

La globalización del derecho y los poderes judiciales	83
A. El ámbito normativo del Estado en el mundo globalizado	85
1. Las nuevas coordenadas de la acción estatal	85
2. Hacia un nuevo paradigma jurídico: de la pirámide a la red	90
B. Los espacios jurídicos globalizados	99
1. Los mercados	99
a) Comercio de bienes y servicios	100
b) La inversión	108
c) Los contratos (lex mercatoria)	112
2. Los hombres	113
a) Los derechos humanos	113
b) El medio ambiente	116
C. Derecho, poderes judiciales y globalización	119
1. La función jurisdiccional en el Estado de derecho contemporáneo	122
2. Las funciones del poder judicial en el marco de la globalización	128
a) Funciones en la recepción (reconocimiento) del derecho internacional	130
(1) La recepción de tratados internacionales	130
(2) Los mecanismos supranacionales de resolución de controversias	133
b) Justicia y economía	135
c) Justicia y democracia	142
d) El acceso a la justicia	143
3. La construcción de la seguridad jurídica	145

LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO Y LOS PODERES JUDICIALES

En la primera parte de este informe se plantearon diversas tesis que permiten afirmar que una de las principales consecuencias de la globalización⁶⁸ es la deslocalización de la actividad humana y con ella la fragmentación del modelo estatal territorial. A pesar de este proceso, el Estado permanece como uno de los actores centrales en la organización del mundo y las sociedades.

En la teoría jurídica y política moderna ha existido siempre un vínculo muy estrecho que llega incluso a la identificación plena entre el derecho y el Estado, por lo que resulta muy difícil pensar al uno sin el otro (Kelsen 1979). Sin embargo, existen fenómenos ligados a la deslocalización de la actividad humana que están generando nuevas realidades jurídicas. Nos referimos no sólo a la compleja relación entre el derecho nacional y el internacional, sino a fenómenos como la *lex mercatoria* que, según algunos, constituiría un cuerpo autónomo y autoaplicativo de reglas jurídicas, o la construcción de estruc-

⁶⁸ Recordaremos que por globalización entendemos un conjunto de procesos que engloba una transformación en la organización temporal y espacial de las relaciones y las transacciones sociales, y que genera flujos y redes de actividad e interacción (económica, política y cultural) entre Estados, regiones y continentes,

turas jurídicas supranacionales que generan auténticos sistemas jurídicos, por ejemplo en materia de derechos humanos o medio ambiente. Estas cuestiones obligan a plantear diversas e inquietantes preguntas: ¿puede existir derecho sin Estado? ¿cómo se crea y se aplica? ¿cuál es su interacción con el derecho nacional? ¿cuál es el papel que juegan los tribunales nacionales en su reconocimiento y aplicación?

En esta tercera sección analizaremos diversos ángulos de estas cuestiones. Comenzaremos por reflexionar sobre el espacio normativo del Estado. Argumentaremos que, como consecuencia de la globalización, se han creado espacios normativos que atraviesan a los Estados nacionales y que por ello es necesario modificar el paradigma lineal con el que se conceptualizaba al derecho para utilizar un modelo más complejo. En seguida revisaremos de manera específica algunos de los espacios jurídicos globalizados, haciendo énfasis en sus diferentes implicaciones para los aparatos nacionales de administración de la justicia. Esto nos permitirá entrar de lleno en una reflexión final sobre las consecuencias que tiene la globalización en los poderes judiciales de la región de Iberoamérica.

A. El ámbito normativo del Estado en el mundo globalizado

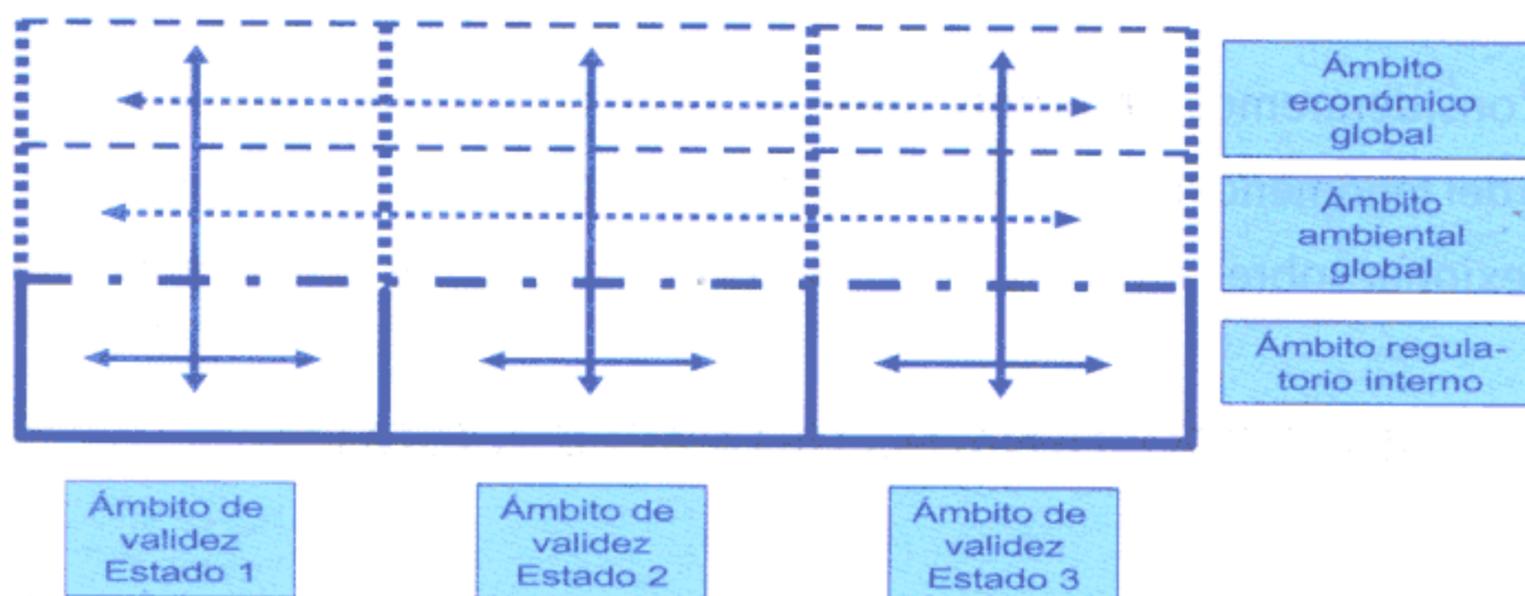
Consideraremos, en primer lugar, el espacio normativo del Estado a la luz del fenómeno de la deslocalización de la acción social. Ello nos conducirá a reflexionar sobre la manera de pensar el derecho al inicio del tercer milenio.

1. LAS NUEVAS COORDENADAS DE LA ACCIÓN ESTATAL

El modelo estatal está concebido como una corporación territorial en donde prevalece sólo un orden normativo jurídico. Gracias a esta organización estatal fue posible movilizar una enorme cantidad de recursos que tuvieron como resultado las condiciones materiales (v.g. tecnología, inversión, los medios de comunicación) que permitieron la separación cada vez mayor entre tiempo y espacio. Ello multiplicó las posibilidades de la acción humana, incrementando los intercambios y generando las condiciones que iban a modificar sustancialmente las bases de la organización temporal y espacial establecida por el propio Estado.

Desde esta perspectiva, y como ya señalamos, la globalización significa sencillamente la aparición de procesos sociales que se desarrollan "fuera" de los ámbitos de organización temporal y espacial propios del Estado moderno. Dicho de otro modo: la acción de los sujetos sociales se desarrolla diferencialmente en una multiplicidad de coordenadas temporales-espaciales. Muchas de estas acciones, quizá la parte más significativa, se desenvuelven dentro del ámbito estatal y por ello están sujetas a su ámbito normativo propio. Pero otras escapan, al menos en parte, a ese ámbito de validez. Quizá sea más importante hacer notar que los ámbitos de validez coexisten simultáneamente, generando así una compleja interacción entre lo local y lo global. El esquema siguiente muestra esta situación.

GRÁFICA 4
ÁMBITOS NORMATIVOS DEL MUNDO GLOBALIZADO



Las coordenadas verticales corresponden al ámbito de acción que se desarrolla dentro de la corporación estatal tradicional e implican la sujeción al control exclusivo del Estado, en particular en su dimensión normativa. La mayor parte de las relaciones sociales se desenvuelven aun dentro de este ámbito en donde el Estado mantiene un conjunto de complejas funciones de gobernabilidad (*governance*) que podemos identificar en los siguientes aspectos:

CUADRO 18
FUNCIONES DEL GOBERNABILIDAD (GOVERNANCE) DEL ESTADO*

- ✓ La reducción de riesgos a la seguridad y la salud de los seres humanos y su ambiente
- ✓ Garantizar un grado suficiente de seguridad jurídica (Estado de derecho)
- ✓ Establecer un sistema simbólico de referencia dentro del cual se desarrolle un sentido de identidad cívica y participación en las decisiones colectivas (democracia)
- ✓ Fomentar el desarrollo económico y reducir la desigualdad social con el propósito de generar bienestar colectivo e incrementar la calidad de vida

*Fuente: Zürn 2001, 42.

Las coordenadas horizontales corresponden a los campos de acción que escapan al control exclusivo del Estado pero que se desarrollan, al menos parcialmente, dentro de su territorio. Es en este nivel que se dan los intercambios de flujo "globales" y se establecen las redes de interacción global. La "novedad"⁶⁹ relativa de estos ámbitos es que crean espacios normativos que no emanan "directamente" de los órganos del Estado sino de otras instancias, pero que resultan igualmente obligatorios para los individuos sujetos a ellas.

Tomemos como ejemplo el lugar que ocupan los trabajadores de una empresa transnacional, quienes están sujetos a las disposiciones laborales del Estado en que está ubicada geográficamente esa empresa, pero simultáneamente obligados por sus códigos de conducta, que serán idénticos a las que se aplican a otros sujetos que laboran en la misma empresa en otro país. Existen por otro lado múltiples indicios de que las normas internas de estas empresas pueden entrar en colisión con las normas estatales, por ejemplo cuando no se aplican garantías o regulaciones administrativas, laborales o fiscales. En general, la coordinación de las normas de empresas con otros órdenes normativos se ha tratado de lograr mediante códigos de conducta externos.

Estos códigos afectan también relaciones menos formalizadas, pero son igualmente obligatorios. Por ejemplo, los abogados que realizan cierto tipo de negocios o actividades (v.g. el arbitraje comercial internacional) están

⁶⁹ La novedad es relativa pues, por ejemplo, la sujeción simultánea al Estado y a la Iglesia creó una situación similar desde el siglo XVI. Como es bien sabido, ésta fue una de las cuestiones fundamentales en la formación del Estado nacional, y sus orígenes ubican cuando menos en la Baja Edad Media.

sujetos a códigos profesionales (a veces no escritos), aplicables independientemente de los códigos de conductas de las barras locales (Dezalay y Garth 1996).

Desde otro punto de vista, existen auténticos regímenes normativos horizontales que no son más producto de la actividad de un Estado en particular e implican una compleja interacción de normas, pues se superponen a los sistemas jurídicos nacionales. Aunque sobre esta cuestión volveremos adelante (véase *infra*), este es el caso de los aspectos jurídicos relacionados con la integración económica, el comercio internacional, el medio ambiente o los derechos humanos.

CUADRO 19 TRES EJEMPLO DE ÓRDENES NORMATIVOS INSTITUCIONALIZADOS*

1. Las religiones –en primer lugar la iglesia católica y en grado menor las iglesias protestantes, el judaísmo y el islamismo– han desarrollado sistemas jurídicos que divergen, por lo regular, del derecho del Estado y que, por ello, han desencadenado y desencadenan con frecuencia conflictos con los órdenes normativos jurídicos estatales. Así, mientras las normas sobre derechos humanos garantizan libertad, pluralismo e igualdad, las mayoría de las religiones exigen ortodoxia, uniformidad e incluso en sus vertientes fundamentalistas, exclusión

2. El Comité Olímpico Internacional se considera como una especie de "gobierno mundial", el cual decide de manera autónoma sobre el desarrollo de los Juegos Olímpicos, incluso sobre la participación o exclusión de algún país. Las reglas que se aplican en los juegos tienen un carácter jurídico, si bien no derivan de un órgano estatal. El Tribunal Internacional Deportivo conoce de algunas controversias, las que resuelve, la mayoría de las veces, mediante un dictamen "cuasi" obligatorio. Muchas otras instituciones del deporte nacional e internacional, organizado en asociaciones internacionales deportivas, siguen este modelo. En relación con esas controversias, los tribunales nacionales se comportan de manera diversa, pero no permanecen inactivos. Así, por ejemplo, un tribunal alemán anuló la expulsión de una corredora alemana por uso de sustancias prohibidas, un tribunal norteamericano obligó a la Asociación Mundial de Boxeo a desconocer el título que un boxeador sudafricano había obtenido con ayuda de sustancias anabólicas; un tribunal belga solicitó al Tribunal de Justicia Europeo revisar la compatibilidad de las transferencias en fútbol con el derecho comunitario.

3. La economía, a través de la autonomía que otorga la libertad contractual, ha creado ordenamientos normativos que divergen del derecho estatal. El ejemplo empírico más convincente de una rama comercial que genera seguridad jurídica a través de una regulación autónoma es el comercio mundial de diamantes. En el mercado de diamantes en bruto, el cartel de De Beers controla el 80 a 85 por ciento de la producción mundial, para cuya distribución se ajusta a instituciones y reglas fijas. Cuatro corredores venden durante 10 sesiones anuales de bolsa (las así llamadas vistas), que se realizan en Londres, surtidos de diamantes a 150 o 200 comerciantes al mayoreo. Éstos no pueden escoger piedras individuales, sino que en las cajas ofrecidas se mezclan diamantes de calidad diversa. De este modo, la organización logra introducir en el mercado piedras que de otro modo no se podrían vender debido a su calidad menor. Los productores, los corredores y los comerciantes son miembros de unos 20 clubes de comerciantes en diamantes, los cuales monopolizan los negocios y discriminan a los que no son miembros. Las modalidades de venta están fijadas hasta en sus detalles en las disposiciones contractuales, las desviaciones o violaciones son dadas a conocer a través de "listas negras"

que se distribuyen mundialmente. La pérdida de la reputación de alguno de los comerciantes significa, de hecho, la terminación de sus actividades de negocios. De este modo queda excluido el derecho estatal de la competencia, el penal y el contractual; los tribunales del Estado son sustituidos por tribunales arbitrales o por decisiones del rabino (la mayoría de los comerciantes son de credo judío).

*Fuente: Gessner, 2003.

La posibilidad que tiene un sujeto de pertenecer y estar sometido simultáneamente a diversos espacios normativos se encuentra, en gran medida, en función de su posición dentro de la estratificación social. Algunos individuos están más "globalizados" que otros, pues sus redes de relaciones son más complejas por tener campos de acción más extensos. Esto quiere decir simplemente que la globalización no afecta por igual a todos los integrantes de las sociedades modernas ni al mismo sujeto de la misma manera. Los individuos que se encuentran en los niveles más bajos de la estratificación social, y cuyo campo de acción está limitado a las actividades de sobrevivencia elementales, están normalmente excluidos de los procesos a los que nos hemos referido.

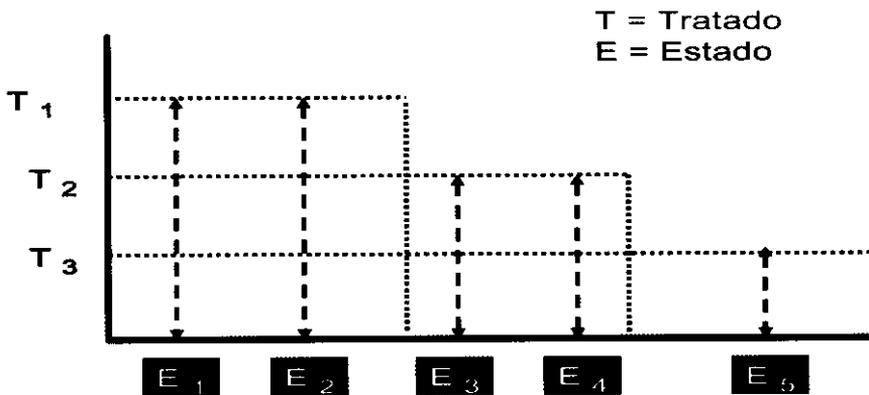
Lo anterior explica por qué la supuesta uniformidad derivada de la globalización no es tan importante como algunos postulan, pues la integración en varios niveles permite a los actores jugar estrategias diferenciadas de acción en función de sus intereses específicos. En ocasiones lo "global" –democracia, derechos humanos, economía de mercado– sirve simultáneamente para reforzar estrategias internas de los actores que juegan en un campo de diferentes niveles.⁷⁰

Del mismo modo, este fenómeno no afecta a todos los Estados por igual. Su intensidad dependerá de la profundidad de su inserción dentro de los sistemas globales. Así, los Estados con mayores flujos y número de agentes que participan en las diferentes redes estarán relativamente más "globalizados" que otros (véase *supra* la Gráfica 3 que contiene el "Índice de globalización" A. T. Kearny/Foreign Policy). La velocidad e intensidad del proceso de

⁷⁰ Un buen ejemplo de esta situación fue el movimiento zapatista en Chiapas. Una de sus banderas era la oposición a la "globalización" representada por la economía de mercado y la integración comercial con los Estados Unidos. Simultáneamente utiliza estrategias "globalizadas" de legitimidad en los valores de la democracia, los derechos humanos y los derechos de los pueblos indígenas; se apoyó en redes internacionales para fortalecer sus demandas y utilizó el Internet como un medio privilegiado de comunicación.

globalización determinará entonces la complejidad de un sistema jurídico. El siguiente esquema muestra esta situación:

GRÁFICA 5
GRADOS DE INTEGRACIÓN



El Estado sería así sólo uno de los ejes de organización de la acción el cual está en interacción continua con otros agentes y elementos que escapan a su control territorial. Esta tensión estructuraría las sociedades en diversos niveles, según las posiciones relativas de los actores, generando dinámicas complejas de relación entre lo local y lo global.

Estado y derecho han entrado quizá en un momento de transición que supone el replanteamiento completo de su concepción.

2. HACIA UN NUEVO PARADIGMA JURÍDICO: DE LA PIRÁMIDE A LA RED

La generación de espacios normativos horizontales puede sugerir, en una primera aproximación, que nos acercamos a la uniformidad y, en última instancia, a la unificación del derecho en todo el mundo. Después de todo, aunque en distinta escala territorial y temporal, dicho proceso no sería sino otra manifestación de los recurrentes esfuerzos históricos –que prácticamente pueden considerarse como constante de la evolución del derecho– por contrarrestar la dispersión normativa, por establecer cuerpos normativos organi-

zados e identificables. Muchos de estos esfuerzos han ido aparejados con procesos de centralización política o de redistribución del poder y la autoridad entre distintas fuerzas. Si bien ahora no podríamos identificar un proceso único de concentración de la autoridad a nivel mundial, hay, por otro lado, numerosos ejemplos de instituciones que poseen y ejercen responsabilidades de tipo político y jurídico en los procesos de integración a nivel regional o global.

Adicionalmente hay algunos autores que han identificado una tendencia hacia la americanización del derecho. Desde esta perspectiva, la globalización del derecho es impulsada no sólo por las necesidades de la economía global, sino también por la desigual distribución del poder. Así, no es difícil ver un fuerte elemento de "americanización", entendiendo por tal la difusión de conceptos, figuras y prácticas provenientes de los Estados Unidos (Shapiro, 1993). En una variante de esta visión, otros autores subrayan que el impulso hacia la uniformidad viene de una "reestructuración del campo jurídico internacional", que proviene esencialmente de la práctica del derecho ejercida por los grandes despachos jurídicos norteamericanos y por la influencia de la educación jurídica americana sobre las élites de los países latinoamericanos (Dezalay y Garth, 1995; Dezalay y Garth, 2002).

Sin embargo, esta primera vinculación entre la globalización y el derecho en términos de un proceso de creciente uniformidad y unificación jurídica, plantea diversos interrogantes previos: ¿poseen todos los países los prerrequisitos políticos, sociales y culturales para esta unificación? ¿puede hablarse de una verdadera unificación del derecho? ¿no será más bien que se uniforman las normas, pero no la práctica de su aplicación? ¿se presentan estas tendencias de la misma manera en todos los ámbitos del derecho?

En realidad la tendencia hacia una cierta uniformidad de las instituciones jurídicas convive con la constante multiplicación de órdenes normativos y culturas jurídicas. Esta multiplicación se debe a numerosos factores, entre otros los siguientes:

- Las culturas jurídicas siempre tienen una dimensión histórica, por lo que la introducción del derecho "global", incluso mediante la susti-

tución del orden jurídico nacional, no implica la desaparición completa de la cultura jurídica anterior, sino que requiere necesariamente de adaptaciones a las circunstancias locales; la historia es, pues, un elemento de divergencia entre las culturas jurídicas (Gessner, 1994, 2003);

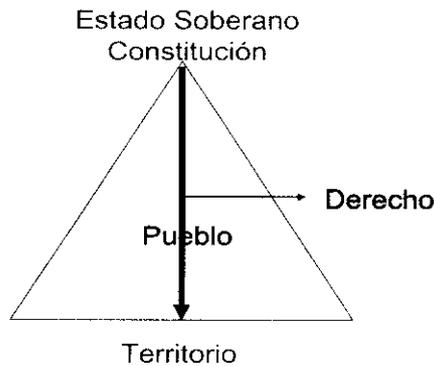
- El surgimiento o reconocimiento de órdenes jurídicos autónomos dentro y fuera de las fronteras nacionales; ejemplo de lo primero son los derechos indígenas, y de lo segundo, la llamada *lex mercatoria*, normalmente con sus propias autoridades y jurisdicciones; sin embargo, la autonomía es relativa en cuanto no puede dejar de plantearse su relación, que incluso puede ser de dependencia con el orden jurídico estatal;
- El surgimiento de nuevas instituciones internacionales, junto con la constelación de organismos gubernamentales y no gubernamentales, tribunales, comités, etcétera, que contribuyen mediante tratados, sentencias, recomendaciones y opiniones al panorama jurídico mundial; aunque sujetos formalmente a las decisiones de los Estados soberanos que les dan vida, muchos de estos organismos se desenvuelven dentro de una dinámica propia.

Los procesos de integración jurídica avanzada, como el que ejemplifica la actual Unión Europea, han puesto de manifiesto las dificultades de alcanzar una verdadera unificación del derecho, o al menos la reducción de las diferencias (armonización) entre distintos ordenamientos (Delmas-Marty, 1994; Gessner, 1994). Por otro lado, la globalización del derecho podría significar no la unificación del derecho, sino la creación de espacios relativamente autónomos que atraviesan las fronteras de los Estados nacionales y que, al entrar en contacto con los ámbitos espaciales propios a esos Estados, generan una evolución del conjunto de los sistemas jurídicos. Este efecto de comunicación puede darse porque existe una especie de común denominador en prácticamente todos los sistemas jurídicos nacionales derivado del sustrato occidental implícito en la mayor parte del derecho estatal (López Ayllón, 1997, 58-68).

La solución de estas interrogantes no agota la cuestión de las transformaciones a que está sujeto el derecho por efecto de la globalización. Quizá más profundamente, estos cambios obligan a replantear el paradigma que hace del derecho y el Estado un binomio jerarquizado e indisoluble por el de una visión más compleja y que supone una concepción sistémica en forma de red.⁷¹

En efecto, tradicionalmente los teóricos del Estado y el derecho desarrollaron una concepción esencialmente "jerárquica", "lineal" y "arborescente" de un sistema jurídico. La estructura del sistema jurídico es jerárquica en tanto que sus órganos, como sus normas, están situados en una situación de superioridad o subordinación de unas en relación con las otras. Esta jerarquía es también lineal, en el sentido de que implica relaciones de dirección única entre sus diferentes niveles jerárquicos, excluyendo toda forma de inversión o retracción entre ellos. Es arborescente en razón que sus diferentes elementos se engendran por multiplicación a partir de un lugar de creación original único (Ost y van de Kerchove, 2002, 44). El esquema siguiente, el de una pirámide estratificada en diversos niveles intermedios, sólidamente construida sobre una base territorial, constituye una expresión gráfica de este modelo.

GRÁFICA 6
VISIÓN PIRAMIDAL TERRITORIAL



⁷¹ El desarrollo de esta sección se inspira ampliamente en el trabajo de Francois Ost y Michel van de Kerchove (2002), *De la pirámide au réseau, pour une théorie dialectique du droit*.

Esta concepción piramidal y jerárquica es la que determina las relaciones entre derecho nacional e internacional, o bien entre el derecho nacional y los órdenes jurídicos "infra" estatales, que sólo alcanzan reconocimiento en la medida que sean incorporados a ese modelo.

Justamente este modelo es el que, como resultado de la globalización y las nuevas realidades jurídicas, parece necesario replantearse.⁷² En efecto, existen al menos tres series de problemas que ponen en duda la pertinencia del modelo piramidal.

En primer lugar, la cuestión de las *relaciones entre sistemas jurídicos*. Desde la perspectiva estrictamente jerarquizada y territorial, su interacción era sólo posible en términos de subordinación, integración o indiferencia. Hoy vemos una compleja interacción entre normas de diferentes sistemas. Así, hay normas de derecho internacional que son aplicadas directamente en los sistemas jurídicos nacionales, o normas de derecho interno que son reconocidas por el sistema jurídico internacional u otros sistemas jurídicos nacionales. De este modo, la frontera entre lo interno y lo externo, que alguna vez pareció nítida, se hace cada vez más difusa.

Un segundo aspecto tiene que ver con la *primacía de la Constitución* sobre el resto de las normas jurídicas internas. Si bien las Constituciones permanecen como el fundamento de los sistemas jurídicos nacionales, poco a poco se han abierto al reconocimiento de otros sistemas. Así, por ejemplo, el reconocimiento de los tratados internacionales de derechos humanos al mismo nivel que las disposiciones constitucionales, las consecuencias que suponen los procesos de integración regional o el reconocimiento de jurisdicciones internacionales (véase *infra*), obliga a repensar el lugar que ocupan las constituciones en ese sistema piramidal. Desde otro punto de vista, los procesos de construcción de

⁷² Conviene advertir sin embargo que, como hemos insistido, la globalización es asimétrica y supone grados variables. Muchos de los fenómenos que hemos descrito se presentan con mayor intensidad en aquellos Estados altamente globalizados, principalmente Estados Unidos, Canadá, los países europeos miembros de la Unión Europea, Japón, Australia, Nueva Zelanda y otros países asiáticos. Los países de América Latina, como hemos ya expuesto, están relativamente menos globalizados por lo que estos fenómenos, aunque presentes, son menos visibles y significativos.

los derechos humanos y la democracia como valores "supra" nacionales internacionalmente reconocidos, ha puesto en ocasiones en duda la legitimidad de los modelos constitucionales que no se ajustan a esos estándares. Encontramos así que las constituciones deben de pasar una especie de prueba de "legitimidad mínima" de sus contenidos, susceptible de ser puesta en cuestión no sólo por mecanismos políticos, sino también jurídicos.

Un tercer aspecto, y este es de especial importancia, tiene que ver con los problemas relacionados con la *interpretación y aplicación de las normas*. En efecto, si bien en teoría la interpretación de las normas, especialmente por los tribunales, está encuadrada, de acuerdo con la teoría tradicional, por una norma de competencia que les otorgaría la posibilidad de crear normas individualizadas, en realidad y como han mostrado diversos teóricos, el poder que tienen los tribunales de reconocer normas, incluso de crearlas, los pone de hecho en la cima de la pirámide. Así "la existencia jurídica de una norma legislativa no resulta de su conformidad con la Constitución, sino de su interpretación por el juez" y donde "la validez no proviene de la norma superior sino del proceso de producción de las normas inferiores".⁷³ En otras palabras, los tribunales constituyen en realidad los órganos centrales del proceso de reconocimiento, aplicación y validación de las normas jurídicas.

Así, sin intentar borrar el horizonte propuesto por el modelo piramidal ni negar de manera radical su validez, es claro que la complejidad de las realidades jurídicas del mundo global obligan a buscar un modelo alternativo que permita explicar mejor los fenómenos que observamos. Las tres hipótesis centrales siguientes sirven a Ost y van de Kerchove para proponer un modelo de red:

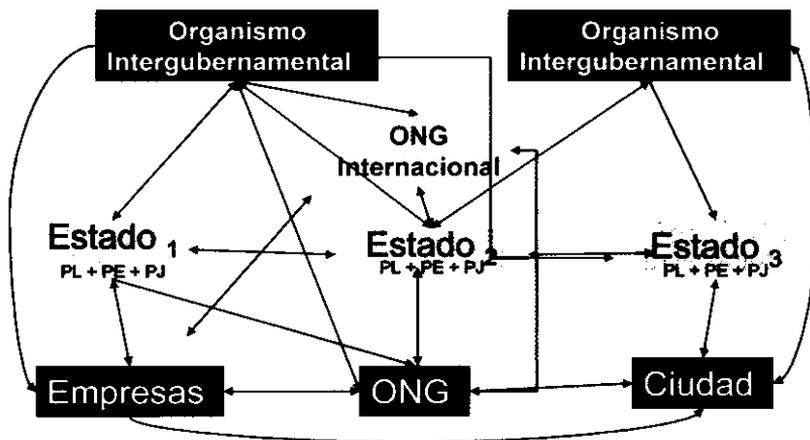
[...] sin desaparecer, la jerarquía revela sus límites –discontinuidad, alternancia, parcialidad– donde la subordinación cede parcialmente el lugar a la coordinación y a la colaboración; sin perder completamente vigor, la linealidad se relativiza y se

⁷³ Estas ideas han sido desarrolladas por el distinguido constitucionalista francés Michel Troper en "Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique" en *Revue internationale de philosophie*, no. 138, 1981, p. 520, cit. por Ost y Kerchove, 2002, 48-49).

acompaña frecuentemente de fenómenos de circularidad o de inversión en el orden de las relaciones; la arborescencia se diluye, en la medida en que las multiplicación de los lugares de creación de derecho no puede siempre derivarse de un punto único y soberano (Ost y Kerchove, 2002, 50).

El cuadro que incluimos a continuación propone una representación gráfica de este modelo de red. Es importante destacar cómo los Estados permanecen al centro del sistema, pues son sus órganos (legislativos, judiciales, administrativos) los responsables de reconocer y aplicar las reglas jurídicas. Es también necesario que, en la lógica del funcionamiento derivado del sistema de división de poderes, sean los tribunales nacionales los responsables de reconocer y aplicar, en última instancia, las reglas jurídicas que se aplican a los casos concretos. Lo que intenta mostrar el modelo es la complejidad de los actores que participan en los procesos de formación de las reglas jurídicas.

GRÁFICA 7
VISIÓN DE RED



De esta manera, el principio de territorialidad implícito en el modelo estatal, y por ello necesariamente construido en la concepción jurídica que identificaba al derecho y al Estado, es hoy claramente insuficiente para explicar la complejidad de las relaciones jurídicas en al menos los siguientes cuatro niveles:

CUADRO 20
ELEMENTOS DE COMPLEJIDAD EN LAS RELACIONES JURÍDICAS DEL MUNDO GLOBAL*

- ✓ Creación de *órdenes jurídicos internacionales* que constituyen los sistemas de referencia para la regulación de fenómenos tan importantes como el comercio, los derechos humanos o el medio ambiente, pero cuya aplicación en última instancia se encuentra localizada en un territorio estatal determinado.
- ✓ Progresos en los *procesos de integración económica regional*, que construyen paulatinamente territorios regulados, menos por órganos supranacionales que por nuevas formas jurídicas, como por la superposición de competencias jurídicas sobre un mismo territorio, el principio de subsidiariedad (atribución funcional no determinada de competencias a instituciones que corresponden a escalas espaciales variables) o incluso por la acción de redes de expertos no localizadas (por ejemplo arbitrajes). El caso más completo y complejo lo constituye la Unión Europea (Delmas-Marty 1994), pero en el mundo existen más de 200 acuerdos de integración regional notificados a la OMC.⁷⁴
- ✓ *Fuerzas centrífugas dentro de los Estados nacionales* que generan la constitución de órdenes jurídicos regionales o federales y donde el ejercicio real de la soberanía, aunque constitucionalmente único, se ejerce en unidades territoriales fragmentadas.
- ✓ Creación de los *órdenes jurídicos privados deslocalizados*, tanto en micro sistemas sectoriales o locales o en amplias redes transnacionales (órdenes jurídicos religiosos, deportivos, humanitarios, empresariales, académicos, profesionales) cuyo punto de referencia jurídico no depende de un ancla territorial, sino de estatus de adhesión voluntaria.

*Fuente: Tomado con adaptaciones de Ost y Kerchove, 2002, 129-130.

En el apartado siguiente profundizaremos, de manera ejemplificativa, en la descripción de algunos de estos sistemas jurídicos globales, a fin de poder reflexionar posteriormente sobre sus implicaciones para la seguridad jurídica y los poderes judiciales.

⁷⁴ Información obtenida de la página de la Organización Mundial del Comercio www.wto.org (consulta marzo de 2004).

B. Los espacios jurídicos globalizados

Analizaremos a título de ejemplo algunos de los espacios jurídicos globalizados. Consideraremos primero aquellos relacionados con los mercados, para después considerar sus impactos en los hombres y el medio ambiente.

1. LOS MERCADOS

En el mundo de hoy todas las economías se encuentran relacionadas, en mayor o menor medida, al punto de constituir un auténtico mercado mundial. Es este espacio en donde se generan los intercambios de mercancías, servicios y dinero. No debe sorprender, por ello, que sea justamente en este lugar donde se generen con mayor claridad los ámbitos jurídicos globalizados. Como veremos, sin embargo, éstos no son únicos ni uniformes. Su grado de desarrollo es claramente asimétrico y en algunos casos aún se debate su pertinencia. Una vez, más la globalización se muestra como un fenómeno de enorme complejidad y efectos desiguales.

a) Comercio de bienes y servicios

El comercio mundial de bienes y servicios constituye uno de los motores de la economía mundial. Hoy el comercio ha llegado a niveles sin precedente y los mercados nacionales están interconectados mediante una muy compleja red de mecanismos de producción y distribución. Existen muy pocas empresas que dependan exclusivamente de los mercados de un país o que sus componentes de materia prima, servicios y financiamiento sean exclusivamente nacionales (Dicken 1998, 31-42; Held et al., 2001, 155-210).

El desarrollo del mercado mundial ha sido en gran medida favorecido e impulsado por la formación paulatina de un auténtico régimen jurídico internacional alrededor primero del GATT y posteriormente de la OMC. La formación de este régimen jurídico horizontal se remonta al final de la Segunda Guerra Mundial y se ha desarrollado de manera ininterrumpida desde entonces para constituir probablemente el sistema jurídico global que tiene mayor extensión, complejidad y desarrollo institucional. Analizaremos muy brevemente algunas de sus características.⁷⁵

La idea original de la conferencia de Breton Woods (1944) era construir un nuevo sistema económico con base en tres pilares. Por un lado el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, y en tercer término una institución que se denominaría Organización Internacional del Comercio (OIC) responsable de promover el desarrollo del comercio mundial. Aunque las negociaciones para crearla concluyeron en 1948 con la Carta de La Habana, la falta de ratificación por parte del Congreso de los Estados Unidos determinó que esa organización nunca naciera.

Antes que concluyeran las negociaciones, 23 de los 50 participantes decidieron en 1946 celebrar negociaciones para reducir y consolidar los aran-

⁷⁵ Existe una muy amplia bibliografía sobre el GATT/OMC. Entre otros muchos puede consultarse McGovern 1995; WTO 1995; Jouanneau 1996; Demaret, Bellis y García Jiménez 1997; Carreau y Juillard 1998; Krueger 1998; Jackson 1999; Trebilcock y Howse 1999; Arup 2000; Jackson 2000; Lal Das 2000; Schott 2000; World Bank 2000, y OMC 2003.

celes aduaneros. Acababa de terminar la Segunda Guerra Mundial y esos países deseaban impulsar rápidamente la liberalización del comercio y empezar a soltar el lastre de las medidas proteccionistas que seguían en vigor desde comienzos del decenio de 1930. El resultado de estas negociaciones fue la firma del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT por sus siglas en inglés).

Fue así que, desde 1948 y hasta 1994, ese acuerdo, que tenía una intención provisional, se desarrolló y estableció gradualmente mediante una serie de rondas de negociaciones multilaterales las reglas aplicables a una gran parte del comercio mundial. El cuadro siguiente muestra cómo se desarrolló el sistema.

CUADRO 21
RONDAS DE NEGOCIACIONES DEL GATT*

Año	Lugar/denominación	Temas abarcados	Países
1947	Ginebra	Aranceles	23
1949	Anncy	Aranceles	13
1951	Torquay	Aranceles	38
1956	Ginebra	Aranceles	26
1960-1961	Ginebra (Ronda Dillon)	Aranceles	26
1964-1967	Ginebra (Ronda Kennedy)	Aranceles y medidas antidumping	62
1973-1979	Ginebra (Ronda de Tokio)	Aranceles, medidas no arancelarias y acuerdos relativos al marco jurídico	102
1986-1994	Ginebra (Ronda Uruguay)	Aranceles, medidas no arancelarias, normas, servicios, propiedad intelectual, solución de diferencias, textiles, agricultura, creación de la OMC, etc.	123

*Fuente: OMC, 2003, 17.

Al finalizar la Ronda Uruguay, luego de 7 años de muy complejas negociaciones, los países que participaron en las negociaciones acordaron crear una nueva organización internacional que se denominaría Organización Mundial del Comercio, y que constituiría el marco institucional para dar vida a los nuevos acuerdos logrados (Krueger 1998).

El ámbito de competencia material de la nueva organización es extraordinariamente complejo y comprende una impresionante lista de alrededor de

60 acuerdos, anexos, decisiones y entendimientos. Los acuerdos quedan comprendidos en una estructura simple con seis partes principales:

CUADRO 22
ESTRUCTURA DE LOS ACUERDOS DE LA OMC*

- ✓ Un acuerdo general (el Acuerdo por el que se establece la OMC).
- ✓ Un acuerdo general en materia de comercio de bienes (GATT), una serie de acuerdos y anexos adicionales⁷⁶ y una lista de compromisos específicos por país que establecen el acceso a sus mercados de productos extranjeros.
- ✓ Un acuerdo general en materia de servicios (GATS), una serie de anexos y acuerdos adicionales⁷⁷ y un listado de compromisos específicos por país que establecen las condiciones de acceso a los proveedores de servicios extranjeros.
- ✓ Un acuerdo general en materia de propiedad intelectual (TRIP's)
- ✓ El entendimiento que establece el mecanismo de solución de controversias
- ✓ Un acuerdo que establece los exámenes de las políticas comerciales de los países miembros de la organización y que supervisa el cumplimiento de sus obligaciones.

*Fuente: OMC, 2003.

Luego de la creación de la OMC, el sistema continuó desarrollándose y en las sucesivas reuniones ministeriales el ámbito potencial de materias cubiertas por los acuerdos se ha incrementado. De este modo, y aunque con importantes divergencias entre los diferentes países miembros, en la agenda de la organización, además de profundizar en la liberalización de aspectos tan delicados como los productos agrícolas y los subsidios, se tratan temas como la relación entre el comercio y la protección al medio ambiente, las inversiones, las compras gubernamentales, la competencia, el comercio electrónico y las normas del trabajo.⁷⁸

Para la perspectiva de este informe, existen varias consideraciones significativas sobre las implicaciones del régimen jurídico de la OMC, que analizaremos enseguida.

⁷⁶ Estos acuerdos establecen reglas en materia de agricultura, reglamentos sanitarios para los productos agropecuarios, textiles y vestido, obstáculos técnicos al comercio (normas sobre productos), medidas en materia de inversiones, medidas antidumping, métodos de valoración en aduana, inspección previa a la expedición, normas de origen, licencias de importación, subvenciones y medidas compensatorias y salvaguardias

⁷⁷ Estos anexos incluyen reglas en materia de movimiento de personas físicas, transporte aéreo, servicios financieros, transporte marítimo y telecomunicaciones.

⁷⁸ Sobre estas cuestiones existe una abundante información en la página electrónica de la OMC www.wto.org

En primer lugar, la existencia de un régimen jurídico horizontal que regula la mayor parte de los intercambios comerciales en el mundo. Este régimen ha sido creado a lo largo de casi 50 años y con el tiempo ha alcanzado una gran complejidad, tanto desde el punto de vista de los actores que contribuyen a su creación y aplicación, como desde el de su alcance y profundidad. Consideremos estas dos últimas cuestiones.

Desde la perspectiva de su alcance, sería un error considerar que el alcance del régimen del comercio se refiere únicamente a regular los intercambios de mercancías y servicios. Puesto que éstos se generan y consumen en territorios estatales determinados, existe en realidad una amplia gama de políticas estatales internas que se ven directa o indirectamente afectadas por el régimen comercial internacional. Así, cuestiones tales como las políticas de subsidios, las políticas fiscales y aquellas relacionadas con la protección a la salud, al medio ambiente o a los consumidores se ven directamente afectadas las disposiciones internacionales.

También ha penetrado crecientemente en el ámbito nacional la regulación internacional de los servicios y de la propiedad intelectual. Una mirada a los compromisos del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios bastaría para comprender cómo aspectos tradicionalmente considerados exclusivos del ámbito nacional ligados, tal como los ligados al régimen de propiedad extranjera o la regulación de la profesión jurídica, se encuentran ahora largamente determinados por reglas generadas internacionalmente (Arup, 2000, 144-173).

CUADRO 23 EL CASO McDONALD'S*

McDonald's, empresa estadounidense con miles de franquicias en el mundo y propietaria de una marca mundialmente famosa que había registrado ya hacía varios años en Sudáfrica, había retrasado su introducción al mercado sudafricano debido a la actitud de la comunidad internacional en contra de la *apartheid* y las consecuentes restricciones comerciales en contra de ese país. Cuando la empresa se decidió a ingresar, encontró que una empresa nacional de comida rápida había solicitado el registro del nombre "McDonald's" en su favor y que también había solicitado que el registro de dicha marca fuera retirado a la empresa estadounidense pues técnicamente, por el tiempo que había pasado sin que ésta hubiera utilizado la marca dentro del país, su derecho a hacerlo había expirado. Sin esperar demasiados problemas, la firma estadounidense demandó a la empresa nacional

confiando en que su nombre, conocido a nivel mundial, sería protegido en su favor y en contra de imitaciones; además, esperaba que el registro de la marca le fuera respetado amparándose en el precepto de la ley sudafricana de *circunstancias especiales* (relacionadas con la existencia del *apartheid*) como justificación suficiente para no haber empezado operaciones en el país sino hasta muchos años después de haber registrado la marca. Para sorpresa de la firma estadounidense, la Suprema Corte de Sudáfrica consideró inapropiada la evidencia presentada por aquella acerca de qué tan conocida era su marca en ese país y además rechazó sus argumentos sobre las circunstancias especiales que le habían impedido iniciar operaciones, decidiendo en contra de la multinacional. Tiempo después, sin embargo, la multinacional apela y gana el caso, pues la corte de apelaciones trata la evidencia de la empresa en forma menos estricta. La decisión de la Suprema Corte sudafricana afectó, al menos temporalmente, los intereses y estrategia de expansión de una empresa de importancia global, ayudando en forma indirecta a las empresas nacionales de comida rápida, de por sí bastante bien posicionadas en el mercado sudafricano. Ni siquiera una empresa global poderosa y mundialmente conocida puede sustraerse a la acción e interpretación que los poderes judiciales pueden dar a las leyes nacionales.

*Fuente: "Johannesburgers and fries", *The Economist*, 25 de septiembre de 1997.

Ahora bien, todas estas reglas, aunque generadas internacionalmente, tienen que ser reconocidas y adoptadas por los parlamentos nacionales, las administraciones públicas y los poderes judiciales nacionales. En otras palabras, no basta con su generación y adopción por los organismos internacionales mediante el acuerdo de voluntades de los representantes de los países miembros de la organización, sino que son necesarios para su ejecución concreta los actos propios de los actores estatales territoriales tradicionales. Así, como hemos señalado, cualquier régimen horizontal pasa necesariamente por una compleja interacción con el régimen territorial nacional.

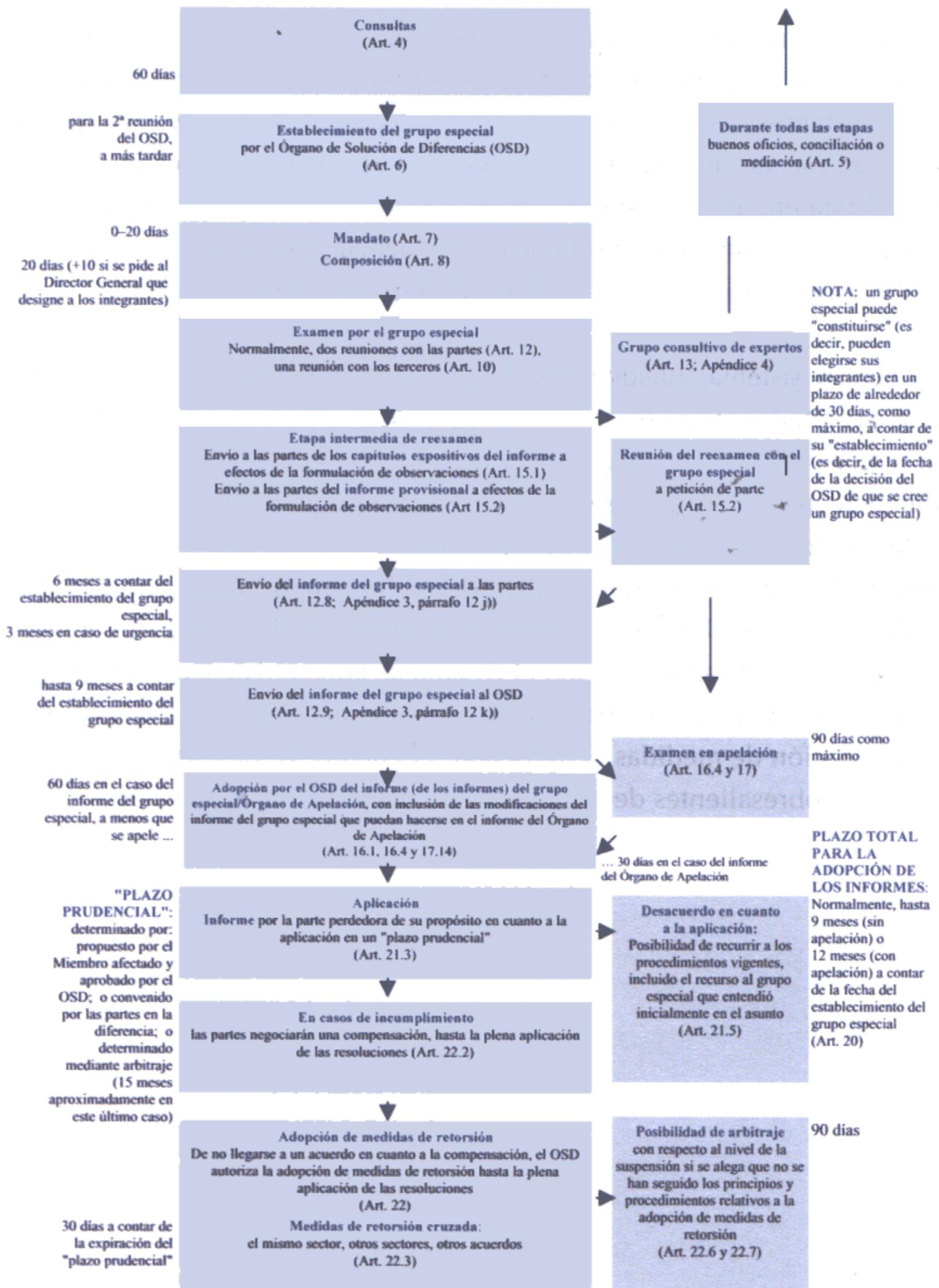
Desde el punto de vista de su creación, concurren al diseño e implementación del régimen comercial mundial, no sólo los representantes nacionales, sino un complejo entramado de grupos de interés con capacidad de acción internacional. Típicamente, estos grupos estaban integrados por los propios miembros de los organismos intergubernamentales, desde el secretariado de la OMC hasta aquellos del Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial o la Unión Aduanera Internacional. Ahora deben sumarse la pléyade de organizaciones no gubernamentales (ONGs), tanto internacionales como nacionales, que tienen intereses específicos en las negociaciones. Éstas abarcan una compleja gama de organismos, desde las cámaras de comercio, las organizaciones ambientales, hasta los representantes de poderosas asociaciones nacionales tales como la *Motion Picture Association* de los Estados Unidos. En los últimos años, la presencia cada vez más visible de los movimientos antiglo-

balización desde la conferencia ministerial de Seattle han hecho el panorama aún más complejo (Schott 2000).

Una última característica que requiere mención especial la constituye el sistema de solución de controversias de la OMC. En este campo, junto con las reglas sustantivas, hemos asistido a la constitución de un régimen que pasó de ser un mecanismo apenas esbozado en un par de artículos del GATT de 1948, hasta uno de los sistemas de solución de controversias más complejos que existen actualmente y que tiene una influencia decisiva en la interpretación y aplicación de los acuerdos de la OMC (Jackson 2000, 113-194).

En este sistema, guiado por el Órgano de Solución de Diferencias que se integra con todos los países miembros de la organización, se desarrollan procedimientos que incluyen una primera revisión por un tribunal arbitral y la posibilidad de que su decisión sea apelada basada por cuestiones de derecho por cualquiera de las partes en el conflicto ante un órgano especial denominado Órgano Permanente de Apelación, el cual ha tenido una enorme actividad desde su creación. Las decisiones de los tribunales arbitrales o del órgano de apelación, una vez adoptadas por el Órgano de Solución de Diferencias, tienen carácter vinculatorio para los Estados y pueden dar lugar, en casos extremos, a la aplicación de medidas de retorsión. El cuadro XX muestra las características más sobresalientes del sistema de solución de controversias.

CUADRO XX MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA OMC*



*Fuente: OMC 2003, 73.

El panorama, ya extraordinariamente complejo del marco global de la OMC, es aún más complejo si consideramos los acuerdos de integración regional que constituyen auténticos subsistemas jurídicos de diferente complejidad, pero que inciden en la configuración de los marcos jurídicos horizontales. En julio de 2003 sólo había tres Miembros de la OMC -Macao, China, Mongolia y el Taipei Chino- que no eran parte en ningún acuerdo comercial regional. El aumento del número de esos acuerdos ha proseguido sin interrupción desde los primeros años del decenio de 1990. De acuerdo con la OMC (2003, 77) en mayo de 2003 se habían notificado a la OMC (y a su predecesor, el GATT) más de 265 acuerdos de integración regional.⁷⁹ A juzgar por el número de acuerdos que –según las informaciones recibidas– están en proyecto o ya en negociación, es muy posible que para 2005 el número total de acuerdos comerciales regionales en vigor se aproxime a los 300.

Cada uno de estos acuerdos genera reglas tanto sustantivas como procesales que inciden en los espacios nacionales bajo los mismos principios de interacción compleja y cuyo impacto puede ponderarse en diversos aspectos específicos, tales como la transparencia, la interpretación del derecho, los procedimientos internos, la solución de controversias (López Ayllón 1997) o incluso, desde una perspectiva más general, sobre el conjunto de los órganos creadores de derecho (Zamora 1997).

CUADRO 24 PRINCIPALES ACUERDOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL

Para mediados del año 2003 más de 260 acuerdos de integración regional habían sido notificados a la Organización Mundial del Comercio, entre los cuales destacan los siguientes:

- ✓ Unión Europea
- ✓ Acuerdo de Libre Comercio Europeo
- ✓ Tratado de Libre Comercio de América del Norte
- ✓ Asociación de Naciones del Asia Sudoriental

⁷⁹ Entre ellos destacan la Unión Europea, el Acuerdo de Libre Comercio Europeo (EFTA), el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental, la Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional, el Mercado Común del Sur (Mercosur), el Acuerdo para Estrechar las Relaciones Económicas entre Australia y Nueva Zelanda, el proyecto de Acuerdo de Área de Libre Comercio de las Américas. Para un análisis de las implicaciones jurídicas de la interrelación entre las reglas multilaterales y las regionales véase: Demaret, Bellis y García Jiménez, 1997.

- | | |
|---|--|
| ✓ | Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional |
| ✓ | Mercado Común del Sur |
| ✓ | Acuerdo para Estrechar las Relaciones Económicas entre Australia y Nueva Zelanda |
| ✓ | Proyecto de Acuerdo de Área de Libre Comercio de las Américas |

b) La inversión

En un mundo de corporaciones transnacionales y enormes flujos de inversión parecería lógico que, al igual que en materia comercial, existiera un régimen jurídico horizontal que regulara la inversión. Sin embargo, esta materia enfrenta complejidades y dilemas aún mayores y por ello no se ha creado un órgano central que, a similitud de la OMC, genere las disposiciones internacionales que regulen la inversión. No obstante, a lo largo de las últimas décadas se ha creado un complejo entramado normativo que incide en la manera en que los Estados nacionales enfrentan las cuestiones jurídicas relacionadas con las inversiones.

En materia de la regulación de la inversión extranjera es donde se reflejan con mayor fuerza algunas de las paradojas del fenómeno de la globalización y de las diversas fuerzas contradictorias que confluyen en la creación de un orden jurídico horizontal. Así, por un lado, los Estados nacionales han considerado esta materia como uno de los puntales del ejercicio de la soberanía. Por ello han mantenido diferentes controles con grados variables de intervención sobre cuestiones relacionadas con la entrada, la operación y las transferencias derivadas de la inversión extranjera directa. Desde otra perspectiva, los Estados nacionales compiten por atraer inversiones, lo que ha generado políticas y reglas que tienden a incentivar la presencia y permanencia de los capitales extranjeros. Finalmente, una tercera fuerza deriva de la protección que buscan los inversionistas y los Estados exportadores de capitales respecto de algunas medidas adoptadas por los Estados receptores de la inversión. Todas estas condiciones han generado una enorme diversidad de reglas e instrumentos que logran equilibrios difíciles. El cuadro que se muestra a continuación busca presentar esquemáticamente los diversos aspectos relacionados con la regulación de las inversiones.

CUADRO 25
LA REGULACIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA*

Aspectos	Comentarios
Definición de inversión e inversionista	Existen diversos tipos de definición según sea el objeto del instrumento. Genéricamente existen tres tipos de definiciones según estén contenidas en instrumentos que busquen : <ul style="list-style-type: none"> • Asegurar la libre circulación de capitales • La protección de las inversiones • La promoción de la transferencia de inversiones de países exportadores a importadores de capital
Movilidad de las inversiones	Existe una fuerte tensión entre las políticas nacionales destinadas a ejercer control sobre el ingreso y las condiciones de operación de la inversión extranjera y las necesidades de atraer inversión. La mayor parte de los instrumentos internacionales, tanto multilaterales (acuerdos de integración) como bilaterales han optado por un modelo que privilegia la libre circulación y la limitación de las barreras de acceso, aunque se reconoce la existencia de ciertas limitaciones previamente establecidas.
Seguridad de las inversiones y los inversionistas	La mayor parte de los instrumentos internacionales han establecido disciplinas relacionadas con el trato no discriminatorio, justo y equitativo, la protección y la garantía de las inversiones (desde la entrada hasta la constitución y la operación) que deben otorgar los Estados huéspedes de las inversiones.
Transferencias de propiedad	Los instrumentos internacionales aunque reconocen el derecho soberano de los Estados huéspedes de realizar actos de expropiación, nacionalización o privatización, los sujetan a fuertes disciplinas respecto de las condiciones y las consecuencias (indemnizaciones)

*Fuente: Elaboración propia con base en información de Carreau y Juillard, 1998, 391-548.

En cuanto a los instrumentos que regulan la inversión encontramos una enorme diversidad. De entre ellos es necesario distinguir entre los que surgen de los organismos intergubernamentales multilaterales, los que se negocian en el marco de acuerdos de integración regional o los acuerdos bilaterales de fomento y protección de la inversión. El cuadro siguiente muestra los principales instrumentos que regulan las cuestiones relacionadas con la inversión. Debe señalarse que, generados en diversos momentos, estos instrumentos tienen diferentes enfoques, que no todos tienen un carácter vinculatorio y que sus principios pueden variar de manera significativa (Khalil 1992; Tschofen 1992).

CUADRO 26
PRINCIPALES INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN
MATERIA DE INVERSIÓN QUE AFECTAN LA REGIÓN DE IBEROAMÉRICA *

Tipo de instrumento	Denominación	Observaciones
Multilateral (OMC)	Acuerdo sobre medidas de inversión relacionadas con el comercio de la OMC (TRIMS)	Regula las medidas de inversión relacionadas con el comercio, principalmente medidas de desempeño, admite diversas excepciones.
Multilateral (OMC)	Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (GATS)	La presencia de prestadores de servicios en el territorio de otra parte normalmente involucra contenidos de inversión. Impone indirectamente disciplinas de trato, transferencias, transparencia y liberalización a la inversión, admite excepciones.
Multilateral (OCDE)	Declaración sobre inversión internacional y empresas transnacionales de la OCDE	Por tratarse de una declaración no es vinculatoria. Establece principios en materia de trato nacional así como disciplinas para empresas multinacionales
Multilateral (OCDE)	Códigos de liberalización de movimientos de capitales y de liberalización de operaciones corrientes invisibles	Establecen principios de liberalización, no discriminación, trato nacional y trato equivalente. Admite reservas y derogaciones.
Multilateral (Banco Mundial)	Principios sobre trato a la inversión extranjera	No tienen carácter vinculatorio. Establecen principios en materia de admisión, trato, expropiación, compensación y solución de controversias
Multilateral (Banco Mundial)	Organismo multilateral de garantía de inversiones	El objetivo es atraer flujos de inversión a los países miembros, mediante un mecanismo de garantía de las inversiones contra riesgos no comerciales
Multilateral (Banco Mundial)	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones	Institución cuyo propósito es administrar mediante reglas y un procedimiento claramente establecido las controversias en materia de inversiones.
Multilateral (OMT)	Declaración Tripartita de Principios relativos a las Empresas Multinacionales y la Política Social	Intenta proponer soluciones a la controvertida relación entre política social y empresas transnacionales
Multilateral (ONU)	Código de Conducta de las Naciones Unidas para la Empresas Transnacionales; Declaración de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados; Declaración del Nuevo Orden Económico Internacional,	La mayor parte de estos instrumentos fueron aprobados por la Asamblea General de la ONU en los años setentas, y representan la visión prevaleciente del conflicto Norte-Sur. Se enfatizan los derechos soberanos de los Estados
Regional	Unión Europea	Plena liberalización de los flujos de capital entre los Estados miembros
Regional	15 tratados regionales de libre comercio (v.g. Tratado de Libre Comercio de América del Norte,	En general establecen disciplinas en materia de trato a la inversión, eliminación de requisitos de desempeño, garantías y pro-

	Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos, etc), Decisiones y Protocolos diversos del Mercosur, Caricom y la Comunidad Andina (véase Anexo 1).	tección (expropiación y libre transferencias). Algunos establecen mecanismos arbitrales inversionista-Estado
Acuerdos Bilaterales de Promoción y Protección a la Inversión..	Casi todos los países de Europa y los Estados Unidos han firmado tratados de esta naturaleza con países receptores de inversión. Recientemente muchos países de latino américa han firmado tratados de inversión recíprocos (Véase anexo 1)	Existen dos grandes modelos de tratados. El Europeo y el Norteamericano. Aunque tienen diferencias importantes, aplican principios en materia de trato y protección a la inversión así como solución de diferencias. La mayor parte de los tratados en la región siguen el modelo americano

*Fuente: Elaboración del autor

Una de las características más interesantes del régimen internacional en materia de inversión es el recurso al uso de mecanismos de solución de diferencias entre los inversionistas y el Estado huésped de la inversión. Estos instrumentos buscan equilibrar los intereses de las partes al mismo tiempo que garantizan a los inversionistas mecanismos expeditos en caso de violación a las obligaciones pactadas en los tratados de inversión. En este campo existen organismos internacionales especializados en la administración de estos conflictos, principalmente el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (ICSID por sus siglas en inglés), que es un organismo independiente pero vinculado estrechamente con el Banco Mundial.⁸⁰ En otros casos se recurre a mecanismos arbitrales menos formalizados. Aunque en ocasiones resultan sumamente controvertidas, las decisiones de los tribunales arbitrales internacionales son las que han informado un auténtico derecho internacional consuetudinario en materia de inversiones (Westberg y Marchais 1992; Dezalay y Garth 1996) que, junto con los tratados, conforma un complejo régimen horizontal en la materia (véase, para ejemplo, el cuadro Cuadro 34 (*infra*) relativo al caso de Metlclad Corporation).

⁸⁰ El ICSID tiene poco más de 150 países miembros. A marzo de 2004 había resuelto 84 casos y tenía otros 74 pendientes de resolución. Para mayor información véase su página electrónica www.worldbank.org/icsid/.

c) Los contratos (*lex mercatoria*)

Un tercer campo donde asistimos a la creación de un auténtico régimen horizontal lo constituye el complejo proceso de uniformación y reestructuración del derecho comercial internacional privado, y que se conoce generalmente como *lex mercatoria*.⁸¹

En este campo encontramos la elaboración de modelos contractuales (v.g. *leasing*, *factoring*, *joint venture*, *franchising*) creados menos por las legislaciones nacionales que por la actividad de los grandes despachos internacionales de abogados (Dezalay 1992). Estos contratos han influido de manera determinante en las prácticas comerciales y contractuales nacionales (Mercado Pacheco 1999, 133). Junto con las sentencias arbitrales, estos contratos han conformado un cuerpo de principios jurídicos, aplicados y reconocidos por los propios árbitros (Dezalay y Garth 1996, 85-91), que se derivan de las prácticas comerciales y que constituyen un cuerpo relativamente homogéneo al que se le denomina *lex mercatoria*.

La existencia de la *lex mercatoria* reposaría sobre bases relativamente sólidas: el dinamismo de las prácticas contractuales internacionales, los usos que esas prácticas generan y su reconocimiento por los tribunales arbitrales. Sin embargo, existen otros elementos menos sólidos que la conforman, tales como la implantación de principios transnacionales sobre las bases teleológicas de la eficacia económica y el principio de lealtad en las transacciones comerciales (v.g. *pacta sunt servanda* y buena fe) (Jacquet y Delebecque 1997, 92).

Así, la aplicación de la *lex mercatoria* a un contrato puede entenderse de dos maneras, según la concepción que de ella se tenga. Por un lado puede concebirse como un verdadero orden jurídico equivalente al derecho de un Estado, y que sería entonces supletorio a éste, o bien, como una suma de principios

⁸¹ Sobre este complejo tema véase, entre otros, Sousa Santos 1991; Jacquet y Delebecque 1997; Appelbaum, Felstiner y Gessner 2001; Dasser 2001; Furger 2001; Ly 2001.

derivados de la práctica comercial internacional y que reciben de manera indirecta la sanción de un Estado, normalmente a través de sus órganos jurisdiccionales (Ly 2001, 160-162). Este es un punto crucial. Cualquiera que sea el contenido de la *lex mercatoria*, no puede desconocer la existencia de los órdenes jurídicos estatales. Un análisis empírico realizado a finales de los ochentas sobre la aplicación de laudos arbitrales mostró de manera contundente que estos son generalmente reconocidos y ejecutados por los tribunales nacionales (Dasser 2001, 197).

El mismo estudio mostró también que, aunque técnicamente posible, las partes en los contratos muy raramente se acogen a la *lex mercatoria* (entendida como un sistema legal no nacional aplicado mediante una cláusula arbitral) y claramente prefieren establecer un derecho nacional como aplicable a los contratos. En este sentido, la *lex mercatoria* más que constituir un sistema universal sustantivo de reglas, es un método de resolución de conflictos aplicado por los tribunales arbitrales (Ly 2001, 181), cuyos laudos son generalmente reconocidos por las jurisdicciones nacionales.

Así encontramos de nuevo la compleja interacción y derivada de la tenue línea entre lo "global" y lo nacional. Sin embargo, la decisión, en última instancia, está de nuevo en las jurisdicciones nacionales en un número importante de casos, si bien no en todos.

2. LOS HOMBRES

Consideraremos ahora otros espacios globales, aquellos que tienen una relación más directa con los hombres y el medio ambiente.

a) Los derechos humanos

El fin de la Segunda Guerra Mundial marca el comienzo de la llamada "internacionalización de los derechos humanos", es decir, el proceso mediante el cual las normas sobre los derechos fundamentales de las personas, originadas y consagradas históricamente en las constituciones y leyes nacionales, son

elevadas al plano internacional, primeramente mediante declaraciones, más tarde mediante tratados y convenios obligatorios, auspiciados por organismos internacionales como las Naciones Unidas y a los que se adhieren un número creciente de países (Cassese 1991).

Esta internacionalización ha acabado por producir un verdadero derecho transnacional que conforma sistemas diferenciados y desarrollados de protección de los derechos humanos, que formalmente son complementarios y subsidiarios de los sistemas nacionales, aunque tienen cierta independencia y vida propia e influyen de manera importante en el funcionamiento de los ordenamientos internos de los Estados, con los que tienen un intercambio recíproco.⁸² De hecho, los derechos humanos, entre los cuales se reconocen los derechos políticos de votar y ser votado, así como de participar en elecciones periódicas mediante voto universal y secreto, constituyen un medida de la legitimidad de los Estados nacionales (Held, 2001, 51).

Existen actualmente cuatro sistemas supranacionales de protección de los derechos humanos, diferenciados y con algún grado importante de desarrollo: uno universal (el de las Naciones Unidas) y tres regionales (europeo, americano y africano). De ellos, los sistemas regionales europeo y americano han establecido comisiones y tribunales internacionales que han desarrollado ya una importante e influyente labor en la materia.⁸³

Los derechos humanos han adquirido tal fuerza como elemento legitimador en las relaciones políticas y sociales, que ha sido inevitable su transformación en un elemento de política internacional. Sin embargo, su fuerza trasciende la mera instrumentalización política para constituirse en un punto de referencia universal al que nadie puede escapar (Fix Fierro 1995). Ello no significa, por otro lado, que exista unanimidad sobre la importancia, alcance e

⁸² Conviene hacer notar aquí la paradoja del "limitado límite", según la cual el Estado es vigilado y controlado por instancias supranacionales, pero éstas, a su vez, dependen del reconocimiento del Estado mismo. Véase (De Asís Roig 1992, 78 y ss.).

⁸³ La labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede apreciarse en García Ramírez, 2001.

interpretación de los derechos humanos, lo que se refleja en el debate sobre la universalidad o relatividad cultural de los mismos.⁸⁴

A tal punto trascienden los derechos humanos los órdenes internos y los intereses particulares de los Estados, que su internacionalización y universalización conllevan la existencia de un hipotético sujeto de derecho, la "Humanidad". La Humanidad no existe propiamente como sujeto con capacidad de ejercicio, sino que depende de la acción de los diversos Estados. Un indicio de que los Estados deben comportarse en realidad como "delegados" de la Humanidad radica en su obligación de detener y someter a juicio a los presuntos responsables de crímenes de guerra o contra la humanidad.⁸⁵

CUADRO 27 DOS CASOS PARADIGMÁTICOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS*

El caso Pinochet

En un caso de justicia internacional en contra del asesinato y la tortura, el ex dictador chileno Augusto Pinochet es arrestado en Inglaterra con posibilidad de enfrentar cargos levantados por un juez español.

La Corte Suprema inglesa falló en favor de la posibilidad de que Pinochet fuera extraditado a España. Sin embargo, el gobierno inglés lo envió a Chile por motivos de salud, antes de que dicha extradición se llevara a cabo. En Chile, en un primer momento, la corte de apelaciones y luego la Suprema Corte fallaron a favor de retirar su inmunidad senatorial para que pudiera enfrentar cargos. Sin embargo, ambas cortes terminaron calificándolo como incapacitado mentalmente para enfrentar un juicio.

El caso de Pinochet marcó un precedente importante en términos de justicia internacional. La colaboración entre gobiernos y poderes judiciales puede permitir la desaparición de barreras jurisdiccionales que suelen servir a muchos individuos para escapar de los crímenes que han cometido dentro de un determinado país.

El caso Ruanda

El genocidio en Ruanda ha desencadenado diversos procesos en contra de los presuntos culpables de crímenes de guerra, no solamente dentro sino también fuera de ese país. Se trata de otro caso de justicia internacional en donde incluso la propia Organización de las Naciones Unidas ha respaldado y de hecho organizado la celebración de tales procesos.

⁸⁴ Sobre la universalidad o relatividad cultural de los derechos humanos existe una inmensa bibliografía. Véase, por ejemplo, Falk, 1992 y Rouland, 1993. El argumento de la relatividad cultural ha sido convenientemente utilizado por los regímenes políticos que pretenden interpretar a su modo esos derechos para defenderse de la crítica externa (así, por ejemplo, China).

⁸⁵ Así, explícitamente en el artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación y Castigo del Crimen de Apartheid (1973). Un sentido similar tiene el concepto de "patrimonio común de la Humanidad", utilizado en diversos instrumentos internacionales, pero cuya distribución y administración quedan sujetas fundamentalmente a la cooperación entre los Estados.

Mostrando una mayor eficiencia que sus contrapartes en Ruanda, un jurado en Bélgica sentencia a dos monjas a 12 y 15 años de cárcel al encontrarlas culpables de ser cómplices del genocidio en Ruanda por haber entregado a 7,000 *Tutsis* que se escondían en su convento, y luego haber proporcionado el combustible que fuera utilizado para quemar la construcción en donde se ocultaban otros 500 *Tutsis*. Fue la primera vez que ciudadanos de un país enjuiciaron y condenaron a extranjeros por la comisión de crímenes de guerra en un país diferente.

Por su resultado concreto, este caso constituye un precedente de justicia internacional y derechos humanos aún más importante que el caso de Augusto Pinochet.

*Fuentes: "General Pinochet", *The Economist*, 5 Septiembre 2003; "He's Demented", *The Economist*, 12 Julio 2001; "Judging Genocide", *The Economist*, 14 Junio 2001)

La creación de la Corte Penal Internacional conforme al llamado Estatuto de Roma, aprobado en 1998 y en vigor desde 2003, constituye un paso más en la vigencia práctica de la idea de la Humanidad como sujeto de derecho, pues dicho tribunal tiene como objetivo precisamente el de perseguir tales delitos cuando las jurisdicciones nacionales se nieguen o estén impedidas de hacerlo, o cuando sean incapaces de realizar juicios justos e imparciales (Echabas, 2001). Para poder funcionar, el Estatuto de Roma requiere que los Estados nacionales hagan en ocasiones importantes modificaciones en sus órdenes jurídicos internos (así, por ejemplo, al principio *nen bis in idem*). Sin embargo, resulta evidente también que, a diferencia de lo que sucede con otros muchos instrumentos internacionales, el Estatuto de Roma incide de manera directa en el funcionamiento de los sistemas de justicia nacionales, planteando, como ya se ha dicho, complejos problemas de coordinación y articulación.

b) El medio ambiente

El derecho ambiental surge como derecho transnacional, en virtud de que los riesgos ambientales se han revelado como problemas verdaderamente globales. La cuestión ambiental pone en evidencia los límites del modelo territorial y afecta sustancialmente el modo de relación entre ellos (Caldwell 1990). Dicha relación sólo puede concebirse como una relación de negociación, cooperación y ayuda recíprocas, como única forma de enfrentar conjuntamente los problemas comunes (Porter y Brown 1991).

Lo anterior tiene importantes consecuencias para la elaboración y aplicación de un régimen horizontal ambiental en materia ambiental. En los

últimos 30 años se ha generado un número muy importante de instrumentos internacionales de carácter global o regional que regulan aspectos relacionados con la protección del océano, la flora y la fauna, la atmósfera, la biodiversidad, las áreas protegidas y el tráfico transfronterizo de desechos, entre otros. No resulta exagerado decir que existe un ámbito normativo específico del derecho ambiental internacional que contiene ya sus propias características y problemas y que es relativamente autónomo de los Estados que lo crearon (Kiss 1989; Fitzmaurice 1994). El cuadro que presentamos a continuación contiene, a título ejemplificativo, una lista de los instrumentos internacionales ambientales de cobertura global más importantes:

CUADRO 28
PRINCIPALES INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE*

Tratado	Fecha de firma	países signatarios (firma y hasta 1992)
Convención internacional para la reglamentación de la caza de ballena	02/12/46	9/37
Tratado Antártico (incluye 9 instrumentos asociados)	01/12/59	12/40
Tratado por el que se prohíben los ensayos con armas nucleares en la atmósfera, en el espacio ultraterrestre y debajo del agua	05/08/63	117/118
Convenio sobre las marismas de importancia internacional especialmente como hábitat de aves acuáticas (RAMSAR)	02/02/71	7/65
Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias (<i>London Dumping Convention</i>)	29/12/72	31/66
Convención para la protección del patrimonio mundial cultural y natural	23/11/72	20/123
Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres (CITES)	03/03/73	96/114
Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques (MAROL) (este instrumento fue modificado sustancialmente el 02/10/83)	02/11/73	53/68
Convención sobre la conservación de las especies migratorias de animales silvestres (<i>Bonn Convention</i>)	23/06/79	15/39
Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza de larga distancia	13/11/79	34/34
Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar	10/12/82	157/157 (sólo 51 ratificaciones)

Convención de Viena para la protección de la capa de ozono	22/03/85	28/98
Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono	16/09/87	46/93
Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación	22/03/89	53/56
Convenio sobre diversidad biológica	06/92	153/153
Convención marco de la Naciones Unidas sobre cambio climático	06/92	153/153

*Fuente: Elaborado con datos de Susskind, 1994, 152-175.

Entre los problemas más agudos de este régimen se encuentra el de su efectividad, que ha sido limitada o insuficiente. Se plantea entonces de cómo lograr instrumentos jurídicos más efectivos en este ámbito (Susskind 1994). En particular se requiere la discusión profunda y abierta de los aspectos científicos, económicos y de justicia de los problemas ambientales, como única forma de inducir que un mayor número de Estados cooperen y, sobre todo, a soportar de manera más equitativa las cargas y costos de la protección ambiental.

C. Derecho, poderes judiciales y globalización

Luego de revisar los diversos aspectos relacionados con la globalización y el derecho, podemos ahora detenernos con detalle en las implicaciones que este fenómeno tiene para los poderes judiciales.

Como hemos argumentado, 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 debe en parte a que, como señalamos en la introducción de este informe, todos 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 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 29 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.

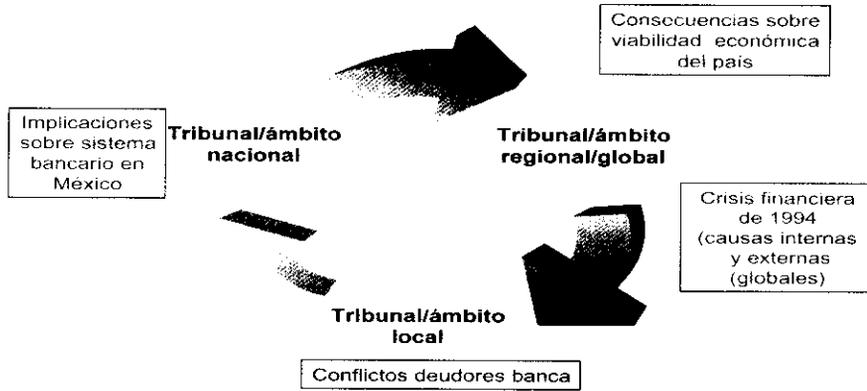
Un juez francés determinó que *Yahoo!* debía bloquear la posibilidad de que cualquier persona dentro de Francia pudiera ver o comprar material relacionado con la subcultura Nazi en su sitio de subastas dentro de un plazo máximo de 90 días, bajo la amenaza de que una vez vencido el plazo se le cobraría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

Aun 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 todo lo expuesto en este informe es posible esbozar este nuevo modelo en el sentido que 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 potencialmente muchas de ellas tienen implicaciones que van mucho más allá de resolver un conflicto local. La gráfica siguiente ilustra esta situación sobre un caso específico que nos sirve como ejemplo.

GRÁFICA 8
MODELO DE RELACIÓN LOCAL / GLOBAL



CUADRO 30
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 y López Ayllón, 2001, 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.

1. 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 (Ewald 1986).

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.⁸⁶ No obstante, el desarrollo del Estado contemporáneo ha generado una visión más amplia.

Así, el reconocimiento de la insuficiencia de la Constitución como un texto exclusivamente político, puso de manifiesto la necesidad de identificar a un

⁸⁶ 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 adversativo en el cual se (4) alcanza una decisión dicotómica en la cual se asigna el derecho a una de las partes (Shapiro 1981, 1 y ss.)

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 (Guarneri y Pederzoli, 1999).⁸⁷

Aun en los casos en que en los que, en apariencia, se afectan sólo los intereses de los particulares, el litigio judicial puede tener importantes repercusiones sociales. Por un lado, al ser instituciones que forman parte del Estado, los tribunales cumplen una importante función de control social (Shapiro, 1981, 17-26). 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 (Baum, 1990).

CUADRO 31 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, la Suprema Corte 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.

⁸⁷ 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.

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 de la Corte afectó así un programa de austeridad del gasto y puso en entredicho el compromiso que ofreciera el gobierno brasileño frente a otros actores económicos.

La Suprema Corte y la política energética en México

A principios del año 2002, el Poder Ejecutivo mexicano expidió un reglamento reformando la regulación sobre generación de energía eléctrica con el fin de 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 ella rebasaba los límites que la Constitución establecía para la participación privada en la generación de energía eléctrica en México.

Esta decisión afectó una posibilidad de aumentar la oferta de energía eléctrica significativamente 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 decide en un asunto que implica 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 sea reestructurada en dos entidades separadas. Una corte de apelaciones revocó la sentencia, sostuvo que Microsoft constituye un monopolio ilegal, y deja 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 antimonopólica contra Microsoft, que aún no resuelve, pero muy probablemente resolverá en contra de la empresa, y el asunto será llevado a los tribunales, mismo que tendrán la última palabra.

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", 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 que hemos venido analizando en este informe 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 (Tate y Vallinder, 1995). 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 y los esfuerzos por incidir en la eficiencia de los poderes judiciales para impactar favorablemente sobre los mercados con los consecuentes beneficios en la economía (Carothers 1998).

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 pues existe una expectativa razonable que los tribunales nacionales ejecutarán sus consecuencias. 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 modificar decisiones de última instancia de los tribunales nacionales (García Ramírez 2001).

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. La llamada operación "*mani pulite*" ("manos limpias"), emprendida por algunos magistrados italianos a comienzos de los noventa y que prácticamente barrió de la escena a la clase política de entonces, muestra 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 resolver los problemas más profundos de la gobernabilidad.

CUADRO 32 CONFIANZA Y PERCEPCIÓN EN LAS INSTITUCIONES JUDICIALES DE 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 más bajas 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 recuperando 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, 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 año 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 convictos 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 asumir 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 servicio representante 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 las Américas 2003, 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* (Fix-Fierro, 2003).⁸⁸ 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 créditos y otras ayudas de organismos internacionales como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID).⁸⁹ Según algunas evaluaciones, los resultados de tales esfuerzos de reforma han sido más bien magros (Hammergren 1998, 21 y ss.; Messik 1999; Prillman 2000, 163 y ss.; Pásara 2002, 369 y ss.). Este fracaso relativo se debe a varias razones.

CUADRO 33 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 (v.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: Messik, 1999, 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 se ponen en marcha en forma parcial e incompleta, 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

⁸⁸ La paradoja radica, como es obvio, en que las instituciones judiciales sirven y no sirven al mismo tiempo.

⁸⁹ Desde 1994 el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, el Banco de Desarrollo Asiático han aprobado o iniciado 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 2000 millones de dólares adicionales, sin contar los fondos aportados por los gobiernos y otras organizaciones no gubernamentales (Messik 1999, 117 y ss.)

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 (véase Thome, 2000). 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 profundo análisis de las necesidades específicas de un país, análisis que deben prolongarse durante los procesos de ejecución de dichas reformas (Messik 1999, 136).

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 quieren combatir y de los resultados que se pueden obtener.

2. 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 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 aquél que aludía a la potestad del Estado para ejercer de manera monopólica el poder dentro de un ámbito territorial determinado y por el otro, aquél que se refiere la exclusión de la acción de otras entidades de poder (Estados) dentro del ámbito territorial de un Estado en particular.⁹⁰

Como hemos argumentado a lo largo de este informe esta separación es cada vez más tenue. Los efectos de este fenómeno impactan por ello 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 apartado. Bajo esta nueva perspectiva, los poderes judiciales adquieren un papel trascendental en el proceso de admisión de normas dentro del orden jurídico⁹¹. A ellos corresponderá en

⁹⁰ La Carta de las Naciones Unidas refleja claramente esta concepción.

⁹¹ Si bien delimitado por el principio de pasividad. No obstante, existe la posibilidad de que el Poder Judicial sea excitado por diversos actores sociales o políticos para que decida sobre la viabilidad de la incorporación de ciertas normas al orden jurídico.

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.

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.

a) Funciones en la recepción (reconocimiento) del derecho internacional

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

(1) 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 doctrinas del monismo y el dualismo (Jackson 1992; Becerra 2002, 142-144). Estas teorías resultan hoy claramente insuficientes para explicar adecuadamente esa relación que encuentra problemas mucho más complejos de los que suponía el marco político y jurídico en las 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 respecto⁹² y que van más allá de los propósitos de este estudio, por lo que nos concentramos en aquello más directamente relacionados con el papel de los poderes judiciales.

⁹² 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. Véase: Jackson, 2000, 335-336.

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 internacionales tienen una jerarquía similar a la de la legislación nacional.⁹³ En otros casos los tratados están ubicados debajo de la Constitución pero tienen constitucionalmente una jerarquía superior a la legislación nacional.⁹⁴ En otras constituciones ciertos tratados alcanzan nivel constitucional o "cuasi" constitucional.⁹⁵ En el caso más extremo, los tratados tienen un rango superior al de las constituciones nacionales.⁹⁶

⁹³ 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. Véase: Jackson, 2000, 352. 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 1992, 140-146).

⁹⁴ Por ejemplo, la Constitución del Perú (a. 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 (Cossio Díaz, 2000; López Ayllón, 2000).

⁹⁵ Este es el caso, por ejemplo, el trato que las constituciones de Perú y Chile otorgan a los tratados en materia de derechos humanos

⁹⁶ Para algunos autores este es el caso de los procesos de integración económica, en especial el de la Unión Europea (McCormick 1999). La Corte de Justicia Europea 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, cit. por Ost y Kerchove, 2002, 66. Esto sucede también en materia de derechos humanos.

Existen diversos argumentos en pro y en contra de cada uno de estos sistemas (Jackson, 2000, 342-343). 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 aplicación de las normas internacionales, definen su ubicación jerárquica y determinan su aplicación son las diferentes jurisdicciones nacionales.

(2) 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 en diversas partes de este informe 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 aun más al plano supranacional y funcionar de manera más efectiva como eje articulador entre lo nacional y lo supranacional.

CUADRO 34 EL CASO METALCLAD*

En 1993, *Metaclad 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 de 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 por 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 encontró 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, interviene 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, 2003.

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 (Hartley, 1994, 64 y ss., 195 y ss.).

b) 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 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 instituciones⁹⁷ que, de acuerdo con Douglas C. North, ganador del Premio Nobel de Economía en 1993, "estructuran los incentivos en los intercambios humanos, ya sean políticos, sociales

⁹⁷ North define las instituciones como "las reglas del juego en la sociedad", o de modo más formal, como "las restricciones diseñadas por el ser humano para configurar la interacción humana".

o económicos", y ejercen una influencia fundamental sobre "el desempeño diferencial de las economías en el tiempo..." (North 1990, 3).

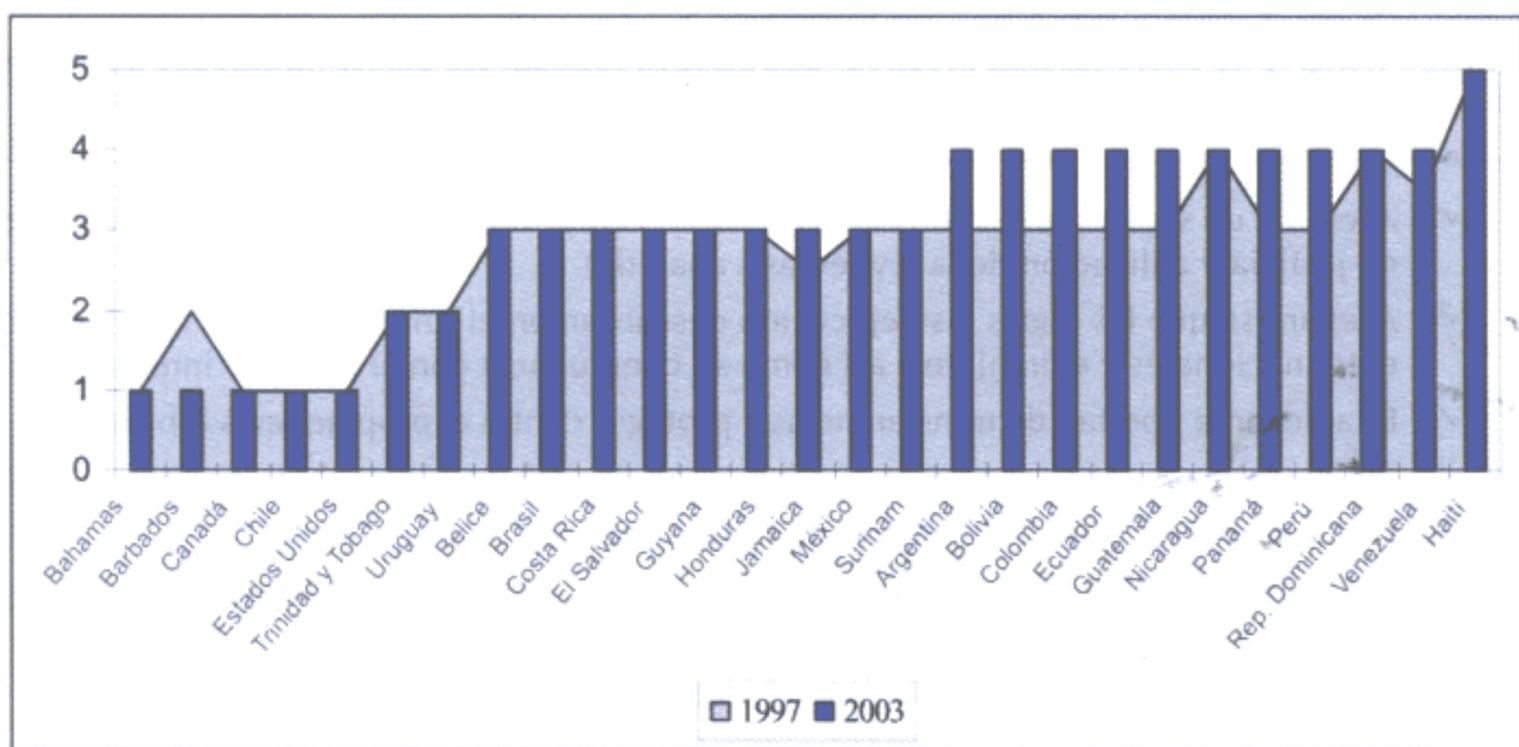
A pesar de ciertas dificultades teóricas⁹⁸, los formuladores de políticas públicas en todo el mundo parecen estar de acuerdo, cada vez más, en que la reforma judicial y por consiguiente la eficiencia de los tribunales, tiene una importancia creciente en vista de la despiadada lucha por las oportunidades 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

⁹⁸ 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, 1990, 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" (North, 1990, 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" (North, 1990, 80). También se refiere "A la disposición de una sociedad a adquirir conocimiento y a 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 (North, 1990, 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" (North, 1990, 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" (North, 1990, 90).

corrupción (Buscaglia/Dakolias, 1996, 1). Un ejemplo de esto lo constituye el índice de los derechos de propiedad, 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.

GRÁFICA 9
***ÍNDICE DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD 1997 Y 2003⁹⁹**



*Fuente: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2003, 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:¹⁰⁰

⁹⁹ 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 las más baja (muy baja protección). Véase: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2003, 55-56.

¹⁰⁰ Estos principios se originaron en el Comité de la OCDE sobre inversión internacional y empresas multinacionales.

CUADRO 35
PRINCIPIOS RECTORES DE LA OCDE SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA ATRAER INVERSIÓN
EXTRANJERA DIRECTA*

<p>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:</p>
<ul style="list-style-type: none"> ✓ Un ambiente regulatorio predecible y no discriminatorio y la ausencia de obstáculos administrativos innecesarios para realizar negocios ✓ Un ambiente macroeconómico estable y la posibilidad de realizar actividades de comercio internacional ✓ Recursos suficientes y accesibles, incluyendo infraestructura y capital humano
<p>Al mismo tiempo, las acciones más efectivas que pueden realizar los países huéspedes de inversión son las siguientes</p>
<ul style="list-style-type: none"> ✓ Asegurar un sector público transparente, que incluye un sistema imparcial de impartición de justicia y aplicación de la ley (énfasis añadido) ✓ 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
<p>Pero existen también medidas que deben ser adoptadas por los países exportadores de capitales, así como responsabilidades de las empresas multinacionales</p>
<ul style="list-style-type: none"> ✓ 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 2002, 28-31; OCDE 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 qué 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 (Gessner, 1996). 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 ciento. 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 estimaban 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, esta 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" (Gessner, 1996, 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 (Gessner, 1996, 280).

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, 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.

c) 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 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 (Garapon, 1996, 35).

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 (Garapon, 1996, 22). 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 resistencias 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 (McAdams, 1997).

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 (Garapon, 1996, 23), 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* (Santos et al., 1996, 34).

d) 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 socioeconómicos tienen un acceso modesto a las llamadas instituciones alternativas o informales. Dichas instituciones constituyen en múltiples ocasiones la única alternativa 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".¹⁰¹

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" (Álvarez y Highton s/a). 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 en la región, los mismos están relativamente poco desarrollados.¹⁰²

¹⁰¹ Existen numerosos estudios sociojurídicos que conceptúan la justicia informal como un aparato que, por un lado, contribuye a regular, por un lado, 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, significa que el consumidor queda prácticamente indefenso, pues es seguro que ya no acudirá a los tribunales, ni aun en los casos en que la cuantía de la controversia pudiera ameritarlo (Fix-Fierro y López Ayllón, 2001).

¹⁰² Véanse, por ejemplo, los documentos y la legislación sobre medios alternativos disponibles en la página electrónica del Centro de Estudios Judiciales de las Américas www.cejamericas.org, entre otros "Resolución alternativa de conflictos en América" y "La mediación en el panorama latinoamericano", ambos. 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 para: Argentina 29, Bolivia 5, Brasil 3, Chile 4, Colombia 25, Costa Rica 5, México 8, Perú 49, Uruguay 7 y Venezuela 7.

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 justicia formal por la informal, pero también la posibilidad de llevar 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.¹⁰³

3. 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 de 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

¹⁰³ Véanse los ensayos sobre América latina en: Thompson, 2000; Friedman y Pérez Perdomo, 2003.

derecho occidental— ligada a la previsibilidad de las conductas en sociedad, y que constituye uno de los fundamentos de la actividad 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 (*i.e.* 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 aquélla puede verse menoscabada en la medida que las condiciones de aplicación de las normas "globalizadas" escapan 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 (*v.g.* la Corte Penal Internacional) o comercial (*v.g.* el sistema de solución de controversias de la OMC).

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

La acción de los poderes judiciales tiene mucho qué decir 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 generación de 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 un punto de vista 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 interna-

cionales, 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 mecanismos 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, 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.

La tabla 14 del anexo estadístico muestra el indicador creado por el Banco Mundial respecto de la ejecución de los contratos. Como puede apreciarse, el índice de complejidad procesal (que tiene un rango de cero a cien donde un número mayor denota un grado mayor de complejidad procesal) de los países de América Latina es, salvo en el caso de Brasil (48), mayor 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). Este muestra la alta complejidad de los procesos judiciales de la región, con obvias implicaciones en la seguridad jurídica.

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.

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 referentes útiles 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 (Prillman). 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.