

**Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en Colombia y América Latina:
el regreso de los programas de derecho y desarrollo***

César A. Rodríguez Garavito

(Versión actualizada, publicada en *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Norma)

A lo largo y ancho de América Latina, la reforma del sistema judicial y el fortalecimiento del Estado de derecho están en el centro de los debates políticos y académicos. En Brasil, el enfrentamiento público entre los jueces y el gobierno sobre la reforma y la independencia judiciales se convirtió en uno de los temas más difíciles en los primeros años de la administración de Luiz Inácio Lula da Silva. En tanto que Lula nombraba, en 2003, un funcionario dedicado exclusivamente a la reforma de las cortes para abrir y transformar lo que el mandatario brasileño llamaba la *caja negra* de la justicia, el presidente de la Corte Suprema respondía que “Lula simplemente no entiende el funcionamiento de la administración de justicia” (*O Globo*, 2003: 1-3; *The Economist*, 2004: 37). En Argentina, tras la escandalosa manipulación de la Corte Suprema y del sistema judicial por parte del gobierno de Carlos Menem (véase Verbitsky, 1993), una de las prioridades de la administración de Néstor Kirchner ha sido la depuración de la Corte y el sistema judicial. En Colombia, como se documenta a lo largo de este libro, la reforma

* Este capítulo es una versión actualizada y revisada de un artículo escrito originalmente en inglés para la revista *Beyond Law* (vol. 7, No. 23, 2001). Mientras que la versión original se apoyó en el trabajo de Gabriel Ignacio Gómez, sobre el caso colombiano, la actualización fue posible gracias al trabajo de Luis Carlos Arenas, quien, con su agudeza y generosidad investigativas de siempre, contribuyó al balance de las reformas

judicial ha sido también tema protagónico de las discusiones públicas durante los últimos quince años, desde aquellas que versan sobre los ajustes a la justicia civil y penal (véanse capítulos 6 y 7) hasta aquellas que tratan sobre la justicia constitucional (véanse capítulos 3 y 9). La situación es similar en los demás países de la región, donde iniciativas tan diversas como el aumento del salario de los jueces, la expedición de nuevos códigos civiles y de procedimiento y la agilización de los juicios comerciales y penales tienen un lugar muy destacado en las agendas de políticas públicas.

Junto con las políticas y debates sobre la reforma judicial y el Estado de derecho (*rule of law*),¹ en los últimos años se han multiplicado los estudios sobre el tema, como lo muestra el balance bibliográfico presentado en este capítulo. Sin embargo, los estudios existentes en América Latina, en general, y en Colombia, en particular, tienen dos limitaciones importantes, una de carácter geográfico y otra de tipo histórico. Por un lado, dada la tendencia de los estudios sociales y jurídicos a concentrarse en la escala nacional, escasean los análisis comparativos y regionales que teoricen y documenten las evidentes conexiones que hay entre los programas sobre la reforma judicial y el Estado de derecho en los distintos países. En otras palabras, a pesar de que, como se verá en este capítulo, muchos de los actores y temas de estas reformas son los mismos en los múltiples programas nacionales, la mayor parte de la bibliografía los sigue tratando como si fueran experimentos aislados. De esta forma, se dejan de lado los vínculos regionales y globales

judiciales recientes en América Latina. Sirva esta nota como agradecimiento a los dos, por su trabajo y solidaridad con el proyecto.

¹ Utilizo la expresión *Estado de derecho* como equivalente aproximado del término inglés *rule of law* —que es la expresión corriente en la bibliografía internacional sobre el tema de este capítulo— para referirme al sistema político y legal en el que gobernantes y gobernados están sujetos al imperio de la ley. En términos más precisos, “el Estado de derecho (*rule of law*) puede ser definido como un sistema en el que las leyes son de conocimiento público, tienen un significado claro, y se aplican a todos por igual”, lo que implica que “las instituciones centrales del sistema jurídico —incluyendo las cortes, la policía y la Fiscalía— son justas,

que ayudan a explicar el surgimiento, el desarrollo y los resultados de los programas de reforma judicial y fortalecimiento del Estado de derecho.

Por otro lado, las últimas reformas son estudiadas generalmente sin hacer referencia a proyectos afines que fueron impulsados en décadas pasadas, y cuyas lecciones son muy útiles para los practicantes y analistas de la nueva ola de reformas. Esta falta de visión histórica, como se verá más adelante, explica la resurrección de políticas públicas y marcos analíticos que fueron ampliamente criticados, incluso por sus artífices, entre los años sesenta y ochenta del siglo pasado.

Este capítulo intenta contribuir a superar estos puntos ciegos de la bibliografía y el debate público mediante un análisis de la reforma judicial en Colombia y América Latina, que hace hincapié en las conexiones regionales y globales entre los programas nacionales, a la vez que los inserta dentro de un proceso más prolongado que se remonta a los años sesenta. Basándome en esta perspectiva, a lo largo del capítulo intento dar sustento empírico y teórico a tres tesis:

En primer lugar, afirmo que los proyectos contemporáneos de reforma judicial en Colombia y Latinoamérica hacen parte de una ‘segunda generación’ de programas de transformación de las instituciones legales, que tiene una afinidad directa (aunque también diferencias importantes) en relación con una primera generación de programas de derecho y desarrollo (*law and development*), que tuvo su auge hace cuatro décadas.

En segundo lugar, muestro las tensiones internas de los programas de reforma judicial y de fortalecimiento del Estado de derecho. Sostengo que ellas revelan, a su vez, las tensiones existentes dentro del ideal liberal del Estado de derecho, entre la protección

competentes y eficientes” y que el gobierno “es regulado por un marco jurídico comprensivo, de tal forma que sus funcionarios aceptan que el derecho se aplica a su propia conducta” (Carothers, 2006a: 4).

igualitaria de las garantías democráticas, por un lado, y la protección de la propiedad privada y la libertad de mercado, por el otro.

En tercer lugar, al hacer un balance de los programas de reforma judicial en la práctica, mantengo que éstos han tendido a privilegiar la cara del Estado de derecho que promueve el mercado —por ejemplo, a través del relieve puesto en la reforma a la justicia civil y penal para aumentar la seguridad de los contratos y reforzar el orden público—, antes que los componentes del Estado de derecho que buscan garantizar el acceso igualitario a la justicia y la sujeción de todos los ciudadanos y gobernantes a la ley.

Estas tesis implican una posición intermedia en relación con el debate sobre la reforma judicial. Por un lado, significan una crítica a los balances, optimistas en exceso, hechos por los gobiernos de la región y por las agencias que financian buena parte de los programas —por ejemplo, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el Banco mundial y la Agencia Estadounidense para el Desarrollo Internacional (AID)—. Contra esta visión, existen pruebas de que los programas han tenido un efecto mucho menor de lo esperado (Carothers, 2006a) y que han promovido una democracia y un Estado de derecho “de baja intensidad” (Santos, 2001). Al concentrarse en la protección de la propiedad privada y la garantía del orden público, dichos proyectos han marginado los elementos igualitarios que son también parte del ideario del Estado de derecho y que corresponden a una versión de “alta intensidad” de la democracia y los derechos ciudadanos.

Por el otro lado, las tesis mencionadas reconocen la urgencia de mejorar el funcionamiento del sistema judicial y de promover el acceso equitativo de toda la población a éste, así como la necesidad de fortalecer la independencia judicial y las demás garantías del Estado de derecho. Por lo tanto, contra los críticos incondicionales de estos programas, el capítulo sostiene que la consolidación de un sistema judicial eficiente,

independiente y equitativo es parte central de la construcción del Estado social de derecho. Como lo han mostrado O'Donnell, Méndez y Pinheiro (1999), un sistema en el que la justicia es accesible y confiable y en el que las cortes garantizan la obediencia a la ley por parte de ricos y pobres por igual puede ser un mecanismo poderoso de disminución de las desigualdades sociales y de solución pacífica de los conflictos.

Para dar sustento a estas tesis, divido el capítulo en cuatro partes. En la primera delinee los fundamentos teóricos e ideológicos de la primera generación de derecho y desarrollo y describo brevemente la forma como fueron llevados a cabo los programas de este tipo en América Latina. En la segunda parte analizo las nuevas políticas sobre reformas jurídicas que han tenido lugar desde los años ochenta, especialmente las impulsadas por organismos de cooperación internacional y agencias financieras multilaterales, con el fin de transformar los sistemas judiciales de los países de la región. En la tercera sección me detengo en el caso de Colombia, uno de los países de la región que ha recibido la mayor cantidad de fondos de parte de las agencias multilaterales que han auspiciado la segunda generación de derecho y desarrollo, particularmente la AID. Como se verá, el balance de dos décadas de programas de la AID en Colombia (1986-2006) ofrece datos empíricos sobre los alcances y limitaciones de la nueva ola de programas de reforma judicial. Finalmente, en la cuarta sección presento las conclusiones del capítulo.

La primera generación de programas de derecho y desarrollo: La 'modernización' de la enseñanza del derecho en América Latina

Los orígenes y las bases teóricas e ideológicas

Los programas de derecho y desarrollo hunden sus raíces en las políticas de asistencia de Estados Unidos, en los años sesenta, al entonces llamado Tercer Mundo.

Debido a la creciente confianza de Estados Unidos en su sistema económico y político y al temor frente a la posible expansión del comunismo, el gobierno estadounidense vio en la asistencia para el desarrollo a los países pobres un mecanismo ideal para enfrentar la expansión de la brecha entre el primer mundo y el tercero y para evitar la difusión del modelo de la revolución cubana a otros países, especialmente en América Latina. Por lo tanto, durante dicho período las agencias gubernamentales y algunas organizaciones privadas estadounidenses patrocinaron el surgimiento y la consolidación de un campo de estudios sobre las condiciones necesarias para el desarrollo del Tercer Mundo (Kennedy, 2006; Trubek y Galanter, 1974, y Gardner, 1980).

Los economistas y los tecnólogos fueron los primeros en responder al llamado de dichas agencias y organizaciones, seguidos por los abogados y los estudiosos del derecho. En el campo jurídico, el resultado fue la formulación de tesis y programas que establecieron un vínculo directo entre el derecho moderno —representado, de acuerdo con esta visión, por el sistema jurídico liberal de Estados Unidos— y el desarrollo económico. Como lo han sostenido Cao (1992) y Chibundu (1997), la base teórica de los estudios de derecho y desarrollo estaba lejos de ser original. De hecho, sus pilares se encuentran en la teoría weberiana sobre el papel del derecho racional en la consolidación de la sociedad capitalista moderna y, en este sentido, hacen parte de la teoría general de la modernización.

El modelo de liberalismo jurídico que dominó desde un comienzo los estudios de derecho y desarrollo estaba basado en el siguiente conjunto de supuestos (Trubek, 2006, y Trubek y Galanter, 1974): primero, la sociedad está compuesta por individuos que aceptan el poder estatal porque consideran que éste protege sus intereses. Segundo, el derecho es a la vez un medio de control del individuo por parte del Estado y un mecanismo de control del Estado por parte de los individuos. Tercero, las normas jurídicas son diseñadas con el

fin de alcanzar objetivos comunes y son elaboradas mediante un proceso pluralista en el que están representados los intereses individuales de los miembros de la comunidad. Cuarto, las normas jurídicas son aplicadas por igual a todos los individuos. Quinto, los jueces son los principales actores del sistema jurídico y aplican imparcialmente las normas. Finalmente, se supone que, en general, las personas obedecen las normas jurídicas vigentes.

¿Cómo promueve este modelo de derecho el desarrollo económico? Los pioneros de la teoría de derecho y desarrollo entendían el desarrollo como unas características sociales, económicas y políticas relacionadas entre sí —aunque vagamente definidas y no enteramente consistentes—, como el bienestar material, la libertad y la participación política (Trubek y Galanter, 1974: 1073). Los académicos y políticos que hicieron parte de esta corriente percibían el derecho como una herramienta indispensable para lograr estos objetivos. El derecho, en el modelo descrito, implica un gobierno despersonalizado que opera a través de reglas abstractas. De aquí se deriva una mayor igualdad ante la ley. El derecho es un instrumento para controlar la arbitrariedad y el autoritarismo y, por lo tanto, promueve la libertad individual y la responsabilidad gubernamental. Finalmente, el derecho puede ser utilizado de forma instrumental para diseñar reformas progresistas que aumenten el bienestar material general (Kennedy, 2006, y Trubek, 2006).

Es importante subrayar la noción relativamente amplia de desarrollo y el papel del derecho en el desarrollo, que caracterizó a esta primera generación. Esta visión, como veremos más adelante, contrasta claramente con la concepción estrecha del desarrollo que vino a prevalecer en los comienzos de la segunda generación de derecho y desarrollo tres décadas más tarde.

Los programas de reforma a la enseñanza del derecho

Debido a la firme creencia en el potencial transformador de la educación y la familiaridad de los abogados vinculados a los programas de derecho y desarrollo con el ambiente académico, los programas de la primera ola estuvieron encaminados a reformar sustancialmente la enseñanza del derecho en el llamado Tercer Mundo. Primero en Asia, luego en África y finalmente en América Latina, la reforma a las facultades de derecho fue impulsada principalmente por la AID y la Fundación Ford. Sin embargo, los proyectos fueron respaldados directa o indirectamente por un amplio número de instituciones estadounidenses, como la American Bar Foundation o el International Legal Center, y de universidades, como Wisconsin, Stanford, Harvard, Nueva York, Columbia y Yale (Gardner, 1980: 8).

En América Latina, los programas más ambiciosos tuvieron lugar en Brasil, Chile y Colombia. En Brasil, la AID y la Fundación Ford financiaron un proyecto de reforma a la educación jurídica desde 1965, que fue canalizado a través de un centro de investigación creado por fuera de las facultades de derecho existentes, debido a la fría respuesta que estas últimas dieron a los primeros contactos hechos por la AID y la Ford (Gardner, 1980: 62). En Chile, por iniciativa del decano de una de las cinco facultades de derecho del país en 1966, la Fundación Ford aceptó patrocinar un programa de reforma a la enseñanza del derecho que involucró también a otras dos universidades chilenas y se convirtió en el proyecto más grande de este tipo en América Latina (Gardner, 1980: 131). Finalmente, representantes de la Fundación Ford visitaron las facultades de derecho colombianas entre 1966 y 1967 para determinar cuáles de ellas estarían dispuestas a participar en un proyecto similar a los que ya estaban en marcha en Brasil y Chile. En 1968, la Ford escogió las facultades de derecho de cinco universidades que acogieron favorablemente los planes de

reforma –Los Andes, Nacional, Cauca, Externado y Antioquia—y el programa fue lanzado oficialmente (Gardner 1980).²

A pesar de las diferencias entre los tres programas y los diversos contextos sociales y políticos de los países involucrados,³ dichos programas compartían una ideología y un *modus operandi*. En primer lugar, se limitaban a promover cambios en la educación jurídica, bien sea mediante el patrocinio de una especie de ‘caballo de Troya’ modernizador que penetraría en las universidades (como en Brasil), o bien mediante la colaboración directa con facultades de derecho seleccionadas para el efecto (como en Chile y Colombia). Sin embargo, los defensores de los proyectos concebían las reformas como instrumentos para alcanzar cambios sociales mucho más ambiciosos, por cuanto creían que los abogados entrenados en las técnicas y el espíritu del derecho moderno constituirían una masa crítica dentro de la burocracia estatal y el sector privado (Dezalay y Garth, 2002, y ILC, 1975).

En segundo lugar, los programas tuvieron su origen en Estados Unidos y fueron siempre controlados por instituciones de ese país. Aunque es claro que los proyectos no podrían haber sido llevados a cabo sin la participación de las universidades y los centros de investigación jurídicos locales involucrados, también es cierto que dicha participación fue limitada, dado que tanto los objetivos como los procedimientos de los proyectos seguían el

² Como en los demás países involucrados, los programas de reforma colombianos se encontraron con la resistencia de sectores estudiantiles y profesoriales. Según Gardner, “en todas las facultades de derecho que participaron, surgió algún tipo de protesta, asamblea o amenaza de huelga estudiantil en oposición a [los planes de reforma]. Una de las facultades, la de la Universidad Nacional, se retiró del programa debido a la resistencia que éste suscitaba” (1980: 206).

³ Mientras que Brasil pasaba por una dictadura y Colombia estaba bajo un régimen democrático limitado por un pacto bipartidista, la situación política de Chile cambió drásticamente durante la vigencia del proyecto, al pasar de una democracia liberal (Frei) a una democracia socialista (Allende) y, finalmente, al régimen autocrático de Augusto Pinochet.

modelo general definido por las instituciones estadounidenses (Trubek, 2006, y Gardner, 1980).

En tercer lugar, la estrategia que se consideró apropiada para la modernización de la enseñanza del derecho en Latinoamérica fue el trasplante del modelo de educación de las facultades de derecho de Estados Unidos. En efecto, los tres proyectos evocan la definición clásica de *transplante jurídico*, acuñada por Alan Watson, esto es, “el traslado de una regla o sistema de reglas de un país a otro” (1974: 21). Los programas de derecho y desarrollo de la primera generación implicaban este tipo de ‘mudanza jurídica transnacional’, pero su objeto era un sistema de educación más que un sistema de reglas.

Es difícil clasificar estos trasplantes de acuerdo con la dicotomía convencional de trasplantes voluntarios y trasplantes impuestos (Watson, 1974, y Snyder, 1982). Esto se debe a que aun cuando los trasplantes no fueron generalmente resultado de una petición hecha por el país receptor (excepto en Chile), tampoco fueron impuestos forzosamente a ellos. Siguiendo a Gardner, se puede decir que estos trasplantes fueron ‘infundidos’, en cuanto surgieron de “iniciativas premeditadas [...] alentadas por la cultura jurídica exportadora, a menudo con la participación selectiva de la cultura receptora” (1980: 33).

Los trasplantes tenían cuatro componentes. Primero, las reformas implicaban la transmisión del método de enseñanza socrático, que debía reemplazar el método prevalente en América Latina, heredado de las culturas jurídicas europeas continentales y caracterizado por el predominio de la cátedra y el papel pasivo del alumno. Segundo, concebían como recurso pedagógico fundamental el análisis de casos concretos. Esto se contraponía al estudio sistemático de reglas abstractas contenidas en los códigos, que ha dominado la enseñanza del derecho en la región. Tercero, difundían la imagen instrumentalista del derecho, esto es, la imagen del derecho como herramienta para el logro

de objetivos sociales escogidos deliberadamente. Esta concepción del derecho —que tiene clara afinidad con la del realismo jurídico estadounidense— contrastaba abiertamente con la heredada de los sistemas europeos, de acuerdo con la cual el derecho es un conjunto de reglas formales y unívocas que limitan la conducta de los actores privados y públicos. Por último, y en estrecha relación con el aspecto anterior, el modelo proponía una concepción del abogado como ingeniero social que sería capaz de usar su conocimiento del derecho de forma creativa para resolver una multitud de problemas sociales apremiantes. Este modelo contrastaba con la visión continental de los abogados como guardianes imparciales del orden jurídico (Gardner, 1980).

Los programas dieron prioridad a los dos primeros aspectos del modelo, esto es, a la transmisión de un método de enseñanza que combinaba la pedagogía socrática con el análisis de casos. Como lo han sostenido David Trubek y Marc Galanter (1974), dos de los participantes más conspicuos de estos programas, la primera generación de académicos y funcionarios involucrados en programas de derecho y desarrollo creía en la existencia de una conexión íntima entre todos los elementos del modelo liberal de derecho, de tal forma que la promoción de la transferencia de uno de dichos elementos a los países receptores (esto es, el método de enseñanza del derecho prevalente en Estados Unidos) desencadenaría la transformación de los demás aspectos de la educación y la práctica de los abogados en América Latina. En consecuencia, sumas considerables (cerca de cinco millones de dólares en total) fueron destinadas a, entre otras cosas, enviar profesores estadounidenses a Latinoamérica y a entrenar profesores latinoamericanos en las artes del método de caso, así como a patrocinar la participación de académicos latinoamericanos en seminarios especialmente diseñados con este fin y dictados en universidades de Estados Unidos.

El fracaso de la primera generación

¿Cuáles fueron los resultados de estos programas? En términos generales, existe un consenso acerca del fracaso de los esfuerzos de la primera generación por modernizar la educación jurídica en América Latina de acuerdo con el modelo del liberalismo jurídico estadounidense. La evaluación de los proyectos hecha tanto por las instituciones (ILC, 1974) como por los individuos que participaron en ellos (Trubek y Galanter, 1974, y Gardner, 1980) mostraba un claro desencanto hacia mediados de la década de los setenta. Los balances más recientes llegan a la misma conclusión (Kennedy, 2006; Dezalay y Garth, 2002, y Trubek, 2006). Si, de acuerdo con Watson, “un trasplante jurídico exitoso crece en el nuevo cuerpo y pasa a ser parte de él de la misma forma como una regla o institución se habría seguido desarrollando en el sistema del cual fue transplantado” (1974: 27), entonces el trasplante a América Latina del método socrático y el análisis de casos no tuvo éxito.

Ninguno de estos dos elementos fue adoptado por la mayoría de las facultades de derecho latinoamericanas que participaron en los programas y, mucho menos, por la comunidad jurídica en su conjunto. De hecho, la enseñanza en la mayor parte de facultades de derecho de la región se caracteriza, hoy como ayer, por el predominio de la cátedra y el estudio de los códigos. Entre tanto, el trasplante de los otros dos componentes del modelo —esto es, la visión instrumentalista del derecho y de los abogados— no tuvo efectos notorios o, en el peor de los casos, resultó siendo contraproducente. Dicha visión fue estratégicamente adoptada por sectores de los Estados chileno y brasileño, pero para beneficio de los burócratas mismos antes que de la ciudadanía. De hecho, por lo menos en

Brasil, el uso instrumental del derecho tendió a favorecer en el largo plazo al régimen autoritario (Gardner, 1980).⁴

De acuerdo con la evaluación hecha por los propios actores de la primera generación, los programas fracasaron por dos razones. En primer lugar, los proyectos fueron etnocéntricos e ingenuos, en cuanto acogieron incondicionalmente el modelo estadounidense de enseñanza del derecho y buscaron transplantarlo a América Latina sin tener en cuenta la cultura jurídica y las condiciones sociales de cada lugar (Trubek, 2006; Trubek y Galanter, 1974, y Gardner, 1980). En segundo lugar, chocaron con los poderosos intereses protegidos por el sistema prevalente en América Latina, dado que dicho sistema permitía a profesores y estudiantes dedicar sólo tiempo parcial a la universidad y era económico para las facultades de derecho.

Como resultado del desencanto con estos proyectos y otros similares, la financiación para las reformas al derecho en el llamado Tercer Mundo disminuyó rápidamente, y el vínculo entre derecho y desarrollo se convirtió en un campo de investigación más que de acción.⁵ El tono escéptico radical de los trabajos académicos producidos en el ocaso de los programas de derecho y desarrollo pasó a dominar la bibliografía sobre el tema y se extendió a algunas corrientes de la teoría y la sociología del derecho.

En efecto, tanto el trabajo de Gardner como el de Trubek y Galanter —los más influyentes en la fase terminal de derecho y desarrollo— son prácticamente epitafios de

⁴ Dado que —aparte del estudio clásico de James Gardner (1980), que se ocupa sólo del fracaso de los proyectos— no existen análisis sistemáticos sobre la repercusión de los programas en las facultades de derecho de Brasil, Chile y Colombia, es difícil encontrar casos en los que las reformas hayan tenido éxito. Esto no significa, sin embargo, que todos los programas hayan fracasado. Por ejemplo, en Colombia la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, que fue fundada en el momento en el que el programa de la Fundación Ford estaba comenzando, adoptó desde un principio la enseñanza de corte socrático y el método de caso.

⁵ Entrevista con Clarence Dias, director del International Center for Law in Development, Nueva York, 11 de octubre de 1998.

esta corriente. Esto explica por qué Francis Snyder abrió el comentario que escribió sobre el libro de Gardner diciendo que “el movimiento de derecho y desarrollo en Estados Unidos está hoy casi muerto” (1982: 373). Las repercusiones del desencanto de la primera generación de actores de promotores de programas de derecho y desarrollo afectaron no sólo el futuro de dichos programas, sino también la fe en el sistema jurídico liberal estadounidense en general. En este sentido, fue muy importante el hecho de que la experiencia en América Latina mostró que los abogados estaban mucho menos comprometidos con el cambio social que lo que se había creído en un principio y que el derecho podía ser un poderoso mecanismo conservador del statu quo. En resumen, los programas de la primera generación, como Trubek y Galanter lo han afirmado, mostraron la ‘cara oscura’ del derecho:

Las reformas al derecho diseñadas para transformar aspectos centrales de la vida social y promover el desarrollo pueden de hecho convertirse en una forma de política simbólica que, en lugar de promover el cambio, puede impedirlo al servir como argumento contra la protesta popular y fortalecer los grupos favorecidos por el statu quo. Además, la combinación de una creciente racionalidad jurídica instrumental y una mayor regulación estatal de la economía puede contribuir al bienestar económico de una pequeña élite, dejando a la mayoría en la misma situación, o incluso en una peor. (1974: 1084)

En esta afirmación ya se vislumbra el tono pesimista y escéptico radical que caracterizaría más tarde a los estudios críticos del derecho (*critical legal studies* [CLS]) y a algunos de los sectores de la sociología del derecho en Estados Unidos (véase Rodríguez Garavito, 1999). De hecho, algunos de los teóricos y practicantes de los programas de derecho y desarrollo participaron activamente en la fundación de la corriente de CLS y vieron en esta transición una forma de pasar de una era ‘imperialista’ a una ‘postimperialista’ en el estudio del derecho (Trubek, 1990).

Las críticas a la primera generación no provinieron únicamente de sus artífices, ni su resultado fue sólo el pesimismo de los círculos intelectuales estadounidenses. Desde los países del Sur global que fueron receptores de los programas surgieron, igualmente, aproximaciones críticas y propuestas alternativas. Inspirados en el desafío de la teoría de la dependencia a la teoría de la modernización, juristas en América Latina y el sureste asiático impulsaron en los años setenta un movimiento que, bajo el nombre de *el derecho y el otro desarrollo* (*law and another development*), propuso una profunda revisión de los conceptos de *desarrollo económico* y de *derecho* que dominaron los programas de primera generación (Ghai, 1978, y ICLD, 1978). Dado que este capítulo se concentra en estos últimos y en la segunda ola de reformas que los sucedieron a partir de los años ochenta, no es éste el lugar para examinar con detalle esta importante corriente alternativa. Importa, sin embargo, resaltar dos aportes de este movimiento disidente, que han influido en la discusión y la evolución de los programas convencionales de derecho y desarrollo:

Por un lado, el movimiento ha defendido un concepto de desarrollo alternativo que, al darle relieve a la satisfacción de las necesidades humanas de las poblaciones marginadas y a la participación ciudadana, se contrapone a la atención puesta en las metas de crecimiento económico y la gestión vertical de las políticas públicas típicas de los proyectos convencionales de desarrollo. Las versiones contemporáneas de esta visión se han convertido en influyentes críticas a los programas actuales de ajuste estructural y los recientes proyectos de reforma legal.

Por el otro, las organizaciones y autores que participaron en esta corriente pasaron a ser protagonistas del movimiento de derecho alternativo en América Latina, que desde la década de los setenta ha promovido formas de regulación, de interpretación judicial y de ejercicio del derecho que sirvan como mecanismos de transformación social (véase

Rodríguez Garavito, 2006, y Souza, 2001). No es casual, por lo tanto, que algunas de las organizaciones pioneras de este importante movimiento sean hoy también protagonistas en los debates sobre las limitaciones de los nuevos programas de derecho y desarrollo (véase ILSA, 2001).

En resumen, debido a sus pobres resultados y a críticas internas y externas, los programas de primera generación declinaron rápidamente y dieron lugar a un período caracterizado por un profundo escepticismo en relación con el derecho y su papel en la producción de cambios sociales estructurales, en general, y en el logro del desarrollo económico a gran escala, en particular. De hecho, los estudios más influyentes escritos sobre el tema en los años setenta pueden ser vistos como esfuerzos de antiguos actores de los proyectos de derecho y desarrollo por saldar cuentas con el pasado y pasar a una nueva fase más académica y de pretensiones más modestas (Gardner, 1980, y Trubek y Galanter, 1974). De ahí que no haya otra área de políticas y estudios sociojurídicos cuya muerte haya sido más documentada —y, con frecuencia, deseada— que la de derecho y desarrollo.

Globalización y reforma judicial: la segunda generación de derecho y desarrollo

Orígenes de la segunda generación

El anuncio del fin de los programas de derecho y desarrollo resultó ser prematuro. Como lo reconoció últimamente uno de los autores principales del réquiem de dichos programas:

Los rumores de su muerte fueron exagerados. Hoy en día, el negocio de la reforma jurídica en los países en desarrollo es muy boyante, hasta el punto de superar incluso los sueños más ambiciosos de los pioneros de la [primera generación] de derecho y desarrollo. Agencias como el Banco Mundial, que antes se dedicaban principalmente a construir carreteras y embalses y a promover el equilibrio macroeconómico, hoy proclaman la importancia del “Estado de derecho” (*rule of law*) y gastan miles de

millones de dólares en reformar los sistemas jurídicos de países tan diversos como Albania, Argentina, Bangladesh o Bolivia. (Trubek, 2006: 34)

¿Cómo se explica la resurrección de los programas de reformas al derecho y a las instituciones jurídicas? El nacimiento de la segunda generación está enraizado en dos transformaciones históricas relacionadas entre sí. Por un lado, la caída de la Cortina de Hierro renovó el optimismo en relación con las virtudes de la democracia y el capitalismo liberales. En términos prácticos, el abandono de las instituciones de la era comunista en Rusia y los países de Europa del Este creó una demanda masiva por nuevas instituciones de corte liberal (incluidas las del Estado de derecho), que han sido transplantadas al por mayor por los actores de la segunda generación. Por el otro, en regiones de la periferia capitalista como América Latina, los años ochenta y noventa estuvieron marcados por el pensamiento económico y las políticas públicas asociados con el Consenso de Washington.

Como vimos en detalle en el Capítulo 2 de este libro, este giro neoliberal abrió la puerta a nuevos programas ambiciosos de reformas estructurales, inspirados en una confianza renovada en las virtudes de un mercado desregulado. Según se explica en dicho capítulo, después de una primera ola de reformas neoliberales en los años ochenta —centrada exclusivamente en variables económicas como la disminución del déficit fiscal y la apertura de los mercados nacionales—, en los años noventa agencias como el Banco Mundial, el BID y la AID incluyeron en su menú de reformas un fuerte componente institucional.

Este giro institucional de las políticas de ajuste estructural —del que hacen parte los programas de reforma judicial y fortalecimiento del Estado de derecho que clasifico bajo la segunda generación de derecho y desarrollo— resultó del efecto combinado de tres

factores. El primero fue la evidencia de los pobres resultados de las políticas neoliberales en países con una marcada debilidad institucional. En efecto, las consecuencias desastrosas de las reducciones drásticas de los aparatos estatales, provocadas por los programas radicales de ajuste estructural —piénsese, por ejemplo, en los colapsos de Rusia, en 1998, y Argentina, en 2001—, confirmaron lo que los críticos del Consenso de Washington habían advertido desde un principio: que el Estado, antes de ser parte del problema (como lo sostuvieron los reformadores neoliberales), era parte de la solución, en la medida en que una economía de mercado depende de un Estado robusto para funcionar adecuadamente.

De ahí que incluso los artífices del Consenso abogaran por el inicio de una segunda etapa de reformas que incluía el fortalecimiento, aunque muy selectivo, del Estado —específicamente de las instituciones esenciales para la protección de la propiedad privada, la seguridad de los contratos y el orden público (Williamson, 2003, y Naím 1994 y 2000)—. La autocrítica a los programas iniciales de ajuste estructural y el giro hacia las instituciones y la reforma judicial son evidentes, por ejemplo, en los documentos recientes del Banco Mundial sobre el tema:

La experiencia práctica mostró que los esfuerzos reformadores no podían limitarse a impulsar políticas de achicamiento del Estado [...] Aunque el enfoque teórico inicial buscaba principalmente resaltar los problemas generados por las instituciones estatales, la práctica mostró que la solución no consistía simplemente en desmantelar el Estado, desregular y privatizar [...] Descubrimos, entonces, que la falta de atención a las instituciones, en especial las relacionadas con el derecho, limitaba severamente el alcance de las reformas que buscaban el desarrollo económico y la reducción de la pobreza. (Banco Mundial, 2002: 17-18)

La reivindicación de la importancia de las instituciones fue hecha igualmente desde la academia. De hecho, el segundo factor decisivo del giro hacia los programas de fortalecimiento institucional fue el ascenso del neoinstitucionalismo dentro del

pensamiento económico, que ya fue analizado con detalle en los capítulos 1 y 2 (véanse North, Summerhill y Weingast, 2002, y North 1990).

El tercer factor determinante, específicamente en América Latina, fue el proceso de democratización de los años ochenta, que trajo consigo el fortalecimiento de la sociedad civil y de los grupos que dentro de ella abogaron por la garantía de los derechos humanos y la separación de poderes. El desmonte de los aparatos estatales de las dictaduras latinoamericanas implicó, por lo tanto, transformaciones constitucionales que incluyeron la introducción o fortalecimiento de un sistema judicial independiente y los demás elementos del Estado de derecho. A pesar de las diferencias radicales y la oposición explícita entre la agenda de los derechos humanos y la agenda neoliberal, una y otra han resaltado la importancia de la reforma judicial y el fortalecimiento del Estado de derecho (Keck y Sikkink, 1998; Dezalay y Garth, 2002). Como se verá enseguida, sin embargo, el claro contraste entre las concepciones de la democracia, del Estado de derecho y de la reforma judicial que defienden los promotores de estas dos agendas hace problemático incluirlas sin más en un mismo grupo.

Por lo tanto, hacia comienzos de la década de los noventa, el panorama geopolítico e intelectual era propicio para la resurrección del movimiento de derecho y desarrollo. De hecho, las condiciones para la difusión del Estado de derecho y el capitalismo liberal eran mucho más favorables que en los años sesenta y setenta. Basta pensar en que los potenciales países receptores se habían multiplicado, porque entre ellos figuraban ahora no sólo los que participaron en los programas de la primera generación, sino también aquellos que en el pasado estaban excluidos por ser parte del área de influencia soviética.

En síntesis, las transformaciones políticas y económicas recientes crearon las condiciones no sólo para la globalización de los mercados de bienes, servicios y capitales,

sino también para el renacer de la cuestión del papel del derecho en el desarrollo. Esto no resulta sorprendente cuando se tiene en cuenta, como McMichael (2000) lo ha puesto de presente, que existe una afinidad clara entre, por una parte, las prácticas y los discursos sobre el desarrollo que surgieron en la segunda posguerra y alcanzaron su punto más alto en las décadas de los sesenta y los setenta y, por otra, aquellos que constituyen la médula de la globalización contemporánea.

No sorprende, entonces, que los protagonistas de la segunda ola de derecho y desarrollo sean las instituciones que han impulsado la globalización de los mercados mediante la promoción de ajustes estructurales en los países de la periferia capitalista. En efecto, el Banco Mundial (en la escala global) y el BID (en la escala regional) han promovido activamente programas de reforma al derecho en estos países (Dakolias, 1996, 2001; BID, 1993; Biebesheimer 2001, y Rowat, Malik y Dakolias, 1995). La AID, también promotor de la apertura de los mercados nacionales alrededor del mundo, es el tercer actor principal de la segunda generación (Sarles, 2001, y Vaky, 1998).

Desde el ángulo de los derechos humanos, otras reformas al derecho y las prácticas jurídicas han sido impulsadas por organizaciones gubernamentales y no gubernamentales que buscan consolidar las garantías democráticas en América Latina. Esto explica, por ejemplo, el impulso del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) a reformas judiciales en la región (Obando, 1998), así como el apoyo de la Fundación Ford a nuevos programas de abogacía de interés público, acceso a la justicia y promoción de las libertades civiles y los derechos sociales (Fundación Ford, 2000). Desde esta perspectiva también los gobiernos europeos han tendido a financiar proyectos de reforma al derecho en las últimas décadas (Henaó, 1991).

Esta breve enumeración de las instituciones promotoras pone ya de presente la gran diversidad de actores, objetivos, metodologías y orientaciones políticas de los nuevos programas de reforma al derecho y la justicia. Esta diversidad tiende a ser soslayada por autores que incluyen bajo una problemática categoría genérica de “globalizadores jurídicos” o “promotores de la agenda del Estado de derecho” a actores tan diferentes como los bancos multilaterales y las organizaciones de derechos humanos (Dezalay y Garth, 2002, y Trubek, 2006).

Como lo hemos mostrado en otro lugar (Santos y Rodríguez Garavito, 2005), existen profundas diferencias entre las bases teóricas, las audiencias y los propósitos de las formas de globalización jurídica promovidas por actores como el Banco Mundial, la AID o el BID y las impulsadas por las múltiples redes de organizaciones sociales y ONG de derechos humanos. En el campo específico de la reforma legal, como lo ha señalado Carothers (2001), mientras que los primeros tienden a centrarse en los objetivos del desarrollo económico y el fortalecimiento de la capacidad del Estado para combatir el crimen y la corrupción, los segundos privilegian las reformas que garanticen la protección eficaz de las libertades públicas y los derechos sociales. Ello explica por qué, aunque los dos sectores defiendan el fortalecimiento de la justicia y el Estado de derecho, sus propuestas sean claramente diferentes y choquen con frecuencia en la práctica, como lo muestra el enfrentamiento entre críticos y defensores del activismo judicial de la Corte Constitucional, en relación con la protección de los derechos sociales en Colombia, analizado en los capítulos 2 y 3.

Dado el enfoque de este libro en el sistema judicial y el relieve de este capítulo puesto en los programas que relacionan la reforma legal con el desarrollo económico, en lo que sigue me concentro en el primer grupo de actores. Como se verá enseguida, éstos han

invertido la mayor cantidad de recursos en la reforma del aparato judicial con el fin de promover el desarrollo económico, ya sea por medio de reformas a las instituciones encargadas de proteger la propiedad privada y la seguridad contractual —por ejemplo, los proyectos sobre juzgados civiles y comerciales del Banco Mundial y el BID— o de programas de fortalecimiento a las instituciones a cargo de la penalización de los crímenes y la garantía del orden público —por ejemplo, la promoción de la introducción del sistema penal acusatorio en la región por parte de la AID—. Si bien estos programas tienen prioridades diversas y no son fruto de una planeación conjunta (Ginsburg, 1995; Carothers, 2001, y Jarquín y Carrillo, 1998), también poseen fundamentos teóricos, metodologías y temas afines que hacen posible agruparlos bajo la categoría de segunda generación de programas de derecho y desarrollo.⁶

La concepción del derecho y el desarrollo en la segunda generación

¿Cómo entienden los nuevos reformadores el derecho, el desarrollo y la relación entre uno y otro? Los programas de la nueva generación se fundan en una concepción más estrecha del desarrollo económico y en una versión más precisa del papel del derecho que las que inspiraban la primera generación. De acuerdo con el marco teórico e ideológico de estos programas —construido a lo largo de una serie de estudios de funcionarios y consultores de las agencias promotoras—, el desarrollo es entendido en términos de crecimiento económico y las reformas al derecho deben ser diseñadas de tal forma que apunten a dicho objetivo. Ibrahim Shihata, ex vicepresidente del Banco Mundial, explicó esta línea de pensamiento en los siguientes términos:

⁶ Los trabajos recientes sobre el tema coinciden con la división aquí propuesta entre las dos generaciones de derecho y desarrollo, así como con la identificación de la segunda generación con los programas liderados por

En América Latina y el Caribe, como en otras regiones, la experiencia ha demostrado con claridad el papel esencial del derecho en el desarrollo y, especialmente, la necesidad de tener un Estado de derecho y unas instituciones judiciales que funcionen adecuadamente. Esto es particularmente notorio en lo que tiene que ver con el sector privado, cuyo desarrollo depende en parte de la existencia del Estado de derecho. El Estado de derecho ofrece certeza y predecibilidad, genera costos de transacción más bajos y mayor acceso al capital [...] De hecho, la experiencia mundial confirma que para que sea posible un desarrollo rápido y sustentable es importante que se definan y protejan los derechos de propiedad, se hagan cumplir las obligaciones contractuales y se creen y se apliquen marcos regulatorios rigurosos. (1995a: 13)

Como se aprecia en esta afirmación representativa, la segunda generación está basada en supuestos similares a los de la primera. Las dos comparten el núcleo de la teoría de la modernización, esto es, la visión lineal de la historia según la cual el camino hacia el crecimiento económico de los países ‘atrasados’ es la emulación de la experiencia de los países ‘avanzados’, en este caso mediante el transplante de las instituciones jurídicas de éstos a aquéllos. Los modelos que proponen comparten también componentes básicos: la defensa del legalismo liberal explicado anteriormente y del desarrollo económico logrado a través de la iniciativa privada en una economía de mercado. Finalmente, comparten la idea del lugar central del derecho en la tarea de construir un ambiente institucional propicio para el desarrollo.

Sin embargo, las dos generaciones difieren en aspectos relevantes. En primer lugar, la concepción del desarrollo de la segunda generación se centra claramente en el crecimiento económico y, por lo tanto, abandona la noción más comprehensiva de desarrollo de la primera generación, que incluía mayor igualdad y participación política. En otras palabras, mientras que uno de los elementos fundamentales de la justificación de la primera generación era contrarrestar la desigualdad en los países receptores, este fin

actores como el Banco Mundial, el BID y la AID. Véanse Trubek (2006) y Kennedy (2006).

parece ser para los actores de la segunda generación una consecuencia eventual del crecimiento económico.

Como lo ha afirmado María Dakolias, funcionaria del Banco Mundial encargada de los programas latinoamericanos de reforma judicial, modernizar las instituciones jurídicas es una prioridad, porque éstas “contribuyen a la eficiencia económica y estimulan el crecimiento que, a su vez, lleva a la disminución de la pobreza” (1996: 71). En este raciocinio es evidente la creencia problemática según la cual la reducción de la pobreza depende fundamentalmente del crecimiento económico, antes que de una combinación de crecimiento y medidas redistributivas. Como es bien conocido, de acuerdo con esta idea del *efecto de goteo* (*trickle-down economics*), el crecimiento económico generará efectos secundarios que, en un largo plazo de duración indefinida, beneficiarán a los sectores más pobres.

En segundo lugar, el contraste entre los contextos económicos, políticos e ideológicos de la primera y la segunda generaciones marcan diferencias importantes entre una y otra. Mientras las reformas de los años sesenta surgieron en la fase final del auge del desarrollismo latinoamericano y el fordismo estadounidense —esto es, en tiempos en los cuales el “desarrollo hacia adentro”, basado en la protección de la producción nacional y el papel activo del Estado, era parte del canon económico y político—, los nuevos proyectos de reforma legal emergieron en medio del proceso contemporáneo de globalización. De ahí que el tipo de desarrollo impulsado por los programas actuales esté fundado en la apertura comercial y la liberalización económica y en el papel protagónico del mercado antes que del Estado.

En este contexto de globalización, como lo ha explicado Jeffrey Sachs (1999), la reforma al derecho tiene dos objetivos precisos, que contrastan con los fines más

indeterminados y ambiciosos de la primera generación. Dentro de cada país, su propósito central es crear las condiciones de estabilidad jurídica necesarias para atraer la inversión extranjera. En el escenario global, el objetivo es crear un marco regulatorio internacional que resuelva los conflictos entre empresas, individuos y Estados nacionales, que surgen de las actividades económicas transfronterizas que han proliferado en tiempos de globalización, desde el comercio de bienes y las inversiones de capital hasta el flujo creciente de inmigrantes. Desde esta visión, se trata de crear un Estado de derecho nacional e internacional que permita el funcionamiento fluido de los mercados.

Por estas razones, en vez de buscar que se transformen los cimientos de la cultura y la práctica jurídicas, como lo hicieron los reformadores de los años sesenta, los académicos y funcionarios de la nueva generación se han concentrado en un conjunto más limitado de instituciones y áreas del derecho. En efecto, el blanco privilegiado de las reformas ha sido el sistema judicial y, dentro de él, las instituciones encargadas específicamente de aplicar las regulaciones comerciales y penales. Al balance sumario de estas reformas está dedicada la siguiente sección.

Los programas de reforma judicial en América Latina

Hacer un recuento de los proyectos de reforma judicial emprendidos durante las dos últimas décadas en la región no es tarea fácil. La proliferación y falta de coordinación de los programas se refleja en la dispersión de los datos disponibles, que rara vez han sido compilados y comparados. Para contribuir a esta tarea de sistematización, en la Tabla 1 se sintetiza la información disponible en múltiples fuentes oficiales sobre los principales programas de reforma judicial financiados por los tres actores centrales de la segunda

generación —la AID, el BID y el Banco Mundial—, así como los datos sobre los montos invertidos en dichos programas.