

JUSTICIA Y SEGURIDAD

Aporte del Centro de Estudios de Justicia de las Américas a la Conferencia Especial sobre Seguridad Hemisférica, convocada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, para su realización en México el 28 de octubre de 2003

Este texto corresponde a un documento institucional cuya elaboración estuvo a cargo del señor Carlos Peña González

(I) Planteamiento general

El problema de las relaciones entre justicia y seguridad ha sido poco estudiado. Un enfoque de política pública de justicia que tenga en cuenta esa relación no se ha llevado a cabo, hasta ahora, en la región. Las políticas públicas de justicia en la región han estado, en general, inspiradas por las perspectivas habituales de las diversas disciplinas jurídicas o, en cambio, guiadas por la necesidad de apoyar directamente las reformas económicas orientadas hacia el mercado¹. El tema de la seguridad no ha sido considerado, de manera específica, en esos enfoques.

Es esa una situación que se hace necesario corregir. Las razones para ello provienen de los cambios que las sociedades experimentan tanto a nivel doméstico, como a nivel internacional.

Las sociedades que se modernizan tienden –a nivel doméstico– a debilitar los grupos de pertenencia de los individuos (familia, barrio, Iglesia, etcétera) y estimulan la individuación: los sujetos se sienten más autónomos, pero, al mismo tiempo, más desorientados, más necesitados de coordenadas de significado que los orienten. Este proceso es a veces resultado de las migraciones; pero en las grandes zonas urbanas parece ser un resultado del efecto de demostración del mercado y de la ampliación de las comunicaciones. El Estado, por su parte, tiende a cambiar su patrón histórico de comportamiento y a modificar el papel simbólico que hasta hace poco tiempo cumplía: en vez de ser un mediador entre corporaciones o grupos, adopta o intenta adoptar –desde la crisis de la deuda fiscal en adelante– el papel de un regulador abstracto de acciones y proyectos.

El resultado de este proceso de disolución de las pertenencias, es que los ciudadanos experimentan la vida social cada vez más bajo la forma de riesgo y de incertidumbre² y, en momentos de crisis económica o política, demandan de los sistemas de justicia la superación de problemas para los que el sistema de

administración de justicia no está, en la mayoría de los países de la región, preparado. Este fenómeno que está acompañado de la globalización del mercado y de la crisis de representación política, priva a los ciudadanos de los mecanismos habituales con los que procesaban sus demandas. El resultado es que esas demandas arriesgan el peligro de expresarse bajo la forma de derechos ante el foro judicial. El sistema de administración de justicia es, así, demandado como un mecanismo para expresar demandas sociales y superar la incertidumbre y el riesgo.

De un modo paralelo al proceso que se acaba de describir, el tema de la seguridad aparece cada vez más presente en la agenda internacional. Tradicionalmente –v.gr. en la Guerra Fría– en la agenda internacional el problema de la seguridad era apreciado desde el punto de vista de los gobiernos o de los Estados. En las actuales condiciones de la comunidad internacional –donde la bipolaridad ha desaparecido y la interdependencia entre todos los puntos del globo es cada vez más explícita– la seguridad comienza a ser apreciada desde el punto de vista de los ciudadanos. Este cambio de perspectiva en el tema de la seguridad –desde el Estado o los gobiernos a los ciudadanos– ha dado origen al concepto de *seguridad humana*.

El concepto tal como se presentó en el Informe sobre Desarrollo Humano del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, correspondiente al año 1994, alude a un cambio radical de perspectiva. En vez de acentuar la seguridad e integridad del Estado, el concepto de desarrollo humano alude a la necesidad de proteger a las personas al interior de las sociedades en que viven, de todo riesgo o amenaza. El concepto de seguridad humana –tal como fue presentado en el informe que se viene citando– supone hacer frente a dos amenazas. Por una parte, es necesario, a la luz del concepto, hacer frente a las amenazas crónicas a la seguridad humana que provienen de causas estructurales y que dan lugar, en

¹ Vid. PNUD et al., *Seguridad Jurídica e Inversiones*, San José: Proyecto Regional de Justicia, PNUD, 2001.

² Beck, U., "Hijos de la libertad: contra las lamentaciones por el derrumbe de los valores", en: Beck, U. *Hijos de la Libertad*, Buenos Aires: FCE, 1999; Cfr. Giddens, A., *The Third Way*, Cambridge, Polity Press, 1998, pp. 34 y ss.; Giddens, A., *Un Mundo Desbocado. Los Efectos de la Globalización en Nuestras Vidas*, Madrid: Taurus, 1999.

amplias zonas del globo, al crimen organizado, al hambre, la represión y las enfermedades. De otra parte, se trata de hacer frente a las amenazas coyunturales que irrumpen en la vida cotidiana de las personas provocando en ellos miedo e incertidumbre acerca de su vida futura. El concepto de *seguridad humana* pone de manifiesto que la política doméstica e internacional equivale cada vez más a una *gestión del riesgo*³.

El concepto de *seguridad humana* no ha sido desarrollado solamente como un principio de política internacional alentada desde los informes del PNUD o desde la gestión de algunos Estados (particularmente Canadá entre los países de las Américas). Se trata de un concepto asociado, además, a algunos desarrollos de las ciencias sociales. En el ámbito de las ciencias sociales, se ha llamado la atención acerca del hecho que los seres humanos experimentan dos tipos diversos de contingencia que poseen efectos radicalmente distintos desde el punto de vista político. Se encuentran, por una parte, las contingencias externas imputables a la naturaleza y se encuentran, por otra parte, las contingencias asociadas a las propias decisiones de los seres humanos. El concepto sociológico de riesgo se asocia a las consecuencias no esperadas, y a veces impredecibles, de las propias decisiones. Tradicionalmente en las ciencias sociales, los problemas públicos eran pensados como problemas de construcción de orden. Construir un orden supone, por su parte, lograr que las decisiones se ajusten a reglas (la cara más visible del problema del orden, es la corrupción y la inestabilidad institucional). El riesgo plantea, sin embargo, un problema distinto: el problema no de sujetar las decisiones a reglas, sino el problema de calcular y distribuir los costos y las consecuencias de las decisiones inspiradas por reglas. Desde el punto de vista de las ciencias sociales, la sociedad del riesgo se corresponde con los Estados post industriales. Mientras los Estados de Bienestar tenían por problema distribuir los "goods" del sistema industrial, la sociedad del riesgo se plantea el problema de cómo distribuir o calcular los "bads" de ese mismo sistema⁴. Sin embargo, la creciente interdependencia entre los países, la expansión del mercado y de las comunicaciones, generaliza el fenómeno a todos los rincones con ritmos e intensidad diversa.

Es probable que los países no desarrollados, experimenten riesgos; pero que, al mismo tiempo, no equivalgan a una sociedad del riesgo. En otras palabras, los países no desarrollados (como buena parte de los países de las Américas) no son socieda-

des del riesgo puesto que sus problemas siguen siendo cuestiones de orden. Pero así y todo –la luz de la creciente interdependencia– se trata de sociedades que *experimentan riesgos*.

El problema para los países en desarrollo es entonces doble: hacer frente al riesgo creciente asociado a múltiples decisiones –muchas de ellas adoptadas desde fuera de sus fronteras– sin contar con un sistema de gestión de riesgo suficientemente asentado.

Desde el punto de vista de la justicia, el problema resulta especialmente relevante. Los sistemas de administración de justicia frente a los desafíos de la seguridad humana pueden ser sobredemandados, sobreejigidos. Puede pedirse a los sistemas de justicia que hagan frente a problemas para los que no están suficientemente equipados. Tradicionalmente los sistemas de administración de justicia resuelven problemas de orden (permiten o aseguran que las decisiones se ajusten a reglas) pero no problemas de riesgo (los sistemas judiciales no están equipados para hacer frente al cálculo de consecuencias de las acciones humanas)⁵. Con todo, desde el punto de vista del principio de seguridad humana, no puede hacerse frente a las contingencias que experimentan las personas sin que, previamente, los sistemas de justicia cumplan su función más propia e inmediata que es la producción de orden. Es probable que en la mayor parte de los países de las Américas –sobre todo de la región de América Latina– sea este el problema más acuciante.

Las palabras que siguen intentan allegar algunos antecedentes para examinar una agenda de justicia en la perspectiva de la seguridad. En lo que sigue se distinguen las diversas dimensiones que, desde el punto de vista de la literatura, es posible registrar en las relaciones entre justicia y seguridad. Cada una de esas dimensiones genera problemas distintos y es probable que en los países de la región esas diversas dimensiones se encuentren entrelazadas. El texto enfatiza el problema de la seguridad como aseguramiento de expectativas. Ello sugiere que una agenda de justicia en la perspectiva de la seguridad debe, ante todo, hacer posible que los sistemas de justicia sean capaces de crear orden, para así, más tarde, poder hacer frente al riesgo. Se examinan por eso las variables estrictamente jurídicas que podrían contribuir a una mejora de la relación entre justicia y seguridad.

El texto sugiere que los sistemas de justicia deben hacer frente al problema de la seguridad en tres dimensiones, a saber: en la dimensión de orden o el aseguramiento de expectativas (Infra I); en la dimensión distributiva de bienes sociales (Infra II); y, en fin, en la dimensión propiamente del riesgo (Infra III).

³ Beck, U., "De la teoría crítica a la autocrítica de la sociedad del riesgo", en: *La Invencción de lo Político*, Buenos Aires: FCE, 1999, pp. 32 y ss.

⁴ Beck, U., *Ob. Cit.*, p. 34.

⁵ Cfr. Luhmann, N., *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

(II) Justicia y seguridad como aseguramiento de expectativas

La relación entre justicia y seguridad es de las más viejas relaciones que es posible encontrar en la literatura legal y política. La literatura disponible muestra que, con frecuencia, esta vinculación entre justicia y seguridad aparece como la postulación de un valor –la seguridad jurídica– a la que el derecho está llamado a servir. La seguridad aparece, entonces, como un valor específicamente jurídico al que, en el extremo, se sacrifican todos los restantes valores, incluida la propia justicia. En otras palabras, el derecho y la administración de justicia en su conjunto tienen como propósito básico garantizar ciertos cursos de conducta futura de parte de los sujetos, de manera que la vida social –amenazada por la sombra del futuro– pueda así ser más estable. Desde este punto de vista, la seguridad como un valor específicamente jurídico es *neutra* desde el punto de vista de los contenidos normativos: sociedades con contenidos normativos estimables pueden carecer de seguridad y, por la inversa, sociedades con contenidos normativos poco estimables pueden poseer altos niveles de seguridad. Como sugirió Tocqueville, es probable que –en esta dimensión– los países no se diferencien por la forma de gobierno que poseen, sino por el grado de gobierno con que cuentan. Esta función que el derecho está llamado a cumplir no se satisface con la pura formulación de normas. Esta función del derecho se cumple mediante un sistema institucional capaz de emitir decisiones que sean, a su turno, también predecibles.

Las instituciones estatales aspiran a adoptar decisiones sobre la base de reglas previamente establecidas. En la medida que una regla es una decisión anticipada para una clase abstracta de casos, no resulta exagerado afirmar que las instituciones estatales aspiran a decidir por anticipado para así alcanzar la imparcialidad. La sociología ha descrito ese proceso como el tránsito desde pautas particularistas para la adopción de decisiones, hacia pautas de carácter universalista. Reglas construidas sobre criterios universalistas permiten la neutralidad afectiva y la consideración del desempeño. Las decisiones adoptadas en base a criterios particularistas, en cambio, tienden a favorecer el compromiso afectivo y las cualidades adscritas, perjudicando así la competitividad y la evaluación del desempeño. Esta característica que, en ciertos aspectos, muestra la evolución de las instituciones estatales, permite explicar porqué los sistemas normativos tienden hacia la abstracción: la abstracción permite tratar

con un mundo cada vez más complejo. Una sociedad moderna es, por eso, una sociedad cada vez más abstracta, cada vez más juridificada y una sociedad despersonalizada: en el extremo, la más eficiente administración es la que logra domeñar mejor la subjetividad de los actores. Una sociedad con bajos grados de institucionalidad tiende, en cambio, a exacerbar la subjetividad de los actores –clientelismo, corrupción, predominancia de vínculos familiares– impidiendo estructuras cooperativas eficientes y adaptativas.

En la literatura reciente se ha identificado a la confianza como uno de los factores que inciden en la capacidad innovativa de las sociedades y en su crecimiento. En general, puede afirmarse, a la luz del conocimiento acumulado, que las sociedades que aumentan su capacidad adaptativa tienden a sustituir la confianza meramente vertical y familística por la confianza horizontal y cada vez más abstracta⁶ hasta alcanzar una confianza en las instituciones⁷ o en lo que se denomina sistemas expertos⁸. La confianza no constituye, sin embargo, un hecho meramente psicológico. La confianza se construye institucionalmente por la vía de hacer más previsible el futuro. Sociedades crecientemente complejas no pueden reposar sobre las confianzas personales, sino que se sustentan en medios institucionales que la hacen posible⁹.

Es probable que el valor seguridad –la otra cara de la confianza– que el derecho está llamado a realizar, se exprese hoy día, en la literatura política, bajo el concepto de *governabilidad*. La gobernabilidad alude al grado en que una sociedad es capaz de producir orden, sometiendo la conducta de sus miembros a expectativas estables, capaces de ser garantizadas por las instituciones. La gobernabilidad es la expresión institucional y política del viejo valor de la seguridad jurídica. Cuando se afirma hoy que una sociedad posee bajos niveles de gobernabilidad, se quiere decir que el conjunto de sus instituciones –incluido el sistema normativo– carecen de vigencia efectiva.

La sociología ha llamado también la atención acerca de esta vinculación entre justicia y derecho, por una parte, y seguridad, por la otra.

El aparato estatal de administración de justicia tiene por objeto asegurar que las expectativas que surgen de las normas, se cumplan de manera predecible, aminorándose, así, la contingencia de la vida social. Desde este punto de vista, existe una muy estrecha y clásica relación entre justicia y seguridad. La vida social, amenazada por la doble contingencia (es decir por el hecho que las decisiones

⁶ Putnam, R., *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*, Princeton: Princeton University Press, 1993.

⁷ Luhmann, N., *Confianza*, Barcelona: Anthropos, 1996.

⁸ Giddens, A., *The Consequences of Modernity*, London: Polity Press, 1990.

⁹ North, D., *Instituciones, Cambio Social y Desempeño Económico*, México: FCE, 1990.

entre los sujetos de la vida social son potencialmente múltiples) reduce la complejidad mediante normas y asegura las expectativas normativas mediante el aparato que administra justicia. El Derecho –ha sugerido Luhmann– es un mecanismo que hace frente al hecho que en la vida social los seres humanos tengamos “expectativas de expectativas”¹⁰. El Derecho estabiliza las expectativas y las asegura haciéndolas inmunes a la frustración. El Estado Moderno –el Estado sub lege, la vida social bajo el derecho o el imperio de la ley, en otras palabras– se caracteriza por esa relación. Cuando esa relación falla, es decir, cuando el aparato estatal ya no es capaz de asegurar las expectativas que surgen del sistema normativo, es el propio Estado el que está, a fin de cuentas, en crisis. Sin esa estabilización y aseguramiento de las expectativas que el derecho favorece, la vida social se sume en la anomia, en la falta de normas.

Esta es la relación más abstracta, pero también más básica que es posible advertir entre el derecho y el sistema jurídico y la seguridad. Se trata de una relación que en los análisis de la región se ha olvidado con frecuencia. En vez de eso, se han favorecido otros valores o aspectos del sistema legal que son posteriores, sociológica y políticamente hablando, a la seguridad. Hay valores que son moral y políticamente más importantes que el valor de la seguridad –v.gr. los derechos humanos– pero que desde el punto de vista sociológico y político pueden ser alcanzados si y sólo si se logra primero la realización de este valor abstracto y neutral que denominamos seguridad como aseguramiento de expectativas en la vida social o capacidad de gobierno.

Las relaciones entre el funcionamiento del aparato de justicia y la seguridad concebida como aseguramiento de expectativas –un principio básico sobre el que debe asentarse el concepto de seguridad humana– son múltiples y las más relevantes son las que siguen:

a) Los procesos de reforma a la justicia y el logro de la seguridad jurídica

Los procesos de reforma a la justicia poseen una relación problemática con la seguridad jurídica. Suelen dar origen a una paradoja: diseñados para aumentar la seguridad en los más diversos niveles, la disminuyen cuando comienzan a llevarse a cabo. En efecto, los procesos de reforma a la justicia van frecuentemente acompañados de un cierto constructivismo legal y un espíritu constitucional que aumenta la contingencia y la obsolescencia legislativa, impidiendo un equilibrio entre tradición e innovación. Los actores del sistema –en particular, los jue-

ces– se hacen más sensibles al sistema político y ello se traduce en una pérdida de independencia relativa. La dificultad de la formación profesional –unida a una debilidad de las comunidades académicas– impide una rápida adaptación al cambio y perjudica la legitimidad y la eficacia de las nuevas normas generando, de nuevo, la necesidad del cambio e impidiendo que se asiente la confianza. Se arriesga, así, el peligro, de que el reformismo legal cree una espiral de contingencia e inseguridad si no va acompañado de una convergencia de intereses que asegure la estabilidad en el mediano plazo de la nueva estructura.

Por ello la reforma judicial no debe entenderse como un estado permanente de los sistemas de justicia, sino como procesos acotados en el tiempo, con objetivos precisos, estratégicamente delineados. Ello importa pasar de un etapa de gobierno y gestión de las reformas –en la que están sumidos la mayoría de los países de la región– a otra de gobierno y gestión de una política judicial –que no importa cambios refundacionales–.

Sin dudas, para que ello sea posible es necesario concluir prontamente los procesos actuales de reforma, ya alargados en demasía, especialmente en las áreas más sensibles para que los sistemas de justicia efectivamente puedan ser fuente de aseguramiento de expectativas, a saber:

- Generación y sostenimiento de una auténtica jurisdicción constitucional
- Acceso generalizado a los servicios judiciales
- Sistemas procesales en que se aseguren los principios básicos del debido proceso

b) La seguridad jurídica es función de la capacidad del sistema judicial para producir información

La principal dimensión pública del litigio (que contribuye a hacer más predecibles las decisiones y por esa vía a producir orden) lo constituye la información producida por las decisiones que el sistema emite. A mayor información disponible, existe, también, mayor seguridad concebida como aseguramiento de las expectativas. Esa información versa acerca del contenido del sistema normativo, de sus límites y de la manera en que el derecho está siendo producido por los jueces. Esa información es aprovechada por los litigantes potenciales quienes, de esa manera, saben cuáles son sus obligaciones y sus probabilidades en un conflicto, situándose, así, en mejores condiciones para decidir si invertir o no, por ejemplo, en un litigio. Un cuerpo de precedentes tiende a desalentar la conducta estratégica y favorece el logro de acuerdos, disminuyendo así la presión sobre el siste-

¹⁰ Un actor social, sugiere Luhmann, formula sus expectativas de la siguiente manera: estoy dispuesto a hacer lo que tú quieras, a condición que tú hagas los que yo quiero y viceversa. ¿Cómo resolver ese círculo de expectativas que conduciría a la parálisis en la vida social?. Cfr. Luhmann, N., Introducción a la Teoría de Sistemas, Barcelona: Antrhopos, 1996.

ma de justicia. Por cierto, este capital público que constituye un cuerpo de precedentes, posee un valor y una tasa de depreciación en el tiempo que suele estar en directa relación con el grado de obsolescencia de las leyes. Una alta contingencia en el cuerpo de leyes, disminuye inmensamente el valor del cuerpo de precedentes y confiere, parejamente, un mayor valor al mercado político y a los grupos de interés, establecido que el sistema de justicia suele, por sus características, estar menos expuesto a las fallas habituales del mercado político. Es por esta razón que los sistemas legales que muestran un alto grado de obsolescencia legislativa –como parece ocurrir en parte de la región de América Latina– asignan también un bajo valor al precedente.

Si bien dado su carácter público, los precedentes podrían originar un problema de *free rider*, ello en la práctica no ocurre. Las explicaciones para ello son varias y las más habituales consisten en que los jueces están en medio de un arreglo cooperativo múltiple entre ellos, en un juego de toma y saca. En particular, si el precedente se devalúa, la tasa de litigación aumenta, perjudicando así el interés privado de los jueces.

Puede, sin embargo, ocurrir que los jueces tengan incentivos para no producir precedentes y que el sistema judicial en su conjunto no los cree o los deprecie muy rápido, produciéndose, así, una pérdida de riqueza. Desde luego, este fenómeno se produce cuando la tasa de obsolescencia legislativa es muy alta, cuestión que, por su parte, depende de las fallas que presente el mercado político (una alta sensibilidad, por ejemplo, a los grupos de interés) o de los rasgos del sistema político (vgr. un sistema en transición suele presentar un mayor grado de constructivismo que traslada la creación del derecho desde los jueces al proceso legislativo). Contribuye, también, a un bajo valor del precedente, la presencia de incentivos que inducen a los jueces al fallo en equidad. Los fallos en equidad –como contrapuestos a los fallos que confieren valor al precedente– pueden o ser más baratos para los jueces (porque, por ejemplo, necesitan invertir menos tiempo en ellos que en un fallo de casación) o, directamente, producir para ellos una mayor rentabilidad (porque, por ejemplo, permiten a los jueces influir en el mercado político o intercambiar favores con los litigantes).

El nivel de seguridad que provee el sistema de administración de justicia es función del nivel de precedentes que es capaz de producir. Por lo mismo, cuando esos precedentes no se producen, se acrecienta la incertidumbre: las expectativas de las personas son trasladadas al sistema político.

En la región, pueden contribuir a la mejora en este factor de la seguridad, el fomento de la justicia de casación y la justicia constitucional. En general, y de manera indirecta, el conjunto de programas destinados a la mejora en la disposición y uso de los

recursos por parte del sistema de justicia, tiende a eliminar incentivos para la justicia en equidad (al suprimir la escasez que estimula la decisión sin fundamento) mejorando, al mismo tiempo las condiciones para la producción de precedentes. Contribuye a ello también la educación formal de jueces y las diversas medidas institucionales tendientes a garantizar la independencia externa e interna de quienes desempeñan la jurisdicción.

c) La seguridad jurídica y la obsolescencia legislativa

Es casi axiomático que un sistema legal excesivamente contingente, en el que las normas cambian profusamente, es poco predecible y, en consecuencia, inseguro. Desde el punto de vista conceptual, una alta obsolescencia legislativa provoca inseguridad porque disminuye el grado de previsibilidad del sistema normativo. La obsolescencia legislativa, como se dijo ya, disminuye, además, la producción de precedentes y traslada el énfasis en la creación y el cambio normativo desde los jueces al parlamento. Ello puede favorecer la influencia de los grupos de presión agravando las fallas del sistema político (el gobierno o los grupos políticos pueden verse tentados a conceder ventajas para maximizar su renta en el corto plazo). El grado de obsolescencia legislativa es, además, un indicador de fallas en el sistema de adopción de decisiones públicas, las que o ceden ante los grupos de presión (impidiendo la universalización de intereses que se espera del sistema político) o presentan, en cambio, un alto margen de error que debe ser frecuentemente corregido. Uno de los factores más desatendidos en la dimensión de la seguridad jurídica, es la existencia de verdaderos contratos tácitos entre grupos de presión y actores del sistema político, derivados de la falta de regulación o de transparencia en el financiamiento de la actividad política.

d) La seguridad jurídica y las profesiones legales

Las características de las profesiones legales influyen también en la previsibilidad del sistema normativo. Es obvio que una sociedad juridificada es una sociedad donde las profesiones legales adquieren la máxima importancia. Las profesiones se caracterizan por manejar un cierto paradigma o por poseer una cierta matriz disciplinaria. Esa matriz disciplinaria sirve para reducir complejidad, estabilizar las decisiones y, por esa vía, aumentar la seguridad. La cultura jurídica –entendida como la existencia de esa matriz y la capacidad para socializar a los miembros de la profesión en ella– constituye así indirectamente un factor que incide en los grados de seguridad jurídica disponible. El ejemplo más obvio de la incidencia que posee la cultura de las profesiones lega-

les en este fenómeno se encuentra en la calidad de las normas. La mala calidad de las normas —que ofrece espacios a la discrecionalidad y desmejora la previsión por parte de los actores— suele ser fruto de una deficiente cultura de las profesiones.

Existe aquí una relación indirecta entre los niveles y la calidad de la educación legal, por una parte, y la capacidad del sistema de justicia para producir seguridad, por la otra. En la región de las Américas, se experimenta de un tiempo a esta parte una creciente masificación de la enseñanza y de las profesiones legales. La heterogeneidad de los sistemas de educación superior, les impide contar con mecanismos que —con pleno respeto de la autonomía curricular— posean objetivos compartidos. Un sistema de acreditación o de medición de la calidad de la educación legal —que permita alinearla con los objetivos de mejora de la justicia— es una de las tareas pendientes de la región.

e) La seguridad jurídica y el mercado de los abogados

La profesión legal —según lo pone de manifiesto la experiencia— debiera tender a diferenciarse conforme aumente el nivel de riqueza y de complejidad social. Muy pronto, será necesario hablar de profesiones legales, así en plural, en vez de la profesión legal, en singular. Estamos asistiendo, de un tiempo a esta parte, a un desarrollo en la educación formal de jueces y, con toda seguridad, la alta contingencia que hoy día muestra el sistema legal generará nuevas formas profesionales. A lo anterior, se suma el cambio en las formas de ejercicio profesional, las que, también, tenderán a moderar la competitividad que produce el mayor número de abogados. Este cambio en las formas de ejercicio es fruto de la modernización de la vida social que, junto con aumentar la complejidad y acrecentar el litigio, ayudan a configurar de manera diversa la profesión.

Todo lo anterior posee una relación problemática con la competitividad y con los problemas asociados a la ética profesional. La ética profesional —en otras palabras, la existencia de pautas compartidas entre los miembros de una misma profesión— contribuye a la previsibilidad del sistema en su conjunto.

f) La seguridad jurídica, la gobernabilidad y la democracia

La capacidad de gobierno —y no necesariamente la forma de gobierno— parecen constituir también un aspecto muy importante de la seguridad jurídica. El gobierno efectivo es un requisito ineludible —necesario, pero no suficiente— de la *rule of law* y constituye la versión más firme de un sistema normativo estable y predecible. El gobierno efectivo constituye así un requisito necesario e ineludible

para el logro de la seguridad. Saber quién gobierna y cuáles son las reglas que guían efectivamente sus decisiones —al margen del contenido de esas decisiones— constituye una variable fundamental (necesaria; pero no suficiente) de la seguridad jurídica tal como aquí se la concibe. Como es obvio, es éste el nivel más básico de la seguridad: los actores sociales en su conjunto aspiran, en el mínimo, a superar la situación hobbesiana en que, por falta de gobierno efectivo, la “vida es pobre, triste, solitaria y breve”.

Estrechamente relacionada con esta variable, se encuentra la calidad del sistema político. La identificación clara de los centros de decisiones; la existencia de procedimientos estandarizados para adoptarlas; la previa existencia de reglas claras que las guíen; y un efectivo sistema de control del contenido de esas decisiones —mediante un sistema de contencioso administrativo o mediante un sistema de control constitucional— son algunos de los factores que configuran la calidad de un sistema político cuando se le examina desde el concepto de la seguridad jurídica.

Lo anterior, con todo, no importa necesariamente una relación entre sistema democrático y seguridad jurídica. La seguridad jurídica puede ser concebida como un valor que, en el extremo, constituye o equivale a un valor neutro. “Buen gobierno”, a estos efectos, no es lo mismo que “gobernabilidad”. Ambos se relacionan —con intensidad y modalidades distintas— con la seguridad.

Desde luego, la democracia puede afectar las circunstancias del crecimiento, al crear condiciones que lesionan la seguridad como valor neutro. La democracia suele acentuar la voluntad de las mayorías a transferir riquezas de los grupos más aventajados a los menos, disminuyendo así el entorno de incentivos para invertir y crecer. El sistema político puede, también, acentuar la incidencia de los grupos de interés que tenderán a favorecer la redistribución de riqueza a favor de sí mismos.

Un gobierno no democrático, por su parte, no contradice (necesariamente) el aseguramiento de la propiedad y las libertades económicas. Una dictadura representa, sin embargo, una inversión política de alto riesgo porque así como puede favorecer los supuestos de la inversión y el crecimiento, puede también tender a formas oligárquicas que contradicen esos supuestos.

Un balance indicaría, sin embargo, un saldo a favor de las formas democráticas que equivalen a gobierno efectivo: la democracia favorece el control del poder y permite testear el poder gubernamental. En fin, el crecimiento económico tiende a favorecer —según lo muestra la experiencia— la apetencia por las libertades públicas¹¹ (Vid. Para la relación entre gobierno, buen gobierno y crecimiento).

11 Barro, R., *Determinants of Economic Growth. A Cross Country Empirical Study*, Cambridge Mass.: MIT Press, 1997.

(III) Justicia y seguridad como promoción de bienes

El ideal -ya que no siempre la realidad- del Estado de Bienestar, estableció otra relación entre la noción de justicia y la de seguridad: la seguridad, en el moderno Estado de Bienestar, ya no es vista como un aseguramiento de expectativas, sino que ahora se reclama que el Estado libere a los ciudadanos del miedo a la pobreza por la vía de alcanzar niveles de bienestar igualitarios garantizados -bajo la forma de derechos- por la simple pertenencia a la comunidad política. Aquí la justicia ya no es un valor social puramente sistémico (que se cumple por el aseguramiento de las expectativas fueren en ellas cuales fueren) sino un valor de carácter sustantivo que, por decirlo así, se expresa en el viejo ideal de la justicia distributiva.

Al garantizarse un conjunto de bienes sociales bajo la forma de derechos, se establece un vínculo casi inmediato entre justicia y bienestar. El logro del bienestar ya no es un problema de eficiencia ubicado a nivel del sistema económico, sino un asunto de justicia trasladado al interior del sistema jurídico. Este fenómeno tiende a introducir severos problemas en la administración de justicia. Desde luego, los sistemas de administración de justicia se ven llamados a resolver desde una perspectiva de derechos, problemas que son de política pública o de eficiencia y que suponen, inevitablemente, decisiones en contextos de escasez. A ello se suma que el sistema de administración de justicia arriesga el peligro de verse expuesto a demandas que ni él, ni el Estado, están en condiciones hoy día de satisfacer. Todo este fenómeno arriesga el peligro que el sistema de administración de justicia en la región se instituya en el equivalente funcional del Estado de Bienestar y el debate judicial en el sustituto provisorio del debate político de la región. Esta sobrecarga de exigencias a que se ve expuesto el sistema de administración de justicia, incide en su legitimidad y disminuye sus posibilidades de hacer frente a la exigencia más básica de todas: asegurar las expectativas de los ciudadanos en la interacción social.

Hoy día en la región de América Latina es cada vez más frecuente observar un conjunto de procesos sociales y económicos inconsistentes entre sí.

Por una parte, y a contar de la década de los ochenta, los países de la región parecen abandonar la construcción del Estado de Bienestar para sustituirlo, en cambio, por un conjunto de reformas de inspiración monetarista fundada en la idea de que un entorno adecuado de incentivos mejoraría los niveles de bienestar. El resultado de este proceso es que la producción de bienes públicos comienza a ser transferida hacia el sector privado y al sistema económico. Paralelamente, el sistema político tiende a

abandonar el debate distributivo para centrarse, más bien, en las demandas ciudadanas inmediatas. Estimulados por la crisis de representación, los partidos y grupos políticos abandonan la formulación de políticas. Todo este proceso va acompañado de un fortalecimiento del discurso de los derechos.

El resultado es que los países de la región, como se viene diciendo, arriesgan el peligro de instituir el sistema de administración de justicia como el lugar donde, bajo la forma de derechos, se disputan las viejas demandas dirigidas al Estado de Bienestar y el lugar donde, usando el lenguaje de los derechos, se realiza el debate político. En vez de dirigir las demandas de bienestar al sistema político, los ciudadanos procesan esas demandas utilizando el lenguaje de los derechos y presionando así al sistema de justicia. El resultado es una creciente juridificación de las demandas sociales y de las demandas políticas.

Son varios los problemas que, desde el punto de vista del diseño institucional, deben ser abordados en esta perspectiva:

a) Se encuentra, desde luego, el problema de la eficacia de los derechos fundamentales. Como es bien sabido, en su formulación clásica los derechos fundamentales son concebidos como derechos que el individuo puede oponer ante el Estado. Esta es la tradición hasta ahora predominante en el derecho federal norteamericano. Con todo, en la tradición europeo continental -de amplia influencia en el derecho de las Américas- se sostiene la eficacia horizontal de los derechos fundamentales: los bienes que protegen los derechos fundamentales pueden así ser reclamados o demandados de otros individuos. Todo esto ha conducido en la región a una ampliación de la jurisdicción constitucional. La conocida constitucionalización del derecho es fruto de la horizontalidad que hoy día se reconoce a los derechos fundamentales. Es además una expresión del desplazamiento que las demandas sociales experimentan actualmente. Todo este fenómeno, arriesga el peligro de desequilibrar el diseño institucional y el valor del derecho meramente legal de la región.

b) A lo anterior -y relacionado con ello- ha de agregarse la eficacia directa de los derechos fundamentales. La eficacia directa de los derechos fundamentales ha generado un conjunto de disfunciones en la práctica institucional que conviene revisar. Esas disfunciones van desde la vinculación directa de los jueces a la Constitución (y su consiguiente desvinculación de la ley) hasta figuras amplias de control de la actividad administrativa por parte de los jueces (el caso más característico de este fenómeno es la nulidad de derecho público en Chile).

c) Los fenómenos precedentes producen algunas alteraciones globales en el sistema institu-

cional de la región –particularmente en el área de justicia constitucional– que conviene revisar. La creciente demanda de derechos arriesga el peligro del déficit democrático, el peligro de desvalorizar la esfera de la política en la región trasladando las demandas a la corporación judicial.

(IV) Justicia y seguridad como manejo del riesgo asociado a las decisiones

La sociología –que ha descrito de manera clásica los precedentes fenómenos en la obra de Simmel o Weber– ha detectado hoy día, en las modernas sociedades industriales, la presencia de un nuevo fenómeno: la *sociedad de riesgo*. Lo que caracteriza a la sociedad de riesgo es que ahora la fuente de los peligros no es la falta de sujeción de las decisiones a las reglas, sino el hecho que ahora *las propias decisiones son, en buena parte, la fuente de los peligros*. En las sociedades más o menos tradicionales (como en algún sentido siguen siendo las sociedades de América Latina) los problemas suelen ser problemas de orden, es decir, problemas relativos a cómo someter las decisiones a las reglas. En la moderna sociedad de riesgo, en cambio, aparece un problema nuevo: el problema de calcular cómo se distribuyen las consecuencias de las decisiones adoptadas conforme a reglas. Como se ha sugerido, necesitamos protección contra los riesgos (es decir, contra las consecuencias de nuestras decisiones); pero, a la vez, necesitamos inevitablemente tomar riesgos (es decir, decidir una y otra vez sin poder calcular todas las consecuencias de esas decisiones).

La sociedad de riesgo –un concepto elaborado, como se viene diciendo, para las sociedades postindustriales, v.gr., en Beck o Giddens– es, por supuesto, un concepto analítico, típicoideal, que no se realiza plenamente en ninguna sociedad; pero que, paradójicamente, tiende a aparecer en todas.

Desde luego, la casi totalidad de las sociedades latinoamericanas están lejos de ser sociedades postindustriales, sociedades del riesgo en el sentido estricto de ese término. Es probable que en buena parte de los países de la región, los problemas sean de orden más que de riesgo.

Así y todo, las condiciones expansivas de la modernización someten hoy día a todas las sociedades, en algún sentido, a problemas de riesgo, al problema de experimentar la vida en sociedad como incertidumbre especialmente en lo que se refiere a eso que se ha denominado *riesgo manufacturado*: el riesgo creado por nuestra capacidad de intervenir el mundo y las decisiones asociadas a esa intervención. Los problemas de desarrollo sustentable, medioambientales y los problemas asociados a los

niveles de actividad, son las formas más evidentes del riesgo manufacturado.

Un examen somero de algunos de los procesos de cambio jurídico y legal a que conduce la sociedad de riesgo, indica lo que sigue:

a) Los sistemas de responsabilidad civil constituyen hoy un aspecto clave en el manejo del riesgo. Los sistemas de responsabilidad establecen quién soportará el costo de los accidentes, es decir, el costo de las consecuencias imprevistas o no de las acciones humanas. Bajo un sistema aquiliano de responsabilidad, el costo de los accidentes recae en la víctima a menos que ella pueda probar que se debió a culpa o dolo de un tercero. La experiencia muestra que el sistema aquiliano no se aviene bien con las demandas de seguridad de la sociedad de riesgo. El derecho del consumo y la responsabilidad del fabricante, la responsabilidad profesional y la responsabilidad derivada de la industria de la prensa, plantean la necesidad de establecer sistemas de distribución de los costos de los accidentes más eficientes desde el punto de vista de criterios de bienestar social. La reparación de daños no pecuniarios plantea, por su parte, severos problemas conceptuales a los sistemas de inspiración continental. Todo eso debe ser evaluado y examinado bajo la existencia creciente de la sociedad de riesgo.

b) Los problemas medioambientales como problemas paradigmáticos de la sociedad de riesgo. Mientras los sistemas de responsabilidad civil del siglo XIX eran extremadamente restringidos, hoy día la esfera institucional encargada de administrar el riesgo (es decir, de determinar quién asumirá los costos de las decisiones) se encuentra en cambio y en expansión. En particular, los riesgos asociados a la globalización plantean un problema que escapa a los derechos nacionales: el problema de la *global governance*, el problema de cómo los países que no adoptan decisiones globales, pueden incidir en el manejo de las consecuencias de esas mismas decisiones. La existencia de bienes públicos internacionales y la existencia de riesgos globales, plantean problemas al derecho internacional que el sistema interamericano debiera comenzar a hacer suyos.