

¿Existen condiciones que dificultan la implantación efectiva de un estado de derecho?

GERMÁN BURGOS

Profesor Universidad Nacional
de Colombia.

Candidato a Doctor en Derecho,
Universidad de Barcelona.

RESUMEN

Es el propósito de este artículo presentar algunos de los planteamientos más relevantes en torno a los efectos de los marcos jurídicos y legales en el desarrollo, bajo la dinámica de un Estado de derecho. En ese orden de ideas la exposición se segmenta en dos grandes partes. La primera ofrece una síntesis de los factores que, a juicio de diversos autores, han influido negativamente en la instauración de un verdadero régimen de derecho. La segunda, plantea los desafíos analíticos o temas no abordados en el tratamiento del tema. Finalmente propone algunas opciones relacionadas con las condiciones que idealmente deberían tenerse en cuenta como marcos mínimos para una mayor efectividad de los sistemas jurídicos regidos por un Estado de Derecho, entendido como aquel Estado que actúa mediante una división y control entre los poderes, a través y sujeto a normas de rango constitucional y legal, principalmente generales, fruto de la participación ciudadana y que lo limitan en cuanto incorporan la garantía de derechos individuales y/o económicos y sociales, son emitidas previamente y forman un conjunto unitario y coherente.

ABSTRACT

This article introduces some of the most relevant ideas about the effects of the juridical and legal frameworks in the development, under the dynamics of a State of Law. Thus, the article is divided in two big parts. The first offers a summary of factors that, according to several authors, have negatively influenced the establishment of a true law régime. The second, in order to state the analytical or topic challenges that havenot been tackled in the discussion of the subject to propose some options related to the conditions that should ideally be taken into account as a minimal framework for achieving greater effectiveness in the legal systems ruled by a State of Law, understood as a State acting by means of a division and a control among the powers, through constitutional and legal hierarchy laws, mainly the general ones, result of citizen participation, limiting it by the inclusion of individual and/or economic and social rights guarantee. They are previously issued and they form a unitary and coherent set.

Entre los sistemas legales y el proceso de desarrollo económico, visto en sentido amplio, existen interdependencias hoy ampliamente aceptadas (Sen, 2000; Elster, 1994). De manera reiterada se admite que los sistemas legales y judiciales tienen efectos de orden económico en la medida en que crean un marco de incentivos distorsionador o propiciador del desarrollo económico. Se ha constatado igualmente que un Estado de derecho crea o afecta negativamente las condiciones para el ejercicio real de la democracia, esto especialmente en términos de la garantía o negación de los derechos civiles y políticos y la existencia o no de un marco institucional para el control y *accountability* del poder político (O'Donnell, 2001).

El importante desarrollo teórico y empírico de los efectos de los marcos jurídicos en el desarrollo, no ha tenido una evolución similar a la hora de entender mejor cómo los niveles de desarrollo social, económico y político influyen en el desarrollo e implantación efectiva de un Estado de derecho. Aun así, existen diversos aportes analíticos que han tratado de entender las condiciones de diverso orden que han impedido el desarrollo de un sistema jurídico estable, efectivo y enmarcado en un Estado efectivamente enmarcado y sujeto a la ley.

Este artículo está dedicado a presentar algunos de los planteamientos más relevantes alrededor de esta temática. Para ello nuestra presentación estará dividida en dos grandes partes. En la primera, ofrecemos una síntesis de los factores que a juicio de diversos autores, han influido negativamente en la instauración de un verdadero régimen de derecho. A continuación se plantearán los desafíos analíticos o

aplica, si se aplica, de manera intermitente y sesgada. Más importante, esta ley truncada coexiste con la legalidad informal sancionada por los poderes privatizados que realmente mandan en esos lugares. Esto conduce a situaciones complejas, que exigen una renegociación continua de

los límites entre estas legalidades formales e informales, en procesos sociales en los cuales es (a veces de forma literal) vital entender ambas clases de ley y las relaciones de poder extremadamente desiguales que engendran" (O'Donnell, 2001).

cuestiones pendientes en el tratamiento del presente tópico para finalmente proponer algunas ideas sobre las condiciones que idealmente deberían tenerse en cuenta como marcos mínimos para una mayor efectividad de los sistemas jurídicos regidos por un Estado de derecho¹.

Antes de iniciar nuestra presentación es conveniente advertir que la bibliografía en que se funda este artículo refiere principalmente a la realidad latinoamericana, aunque en algunos casos trasciende estos límites. Con todo, nuestra aproximación tiene como telón de fondo el ámbito latinoamericano, respecto del cual nos referiremos de manera general. Por tanto, la realidad de cada país de la región se acercará en mucho o en poco a lo aquí planteado aunque una mirada más específica trasciende el objeto de este texto.

Factores que han influido negativamente en la implantación de un Estado de derecho

A pesar de las diferencias, los sistemas jurídicos de los países latinoamericanos han estado caracterizados por importantes deficiencias en materia de estabilidad, sistematicidad, debida aplicación y sujeción dominante a los principios del Estado de derecho. Situaciones como éstas, expresadas en los conocidos problemas de reforma permanente de las leyes y Constituciones, inflación legislativa, baja confianza y respeto social al orden jurídico, abuso de los estados de excepción, etc., han tratado de ser explicadas con base en consideraciones de orden social, político y jurídico.

A nivel político, se ha anotado que la débil o disputada construcción de un monopolio efectivo de la fuerza en el territorio ha afectado la extensión misma de los principios del Estado de derecho. Ello está asociado al hecho de que la legalidad estatal no llega a todos los ámbitos geográficos o entra en disputa con marcos normativos paralelos, sea consuetudinarios o generados por actores políticos, económicos o sociales poderosos y de orden regional. Esta situación ha sido parte de la historia de muchos países de la región, mas en algunos casos se mantiene, siendo el caso colombiano el más prototípico de un marco legal con fuertes dificultades para su plena soberanía territorial (Karpen, 2000; O'Donnell, 2001)².

1. Para los efectos de nuestra presentación entenderemos bajo el concepto de Estado de derecho, a aquel Estado que actúa mediante una división y control entre los poderes, a través y sujeto a normas de rango constitucional y legal, principalmente generales, fruto de la participación ciudadana, las cuales lo limitan en cuanto incorporan la garantía de derechos individuales y/o económicos y sociales, son emitidas previamente y forman un conjunto unitario y coherente.

2. En palabras de O'Donnell, "En muchas regiones, no solamente las geográficamente distantes de los centros políticos sino también las periferias de las grandes ciudades, el Estado-como-burocracia puede estar presente en forma de edificios y de funcionarios pagados por los presupuestos públicos. Pero el Estado legal está ausente: la ley formalmente sancionada se

Ligado igualmente a este ámbito están las dificultades para una verdadera separación entre lo político y lo jurídico. Esto se expresa fundamentalmente en los casos en que algunas normas jurídicas (especialmente con efectos de control político o socioeconómico) se supeditan a la lucha política o de intereses, de tal manera que se terminan utilizando según cálculos políticos o con fines de eficacia simbólica (Garzón, 2000). Aquí estamos haciendo referencia especialmente a la tendencia por la cual las leyes se ven ante todo como instrumentos para obtener objetivos personales o grupales inmediatos o como medio para neutralizar a los contendientes en el plano social y político y no como reglas de juego que establezcan los límites de acción a los actores. Esta perspectiva "estratégica" lleva a que las leyes o su reforma estén ligadas a la defensa de ciertos intereses o a la mera eficacia simbólica y que por tanto su aplicación debida, se ajuste al peso específico de los mismos. Ejemplos a este respecto son el tradicional proceso de reforma permanente del marco legal como producto de los cambios políticos, la variación del contenido de las leyes a través de reglamentaciones, el uso del reformismo legal para neutralizar determinadas demandas sociales, la apelación al ejercicio de las presiones en casos considerados sensibles, etc.

Esta excesiva instrumentalización de las reglas jurídicas rompe con el sentido limitante del derecho respecto del poder político y en la práctica lo sujeta fundamentalmente a las lógicas políticas. Los efectos de esto son más que claros, las normas no ganan en autoridad y legitimidad al no ser cumplidas por el poder; la estabilidad de los marcos legales se ve limitada y la inflación legislativa encuentra un terreno abonado.

Varios factores han sido planteados para explicar a su vez las dificultades de esta separación. De un lado se ha sostenido que la extrema politización de los marcos jurídicos obedece a "las presiones e incentivos de los actores políticos de la región orientados por metas estratégicas inmediatas antes que por compromisos de proveer beneficios sociales y políticos de largo plazo" (Schor, 2000; Garzón, 2000). Por otra parte, desde una lectura histórica a la luz de la experiencia

estadounidense, se ha mencionado la existencia de lazos estrechos que unen a las facultades de derecho, a la judicatura y a las familias que conforman las elites políticas latinoamericanas. Tal centralización de poder normativo en torno al Estado y la política, reconduce a los juristas hacia la representación política y la participación pública antes que al ejercicio de las profesiones ligadas a la representación procesal o jurisdiccional. Es en la política antes que en las cortes y las leyes donde se ubica la referencia a la legitimidad del derecho, el cual es entonces finalmente instrumentalizado casi por completo por las decisiones políticas (Garth, 2000).

Situados ya en el orden de los factores sociales que influyen negativamente en la implantación del Estado de derecho, se ha resaltado que un excesivo nivel de heterogeneidad y división social o racial presente en una determinada sociedad, conspira contra la implantación de un marco jurídico compartido y aceptado por todos. Las preocupaciones en este sentido van desde las más básicas inquietudes por los problemas de discriminación y exclusión que afectan el mínimo tratamiento igual ante la ley, pero incluyen también la imposibilidad de contar con un debido goce de los derechos en un marco de analfabetismo y extrema pobreza (Garzón, 2000; Binder, 2000).

Se ha registrado igualmente en este plano, la ausencia o debilidad de un *ethos* ciudadano y liberal que permita la apropiación, apoyo y defensa del marco de libertades garantizado a través del Estado de derecho. Antes que este marco, para algunos autores, muchas sociedades en desarrollo están aún enmarcadas en estructuras de redes sociales fundadas en la lealtad a la familia o a círculos relativamente pequeños y que están alimentadas por el uso de la reciprocidad a través de los favores personales. Una dinámica como esta, aparece como excluyente con las condiciones para garantizar una aplicación igualitaria de la ley, la cual tendería a aplicarse fundamentalmente a los enemigos o estaría subordinada a los vínculos personales o de amistad (Michalon, 1999).

Una situación de estas características afecta negativamente la existencia de un sustrato social que haga suyo y defienda los principios del Estado de derecho, especialmente en aquellos casos donde el poder poli-

tico pretende resquebrajarlo (Karpen, 2000). También crea condiciones poco propicias para el desarrollo de una administración pública profesional y realmente basada en el principio de legalidad, y por el contrario es una situación que puede facilitar la corrupción de los funcionarios.

Entrando en los factores de orden jurídico que han influido en los problemas de institucionalización jurídica y plena del Estado de derecho, se ha reiterado el excesivo "gap" entre lo previsto especialmente en las Constituciones políticas y la realidad social. Este bache, trasciende con creces el espacio diferencial normal entre el "law in the books" y el "law in action", pues en la práctica, los marcos normativos tienen un fuerte componente ideal que no retoma la realidad existente y no dialoga mínimamente con las condiciones, en algunos casos extremas, en que la población desarrolla sus vidas. Esto afecta no sólo la aplicación del marco constitucional sino que alimenta la consideración según la cual, "en caso de conflicto entre el texto constitucional y las exigencias de la realidad social se optaría por restringir la aplicación de la Constitución" (Garzón, 2000, 58).

En relación directa con lo anterior está la reiterada apelación al reformismo constitucional como fórmula privilegiada para enfrentar crisis de orden político o social. Esto no sólo se explica por el bache antes indicado, sino que se funda en la tendencia extendida a "resolver" los problemas de diverso orden a través de una enmienda constitucional, la cual, sin embargo, termina por distraer la atención sobre los problemas reales, dilatando así su solución y en algunos casos confiriendo respaldo jurídico a objetivos políticos personales por parte del Ejecutivo (Garzón, 2000; Schor, 2001).

Estas dos situaciones alimentan una pérdida de valor del marco jurídico fundamental en al menos dos planos. Las normas superiores no aparecen como creíbles para la sociedad dada la dificultad de comprender el escaso impacto de la Constitución en la realidad social. De otra parte, se reitera el limitado efecto de la Constitución como marco de limitaciones y división del poder político, el cual en realidad apela a la reforma de la misma cuando se convierte en obstáculo incómodo para su proyecto.

En este mismo ámbito debemos vincular las inquietudes expresadas en torno a la escasa vigencia del marco constitucional. Así, sólo hasta hace poco, la supremacía constitucional se ha integrado expresamente en los textos de varias cartas políticas latinoamericanas, estando acompañada de la creación de tribunales especializados o salas constitucionales. No obstante, la vigencia de muchas constituciones se ha visto afectada por el diferencial desarrollo legislativo o por la continuidad de normas legales de carácter discriminador o no plenamente compatibles con la Constitución (Garzón, 2000). En otros casos, la judicatura aún no incorpora plenamente la supremacía de la Constitución en su tarea de aplicación, sea por la interpretación ius-privatista clásica o por un excesivo apego al sentido formalista de la seguridad jurídica.

Los análisis antes registrados permiten entender varias de las debilidades de los marcos jurídico políticos de la región. El sistema jurídico no constituye un marco y límite al ejercicio del poder en cuanto se presenta una excesiva politización tanto del proceso de su elaboración como de su aplicación y reforma. Las normas no son de aplicación dominante pues no siempre gozan de plena vigencia en el territorio nacional y el bache entre lo regulado y la realidad, las hace poco creíbles. Los principios del Estado de derecho y el respeto a la legalidad ven limitada su efectividad en las condiciones de extrema pobreza y/o exclusión que no permiten el goce de los derechos.

Pertinencia y desafíos de los análisis contextuales

Como se ha anotado previamente, los estudios arriba registrados tienen el importante mérito de reintroducir un tema difícil pero fundamental en el proceso de entendimiento y construcción del Estado de derecho. Se trata así de valorar que las instituciones jurídico políticas no son transplantables automática y formalistamente y tampoco son creíbles o manejables desde los centros de poder institucionalizados. En realidad, existen condiciones políticas, sociales y económicas que les son propicias o facilitan su efectiva implantación (Pistor y Richard, 2001). La identificación de las condiciones ideales o de los factores adversos para el desarrollo real de un sistema

legal estable y enmarcado en el Estado de derecho es una tarea central y en general pendiente de ejecución en el contexto de transformación actual de los sistemas jurídicos latinoamericanos.

El desafío general más importante del análisis de las condiciones contextuales para Estado de derecho en países como los nuestros, tiene que ver con la continuidad y profundización de los mismos no sólo en el ámbito académico sino en los espacios de decisión política en el campo de las reformas legal y judicial. En esta tarea es posible visualizar varios posibles temas para futuros desarrollos y que aparecen a la espera de análisis novedosos que otorguen alguna luz explicativa. Mencionaremos a continuación algunas de estas cuestiones pendientes:

– La coexistencia de diversas “legalidades” en un mismo territorio ha sido considerada como un factor limitante de la implantación de un Estado de derecho. La existencia de este tipo de pluralismo jurídico ha sido estudiada desde la sociología y la antropología jurídicas evidenciando su carácter no tan excepcional y poniendo de presente las articulaciones o retroalimentaciones existentes entre la legalidad estatal y los sistemas normativos paraestatales. En este plano, parece más que pertinente analizar las retroalimentaciones y posibles articulaciones entre los diversos marcos normativos que están en juego. La opción por la generalización plena de la soberanía legal estatal parece el camino más obvio en contextos como los descritos. Sin embargo, la debilidad de muchos Estados no siempre permite prever que este camino sea posible en el mediano plazo ni que tampoco sea el más fácil. El análisis de los intercambios entre los marcos formales e informales de legalidad puede servir para promover la extensión efectiva de una legalidad más clara y estable, la cual, sin embargo, debe de estar sujeta a los principios del Estado de derecho.

– En relación directa con lo anterior, la existencia de una fuerte institucionalidad informal que rige en la práctica y a contrapelo del marco formal, constituye sin duda uno de los aspectos más influyentes de la debilidad institucional que afecta a la región. No obstante, así como existen instituciones informales claramente perversas, nuevas líneas procedentes del

análisis económico han valorado la importancia de considerar aquellas instituciones informales que en la práctica han sustituido con éxito la debilidad o ausencia de los marcos formales. En el ámbito económico parece claro que los actores han generado reglas que han permitido predictibilidad y seguridad en sus transacciones. Es posible que en el plano político y especialmente a nivel local se puedan encontrar gérmenes de instituciones informales que puedan ser el fundamento de instituciones formales más adaptadas a la realidad existente y que a la vez cumplan con los objetivos para los que fueron creadas (De Soto, 2001).

– Si bien lo jurídico y lo político son planos diferenciados, sus relaciones son bastante cercanas. En la situación arriba presentada se ha afirmado que en América Latina ha existido una excesiva instrumentalización política de los marcos jurídicos de forma tal que no existe siempre una clara diferenciación y en realidad lo que se presentaba es una subordinación a las luchas y estrategias políticas. Aun cuando este es un caso extremo, los entrecruces entre lo jurídico y lo político son permanentes y están presentes en todas las sociedades incluidas las hoy desarrolladas (Garth, 2000)³. Parece útil pensar en qué forma y por qué razones, la instrumentalización e interacción entre derecho y política que ha funcionado en unas sociedades, se ha desarrollado de manera diferencial y negativamente crítica en otras.

– Finalmente y en un sentido más pragmático, es necesario seguir avanzando en la identificación de las fórmulas que permitan superar los problemas de aplicabilidad efectiva tanto de la Constitución como de la legalidad. En ello parece importante dirigir la atención a los evidentes pero no siempre analizados problemas de una legalidad vigente que en varios casos no siempre se corresponde con lo previsto en la Constitución.

A manera de conclusión

La pregunta inicial de nuestro escrito era determinar la existencia y carácter de los factores que han influido negativamente en la construcción de un verdadero régimen de derecho en los países latinoamericanos. Hemos visto que análisis especializados dan cuenta de factores de diverso tipo que permiten

3. Esto es lo que ha ocurrido, dice Garth, en casos como la demanda antimonopolio contra Microsoft como parte de la competencia empresarial en Silicon Valley o la investigación altamente politizada de Kenneth Starr contra Bill Clinton por el caso Lewinsky (Garth, 2000, p. 9).

sustentar una respuesta afirmativa a nuestra inquietud inicial. No obstante, estos estudios permiten igualmente colegir y enunciar lo que podríamos entender como factores o condicionantes que deben tenerse en cuenta propositivamente tanto en el proceso de construcción de un Estado de derecho en países no desarrollados, como en la evaluación de sus avances y debilidades. La principales conclusiones a este respecto, son:

– La existencia de un Estado de derecho debe garantizar la extensión de una legalidad sujeta a sus principios y respecto de todo el territorio nacional. Esta plena soberanía legal debe contar con la existencia de una legalidad pública, no retroactiva, clara y volcada en la garantía de los derechos humanos. Esto significa a su vez la superación de institucionalidades informales paralelas no ajustadas a estos principios, pero que en determinados casos, puede conllevar a la consideración sobre su uso eventual en cuanto fuente de instituciones más ajustadas a la realidad social.

– La construcción y desarrollo del Estado de derecho implica estrategias tanto desde los gobiernos hacia la sociedad como desde la base social hacia los marcos institucionales. La primera modalidad ha sido la más utilizada a la hora de introducir reformas de orden constitucional y legal. Sin embargo ésta no siempre se ha visto fundada en la consideración previa de los contextos en que su implantación tiene lugar y en muchos casos se ha privilegiado más su parecido con las instituciones de los países desarrollados. Además no siempre se ha contado con la debida apropiación social de la institucionalidad. Este proceso depende en buena parte tanto de la educación, de los niveles de desarrollo económico, del papel de los sectores modernizadores y del funcionamiento efectivo de las instituciones. Deben existir, por tanto, ineludibles correspondencias entre las instituciones generadas desde arriba y las instituciones demandadas y apropiadas desde abajo.

– El sistema jurídico y el Estado de derecho no pueden ser neutrales frente a los desequilibrios sociales o de otro tipo presentes en una sociedad. Esto significa que no es posible un sistema legal efectivo con fuertes condiciones de exclusión, marginación y pobreza. Complementariamente, el sistema jurídico

debe considerarse como un instrumento adecuado para la transformación de estas condiciones sociales, lo cual trasciende los limitados esfuerzos actuales especialmente enfocados en un mayor acceso a la justicia, a través del uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos.

– Finalmente, es necesario revalorar y profundizar en el conocimiento de la técnica legislativa y la búsqueda de fórmulas efectivas que garanticen una mínima coherencia legal, una concordancia de las leyes con la Constitución y una aplicación integral del marco legal por el sistema de justicia. Este terreno, sin duda más técnico, es aún un tema pendiente en el proceso actual de reforma legal y judicial.

Bibliografía referenciada

Binder, A., *Entre la democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual* [en línea], Barcelona, 2000. <<http://www.iigov.org/iigov/pnud/bibliote/papers/tema4/papero036.htm>> [Consulta 19 Dic. 2001]

De Soto, H., "El misterio del fracaso legal: por que la ley de propiedad no funciona fuera de occidente", en De Soto, H., *El misterio del capital*, Lima, Empresa Editora el Comercio S. A., 2000, pp. 180-229.

Elster, J., "El impacto de las Constituciones en el desempeño económico", en *Proceedings of the World Bank Annual Conference of Development Economics*, 1994.

Garth, B., "What Makes a Successful Legal and Judicial System: Rethinking the Processes and the Criteria for Success", ponencia presentada en la Global Conference on Comprehensive Legal and Judicial Reform, Washington, 5-7 junio de 2000.

Garzón, E., "Constitución y democracia en América Latina", *Anuario de Derecho Constitucional*, número 3 (2000), Cedla-Konrad Adenauer, pp. 55-78.

Karpen, U., "Condiciones de eficiencia del Estado de derecho especialmente en los países en desarrollo en despegue", *Anuario de Derecho Constitucional*, número 3 (2000), Cedla-Konrad Adenauer, pp. 207-228.

Michalon, T., "Non-Industrialized Societies and the Rules of Law" [en línea], *CEPMLP Journal*, 2000, vol. 6-1. <<http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/vol6-1.html>> [Consulta 17 Dic. 2001].

Pistor, K. y Richard, J., *Economic Development*.

Legality and the Transplant Effect [en línea], Washington, 2001. <<http://www1.worldbank.org/publicsector/legal/pistor-transplants.pdf>> [Consulta 21 Dic. 2001].

Schor, M., "Constitucionalismo en América Latina. Consolidando el Estado de derecho" [en línea], *Metapolítica*, número 15, 2000. <[http://](http://www.metapolitica.com.mx/meta/metapass/15/schor.html#b)

www.metapolitica.com.mx/meta/metapass/15/schor.html#b> [Consulta 17 Dic. 2001].

Sen, A., "What is the Role of Legal and Judicial Reform in the Development Process", Washington, World Bank, 2000. Conferencia de apertura a la Global Conference on Comprehensive Legal and Judicial Reform, Washington, 5-7 junio de 2000.