



Stephen Humphreys(*)

El teatro del *rule of law***)

Más de dos décadas de promover el llamado *rule of law* (estado de derecho), en el extranjero, ha generado gran cantidad de literatura por parte de las organizaciones de asistencia públicas y privadas, quienes se encargan, guían, implementan y exponen este creciente campo de actividad. Normalmente este es presentado como una forma de mera *asistencia técnica*, dirigida a ayudar a los estados para cumplir con las obligaciones provenientes de tratados internacionales o, simplemente, para crecer económicamente. Sin embargo, un examen cercano, revela una perspectiva coherente y compacta de cómo funcionan las cosas: el rol del estado, el rol de la sociedad civil, la forma apropiada de hacer política, el modelo económico adecuado, etcétera. A pesar de la historia local o su contexto, en cada país se propone el mismo y estilizado drama, personificado por actores familiares de un limitado y, por ahora, bien conocido repertorio. Este artículo examina los temas y actores que habitualmente reaparecen en el escenario del estado de derecho, con el objetivo de describir, lo que podría denominarse, la “teoría latente” de la promoción del estado de derecho, un tipo de teatro del estado de derecho.

El tema de fondo que constantemente aparece, implícita o explícitamente, en este drama es la modernización. Esta provee una nota base inmediata, intuitiva, distintiva y duradera: nos referimos a dos grupos de países, unidos por una particular forma contemporánea de transacción, las organizaciones de ayuda y los receptores. Su relación en el escenario del estado de derecho se basa en la reproducción, en este último, de ciertas condiciones estructurales que corresponden al anterior. La acción tiene lugar en el país anfitrión en forma de una obra moral, cuya carga es dramatizar las complementarias, y quizás contratantes, obligaciones de los actores públicos y privados; teniendo estos que aprender e internalizar una diferencia irreductible: aquel debe limitarse para que el último pueda ser libre. El argumento es la austeridad: los funcionarios públicos son sometidos a rituales de higiene (anti-corrupción), auto-

(*) Bachelor of Arts in English por University of Dublin. Magister *Summa Cum Laude* por University of London. PhD en Derecho por University of Cambridge. Ex Director de Investigación en International Council on Human Rights Policy en Ginebra. Catedrático de London School of Economics and Political Science.

(**) Artículo inédito que sintetiza ideas desarrolladas con mayor amplitud en el libro del autor *Theater of the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. Traducción de Bruno Doig Gonzales Otoy, miembro de la Comisión de Publicaciones de IUS ET VERITAS.

disciplina (gobernanza) y renuncia (privatización)⁽¹⁾. La narrativa acompañante, sin embargo, prioriza la libertad: la limitación pública es el precio y condición para la libertad privada.

En la práctica, muchos de los núcleos de mediación destacan (la judicatura, la sociedad civil u los medios) personajes de los que se espera, en distintas maneras, que refuercen y refinen la división público-privado. Esto se hace con un imprudente énfasis en la transparencia y responsabilidad, movilizándolo las herramientas de la opinión pública y la independencia jurisdiccional. Una *circunscripción de reforma* en el país anfitrión es un personaje clave, sin el que la trama no podría desarrollarse. Un desarrollo de personaje complejo es esperado de otra figura crucial: *el pobre*. El final probable parece apuntar a la socialización del estado debutante en la comunidad global, en el que asume un funcional *buen clima para las inversiones*, libre paso para los privados y la responsabilidad del estado en la comunidad internacional.

Estos temas y actores son tan básicos en la narrativa del estado de derecho que su aparición aquí parecerá banal a quienes estén familiarizados con el tema. Sin embargo, volviendo a acercarse con un espíritu de *naiveté*; es decir, dejando atrás las presunciones y prejuicios que normalmente nos acompañan, la dirección que sigue el artículo es dejarlos servir como ventanas hacia el corazón de la contemporánea promoción transnacional del estado de derecho. Mi argumentación se apoyará en una amplia colección de materiales recolectados de las instituciones asistenciales, en particular el Banco Mundial y la United States Agency for International Development (USAID).

1. El tema guía: la modernización

A pesar de que los documentos del proyecto del estado de derecho regularmente introduce a la modernización como una premisa de motivación, el término no está definido en la literatura: más bien, su función retórica es proveer una racionalidad intuitiva para intervenciones sistémicas⁽²⁾. Dicha racionalidad se apoya en tres nociones de modernización: cronológica, topográfica y tecnológica.

Cronológicamente, la noción de modernización contrapone a las leyes e instituciones más recientes con aquellas que ya están *desactualizadas*. Un proyecto en Rusia, por ejemplo, proclama denominar algo “universalmente reconocido como uno de los problemas más urgentes para los países en transición: la incompleta, desactualizada y contradictoria estructura legal⁽³⁾. Kazajistán, de acuerdo con un documento del proyecto USAID, “no tiene experiencia con el estado de derecho moderno”⁽⁴⁾. Una limitación importante para el *programa de desarrollo a largo plazo* de Zambia, con la asistencia del Banco, son las “políticas y estructuras legales desactualizadas”⁽⁵⁾. La implicancia lógica es que mucho del aparato del estado en dichos países fue hecho para una era

- (1) La narrativa del estado de derecho sigue la perspectiva de Weber sobre la burocracia. Véase WEBER, Max. *Economy and society*. California: University of California Press, 1978; pp. 956-958. Existe cierto eco de una teología secular más antigua en la sujeción del Gobierno a la pobreza (privatización), castidad (anti corrupción) y obediencia (gobernanza).
- (2) En octubre de 2011, la base de datos del proyecto del Banco Mundial listaba más de 50 proyectos con la palabra “modernización” en sus títulos, etiquetados como relevantes para el estado de derecho (*Modernización judicial* en Azerbaiyán, México y El Salvador), *Gobernanza para el sector público o Desarrollo del sector privado* (tales como *Modernización del sector Público* en Kosovo, Jamaica, Argentina, Armenia, Honduras y otros). Muchos más proyectos introducen el tema de la modernización en sus metodologías, motivos y objetivos.
- (3) BANCO MUNDIAL. *Implementation Completion Report (CPL-40350 TF-29492) on a Loan in the Amount of US\$58 Million to the Russian Federation for a Legal Reform Project, Report No. 36549*. 28 de Junio, 2006.
- (4) USAID KAZAJISTÁN. *Strengthening the Rule of Law in Kazakhstan: Kazakhstan Judicial Assistance Project Phase I, Final Report*. Preparado por Chemonics International, septiembre 2007.
- (5) BANCO MUNDIAL. *World Development Report 1991: The Challenge of Development*, 1990. Véase también BANCO MUNDIAL. *Implementation Completion Report (TF-26063 TF-23757) on a Credit in the Amount of US\$2.49 Million to the West Bank and Gaza for a Legal Development Project, Report No: 29066*, 9 de junio de 2004; p. 2; y BANCO MUNDIAL. *Project Appraisal*



Stephen Humphreys

distinta y no se ajusta al presente. En muchos países, esta es una afirmación plausible; las leyes y las instituciones judiciales fueron, de hecho, construidas o formadas durante periodos de colonialismo o comunismo, con objetivos particulares que desde entonces habrían desaparecido o alterado. Con la recesión del aparato colonial/comunista, las leyes e instituciones estatales necesitan pasar por una revisión para acomodarse a la nueva configuración político-económica. Esta aproximación es tan reflexiva que incluso es aplicada en muchos países latinoamericanos; a pesar de la comparativamente remota era colonial⁽⁶⁾. USAID observa que el mal uso y/o poco uso a través de décadas de dictadura y autoritarismo permitió que un (ya inadecuado) sistema judicial europeo heredado cayera en deterioro⁽⁷⁾. En general, el marco legal de cualquier economía en *transición*, probablemente tendrá elementos fuera de moda y necesitarán actualización en la era post 1989, ya sea *transitando* de una dictadura, comunismo o colonialismo.

Al poner al frente a la modernización, las instituciones de asistencia se distancian a sí mismas de sus precursores

coloniales o comunistas e invitan a sus compañeros gobiernos a hacer lo mismo. La especificidad de las circunstancias históricas es elidida en el fracaso común de distintos países en lograr el estado de derecho⁽⁸⁾. En la práctica, las implicancias difieren de alguna manera en los países postcoloniales y los países postcomunistas. En los primeros, el hecho de que las leyes y las cortes se encuentren *desactualizadas* se asocia con una falta de inversión y/o baja utilización de la maquinaria formal de la justicia⁽⁹⁾. Una idea común, tal como concluyó el Banco Mundial en un reporte fundamental de 1989 sobre gobernanza en el África subsahariana, es que los gobiernos de la post independencia son los culpables si es que las leyes e instituciones que una vez fueron funcionales han caído en desuso, en mal estado o se han vuelto disfuncionales debido a las políticas y la legislación incoherentes o a la corrupción en

Document on a Proposed Credit in the Amount of SDR 6.80 Million (US\$10.15 Million Equivalent) to the Republic of Armenia for a Public Sector Modernization Project, Report No: 27563-AM, 8 de abril de 2004; p. 53.

- (6) Véase ROWAT, Malcolm; Waleed MALIK y Maria DAKOLIAS. (editores). *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean: Proceedings of a World Bank Conference*. En: *World Bank Technical Paper*. No. 280; especialmente las contribuciones a la *Part VIII*. Los objetivos de dichas líneas ya eran comunes durante la ola de *Law and development* de las décadas de 1960 y 1970. Véase, por ejemplo, ROSSEN, Keith. *The Jeito: Brazil's Institutional Bypass of the Formal Legal System and its Developmental Implications*. En: *19 American Journal of Comparative Law* 514, 1971.
- (7) *En la región LAC [Latinoamérica y el Caribe] (...) el sistema del Código Civil no ha logrado modernizar; los códigos se ha vuelto anticuados y anacrónicos; además, se ha permitido el desarrollo de abusos generados por la opacidad del sistema inquisitivo*. MANAGEMENT SYSTEMS INTERNATIONAL. *Achievements in Building and Maintaining the Rule of Law: MSI's Studies in LAC, E&E, AFR, and ANE*. USAID Occasional Papers Series, noviembre de 2002; p. 4. Véase también pp. 3, 58, 66 y 77. Véase: CAROTHERS, Thomas. *In the name of democracy: US policy towards Latin America in the Reagan Years*. California: University of California Press, 1991; DEZALAY, Yves y Bryant GARTH. *The internationalization of palace wars. Lawyers, economists, and the contest to transform Latin American states*. Chicago: University of Chicago Press, 2002. Sobre El Salvador, véase: ORR, Robert. *Paradigm Lost? United States Approaches to Democracy Promotion in Developing Countries (Dissertation Manuscript)*. UMI, 1996. Sobre Chile, véase: VALDÉS, Juan Gabriel. *Pinochet's Economists: The Chicago School of Economics in Chile*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- (8) Véase, por ejemplo, MANAGEMENT SYSTEMS INTERNATIONAL. *Op. Cit.*; p. 25, prestando atención a que, más allá de las diferencias, Bangladesh, Egipto, Filipinas, Mongolia y Nepal comparten la experiencia común de dominación por regímenes autoritarios y represivos (que) *sistemáticamente debilitan las cortes y marginalizan el estado de derecho*.
- (9) En guinea Bissau, *el sistema legal es anticuado y restrictivo; al igual que la mayor parte de la legislación vigente, data del periodo colonial*. BANCO MUNDIAL. *Project Appraisal Document on a Proposed Credit in the Amount of SDR 21.0 Million (US\$26.0 Million Equivalent) to the Republic of Guinea-Bissau for a Private sector Rehabilitation and Development Project*, 28 de febrero de 2002; p. 8. Véase también BANCO MUNDIAL. *Project Appraisal Document on a Proposed Credit in the Amount of SDR 12 Million (US\$15 Million Equivalent) to the Republic of the Gambia for a Capacity Building for Economic Management Project, Report No. 22516 GM*, 6 de Julio de 2001; p. 3.

El teatro del *rule of Law*

el interin⁽¹⁰⁾. Los países postcoloniales, en cambio, navegaron en un desarrollismo sofocante: un estado sobre-involucrado, tal como indican estas narrativas, engendra corrupción y suprime la creatividad. Para los países postcomunistas, por otro lado, la normativa y las instituciones nunca fueron realmente aceptables, incluso en su creación inicial. Siempre se necesitó reparación, pero solo ahora es posible. En todos lados, no obstante, la consecuencia es que mientras el mundo o la sociedad han seguido inexorablemente adelante, el estado no ha mantenido el ritmo. Ahora es la labor del Estado la de encontrar necesidades más sofisticadas, propias de una contemporánea sociedad internacional-global-cosmopolita. Mientras ataca al gobierno, en el corto plazo, tal lenguaje está diseñado para apelar a los *modernizadores* dentro aquel, por una *circunscripción de reforma*, estructurada como representante de sectores *progresistas* de la *opinión pública*: sacara al país del retardo del pasado⁽¹¹⁾.

En segundo lugar, la modernización es una preocupación topográfica en que los estados *modernos* son entidades geográficas distintas de las tradicionales, rurales o consuetudinarias⁽¹²⁾. “Moderno”, en este sentido, no se refiere a la modernidad de un momento particular en el tiempo; sino a la modernidad de una tradición o cultura regional

específica. Siguiendo *grosso modo* el uso de la ONU de “desarrollado” o “industrial”, pero como una categoría cultural (más que económica), este es lo “moderno” del estado moderno de Max Weber, el cual significa el tipo ideal de una singular tradición europea: un estado que comparta ciertas estructuras y premisas básicas derivadas de la historia cultural europea⁽¹³⁾. Con su propio lenguaje, “modernidad”, en este sentido, se contrapone a lo tradicional, lo cual continua la dicotomía operante a nivel transnacional.

El estado moderno de Weber⁽¹⁴⁾ es uno famoso, en el que el Estado ostenta un dominio indiscutido sobre su territorio; pero es también, en un sentido *Habermasiano*, un Estado que ha superado el *parroquialismo* de la comunidad, reemplazándolo con una *tolerancia* pluralista con los extraños, que no necesitan compartir un mismo trasfondo o sistemas de creencias⁽¹⁵⁾. Lo tradicional, por el contrario, retiene justamente estos elementos: sistemas de creencias comunales

(10) Sin embargo, en Ghana, *el irresoluble problema de propiedad y las disputas, (...) no pueden ser resueltos sin la eficiencia y la armonización de las políticas y la legislación previas tan contradictorias y sin la reforma de las agencias públicas de propiedad inmueble tan ineficientes*. BANCO MUNDIAL. *Project Appraisal Document on a Proposed Credit in the Amount of SDR 15.1 Million (US\$20.5 Million Equivalent) to the Republic of Ghana for a Land Administration Project*. 8 de Julio de 2003; p. 15.

(11) “Retardo” puede funcionar tanto para las estructuras comunistas o socialistas post-independientes, como para los gobiernos pre-coloniales. Véase, como un ejemplo muy rico, el *World development report* del Banco Mundial de 1991, en *The challenge of development*; pp. 1, 19 y 33: *un consenso se está formando en favor de un acercamiento al desarrollo “amigable con el mercado”*.

(12) Por ejemplo: *A pesar de que se proveyó al gobierno (de Yemén) de asistencia militar y técnica, su gobernanza continuó con su carácter tradicional, aun cuando el tamaño de su sector público era pequeño. Muchas de las instituciones de la gobernanza moderna estaban ausentes y los sistemas de administración pública y administración financiera solo estaban parcialmente desarrolladas*. WORLD BANK INDEPENDENT EVALUATION GROUP. *Project Performance Assessment Report, Republic of Yemen, Institutional Development for Public Administration Project (Credit No. 2015-YEM), Legal and Judicial Development Project (Credit No. 3274-YEM), Public Sector Management Adjustment Credit (Credit No. 3178-YEM), Country Evaluation and Regional Relations*, 16 de octubre de 2008; párrafo 1.1.

(13) WEBER, Max. *Op.Cit.*; pp. 880-892. Por supuesto, los estados modernos, en este sentido, existen fuera de Europa también; pero ciertas características estructurales por lo menos son prestadas (injertadas, impuestas) mediante el encuentro histórico con Europa.

(14) Para estudiar una perspectiva del Banco Mundial, véase SHIHATA, Ibrahim. *The World Bank and “Governance” Issues in Its Borrowing Members*. En: SHIHATA, Ibrahim. *The World Bank in a Changing World: Selected Essays*. Martinus Nijhoff, 1991.

(15) Véase: OAKESHOTT, Michael. *On History and other Essays*. Liberty Fund, 1999.



Stephen Humphreys

o compartidos (étnicos o religiosos), *parroquialismo* y una continua presión sobre la autoridad. Dado que tal sistema no puede actuar como Estado, sobrevive bajo las alas de un estado protector o permanece residualmente dominante donde el Estado supuestamente auténtico está ausente, débil o deslegitimado. La predominancia de sectores de justicia tradicionales fuera de las estructuras formales del Estado es, entonces, evidencia *prima facie* de un débil *rule of law*. Los mecanismos de justicia tradicionales de Afganistán han atraído, por ejemplo, el intenso interés de organizaciones de ayuda desde que los esfuerzos comenzaron, después de la invasión de 2001, para establecer el estado de derecho⁽¹⁶⁾:

“El ‘sector informal de justicia’ o ‘sector de derecho consuetudinario’ cubre una amplia variedad de normas y prácticas, frecuentemente no codificadas y transmitidas oralmente, usualmente combinadas de distintas maneras. Ello incluye derecho consuetudinario (...) interpretaciones locales de la tradición legal islámica (...) e incluso algunas leyes modernas (...) Lo único que estos métodos tienen en común es que reflejan un nivel de equidad y justicia ampliamente aceptadas por la mayoría de la población y que todos están fuera de la esfera del sistema de justicia formal. Aun cuando las autoridades que toman estas decisiones o resuelven estas disputas puedan disfrutar de cierto respaldo del Estado, las fuentes de su poder están basadas invariablemente en sus comunidades y estructuras de poder locales”⁽¹⁷⁾

En este contexto, la referencia a lo moderno activa y acentúa la diferencia entre las instituciones asistenciales y los países

receptores, en principio como una capacidad relativa del Estado. De una importancia particular en escenarios post-conflicto (pero de insidiosa significancia donde sea que la capacidad del Estado está en cuestión) establece una relación cuasi-paternal, en la que la asistencia es la portadora de conocimiento y maestría que el receptor no puede esperar igualar.

Tanto los estados colonialistas y comunistas se *modernizaban* en este sentido, ambos caracterizaban lo “tradicional” como “retrasado”, “primitivo” o “infantil” y buscaban desarrollarlo⁽¹⁸⁾. En el contexto colonial esto envolvía una modernización paternalista, criando y formando más que rechazando o imponiéndose a lo tradicional. La intervención legal durante la era colonial tenía como un proyecto fundamental el cultivo de *cortes nativas* para aprovechar y reformar el derecho consuetudinario para acomodarlo a los objetivos modernos⁽¹⁹⁾. La contemporánea reforma del estado de derecho también conserva sutiles matices de ello. Los renovadores del derecho hablan de “formalizar” o simplemente “aclerar” los sistemas de propiedad tradicionales, y no reemplazarlos totalmente⁽²⁰⁾, y de integrar los el derecho tradicional o consuetudinario en el sistema formal para asegurar que

(16) USAID. *Afghanistan Rule of Law Project: Field Study of Informal and Customary justice in Afghanistan and Recommendations on Improving Access to Justice and Relations Between Formal Courts and Informal Bodies*, prepared by Management Systems International. 30 de abril de 2005; pp. 3 y 4.

(17) Véase también: UNDP. *Afghanistan Human Development Report, Bridging Modernity and Tradition: Rule of Law and the Search for Justice*, 2005; BARFIELD, Thomas. *Afghan Customary Law and Its Relationship to Formal Judicial Institutions*, United States Institute for Peace, 2003; BARFIELD, Thomas; Neamat NOJUMI y Alexander THEIR. *The Clash of Two Goods: State and Non-State Dispute Resolution in Afghanistan*. United States Institute of Peace, 2007.

(18) Véase, por ejemplo: REYES, Luis Manriquez. *Modernization of Judicial Systems in Developing Countries: The Case of Chile*. En: World Bank, 1995; pp. 192, 195 y 196; CHIRAYATH, Leila; Caroline SAGE y Michael WOOLCOCK. *Customary Law and Policy Reform: Engaging with the Plurality of Justice Systems, Prepared as a background paper for the World Development Report 2006: Equity and Development*, 2005; p. 4.

(19) Véase, por ejemplo: LUGARD, Frederick. *The Dual Mandate in British Tropical Africa*. William Blackwood & Sons, 1926; pp. 547-549.

(20) Por ejemplo, BANCO MUNDIAL. *Project Appraisal Document on a Proposed Credit in the Amount of SDR 15.1 Million (US\$20.5 Million Equivalent) to the Republic of Ghana for a Land Administration Project*. 8 de Julio de 2003.

El teatro del *rule of Law*

estén en línea con las normas constitucionales y las normas internacionales de Derechos Humanos⁽²¹⁾. Así como con las cláusulas coloniales *repugnantes*, es la subordinación de las autoridades tradicionales a la autoridad estatal, no su eliminación, lo que es deseado⁽²²⁾. En este sentido de “modernización”, entonces, la reforma del estado de derecho es visiblemente descendiente de, si no idéntica, de su antepasado colonial.

Finalmente, “modernización” también trata sobre tecnología. Lo “moderno” aquí se refiere al significado de la Ilustración, el soporte en la ciencia para desvanecer el mito y la superstición y engendrar el progreso. La tecnología siempre ha sido la evidencia de este progreso: en cualquier entorno, el acceso y aplicación de tecnologías que reemplazan el trabajo, incrementa la eficiencia y productividad y rastrean, monitorean y ordenan la realidad son un signo del logro de la modernidad. En documentos de proyectos, “modernización” se traduce en numerosos objetivos tecnológicos. De hecho, proyectos de *rule of law* constantemente traen tecnología⁽²³⁾. Además, la transmisión de la *techné*, el *know-how* de la moderna policía, penitenciaria y sistemas judiciales es un tema recurrente. Los primeros proyectos de administración de justicia financiados por los Estados Unidos en Latinoamérica incorporaban

entrenamiento en técnicas forenses para investigadores gubernamentales, que usaban “métodos largamente desfasados”⁽²⁴⁾. Bases de datos electrónicas promocionadas por la USAID durante la década de 1990⁽²⁵⁾. Además de útiles de escritorio (computadoras, faxes y fotocopadoras), los proyectos colocan equipo de vídeo en las cortes y nuevas armas en manos de la policía, introducen administración de casos *automatizada*, flujo de trabajo y sistemas de control de la gestión de servicios, instalar bases de datos de legislación y jurisprudencia, *software* para el registro inmobiliario y búsqueda de sentencias y mucho más⁽²⁶⁾. Aquellos incluso financian la construcción de prisiones y juzgados de avanzada.

Las intervenciones de *hardware* a veces son ignoradas por los observadores como consecuencias menores comparadas con cuestiones más elevadas de justicia y el bienestar general que trae la reforma del estado de derecho. Sin embargo, las

(21) Por ejemplo, LEGAL VICE PRESIDENCY, THE WORLD BANK. *Initiatives in Legal and Judicial Reform*, 2004; p. 13.

(22) Véase: CHIRAYATH, Leila; Caroline SAGE y Michael WOOLCOCK. *Óp.Cit.*; BANCO MUNDIAL. *World Development Report 1996: From Plan to Market*. 1995. Sobre las cláusulas de *repugnancia*, con las que las autoridades coloniales circunscribían la aplicación del derecho consuetudinario nativo en los contextos coloniales, véase: HUMPHREYS, Stephen. *Laboratories of Statehood: legal intervention in colonial Africa*. En: *Modern Law Review* (de próximo lanzamiento).

(23) Por ejemplo, BANCO MUNDIAL. *Project Appraisal Document on a Proposed Credit in the Amount of SDR 14.8 Million (US\$21.6 Million Equivalent) to the Republic of Azerbaijan for a Judicial Modernization Project*. 5 de junio de 2006; pp. 1 y 2.

(24) BLAIR, Harry y Garry HANSEN. *Weighing in on the Scales of Justice: Strategic Approaches for Donor-Supported Rule of Law Programs*. USAID, 1994; pp. 10 y 47.

(25) Véase el extensor *grant program status report*, del Anexo C de USAID. *Chemonics International Inc., Central Asian Republics Rule of Law, Contract # CCN-0007-C-00-4004-00, Final Report*, diciembre, de 2007.

(26) Véase, por mayores ejemplos: USAID. *Final Report: Croatia Commercial Law Reform Project, Contract No. PCE-I-00-98-00013, Prepared by Frederick G. Yeager, Booz Allen Hamilton*, marzo de 2004; BANCO MUNDIAL. *Project Appraisal Document on a Proposed Learning and Innovation Loan in the amount of US\$5 Million to the Republic of Colombia for a Judicial Conflict Resolution Improvement Project, Report No: 23184-CO*, 8 de noviembre de 2001; *Implementation Completion Report (IDA-33270) on a Credit in the Amount of SDR 6.6 Million (US\$ 9.0 Million Equivalent) to Albania for a Legal and Judicial Reform Project*, 12 de junio de 2006; *Implementation Completion Report (SCL-45630) on a Loan in the Amount of US \$5.3 Million to the Kingdom of Morocco for a Legal and Judicial Development Project*, 30 de diciembre de 2004; *Project Appraisal Document on a Proposed Credit in the Amount of SDR 21.0 Million (US\$26.0 Million Equivalent) to the Republic of Guinea-Bissau for a Private sector Rehabilitation and Development Project*, 28 de febrero de 2002; *Project Appraisal Document on a Proposed Credit in the Amount of SDR 30.35 Million (USD 45.65 Million Equivalent) Islamic Republic of Pakistan for a Punjab Land Records Management and Information Systems, Report No: 36450-PK*, 21 de diciembre de 2006.



Stephen Humphreys

tecnologías *hard* alteran el contexto físico y psicológico del trabajo judicial y engendran complementos tecnológicos *soft*. Aquellos requieren programas de entrenamiento (generalmente provistos por los mismos proyectos) en los que los futuros usuarios se familiarizan con su nuevo entorno, se unen con sus pares como los acólitos de una nueva empresa y hábitos frescos de pensamiento y práctica⁽²⁷⁾. La medida en que los jueces, abogados, policía, funcionarios penitenciarios, servidores públicos y otros se adaptan, los separa de viejas mentalidades improductivas y los introduce en una nueva comunidad de saberes transnacional, creciendo a la par que las nuevas tecnologías. Así, por ejemplo, en Kazajstán, después del juicio de introducción de las cámaras de vídeo dentro de las cortes, USAID manifestaba: “Jueces y abogados (...) reportaron que todos los participantes de la prueba estaban, en general, mejor preparados para el juicio (y actuaron más apropiadamente) cuando supieron que el sistema de grabación sería usado”⁽²⁸⁾.

La estandarización tecnológica tiene otras ventajas para las instituciones de asistencia, en que permite el cruce de información internacional, como alinear el seguimiento de casos (y por supuesto de individuos) entre estados. Esto es especialmente relevante para proyectos de justicia penal. Uno financiado por USAID en Mongolia, por ejemplo, *automatizó* 14 oficinas de la fiscalía con 117 computadoras y fotocopiadoras, teléfonos y faxes; así como introduciendo sistemas automatizados de identificación de huellas dactilares, sistemas automatizados de identificación de fotografías y un *software* automatizado de gestión de casos, para permitir el intercambio sencillo entre oficinas e instituciones,

incluyendo presumiblemente en colaboración internacional cuando sea necesaria⁽²⁹⁾.

¿Cómo entender la fijación del estado de derecho en la modernización? Frecuentemente ha sido asociado con el “estado moderno”, en una tradición que pasa por Dicey⁽³⁰⁾, Weber⁽³¹⁾, Oakeshott⁽³²⁾, Habermas⁽³³⁾ y otros. Pero en ningún lugar se sugiere que la modernidad *per se* pueda producirse por sus atributos correlativos, legales u otros. Para la mayoría (todos refutados), la modernidad implica el comienzo de la auto-conciencia como sociedad y su auto-impulsado rol en administrar u *orquestrar* el estado por su propio interés (que es el general o público)⁽³⁴⁾. El “estado moderno” es, en principio, precisamente un que está sujeto al control de una sociedad. Este control se logra mediante una forma de auto-reflexión o “auto-reflexividad”, para usar el término de Anthony Giddens, la cualidad de indagación racional en el proceso social y político que describe como la “quintaesencia de lo moderno”⁽³⁵⁾. Cuestión, crítica y debate público (el uso público de la razón de Kant) han sido tradicionalmente entendidos como los que proveen aquello que califica al estado como “moderno”⁽³⁶⁾. Un estado de derecho moderno se caracteriza como dependiente de tal calidad de esfera pública.

(27) Véase, por ejemplo, BANCO MUNDIAL. *Implementation Completion and Results Report (IDA-34170) on a Credit Amount of SDR 8.6 Million (US\$ 11.4 Million Equivalent) to Republic of Armenia for a Judicial Reform Project*, Report No: ICR0000493, 28 de junio de 2007; p. 14.

(28) USAID. *Strengthening the Rule of Law in Kazakhstan: Kazakhstan Judicial Assistance Project Phase I, Final Report, Prepared by Chemonics International*, setiembre de 2007; p. 6.

(29) USAID/ NATIONAL CENTER FOR STATE COURTS. *Mongolia Judicial Reform Program, Annual Report 2007, Cooperative Agreement #492-A-00-01-00001*, Heike Gramckow, Deputy Director, 20 de febrero de 2008; pp. 12, 13, 20, 33 y 34.

(30) DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* 10ma. edición. Macmillan, 1962 (1885).

(31) WEBER, Max. *Óp. Cit.*

(32) OAKESHOTT, Michel. *Óp. Cit.*

(33) HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. MIT Press, 1998.

(34) *Ibidem*.

(35) GIDDENS, Anthony. *Modernity and Self-Identity*. Polity, 1991.

(36) KANT, Immanuel. *An Answer to the Question: What is Enlightenment?* En: *Perpetual Peace and Other Essays*. Hackett, 1983 (1784).

El teatro del *rule of Law*

Claramente “modernización”, tal como aparecen en la programación del *rule of law*, describe un proceso muy diferente, aparentemente sustituyendo los fenómenos superficiales de la modernidad (una baraja de leyes y tecnologías y una insistente delineación y presión sobre lo tradicional) para los procesos sociales que, de acuerdo a las posturas existentes de los orígenes de la modernidad, producen estos fenómenos. Ninguna explicación teórica es ofrecida por la literatura del *rule of law* de por qué dicho fenómeno inverso debería funcionar. Pero, por supuesto, hay precedentes históricos para procesos de modernización prediseñados tanto en contextos coloniales y comunistas. Puede ser que, a pesar del insistente y voluble distanciamiento de estos experimentos tempranos, ¿la promoción del estado de derecho contemporánea los repite? Si es así, tal como explicaremos más adelante, el proyecto de la modernización es llevado a otro nivel por las instituciones benéficas de hoy, al intento de construir la misma esfera pública que, de acuerdo a la mayoría, es el propio *locus* y vehículo de lo moderno.

2. Roles principales: público y privado

La literatura del estado de derecho no ofrece una explicación teórica de la distinción público-privado, aun cuando ambos términos se repiten con la regularidad de un muecín: escuchamos mucho acerca de la responsabilidad pública y el desarrollo privado, acerca de las políticas públicas y las elecciones privadas; el sector público y el privado es coadyuvado de distintas maneras. La distinción es tratada como natural (es asumida más que explicada) y lo privado es mucho más privilegiado que lo público, frecuentemente implícitamente: un rol primario de lo público es para facilitar la libertad de lo privado. Finalmente, el rol del sistema legal en la continuidad de dicha distinción también es implícitamente tratada como axiomática en los escritos de *rule of law*, el derecho agudiza la distinción, pero raras veces la articula: cada sector tiene su propio discurso jurídico y sus interrelaciones están sujetas a una forma específica de regulación. Sería adecuado, antes de entrar a examinar las técnicas empleadas por el estado de derecho para consolidar este hipotético social, repasar los presupuestos y asunciones que subyacen al tan invocado vocabulario de público-privado.

Probablemente la más concienzuda, y ciertamente la más influyente, teoría sobre la emergencia de la división público-privado en Europa es la descripción de Jürgen Habermas del auge de la esfera pública en Europa durante los siglos XVIII y XIX. Habermas caracterizaba la esfera pública como “la esfera en la que los sujetos privados se unen como un público”⁽³⁷⁾ y mostraba cómo las principales garantías constitucionales introducidas en la Europa decimonónica estaban, en gran medida, fundamentadas en preservar la integridad de esta esfera⁽³⁸⁾.

Un conjunto de derechos básicos incumbían la dimensión del público inmiscuido en el debate crítico-racional (libertad de opinión y expresión, libertad de prensa, libertad de asociación, etcétera) y la función política de los sujetos privados en esta esfera pública. Un segundo conjunto de derechos básicos se ocupaban del estatus del individuo como un ser humano libre, basados en la esfera íntima de la familia conyugal patriarcal (libertad individual, inviolabilidad de domicilio, etcétera). El tercer grupo de derechos básicos tenían que ver con las transacciones de propiedad privada en la esfera de la sociedad civil (igualdad ante la ley, protección de la propiedad privada, etcétera). Los derechos básicos garantizaban: las esferas del espacio público y del privado (con la esfera íntima en su núcleo) y los cimientos de la autonomía individual (familia y propiedad), de otro lado, finalmente, las funciones de los individuos, tanto las políticas como ciudadanos y las económicas como propietarios de bienes.

Esta particular idea o ideal de la esfera pública floreció bajo un conjunto particular de circunstancias históricas. Una condición necesaria era el desarrollo cultural y social

(37) *Óp. Cit.*; p. 27.

(38) HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. MIT Press, 1998; p. 83.



Stephen Humphreys

de tecnologías, particularmente tecnologías de comunicación (imprentas, periódicos), el respaldo de concretas y diferenciadas actividades públicas y privadas. Una noción consolidándose de “privacidad” aplicada a individuos en “sus casas propias” (accediendo a información, *cultura* y noticias en privado) pronto se extendió a la independencia económica de la burguesía (desde la comunidad o la familia) y esto, en cambio, dio una base para avanzar a la teórica esfera pública. Allí, como miembros de la sociedad civil (en espacios de debate y salones de debate, en eventos públicos y en las páginas de periódicos y revistas), los individuos privados debaten sobre sí mismos con la perspectiva de determinar el interés público, eventualmente transmitido (como *opinión pública*) a un estado que estuvo crecientemente obligado (mediante garantías constitucionales) a actuar para aquel. La división público-privado está, entonces, mejor concebida como una distinción *tripartita* entre (i) personas privadas como tales (la esfera privada), (ii) una esfera pública de personas privadas y actores económicos (sociedad civil) y (iii) un sector público, el Estado⁽³⁹⁾.

El proyecto del *rule of law* contemporáneo no se refiere a estos fundamentos teóricos y no problematiza el mundo sobre el que actúa. Sin embargo, el conjunto de ideas que Habermas articula, recorre la literatura de aquel como una premisa *a priori*. Aquel tienden a asumir este conjunto de condiciones estructurales en países de implementación y apunta, en gran medida, a reforzarlas. El estado de derecho y su lenguaje asociado (gobernanza, corrupción, privatización, sociedad civil, independencia judicial) proveen una armadura conceptual y un marco independiente para nutrir la distinción público-privado. Lo hace en parte enfatizando la no identidad de lo público y lo privado (como un asunto fundamentos) e insistiendo sobre lo deseable de lograr completar la separación (como un asunto de práctica)⁽⁴⁰⁾.

El proyecto procede por asumir que las circunscripciones relevantes (sector privado empresarial, sociedad civil y los medios, de un lado; burocracia del otro) ya existen en los países objetivo, pero que han sido sumergidos o desplazados; que deben ser ayudados para emerger y equipados para tomar su lugar en conocido y *moderno* teatro de la vida pública. De las burocracias en turgencia de los desarrollos postcoloniales o los estados ex-comunistas, debe esculpirse un sector público eficiente y disciplinado. Se debe despertar y liberar al sector privado y a la sociedad civil para alcanzar, combatir y amarrar al Estado. Aquí parece haber una aparente paradoja: estos actores deben ser activados desde el exterior en una suerte de auto-concretización, dado que ya existen en latencia y tan solo esperan la ignición⁽⁴¹⁾. Entonces, mientras el espacio público (el estado nuevo, sobreviviente o residual; heredado de algún proceso precedente) es objeto de explícito modelado, disciplina y poda, el privado debe ser persuadido y seducido, se debe colocar los incentivos adecuados (incluyendo financiamiento directo, pero generalmente fundado en la reorganización de lo público), para llamarlo de su supuesto sueño, extendiéndose, idealmente, a un entorno regulatorio abierto a cualquiera, igualmente nacionales y extranjeros. El supuesto de que los incentivos correctos simplemente convocarán a los sectores privados y de la sociedad civil parece mucho más presuntuosa cuando se recuerda que estos actores, de

(39) La distinción tripartita recoge la descripción hegeliana de las esferas de la libertad: la familia, la sociedad civil y el Estado. Véase: HUMPHREYS, Stephen. *Theater of the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010; notas al pie de pp. 80 y 81.

(40) El espacio privado, también, por supuesto, es uno de disciplina impuesta. Mas, precisamente porque la fuerza disciplinaria en aquel es delegado por la esfera pública, está oculto dentro del discurso del Derecho público, el que trata a los actores privados como *libres*, sin ninguna distinción. Véase: *Ídem.*; capítulos 2 y 3.

(41) Una paradoja similar es capturada por la descripción de Nikolas Rose del fenómeno cognitivo, *gobierno mediante comunidad*. De acuerdo a Rose, en este modelo de gobierno, la comunidad *debe lograrse, mas este logro no es más que el nacimiento de una forma de ser que pre-existe*. Citado en: LI, Tania Murray. *Neo-Liberal Strategies of Government through Community: The Social Development Program of the World Bank in Indonesia*. En: *ILLJ Working Paper 2006/2*, 2006; p. 4.

El teatro del *rule of Law*

hecho, ya existen transnacionalmente, plenamente formados fuera de los estados en cuestión, y preparados para movilizarse dentro de ellos en las circunstancias apropiadas.

Examinaré estos temas mediante el desarrollo de ciertas palabras clave en la documentación del proyecto y de la estrategia del Banco Mundial, USAID y la ONU: gobernanza, corrupción y privatización. Primero, sin embargo, analizaré el mecanismo por el que el programa del estado de derecho entra en los estados anfitriones, mediante una *circunscripción de reforma*.

2.1. La circunscripción de reforma

Un tema llamativo y recurrente en los documentos del proyecto del estado de derecho es la convicción de que, para propulsar la reforma, las instituciones de asistencia deberán trabajar con un minoría mentalizada para la reforma dentro del gobierno; muchas veces sin tener en consideración el proceso legislativo formal. “Sin un liderazgo activo y mentalizado en pro de la reforma dentro del Gobierno de Egipto”, indica un reporte del proyecto, “los esfuerzos (de USAID) habrían sido fútiles. Este punto no puede ser exagerado”⁽⁴²⁾. La importancia de trabajar mediante una circunscripción de reforma fue destacada tempranamente en la labor del *rule of law*: la primera de cuatro “necesidades esenciales”, de acuerdo a una evaluación del programa de USAID de 1994, es “liderazgo político del país anfitrión en apoyo de las reformas ROL (sic)”⁽⁴³⁾. Si falta este apoyo, “las entidades de asistencia necesitarán apoyar estrategias de construcción de circunscripción y coalición, para fortalecerla presión política y pública para la reforma”. La construcción de una coalición es, de hecho, una actividad significativa del proyecto. Un documento dice: “entrenar habilidades no solo desarrolla habilidades, sino también un cuadro de agentes de cambio”⁽⁴⁴⁾. En la práctica, las organizaciones de asistencia frecuentemente se apoyan en vínculos cercanos con figuras clave del gobierno para acelerar los procesos de reforma y evitar un largo debate

público o parlamentario. USAID, por ejemplo, explica las ventajas de subvenciones frente a los préstamos en estos términos⁽⁴⁵⁾.

Incluso los préstamos más favorables normalmente requieren la ratificación del Legislativo, mientras que las subvenciones pueden ser suscritas por el Ejecutivo. El proceso de aprobación parlamentaria puede estirar la brecha entre la aceptación inicial del proyecto y el inicio de implementación en meses y hasta años. Mientras tanto, las condiciones podrían cambiar, un ministro dedicado es reemplazado por uno menos comprometido con la reforma, o las condiciones necesarias para el cambio de una ley o regulación importante ya no existen. Las subvenciones de USAID ayudan a evitar estos problemas.

El Banco Mundial observa que, en la práctica, las reformas exitosas normalmente evitan el “proceso de aprobación legislativa” totalmente⁽⁴⁶⁾.

Las reformas macroeconómicas usualmente se llevan a cabo en tiempos de crisis con un movimiento del lapicero, logradas por decretos administrativos y unos pocos actores clave. Los beneficios tienden a ser inmediatos, visibles y a extenderse a toda la población, con perdedores o perdedores potenciales muy dispersos o muy pequeños en número como para tener importancia política.

Los documentos del proyecto están repletos con referencias a *ganchos* legislativos clave, introducidos por decretos, que normalmente

(42) USAID, *Assistance For Trade Reform, Final Report, Submitted By Nathan Associates Inc. Under Contract No. PCE-I-00-98-00016-00 Task Order 827*, octubre de 2006; p. vi.

(43) BLAIR, Harry y Garry HANSEN. *Op. Cit.*; p. 3.

(44) USAID. *Final Report: Croatia Commercial Law Reform Project, Contract No. PCE-I-00-98-00013, Prepared by Frederick G. Yeager, Booz Allen Hamilton*, marzo de 2004; p. 6.

(45) USAID. *Economic Growth Strategy: Securing the Future*. (edición de pre-publicación), abril de 2008; p. 12.

(46) KIKERI, Sunita; Thomas KENYON y Vincent PALMADEM. *Reforming the Investment Climate: Lessons for Practitioners. World Bank Policy Research Working Paper 3986*, agosto de 2006; p. 2.



Stephen Humphreys

se vuelve instrumentales para permitir existir a los programas más relevantes⁽⁴⁷⁾. Efectivamente, esto empieza con la transformación de las constituciones, un área en la que USAID estuvo muy activa en los primeros años de 1990 en países ex-comunistas⁽⁴⁸⁾. La producción de un entorno legislativo apropiado suele ser un objetivo nuclear; el proceso con el que se logra es secundario. Las organizaciones no solo *asisten* en la elaboración de las normas, frecuentemente las pre-elaboran; muchas veces sin visitar siquiera el país en cuestión⁽⁴⁹⁾. De hecho, aun cuando el trabajo permanece local, la influencia de aquellas está muy presente. Aquí, por ejemplo, está la descripción de un consultor de USAID para insertar un lenguaje amigable con la Organización Mundial de Comercio en el Código Procesal Civil de Tayikistán⁽⁵⁰⁾:

“Específicamente, el proyecto guió cuidadosa y exitosamente el desarrollo del borrador (del Código en cuestión) para que cada uno contenga disposiciones sobre medidas precautorias, tal como requiere el acceso a la OMC (...) Se discutió más acerca de estas disposiciones en el Código Procesal Civil, y no tuvimos éxito hasta la decimoprimer hora, cuando (el equipo del proyecto) nos reunimos con el Ministro de Justicia y urgimos su inclusión. El proyecto ayudó a delinear el lenguaje necesario, lo tradujo al *Tayik* y trabajó con el Ministro y sus colegas en las razones por las que las medidas eran importantes para el futuro de Tayikistán.”

Un supuesto implícito en gran parte de la literatura, como indican las citas *supra*, es que los beneficiarios de la reforma

no son necesariamente informados de su propio mejor interés, lo cual aumenta el valor de la circunscripción de reforma. Si pierden terreno, los proyectos podrían debilitarse o ser abandonados⁽⁵¹⁾. Existe por tanto una preocupación constante en los círculos de reforma con voluntad política, su presencia o ausencia, su incentivo o aliciente⁽⁵²⁾.

¿Cómo se puede generar la voluntad política para lograr reformas básicas y sistémicas? Existen tres direcciones: desde abajo, desde el interior y desde fuera. Presión organizada desde abajo, en la sociedad civil, juega un rol esencial en la persuasión de las élites sobre la necesidad de reformas institucionales para mejorar la gobernanza. También podría haber algunos elementos con mentalidad pro-reforma dentro del gobierno y el partido dominante o coalición, quienes, sea por razones pragmáticas o normativas, tienen a la vista la necesidad de reforma, pero se reúsan a actuar solos. Finalmente, actores externos de la comunidad internacional suelen inclinar la balanza mediante compromisos persuasivos con los gobernantes y la sociedad; así como otorgando recompensas tangibles por una mejor gobernanza y penalidades por la obstinación.

(47) Véase, por ejemplo: BANCO MUNDIAL. *Project Appraisal Document on a Proposed Credit in the Amount of SDR 14.8 Million (US\$21.6 Million Equivalent) to the Republic of Azerbaijan for a Judicial Modernization Project*, 5 de junio de 2006; p. 1; *Project Appraisal Document on a Proposed Loan in the Amount of US\$17.1 million to the Republic of Indonesia for a Private Provision of Infrastructure Technical Assistance Loan (Report No: 25820)*, 25 de abril de 2003; p. 8.

(48) MANAGEMENT SYSTEMS INTERNATIONAL. *Óp. Cit.*; p. 12. Ahí se recapitula la asistencia de USAID en el diseño de las constituciones de Albania, Armenia, Bulgaria, Georgia, Rusia y Ucrania.

(49) Por ejemplo: USAID. *Final Report for Cape Verde WTO Accession Project under The Doha Project for WTO Accession and Participation (Contract PCE-I-00-98-00013-00, Task Order 14)*, prepared by Booz Allen Hamilton, diciembre de 2005.

(50) USAID. *Assistance in Establishing the Legal and Institutional Framework Necessary to Support a Market-Based Economy (LIME 2), Kyrgyzstan and Tajikistan, Final Report, Prepared ARD Inc. and Checchi & Co. Consulting*, junio de 2006; p. 45.

(51) Así, el Banco Mundial retiró el apoyo para un seguimiento a sus proyectos de desarrollo legal y judicial en Yemén, después de que (1) la implementación del Judicial Development Component, en particular, fue comprometido en la mitad del 2011 por el reemplazo de un ministro pro-reforma por uno significativamente más conservador que envió un mensaje de que la modernización de la judicatura no era una prioridad. BANCO MUNDIAL. *Implementation Completion Report (IDA-32740) on a Credit in the Amount of SDR1.8 Million Equivalent to the Republic of Yemen for a Legal and Judicial Development Project, Report No: 27561*, 30 de diciembre de 2003; p. 6.

(52) USAID. *Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality*, 2002; p. 48.

El teatro del *rule of Law*

La circunscripción de reforma no debe, sin embargo, ser confundida con la “élite”. Este último término, que aparece con regularidad en la literatura del estado de derecho, carga con la connotación negativa de los poderes del *status quo* que tienen las de perder con la reforma⁽⁵³⁾. Se asume normalmente que, corrupta y coludida, la élite, definida como “cualquier grupo económico, político, étnico o social tratando de promover sus intereses a expensas de los intereses de las personas ajenas a aquel”⁽⁵⁴⁾, ha *capturado* el Estado⁽⁵⁵⁾. Los reformadores, así, se oponen a las élites, tal como el siguiente prospecto de evaluación de la reforma en Nigeria ilustra⁽⁵⁶⁾:

“Los campeones de la reforma son muchos y variados, y tienden a carecer de los recursos apropiados por aquellos que se benefician del *status quo*. Sin embargo, (dos) elementos (...) auguran el bien de la reforma. El primero es que aquellas élites, con intereses propios en las redes informales de patronazgo, están muy divididas (...) En segundo lugar, las crecientes demandas puestas en la élite política por la población significan que las debilidades del sistema político existente se han vuelto crudas y expuestas y amenazan con llevar al orden político al conflicto”

Desde este punto de vista, los verdaderos protagonistas de este drama son la *población* contra la *élite*, con los *reformadores*

combatiendo valientemente por el interés general. Dado que la élite puede manipular los recursos a su disposición, incluyendo a los medios, para capturar la aceptación popular, los reformadores deben luchar contra la reticencia popular y el malentendido. La reforma es, así, frecuentemente presentada como un esfuerzo heroico, perseguido contra la oposición populista, por un grupo de políticos y burócratas visionarios y desinteresados, agitadores idealistas de la sociedad civil, la comunidad empresarial, usualmente movilizados en cámaras de comercio (que interpretan frecuentes cameos en los guiones del proyecto del estado de derecho) y otros grupos de interés⁽⁵⁷⁾. Es innecesario decir ya, que estos últimos incluyen extranjeros. Así, un proyecto del Banco Mundial en Georgia cita dentro de sus audiencias objetivo a los “inversionistas internacionales”: “la comunidad empresarial internacional debería tener presentes los esfuerzos hechos en Georgia para implementar una judicatura competente y justa y para asegurar el estado de derecho”⁽⁵⁸⁾.

- (53) Un texto temprano de USAID dice: *En países en desarrollo, los segmentos de élite de la sociedad (que usualmente incluye a los funcionarios públicos) pueden usar al Estado como un instrumento para perseguir sus propios intereses restringidos, dejando a un lado las necesidades legítimas y las aspiraciones de la mayoría.* USAID. *Policy, Democracy and Governance*, noviembre de 1991; p. 9.
- (54) DECKER, Klaus; Caroline SAGE and Milena STEFANOVA, *Law or Justice: Building Equitable Legal Institutions, prepared as a background paper for the World Development Report 2006: Equity and Development*, 2005; p. 4.
- (55) *La captura de la élite* es un término de avanzada en la literatura del Banco Mundial, extendiéndose a la judicatura. *La corrupción y la captura de la élite dentro de los sistemas judiciales están entre los obstáculos al desarrollo para lograr la reforma legal y judicial.* DANINO, Robert. *Reforming Legal and Judicial Systems.* En: KAGIA Ruth (editora). *Balancing the Development Agenda: The Transformation of the World Bank Under James D. Wolfensohn, 1995-2005.* The World Bank, 2005; p. 66. Véase especialmente: HELLMAN, Joel; G. JONES, and Daniel KAUFMANN, *Seize the State, Seize the Day: State Capture and Influence in Transition Economies.* En: *31 Journal of Comparative Economics* 751, 2003.
- (56) USAID. *Democracy and Governance Assessment of Nigeria, Prepared by ARD Inc.,* diciembre de 2006. Para otros ejemplos, véase: USAID. *Corruption Assessment Senegal, Prepared by MSI, Contracted under USAID Contract No. DFD-I-00-03-00144-00, Task Order 1,* 31 de agosto de 2007; BONICELLI, Paul. *Assessing the State of Democracy in the Hemisphere.* Council of the Americas, 8 de noviembre de 2007.
- (57) Los proyectos del estado de derecho frecuentemente trabajan de forma cercana a las Cámaras de Comercio locales; sin embargo, la comunidad económica normalmente es más una audiencia para la educación pública (véase más adelante) que una circunscripción de reforma. Véase, por ejemplo: BANCO MUNDIAL. *IDA, Country Assistance Strategy for the Republic of Zambia, World Bank Report No: 43352-ZM, Country Management Unit: AFCS2,* 8 de abril de 2008; p. 2.
- (58) BANCO MUNDIAL. *Project Appraisal Document on a Proposed Credit in the Amount of SDR 9.9 Million (US\$ 13.4 Million Equivalent) to Georgia for a Judicial Reform Project, Report No: 19346-GE,* 7 de junio de 1999; p. 25.



Stephen Humphreys

2.2. Gobernanza

Los gobiernos determinan que tan bien o mal funcionan los mercados. Esta simple verdad explica la preocupación actual con la “gobernanza”, mientras el mundo se vuelve hacia una abrumadora promoción de los mercados como la base de la actividad económica⁽⁵⁹⁾.

Gobernanza ha llegado, con el tiempo, a definir los alcances y límites del sector público⁽⁶⁰⁾. La Asociación Internacional de Fomento (AIF), la rama de subsidios del Banco Mundial para países pobres, la define como “la manera en que el Estado adquiere y ejercita la autoridad para proveer y administrar bienes públicos y servicios, incluyendo las capacidades y responsabilidades públicas”, que contiene lo siguiente⁽⁶¹⁾:

- a) Derechos de propiedad y gobernanza basada en reglas (la extensión en que el sistema legal y la gobernanza basada en reglas estructura y facilita la actividad del sector privado, fortaleciendo los derechos de propiedad y los contratos).
- b) La calidad de la administración presupuestal y financiera.
- c) La eficiencia en la movilización de los ingresos.
- d) Calidad de la administración pública.
- e) Transparencia, responsabilidad y (falta de) corrupción en el sector público.
- f) Calidad, confianza y transparencia en la contratación con el Estado.

En principio, estos principios de una burocracia funcional (similares a los identificados por Weber), proveen una

categoría de disciplina, los límites que circunscriben la actividad de los funcionarios públicos. Son las funciones de *gobernanza económica* del Estado, aquellas manejadas por el Banco y otras instituciones financieras como distintas de la plataforma del estado de derecho (legalidad y orden básicos) del Departamento de Operaciones para el Mantenimiento de la Paz (DOMP) y otros actores de la ONU. En las últimas intervenciones, la comunidad internacional actúa como mentor de una generación de funcionarios públicos responsables, demostrando la correcta activación y despliegue de la maquinaria coercitiva del Estado. Sin embargo, una vez que el control está en las manos de los funcionarios locales, tienen un incentivo a *free-ride* (en jerga de la teoría de la decisión pública), en el uso de la coerción para aprovecharse de las arcas públicas. “Gobernanza” describe entonces los parámetros de la actividad coercitiva *legítima* del Estado; es decir, describe la “legitimidad” en la fórmula de Weber de un Estado con el “monopolio de la violencia legítima”. Su carácter disciplinario es fortalecido por las instituciones de asistencia (incluyendo a la AIF), quienes lo consideran como un requisito para el financiamiento⁽⁶²⁾. Evaluar la gobernanza es determinar si el sector público se ha desviado de sus funciones básicas (crear un clima para las inversiones adecuado) e imponer medidas punitivas para lograrlo.

(59) BRAUTIGAM, Deborah. *Governance and Economy: A Review. Policy Research Working Papers 815*. The World Bank, diciembre de 1991. Véase también: BANCO MUNDIAL. *Developing the Private Sector: A Challenge for the World Bank Group*, 1989; *Governance and Development*, 1992; y, por un ejemplo más reciente, *Implementation Plan for Strengthening World Bank Group Engagement on Governance and Anticorruption*, 28 de setiembre de 2007.

(60) Nueve definiciones aparecen en GIRISHANKAR, Navin; Linn HAMMERGREN y otros. ‘Governance’ in *World Bank, Poverty Reduction Strategy Sourcebook*, 2002.

(61) INTERNATIONAL DEVELOPMENT ASSOCIATION. *IDA’s Performance-Based Allocation System: A Review of the Governance Factor, International Development Association Resource Mobilization (FRM) 37911 Public Disclosure*, octubre de 2006; pp. 1 y 6.

(62) *Ibidem*. Véase también: MILLENNIUM CHALLENGE CORPORATION. *Fiscal Year 2007 Guidance for Compact-Eligible Countries*, 2006; y *Guide to the MCC Indicators and the Selection Process Fiscal Year 2008*, 2007.

2.3. Corrupción

La corrupción es la otra cara de la gobernanza: su ausencia o infracción. Usualmente definida como “el abuso del cargo público para satisfacer el interés propio”, el término se concentra en el límite entre lo público y lo privado y otorga criterios para protegerlo⁽⁶³⁾. El “interés propio” en cuestión también puede referirse al interés privado de *otros* en la transacción con el funcionario público, pero de manera más precisa se refiere al *propio* interés privado de aquel. Dondequiera que la división entre lo público y lo privado (incluso, o especialmente, cuando la división existe en una persona en específico) es transgredido, ignorado o malinterpretado, el resultado se califica como “corrupción”: “Gobernanza pública irresponsable y sin transparencia puede llevar a disipar las líneas entre los sectores público y privado y a (...) la excesiva interferencia del gobierno, el mercado de capitales o regulación de servicios públicos corruptos o la captura del gobierno por intereses privados como en un capitalismo clientelista”⁽⁶⁴⁾.

La corrupción es entonces la otra cara de la misma moneda de la gobernanza, la confusión de los espacios público y privado es criminalizada⁽⁶⁵⁾. Aquel problema es una ocasión para el intensivo escrutinio de los límites adecuados entre lo público y lo privado, tal como lo evidencia la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, con su meticuloso y a veces tortuoso refinamiento de los actores relevantes en cada instancia citada de posible corrupción⁽⁶⁶⁾. Los pasos para identificar la corrupción más adelante explican y refuerzan estos roles, creando presión privada y deberes públicos. Por ello ha habido, de un lado, un significativo (y en gran medida financiado por privados) empuje para crear un *movimiento anticorrupción*, replicando las técnicas de los Derechos Humanos de control por parte de la sociedad civil y *denuncia* y *descrédito*; cientos de ONG a nivel mundial reciben capital para este fin. De otro lado, la constante fuente de información sobre corrupción es el sector privado. Solicitando la percepción (más que el monitoreo del comportamiento) de los actores

privados, los indicadores de corrupción, como el bien conocido Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional, efectivamente asume a los últimos como miembros del *movimiento*. El efecto esperado de todo esto es convertir la relación acogedora entre los intereses públicos y privados que muestra la corrupción en una de hostilidad o corrección: lo público y lo privado como enemigos o vigilantes mutuos.

Por tanto, mientras el trabajo anticorrupción financiado por privados responsabiliza a la esfera pública, movilizada para vigilar los límites, el trabajo del Banco Mundial coloca el paquete de corrección en el sector público (más que en el privado). A nivel del proyecto, el trabajo anticorrupción envuelve la inculcación de criterios para reconocer y activar los límites entre lo público y lo privado (códigos de ética, denuncia y otros procedimientos de transparencia, campañas de información pública), dirigidas a incentivar (o iniciar) la exposición al conocimiento público. En principio, entonces, el logro de la gobernanza necesariamente envuelve la eliminación de la corrupción, para que el último parezca otorgar simple peso retórico (y moral) al último.

2.4. Privatización

El gran entusiasmo en la renuncia del Estado (el ritual obligatorio que constituye la privatización) en el Banco Mundial, dentro de USAID y en otros lugares, era (y es) generada por la claridad que produce entre el sector público y el privado y sus roles diferenciados (iniciativa empresarial de un lado, gobernanza

(63) Por uno de muchos ejemplos, véase: BANCO MUNDIAL. *Implementation Plan for Strengthening World Bank Group Engagement on Governance and Anticorruption*, 28 de septiembre de 2007; párrafo 3; USAID. *A Handbook on Fighting Corruption*, 1999.

(64) BANCO MUNDIAL. *Reforming Public Institutions and Strengthening Governance: A World Bank Strategy*. The World Bank, Public Sector Group Poverty Reduction and Economic Management (PREM) Network, noviembre de 2000.

(65) Véase, en este contexto, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; Artículos 15-42.

(66) Véase la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; Artículo 2(a).



Stephen Humphreys

del otro)⁽⁶⁷⁾. Por una parte, la transferencia masiva de activos a los privados, con el número anual de privatizaciones creciendo rápidamente desde 1989, claramente señala la importancia central de sus mutuas diferencias y privilegios relativos⁽⁶⁸⁾. De otra parte, quizás un efecto crucial en la *transparencia* del control sobre los bienes, con la presunción de que la propiedad en manos privadas está mejor definida y más eficiente que en manos públicas. Por ejemplo, un proyecto del Banco Mundial en Rumania estaba “orientado a fortalecer la disciplina financiera en el sector empresarial del estado, liquidando empresas deficitarias, privatizando las demás y cortando todas las pérdidas y subsidios en dicho sector en 22%”⁽⁶⁹⁾. De acuerdo con un discurso ferozmente defendido, la privatización de las empresas estatales permite colocar adecuadamente los costos de las ineficiencias y los premios de las eficiencias, logrando que el individuo responsable pueda sentir los incentivos, a que sea absorbido en un Leviatán amorfo y sin responsabilidad alguna⁽⁷⁰⁾.

Existe entonces, un vínculo conceptual entre la gobernanza, la corrupción y la privatización, uno que asume que los recursos productivos son *a priori*, mejor aprovechados en las manos de privados y que, en orden de relevancia, también requiere que estén definitivamente distinguidos los actores públicos de los privados, que el rol de estos sea minimizado y fiscalizado y que el límite entre los dos sea cuidadosamente controlado. La privatización reduce el ámbito de la corrupción (un tributo informal para el sector privado), no solo por alterar la estructura de incentivos, sino por re-categorizar las utilidades⁽⁷¹⁾. Por lo tanto, los pagos indebidos a un funcionario

por un servicio público retorna como ganancia para un proveedor, una vez que dicho servicio es privatizado; pero el ingreso por el procedimiento es formalizado y racionalizado, el beneficio se traslada del guardián público al propietario privado que puede reinvertirlo de forma más eficiente (que también puede significar expatriarlo, ya que la inversión también es potencialmente transnacional).

El extensivo bagaje teórico que vincula la privatización, gobernanza y anti-corrupción con el crecimiento económico se mueve por entre los límites de la penumbra del estado de derecho ordinario, ya que siempre ha estado asociado con la disciplina económica. Como una limitación de la interferencia pública con los derechos privados (o bienes), una fuerte presunción asociativa vincula la privatización y el *rule of law* en el Banco Mundial y otra literatura. De cualquier forma, tal como se ha visto, el estado de derecho asume una clara distinción entre lo público y lo privado y refuerza la línea entre ambos. Las perspectivas difieren, sin embargo, en dónde debería estar dibujada esa línea. Sin embargo, una fuerte asociación con privatización, tal como la adoptada por el Banco, USAID y otros, tenderá a redirigir el lenguaje del *rule of law* a la delineación más parsimoniosa que

(67) La base de datos de privatización del Banco Mundial registra más de 1800 privatizaciones valoradas por más de \$ 1 millón cada una entre 2000 y 2008. Sitio web: rru.woelbank.org/privatization.

(68) Las privatizaciones en 2007 fueron valoradas en \$133 billones, *un récord en términos nominales*; a pesar de que la figura ha caído desde entonces. KIKERI, Sunita y Verena PHIPPS. *Privatization Trends: A Record Year in 2006*. Public Policy for the Private Sector (World Bank Group), Note No. 317, enero de 2008; p. 1; y *Privatization Trends: A Record Year for Initial Public Offerings in 2007*. Public Policy for the Private Sector (World Bank Group), Note No. 321, octubre de 2008; p. 1.

(69) BANCO MUNDIAL. *Implementation Completion Report (PPFB-P3610 SCL-44910) on a Loan in the Amount of US\$ 25 Million to Romania for a Private Sector Institution Building Project (PIBL)* 25 de abril de 2005; p. 5. *Todos estos objetivos fueron alcanzados y este component puede ser calificado como satisfactorio*.

(70) Véase: HAYEK, Friedrich. *The Road to Serfdom*. University of Chicago Press, 1994 (1944); COASE, 1960; LAL, Deepak. *The Poverty of Development Economics*. The Institute of Economic Affairs, 2002 (1983); KRUEGER, Anne. *Aid in the Development Process*. En: *1 Research Observer* 57, enero de 1986; FRIEDMAN, 2002.

(71) El punto fue planteado pronto: *La privatización, o la reducción de los controles y regulación del gobierno y la venta de empresas públicas al sector privado, tiene potencial para aumentar la transparencia y reducir abusos de la corrupción*. BRAUTIGAM, Deborah. *Governance and Economy: A Review, Policy Research Working Papers 815*, The World Bank, diciembre de 1991; p. 24.

El teatro del *rule of Law*

sea posible. Esta conclusión es compatible con la mayoría de tesis en el estado de derecho en la tradición de Hayek⁽⁷²⁾ y la nueva tradición post 1989, aun si tiene poco que ver con su perspectiva normativa clásica (tal como puede encontrarse en Dicey, Weber y otros).

2.5. ¿Una esfera pública de... inversionistas privados?

Ya debería estar claro que esta perspectiva de la esfera pública difiere de la de Habermas en varios aspectos cruciales. Si bien ambos privilegian lo privado sobre lo público, la tesis contemporánea lo hace de manera que es al mismo tiempo más cerrada y más amplia que el ideal del filósofo. Es más cerrada en que continuamente privilegia una pequeña porción de la actividad privada (la iniciativa empresarial) sobre los demás: el sector privado; y aún más, el inversionista privado está hasta tal punto convertido en un fetiche, que ocupa casi todo el espacio de lo privado en la literatura del *rule of law*. La sociedad civil, así, aparece no solo de manera secundaria en importancia, sino que últimamente se le toma como un parásito del sector privado. Caracterizada en la forma disminuida de las ONG de caridad (más que como el producto acumulado del intercambio racional en el espacio público), se espera que la sociedad civil, tal como se verá con mayor detalle más adelante, busque el financiamiento privado como patrocinio y para lanzar campañas de conciencia pública para empujar y competir en los medios contra la publicidad comercial⁽⁷³⁾.

El alcance de lo privado en la actividad del estado de derecho es también más amplio de lo que usualmente se piensa; sin embargo, en ello abandona las raíces implícitas del espacio privado dentro de los límites del Estado-Nación. Los inversionistas privados, y el sector privado, son transnacionales desde el principio, sin una relación necesaria con un sector público determinado; excepto como una locación incidental (y básicamente intercambiable) de protección/regulación. Lo mismo sucede con la sociedad civil y los medios, ambos concebidos como esencialmente transnacionales, aun con cierta influencia nacional en algún contexto. Así como proyectos específicos se enfocan en actores nacionales, los beneficiarios son siempre transnacionales. La esfera pública

y el sector público no se integran más en la forma asociativa del modelo habermasiano: una simetría implícita entre lo público y lo privado, o el estado y la sociedad, que también sostienen modelos importantes desde Kant hasta Weber, es descartada en el discurso contemporáneo del estado de derecho. La sociedad que debería controlar al Estado se ha convertido en trans-estatal.

Además, tanto lo público y lo privado son imaginados en esta literatura de una forma muy suavizada e idealizada. De un lado, el servidor o funcionario público desinteresado, eficiente y productivo, diferente del burócrata de Weber solo en su atención especial por la economía de mercado. De otro lado, el individuo privado en una de dos formas: como emprendedor latente, listo para soltar las fuerzas del mercado o como miembro activo de la sociedad civil. El actor público debería ser producido mediante autodisciplina, una marcada delimitación de su campo de actividad y mediante la fiscalización de sus límites por la sociedad civil. El actor privado debería ser seducido a existir por la apariencia del mercado mismo (con inversionistas extranjeros experimentados liderando la marcha). Examinaré esta serie de relaciones con mayor detalle en la sección siguiente.

3. Roles secundarios

Si “gobernanza” describe los límites correctos del rol de un sector público claramente separado del espacio privado y “corrupción” describe la situación en la que estas esferas o sus límites se vuelven difusos y se confunden, el estado de derecho se introduce como un medio para mantener dicha separación. Este

(72) HAYEK, Friedrich. *Óp. Cit.*; y *The Constitution of Liberty*. Routledge Classics, 2006 1960).

(73) Véase: USAID / WORLD LEARNING. *Romania Civil Society Strengthening Program, Final Report for Cooperative Agreement No. 186-A-00-05-00103-00, submitted by Preeti Shroff-Mehta, World Learning, to USAID/Romania, Ruxandra Datcu*, 31 de marzo de 2008. Véase también la parte segunda de HABERMAS, Jürgen. *Structural Transformation of the Public Sphere*, Polity Press, 1994 (1962).



Stephen Humphreys

rol del estado de derecho está tan profundamente incrustado en la auto-representación que hay en su literatura, que podría pasar desapercibido. Entonces, en tanto que el régimen de legalidad compromete control civil básico sobre el espacio público, ello presuponiendo dos espacios distintos; el corolario que evidencia la reforma contemporánea es que el estado de derecho y la distinción público/privada son mutuamente constitutivos. En los estados en los que se dice que el *rule of law* es débil o está ausente; en realidad se trata de la distinción entre lo público y lo privado que está borrosa, confusa, colapsada o no desarrollada. Fortalecer el estado de derecho en tales circunstancias, significa darle claridad y definición a ambos espacios, proveer mecanismos de negociación entre ellos y especializar a cada uno en su propio rol. El estado de derecho reposa en (al menos) tres de dichos mecanismos: la figura desinteresada del juez, la figura interesada del ciudadano privado (la sociedad civil) y el beneficiario pasivo (los pobres).

3.1. La judicatura: autonomía y prestigio

En la configuración ideal del estado de derecho, la judicatura es el garante clave de la división entre lo público y lo privado; pero solo en tanto sea independiente de ambos⁽⁷⁴⁾. Sus competencias múltiples están muy bien capturadas por la siguiente cita del documento de un proyecto en Armenia⁽⁷⁵⁾:

“Se espera que tanto los inversionistas extranjeros como los nacionales se beneficien de una judicatura eficiente, independiente e imparcial; de tal manera que se promueva el desarrollo del sector privado y el crecimiento económico en Armenia. Se espera que los jueces y el personal de la corte se beneficien en términos de mejor capacitación profesional, independencia administrativa y seguridad,

mejores condiciones de trabajo y mejor acceso a información legal. El público en general y los profesionales del Derecho se beneficiaría de un mejor acceso a la jurisdicción y a la información legal y un funcionamiento imparcial y profesional del Poder Judicial.” (Citas omitidas)

El proyecto armenio en esta cita (y la literatura más amplia a la que pertenece) indica que se espera que tres *grupos se beneficien* de la *independencia* judicial: inversionistas extranjeros y nacionales, profesionales legales y el público en general. Retornaré a los dos últimos más adelante. El primer grupo, sin embargo, parecería sorpresivo, dado que si la jurisdicción es realmente independiente, no debería beneficiar a un grupo más que a otro, en un mundo del estado de derecho, cualquiera, a pesar de todo, es igual bajo la ley, al menos en teoría. Lo que al parecer habría ocurrido e que la literatura ha identificado el interés público en los inversionistas extranjeros y nacionales y el estado de derecho en sí mismo (el guardián de la ley) en las cortes. Trataré estos dos temas en orden.

En primer lugar, un Poder Judicial independiente del sector público; es decir, inmune a mandatos políticos (documentos del proyecto en antiguos países socialistas hablan negativamente sobre la *justicia por teléfono*,⁽⁷⁶⁾ otorga reconocimiento

(74) BUSCAGLIA, Edgardo y Maria DAKOLIAS. *An Analysis of the Causes of Corruption in the Judiciary*. The World Bank, Legal and Judicial Reform Unit, agosto de 1999.

(75) BANCO MUNDIAL. *Implementation Completion and Results Report (IDA-34170) on a Credit Amount of SDR 8.6 Million (US\$ 11.4 Million Equivalent) to Republic of Armenia for a Judicial Reform Project, Report No: ICR0000493*, 28 de junio de 2007; p. 3. (citas omitidas). El proyecto incluía el objetivo de una enmienda constitucional para mejorar la independencia judicial, lo que, de acuerdo al reporte del proyecto, *era una tarea desafiante para las autoridades. Después del primer intento infructuoso en 2003, el gobierno podía asegurar un resultado exitoso en noviembre de 2005. Ídem.*; p. 8. Véase también: USAID. *A Global Guide to Judicial Independence*, 2001.

(76) Por ejemplo: USAID. *Strengthening the Rule of Law in Kazakhstan: Kazakhstan Judicial Assistance Project Phase I, Final Report, Prepared by Chemonics International*, setiembre de 2007; p. 3; *Project Appraisal Document on a Proposed Loan in the Amount of US\$50 Million to the Russian Federation for a Judicial Reform Support Project*, 19 de enero de 2007; p. 2; BANCO MUNDIAL. *Implementation Completion Report (PPFB-P3610 SCL-44910) on a Loan in the Amount of US\$ 25 Million*

El teatro del *rule of Law*

público de la legitimidad y autoridad de los intereses públicos como el contenido correcto de la esfera pública. Un juez independiente e imparcial desenmaraña el interés público del espacio público y lo (re)asocia con el espacio privado⁽⁷⁷⁾. Es esta asociación del interés público con la supuesta totalidad de los intereses privados que comprende aquello que se espera traiga dividendos económicos (crecimiento, desarrollo). El punto clave no es, por supuesto, quién pueda ganar en un caso específico; una judicatura independiente no garantiza el éxito de algún interés privado en particular. De hecho, este es precisamente el punto: donde un espacio público confuso o en turgencia haya, en la práctica (así sigue la narración), otorgado protección especial para seleccionar intereses privados (una variación del *capitalismo clientelista*), una cultura del estado de derecho, por el contrario, trataría a todos como iguales ante la ley. La independencia judicial disocia el Derecho del espacio público, y de específicos intereses privados (los favoritos, el campeón nacional), y los asocia con el interés general de intereses privados acumulados.

Existen dos ideas más. Una es que en Armenia, en el pasado (y otros estados comunistas y en desarrollo), los inversionistas extranjeros eran discriminados, por medio de subsidios, tributos arancelarios y otras formas de nacionalismo económico. Eliminando dicha discriminación es que la igualdad ante la ley retorna y se promueve el desarrollo⁽⁷⁸⁾. Esta tesis también se apoya en la maquinaria de la liberalización del comercio y la internalización de los principios de la OMC en la legislación nacional (un área de importante actividad de reforma del estado de derecho, tal como veremos más adelante). La segunda idea es que

los inversionistas son, de alguna manera, particularmente representativos del interés público. Ello no se puede disociar del particular punto de vista económico que va desde Mandeville hasta De Soto, aquel en el que reubicando los recursos a donde sea más eficiente, los inversionistas realizan el bienestar público supremo (las abejas en la *Fábula de las abejas* de Mandeville)⁽⁷⁹⁾. La noción por la que los inversionistas extranjeros y domésticos son vistos personificando, o al menos representando adecuadamente el interés general, será una sorpresa para muchos. Sin embargo, dicha proposición implícita es un producto de la literatura contemporánea del proyecto. Por ejemplo, el Banco Mundial manifiesta, acerca de un proyecto, que “beneficiará a toda la población de Georgia y, en particular, a la comunidad empresarial y a los inversionistas extranjeros; mediante el establecimiento de un sistema judicial independiente y competente, dirigiéndose al fortalecimiento de derechos de propiedad y obligaciones contractuales más seguros; así como un entorno propicio para el establecimiento del estado de derecho”⁽⁸⁰⁾.

En segundo lugar, si debe gobernar el Derecho, sus sacerdotes y soldados deben ser bien cuidados. Un importante tema de fondo

to Romania for a Private Sector Institution Building Project (PIBL), 25 de abril de 2005; p. 27; MANAGEMENT SYSTEMS INTERNATIONAL. *Óp. Cit.*; p. 119.

(77) BANCO MUNDIAL. *The Law and Economics of Judicial Systems*. Prem Notes No. 26, Julio de 1999; y BUSCAGLIA, Edgardo y María DAKOLIAS. *An Analysis of the Causes of Corruption in the Judiciary*. The World Bank, Legal and Judicial Reform Unit, agosto de 1999.

(78) Por ejemplo: BANCO MUNDIAL. *Perspectives on Development*, 2005; p. 95; *National Security Strategy of the United States of America 2006*. White House, marzo de 2006; p. 27: *Mientras la mayor parte del mundo afirma en principio el atractivo de la libertad económica, en la práctica, muchas naciones se acostumbran a la falsa comodidad de los subsidios y las barreras al comercio. Dichas distorsiones ahogan el crecimiento en países en desarrollo y ralentizan su escape de la pobreza. En contra de estos impulsos cortos de miras, los Estados Unidos promueve la visión duradera de una economía global que da la bienvenida a todos sus participantes e incentiva el intercambio voluntario de bienes y servicios basado en el beneficio mutuo, no el favoritismo.*

(79) Véase: HUMPHREYS, Stephen. *Óp. Cit.*; capítulo primero.

(80) BANCO MUNDIAL. *Implementation Completion and Results Report (IDA-32630) on a Credit in the Amount of US\$ Million 13.33 (SDR 9.87 Million Credit) to Georgia for Judicial Reform Project*, Report No:ICR000026, 17 de mayo de 2007; p. 3.



Stephen Humphreys

en los proyectos del estado de derecho ha sido el aumento del prestigio de la judicatura⁽⁸¹⁾. La independencia deriva de muchas fuentes, mayormente de naturaleza estructural⁽⁸²⁾. Entre estas, la literatura acepta que la buena remuneración y las condiciones de trabajo son esenciales⁽⁸³⁾. El prestigio además depende de inculcar entre los actores jurídicos del orgullo profesional de su única defensa del estado de derecho. La literatura del proyecto está llena de ejemplos de actores judiciales desmoralizados, mal pagados y poco profesionales. En Georgia, un documento apunta: “Los jueces recibían remuneraciones pobres y les restaba muy poco de prestigio. Por estas razones la judicatura estaba atiborrada de individuos que no tienen la voluntad o la capacidad de emitir decisiones judiciales independientes y profesionales”⁽⁸⁴⁾. La rehabilitación de las cortes, nuevas computadoras, mejores sueldos, capacitaciones profesionales, de acuerdo a los documentos del proyecto, todos estos elementos contribuyen al prestigio de la judicatura. El Banco Mundial describe entonces dos lecciones derivadas de su “profunda experiencia en la reforma y desarrollo de instituciones legales y judiciales, particularmente en países en transición”⁽⁸⁵⁾:

“Lo primero es que la independencia judicial depende mucho del empoderamiento constitucional de la jurisdicción

en cuando a su autonomía, tal como ocurre con la capacidad para administrar y manejar sus propios recursos, humanos, financieros, informativos, técnicos y físicos. Lo último (es) a veces llamado independencia operacional (...) La segunda lección es que la efectividad de una judicatura reposa en su habilidad para proveer de servicios eficientes al público, así como su rol de control y balance de los ejecutivos. De esa manera, el desarrollo de mecanismos de provisión de servicios mediante sistemas IT, modernización de las cortes, capacitación y la educación pública son esenciales corolarios de fortalecer la independencia.”

Fundando asociaciones judiciales y apoyando conferencias regulares sobre temas como el rol de los jueces en la sociedad, o la importancia del estado de derecho, se dirigen todos a denominar los defectos, a alimentar el orgullo profesional y a sensibilizar a las cortes sobre su rol público⁽⁸⁶⁾. Si los profesionales

-
- (81) MSI reporta, en relación al apoyo de USAID a las asociaciones judiciales en Europa oriental, que *la necesidad de tales asociaciones profesionales ha sido particularmente importante en las sociedades post-comunistas, debido a que sus judicaturas tienen menos poder, prestigio y recursos que sus similares occidentales. USAID ha realizado una contribución muy importante al ayudar al desarrollo de las asociaciones judiciales en la región.* MANAGEMENT SYSTEMS INTERNATIONAL. *Óp. Cit.*; p.16.
- (82) Por una mirada amplia a los ingredientes de la independencia judicial, véase USAID. *Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality*, 2002; pp. 12-41. Dentro de las áreas prioritarias identificadas están: procesos de selección, duración de la carrera y estructura de la jurisdicción (incluyendo presupuestos). Para aumentar, la *capacidad judicial*, las recomendaciones incluyen programas de entrenamiento, acceso a material jurídico, códigos de ética, aumentar el estatus de los jueces y crear asociaciones judiciales.
- (83) USAID. *Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality*, 2002; p. 31: *La pregunta es: ¿cómo incrementar el auto-respeto de los jueces? (...) En términos de afectar la actitud de los jueces mismos, salarios y beneficios son factores clave.*
- (84) BANCO MUNDIAL. *Project Appraisal Document on a Proposed Credit in the Amount of SDR 9.9 Million (US\$ 13.4 Million Equivalent) to Georgia for a Judicial Reform Project*, Report No: 19346-GE, 7 de junio de 1999; p. 3. Véase también: BANCO MUNDIAL. *Project Appraisal Document on a Proposed Loan in the Amount of US\$50 Million to the Russian Federation for a Judicial Reform Support Project*, 19 de enero de 2007; LEGAL VICE PRESIDENCY, THE WORLD BANK. *Ethiopia: Legal and Judicial Sector Assessment*, 2004; p. 20.
- (85) BANCO MUNDIAL. *World Bank Report No: 38361-AM, Project Appraisal Document on a Proposed Credit in the Amount of SDR 15.2 million (US\$22.5 Million Equivalent) for a Second Judicial Reform Project, Republic of Armenia*, 9 de febrero de 2007; p. 2.
- (86) Véase, por ejemplo: THE VERMONT-KARELIA RULE OF LAW PROJECT. *Final Report, January 1, 1997-December 31, 1997*, 28 de abril de 1998; Program of the 2nd. Annual IBA Bar leader's conference, 16-17 My 2007, Zagreb, Croacia (*How can Bar Associations promote the rule of Law*): *Promover el estado de derecho* (envuelve) 'educación pública'. *Más a menudo que lo contrario, es el gobierno mismo el que más necesita educación. Sin embargo, el apoyo educado para el estado de derecho entre la población, a la larga, es esencial si quiere enraizarse en la sociedad.*

El teatro del *rule of Law*

del Derecho y los jueces mismos son persuadidos de la importancia de su deber, lo lógico es que mejor sirvan como árbitros imparciales. En un círculo virtuoso, esto conllevará un mayor “respeto social” (el término es usado en uno de los documentos de USAID como “legitimidad”), que, en cambio, potenciará la capacidad de aplicar el Derecho independientemente⁽⁸⁷⁾. Si el juez no es gradualmente empujado hacia la dirección correcta, hay otras cosas buenas a continuación:

“(En República Dominicana) USAID facilitó un diálogo que concluyó por colocar el rol de la judicatura en la perspectiva adecuada. Por primera vez, se establecieron objetivos para el desempeño eficiente y justo de la corte. Esto incluía una declaración de misión de la Corte Suprema, la que indicaba a los jueces y personal administrativo lo que el público esperaba de ellos. El personal y los jueces tomaron conciencia de que su desempeño y sus acciones deberían facilitar el acceso a la justicia, procesos expeditivos, imparcialidad e integridad, independencia política, responsabilidad y confianza pública en el sistema judicial”⁽⁸⁸⁾.

En el horizonte ideal, la integridad judicial estaría completamente gobernada por mecanismos de disciplina interna, con el fin de que ningún mandato público ni incentivo privado pueda manifestar alguna lealtad del juez. Esta es transferida, en su lugar, a un cuerpo de normas, denominado como “estado de derecho”, la fuente por la que es removido de políticas ordinarias y retorna, en teoría, a la disciplina de la misma práctica jurídica, ahora universalizada. Tal como la independencia judicial afirma la independencia de la ley misma; así, un Poder Judicial prestigioso trae dignidad al Derecho. En la cultura del estado de derecho, entonces, un rol primario de las cortes y de la figura del juez es icónico: simbolizar el equilibrio, la solidez, el prestigio del Derecho, su capacidad para gobernar y que tan apropiado es para ello. El juez evoca y aconseja la autonomía de la ley, un rol que puede actuar aun si la autonomía misma es, de hecho, imposible de rastrear o ilusoria e incluso si su propio rol en hacerlo deriva

en primer lugar de una serie de iniciativas financiadas por una serie de instituciones, en su mayoría con sus sedes en Washington DC.

3.2. La sociedad civil

La esfera pública, como tal, generalmente aparece en la literatura del proyecto bajo la apariencia de la sociedad civil. De acuerdo a los documentos, la sociedad civil hoy en día está cargada con una atenuada reconstrucción de su rol en la clásica esfera pública. Mientras que para Habermas (y Hegel antes que él), la sociedad civil significaba el cuerpo colectivo y activo de individuos privados actuando en el interés público⁽⁸⁹⁾, en el mundo del estado de derecho actual, es sinónimo de las OSC (organizaciones de la sociedad civil) o las ONG (organizaciones no lucrativas o no gubernamentales), mediadores específicos entre los espacios público y privado. Las ONG tienen tres roles fundamentales en los proyectos del estado de derecho. Son, en primer lugar, representantes del público en general; una audiencia relevante o circunscripción para los productos del proyecto, de quienes se espera que inicien los logros más amplios. Aquí hay un ejemplo de un *proyecto de apoyo a la reforma judicial* del Banco Mundial en Filipinas:

“Mejoras en la información para el público y mayor colaboración con la sociedad civil. El público entiendo poco de cómo operan las cortes y de cuáles son sus derechos. Esto tiene profundas implicancias para el acceso a la jurisdicción, especialmente para los pobres. También contribuye a una situación donde las cortes son extremadamente vulnerables a la corrupción y a la presión política. Hay una necesidad de mejorar la

(87) Por ejemplo, USAID. *Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality*, 2002; p. 36. *Promover el respeto social por el rol de una judicature imparcial (...) el (factor) más importante en relación a la independencia judicial (son) las expectativas de la sociedad.*

(88) MANAGEMENT SYSTEMS INTERNATIONAL. *Óp. Cit.*; p. 58.

(89) HABERMAS, Jürgen. *Structural Transformation of the Public Sphere*. Polity Press, 1994 (1962); pp. 73-79.



Stephen Humphreys

información pública y la colaboración con la sociedad civil, los grupos organizados, la profesión legal y los medios; con el fin de mejorar el acceso, el uso de los servicios judiciales y la responsabilidad del personal judicial⁽⁹⁰⁾.

En segundo lugar, ellas mismas son un vehículo para las actividades del proyecto: el financiamiento se canaliza mediante ellas para “fiscalizar” al sector público y “mantenerlo responsable”⁽⁹¹⁾. En tercer lugar, como un elemento de una política moderna, los proyectos del estado de derecho claman la construcción y nutrición de la sociedad civil⁽⁹²⁾. En la visión del estado de derecho, los actores de la sociedad civil efectivamente constituyen la esfera pública; como ciudadanos privados, monitorean y presionan al sector público a actuar por el interés público. No están sujetas a la disciplina de la gobernanza, ni al control de sus límites. Una clara distinción entre lo público y lo privado no tiene por qué resultar en aislamiento mutuo; sino para proveer una plataforma al intercambio; siendo este último la base de una *public policy in the private interest* (el título de una publicación del Banco). Una vez hecha la distinción, el contacto entre las esferas pública y privada es incentivada mediante la consulta a la sociedad civil y el diálogo público-privado⁽⁹³⁾. La concienzudamente construida naturaleza de la sociedad civil en esta visión está bien delineada en las siguientes actividades de un proyecto de “fortalecimiento de la sociedad civil” de la USAID, llevado a cabo en Rumania:

“Los subsidios para la sostenibilidad organizacional y financiera (fueron) otorgados a las ONG de vigilancia y de políticas públicas con oportunidades específicas para desarrollar productos y sistemas que las hicieron potencialmente más atractivas a las instituciones de asistencia y a sus miembros, auspiciadores y elementos, mientras otorgaban oportunidades para desarrollar bases de financiamiento local. (...) Las ONG establecieron y pusieron en operación planes de negocios realistas (...) e introdujeron nuevos mecanismos para la generación de ganancias; entrenamiento del personal y sistemas de remuneración apropiados fueron introducidos para mantener a dicho personal (...) y finalmente, aprovecharon el creciente voluntariado y expandieron sus bases de voluntarios para disfrutar de este recurso humano (...) La sostenibilidad financiera fue mejorada con documentación de las ONG sobre el impacto que sus actividades de apoyo tienen para propósitos de *marketing* y en la credibilidad de las ONG de vigilancia y de políticas públicas; se desarrollaron esquemas de membresía ciudadana y

(90) BANCO MUNDIAL. *Project Appraisal Document on a Proposed Loan in the Amount of US\$ 21.9 Million to the Republic of the Philippines for a Judicial Reform Support Project*, Report No: 25504, 8 de Julio de 2003.

(91) La tarea de proomover a las organizaciones de la sociedad civil como monitores o vigilantes es altamente buscado por USAID y los Estados Unidos (mediante EIDHR) y numerosos financistas privados del estado de derecho.

(92) Por ejemplo, el *Romania civil society strengthening program* fue implementado entre setiembre de 2005 y diciembre de 2007, involucrando un préstamo de USAID por \$4,8 millones, de los cuales, \$2,4 millones fue destinado a las ONG que aceptaban asociarse con un contratista de USAID: World Learning for International Development (WLID). USAID / WORLD LEARNING. *Romania Civil Society Strengthening Program, Final Report for Cooperative Agreement No. 186-A-00-05-00103-00, submitted by Preeti Shroff-Mehta, World Learning, to USAID/Romania, Ruxandra Datcu*, 31 de marzo de 2008.

(93) Muchos proyectos incluyen mecanismos para el dialogo público-privado y en la sociedad civil. Sobre el diálogo público-privado, véase: USAID. *Final Report, Assessment of the Bulgarian Enterprise, Growth and Investment Project (EGIP) (Formerly the Policy Reform and Advocacy Strengthening Project)*, Funded by USAID/Bulgaria, Conducted by Stephen C. Silcox, Kristin Lobron, Neal Nathanson, 22 de febrero de 2005; y *Project Appraisal Document on a Proposed Grant in the Amount of SDR 10 Million (US\$ 15 Million Equivalent) to the Republic of Malawi for a Business Environment Strengthening Technical Assistance Project (BESTAP)*, Report No: 39633-MW, 27 de abril de 2007. Sobre el diálogo en la sociedad civil: USAID / WORLD LEARNING. *Romania Civil Society Strengthening Program, Final Report for Cooperative Agreement No. 186-A-00-05-00103-00, submitted by Preeti Shroff-Mehta, World Learning, to USAID/Romania, Ruxandra Datcu*, 31 de marzo de 2008; y BANCO MUNDIAL. *Project Appraisal Document on a Proposed Loan in the Amount of US\$ 21.9 Million to the Republic of the Philippines for a Judicial Reform Support Project*, Report No: 25504, 8 de Julio de 2003.

El teatro del *rule of Law*

organizacional; así como mejores estrategias de captación de fondos locales.”⁽⁹⁴⁾

De hecho, la sociedad civil, en esta construcción, encara dos lados: no solo el monitoreo de las OSC y la presión del gobierno (el sector público); sino que también monitorean y presionan a la esfera pública; aunque más como agitación que como acusación. Ya que las OSC promueven la reforma y la movilización del público, deben apoyarse en medios funcionales. La información pública y la concientización pública son de gran importancia para los proyectos del estado de derecho⁽⁹⁵⁾. Los proyectos de independencia judicial combinan la transparencia judicial con componentes de información pública, designados para aumentar el prestigio de los jueces con el público, para habituar al personal judicial a la esfera pública, para generar “responsabilidad judicial” y para “aumentar la conciencia sobre el proyecto y sus aspectos”⁽⁹⁶⁾. Otra área favorita de concientización concierne a los derechos: la consigna de “conoce tus derechos”, repetidamente crece como un vehículo de movilización pública y una concretización de la separación entre lo público y lo privado, con los derechos humanos y los derechos civiles en contra del Estado y aplicado a través de este. En un caso fascinante en Armenia, un programa de televisión financiado por el Banco Mundial, como parte de un proyecto de reforma del sector justicia, *My right*, se convirtió en el show más popular en el país⁽⁹⁷⁾:

“*Concientización pública y educación*. La imagen de la judicatura, como una institución abierta, justa y accesible, ha mejorado como resultado de varias actividades del proyecto. El producto principal del componente *Concientización pública* fue el programa televisivo *My right*, el cual fue transmitido por la televisión pública armenia desde setiembre de 2004. Para el 2006, se encontraba en el número uno del *rating* de dicho canal por dos años consecutivos, convirtiéndose en un verdadero éxito. El show tiene también una página web

oficial que brinda información legal muy útil y oportunidades al público para hacer preguntas. En respuesta al gran número de solicitudes de información jurídica del público. El Ministerio de Justicia organizó una serie de sesiones de consulta gratuita donde el juez del programa y expertos del ministerio absolvían las consultas. Algunas actividades de este componente, como la capacitación a reporteros y la publicación de folletos se dejaron atrás por el punto de vista del Gobierno de que eran poco efectivos y por la disponibilidad de los recursos de las instituciones de asistencia esas dichas actividades.”

El ejemplo de *My right* ilustra sucintamente la brecha entre la distinción clásica entre lo público y lo privado, tal como aparece en los escritos de Habermas y otros, y la distinción contemporánea, promovida por los proyectos del estado de derecho. El programa vuelve popular el tema primario de la esfera pública, de acuerdo al estado de derecho (derechos exigibles en contra del estado) y no hay duda de que aumenta y moviliza la fe en la capacidad de esa esfera pública en su propia movilización. Y aun cuando al parecer crea un colectivo de intereses privados como el de Habermas, es prácticamente una criatura del mismo sector público; el producto de un acuerdo entre el Banco Mundial y el Gobierno, implementado con fondos públicos y proyectado hacia la esfera pública para ayudar más adelante a su consolidación o auge, en un proceso que no solo se basa en el apoyo del Gobierno para su éxito, sino que se distancia

(94) USAID / WORLD LEARNING. *Romania Civil Society Strengthening Program, Final Report for Cooperative Agreement No. 186-A-00-05-00103-00, submitted by Preeti Shroff-Mehta, World Learning, to USAID/Romania, Ruxandra Datcu*, 31 de marzo de 2008; pp. 2 y 3.

(95) USAID. *The Role of Media in Democracy: A Strategic Approach*, 1999.

(96) USAID. *Center for Democracy and Governance, Alternative Dispute Resolution Practitioners' Guide*, marzo de 1998; 33-36.

(97) BANCO MUNDIAL. *Implementation Completion and Results Report (IDA-34170) on a Credit Amount of SDR 8.6 Million (US\$ 11.4 Million Equivalent) to Republic of Armenia for a Judicial Reform Project, Report No: ICR0000493*, 28 de junio de 2007; p. 17.



Stephen Humphreys

de este en su ejecución. La paradoja secreta revelada por su bien controlada proyección del estado de derecho (su administrada consolidación de la distinción entre lo público y lo privado, tan atenuada como para haber, efectivamente, desaparecido) es el imposible escape de lo público en la construcción de lo privado, precisamente lo contrario al proceso descrito por Habermas. Podríamos llamar a estas *pseudo*-adversarias figuras de lo público y lo privado una “pedagogía del estado de derecho”⁽⁹⁸⁾.

3.3. Los pobres: inversionistas en espera

Ostensiblemente, el principal grupo de interés en la reforma del estado de derecho son los pobres. Este grupo aparece con extraordinaria frecuencia en la documentación del Banco en particular, cuya misión *leitmotiv* es erradicar la pobreza. El vocabulario de la pobreza hace un gran trabajo por el Banco. En primer lugar, en los países receptores, “los pobres” generalmente comprende a la mayoría de la población; convirtiéndose entonces en el público relevante a ser beneficiado por la reforma. Sin embargo, en segundo lugar, los pobres en realidad no son un verdadero público, ya que no poseen los atributos de una esfera pública. De hecho, si (tal como se ha visto) una persona privada es idealmente un propietario autónomo y educado, los pobres del Tercer Mundo son altamente descalificados *prima facie*. Como corolario, “los pobres” no comprenden a la sociedad civil (a pesar de que los movimientos de bases puedan parecerlo, los pobres no pueden constituir un público entre públicos, presionando por ciertos intereses, ya que, definidos simplemente por la ausencia de riqueza, ellos no pueden formar un grupo de interés), son más bien lo negativo de la sociedad civil, una clase. No obstante, en tercer lugar, los pobres son considerados por las instituciones de asistencia como una circunscripción natural para la reforma, ya que la cualidad que los define, la ausencia de riqueza, por sí

misma constituye lo indeseable del *status quo*; los pobres son la *raison d'être* del desarrollo. En cuarto lugar, como tales, una circunscripción para la reforma no constituye por sí misma un público, los pobres necesitan protección representación. Ya que las élites domésticas, en los países en un estado de derecho deficiente, no los protegen o representan adecuadamente, dicho rol es dejado a otros. El Banco Mundial provee la representación infatigablemente. La documentación sobre cualquier tema enumera los beneficios de las medidas recomendadas para los pobres:

- a) “Reducción de la pobreza: la reforma del estado de derecho se considera esencial para reducir la pobreza, ya que los pobres sufren más del crimen, el impacto en la vida diaria y les es casi imposible acceder al sistema de justicia”⁽⁹⁹⁾.
- b) “Reducir la protección del comercio generalmente promueve las exportaciones y eleva los ingresos de los pobres, apoyando el empleo”⁽¹⁰⁰⁾.
- c) “Especialmente en países pobres, el ámbito para mejorar el bienestar de los pobres mediante la redistribución es extremadamente limitado (...) La evidencia también apunta a que, donde la distribución de los ingresos ha empeorado con el crecimiento, mucho de la culpa la tienen las políticas de incentivo incorrectas”⁽¹⁰¹⁾.

(98) Un proyecto en Filipinas nos proporciona un ejemplo literal: *para desarrollar programas de alcance comunitario (...) para niños en escuelas primarias, con el fin de inculcar un entendimiento del estado de derecho y el rol de los jueces, en conjunto con el departamento de educación*. BANCO MUNDIAL. *Project Appraisal Document on a Proposed Loan in the Amount of US\$ 21.9 Million to the Republic of the Philippines for a Judicial Reform Support Project*, Report No: 25504, 8 de Julio de 2003; p. 36.

(99) SAMUELS, Kirsti. *Rule of Law Reform in Post-Conflict Countries Operational Initiatives and Lessons Learnt*. World Bank Conflict Prevention and Reconstruction Paper No. 37, octubre de 2006. Véase también: *Project Appraisal Document on a Proposed Learning and Innovation Loan in the amount of US\$5 Million to the Republic of Colombia for a Judicial Conflict Resolution Improvement Project*, Report No: 23184-CO, 8 de noviembre de 2001.

(100) BANCO MUNDIAL. *World Development Report 1991: The Challenge of Development*, 1990; p. 10.

(101) KRUEGER, Anne. *Aid in the Development Process. 1 Research Observer 57*, enero de 1986; nota 14.

El teatro del *rule of Law*

- d) “Mejorar el acceso a servicios financieros como ahorro, crédito, seguros y las remesas es vital para lograr que los pobres accedan a las oportunidades económicas y estén a salvo de la inseguridad”⁽¹⁰²⁾.
- e) “El enfoque del grupo del Grupo del Banco Mundial en gobernanza y corrupción está basado en sus órdenes de reducir la pobreza – un país capaz y responsable crea oportunidades para los pobres”⁽¹⁰³⁾.
- f) “Una gobernanza débil y corrupción usualmente significan que los recursos que deberían nutrir el crecimiento económico y crear oportunidades para los pobres con el fin de escapar de su situación, sirven para enriquecer a las élites corruptas”⁽¹⁰⁴⁾.
- g) “Las burocracias corruptas y la protección parcializada de los derechos de propiedad y la contratación imposibilita a los pobres a invertir en capital físico y humano que podría aumentar sus ingresos”⁽¹⁰⁵⁾.
- h) “La corrupción es un tributo especialmente regresivo, golpeando más a los pobres, incluso por pequeñas demandas de multas o sobornos cuando quieren servicios públicos”⁽¹⁰⁶⁾.
- i) “Una característica clave de los programas asistenciales exitosos es la habilidad de seleccionar participantes mediante procesos especiales. En Argentina (un) programa (asistencial) mantuvo el ratio de sueldos por debajo del mínimo, incentivando a los pobres a elegir por sí mismos

el programa. Kenia, Malawi, Mali y Senegal (...) pagaban salarios por debajo de los ofrecidos por el mercado, destruyendo el diseño de autoselección y desviando los empleos de los más pobres”⁽¹⁰⁷⁾.

Un motivo recurrente que recorre muchas de las citas *supra* y una gran sección de los voluminosos escritos del Banco Mundial sobre la pobreza, asocian “desgravación” con “oportunidades” en una economía liberada y ocasionalmente se compara a los pobres con pequeñas y medianas empresas⁽¹⁰⁸⁾. El interés recurrente en micro-negocios y micro-finanzas evidencia una convicción similar a la que plantea que la creación del entorno para el desarrollo del sector privado se ajusta a los pobres tan bien como a los inversionistas extranjeros, precisamente porque los pobres son meros inversionistas en espera.

Sin embargo, una gran encuesta del Banco mundial sobre las condiciones de los pobres en 23 países, reportaron que casi 10 de 2000 entrevistados, lejos de descubrir nuevas oportunidades e inversiones, estaban luchando entre circunstancias en deterioro y atribuían sus penurias a las medidas que el Banco clamaba los ayudaría⁽¹⁰⁹⁾. en general, el reporte encontró que “los hogares estaban desmoronándose bajo las presiones de la

(102) BANCO MUNDIAL. *The World Bank Annual Report 2006*, 2006; p. 21.

(103) BANCO MUNDIAL. *Implementation Plan for Strengthening World Bank Group Engagement on Governance and Anticorruption*, 28 de setiembre de 2007; p. 2.

(104) BANCO MUNDIAL. *Strengthening World Bank Group Engagement on Governance and Anticorruption*, 21 de marzo de 2007; p. 2.

(105) BANCO MUNDIAL. *2004 Annual Review of Development Effectiveness: The Bank's Contribution to Poverty*, 2004; p. 40.

(106) BANCO MUNDIAL. *World Development Report 2002: Building Institutions for Markets*, 2001; p. 5. Este refrán común, basado en escasa evidencia, es contra-intuitivo. Ya que los sobornos, al contrario de los IVA (que son regresivos), normalmente serán modulados para acomodarse a la capacidad individual de pago, parece más probable que la corrupción constituirá un impuesto progresivo a la riqueza. Véase también: USAID. *A Handbook on Fighting Corruption*, 1999.

(107) BANCO MUNDIAL. *World Development Report 2005: A Better Investment Climate for Everyone*, 2004; p. 155.

(108) Así, por ejemplo, YUDAEVAM, Ksenia. *Editorial, Beyond Transition*. World Bank, abril-junio de 2007; p. 2: *la abolición de tales barreras (a la banca) y el desarrollo financiero beneficia desproporcionalmente a los pobres y a los pequeños negocios*.

(109) Por la respuesta dentro del Banco a estos (probablemente malhadados) descubrimientos, véase: NARAYAN, Deepa y Patti PETESCH (editores). *Voices of the Poor: From Many Lands*. The World Bank, 2002; p. 8.



Stephen Humphreys

pobreza” y que el “tejido social, el único *seguro* de los pobres, se estaba deshaciendo”⁽¹¹⁰⁾. A pesar de sus 1000 páginas, el estudio no investiga las causas subyacentes del malestar que describe. Los autores explican que “no estaba diseñado para desenredar y evaluar los efectos de alguna medida económica específica o tendencias en la vida de los pobres”, sino simplemente “presentar el análisis de aquellos que actualmente son pobres, que recogen el impacto negativo que ciertas políticas económicas y cambios en el mercado hayan tenido sobre ellos y en sus hogares y comunidades”⁽¹¹¹⁾. Es a las “voces de los pobres” que al menos han sido canalizados por el Banco, que debemos volver para tener una fotografía empírica de los efectos de la promoción del estado de derecho⁽¹¹²⁾:

“La población pobre de diversos países expresó su profunda preocupación sobre los altibajos de la economía y los cambios políticos que afectaba sus vidas (...) Dependiendo del país, los pobres mencionaban la privatización, cierre de empresas, la apertura de mercados domésticos, devaluación monetaria, inflación, reducción de los servicios públicos y otros cambios relacionados, como si hubieran disminuido sus bienes y aumentado su inseguridad. (...)”

Cinismo y enojo por este abandono (de servicios públicos) era evidente en todas partes, pero es especialmente prominente en países de la antigua Unión soviética, donde la gente alguna vez experimentó la provisión efectiva de servicios básicos y ahora enfrenta la captura de las altas esferas del estado y la proliferación de la corrupción. (...)”

En el despertar de la transición a la economía de mercado en los cuatro países visitados en Europa oriental y Asia central, la gente reportaba caídas en los estándares de vida. Especialmente golpeadas eran los pueblos con una única empresa y las villas que una vez giraban en torno a los grandes cultivos del Estado. (...)”

En todos los países visitados en esta región, los pobres asociaban el desempleo masivo y el subempleo al desmantelamiento del Estado antes de que los mercados empezaran a funcionar. (...)”

En todos los cuatro países de Latinoamérica y el Caribe, la gente describía la devastación económica y social de sus comunidades con el inicio de la crisis macroeconómica y las reformas políticas. (...)”

Hombres y mujeres en estado de pobreza en los cuatro países europeos y de Asia central, describían los efectos generados por la eliminación de los servicios médicos gratuitos. Los participantes relataron terroríficas experiencias de vivir sin los servicios y la medicina necesaria y de recibir cirugía sin anestesia.”

Al parecer hemos cerrado el círculo. Mientras que el estado de derecho teóricamente propone precisamente su rol de unir el tejido social⁽¹¹³⁾, su promoción actualmente solo lo deshace donde sea que se introduce. Mientras que el estado de derecho era un fenómeno orgánico, una expresión de derechos existentes transmitidos por la historia; se ha convertido, en su promoción, en mecánico, en la imposición de un paradigma uniforme importado que precisamente propone deshacer cualquier relación entre los derechos y su localidad, cultura, historia o vínculos existentes y redistribuirlos en una circunscripción específica: los inversionistas extranjeros y domésticos (renombrados como “público universal”).”

(110) BUSCAGLIA, Edgardo y Maria DAKOLIAS. *An Analysis of the Causes of Corruption in the Judiciary*. The World Bank, Legal and Judicial Reform Unit, agosto de 1999; p. 7; NARAYAN, Deepa; Robert CHAMBERS, Meera K. SHAH y Patti PETESCH. *Voices of the Poor: Crying Out for Change*. Oxford University Press, 2000.

(111) NARAYAN, Deepa y Patti PETESCH (editores). *Voices of the Poor: From Many Lands*. The World Bank, 2002; p. 471.

(112) *Ídem.*; pp. 471-476.

(113) Véase: HUMPHREYS, Stephen. *Óp. Cit.*; capítulo primero.

El teatro del *rule of Law*

A pesar de estas observaciones, *Voices of the poor* concluye que los desafíos clave para el Banco conciernen la relativa debilidad de las instituciones nacionales. Las fallas institucionales del Estado, dice el reporte, crean y exacerban los problemas para los pobres: corrupción, clientelismo y patronazgo, ausencia del Derecho, crimen, conflicto, discriminación⁽¹¹⁴⁾. En respuesta, el reporte urge una revisión de la ortodoxia existente: políticas económicas *pro-pobreza*, inversión en los bienes de los pobres, apoyar las asociaciones con ellos, identificar inequidades de género y protección a sus derechos⁽¹¹⁵⁾.

Al parecer, al encarar al espectro del caos social, la elección ha sido no aflojar⁽¹¹⁶⁾. Esto es manifiesto en los recientes intentos de identificar la aparente disonancia, en el Banco y dondequiera, entre la retórica del *crecimiento pro-pobreza* y la experiencia observada, en muchas partes del mundo, de lo contrario. En respuesta a esta encrucijada, un nuevo término ha sido añadido al léxico del estado de derecho: el *empoderamiento* jurídico. En su formulación inicial, este vocablo significaba un cambio en el procedimiento y en el enfoque, más que en el contenido, del trabajo del *rule of law*. Todavía instrumental, la reforma abandonaría algunas de sus pretensiones formales por una *ortodoxia del estado de derecho*⁽¹¹⁷⁾, mientras que persiste dentro de los temas más *mainstream*. El empoderamiento jurídico, en el sentido de usar

el Derecho para aliviar la pobreza; a pesar de estar basado en derechos y preocupado con reforzar las protecciones existentes ya *en los libros*, el enfoque inicial en auxiliares jurídicos (ayuda jurídica de no abogados entrenados) y el uso del Derecho para enfrentar la pobreza indican una aparente orientación sustantiva⁽¹¹⁸⁾.

Cuando se creó la *Commission on Legal Empowerment of the Pooren* en 2005, sin embargo, el enfoque pronto cambió hacia un mayor formalismo. El reporte de la comisión de 2008 empieza con una sorprendente declaración de que a “cuatro mil millones de personas alrededor del mundo se les ha robado la posibilidad de mejorar sus vidas y escalar fuera de la pobreza, porque están excluidas del estado de derecho”⁽¹¹⁹⁾. La premisa central del reporte es que la pobreza se debe, en parte, y es exacerbada por la exclusión del sistema legal (formal) *per se* y esa inclusión, en alguna forma, es un paso para curar el problema⁽¹²⁰⁾. La respuesta de la comisión es a un llamado a la formalización del trabajo, la propiedad y derechos comerciales, y para asegurar mayor acceso a la jurisdicción⁽¹²¹⁾. La

(114) NARAYAN, Deepa y Patti PETESCH (editores). *Óp. Cit.*; pp. 477-480. Un cuarto problema es *alienación y desesperanza*.

(115) *Ídem.*; pp. 487-493.

(116) Concomitante con esto, el Banco persigue una política de promover gradualmente la titulación individual; ya que, con el sistema de propiedad consuetudinario, desde que el Estado de la post-independencia desbarató la regulación del periodo colonial, ya no puede considerarse eficiente.” Véase, por ejemplo: BANCO MUNDIAL. *Project Appraisal Document on a Proposed Credit in the Amount of SDR 15.1 Million (US\$20.5 Million Equivalent) to the Republic of Ghana for a Land Administration Project*, 8 de Julio de 2003; p. 5.

(117) UPHAM, Frank. *Mythmaking in the Rule of Law Orthodoxy*. En: Carothers, 2006.

(118) GOLUB, Stephen. *The Legal Empowerment Alternative*. En: Carothers, 2006; pp. 161-165.

(119) COMMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR. *Making the Law Work for Everyone*. Volúmen I: *Report of the Commission on Legal Empowerment of the Poor*, 2008; p. 1. A lo mucho, agrega el reporte, *viven con bienes modestos y desprotegidos que no pueden servir de garantía de créditos en el mercado, dados los mecanismos acumulados de exclusión*.

(120) Con relación a los derechos de propiedad, véase COMMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR. *Making the Law Work for Everyone*, Volúmen II: *Working Group Reports*, 2008; p. 75. Para un marco teórico, véase: DE SOTO, Hernando. *The Other Path: The Invisible Revolution in the Third World*. Perseus Books, 1980; y *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*. Basic Books, 2000. No obstante, el reporte aconseja en contra de un rápido desbaratamiento del derecho de propiedad consuetudinaria.

(121) De acuerdo al reporte, los *derechos comerciales*, todavía no necesitan aparecer como un nuevo término jurídico, sino como derivado de derechos existentes que tienen los individuos para hacer negocios, recién unidos bajo dicha denominación, con el fundamento de su instrumentalidad vital en las vidas de los pobres. COMMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR. *Ídem.*; p. 5.



Stephen Humphreys

presunción implícita en muchos materiales del Banco Mundial de que los pobres son de hecho emprendedores embrionarios esperando solo un sistema formal seguro para incentivarlos a crear, es acogida por la comisión.

Para estas personas, la protección de los bienes es fundamental. Pero la protección de lo que se tiene no es suficiente, ya que son pobres y sus posesiones escasean. Merecen tener una oportunidad para lograr que sus negocios sean, ya sea pequeños o microscópicos, más productivos y que puedan tener condiciones de trabajo decentes. Reformas de las instituciones son esenciales para lograrlo. Solo mediante tal cambio sistémico podrán los más pobres tener mejores ventajas y ser atraídos a la economía formal⁽¹²²⁾.

No está claro si los autores son conscientes de que formalizar la propiedad de los pobres puede abrir vías para su desposesión, tanto como para la inversión⁽¹²³⁾, que los derechos comerciales pueden ser movilizados por actores con mayores recursos en contra de los que no los tienen, o que los derechos laborales, si son reducidos a oportunidades de empleo con la protección social languideciendo a una mera aspiración, no necesitan otorgar mayor seguridad a los trabajadores que el mercado informal (que también puede ser, por ejemplo, hereditario o con organización de clan)⁽¹²⁴⁾. Por confundir la identidad de los pobres con la de inversionistas en espera, los autores de la *Commission* parecen perder de vista la posibilidad de que, protecciones específicas fuertes y ausentes de un tipo que no sugieren, en el estado anterior, tienen tanto que perder como ganar, o que lo que ganan debería ser contrapesado con las pérdidas y que un marco legal funcional podría facilitar el resultado negativo.

Tal análisis empobrecido es facilitado por francamente ideológica acogida del edificio entero de la economía del estado de derecho, ahora bañada de toda una abstracción utópica:

“El Derecho es una plataforma sobre la que descansan las instituciones vitales de la sociedad. Ninguna economía de mercado moderna puede funcionar sin la ley y, para ser legítimo, el poder mismo debe someterse a ella. Un floreciente e inclusivo mercado puede proveer el espacio fiscal que permita a los gobiernos nacionales a cumplir mejor sus responsabilidades. La relación ente la sociedad, el estado y el mercado es simbiótica. Por ejemplo, el mercado no solo refleja las libertades básicas como la de asociación y tránsito; sino que también genera recursos para proveer, defender y reforzar todo el conjunto de derechos humanos. Son procesos como estos, en los que los pobres adquieren conciencia de sus derechos y cosechan los beneficios de nuevas oportunidades, los que logran la concretización de la ciudadanía – en términos sencillos, *empoderamiento jurídico*”⁽¹²⁵⁾.

En este pasaje, y en el reporte del que es tomado, el sujeto del estado de derecho finalmente aparece en toda su gloria: un

(122) COMMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR. *Making the Law Work for Everyone*. Volúmen I: *Report of the Commission on Legal Empowerment of the Poor*, 2008; p.20. Véase también p. 8: *El acceso a servicios financieros básicos es indispensable para emprendedores potenciales o emergentes. Tan importante como el acceso son las protecciones y oportunidades, como la habilidad de contratar, de obtener capital de inversión mediante acciones, bonos u otros medios, de manejar el riesgo financiero personal mediante la protección de los activos y la responsabilidad limitada; así como el traspaso de la propiedad de una generación a otra.*

(123) El pasaje relevante, (*Ídem.*; p. 7) es ambigüo. Sin embargo, el punto principal recibe poco apoyo en el estudio del grupo de trabajo sobre el que se basa. COMMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR. *Making the Law Work for Everyone*, Volúmen II: *Working Group Reports*, 2008; p. 85.

(124) Véase, especialmente: DAVIS, Kevin. *What Can the Rule of Law Variable Tell Us About Rule of Law Reforms*. En: *26 Michigan Journal of International Law* 141, 2004; y FAUNDEZ, Julio. *Legal Reform in Transition Countries: Making Haste Slowly*. No publicado, 2000.

(125) COMMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR. *Making the Law Work for Everyone*. Volúmen I: *Report of the Commission on Legal Empowerment of the Poor*, 2008; p. 1.

ciudadano del mercado para quien los derechos fundamentales son derechos del mercado, en un Estado dedicado a protegerlos.

4. Desenlace: integración global

La literatura del estado de derecho usualmente habla de la integración global, manteniendo la promesa a los más pobres de *unirse al club*. Si bien, la expresión usualmente se emplea en referencia a la liberalización del comercio, en lo que me concentraré aquí, existen otros modos de integración, por ejemplo la creciente red de seguridad transnacional construida mediante los esfuerzos de promover el estado de derecho como parte de la reciente guerra contra el terror. Esta última involucra metodologías judiciales y criminales compartidas, recopilación de información y difusión de las técnicas y una historia compartida del conflicto (previamente centrada en el narcotráfico)⁽¹²⁶⁾. Ambos temas, comercio y seguridad, se integran mejor en las *US National Security Strategies* del 2002 y 2006. El último, habiendo discutido la importancia del estado de derecho para la paz y la seguridad y sus efectos para el comercio:

“Continuaremos trabajando con países como Rusia, Ucrania, Kazajistán y Vietnam en las reformas del mercado necesarias para unirse a la OMC. La participación en la OMC trae oportunidades, así como obligaciones – para fortalecer el estado de derecho y honrar los derechos de propiedad intelectual que sostienen la economía del conocimiento moderno y para remover los impuestos arancelarios, subsidios y otras barreras al comercio que distorsionan los mercados globales y dañan a los pobres del mundo”⁽¹²⁷⁾.

La estrategia tiene entre sus nueve objetivos más saltantes, “encender una nueva era de crecimiento económico global mediante el libre mercado y el libre comercio”⁽¹²⁸⁾. Esto se

traduce en los compromisos políticos de USAID el perseguir los “tratados de inversión bilateral que abren nuevos mercados, sostienen la creación de empleo en los Estados Unidos y otorgan protecciones importantes a los inversionistas norteamericanos”, además de “acuerdos comerciales de avanzada que abran nuevos mercados para la agricultura, productos y servicios de los Estados Unidos, así como extender sus inversiones, transparencia y protección de la propiedad intelectual al exterior”⁽¹²⁹⁾. En la literatura del Banco y el gobierno norteamericano, el libre comercio beneficia a todos, pero es particularmente bueno para los países pobres y, con ellos, sus habitantes más pobres⁽¹³⁰⁾. La estrategia de crecimiento económico de USAID del 2008, manifiesta que “el sistema de comercio actual otorga la mayor oportunidad para la integración global y la reducción de la pobreza que el mundo jamás ha visto”⁽¹³¹⁾.

El estado de derecho yace en el corazón de estas perspectivas en una relación de dos direcciones. Por un lado, aquel es considerado como un precursor necesario para la integración de los países en la economía global; por el otro, unirse a los regímenes de libre comercio, por sí mismo ayuda a entrelazar a afianzar el estado de derecho entre los estados firmantes⁽¹³²⁾. Esta pretendida interdependencia ente la liberalización del comercio, la transformación legal interna, la expansión del mercado y el

(126) HUMPHREYS, Stephen. *Óp. Cit.*; capítulo quinto.

(127) *National Security Strategy of the United States of America 2006*. White House, marzo de 2006; p. 28. El título de la sección: *Abriendo mercados e integrando países en desarrollo*.

(128) *Ídem.*; pp. 25-30.

(129) Véase: USAID. *Policy Framework for Bilateral Foreign Aid: Implementing Transformational Diplomacy Through Development*, 2006; pp. 11, 27 y 28. *Congressional Budget Justification, Foreign Assistance, Fiscal Year 2009*. Department of State, 2008; p. 120.

(130) *Mientras el mundo se mueve hacia el siglo XXI*, un documento de la estrategia del Banco Mundial en África proclamaba: *el consenso es mayor que nunca, de que los mercados, la iniciativa privada y la integración en el comercio global son los pilares del éxito económico*. BANCO MUNDIAL. *Africa Can Compete! A Framework For World Bank Group Support For Private Sector Development in Sub-Saharan Africa*, agosto de 1998; p. vii.

(131) USAID. *Economic Growth Strategy: Securing the Future*. (Edición de prepublicación), abril de 2008; p. 9.

(132) Estos temas fueron recurrentes durante los preparativos para el acceso de China a la OMC. Véase: ORTS, Eric. *The Rule of*



Stephen Humphreys

desarrollo del sector privado es bien ilustrado por la solicitud del Departamento de Estado para financiar la liberalización del comercio en Vietnam:

“Una prioridad fundamental en Vietnam es apoyar un entorno económico dinámico y en crecimiento, lo cual conlleva a la reforma, la transformación legal y el desarrollo de un vibrante sector privado. Los programas de USAID para ayudar a la implementación en Vietnam de la OMC y tratados bilaterales de comercio, la reforma de las leyes y políticas relacionadas con el comercio y la inversión y la creación de un ambiente para los negocios que promueva el desarrollo del sector privado y mejora la competitividad (...) Expandir la asistencia técnica es imperativo para desarrollar la capacidad institucional y los recursos humanos para la implementación de reformas y buenas prácticas y para asegurar que la supervisión regulatoria mantiene el ritmo con la integración en la economía global⁽¹³³⁾.”

Para incentivar la integración (promocionada como un depósito de inversión y oportunidades de empleo y de mayores estándares de productividad; así como un heraldo del pluralismo y tolerancia en los países receptores), ciertas reglas básicas deben ser establecidas. Los inversionistas extranjeros deben estar razonablemente seguros de qué esperar⁽¹³⁴⁾. Las barreras al comercio, tanto las directas como las indirectas, deben ser no

solo removidas sino que su remoción debe ser ejecutable y ejecutada⁽¹³⁵⁾. La independencia judicial, bajo esta perspectiva, debe envolver la libertad de presiones nacionales y sesgos proteccionistas. Las cortes deben entender y respetar los derechos e intereses privados y comerciales en los países receptores y deben estar familiarizadas con la legislación internacional relevante. La integración global requiere que las instituciones legales del país anfitrión estén en sincronía con los mercados exteriores; que un marco procedimental compartido gobierne el manejo de bienes y procesos; que los participantes en ambos lados de una transacción estén al día con los procedimientos y que estén razonablemente seguros de que las transacciones seguirán sus expectativas⁽¹³⁶⁾. Estas reglas de juego (tal como usualmente se llamaba a las instituciones del estado de derecho en la década de 1990) refleja la definición temprana de “estado de derecho” que tenía el Banco mundial: existen reglas, las reglas son conocidas, son realmente ejecutadas, la jurisdicción independiente existe en casos de disputa y hay conocimientos conocidos para cambiar las reglas⁽¹³⁷⁾.

Law in China. En: 34 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 44, 2001; PEERENBOOM, Randall. *Let One Hundred Flowers Bloom, One Hundred Schools Contend: Debating the Rule of Law in China*. En: 23 *Michigan Journal of International Law* 471, 2002; STEPHENSON, Matthew. *A Trojan Horse in China?*. En: Carothers, 2006; y DAM, Kenneth. *China As a Test Case: Is the Rule of Law Essential for Economic Growth?*. En: *John M. Olin Law & Economics Paper No. 275*. University of Chicago Law School, enero de 2006.

(133) *Congressional Budget Justification, Foreign Assistance, Fiscal Year 2009*. Department of State, 2008; p. 394.

(134) Véase, por ejemplo: BANCO MUNDIAL. *World Development Report 2005: A Better Investment Climate for Everyone*, 2004; p. 36.

(135) El Departamento de Estado lista los siguientes indicadores de objetivos por FY 2008: *Entrada en vigencia de Tratados de Libre Comercio (TLC) con Corea del Sur, Malasia, Tailandia, Panamá y Emiratos Árabes Unidos. Entrada en vigencia de dos Tratados de Inversión Bilateral (TIB) adicionales; iniciar más TIB. Suscribir acuerdos de transporte civil aéreo de Cielos Abiertos con Libia, Brasil, Sudáfrica y Australia*. US DEPARTMENT OF STATE, FY 2008 *Performance Summary*, febrero de 2007.

(136) Véase, por ejemplo: USAID. *Foreign Aid in the National Interest: Promoting Freedom, Security and Opportunity*, 2002; p. 61.

(137) SHIHATA, Ibrahim. *The World Bank and Private Sector Development. A Legal Perspective*, 1991; p. 85. De acuerdo al Banco: *Las diferencias en la calidad de las instituciones económicas – generalmente entendidas como las ‘reglas de juego’ – se han descubierto como la más significativa fuente de crecimiento económico sostenible en ambos: investigación internacional y estudio de casos*. BANCO MUNDIAL. *2004 Annual Review of Development Effectiveness: The Bank’s Contribution to Poverty Reduction*, 2004; p. x; para mayor generalidad: USAID. *Handbook on Legislative Strengthening*, 2000. Véase también: DIA, Mamadou. *Africa’s Management in the 1990s and Beyond: Reconciling Indigenous and Transplanted Institutions*. World Bank, 1996; p. 105. ROWAT, Malcom; Waleed H. MALIK y Maria DAKOLIAS (editores). *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean: Proceedings of a World Bank Conference*. En: *World Bank Technical Paper Number 280*, 1995; p. 1. El término es de NORTH, Douglass. *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*. Cambridge University Press, 1990; p. 4.


El teatro del *rule of Law*

Es entonces, un objetivo común de la reforma del estado de derecho el “asistir”, de acuerdo a un proyecto de USAID, “al desarrollo del marco legal necesario para sostener el acceso de Tayikistán a la Organización Mundial de Comercio y su participación en la economía global”⁽¹³⁸⁾. Los reformadores así promueven el acceso a los mecanismos de comercio internacional y usan sus procedimientos para objetivos posteriores. De acuerdo a un estudio del Banco Mundial:

“Las reformas del comercio y el mercado de productos probaron ser los mejores vehículos para otras reformas en prácticamente todos nuestros casos estudiados. Aumentando la competencia, dichas reformas ayudaron a cambiar los incentivos de los titulares una vez opuestos a la reforma, mientras creaban nuevas áreas para el cambio. En México, la liberalización del comercio mediante el *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) indujo a las sociedades comerciales a presionar al gobierno para la reducción de la carga regulatoria, de tal manera que puedan competir (...). Y en Colombia, mayor

apertura y competencia llevó a que los empleados se conviertan en voces de apoyo de las reformas de las que se decía aumentarían la flexibilidad laboral (...). El que la apertura de una economía esté significativamente asociada con el cambio institucional está dentro de los principales descubrimientos del *World Economic Outlook* del Fondo Monetario Internacional de setiembre de 2005”⁽¹³⁹⁾.

El tema de la integración comercial global trae una perspectiva de la arquitectura jurídica global, provista y mantenida por actores públicos monádicos, con los que (ciertos) actores privados pueden moverse tan sutilmente como sea posible. La disposición óptima está delineada por numerosos documentos del Banco Mundial y se relacionan con el tema principal del *World Development Report* de 2005 (*A good investment climate for everyone*) y del reporte de la FCI, *Doing business*: la eliminación de trabas al movimiento de bienes y capitales, la minimización de tributos al capital y las inversiones, el fin de la apertura y cierre de negocios por parte del Estado y leyes laborales flexibles⁽¹⁴⁰⁾.

Esta visión arquitectónica, a cambio, guía la promoción del estado de derecho dentro del país: la protección de los derechos y la propiedad de inversionistas extranjeros, la eliminación de prácticas discriminatorias que favorezcan las inversiones domésticas y el fortalecimiento de la seguridad para la propiedad y los contratos⁽¹⁴¹⁾. 

(138) USAID. *Assistance in Establishing the Legal and Institutional Framework Necessary to Support a Market-Based Economy (LIME 2), Kyrgyzstan and Tajikistan, Final Report, Prepared ARD Inc. and Checchi & Co. Consulting*, junio de 2006; pp. 2 y 3. Véase también: *Final Report for Cape Verde WTO Accession Project under The Doha Project for WTO Accession and Participation (Contract PCE-I-00-98-00013-00, Task Order 14), prepared by Booz Allen Hamilton*, Diciembre de 2005.

(139) KIKERI, Sunita; Thomas KENYON y Vincent PALMADEM. *Reforming the Investment Climate: Lessons for Practitioners*. En: *World Bank Policy Research Working Paper 3986*, agosto de 2006; p. 11.

(140) BANCO MUNDIAL. *World Development Report 2005: A Better Investment Climate for Everyone*, 2004.

(141) Entre los documentos sobre el marco general del Banco Mundial, véase: KNACK, Stephen y Philip KEEFER. *Institutions and Economic Performance: Cross-Country Tests Using Alternative Institutional Measures*. En: *7 Economics and Politics* 207, 1995; LA PORTA, Rafael; Florencio LOPEZ-DE-SILANES; Andrei SHLEIFER y Robert W. VISHNY, *Law and Finance*. En: *106 The Journal of Political Economy* 1113, 1998; DJANKOV, Simeon; Rafael LA PORTA, Florencio LOPEZ-DE-SILANES, y Andrei SHLEIFER. *The Regulation of Entry*. En: *Harvard Institute of Economic Research Discussion Paper Number 1904*, septiembre, 2000; CLAESSENS, Stiin; Simeon DJANKOV y Tatiana NENOVA. *Corporate Risk Around the World*. En: *Policy Research Working Paper 2271*, The World Bank, 2000; DJANKOV, Simeon; Rafael LA PORTA; Florencio LOPEZ-DE-SILANES, y Andrei SHLEIFER. *Courts: the Lex Mundi project*. (Borrador revisado), marzo de 2002, (financiado por el Banco Mundial); DJANKOV, Simeon; Edward L. GLAESAR; Rafael LA PORTA; Florencio LOPEZ-DE-SILANES y Andrei SHLEIFER. *The New Comparative Economics, Institute of Economic Research Harvard University Discussion Paper No. 2002; The World Bank Policy Research Working Paper No. 3054*, 2003; BOTERO, Juan C.; Simeon DJANKOV; Rafael LA PORTA; Florencio LOPEZ-DE-SILANES y Andrei SHLEIFER. *The Regulation of Labour. November 2004. The Quarterly Journal of Economics* 1339, 2004; DJANKOV, Simeon; Darshini MANRAJ, Caralee MCLIESH y Rita RAMALHO. *Doing Business Indicators. Why aggregate and how to do it'*, Washington D.C.: World Bank Group, diciembre de 2005; y DJANKOV, Simeon; Caralee MCLIESH y Rita RAMALHO. *Regulation and Growth*. The World Bank, 17 de marzo de 2006.