

TRIBUNALES, SEGURIDAD JURÍDICA Y GLOBALIZACIÓN*

Sergio LÓPEZ-AYLLÓN**

SUMARIO: I. *Derecho, poderes judiciales y globalización.* II. *La función jurisdiccional en el Estado de derecho contemporáneo.* III. *Las funciones del Poder Judicial en el marco de la globalización.* IV. *La construcción de la seguridad jurídica.*

I. DERECHO, PODERES JUDICIALES Y GLOBALIZACIÓN

En este breve ensayo nos proponemos examinar con detalle las implicaciones de la globalización para los poderes judiciales. Nuestro argumento principal postula que una de las consecuencias de la globalización es la existencia de una pluralidad de fuentes de creación del derecho; sin embargo, su aplicación territorial depende en última instancia de su reconocimiento por los órganos del Estado, en particular sus tribunales. En este sentido es posible afirmar que éstos son uno de los puntos centrales de articulación, reconocimiento y aplicación de las normas jurídicas, cualquiera que sea su origen. Lo anterior se explica en la medida que los fenómenos globales acaban por tener una expresión localizada, y que en muchas ocasiones esta expresión se refleja en una acción judicial. Los tribunales constituyen así una de las anclas de la globalización.

Ahora bien, resulta obvio que el nuevo contexto global impone condiciones inéditas para la acción de los tribunales. La visión tradicional que hace de ellos meros mecanismos de aplicación de la ley, con base en un

* Este trabajo forma parte de un informe sobre los impactos de la globalización en los tribunales de Iberoamérica, en preparación por encargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

** Profesor-investigador en el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), México.

modelo piramidal, territorial y relativamente impermeable a las condiciones externas, tiene que ser profundamente revisada. Así como se generan nuevos paradigmas para entender al derecho, del mismo modo es necesario avanzar en la comprensión del papel de los poderes judiciales en el mundo globalizado.

CUADRO 1

EL CASO YAHOO!

Internet, símbolo de globalización en la información, contiene toda clase de información y permite acceso a muy diversos bienes y servicios. En algunos casos, según el país del que se trate, tales bienes o servicios pueden estar prohibidos por la legislación nacional. La legislación francesa prohíbe la exhibición o venta de objetos que inciten al odio racial. Yahoo!, portal líder en Internet, exhibe y vende símbolos nazis en su página, por lo que en el año 2000 dos organizaciones contra el racismo en Francia demandaron ante los tribunales franceses que Yahoo! dejara de exhibir y vender símbolos nazis en ese país.

Un juez francés determinó que Yahoo! debía bloquear la posibilidad de que cualquier persona dentro de Francia pudiera ver o comprar material relacionado con la subcultura Nazi en su sitio de subastas dentro de un plazo máximo de 90 días, bajo la amenaza de que una vez vencido el plazo se le cobraría una multa de 13,000 dólares por cada día que pasara sin que dicho bloqueo fuera implementado. Sin embargo, el sitio de subastas de Yahoo! tiene su base en los Estados Unidos.

Aún cuando la posibilidad real de hacer cumplir esta resolución es compleja por cuestiones tecnológicas, este caso sienta un precedente y pone en evidencia la posibilidad de que los gobiernos nacionales comiencen a idear formas de regulación para el contenido de Internet que sean acordes con su legislación en distintas materias, cambiando así la naturaleza libre que hasta hoy tiene la red mundial, y por tanto uno de los medios básicos de la globalización en la información.

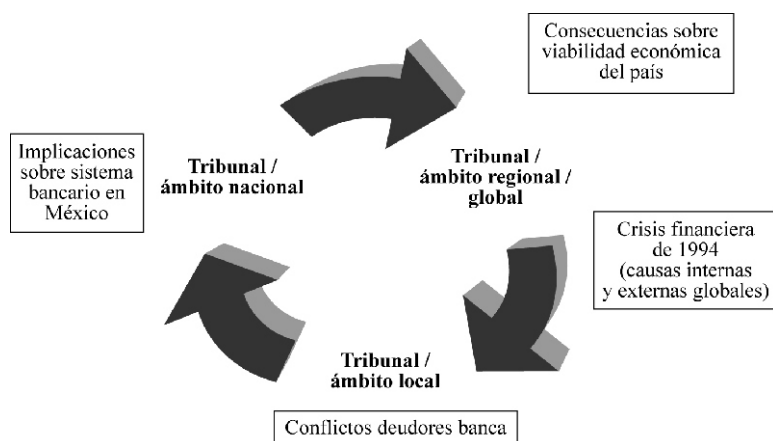
FUENTE: “Vive la liberté!”, *The Economist*, 23 de noviembre de 2000.

De acuerdo con este nuevo modelo, los tribunales no realizan sólo acciones locales, sino que están abiertos a una interacción que establece una línea de continuidad entre lo local, lo nacional, lo regional y lo global. Por ello, algunas de sus decisiones tienen un alcance que las “deslocaliza” y las relaciona dinámicamente con el ámbito global. Ciertamente, no todas las decisiones que adoptan los tribunales tienen esta característica, pero potencial-

mente muchas de ellas tienen implicaciones que van mucho más allá de la resolución de un conflicto local. La gráfica siguiente ilustra, sobre un caso específico que nos sirve como ejemplo, esta situación.

GRÁFICA 1

MODELO DE RELACIÓN LOCAL / GLOBAL



CUADRO 2

LA CRISIS FINANCIERA MEXICANA Y LOS TRIBUNALES

En diciembre de 1994 México sufrió una profunda crisis económica y financiera, que tuvo causas e implicaciones globales. Una de sus consecuencias más graves fue el incremento súbito y brutal de las tasas de interés, lo que, según datos del Banco de México, dio origen a que en 1995 casi 9 millones de personas se vieron en la imposibilidad de pagar sus deudas. Los bancos iniciaron entonces un número significativo de juicios ejecutivos mercantiles contra los deudores morosos, quienes se vieron inmersos en procedimientos judiciales, cuya consecuencia final era la pérdida de una parte significativa de su patrimonio. En un intento por protegerse de lo que se percibía como una grave injusticia, los deudores se organizaron e iniciaron acciones de defensa, primero por la vía de los hechos, posteriormente a través de estrategias jurídicas de defensa. Así, la estrategia inicial de moratoria de pagos se modificó para argumentar proactivamente la ilegalidad de la capitalización de intereses

(llamada pacto de anatocismo). Se comenzó entonces a demandar masivamente la nulidad de los contratos de crédito. A medida que pasaba el tiempo y que no se alcanzaban soluciones económicas o políticas, el campo judicial concentró la atención de las partes. En efecto, y como era de esperarse, los tribunales locales ante los que se presentaron inicialmente los juicios, adoptaron criterios divergentes y se sucedieron sentencias en uno y otro sentido. Más adelante, por la vía del juicio de amparo, los asuntos llegaron al Poder Judicial Federal. Los tribunales colegiados de circuito también dictaron criterios contradictorios. Ante esta situación fue necesaria la intervención de la Suprema Corte de Justicia, quien enfrentó una delicada situación: por un lado, si su resolución favorecía los reclamos de los deudores, quedaría comprometido el sistema financiero, el conjunto de la economía del país y la decisión tendría también consecuencias en otras partes del mundo. Por el otro, si la Corte se pronunciaba por declarar válidos los contratos impugnados, se corría el riesgo de reactivar un conflicto social de profundo alcance, y que también tendría repercusiones más allá de las fronteras nacionales. La resolución de la Suprema Corte, que no fue unánime, estableció una serie de criterios conforme a los cuales los tribunales colegiados deberían resolver cada asunto. Mediante una decisión “técnica” se desactivaron las demandas de los deudores y se permitió que cada tribunal competente resolviera las peculiaridades de cada caso. Luego de la decisión de la Suprema Corte, el conflicto en general se diluyó.

FUENTE: Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, “Legitimidad contra legalidad. Los dilemas de la transición jurídica y el Estado de derecho en México”, *Política y Gobierno*, México, año VIII, núm. 2, 2001, pp. 370-374.

A partir de estas consideraciones generales, en los siguientes apartados revisaremos, en primer lugar, cómo se ha entendido tradicionalmente la función jurisdiccional en el Estado de derecho contemporáneo, y cómo ésta se ha modificado. Después nos detendremos en el análisis específico de algunas de las nuevas funciones del poder judicial en el marco de la globalización. Finalmente, haremos una reflexión específica sobre la relación entre seguridad jurídica, poder judicial y globalización.

II. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL EN EL ESTADO DE DERECHO CONTEMPORÁNEO

El siglo XX fue testigo, especialmente desde fines de la Segunda Guerra Mundial, de la considerable expansión de las funciones del Estado, dando lugar a lo que se ha denominado el “Estado de bienestar”. Este

Estado no sólo garantiza a los ciudadanos los derechos fundamentales a la integridad física y la libertad, sino que también pretende asegurarles condiciones mínimas de bienestar, tales como la educación y la salud, así como protegerlos de las consecuencias de los riesgos sociales como el desempleo y la vejez. Para tal fin, el Estado interviene activamente en todas las esferas sociales, formulando e implementando una amplia gama de políticas públicas.³

La expansión de la administración y de la función legislativa, tanto en dimensiones como alcance, no sólo ha generado más actividad para los tribunales, sino que también ha incrementado el ámbito y el sentido de la función judicial misma. Desde una perspectiva tradicional, la función del poder judicial había sido caracterizada como la de una institución enfocada a la resolución de controversias entre particulares.⁴ No obstante, el desarrollo del Estado contemporáneo ha generado una visión más amplia.

Así, el reconocimiento que una Constitución no es sólo un texto exclusivamente político, puso de manifiesto la necesidad de identificar a un actor capaz de producir una lectura jurídica de los textos constitucionales con el objeto de velar por su eficacia. Dicha función ha sido asignada al órgano del Estado que típicamente había cumplido con la función de la aplicación de las normas jurídicas en controversias concretas. En consecuencia, los poderes judiciales dejaron de entenderse como instituciones puramente dedicadas a la tutela de intereses particulares, para convertirse en órganos del Estado encargados del cumplimiento de una función política fundamental.⁵

Aún en los casos en que en los que, en apariencia, se afectan sólo los intereses de los particulares, el litigio judicial puede tener importantes re-

³ Ewald, François, *L'Etat providence*, París, Grasset, 1986.

⁴ Existe un prototipo o tipo ideal de la labor judicial que implica (1) un juez independiente (2) que aplica disposiciones jurídicas preexistentes (3) mediante un procedimiento contradictorio en el cual se (4) alcanza una decisión dicotómica por la que se asigna el derecho a una de las partes. Shapiro, Martin, *Courts. A Comparative and Political Analysis*, Chicago, The University of Chicago Press, 1981, p. 2.

⁵ Incluso en el caso de la aplicación de las normas penales que por lo general son consideradas de carácter público, se entendía que la función del poder judicial consistía principalmente en mantener la paz pública al dar una salida institucional a los conflictos que podían generarse con motivo de la comisión de agresiones a los derechos de los ciudadanos por conducto de sus semejantes. Guarnieri, Carlo y Patrizia Pederzoli, *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*, Madrid, Taurus, 1999.

percusiones sociales. Por un lado, al ser instituciones que forman parte del Estado, los tribunales cumplen una importante función de control social.⁶ Por el otro, como órganos del sistema jurídico, los tribunales desempeñan un papel de orientación y seguridad jurídica, al indicar a la sociedad, mediante sus resoluciones y precedentes, la forma y el tiempo en el que un eventual conflicto será resuelto. De esta manera, dicha información puede ser utilizada para la toma de decisiones en las transacciones comerciales y, en general, en la estructuración de la interacción social. Por todo lo anterior, resulta evidente que los poderes judiciales desempeñan un importante papel en la formación y la aplicación de las políticas públicas.⁷

CUADRO 3

POLÍTICAS PÚBLICAS Y PODERES JUDICIALES: TRES CASOS RECIENTES

La Suprema Corte y la Política Fiscal en Brasil

En enero de 1999, dos reformas fueron aprobadas por el Congreso brasileño: un incremento en las contribuciones a pensiones que hacía el segmento de ingreso más elevado de los trabajadores del sector público; y una disminución en las contribuciones a pensiones que hacían las personas ya retiradas. Para el mes de septiembre, 16 de los 24 estados brasileños habían adoptado reformas similares.

Sin embargo, el 30 de septiembre del mismo año, el Tribunal Supremo de ese país, en una decisión unánime, declaró tales reformas como inconstitucionales, y por tanto invalidó también las medidas que 16 estados del país habían adoptado ya en el mismo sentido.

Dichas reformas, junto con algunas otras, tenían como objetivo redistribuir la carga impositiva y al mismo tiempo revertir el enorme déficit público y convertirlo en un superávit. La resolución del Tribunal afectó así un programa de austeridad del gasto y puso en entredicho el compromiso que ofreciera el gobierno brasileño frente a otros actores económicos.

⁶ Shapiro, *op. cit.*, nota 4, pp. 17-26.

⁷ Baum, Lawrence, "Appellate Courts as Policy Makers", en *idem* (ed.), *American Courts: Process and Policy*, Boston, Houghton Mifflin, 1990.

La Suprema Corte y la política energética en México

A principios del 2002, el Poder Ejecutivo mexicano expidió un reglamento que reformaba la regulación sobre generación de energía eléctrica. El objetivo era aumentar la oferta de energía eléctrica, permitiendo a las empresas cogeneradoras aumentar la proporción de sus excedentes de electricidad que podían vender a la Comisión Federal de Electricidad.

En abril del mismo año, la Corte mexicana prohibió tal medida argumentando que rebasaba los límites que la Constitución establecía para la participación privada en la generación de energía eléctrica en México.

Esta decisión afectó significativamente la posibilidad de aumentar la oferta de energía eléctrica en un país en donde la demanda por este insumo se incrementa en forma importante año con año. Se trata de un caso en que el Poder Judicial mexicano incidió en las políticas públicas orientadas a incrementar la energía eléctrica, materia ciertamente con un alto grado de politización y que expresa el grado de complejidad en las relaciones entre los poderes Legislativo y Ejecutivo en México.

Tribunales y monopolios globales: el caso Microsoft

El departamento de justicia de los Estados Unidos interpuso una demanda anti-trust en contra de Microsoft por prácticas monopolísticas en sistemas operativos de computadoras de escritorio. La empresa argumentó en su defensa que está siendo acusada por innovar.

Un juez estadounidense decidió en contra de Microsoft, le declaró culpable de violar las leyes anti-trust de ese país y ordenó que la compañía fuera reestructurada en dos entidades separadas. Una corte de apelaciones revocó la sentencia, sostuvo que Microsoft no constituye un monopolio ilegal, y dejó algunas partes del caso en espera de ser resueltas en tribunales menores. Mientras tanto, la poderosa empresa trabaja en un nuevo proyecto que podría permitirle dominar en el futuro el mercado de las aplicaciones en línea.

Más recientemente, la Comisión Europea inició una acción antimonopolística contra Microsoft.

La tecnología avanzada en comunicaciones, particularmente el Internet, constituye uno de los motores básicos de la globalización económica. Las decisiones particulares que una corte nacional o regional puedan tomar acerca de una empresa como Microsoft pueden alterar el desarrollo de las tecnologías en su conjunto.

FUENTES: “Nuts in Brazil”, *The Economist*, 7 de octubre de 1999; “The frustrating of Fox”, *The Economist*, 2 de mayo de 2002; “Where energy is sacred”, *The Economist*, 11 de Julio de 2002; “Winternet”, *The Economist*, 29 de junio de 2000; “The Microsoft case”, *The Economist*, 2 de Julio de 2001; “Sie Hill and his dragons: past, present and future”, *The Economist*, 31 de enero de 2004.

El fenómeno de la globalización no ha hecho sino reforzar la importancia de los tribunales en las sociedades contemporáneas, de modo que algunos autores hablan ya de la “expansión global del poder judicial” a partir de los años noventa.⁸ Las razones y, sobre todo, las consecuencias de ello se describirán más adelante. Pero por lo pronto cabe apuntar que no resulta casual, por ejemplo, que jueces y magistrados hayan desempeñado, y sigan desempeñando, en numerosos países del mundo, un papel muy importante en la persecución de la corrupción pública y privada, en la protección de los derechos humanos y el castigo a sus graves violaciones y, en general, en el tratamiento de difíciles cuestiones públicas que no han podido ser resueltas, o lo han sido sólo parcial o insatisfactoriamente, por otros órganos de autoridad.

En ese sentido, pueden mencionarse las corrientes que durante los años ochenta propugnaron por el fortalecimiento de los poderes judiciales como las instancias idóneas para la defensa de los derechos humanos, así como los esfuerzos por incidir en la eficiencia de los poderes judiciales para impactar favorablemente sobre los mercados, con los consecuentes beneficios en la economía.

No obstante lo anterior, es muy importante señalar que esta nueva prominencia de los tribunales, este reforzamiento de su autoridad y peso institucionales, van aparejados de un cierto debilitamiento y que esconden riesgos no menores para su futuro. En efecto, los poderes judiciales se debilitan relativamente en la medida en que cierto tipo de controversias (sobre todo las de tipo internacional y las que involucran a los grandes intereses económicos) escapan crecientemente a su ámbito de acción y quedan sin resolver, o bien, recurren a mecanismos alternativos, como el arbitraje, que gozan de considerable autonomía frente a las instituciones estatales. Este debilitamiento es relativo en la medida que estos mecanismos, que eluden a la justicia nacional, en realidad trabajan a la sombra de ella, pues en muchas ocasiones sus resoluciones son cumplidas ante la expectativa razonable que los tribunales nacionales las harán ejecutar coactivamente. Los casos más delicados se encuentran en las jurisdicciones internacionales, como es el caso por ejemplo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en que sus decisiones pueden

⁸ Tate, C. Neal y Torbjörn Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press, 1995.

contribuir a modificar decisiones de última instancia de los tribunales nacionales.⁹

Respecto de los asuntos de los que sí conocen los tribunales nacionales, el riesgo radica en que las expectativas de la sociedad frente a los tribunales resulten excesivas y que éstos sufran una pérdida de legitimidad y autoridad al no poder resolver algunas de las cuestiones públicas más apremiantes. Algunos ejemplos en la lucha contra la corrupción política o el narcotráfico, por ejemplo en Italia, Francia o Colombia, muestran que las instituciones de la justicia pueden ser sumamente eficaces en algunas tareas, sobre todo en las que implican la demarcación de las fronteras de lo lícito y lo ilícito, pero que no pueden, ni les corresponde, resolver los problemas más profundos de la gobernabilidad.

CUADRO 4

CONFIANZA Y PERCEPCIÓN DE LAS INSTITUCIONES JUDICIALES EN AMÉRICA LATINA

De acuerdo con diversas encuestas regionales, el poder judicial figura entre las instituciones con menor grado de confianza en la región. Por ejemplo, de acuerdo con el Latinobarómetro, en 2002 sólo un 25% de los ciudadanos confiaban en el poder judicial, contra el 33% que confiaba “mucho” o “algo” en 1996. Esta situación, desde luego, varía en cada país. Los países en los que se declara tener mayor confianza en sus poderes judiciales son Costa Rica (48%), Uruguay (43%) y Honduras (37%). El Barómetro de Gobernabilidad confirma esta percepción. Según sus informes, en todos los países de América Latina, con la excepción de Puerto Rico, los porcentajes de confianza ciudadana en la justicia son inferiores al 50%. El caso más bajo es Argentina (19%) y el más alto Costa Rica (48%).

Por otro lado, diversos sistemas judiciales en la región han sido percibidos como deficientes. El caso brasileño, por ejemplo, ha sido criticado por tener una excesiva carga de trabajo, porque las cortes inferiores suelen hacer caso omiso de las decisiones de las cortes más altas, por la suavidad con que trata los crímenes de cuello blanco, por la posibilidad de múltiples apelaciones, por los pocos casos en que se termina castigando al culpable y por la existencia de fuertes sospechas de casos de corrupción asociados al narcotráfico y uso indebido de fondos públicos. Para mejorar esa situación, se ha sugerido,

⁹ García Ramírez, Sergio, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, 2001.

se necesita mayor velocidad en los procedimientos judiciales, mayor número de jueces, mayores poderes para investigar, eliminar la inmunidad automática de los funcionarios públicos, así como un mejor control administrativo en el uso de los recursos financieros del poder judicial. El debate sobre opciones de reforma ha sido intenso pero sin mayores resultados debido a la falta de consenso en el poder legislativo.

Otro caso que ha recibido severas críticas es el de Bolivia, aunque ciertos esfuerzos de reforma le han sido reconocidos también. Hasta mediados del 2001, el poder judicial boliviano mostraba importantes problemas, entre los cuales destacaba el hecho de que los casos en la corte podían tomar hasta cuatro años antes de alcanzar un veredicto y de que alrededor del 80% de los prisioneros no habían sido sentenciados aún (y una gran proporción de ellos no habían podido resolver su situación por falta de dinero). En junio de 2001, Bolivia introdujo un nuevo código penal con el fin de tratar de resolver tales problemas. Entre sus principales características se encuentran: a) la inclusión de la presunción total inocencia del indiciado hasta que su culpabilidad sea probada; b) la instauración de juicio público por jurado; c) la presentación de evidencia oral en corte abierta; y d) la creación de un órgano de la parte acusadora que sea independiente y no una rama de la policía. Tanto abogados como algunos miembros de la policía boliviana han expresado dudas sobre la existencia de condiciones estructurales necesarias para implementar tales cambios.

FUENTES: Para las encuestas Centro de Estudios de Justicia de la Américas, *Reporte sobre el Estado de la Justicia en las Américas 2002-2003. Indicadores subjetivos*, Santiago, CEJA, 2003, pp. 30-36; casos de Brasil y Bolivia: "Stopping the rot in public life", *The Economist*, 14 de septiembre de 2000; "The price of Justice", *The Economist*, 16 de septiembre de 1999; "Trial and error", *The Economist*, 28 de junio de 2001.

Otra consecuencia general, también paradójica, de la nueva prominencia de los tribunales en tiempos de la globalización se observa en la queja recurrente de la crisis de la justicia, de la explosión de los litigios y en la concomitante necesidad de la reforma judicial.¹⁰ En efecto, las nuevas expectativas sociales dirigidas hacia la justicia no pueden menos que poner en evidencia las deficiencias, reales o percibidas, en el funcionamiento de los tribunales. Ello ha generado, en particular en América Latina, toda una "industria" de la reforma judicial, apoyada muchas veces por

¹⁰ La paradoja radica, como es obvio, en que las instituciones judiciales sirven y no sirven al mismo tiempo. Fix-Fierro, Héctor, "La reforma judicial en México, ¿de dónde viene? ¿a dónde va?", *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, núm. 2, julio-diciembre, 2003, pp. 251-324.

créditos y otras ayudas de organismos internacionales como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID).¹¹ Según algunas evaluaciones, los resultados de tales esfuerzos de reforma han sido más bien magros.¹² Este fracaso relativo se debe a varias razones.

CUADRO 5

CONTENIDOS DE LA REFORMA JUDICIAL

La reforma judicial forma parte de los esfuerzos para hacer que los sistemas jurídicos de los países en desarrollo y de las economías en transición funcionen de manera más eficiente. Típicamente las medidas contempladas en un proceso de reforma judicial incluyen:

- ✓ Lograr la plena independencia del poder judicial (*e. g.* medidas relativas a los modos de selección, evaluación y disciplina de los jueces).
- ✓ Mejorar los tiempos de duración de los procedimientos.
- ✓ Incrementar el uso y el acceso a los mecanismos alternativos de solución de conflictos.
- ✓ La profesionalización de la judicatura y la profesión jurídica (abogados).

FUENTE: Messick, Richard E., "Judicial Reform and Economic Development: A Survey of the Issues", *The World Bank Research Observer*, vol. 14, núm. 1, 1999, pp. 118 y ss.

En primer lugar, se debe sin duda a los errores de concepción e implementación de varias de las reformas, que muchas veces parten de un diagnóstico sesgado y se ponen en marcha en forma parcial e incompleta,

¹¹ Desde 1994, el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, el Banco de Desarrollo Asiático han aprobado o iniciado el préstamo de más de 500 millones de dólares para apoyar la reforma judicial en 26 países. Por su parte la Agencia para el Desarrollo Internacional de los Estados Unidos (USAID) ha gastado cerca de 200 millones de dólares adicionales, sin contar los fondos aportados por los gobiernos y otras organizaciones no gubernamentales. *Cfr.* Messick, Richard E., "Judicial Reform and Economic Development: A Survey of the Issues", *The World Bank Research Observer*, vol. 14, núm. 1, 1999, pp. 117 y ss.

¹² Hammergren, Linn, *The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America. The Peruvian Case in Comparative Perspective*, Boulder, Westview Press, 1998, p. 21; Messick, Richard E., *op. cit.*, nota anterior, *passim*; Prillaman, William C., *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America. Declining Confidence in the Rule of Law*, Westport, Conn., Praeger, 2000, p. 163; Pásara, Luis, "Justicia y ciudadanía realmente existentes", *Política y gobierno*, México, vol. IX, núm. 2, 2002, p. 369.

ante la comprensible resistencia de los intereses ya creados. En ello juega un papel relevante la globalización, en la medida en que son frecuentemente organismos internacionales o extranjeros los que, al apoyar los esfuerzos de reforma nacionales, intervienen en el diagnóstico y en la planeación de soluciones que no siempre se inspiran en las verdaderas necesidades locales, ni encuentran condiciones favorables para implantarse ahí, como sucede con la oralidad en el proceso.¹³ Ante la ausencia de consenso en los requisitos para que una reforma judicial sea exitosa, estas acciones deben emprenderse con sumo cuidado y deben de realizarse sólo previo un profundo análisis de las necesidades específicas de un país, análisis que deben prolongarse durante los procesos de ejecución de dichas reformas.¹⁴

En segundo lugar, el fracaso puede deberse también, como se ha señalado, a que las expectativas puestas en la reforma judicial y en sus resultados resulten irreales y excesivas. No obstante, ello no significa que no deban seguir realizándose esfuerzos en este campo. Simplemente quiere decir que debe hacerse una evaluación más circunspecta y realista de los males que se quiere combatir y de los resultados que se puede obtener, de un diagnóstico correcto de las necesidades locales, así como de la necesaria adaptación a las características jurídicas, jurisdiccionales y culturales de los estados en donde se pretenda llevar a cabo dichas reformas.

III. LAS FUNCIONES DEL PODER JUDICIAL EN EL MARCO DE LA GLOBALIZACIÓN

Dadas las características actuales de los poderes judiciales, conviene preguntarse por la manera en que la globalización está afectando su función. Evidentemente, la anterior pregunta debe plantearse a la luz del contexto que se ha dibujado con motivo de las transformaciones generadas por dicho fenómeno. De esta manera, conviene tener en cuenta que la concepción misma del Estado y del derecho se ha modificado. Asimismo, debe reconocerse que las atribuciones de los órganos de los Estados en el contexto globalizado contemporáneo también se han transformado. En el primer caso, el efecto ha sido que muchos otros actores concurren

¹³ *Cfr.* Thome, Joseph R., "Heading South but Looking North: Globalization and Law Reform in Latin America", *Wisconsin Law Review*, 2000, pp. 691 y ss.

¹⁴ Messick, *op. cit.*, nota 11, p. 136.

junto con los estados en la generación de normas y en la adopción de prácticas que rigen las relaciones dentro de la sociedad global. Es decir, del esquema en el cual el Estado ocupó la posición fundamental en las relaciones internacionales hemos transitado a un esquema donde la función del Estado sigue siendo preeminente, pero no exclusiva.

Por otro lado, al observarse las funciones de los órganos del Estado en el contexto global, también se advierten importantes cambios. Dentro del esquema tradicional, los poderes ejecutivos soportaban la mayor parte de la interacción global, seguidos del poder legislativo que se limitaba a ratificar o corregir los resultados de la política exterior. En buena medida, la acción internacional parecía encontrarse completamente separada de la política interior. Dentro del contexto teórico esta situación se hallaba claramente descrita por los dos enfoques típicamente empleados para la definición de la soberanía. Por un lado, aquel que aludía a la potestad del Estado para ejercer de manera monopólica el poder dentro de un ámbito territorial determinado y, por el otro, aquel que se refiere la exclusión de la acción de otras entidades de poder (estados) dentro del ámbito territorial de un Estado en particular.¹⁵

Esta separación es cada vez más tenue, por lo que los efectos de este fenómeno impactan directamente sobre las funciones que típicamente se han atribuido a los órganos del Estado. De esta manera, en el panorama actual los poderes ejecutivo y legislativo concurren, junto con muchos otros actores, en el proceso de generación de normas y códigos de conducta en el ámbito global. Si bien toda esta nueva regulación puede ser reconocida y aplicada *de facto* por los distintos actores que han intervenido en su creación, queda abierta la pregunta sobre su incorporación y reconocimiento en los sistemas jurídicos estatales.

Si la pregunta trata de responderse desde una perspectiva tradicional, muchas incógnitas quedarían resueltas al reconocerse la función del poder ejecutivo y, en particular, del poder legislativo, como los vehículos legítimos para la incorporación de reglas al orden jurídico. No obstante, el cuestionamiento se torna muchos más complejo si se toma en cuenta la transformación experimentada por los poderes judiciales en el ámbito del Estado en los términos descritos al inicio del presente ensayo. Bajo esta nueva perspectiva, los poderes judiciales adquieren un papel trascendental en el proceso de admisión de normas dentro del orden jurídico. A

¹⁵ La Carta de las Naciones Unidas refleja claramente esta concepción.

ellos corresponderá en última instancia decidir sobre la forma y términos en los que la nueva regulación, incluso aquella proveniente de los poderes legislativos, puede ser incorporada al orden jurídico, así como plantear las condiciones en las que será posible la creación y, en su caso, admisión de nuevas reglas y prácticas en dicho orden. El cuadro siguiente intenta proponer una matriz que sintetiza algunos de los aspectos principales de estas cuestiones:

CUADRO 6

GLOBALIZACIÓN Y PODERES JUDICIALES

<i>Aspectos globales</i>	<i>Efectos en poderes judiciales</i>
Creación de órdenes jurídicos horizontales.	Mecanismos de recepción del derecho internacional en el derecho nacional.
Existencia de jurisdicciones supranacionales, formales o informales (arbitraje).	Elusión de los tribunales nacionales, necesidad de mecanismos de articulación de los nuevos ámbitos de decisión.
Existencia de valores “globales” de legitimidad (democracia, derechos humanos).	Posición de los tribunales en la garantía y eficacia de los valores democráticos y los derechos humanos.
Existencia de un mercado global.	Necesidad de generar mecanismos eficientes que provean de seguridad jurídica.
Competencia por atraer inversiones.	Valoración de los agentes económicos sobre el funcionamiento de los mecanismos jurídicos (tribunales) de garantía de la propiedad.
Existencia de problemas que no son solucionables en el ámbito territorial estatal, (e. g. delincuencia organizada o medio ambiente).	Necesidad de colaboración y cooperación entre los actores judiciales.
Problemas jurídicos “locales” con implicaciones globales.	Reconocimiento que algunas decisiones judiciales tienen implicaciones que van más allá de lo nacional.

<i>Aspectos globales</i>	<i>Efectos en poderes judiciales</i>
Necesidad de políticas públicas que protejan los intereses sociales (grupos desfavorecidos) y nacionales.	Papel de los poderes judiciales en el recogimiento y articulación de estas políticas cuando son ventiladas en los tribunales.
Incremento del número y complejidad de los conflictos, así como de las demandas de justicia.	Establecer respuestas para responder a las nuevas necesidades sociales, incluso mediante la adopción de mecanismos alternativos de solución de diferencias.
Generación de redes en todos los niveles tanto al interior como al exterior del Estado.	Necesidad de generar redes de poderes judiciales que tengan una mayor participación en la formulación de las reglas y políticas que les incumben.
Presión para efectuar reformas judiciales.	Elaboración de diagnósticos que permitan un diseño adecuado y adaptado a las necesidades locales.
Mayor complejidad del sistema jurídico.	Modificación del paradigma tradicional de aplicación e interpretación del derecho por una visión que reconozca sistemáticamente su complejidad y la dimensión global.

Las siguientes páginas se concentrarán precisamente en dicha función y sus efectos. Consideraremos en primer lugar el papel de los poderes judiciales en la articulación entre el derecho nacional y el internacional. Posteriormente analizaremos los efectos de la globalización sobre las funciones económicas, políticas y sociales que realizan los tribunales nacionales.

1. Funciones en la recepción (reconocimiento) del derecho internacional

Como hemos ya analizado, la creación de normas jurídicas ya no puede considerarse como función exclusiva del Estado. Si bien éste conserva el monopolio de su expedición formal al interior, existe abundante evidencia que demuestra que, en realidad, hay diversos órganos

infra y *supra* estatales que crean normas jurídicas, mismas que luego son reconocidas por los estados a través de diversos mecanismos formales de recepción.

En realidad, este es un tema que el derecho internacional y el derecho constitucional han estudiado tradicionalmente. Sin embargo, la intensidad de este fenómeno, especialmente en los ámbitos globalizados a los que ya nos hemos referido, obliga a una revisión completa del asunto en dos niveles. El primero, el de la recepción de los tratados internacionales, y posteriormente el de la creación de órganos de resolución de controversias fuera de la jurisdicción estatal.

A. La recepción de tratados internacionales

Los estados siempre han celebrado tratados internacionales, pero su aplicación en el derecho interno era relativamente limitada, pues el denominado derecho internacional tradicional regulaba fundamentalmente las relaciones de Estado a Estado, y los instrumentos internacionales que se firmaban tenían como destinatarios principales a los propios estados.

Esta situación ha cambiado dramáticamente. Como resultado de la globalización existe un incremento significativo de la cantidad e intensidad de los intercambios entre agentes económicos y sociales; ello multiplica sus interacciones mismas que, para funcionar adecuadamente, requieren de un marco normativo que las regulen. Como hemos argumentado, ese marco no es generado más por cada uno de los estados. Es a través de los mecanismos internacionales, principalmente la compleja red de organizaciones gubernamentales internacionales, que se genera un número cada vez más importante de tratados internacionales que regulan materias que tienen un impacto directo en el derecho interno.

Por otro lado, existen actores sociales, tanto internos como externos, que tienen intereses directos en el cumplimiento de esos tratados, por lo que existen grupos de interés que luchan por su aplicación y supervisan su ejecución dentro de los estados nacionales.

La doctrina jurídica tradicional ha intentado explicar la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional a través de las teorías del monismo y el dualismo.¹⁶ Estas teorías, que desde los años treinta fueron

¹⁶ Jackson, John, "Status of Treaties in Domestic Legal Systems; A Policy Analysis", *American Journal of International Law*, vol. 86, núm. 2, 1992, p. 310-340; Becerra, Ma-

puestas en cuestión, resultan hoy aún más claramente insuficientes para explicar adecuadamente esa relación que encuentra problemas mucho más complejos de los que suponía el marco político y jurídico en que se generaron. En efecto, se trata de considerar cuáles son las implicaciones de política pública y jurídica que tiene la generación y la aplicación de los tratados internacionales. Existen diversos aspectos que deben considerarse al respecto¹⁷ y que van más allá de los propósitos de este estudio, por lo que nos concentramos en aquellos más directamente relacionados con el papel de los poderes judiciales.

El problema más claro a este respecto deriva de los diferentes sistemas de recepción de los tratados internacionales en los sistemas jurídicos nacionales. Existen diferentes variantes, que van desde los sistemas de aplicación directa hasta aquellos en que se requiere un acto de “transformación” del tratado mediante la intervención de los órganos legislativos que expiden una ley de aplicación. En el primer caso, y aunque la respuesta puede variar según el sistema de recepción, la aplicación directa supone que los tribunales nacionales se referirán al tratado como una fuente de derecho interna y determinarán cuál es la norma aplicable al caso. En el segundo caso, los tribunales nacionales no utilizarán al tratado como una fuente directa, sino que se referirán a las disposiciones legislativas o administrativas expedidas por las autoridades nacionales y que son las que constituyen las normas aplicables.

Una segunda cuestión, íntimamente vinculada, se relaciona con la jerarquía que tendrán los tratados internacionales en el orden jurídico interno. En algunos sistemas los tratados nacionales tienen una jerarquía simi-

nuel, “Hacia un nuevo sistema de recepción del derecho internacional en la Constitución mexicana”, en Serna de la Garza, José María y Caballero Juárez, José Antonio (eds.), *Estado de derecho y transición jurídica*, México, UNAM, 2002, pp. 141-171.

¹⁷ El profesor John Jackson, en un notable artículo publicado originalmente en 1992, establece los siguientes elementos jurídicos y constitucionales que deben considerarse en relación con el lugar de los tratados internacionales en los sistemas jurídicos internos: 1) las facultades de negociación; 2) las facultades de firma; 3) las facultades de aceptar un tratado como una obligación jurídica internacional vinculatoria; 4) la validez de un tratado internacional conforme al derecho constitucional nacional; 5) las facultades para implementar las obligaciones de un tratado; 6) la aplicación directa de los tratados internacionales en el orden jurídico interno; 7) su aplicación frente al derecho subnacional; 8) la jerarquía de los tratados en caso de conflictos de normas internas, especialmente a nivel de ley; 9) la administración interna de los tratados. Jackson, *op. cit.*, nota anterior, pp. 340 y ss.

lar a la de la legislación nacional.¹⁸ En otros casos los tratados están ubicados debajo de la Constitución pero tienen constitucionalmente una jerarquía superior a la legislación nacional.¹⁹ En otras constituciones ciertos tratados alcanzan nivel constitucional o “cuasi” constitucional.²⁰ En el caso más extremo, los tratados tienen un rango superior al de las constituciones nacionales.²¹

Existen diversos argumentos en pro y en contra de cada uno de estos sistemas.²² Lo que resulta esencial para nuestro argumento es que, sin importar cuál sea el sistema de recepción y los problemas específicos que genere, quienes al final de la cadena establecen el ámbito específico de

¹⁸ Este es generalmente el caso en los Estados Unidos. El Congreso de ese país se ha manifestado en el sentido que los tratados no deben ser aplicados directamente. Así, las disposiciones que implementan el tratado es la ley nacional aprobada por el Congreso, esto es, un acto de transformación de las obligaciones internacionales en disposiciones jurídicas internas. Los tribunales han acatado esta regla. *Cfr.* Jackson, *op. cit.*, nota 16, *passim*. En la mayor parte de los estados de América Latina, las constituciones establecen, explícita o implícitamente, la primacía del derecho constitucional sobre el internacional. Tal es el caso de Argentina, México, Ecuador y Nicaragua. Acevedo, Domingo E., “Relación entre el derecho internacional y el derecho interno”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 1992, pp. 140-146.

¹⁹ Por ejemplo, la Constitución del Perú (artículo 101) establece que “los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y una ley, prevalece el primero”. Este es también el caso en Costa Rica, Salvador, Honduras. Recientemente una decisión de la Suprema Corte de Justicia de México estableció también la supremacía de los tratados sobre las leyes nacionales. *Cfr.* Cossío Díaz, José Ramón, “La nueva jerarquía de los tratados internacionales”, *Este País*, México, núm. 107, 2000, pp. 34-38; López-Ayllón, Sergio, “La jerarquía de los tratados internacionales”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 3, 2000, pp. 197-208.

²⁰ Este es, por ejemplo, el trato que las constituciones de Perú y Chile otorgan a los tratados en materia de derechos humanos.

²¹ Para algunos autores este es el caso de los procesos de integración económica, en especial el de la Unión Europea. Véase McCormick, John, *Understanding the European Union. A Concise Introduction*, New York, St. Martin's Press, 1999. El Tribunal Europeo de Justicia habría establecido al respecto que “originado en una fuente autónoma, al derecho nacido de un tratado no podría, en razón de su naturaleza específica original, oponérsele un texto interno sin que se ponga en duda la base jurídica misma de la Comunidad”. C. J. C. E. no. 6/64, 15 julio 1964, citado por Ost, François y Michel Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruselas, Publications des Facultés Universitaires Saint- Louis, 2002, p. 66.

²² Jackson, John H., *The Jurisprudence of GATT and the WTO. Insights on Treaty Law and Economic Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 342 y 343.

aplicación de las normas internacionales, definen su ubicación jerárquica y determinan su aplicación son las diferentes jurisdicciones nacionales.

B. Los mecanismos supranacionales de resolución de controversias

Desde otra perspectiva, existen cada vez más mecanismos institucionales responsables de la aplicación e interpretación del derecho internacional. A este respecto existen auténticas jurisdicciones internacionales, cuyo caso más avanzado está en la Unión Europea, hasta los mecanismos de protección de los derechos humanos, los sistemas “cuasi” jurisdiccionales como los de la OMC o los simples mecanismos arbitrales internacionales. En una primera lectura, estos mecanismos podrían considerarse como una manera de eludir a las jurisdicciones nacionales. Sin embargo, en realidad tienen vínculos estrechos con ellas.

En efecto, hemos señalado ya que los tribunales ocupan una posición central e insustituible en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, y esto incluye al conjunto de fenómenos jurídicos globales. Aún en los casos en que se observa el desarrollo de sistemas jurídicos “autónomos”, como la llamada *lex mercatoria*, a la que ya se ha hecho alusión más arriba, los tribunales nacionales siguen desempeñando una importante función, real o potencial, en la medida en que los actos y resoluciones jurídicos de tales sistemas pueden ser llevados ante una jurisdicción estatal. Así, por ejemplo, aun si un laudo arbitral internacional no requiere ejecutarse en un Estado determinado porque su cumplimiento ha sido voluntario, los árbitros no pueden haber dejado de tomar en cuenta la posibilidad de su impugnación ante la justicia nacional. Como se ve, aun los asuntos más internacionales tienen inevitablemente una dimensión local.

Por todo lo anterior es que puede afirmarse que los tribunales son el “ancla jurídica” de la globalización. La principal consecuencia de ello, y en esto no se podrá insistir lo suficiente, es que entonces sus funciones ya no quedan reducidas a las que les impone un orden jurídico nacional y, concomitantemente, a defender los intereses jurídicos de un Estado nacional, sino que tienen una responsabilidad directa en la construcción de un orden jurídico mundial o global. Por ello, tienen que abrirse aún más al plano supranacional y funcionar de manera más efectiva como eje articulador entre lo nacional y lo supranacional.

CUADRO 7

EL CASO METALCLAD

En 1993, Metalclad Corporation, una empresa constituida en California, Estados Unidos, adquirió un terreno en el municipio de Guadalcázar, en el estado mexicano de San Luis Potosí. El terreno había sido previamente clausurado por haberse utilizado indebidamente como un tiradero ilegal de desechos peligrosos. En apariencia, la idea original de la empresa era construir un confinamiento de desechos peligrosos y sanear el sitio contaminado; para ello se obtuvieron los permisos federales y estatales necesarios. Sin embargo, el proyecto de construir dicho confinamiento encontró una fuerte oposición de la comunidad local, apoyada por diversas organizaciones ambientales locales e internacionales, principalmente Greenpeace Internacional. A pesar de la resistencia local, la empresa inició la construcción del depósito, mismo que meses más tarde fue clausurado por las autoridades municipales, quienes alegaron que la empresa no había obtenido previamente la licencia municipal de construcción necesaria. El asunto se llevó a una consulta técnica (informal) y el gobierno federal, en el ámbito de su competencia, firmó un convenio con la empresa que establecía las condiciones necesarias para el inicio de las operaciones del confinamiento. No obstante dicho convenio no fue respaldado por las autoridades estatales y municipales. Meses después, el gobierno estatal, sin consulta alguna, expropió el terreno para convertirlo en una reserva ecológica, con lo cual se eliminaba cualquier posibilidad que la empresa continuara con sus operaciones. El asunto generó varios litigios. En primer lugar un amparo a nivel nacional, que fue resuelto a favor de las autoridades federales. El segundo fue el inicio en 1996, por parte de Metalclad, de un procedimiento arbitral internacional en contra del gobierno de México, conforme al capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Dicho arbitraje transformó sustancialmente el conflicto. Aunque fueron muchas las cuestiones tratadas durante el procedimiento arbitral, éste determinó finalmente que el Ayuntamiento de Guadalcázar y el Estado de San Luis Potosí habían violado diversas disposiciones del tratado, especialmente aquellas relativas a un trato “justo y equitativo” a las inversiones, y por ello condenó al gobierno de México al pago de una indemnización de 16 millones de dólares. La decisión del tribunal arbitral fue duramente criticada; por ello, en un acto poco común en materia de arbitraje internacional, el gobierno de México impugnó el laudo ante los tribunales de Columbia Británica, Canadá, lugar que habían elegido las partes como sede del arbitraje. Sorprendentemente, el tribunal de provincia canadiense determinó la nulidad de una parte muy significativa del laudo arbitral, por encontrar que el tribunal arbitral se había excedido en sus facultades de interpretación del tratado. Sin embargo, resolvió también que el decreto expropiatorio no tenía justificación y que constituyó una

violación a las obligaciones del Estado mexicano conforme al TLCAN; por ello determinó el pago de una compensación a la empresa. Aunque el gobierno federal mexicano pagó a la empresa, procedió a descontar el monto de la indemnización de las participaciones federales del Estado de San Luis Potosí, situación que llevó a un tercer litigio ante la Suprema Corte mexicana, aún no resuelto, para determinar la constitucionalidad de esa medida. Este muy complejo conflicto se desarrolla en varios planos geográficos de interacción, intervienen actores de muy diversa índole y supone la interacción de diferentes órdenes jurídicos (local, estatal, nacional, regional, global), y por ello representa un ejemplo paradigmático de la globalización y de la interacción entre lo local y lo global.

FUENTE: Azuela, Antonio, *Visionarios y pragmáticos. Una aproximación sociológica al derecho ambiental*, México, UNAM-Fontamara, 2006, pp. 411 y ss.

No obstante todo lo anterior, la relación entre las jurisdicciones nacionales e internacionales no se reduce a una mera relación de subsidiariedad como la descrita más arriba. En la medida en que se incremente el grado de integración entre los países, será necesario idear también formas más integradas de articulación entre ambas jurisdicciones. Un buen ejemplo de ello es el del Tribunal de Justicia Europeo. Como se sabe, el Tribunal ha cumplido un papel central en el proceso de integración europea, pero ello ha sido posible en parte, porque dicho tribunal no es el único encargado de aplicar y hacer cumplir el derecho comunitario, sino que ésta es, primordialmente, una tarea de los tribunales nacionales. El Tribunal Europeo no sustituye a los tribunales nacionales, sino que funciona solamente como cabeza de un sistema judicial complejo, en el que interviene de manera selectiva cuando así se lo solicitan los órganos de la Unión y los propios tribunales nacionales.²³

2. Justicia y economía

La interrelación entre la nueva relevancia y la potencial debilidad de los tribunales a que nos hemos referido anteriormente se hace particularmente visible en la arena central de la globalización: la economía. Los tribunales son vistos aquí como instituciones de importancia capital para

²³ Hartley, T. C., *The Foundations of European Community Law. An Introduction to the Constitutional and Administrative Law of the European Community*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

garantizar un clima general de estabilidad y predictibilidad que resulta favorable para la inversión y el comercio, siempre que desempeñen sus funciones de manera eficiente.

Resulta obvio que los tribunales desempeñan una función económica, por ejemplo, cuando resuelven controversias de negocios y formulan normas jurídicas que tienen consecuencias económicas directas. Sin embargo, sus actuales funciones económicas tienen un alcance mucho mayor, ya que se espera que en realidad faciliten toda la gama de relaciones de intercambio en la sociedad. Los tribunales pertenecen al conjunto de instituciones que, de acuerdo con Douglass C. North, ganador del Premio Nobel de Economía en 1993, “estructuran los incentivos en los intercambios humanos, ya sean políticos, sociales o económicos”, y ejercen una influencia fundamental sobre “el desempeño diferencial de las economías en el tiempo...”²⁴

A pesar de ciertas dificultades teóricas,²⁵ los formuladores de políticas públicas en todo el mundo parecen estar de acuerdo, cada vez más, en

²⁴ North, Douglass C., *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, p. 3.

²⁵ Las instituciones influyen sobre las relaciones de intercambio entre los seres humanos mediante la reducción de los llamados “costos de transacción”. Los costos de transacción son los costos que conlleva “medir los atributos valiosos de lo que se está intercambiando, proteger los derechos, así como vigilar y hacer cumplir los acuerdos”. North, *op. cit.*, nota anterior, p. 27. Puesto que en una sociedad compleja, donde predomina el intercambio impersonal, los contratos y los acuerdos no son, por lo común, autoejecutables, resulta necesario que los acuerdos vayan acompañados de alguna forma de ejecución por parte de un tercero, a fin de “proporcionar información a los individuos que les permita vigilar el incumplimiento” (*ibidem*, p. 57). Sin embargo, nada garantiza que las instituciones en este sentido sean también eficientes. En todo caso, no lo son en los términos de la eficiencia de Pareto, que es relativa a la asignación de bienes o servicios, sino en un sentido adaptativo. La eficiencia adaptativa se refiere a las “clases de reglas que configuran el modo en que la economía evoluciona a través del tiempo” (p. 80). También se refiere “a la disposición de una sociedad a adquirir conocimiento y aprender, a inducir la innovación, a emprender riesgos y actividades creativas de toda clase, así como a resolver los problemas y cuellos de botella de la sociedad a través del tiempo” (p. 80). En opinión de North, el problema está en que todavía nos hallamos lejos de entender cómo lograr economías eficientes en el sentido adaptativo, “porque la eficiencia de la asignación y la eficiencia adaptativa no siempre son consistentes entre sí” (p. 81). Más aún, “las instituciones no son necesaria ni siquiera usualmente creadas para ser socialmente eficientes, sino que más bien las instituciones, o al menos las reglas formales, son creadas para servir a los intereses de quienes poseen el poder de negociación para diseñar nuevas reglas” (p. 90).

que la reforma judicial y, por consiguiente, la eficiencia de los tribunales, tiene una importancia creciente en vista de la despiadada lucha por las oportunidades en la inversión y el comercio que impone la globalización económica, pero, sobre todo, en que se trata de una manera de mejorar las capacidades institucionales y de gobierno de los estados nacionales. Así, como ya hemos dicho, las instituciones financieras internacionales como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo consideran actualmente a la reforma judicial como un importante componente del cambio estructural económico, y en consecuencia, han dado considerable apoyo a proyectos de reforma en varios países.

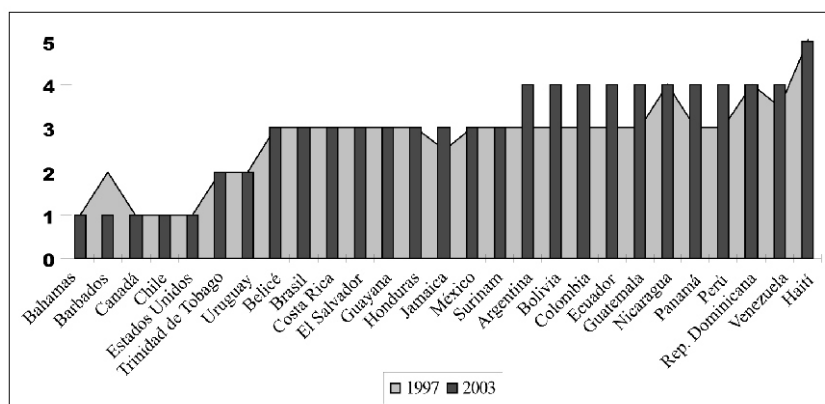
La noción subyacente es que la ausencia de un sistema judicial eficaz y eficiente genera costos significativos que obstaculizan el crecimiento económico. Estos costos derivan de tres fuentes principales: la pérdida de valor de los derechos de propiedad debido a la falta de aplicación predecible de las reglas, los costos de transacción adicionales para la contratación en un ambiente donde la solución de conflictos por un tercero es disfuncional, y la corrupción.²⁶ El ejemplo de esto lo constituye el índice de los derechos de propiedad,²⁷ uno de cuyos ponderadores más importantes es la capacidad institucional de los poderes judiciales de lograr una protección eficaz de los contratos. A continuación se presentan los resultados para diversos países de la región.

²⁶ Buscaglia, Edgardo y Dakolias, Maria, *Judicial Reform in Latin America Courts: The Experience in Argentina and Ecuador*, Washington, D.C., The World Bank, 1996, p. 1.

²⁷ El índice de los derechos de propiedad es una medición de la capacidad institucional de los países para hacer cumplir los contratos y ofrecer un ambiente jurídico seguro. Plantea que la eficacia y calidad del sistema judicial juega un papel clave, por la vía de asegurar ausencia de corrupción, rapidez en la solución de los conflictos e independencia de la judicatura. También evalúa los riesgos de expropiación. El informe sobre derechos de propiedad es uno de los diez factores que integran el índice de libertad económica, una medición anual sobre las condiciones para el desarrollo de los mercados en 161 países (28 de las Américas), que desarrolla desde 1995 la *Heritage Foundation* y el periódico *The Wall Street Journal* (véase www.heritage.org). La medición toma en cuenta varias fuentes, entre ellas los informes de *Transparency International*, *Freedom House*, y *The Economist Intelligence Unit*. Con esos, se ponderan las calificaciones en una escala de 1 a 5, siendo la mejor 1 (muy alta protección) y 5 la más baja (muy baja protección). Véase Centro de Estudios de Justicia de las Américas, *Reporte sobre el estado de la Justicia en las Américas 2002-2003. Indicadores subjetivos*, Santiago, CEJA, 2003, pp. 55 y 56.

GRÁFICA 2

ÍNDICE DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD 1997 Y 2003



FUENTE: Centro de Estudios de Justicia de la Américas, *Reporte sobre el Estado de la Justicia en las Américas 2002-2003. Indicadores subjetivos*, Santiago, CEJA, 2003, p. 57.

El ejemplo más claro de la importancia que tienen los tribunales y un ambiente jurídico transparente en el crecimiento económico, lo representan los principios rectores que elaboró la OCDE en 2003 para favorecer la entrada de inversión extranjera directa, como se aprecia en el cuadro siguiente:²⁸

CUADRO 8

PRINCIPIOS RECTORES DE LA OCDE SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA ATRAER INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA

La experiencia de los países de la OCDE demuestra que algunos de los factores que los inversionistas consideran como más relevantes para determinar el lugar donde realizarán sus inversiones son:

- ✓ Un ambiente regulatorio predecible y no discriminatorio y la ausencia de obstáculos administrativos innecesarios para realizar negocios.

²⁸ Estos principios se originaron en el Comité de la OCDE sobre inversión internacional y empresas multinacionales.

- ✓ Recursos suficientes y accesibles, incluyendo infraestructura y capital humano.

Al mismo tiempo, las acciones más efectivas que pueden realizar los países huéspedes de inversión son las siguientes.

- ✓ Asegurar un sector público transparente, que incluye un sistema imparcial de impartición de justicia y aplicación de la ley.
- ✓ Asegurarse que las reglas y su ejecución descansan en el principio de no discriminación entre nacionales y extranjeros, así como su congruencia con el derecho internacional.
- ✓ Establecer la libertad de transferencias y proteger contra expropiaciones arbitrarias.
- ✓ Establece regímenes adecuados que fomenten un ambiente competitivo sano.
- ✓ Eliminar los obstáculos al comercio internacional.
- ✓ Corregir los aspectos del sistema fiscal que constituyan barreras a la inversión extranjera directa.
- ✓ Asegurarse que el gasto público sea adecuado y relevante.

Pero existen también medidas que deben ser adoptadas por los países exportadores de capitales, así como responsabilidades de las empresas multinacionales.

- ✓ Permitir una mayor liberalización comercial, especialmente en ciertos sectores altamente protegidos, mediante la eliminación de las barreras al comercio y los subsidios.
- ✓ Establecer políticas que permitan una transferencia rápida y eficaz de tecnología, con la debida protección a los derechos de propiedad intelectual.
- ✓ Revisar sus propias políticas para atraer inversión extranjera.
- ✓ Explotar la sinergia entre las políticas de asistencia gubernamental y las condiciones para asegurar un ambiente propicio para la inversión extranjera directa, por ejemplo, en materia de apoyo a infraestructura, desarrollo de capital humano y fortalecimiento institucional.
- ✓ Respecto de las empresas multinacionales, promover el uso de las líneas de acción aprobadas por la OCDE y la adopción por parte de las propias empresas de códigos de conducta en materia de transferencia de tecnología, transparencia, administración de recursos humanos y competencia.

FUENTE: OECD, *Foreign Direct Investment for Development. Maximising Benefits, Minimising Costs*, Paris, OECD, 2002, p. 28-30; OECD, *Checklist for Foreign Direct Investment Incentives Policies*, Paris, OECD, 2003.

Otro problema que suscita la eficiencia de los tribunales es que cada vez son más los factores de carácter internacional los que han conducido a la convicción de que los tribunales son importantes para el desarrollo económico. Por tanto, es de esperarse que las transacciones económicas internacionales den origen a un cierto número de controversias jurídicas que los tribunales podrían resolver adecuadamente, en su caso. Sin embargo, también es un hecho que las controversias económicas de carácter internacional —especialmente aquellas de gran cuantía relacionadas con la inversión y el comercio— tienden a ser sustraídas de las jurisdicciones nacionales y transferidas a los foros internacionales, en particular, a tribunales arbitrales *ad hoc*. Esto conduce a plantear las siguientes preguntas: ¿hasta que punto se evita acudir a los tribunales nacionales porque son incapaces, o no están dispuestos, a manejar eficientemente los asuntos que tienen elementos internacionales? Y, ¿en qué medida el proceso de competencia económica global exige un proceso de competencia entre los sistemas jurídicos y judiciales como un factor que contribuye a atraer (o al menos, a no desincentivar) el comercio y la inversión?

Al respecto, hay alguna evidencia de que los tribunales nacionales conocen solamente de una pequeña porción del número potencial de casos internacionales, y de que éstos tienden a una duración más larga y a ser más costosos que los asuntos nacionales comparables. Un proyecto de investigación sobre los litigios civiles internacionales ante los tribunales de Nueva York, las ciudades de Bremen, Bremerhaven y Hamburgo, en el norte de Alemania, así como la ciudad de Milán, Italia, ofrece algunos resultados interesantes.²⁹ El principal de ellos es que, contrariamente a lo esperado, el porcentaje de casos internacionales en las ciudades citadas fluctuó entre el 1.5 y el 3%. Por lo que se refiere a la duración y los costos, en Nueva York los casos tuvieron una mayor duración y resultaron más costosos que los asuntos nacionales comparables. En Bremen y Hamburgo, los casos internacionales mostraron una clara tendencia a una duración significativamente mayor, lo que podría atribuirse en parte a las dificultades de notificar la demanda en el extranjero, así como al requerimiento de un mayor número de audiencias.

El estudio muestra que aun si, en términos absolutos, los tribunales nacionales conocen de un número grande de casos internacionales (que se es-

²⁹ Gessner, Volkmar (ed.), *Foreign Courts. Civil Litigation in Foreign Legal Cultures*, Aldershot, U. K., Dartmouth, 1996.

timaban entonces entre 100 y 200 mil al año para los quince países de la Unión Europea), esto solamente daría cuenta de una proporción pequeña del número total de controversias civiles internacionales. Ello podría significar, como ya hemos dicho, que los tribunales (y los estados que representan) se vean debilitados en términos relativos si los asuntos que podrían ser potencialmente manejados por ellos son resueltos por otros medios.

En relación con la segunda pregunta, es decir, la competencia entre sistemas jurídicos y el papel de los tribunales en este proceso, resulta obvio que las normas jurídicas sirven como un importante instrumento para atraer comercio e inversión del extranjero, al crear ventajas económicas comparativas. Después de todo, ésta es la lógica que está detrás de la impresionante transformación que experimentaron los sistemas jurídicos de muchos países en los años ochenta y noventa en dirección a la liberalización económica y política, con bastante éxito.

En este contexto, los tribunales nacionales desempeñan un importante papel como factor en el clima general de estabilidad económica y política, así como de certidumbre jurídica, que favorece la inversión, el comercio y, en última instancia, el crecimiento económico. Dicho en otras palabras: la percepción de que los tribunales nacionales son ineficaces e ineficientes o de que sus resoluciones e interpretaciones pueden reducir las oportunidades económicas, seguramente tendría gran peso en las decisiones de los actores económicos, tanto extranjeros como nacionales.

Por otro lado, aun si los tribunales nacionales manejan un porcentaje relativamente reducido de los casos internacionales, e incluso si los procedimientos respectivos son más caros y lentos que los procedimientos nacionales comparables, estos tribunales pueden ser todavía más atractivos para las partes extranjeras en comparación con sus propios tribunales. Cuando son vistos como justos o eficientes por las partes extranjeras, los tribunales pueden contribuir, aunque de modo marginal, a la competitividad internacional, atrayendo controversias e, indirectamente, oportunidades de negocios gracias a la infraestructura jurídica que se crea alrededor de aquéllos. El cuadro predominante, sin embargo, indica que los tribunales internos “todavía no proporcionan la seguridad institucional para el comercio entre culturas a larga distancia, o para cualquiera otra interacción jurídica global”.³⁰

³⁰ *Ibidem*, p. 279.

Obviamente, el hecho de que esto no ocurra en el presente no significa que así haya de permanecer. Por tanto, cabe plantear la cuestión de si los tribunales nacionales están dispuestos a participar en el proceso de internacionalización. Los autores del estudio citado, por ejemplo, son un tanto escépticos de la probabilidad de que alrededor de los procesos judiciales nacionales se establezca un entorno jurídico-cultural complejo, creando así una estructura generalizada de expectativas de confianza y predictibilidad. Tal entorno requeriría, por ejemplo, la difusión de información sobre las reglas y prácticas internacionales entre los jueces, los profesionistas del derecho y la gente de negocios.³¹

No obstante, los tribunales nacionales están haciendo un esfuerzo modesto pero visible para alcanzar la internacionalización, mediante la intensificación e institucionalización de contactos a todos los niveles. Sin embargo, el problema real no radica en la incapacidad de los tribunales y los jueces nacionales de adaptarse a la internacionalización, sino en las limitaciones estructurales que el marco institucional nacional les impone. Esto plantea la cuestión de la necesidad de organismos judiciales supranacionales que desempeñen, en este nivel y de manera complementaria, las mismas funciones que los tribunales nacionales llevan a cabo en la esfera interna, así como también el problema de cómo se articulan ambos planos.

En resumen: la necesidad de una infraestructura jurídica adecuada para las transacciones económicas de carácter internacional no implica que los tribunales nacionales o los internacionales puedan ofrecer solos este servicio. Por el contrario, es más probable que para tal propósito se desarrolle un conjunto muy diverso de instituciones judiciales y cuasi-judiciales, tanto internas como internacionales. Que sean utilizadas o no depende de diversos factores, como las reglas de competencia, las percepciones de los actores sobre justicia y eficiencia, la naturaleza de las pretensiones de las partes, la orientación de jueces y abogados, el clima general de negocios, etcétera.

3. *Justicia y democracia*

Ya hemos señalado que en el Estado contemporáneo, el Poder Judicial cumple funciones mucho más amplias que las que se limitan a la

³¹ *Ibidem*, p. 280.

resolución de controversias entre particulares. En especial, corresponde a los tribunales resolver las controversias, cada vez más frecuentes, entre los ciudadanos y el poder público. A través de los llamados tribunales constitucionales, les corresponde incluso resolver cuestiones abiertamente políticas entre órganos u niveles de gobierno, así como intervenir en las controversias que se plantean entre mayorías y minorías políticas.

Sin embargo, lo anterior no es suficiente para explicar el nuevo protagonismo de jueces y tribunales. Son las fuertes presiones económicas y políticas que la globalización genera las que conducen a un debilitamiento relativo de los estados nacionales, a un “fracaso simbólico del hombre y la sociedad democráticos”, como lo llama un agudo observador, y ello a su vez contribuye a la creciente relevancia y poder de los tribunales:

La irrupción del activismo judicial no puede ser entendida si no es vinculada a un profundo movimiento del cual es sólo una manifestación. No es una transferencia de soberanía al juez, sino más bien una transformación de la democracia. Los jueces no gozarían de tal popularidad si no satisficieran una nueva expectativa política de la cual se han convertido en campeones, y si no representaran una nueva manera de comprender la democracia.³²

De este modo, los tribunales se han convertido en los “guardianes de las promesas”, en un instrumento para abordar demandas políticas y, sobre todo, demandas morales. Así, se espera que los tribunales “distingan el bien del mal y que fijen la injusticia sobre la memoria colectiva” en un mundo privado de una autoridad moral superior.³³ Se han transformado, pues, en el último refugio de un ideal democrático desencantado. Pero “refugio último” no significa “misión primera”.

En los países latinoamericanos que experimentaron una transición democrática en los años ochenta y noventa (fomentada por los comienzos de la actual etapa de globalización), la justicia ha tenido que asumir muchas veces parte de la tarea de juzgar y procesar el pasado dictatorial y autoritario, con su carga de violencia y violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, esto se dificulta enormemente no sólo por las resisten-

³² Garapon, Antoine, *Le Gardien des promesses. Justice et démocratie*, Paris, Odile Jacob, 1996, p. 35.

³³ *Ibidem*, p. 22.

cias y obstáculos que suscita esta tarea, sino también por la fuerte carga de desconfianza que enfrenta la justicia misma, que acaba por ser cuestionada también por su propio pasado, rara vez heroico.³⁴

Por lo que se refiere al futuro, se espera también que el poder judicial contribuya a consolidar la nueva democracia, tarea que también enfrenta sus dificultades propias, derivadas de una cultura democrática precaria. No faltan los casos en los que los propios tribunales han pagado caro el ejercicio de su independencia.

Como ya se dijo, estas funciones conllevan riesgos considerables. Las imágenes de una judicatura todopoderosa pueden volverse contra los tribunales mismos,³⁵ porque es muy sencillo decepcionar las expectativas sociales. Es inevitable que los tribunales se politicen (en un sentido amplio), pero lo cierto es que su eficacia y legitimidad dependen, si resulta permisible una paradoja más, del ejercicio apolítico, caso por caso, de su poder político.

4. *El acceso a la justicia*

La creciente importancia de la función judicial a la que contribuye la globalización agudiza dos problemáticas particulares que se encuentran interrelacionadas: la del acceso a los tribunales y la del número y los tipos de conflictos que éstos deben resolver.

Tradicionalmente, el del acceso a la justicia es uno de los problemas graves que se enfrentan en las sociedades con altos niveles de pobreza y desigualdad social como las latinoamericanas. La globalización, en la medida en que ha contribuido a aumentar tales desigualdades (o al menos, no ha contribuido todavía de manera clara a reducirlas), hace más aguda la cuestión del acceso.

Sin embargo, resulta ilusorio pensar que será posible aumentar de manera significativa el acceso de la mayor parte de la población al aparato judicial, al menos en el corto plazo. De entrada, hay sectores prácticamente marginados de la justicia, como los rurales (aunque hay algunos organismos que atienden específicamente sus demandas), mientras que los grupos urbanos de bajos niveles socio-económicos tienen un acceso

³⁴ McAdams, James A., *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, Notre Dame-London, University of Notre Dame Press, 1997.

³⁵ Garapon, *op. cit.*, nota 32, p. 23.

modesto a las llamadas instituciones alternativas o informales. Dichas instituciones constituyen en múltiples ocasiones la única opción para dichos grupos, ya que no hay posibilidad, en los casos que así lo requieren, de recurrir posteriormente a los tribunales, es decir, que no existe una clara articulación entre la justicia “informal” y la “formal”.³⁶

En muchos países de la región se han desarrollado en los últimos años los llamados mecanismos alternativos de solución de controversias, principalmente la mediación, la conciliación y el arbitraje. Estos mecanismos tendrían como objetivo “lograr un mejor funcionamiento de los tribunales, incrementar el acceso a la justicia, dar mayor participación a la ciudadanía en la solución de sus propias disputas y finalmente instaurar una forma pacífica, cooperativa y democrática para tratar las desavenencias sociales”.³⁷ Estudios recientes del Centro de Justicia de las Américas muestran que, a pesar del impulso global al uso de estos mecanismos y su reconocimiento por diversas leyes los mismos están relativamente poco desarrollados en la región.³⁸

Lo anterior significa que el problema del acceso es selectivo, no indiscriminado, pero seguirá sin ser resuelto en tanto no exista una coordinación entre la justicia informal y formal que permita una regulación de la demanda de la segunda por la primera, pero también la posibilidad de lle-

³⁶ Existen numerosos estudios sociojurídicos que conceptúan la justicia informal como un aparato que, por un lado, contribuye a regular la oferta y la demanda de servicios judiciales, y, por el otro, que depende de la justicia formal en la medida en que siempre es posible acudir a ésta posteriormente. Un ejemplo puede ayudar a entender la afirmación anterior. La Procuraduría Federal del Consumidor mexicana fue establecida en 1976 para realizar diversas funciones de asesoría y protección al consumidor. Entre estas funciones se encuentra la de conciliación entre las partes cuando hay una queja de un consumidor contra un proveedor. Cuando la conciliación no logra resolver el conflicto, la Procuraduría ofrece servicios de arbitraje, los cuales dependen, naturalmente, de que concurra la voluntad de ambas partes. Como ello prácticamente no ocurre, el consumidor queda prácticamente indefenso, pues es seguro que ya no acudirá a los tribunales, ni aún en los casos en que la cuantía de la controversia pudiera ameritarlo.

³⁷ Álvarez, Gladis Stella y Highton, Elena, *La mediación en el panorama latinoamericano*, Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (disponible en www.cejamericas.org).

³⁸ Véanse, por ejemplo, los documentos y la legislación sobre medios alternativos disponibles en la página electrónica del Centro de Estudios de Justicia de las Américas www.cejamericas.org. El registro que lleva el Centro sobre centros en operación de medios alternativos de resolución de controversias muestra, en marzo de 2003, el siguiente número de centros: Argentina 29, Bolivia 5, Brasil 3, Chile 4, Colombia 25, Costa Rica 5, México 8, Perú 49, Uruguay 7 y Venezuela 7.

var reclamaciones de la justicia informal a la formal, la cual entonces puede desempeñar una función de orientación jurídica efectiva para el conjunto del sistema jurídico.

Por lo que se refiere al número y tipo de conflictos, las sociedades se hacen cada vez más complejas y, sobre todo, heterogéneas, por los impactos de la globalización. Esto representa un doble desafío para los tribunales: por un lado, el de tener que adaptarse a cargas crecientes de trabajo y de asuntos más difíciles y complejos, y, por el otro, de poder diferenciar y especializar su actuación en función de los grupos sociales que acuden a ellos. Dicho en otras palabras: los poderes judiciales no solamente tienen que continuar sus esfuerzos para dar mayor y mejor acceso a la justicia tratándose de los conflictos “tradicionales” de los que conocen, sino que tienen que estar preparados para atender y adaptarse a los “nuevos” conflictos derivados de las reformas políticas y económicas de las últimas décadas (por ejemplo, prácticas comerciales desleales de comercio internacional) ligadas a la globalización.

Afortunadamente, hay evidencia de que muchos de los países de la región están respondiendo a este desafío mediante la creación de un marco institucional y un aparato de justicia mucho más complejo, denso y diferenciado.³⁹

IV. LA CONSTRUCCIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

La seguridad jurídica se ha identificado tradicionalmente como uno de los “fines del derecho”. En términos generales, supone la certeza que tienen los sujetos de derecho que su situación jurídica no será modificada sino mediante procedimientos establecidos previamente.

Una perspectiva más sociológica identificaría a la seguridad jurídica como una de las condiciones de racionalidad del derecho —y por ello específica al derecho occidental— ligada a la previsibilidad de las conductas en sociedad, y que constituye una de los fundamentos de la actividad

³⁹ Cfr. Thompson, José, *Acceso a la justicia y equidad. Estudio sobre siete países de América Latina*, San José, Banco Interamericano de Desarrollo-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000; Friedman, Lawrence y Rogelio Pérez-Perdomo (eds.), *Legal Culture in the Age of Globalization. Latin America and Latin Europe*, Stanford, Stanford University Press, 2003 (versión española: Fix-Fierro, Héctor, Lawrence M. Friedman y Rogelio Pérez Perdomo (eds.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, UNAM, 2003).

económica y social. La seguridad jurídica es una de las condiciones necesarias para el desarrollo de las economías de mercado.

Resulta obvia la relación entre Estado de derecho y seguridad jurídica. Si el primero supone el gobierno de las normas en un tiempo/espacio determinado, esto sólo sucede en la medida que aquéllas sean efectivas a través de un aparato especializado responsable de su aplicación (esto es, tribunales, policías) dotado de legitimidad. La seguridad jurídica no es sino la traducción práctica de la eficacia de las normas como reguladoras de conductas.

Desde esta perspectiva, la relación entre globalización y seguridad jurídica aparece como un punto de articulación complejo, pues si la globalización del derecho implica la creación de espacios jurídicos horizontales, resulta obvio que dicha seguridad puede verse menoscabada en la medida que las condiciones de aplicación de las normas “globalizadas” escapen a los mecanismos que el Estado moderno ha tradicionalmente puesto en marcha para asegurar su cumplimiento.

En otras palabras, la generación de espacios normativos globalizados supondría la creación de mecanismos de aplicación también globales; sin embargo, uno de los aspectos en el cual los estados nacionales se han mostrado más celosos de su soberanía reside precisamente en el control de los mecanismos de aplicación del derecho y sólo tímidamente se han constituido sistemas de aplicación transnacionales, por ejemplo en materia penal (*e. g.*, la Corte Penal Internacional) o comercial (*e. g.*, el sistema de solución de controversias de la OMC).

Desde otra perspectiva, existe evidencia de que en un mundo interconectado, en el que los actores tienen capacidad de elegir los foros donde se resolverán las controversias, aquéllos tienden a preferir los que les proporcionan mayor certidumbre sobre el resultado probable. Así, los sistemas más estables y que proporcionan mayor seguridad jurídica son preferidos a aquellos que tienen un alto grado de incertidumbre.

La acción de los poderes judiciales tiene mucho que aportar respecto de la seguridad jurídica. En el caso de la definición de las normas consideradas válidas dentro del orden jurídico, la cuestión radica en la construcción del marco de referencia que puede ser empleado por los actores para regir sus interacciones. Dicho proceso ha sido abordado desde una perspectiva técnica anteriormente.

Por lo que respecta a la construcción de la seguridad jurídica desde la perspectiva de la conducta de los actores, se tratarán cuestiones que tienen

que ver con la forma en la que los poderes judiciales pueden generar condiciones favorables o desfavorables para la interacción en la sociedad. En consecuencia, en este apartado se abordará, en primer lugar, la cuestión de la construcción de previsibilidad mediante la acción de los poderes judiciales. Posteriormente se hablará del impacto de dicha previsibilidad sobre las relaciones sociales, en particular las económicas. Finalmente, el apartado concluirá con una breve reflexión sobre los efectos de la construcción de la seguridad jurídica en el crecimiento económico.

La labor de las judicaturas en la construcción de previsibilidad debe abordarse tanto desde un punto de vista técnico como desde una perspectiva institucional. En el primer caso, es necesario analizar la manera en la que se construyen los criterios jurisdiccionales que producen las reglas que serán consideradas válidas dentro del orden jurídico. En el segundo caso, interesa conocer la forma en la que las judicaturas operan para la construcción de dichas reglas, es decir, las condiciones efectivas imperantes para la producción de normas a cargo de los tribunales.

Desde el punto de vista técnico, el análisis se centra sobre la forma en la que los poderes judiciales reciben las normas propuestas no sólo por los actores políticos (por ejemplo, la ley), sino también por los actores sociales (por ejemplo, los contratos). De esta manera, se intenta explicar si la recepción o el desechamiento de las normas y reglas planteadas contribuyen a generar mayor certeza en la sociedad, de tal forma que los actores cuenten con un marco sólido de referencia para relacionarse. En este aspecto, resulta particularmente relevante la forma en que los tribunales nacionales se articulan con las instancias internacionales, tanto desde el punto de vista de la recepción y reconocimiento del derecho internacional, como de la manera en que reaccionan a las decisiones de las instancias no nacionales de resolución de controversias, particularmente el arbitraje. Un sistema en el que las reglas de recepción y reconocimiento sean claras, contribuye sin duda a la generación de la seguridad jurídica.

Asimismo, interesa revisar la consistencia con la que los tribunales suelen resolver, es decir, se trata de revisar si los poderes judiciales cuentan con mecanismos que permitan evitar la existencia de criterios contradictorios en cuanto a la interpretación de normas, y si dichos mecanismos cumplen satisfactoriamente la función de construir certeza. Mientras menores sean las contradicciones generadas por los poderes judiciales sobre los alcances de las normas y reglas que someten a su consideración los actores sociales, mayor será la certeza que produzcan. En todo caso, los mecanis-

mos para resolver las contradicciones deben estar claramente establecidos y generar criterios de interpretación razonablemente previsibles.

En cuanto a la perspectiva que se enfoca en el funcionamiento de los poderes judiciales, es conveniente resaltar tanto el tiempo que requieren para emitir sus resoluciones como la eficacia de las mismas. En el primer caso, la velocidad con la que los tribunales resuelven los casos que se someten a su consideración impacta directamente sobre la forma en la que se producen las relaciones sociales. De esta manera, en un escenario en donde la acción de la justicia se presenta de manera tardía, los actores suelen incorporar esta variable a sus transacciones o su comportamiento en relación con el cumplimiento de una obligación. En consecuencia, se pueden presentar situaciones en donde un deudor puede optar por no pagar su deuda, confiando en que la lenta acción del poder judicial hará que el costo de su obligación termine por reducirse. Asimismo, se genera en beneficio del deudor una posición mucho más sólida para negociar una reducción de la deuda frente a un acreedor que no puede o no quiere invertir recursos en el cobro. En otro caso, las partes pueden terminar por aceptar cláusulas que plantean intereses moratorios excesivos como un mecanismo que puede desincentivar a un deudor a emplear la lentitud de los tribunales como un factor a su favor. En este sentido, los indicadores creados por el Banco Mundial respecto de la ejecución de los contratos muestran que en la mayor parte de América Latina existe una alta complejidad en los procesos judiciales, con obvias implicaciones en la seguridad jurídica.⁴⁰

Por otro lado, la eficacia del cumplimiento de los fallos emitidos por los tribunales también impacta directamente sobre la forma en la que se realizan las transacciones en sociedad. En este caso, cuando se tiene certeza sobre el posible sentido de una resolución jurisdiccional, pero no se tiene seguridad de que la misma será ejecutada, la posición del actor se torna bastante precaria. Nuevamente es necesario ponderar la conveniencia de invertir recursos para asegurar el cumplimiento de una obligación.

⁴⁰ En un índice con un rango de cero a cien, donde un número mayor denota un grado mayor de complejidad procesal, los países de América Latina, salvo en el caso de Brasil (48), obtienen valores mayores a cincuenta puntos, siendo los casos más extremos los de Argentina (80) y Perú (82), valores relativamente altos comparados con los de Estados Unidos (46), Japón (39), Reino Unido (36) o Canadá (29). Esto muestra la alta complejidad de los procesos judiciales de la región. Banco Mundial, *Doing Business 2003*, www.worldbank.org/DoingBusiness/default.aspx.

Otro aspecto que puede ser relacionado con la eficacia de la acción de la justicia es el relativo a la oferta de servicios jurisdiccionales y el acceso a los mismos. Cuando se presentan dificultades técnicas o materiales para acceder a la tutela jurisdiccional, la señal que se envía claramente indica que existen limitaciones para dar un cauce institucional a los conflictos sociales. Con ello, los actores sociales se ven en la necesidad de recurrir a otros mecanismos que les permitan resolver sus controversias o a abstenerse de realizar transacciones. En el primer caso, claramente se pueden privilegiar mecanismos informales e incluso ilegales que aseguren el cumplimiento de obligaciones. En el segundo caso, simplemente se reduce el número total de transacciones posibles.

Los anteriores casos muestran que el comportamiento de las instituciones que definen los alcances de los derechos y monopolizan el empleo de la coacción para hacerlos efectivos puede tener importantes repercusiones sobre la forma en la que se construyen las relaciones en la sociedad. En ese sentido, es posible sostener que los poderes judiciales, mediante su actuación, envían señales sobre la definición y la eficacia de los derechos existentes en la sociedad. Los actores sociales consideran esta información como referente útil para determinar su comportamiento en las relaciones sociales. De esta manera, la actuación ineficiente de la administración de justicia puede incidir sobre la forma en la que se da cumplimiento a las obligaciones. Al revisarse esta situación en un escenario caracterizado por la existencia de una economía de mercado de carácter mixto, la pregunta inmediata tiene que ver con la forma en la que la actuación del poder judicial impacta el intercambio económico.

El escenario se torna todavía más complejo si se analiza desde la perspectiva de un mercado nacional en una sociedad global. En este caso, las instituciones judiciales nacionales no son los únicos referentes institucionales para la resolución de controversias. Por el contrario, los poderes judiciales deben concurrir junto con muchas otras instituciones y procedimientos que se presentan como opciones para la solución de los conflictos. Evidentemente, las partes optarán por llevar su conflicto a la instancia que les ofrezca una mejor perspectiva para su tratamiento. Dentro de este mismo escenario también se pueden presentar casos en los que las partes opten por constituir garantías para el cumplimiento de obligaciones en sitios en donde existe mayor confianza en el comportamiento institucional de un Poder Judicial.

De esta manera, las partes dentro de un negocio que se pretende celebrar en el país A, al desconfiar de los mecanismos existentes para resolver conflictos en dicho país, pueden decidir constituir garantías en el país B, en donde confían más en los mecanismos para hacer efectivas dichas garantías en caso de incumplimiento. Pero incluso en este caso, pueden tener dudas sobre la velocidad con la que el poder judicial de B trate el conflicto, por lo que acordarán someter su conflicto a un procedimiento arbitral. Evidentemente, en estos casos, las partes deberán analizar no sólo las condiciones en las que un eventual laudo podría ser reconocido por los tribunales de B o de A, sino también la forma en la que dicha resolución podría ser ejecutada.

Desde luego que todos estos escenarios pueden presentar importantes variables en función de los criterios sostenidos por los poderes judiciales, así como por su capacidad para procesar eficientemente los conflictos y ejecutar con eficacia sus resoluciones.

Las anteriores consideraciones necesariamente nos llevan a plantear que la actuación de los poderes judiciales debe también revisarse a la luz de la forma en la que impacta sobre los mercados. Algunos estudios que han intentado medir precisamente el impacto que puede tener la actuación de un Poder Judicial sobre la economía han concluido que dicho impacto puede llegar a ser tan significativo como el que tienen variables como la alfabetización de la población.⁴¹ Bajo este escenario, la función jurisdiccional se presenta como una actividad del Estado que puede tener importantes repercusiones sobre el funcionamiento de la economía.

En suma, los poderes judiciales tienen como una de sus responsabilidades coadyuvar a la generación de seguridad jurídica en un doble plano. En primer término, en el plano externo, pueden construir los mecanismos de certeza jurídica global al inscribirse como partes de un sistema que puede operar de manera articulada al compartir una visión fundamentada en los valores que inspiran la democracia, el Estado de derecho y la economía de mercado. Desde el punto de vista interno, la seguridad jurídica que generan permite anclar las operaciones globales de los actores económicos sobre bases de justicia y reciprocidad.

⁴¹ Prillaman, *op. cit.*, nota 12.