991). "¿Misión cumplida? Civil-military relations and the Chilean political transition", *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, vol. 33, pp. 35-74.
- LOWENSTEIN, Steven (1970). *Lawyers, Legal Education, and Development: An Examination of the Process of Reform in Chile*. New York, International Legal Center.
- MATTEI, Ugo y Mauro BUSSANI (1995). "Making the other path efficient", en E. Buscaglia y R. Cooter (eds.) *Law and Economics of Development*. JAI Press.
- McKENZIE, Richard (ed.) (1984). *Constitutional Economics: Containing the Economic Powers of Government*. Lexington, MIA, D.C. Heath & Co.
- MERRYMAN, John (1985). *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. Stanford, Stanford Univ. Press.
- MONTT, Luis (1978). "Orden público económico y economía social de mercado: Elementos para una formulación constitucional", *Revista de Derecho Económico*, 41, pp. 111-123.
- (1983). "Principios de derecho económico, el orden público económico y la Constitución", *Revista de Derecho Económico* 60-61, pp. 49-61.
- MUÑOZ, Oscar (ed.) (1992). *Después de las privatizaciones. Hacia el Estado regulador*. Santiago, Cieplan.
- NOGUEIRA, Humberto (1988a). *Manual del ciudadano: La Constitución de 1980 comentada*. Santiago, Editorial Andante.
- (1988b). "El poder judicial, su crisis actual y vías alternativas de solución", documentos. Instituto Chileno de Estudios Humanísticos.
- NORTH, Douglass (1981). *Structure and Change in Economic History*, New York, Norton.
- NORTH, Douglass y Robert THOMAS (1973). *The Rise of the Western World: A New Economic History*. Cambridge, Cambridge University Press.
- NOVOA, Eduardo (1976). "Las cuestiones jurídico-institucionales y la vía chilena: El Gobierno de Allende y la lucha por el socialismo en Chile", *Cuadernos del Seminario de Teoría del Desarrollo*, México, Instituto de Investigaciones Económicas, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 180-203.
- (1993). *Obras escogidas: Una crítica del derecho tradicional*. Santiago, Ediciones del Centro de Estudios Públicos Latinoamericanos Simón Bolívar.
- O'MALLEY, Arthur (1990). "Chile's Constitution, Chile's Congress: Prospects for judicial, legal, and constitutional reform", *Canadian Journal of Latin American & Caribbean Studies*, vol. 15, pp. 85-112.
- PANTOJA, Rolando (1987). "Los tribunales contencioso administrativos en la Constitución Política de 1980", *Gaceta jurídica* 82, pp. 3-14.

- PEÑA, Carlos (1994). "Informe sobre Chile", pp. 289-423, en Jorge Correa (ed.) *Situación y Políticas Judiciales en América Latina. Cuadernos de Análisis Jurídico*. Universidad Diego Portales.
- PIERRY, Pedro (1981). "Lo contencioso administrativo en la Constitución Política de 1980: Competencia del poder judicial hasta la dictación de la ley", *Revista de Derecho Público* 29-30, pp. 209-225.
- (1991). "Conferencia inaugural: lo contencioso administrativo y el recurso de protección", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 14, pp. 155-171.
- POSNER, Richard (1986). *Economic Analysis of Law*, 3ª ed. Boston, Little Brown.
- RÍOS, Lautaro (1981). "Los tribunales de lo contencioso administrativo y el Art. 38 de la Nueva Constitución", *Revista de Derecho Público* 29-30, pp. 195-208.
- (1987). "El principio constitucional de la función social de la propiedad", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, vol. 84, 2, pp. 57-73.
- (1989). "Razón y fuerza de la Constitución de 1980", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16, pp. 325-336.
- ROSENN, Keith (1987). "The protection of judicial independence in Latin America", *U. Miami Inter-American Law Review*, vol. 19, pp. 1-35.
- ROWAT, Malcolm *et al.* (1995). *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean: Proceedings of a World Bank Conference*. Washington DC, World Bank Technical Paper 280.
- ROZAS, Eliana y Patricia O'SHEA (1983). "La historia de los gremialistas", *Revista Qué Pasa*, 14-18, 6 de octubre.
- RUIZ-TAGLE, Pablo (1990). "Análisis comparado de la función judicial", *Revista de Estudios Públicos* 39, pp. 131-162.
- SHAPIRO, Martin (1981). *Courts: A Comparative and Political Analysis*. Chicago, University of Chicago Press.
- SIEGAN, Bemard (1980). *Economic Liberties and the Constitution*. Chicago, University of Chicago Press.
- SOTO, Eduardo (1977). "Lo contencioso administrativo y los tribunales ordinarios de justicia: Excepción de incompetencia", *Revista de Derecho Público*, 21-22, pp. 233-250.
- (1982). *El recurso de protección: orígenes, doctrina y jurisprudencia*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- (1986). "1976-1986, Diez años de recurso de protección: Una revolución silenciosa", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, vol. 83, pp. 157-162.
- (1988). "La autonomía de los cuerpos intermedios y su protección constitucional", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, vol. 85, pp. 2:53-62.
- (1992). "Propietarización de los derechos: No una "herejía" sino la "esencia" de lo que es derecho", *Informe Constitucional* 329, pp. 1-4.
- SQUELLA, Agustín (ed.) (1992). *La cultura jurídica chilena*. Santiago, Corporación de Promoción Universitaria.

- STOTZKY, Irwin (ed.) (1993). *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the judiciary* Boulder, Westview Press.
- VALDÉS, Juan Gabriel (1989). *La escuela de Chicago: Operación Chile*. Buenos Aires, Grupo Zeta.
- VALENZUELA, Arturo (1991). "The military in power: The consolidation of one-man rule" (pp. 21-72), en Drake, Paul e Ivan Jaksic (eds.) *The Struggle for Democracy in Chile, 1982-90*. Lincoln, University of Nebraska Press.
- VALENZUELA, Eugenio (1991). "Labor jurisdiccional de la Corte Suprema", Comisión de Estudios del Sistema Judicial Chileno, pp. 141-177.
- VARGAS, Juan Enrique, CORREA Jorge (1995). *Diagnóstico del sistema judicial chileno*. Santiago, Corporación de Promoción Universitaria.
- VELASCO, Eugenio (1976). "The Allende regime in Chile: An historical and legal analysis", *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 9, pp. 480-491, pp. 711-73, pp. 961-975.
- VERDUGO, Mario (1989). "Notas acerca de la Reforma Constitucional de 1989", *Gaceta Jurídica* 111, pp. 3-9.
- VERDUGO, Pamela (1988). *El recurso de protección en la jurisprudencia*. Santiago, Editorial Jurídica Ediar Cono Sur Ltda.
- VERGARA, Alejandro (1991). "La propietarización de los derechos", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 14, pp. 281-291.
- VERGARA, Pilar (1985). *Auge y caída del neoliberalismo en Chile*. Santiago, Flacso.
- VERNER, Joel (1984). "The independence of supreme courts in Latin America", A review of the literature, *Journal of Latin America Studies*, vol. 16, pp. 463-506.
- VIAL, Tomás y Javier COUSO (1988). «El neoliberalismo, el Estado y la economía en la Constitución de 1980. ¿Un elemento frustrado?», tesis, Facultad de Derecho, Universidad Católica.
- VIERA-GALLO, José (1972). "The legal system and socialism", *Wisconsin Law Review* 3, pp. 754-766.
- YRARRAZAVAL, Arturo (1997). "Principios económicos de la Constitución de 1980", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 14, pp. 97-112.
- ZALDÍVAR, Andrés (1995). *La transición inconclusa*. Santiago, Editorial Los Andes.
- ZWIEGERT, Konrad y Hein KOTZ (1987). *Introduction to Corporative Law*. Oxford, Clarendon Press.

Una herramienta para la democratización de la justicia

JORGE CARVAJAL
EQUIPO ILSA

ILSA y su misión

ILSA es una organización no gubernamental creada a finales de la década de los setenta con el propósito central de investigar, apoyar y promover una red de servicios legales en la región latinoamericana y del Caribe. Así, dentro de un enfoque crítico, ILSA labora en el campo del derecho, concebido más como una relación social que como un conjunto de normas escritas, relación que puede y debe ser transformada mediante el despliegue de una fuerza social. Por esto, a partir del entendimiento de la naturaleza de los conflictos –tarea interdisciplinaria–, ILSA busca contribuir al cambio de las relaciones jurídicas.

El objetivo último de ILSA es, por consiguiente, aportar a la constitución de sujetos democráticos a través de la búsqueda de alternativas a las expresiones de poder opresivas, excluyentes o discriminatorias, exacerbadas en esta época de globalización económica. Todo lo anterior supone propender por una justicia social distributiva que privilegie a los sectores más excluidos, por la recuperación de una relación armónica con la naturaleza y por la construcción de sociedades pluralistas y respetuosas de la diversidad cultural.

Inspirado en una filosofía de transformaciones sociales de los sectores populares, ILSA dedica sus esfuerzos a crear mecanismos de intercomunicación y de intercambio de experiencias y a ser un espacio conjunto de reflexión y producción teórica para y con ONG, sectores sociales y principalmente grupos de servicios jurídicos, los cuales se dedican a acompañar en lo legal a los sectores excluidos y marginados de América Latina y el Caribe.

Es así como desde Colombia se dinamizan y agencian todas las acciones con organizaciones sociales, no gubernamentales, gremios profesionales e instituciones con las cuales se realizan acuerdos, convenios y planes de trabajo conjunto a fin de llevar a cabo actividades comunes en áreas como derechos humanos, sistema judicial, teoría y práctica del derecho alternativo, legislación y medio ambiente, género, etc.

ILSA coloca un énfasis particular en las transformaciones jurídicas al interior de estos procesos a partir del desarrollo de cuatro objetivos fundamentales: justicia, (análisis del impacto de las reformas a la administración de la justicia, acceso a la justicia y las políticas de control social); derechos humanos, con énfasis en DESC; transformaciones en el Estado; derecho-medio ambiente, y derecho y género.

El aporte de ILSA supone, entonces, un desarrollo investigativo que parte de establecer de manera sistemática el estado del arte de sus temas de trabajo, no sólo como desarrollo conceptual y discursivo sino en cuanto a formas de intervención y resultados por alcanzar.

En este sentido se enmarca el primer propósito del presente documento. "Políticas de la banca multilateral y reforma a la administración de justicia", hace una primera aproximación teórica a las razones que la sociedad, los Estados de la región y los organismos internacionales tienen como argumento para sus políticas en el tema de justicia en sus respectivas agendas de trabajo. Así, veremos cómo en la década de los noventa el Banco Mundial (BM) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) han puesto un interés especial en los temas relacionados con las reformas de los marcos legales y los sistemas de justicia en América Latina y el Caribe.

Como metodología para cumplir con los aportes de ILSA, se plantea el trabajo en red entendido como un espacio de articulación, de animación de causas, de intercambio de experiencias y de sistematización de trabajos, implementados por organizaciones progresistas de servicios legales, localizadas en América Latina y el Caribe. En este contexto se inscribe el segundo objetivo del presente trabajo: la propuesta de implementación de trabajo en red electrónica como medio de reflexión e intercambio de experiencias en la materia.

Políticas de la banca multilateral y reforma a la administración de justicia

En la década de los noventa diferentes instituciones multilaterales, en especial el Banco Mundial (BM) y Banco Interamericano de Desarrollo (BID), pusieron un interés especial en los temas relacionados con las reformas de los marcos legales y los sistemas de justicia en América Latina y el Caribe.

Entre 1994 y 1998 la banca multilateral otorgó préstamos por cerca de 612 millones de dólares para reformar los marcos legales y sistemas de justicia en América Latina, Asia, África y Europa del Este, de los cuales a América Latina y el Caribe correspondieron 377 millones de dólares¹.

Los préstamos otorgados a las reformas de los marcos legales y

1 Información obtenida del Bank Information Center.

sistemas de justicia cubren diversos aspectos relacionados con el derecho, como regulación fiscal, derechos de propiedad, procedimiento, mecanismos alternativos de resolución de conflictos, independencia judicial, modelos de organización y gerencia de las cortes, capacitación y desarrollo de la judicatura, entre otros.

La banca argumenta que estas reformas van encaminadas a fortalecer el Estado de derecho y en especial la institución de la justicia, elemento importante para la banca multilateral en el impulso del actual modelo de desarrollo económico. Su tesis fundamental es que la inversión extranjera, el desarrollo del comercio y las diferentes transacciones de la economía se logran si existe un sistema judicial confiable que brinde certidumbre a los inversionistas y que libere las trabas que la legislación contiene en campos como los impuestos, las aduanas, la legislación laboral, y temas de registro de bienes y expropiación².

Si bien es cierto que estos esfuerzos van encaminados a fortalecer la institución de la justicia, la discusión que se viene dando por parte de la banca multilateral y en los diferentes foros sobre el tema giran en torno a diagnósticos, a la descripción de reformas realizadas hasta el momento, o señalan propuestas técnicas.

Mas allá de las reformas

Un análisis diferente sobre el tema no negaría la necesidad de reformar nuestros sistemas judiciales, pero nos involucraría en aspectos que trascienden el marco del análisis económico del derecho señalado por la banca multilateral, comprometiendo a diferentes sectores sociales, operadores jurídicos y académicos en temas como:

- Cuál es el rol social de la justicia, qué tipo de justicia se quiere y si en estas reformas se proyectan o no la realización de los derechos individuales, políticos, económicos, sociales y culturales.
- Cuál es el efecto social que tienen estas reformas, a qué sectores garantiza efectivamente la seguridad, tranquilidad y rapidez, y cuáles siguen desamparados o perdiendo garantías, como por ejemplo el sector laboral, los deudores morosos, las víctimas de violaciones a los derechos humanos, los desplazados, los pobres que son gran parte de nuestra población y aquellos que sufren la exclusión social, racial o de género.

Estas inquietudes señalan cómo las reformas a los sistemas de justicia impulsadas por la banca multilateral en la región trascienden el ámbito de lo jurídico; sus consecuencias con relación al Estado y la democracia son aspectos que vienen despertando la preocupación de los académicos.

2 Un análisis sobre el Banco Mundial y su visión del derecho lo encontramos en: Burgos, Germán, "El Banco Mundial y su análisis del derecho y el poder judicial ¿De qué Estado de derecho nos habla el Banco Mundial? 1992-1998", *El Otro Derecho*, No. 24.

nicos. Cómo repercute esto en las relaciones del Estado y la sociedad, y cómo los diferentes sectores involucrados pueden participar y promover cambios que impliquen un nuevo tipo de justicia son los aspectos que nos interesan.

Justicia: retos para su democratización

El problema de la justicia no concierne únicamente a la banca multilateral; éste debe incluir a operadores jurídicos, abogados, academia y en especial a los ciudadanos, que desde sus propios escenarios son parte fundamental en estos procesos de reformas al sistema de justicia. A pesar de que cada uno de estos sectores tiene su propio diagnóstico sobre la justicia y sostiene diferentes propuestas, es importante establecer unos marcos mínimos que permitan avanzar en la democratización de la justicia.

Desde finales de la década de los ochenta y principios de los noventa ha venido creciendo el interés frente a la reforma al sistema de justicia en América Latina y el Caribe. Esto se evidencia en los diferentes escenarios nacionales e internacionales, donde temas como el acceso a la justicia, la reforma a la administración de justicia, los nuevos modelos de control social y la flexibilización de los procedimientos, así como los mecanismos alternativos de solución de conflictos, se han convertido en punto de debate, dada la crisis de esta institución, reflejada principalmente en la falta de confianza de los diferentes sectores hacia ella.

Sobre este importante tema, sin embargo, se nota un trabajo aislado de diferentes sectores: por un lado, las organizaciones no gubernamentales (ONG) han actuado en la mayoría de las veces como ejecutoras de proyectos relacionados con áreas como el acceso a la justicia y los mecanismos alternativos de resolución de conflictos; por otro lado, los movimientos sociales han estado preocupados por la forma en que sus tradicionales reivindicaciones sociales se ven afectadas por el recorte en el disfrute de sus derechos; los operadores jurídicos, desde su propio marco de referencia, vienen discutiendo problemas relacionados con la autonomía y la modernización del sistema de justicia y, por último, encontramos a la academia, cuyas preocupaciones se refieren a aspectos como la formación de profesionales del derecho, cuestión que apenas comienza a discutirse.

Aunque en este escenario la respuesta de estos diversos actores ha sido poco coordinada, se reconoce cada día más la importancia de desarrollar múltiples mecanismos que permitan hallar elementos comunes frente a los diferentes temas que enmarca hoy la reforma de los sistemas de justicia. Lo anterior con la idea de fortalecer procesos sociales de mayor impacto y relevancia para los sectores sociales involucrados en ella.

La democratización de la justicia parte de construir espacios que posibiliten la participación en los escenarios de reforma para confrontar a los diversos actores con sus posiciones e intereses sobre el tema; también implica la posibilidad de incidir en la toma de decisiones respecto de los temas, a orientación de la justicia y la integración de la perspectiva desde la sociedad civil, lo que significa que ésta sea la protagonista en estos espacios.

La democratización de la justicia debe permitir confrontar las diversas posiciones que existen sobre ella y la búsqueda de un sistema de justicia que permita avanzar en el cumplimiento de condiciones sociales, políticas y económicas en pos de una mejor sociedad, sin desigualdad y con mayor participación en la toma de decisiones. Una herramienta útil para este propósito es el trabajo en red con los diferentes actores interesados en el proceso.

ILSA y el trabajo en red

ILSA ha concebido el trabajo en red como un espacio de articulación, de animación de causas, de intercambio de experiencias y de sistematización de trabajos implementados por organizaciones progresistas de servicios legales, localizadas en América Latina y el Caribe. ILSA ha entendido que las redes son espacios de coordinación entre iguales, que amplían lo individual de cada una de las organizaciones o grupos que las integran y que ayuda a tender puentes entre las realidades locales, regionales, nacionales e internacionales.

La red, surge a partir de contactos con organizaciones de diferentes países alrededor de un punto de interés común. El proceso en esta fase se basa en la detección y el contacto con organizaciones afines y supone un acercamiento horizontal de reconocimiento de semejanzas y diferencias acerca de un problema o tema común.

Así, la realización de actividades conjuntas, tanto en el plano de la reflexión como de la comunicación y del desarrollo de actividades prácticas, genera procesos de articulación y cimienta los lazos surgidos entre los organismos dedicados a la red; mediante este proceso conjunto de acción-reflexión se adquieren entonces conocimientos y se generan nuevas iniciativas propositivas que llevan a un avance teórico y metodológico. De la misma forma, el trabajo a partir de redes temáticas permite la “profesionalización de soluciones a problemas legales” en cuanto a la focalización de conocimientos especializados y del funcionamiento como centros de servicios sociales eficientes en la identificación de prioridades temáticas y formulación de soluciones a corto, mediano y largo plazo.

De esta forma, el papel de ILSA puede tener características de una *organización cúpula* que facilita la agrupación de organizaciones con un interés común o, en palabras de Méndez³:

(...)en un lugar de encuentro de organizaciones. Formas institucionales y colectivas de organizar el movimiento social privado [a través] del intercambio permanente de información, de experiencias y conocimientos (...) con un mayor

3 Méndez, Ch., 1998, *Reflexiones sobre la consolidación de organizaciones de cúpula de la sociedad civil en Venezuela*. Sinergia. Documento no publicado

énfasis en la comunicación y flexibilidad de su acción (...) [siendo su objetivo] compartir recursos, contactos, intercambiar información y buscar visibilidad pública.

Para la misma autora, algunas funciones de las organizaciones cúpula son:

- *Articulación y coordinación:* facilitar el intercambio interinstitucional e interregional, trascendiendo proyectos puntuales y logrando mayor cobertura. Para ello, ILSA ha fomentado diferentes reuniones regionales sobre servicios legales alternativos, reuniones internacionales con grupos de servicios legales, reuniones temáticas y publicaciones periódicas y libros.
- *Fortalecimiento institucional:* el trabajo en red requiere la implementación de modelos de sistematización que actualicen constantemente los datos de los servicios legales, redes y otras organizaciones afines. Con este objetivo se busca la potenciación de las capacidades teóricas y operativas del equipo.
- *Representatividad:* el trabajo en red posibilita la realización de eventos con otras ONG cuyo resultado ha sido el desarrollo de posturas conjuntas frente a políticas relacionadas con nuestra área de trabajo.
- *Movilización de recursos y beneficios:* desde ILSA se han coordinado proyectos en la región sobre los temas de interés, muchos de los cuales se reflejan en nuestras publicaciones.
- *Promoción y comunicación:* se cuenta con dos revistas periódicas, una en inglés y otra en español, que se difunden en toda la región. Para las personas de la red, existe el informativo “Portavoz” con noticias actualizadas. La página web es otro medio de información asequible a todas las personas.

Construcción de la red electrónica: por qué implementar una red electrónica^{4,5}

El impacto de las actuales tecnologías de la información y la comunicación en la cultura hacen pensar en las maneras de ser de los seres humanos y en cómo hacen las cosas. Se está produciendo un cambio importante en la manera de escribir la información, en la manera de almacenarla

4 La red electrónica ha contado con el valioso apoyo del Center of Concern, Ong con sede en Washington D.C. (<http://www.coc.org>), a cuyo proyecto “Democratizando el proceso de reformas de las instituciones de Bretton Woods (BWIs) está vinculado ILSA, junto con otras Ong de América latina, Asia y África.

5 Cualquier información adicional sobre la red electrónica “Políticas de la banca multilateral en la reforma a la administración de justicia en América Latina y el Caribe” puede ser consultada con Jorge Carvajal, silsa@col1.telecom.com.co.

y en la manera de comunicarla. La información es ahora digitalizada, pasando del lápiz y el papel, al teclado y la pantalla.

La tecnología de los computadores, asociada con las telecomunicaciones (informática + telecomunicaciones = telemática), ha posibilitado la extraordinaria virtud de interconexión entre computadores personales. Hoy, el computador pasó de ser una sofisticada y veloz máquina de calcular, a una máquina para comunicarse.

Es un cambio de paradigma muy importante: por una parte, la comunicación está siendo enriquecida por las nuevas tecnologías de acceso al conocimiento y, por otra, el nacimiento de una nueva cultura planetaria, producto de la comunicación digital, tenderá a la supresión de las barreras geográficas y económicas (aspecto tecnológico) y a la modificación de los valores convivenciales asociados (aspecto sociológico), todo esto basado en compartir solidariamente la información básica en el entorno de las redes.

Hemos llegado a una época en que el desarrollo científico y tecnológico demuestra que estamos avanzando en la integración de los seres humanos, hacia una concepción más global y democratizada de la humanidad.

El potencial que ofrecen las redes de telecomunicaciones, en el caso de ILSA es enorme: el uso del correo electrónico, la transferencia de archivos, la búsqueda de información, la investigación sobre las fuentes de información, el intercambio de experiencias o las teleconferencias⁶, que permiten sostener reuniones e intercambios a distancia, las cuales pueden tener un carácter pedagógico o de discusión científica, de intercambio o complemento de informaciones críticas, establecimiento de alianzas o asociaciones estratégicas que permitan complementar recursos inexistentes en una parte pero existentes en otra, y en última instancia son elementos que favorecen la cooperación y la integración.

En síntesis, ¿qué aporta el trabajo en red electrónica?

- La supresión de barreras geográficas, la rapidez y la velocidad en el flujo de mensajes como factores clave.
- La combinación de la informalidad y la espontaneidad de la comunicación oral, con el valor de la estructuración del pensamiento y la perennidad de la comunicación escrita.
- Consolidación y estrechamiento de los nexos entre las diferentes organizaciones de la red, gracias a un flujo de comunicación más frecuente y menos mediatizado.
- La democratización de procesos comunicativos, así como de la “gestión de conocimiento”⁷, entendiéndose como el reconocimiento de la

6 Estas son reuniones virtuales porque el grupo está reunido a través de estos instrumentos que hacen posible que la comunicación del hombre se prolongue en el tiempo y en el espacio virtual.

7 Estas son las bondades del trabajo en red electrónica en cuanto a que posibilita un conocimiento *cross-cultural* o de simple reconocimiento.

diversidad de ciudadanías o culturas, de su multiplicidad, de las formas de organización, de las formas de participación; el reconocimiento y comprensión de nuevas formas de comunidad, de agrupamiento y de convocatoria. Una democratización que implica una reconfiguración de lo público y lo privado, como pérdida del sentido de lo privado hacia la búsqueda de “solidaridades colectivas”, factor fundamental a la hora de pensar en políticas comunitarias y democráticas (o de comprender las políticas de la banca multilateral y sus incidencias en las reformas del sistema judicial en América Latina, el Caribe y el mundo).

La apertura de ILSA y la comprensión de los problemas que aborda desde una perspectiva global y más intercultural que *cross-cultural*, lo que le permitiría pasar de la reflexión y comprensión de las problemáticas a su apropiación, acción y/o implementación de las mismas⁸.

Bibliografía

- HANNERZ, Ulf, *Exploración de la ciudad. Hacia una antropología urbana*, Fondo de Cultura de México.
- NAISBITT, Jhon, ABURDENE, Patricia, *Megatencias 2000. Diez nuevas orientaciones que están transformando nuestras vidas*, Círculo de Lectores, 1984.
- BURGOS, Germán, “El Banco Mundial y su análisis del derecho y el poder judicial: ¿de qué Estado de derecho nos habla el Banco Mundial?”, *El Otro Derecho*, No. 23, un análisis sobre el Banco Mundial y su visión del derecho.
- MÉNDEZ, Charo, Reflexiones sobre la consolidación de organizaciones cúpula de la sociedad civil en Venezuela, Sinergia, documento no publicado, 1998.
- ILSA, Plan trienal 1999-2001.

8 Contrario a lo *cross-cultural*, que solo abarca el reconocimiento de diferencias y semejanzas entre dos o más entidades, lo intercultural implica un reconocimiento de lo propio, la apropiación de aspectos de otros esquemas que convengan al propio y un aporte de lo novedoso del esquema propio a los otros.

Bibliografía publicada en EEUU en los 90¹

- ÁLVAREZ, Gladys Stella. "Alternative Dispute Resolution Mechanisms: Lessons of the Argentine Experience", *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean. Proceeding of a World Bank Conference*. Malcolm Rowat et al. (eds.), World Bank Technical Paper Number 280, The World Bank, Washington, D.C., 1995.
- ANENSON, T. Leigh. *For Whom The Bell Tolls ... Judicial Selection by Election in Latin America*. Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas, vol. 4, Otoño 1997, p. 261.
- ARANCIBIA López, Guillermo. "Judicial Reform in Bolivia", *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean. Proceeding of a World Bank Conference*. Malcolm Rowat et al. (eds.), World Bank Technical Paper Number 280, The World Bank, Washington, D.C., 1995.
- BALLARD, Megan J. *The Impact of Brazil's Efforts to Engage with the Global Economy on Brazilian Judicial Reform Strategies*. Documento presentado en la reunión anual de la Asociación "Law and Society", Chicago, mayo 27-30, 1999.
- BLAIR, Harry y HANSEN, Gary. *Weighing in on the Scales of Justice. Strategic Approaches for Donor-Supported Rule of Law Programs*. USAID Program and Operations Assessment Report No. 7, febrero 1994.
- BRANDT, Hans-Jürgen. "The Justice of the Peace as an Alternative: Experiences with Conciliation in Peru", *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean. Proceeding of a World Bank Conference*. Malcolm Rowat et al. (eds.), World Bank Technical Paper Number 280, The World Bank, Washington, D.C., 1995.
- BUSCAGLIA, Edgardo; DAKOLIAS, Maria y RATLIFF, William. *Judicial Reform in Latin America: A Framework for National Development*. Stanford University, Stanford, 1995.

1 Preparado por Luis Carlos Arenas, estudiante de maestría en la Universidad de Wisconsin-Madison.

- BUSCAGLIA, Edgardo y DAKOLIAS, Maria. *Judicial Reform in Latin American Courts. The Experience in Argentina and Ecuador*. World Bank Technical Paper No. 350, The World Bank, Washington, D.C., 1996.
- BUSCAGLIA, Edgardo y ULEN, Thomas. "A Quantitative Assessment of the Efficiency of the Judicial Sector in Latin American", *International Review of Law and Economics*, vol. 17, junio 1997, p. 275.
- BUSCAGLIA, Edgardo. "Obstacles to Judicial Reform in Latin America", *Justice Delayed: Judicial Reform in Latin America*. Edmundo Jarquin y Fernando Carrillo (eds.), Inter-American Development Bank, Washington, D.C., 1998.
- CALL, Charles T. "Institutional Learning Withing ICITAP", *Policing the New World Disorder. Peace Operations and Public Security*. Institute for National Strategic Studies, National Defense University, Washington, D.C., 1998.
- CARRILLO, Fernando. "Supreme Courts of the American Organization: Judicial Independence and Its Relationship with the Legislative Bodies". En: *Saint Louis University Law Journal*. Vol 42. Página 1033. Otoño 1998.
- CASAUS, Jesse. "Court Organization and Court Reform Experiences in Latin America", *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean. Proceeding of a World Bank Conference*. Malcolm Rowat et al. (eds.), World Bank Technical Paper Number 280, The World Bank, Washington, D.C., 1995.
- DAKOLIAS, Maria. "A Strategy for Judicial Reform: The Experience in Latin America", *Virginia Journal of International Law*, vol. 36, 1995, p. 167.
The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean. Elements of Reform. World Bank Technical Paper No. 319. The World Bank, Washington, D.C., 1996.
Court Performance Around the World: A Comparative Perspective. World Bank Technical Paper No. 430, The World Bank, Washington, D.C., 1999.
- DOMINGO, Pilar. "Judicial Independence and Judicial Reform in Latin America", *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*. Schedler, Andreas, Diamond, Larry y Plattner, Marc F. (eds.) Lynner Reinner, Boulder, 1999.
- ESPINOZA RAMÍREZ, Jaime y MORENO, Esteban. "Judicial Reform in Ecuador", *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean. Proceeding of a World Bank Conference*. Malcolm Rowat et al. (eds.), World Bank Technical Paper Number 280, The World Bank, Washington, D.C., 1995.
- FIX-FIERRO, Héctor y LÓPEZ AYLLON, Sergio. "The Impact of Globalization on the Reform of the State and the Law in Latin America", *Houston Journal of International Law*, vol. 19, primavera 1997, p. 785.
- FOWLER, Michael Ross y BUNK, Julie M. "Legal Imperialism or Disinterested Assistance? American Legal Aid in the Caribbean Basin", *Albany Law Review*, vol. 55, 1992, p. 815.
- FRUHLING, Hugo. "Judicial Reform and Democratization in Latin America", *Fault Lines of Democracy in Post-Transition Latin America*. Agüero, Felipe y Stark, Jeffrey (eds.), North-South Center Press, Miami, 1998.
- GALLAGHER, Mark. *Economic Analysis of the Administration of Justice in El Salvador*. U.S. Agency for International Development, Bureau for Latin America and the Caribbean, Staff Working Papers No. 7, Washington, D.C., 1993.

- GREGORIO, Carlos G. *Case Management and Reform in the Administration of Justice in Latin America*. Inter-American Development Bank, Washington, D.C., 1996.
- HAMMERGREEN, Linn A. *Fifteen Years of Judicial Reform in Latin America: Where we are and Why we Haven't Made More Progress*.
<http://darkwing.uoregon.edu/%7Ecaguirre/hammergreen.htm>
Institutional Strengthening and Justice Reform.
<http://www.worldlearning.org/pidt/dfp/article1.html>
Code Reform and Law Revision.
<http://www.worldlearning.org/pidt/dfp/article5.html>
 Linn A. *The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America. The Peruvian Case in Comparative Perspective*. Westview Press, Boulder, 1998.
- HIGHTON, Elena y JASSAN Elias. "Judicial Reform in Argentina", *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean. Proceeding of a World Bank Conference*. Malcolm Rowat et al. (eds.), World Bank Technical Paper Number 280, The World Bank, Washington, D.C., 1995.
- Lawyers Committee for Human Rights y Provea. *Halfway to Reform. The World Bank and the Venezuelan Justice System*. New York, 1996. Existe versión en español publicada por Provea.
- MANRIQUE REYES, Luis. "Modernization of Judicial Systems in Developing Countries: The Case of Chile", *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean. Proceeding of a World Bank Conference*. Malcolm Rowat et al., World Bank Technical Paper Number 280, The World Bank, Washington, D.C., 1995.
- MARTÍNEZ, Néstor Humberto. "Rule of Law and Economic Efficiency", *Justice Delayed: Judicial Reform in Latin America*. Edmundo Jarquin y Fernando Carrillo (eds.), Inter-American Development Bank, Washington, D.C., 1998.
- MACADAMS, A. James (ed.) *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*. University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1997.
- MÉNDEZ, Juan, O'DONNELL, Guillermo y PINHEIRO, Paulo Sergio (eds.). *The (Un)Rule of Law and the Underprivileged in Latin America*. University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1999.
- NALINI, José Renato. "Judicial Reform in Brazil", *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean. Proceeding of a World Bank Conference*. Malcolm Rowat et al., World Bank Technical Paper Number 280, The World Bank, Washington, D.C., 1995.
- PAGE, Robert W. "Governance and Administration of the Courts in Latin America", *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean. Proceeding of a World Bank Conference*. Malcolm Rowat et al. (eds.), World Bank Technical Paper Number 280, The World Bank. Washington, D.C., 1995.
- PAHL, Michael R. "Wanted: Criminal Justice - Colombia's Adoption of a Prosecutorial System of Criminal Procedure", *Fordham International Law Journal*, vol. 16, 1992/1993, p. 608.

- PARÍS RODRÍGUEZ, Hernando. "Improving the Administration of Justice in Costa Rica", *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean. Proceeding of a World Bank Conference*. Malcolm Rowat et al. (eds.), World Bank Technical Paper Number 280, The World Bank, Washington, D.C., 1995.
- PÉREZ PERDOMO, Rogelio. "Training Programs for Judges", *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean. Proceeding of a World Bank Conference*. Malcolm Rowat et al. (eds.), World Bank Technical Paper Number 280, The World Bank, Washington, D.C., 1995.
- REYES, Pedro Miguel. "Judicial Reform in Venezuela", *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean. Proceeding of a World Bank Conference*. Malcolm Rowat et al. (eds.), World Bank Technical Paper Number 280, The World Bank, Washington, D.C., 1995.
- ROWAT, Malcolm. "Judicial Reform in Latin America and the Caribbean: Operational Implications for the Bank", *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean. Proceeding of a World Bank Conference*. Malcolm Rowat et al. (eds.), World Bank Technical Paper Number 280, The World Bank, Washington, D.C., 1995.
- SAEZ GARCÍA, Felipe. "The Nature of Judicial Reform in Latin America and Some Strategic Considerations", *American University International Law Review*, vol. 13, primavera 1999, p. 1267.
- SAMWAY, Michael A. "Access to Justice: A Study of Legal Assistance Programs for the Poor in Santiago, Chile", *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 6, primavera 1996, p. 347.
- STOTZKY, Irwin (ed.). *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*. Westview. Boulder, 1993.
- SZEKELY, Alberto. "Democracy, Judicial Reform, the Rule of Law, and Environmental Justice in Mexico", *Houston Journal of International Law*, vol. 21, primavera 1999, p. 385.
- TARIGO, Enrique, "Legal Reform in Uruguay: General Code of Procedure", *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean. Proceeding of a World Bank Conference*. Malcolm Rowat et al. (eds.), World Bank Technical Paper Number 280, The World Bank, Washington, D.C., 1995.
- United States General Accounting Office (GAO). *Foreign Aid: Efforts to Improve the Judicial System in El Salvador*. Report to the Chairman, Subcommittee on Western Hemisphere Affairs, Committee on Foreign Affairs, House of Representatives, GAO/NSIAD-90-81, Washington, D.C., mayo 1990.
- Aid to Panama: Improving the Criminal Justice System*. Report to the Chairman, Subcommittee on Foreign Operations, Committee on Appropriations, U.S. Senate, GAO/NSIAD-92-147, Washington, D.C., mayo 1992.
- Foreign Assistance: Promising Approach to Judicial Reform in Colombia*. Report to Congressional Requesters, GAO/NSIAD-92-269, Washington, D.C., septiembre 1992.
- Foreign Assistance: Promoting Judicial Reform to Strengthen Democracies*. Report to Congressional Requesters, GAO/NSIAD-93-149, Washington, D.C., septiembre 1993.

Foreign Assistance: Rule of Law Funding Worldwide for Fiscal Years 1993-98. Report to Congressional Requesters, GAO/NSIAD-99-158, Washington, D.C., junio 1999.

Foreign Assistance: U.S. Rule of Law Assistance to Five Latin American Countries. Report to Congressional Requesters, GAO/NSIAD-99-195, Washington, D.C., agosto 1999.

VARGAS, Jorge. "The Rebirth of the Supreme Court of Mexico: An Appraisal of President Zedillo's Judicial Reform of 1995", *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 11, 1996, p. 295.

VEGA SANTA GADEA, Fernando. "Judicial Reform in Peru", *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean. Proceeding of a World Bank Conference.* Malcolm Rowat *et al.* (eds.), World Bank Technical Paper Number 280, The World Bank, Washington, D.C., 1995.

Washington Office on Latin America (Wola). *Elusive Justice: The U.S. Administration of Justice Program in Latin America.* Washington, 1990. Existe versión en español publicada por ILSA con el título *Justicia inasequible.*

WILSON, Bruce M. y Handberg, Roger. *Costa Rica's New Constitutional Court: A Loose Political Cannon?*. Documento presentado en la reunión anual de la Asociación "Law and Society", Chicago, mayo 27-30, 1999.

ZACA, Edward. "Judicial Reform in Jamaica", *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean. Proceeding of a World Bank Conference.* Malcolm Rowat *et al.* (eds.), World Bank Technical Paper Number 280, The World Bank, Washington, D.C., 1995.

Nota: Agradecemos a nuestro compañero de trabajo el abogado e investigador Luis Carlos Arenas, quien realizó la presente selección de textos. En la actualidad se encuentra en la Universidad de Wisconsin, EE.UU. realizando estudios de profundización.