

## Estado de Derecho y desarrollo\*

Pekka Hallberg\*\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Concepto de Estado de Derecho*. III. *El Estado de Derecho en un contexto global*. IV. *Prospectivas del Estado de Derecho*.

### I. Introducción

Esta presentación se basa en mi último libro *Prospectivas del Estado de Derecho*, 2005. Para empezar, hay que definir el concepto de “Estado de Derecho”. Resulta demasiado formal enfatizar sobre el principio de legalidad al abordar el concepto. De la misma manera, el respeto de los derechos humanos tan sólo es un elemento del Estado de Derecho. Por lo tanto, es necesario determinar los desarrollos jurídicos de la sociedad más analíticamente.

Estudios de investigación del Banco Mundial indican que el capital humano y el valor de las instituciones (tal como se miden bajo el Estado de Derecho) constituyen la mayor porción de riqueza en prácticamente todos los países (*¿Dónde está la riqueza de las Naciones?: Midiendo el Capital para el Siglo 21*, 2005). Sin embargo, los mismos indicadores del Estado de Derecho del Banco Mundial se basan en principios jurídicos bastante restringidos. Como consecuencia, hay una necesidad creciente de elaborar un nuevo indicador de Estado de Derecho partiendo de un fundamento más amplio, es decir, un indicador basado en una sociedad que funcione y en barómetros económicos. Desde esa perspectiva, he elaborado una teoría de cuatro variables que presentaré a continuación. Desde mi punto de vista, habría una mayor necesidad de cooperación internacional y de proyectos en este campo, independientemente de las diferencias culturales.

\* Conferencia dictada el 20 de abril de 2012 en el Instituto de la Judicatura Federal. Versión castellana de la propia Escuela Judicial, con base en la traducción de Carlos Armando Figueredo de la ponencia del mismo título publicada en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, núm. 148, enero-junio 2010, pp. 295-325. Se extiende un agradecimiento a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela por su autorización para el empleo de ese trabajo.

\*\* Expresidente de la Corte Suprema Administrativa de Finlandia.

Si bien estamos familiarizados con el principio del Estado de Derecho, no es fácil definir el concepto. No se debe definir el Estado de Derecho de manera muy estrecha, refiriéndose sólo a sectores específicos de actividades como la policía, la legislación o la libre competencia. Se requiere un enfoque más equilibrado del concepto, tomando en cuenta los diferentes estadios del desarrollo del Estado de Derecho. El anterior secretario general de las Naciones Unidas, Sr. Kofi Annan, se dirigió a la Asamblea General el 21 de septiembre de 2004 exponiendo que el Estado de Derecho comienza en casa y que los conceptos no son suficientes; las leyes deben aplicarse.

Respecto del desarrollo de la teoría, baste con anotar que existen tres fases que hay que distinguir:

1. Estado de Derecho clásico, que se refiere al surgimiento de los principios,
2. Estado de Derecho democrático, que subraya el papel de la participación y de las leyes comunes, y
3. Estado de Derecho en contexto social, que le presta atención al funcionamiento social del Derecho.

No necesitamos teorías, sino un sistema jurídico que funcione. Esa es la visión de mi presentación.

## **II. Concepto de Estado de Derecho**

### **1. Complejidad del sistema jurídico**

El sistema jurídico moderno puede presentarse como una pirámide de múltiples capas: normas jurídicas cambiantes en el tope, principios en el medio y valores comunes en la base. El principio de legalidad ha sido considerado una marca distintiva del Estado de Derecho. El sistema es complejo y de difícil comprensión. Sin embargo, no hay sociedad que funcione sin normas comunes, las leyes. A la vez, es esencial observar a la cultura jurídica como concepto más amplio que un mero agregado de normas jurídicas. La justicia es una entidad que depende de sentimientos públicos. De allí, la sustancia de la justicia se conecta al desarrollo de la sociedad como un todo.

Un modelo simbólico funcional del Estado de Derecho es como “una casa construida sobre tierra firme”. El Estado de Derecho puede analizarse sobre la base de cuatro variables –las cuatro esquinas de la casa:

- el principio de legalidad;
- la separación equilibrada de los poderes;
- la implementación de derechos fundamentales y humanos, y
- la funcionalidad de las casa desde el punto de vista de sus “residentes”.

No basta con hablar del Estado de Derecho, sino que, además, los requerimientos de leyes definitivas, la buena administración y el acceso a la justicia deben ser la realidad. En la toma de decisiones es esencial tener la perspectiva del pueblo, y no la de las instituciones. El derecho constitucional moderno y la ciencia política, por supuesto, subrayan el significado de los derechos humanos y los derechos fundamentales, así como de los derechos y las obligaciones.

El Estado, las estructuras de poder y las instituciones son herramientas relevantes a los fines de construir un sistema jurídico equilibrado y funcional. Basado en mi experiencia de cooperación internacional, yo diría que la referencia simbólica a una casa –con las cuatro esquinas– ofrece una buena base para el análisis de los desarrollos jurídicos de la sociedad, y una fundación duradera para diversos géneros de programas de desarrollo.

## 2. Desarrollo del Estado de Derecho

El Estado de Derecho está ligado a sus antecedentes nacionales, históricos y culturales, y hay diferencias significativas en el pensamiento jurídico entre las diferentes regiones del mundo. La influencia de circunstancias religiosas y sociales tiene mucha importancia. También podemos ver diferencias entre los sistemas nórdico pragmático, federal liberal americano, británico orientado hacia el parlamento, normativo constitucional europeo, formal postsocialista de Europa del Este, “democrático regido federalmente” de Rusia, jerárquico chino y africanos relacionados con pobreza e inestabilidad.

Estas descripciones aproximadas también reflejan diferencias en las actitudes frente al concepto de Estado de Derecho. Puede verse un cambio a nivel mundial en las actitudes frente al terrorismo. En algunos países, las recientes reformas legales, que buscan apoyar la lucha contra el terrorismo y los arreglos de seguridad, han cambiado el enfoque del pensamiento jurídico de la ideología tradicional de libertad y de los derechos de los ciudadanos por un enfoque orientado hacia la seguridad.

Para poder entender las diferencias, es importante examinar las condiciones culturales y sociales, es decir, colocar el desarrollo del Estado de Derecho en un contexto social. En ciertos estudios, por ejemplo, se ha llegado a una conclusión interesante en

lo que respecta a muchos países africanos entre los cuales hay algunos con tradiciones de derecho continental y de *common law*. En el combate contra la corrupción y la mala administración, la educación y el acceso a la información tienen más relevancia que las diferencias básicas entre los sistemas jurídicos. Creo, sin embargo, que es más fácil exportar a los países en vías de desarrollo elementos de derecho continental que los de sistemas de *common law*, por ejemplo, ya que los sistemas de *common law* están basados en largas tradiciones de derecho basado en los precedentes judiciales.

### 3. Estado de Derecho e integración

El concepto de Estado de Derecho también se ha utilizado en varios contextos internacionales, como criterio para adherirse a convenciones sobre derechos humanos, y para ser miembro de ciertas organizaciones internacionales, tales como la Unión Europea (UE), así como una condición previa para diversos programas de cooperación para el desarrollo.

En conexión con el último proceso de ampliación de la UE resultó interesante observar cómo a los criterios políticos muy generales (democracia y Estado de Derecho, derechos humanos, respeto de las minorías), parte de los así llamados criterios de Copenhague se les dio un contenido más concreto mientras progresaban las negociaciones. En fin de cuentas, las cuestiones discutidas incluían temas como deficiencias en la legislación, funcionamiento de la administración, estructura del poder judicial, duración de los procedimientos, corrupción, etc.

Es posible que el Estado de Derecho apunte ahora hacia términos más prácticos en Europa, en el lugar de nacimiento de los principios del Estado de Derecho. Sin embargo, algunos académicos plantearon la cuestión de saber si existen dobles estándares en Europa: los nuevos Estados miembros de la UE están sujetos a un escrutinio estricto, mientras existen deficiencias aún mayores, por ejemplo, en el trato de las minorías en algunos de los estados originales.

### 4. Características del Estado de Derecho

El principio de legalidad ha sido considerado una marca distintiva del Estado de Derecho. Según ese principio, toda autoridad pública debe basarse en la ley. El desarrollo de sistemas judiciales y la internacionalización pueden verse como cierto género de una acción recíproca, donde los niveles nacional e internacional interactúan constantemente.

Sin embargo, el Estado de Derecho no es meramente un principio formal. Adquiere un carácter dinámico, societario en la medida en que aumenta el número de leyes y en que ellas adquieren sustancia material. En este sentido, la justicia y la democracia deben verse dinámicamente y en relación la una con la otra. Por lo tanto, es esencial examinar el Estado de Derecho en un sentido amplio, como el que se refiere al proceso de interacción entre instituciones públicas, autoridad pública y sociedad civil. Por ello, el énfasis se coloca sobre la perspectiva de los ciudadanos; sobre el significado de los derechos fundamentales y humanos; sobre los requerimientos fijados para el funcionamiento del sistema, y sobre las expectativas concernientes al desarrollo judicial.

Es importante observar que el Estado de Derecho ha sido considerado de manera diferente en diferentes contextos, y que sus ideas también han cambiado a lo largo de décadas. El concepto se ha utilizado en varios contextos internacionales, por ejemplo como un criterio para la ratificación de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, y para ser miembro de la UE, y para la membresía en la Organización del Atlántico Norte (OTAN) y en las Naciones Unidas (ONU), al constatar el cumplimiento de obligaciones de derechos humanos, y también como una condición previa para varios programas de cooperación para el desarrollo. En cada caso, la concepción del Estado de Derecho ha sido diferente.

También es relevante para el desarrollo futuro de la UE, saber si el énfasis se coloca sobre los aspectos distintivos del concepto del “*Rechtsstaat*” continental o sobre el concepto del *rule of law* británico. La perspectiva continental subraya, típicamente, el constitucionalismo, mientras que el *rule of law* británico se refiere más bien a la seguridad jurídica y al papel del Parlamento.

Podemos ver también, tal como argumenta Fukuyama (“The Primacy of Culture”, *Journal of Democracy* 1995, p. 7-14), que la cultura tradicional asiática no constituye necesariamente una barrera frente a la democracia liberal en Asia. La alternativa asiática alude a la sociedad que no está construida alrededor de derechos individuales, sino alrededor de un profundo código moral que es la base para las estructuras sociales y la vida en comunidad. Dichas sociedades pueden existir en democracias como Japón, o en estados semiautoritarios como Singapur. Fukuyama sostiene que una característica central de las sociedades asiáticas es que la autoridad política no se basa en las instituciones, sino en la educación moral y en estructuras sociales coherentes.

Fuera de las cuestiones religiosas, las diferencias en las condiciones sociales constituyen una cuestión que debe tomarse en cuenta al discutir las diferencias entre

constituciones, el equilibrio de los sistemas gubernamentales y los requerimientos de cooperación jurídica. Un problema sustancial y el aspecto más discriminatorio en el mundo es la pobreza. Según estudios realizados, la quinta parte más rica del mundo consume el 86% de los recursos energéticos, y la quinta parte más pobre no más del 1.3%. Es evidente, a partir de los análisis, que el estándar de vida, la educación, los problemas ambientales y las dificultades en arreglar la administración están todos ligados los unos a los otros.

Dado que muchos programas de asistencia se enfrentan a retos en cuanto a la organización de la administración, los principios de buena gobernabilidad y el Estado de Derecho, ahora se entienden más claramente como condiciones previas para la cooperación en el desarrollo. De esta manera el tema del Estado de Derecho está concretamente relacionado con el desarrollo de condiciones sociales.

### **5. Federación, confederación y federalismo**

Hay muchas razones que justifican la necesidad de estudiar también los conceptos de federación, confederación y federalismo:

1. Por una parte, el federalismo es una solución viable para guiar la integración entre diferentes comunidades económicas, políticas y culturales.
2. Por otra, cuando se entiende como descentralización del poder, el federalismo otorga posibilidades de transferir facultades de toma de decisiones a niveles regionales y locales.
3. No obstante, la principal motivación para examinar diferentes modelos de régimen federal radica en el significado actual de esos modelos.

En sentido general, si una entidad política no es más que la suma de sus partes, se trata justamente de una confederación o liga, donde cada miembro tiene un veto respecto de los actos “soberanos” del centro, y actúa autónomamente en el escenario internacional. Si la federación es más que la suma de sus partes, entonces una mayoría del todo prevalecerá con soberanía sobre la voluntad de cualquiera de las partes constituyentes, lo que hace parecer al federalismo como un gobierno central con descentralización administrativa.

Un nuevo Tratado de Reforma de la UE, discutido en Portugal, indica que existe incertidumbre respecto a los conceptos de federación y confederación. Los puntos más interesantes de comparación se relacionan con el presente estadio de desarrollo de la UE y los Estados Unidos. Algunos académicos estimaron que los Estados Unidos no es realmente descentralizante o que la Unión Europea no es realmente centralizante.

Weiler sostiene que el federalismo europeo está construido con una jerarquía de normas de arriba abajo, pero con una jerarquía de autoridades y de poder real de abajo arriba (*Federalism without Constitutionalism: Europe's Sonderweg*, 2001, p. 57).

Aún más, los estados miembros de la UE han mudado de la tradicional forma de soberanía a una especie de soberanía integradora (*pooled sovereignty*). En el modelo de soberanía de la Unión Europea, la soberanía nacional es más un recurso de negociación que una barrera territorial definida. Se puede percibir como la capacidad para interactuar con sistemas de gobernabilidad internacionales. De allí que la soberanía se materialice y pueda ejercerse participando en las instituciones que controlan y rigen al sistema internacional. La capacidad de funcionamiento del estado depende de sus conexiones con otros estados.

La separación de poderes entre dos o más niveles administrativos, basada en la Constitución, es una característica de las federaciones. De allí que sea esencial codificar los poderes y el *status* de los estados constituyentes en la Constitución. Los académicos han distinguido con frecuencia tres aspectos típicos de una estructura federal: el *status* central de los estados constituyentes, la significación de la Constitución y el énfasis sobre la toma de decisión democrática. Desde esta perspectiva, el pensamiento federalista generalmente no difiere de la ideología del Estado de Derecho. En la práctica, los problemas tienen que ver con la inconsistencia de los niveles de toma de decisión y los defectos en las capacidades efectivas de los ciudadanos para influir.

### III. El Estado de Derecho en un contexto global

#### 1. El proceso de globalización

La globalización es un término que se utiliza de muchas maneras, pero la principal idea subyacente es la integración progresiva de las economías y las sociedades. La mueven nuevas tecnologías, nuevas relaciones económicas y las políticas nacionales e internacionales de una amplia gama de actores, incluyendo gobiernos, organizaciones internacionales y empresas, sector laboral y sociedad civil. La globalización no es un fenómeno nuevo, a pesar de que se haya intensificado la investigación sobre sus razones y sus efectos en los años 1990.

El proceso de globalización tiene dos aspectos: el primero se refiere a aquellos factores que acercan mucho más a las sociedades y los ciudadanos –tales como el comercio, la inversión, la tecnología, los sistemas transfronterizos de producción, los flujos de información y comunicación–. El segundo se refiere a las políticas e

instituciones tales como la liberalización del comercio, normas internacionales para el trabajo, el medio ambiente, el comportamiento corporativo y otros asuntos, convenios sobre derechos de propiedad intelectual, y otras políticas perseguidas tanto en el ámbito nacional como internacional que sirven de apoyo a la integración de países y economías. Si bien el cambio tecnológico es irreversible, las políticas pueden cambiarse. Los avances tecnológicos también han ampliado las escogencias de políticas disponibles (Ver *World Commission on the Social Dimension of Globalization*).

## 2. Estado-nación y globalización

Algunos académicos hablan de erosión de los estados-nación. Esto se refiere a 1) una declinación en la capacidad del estado para controlar los efectos que provienen de los actores más allá de sus fronteras; 2) el déficit democrático, que surge de los hechos de que las decisiones se toman a niveles más allá del alcance del proceso democrático, y que, por lo general, las decisiones afectan a personas que no están involucradas en el proceso de toma de decisión; y 3) restricciones a las capacidades del estado para implementar políticas sociales, debido a la libertad de capital (Ver Habermas: *The European Nation-State and the Pressures of Globalization. New Left Review* 1999, pp. 49-50).

Tal es el reto de la globalización: las aspiraciones democráticas, constitucionales y sociales del pueblo se siguen formando a nivel del estado-nación, si bien las posibilidades de tomar acción colectiva dentro de este marco están disminuyendo. Incluso si las posibilidades de acción colectiva también surgen en arreglos multilaterales, estos siempre operan más allá del alcance del control democrático. En este estado de cosas, el estado preservará su papel importante en el sistema político-económico internacional, pero su papel holístico como “una asociación civil” tal vez se esfume.

Sin embargo los propios estados usualmente están detrás de las acciones que han cambiado la relación entre los estados y los mercados, lo que es manifiesto en la liberalización del mercado, en los tratados de derechos humanos y acuerdos sobre seguridad. Incluso el sistema económico internacional depende del poder de los estados. Si la competencia y las presiones del mercado redujeran los estados a meras autoridades locales, este sistema estaría propenso a amenazas políticas y sociales, tales como el terrorismo, el crimen y los movimientos de protesta. Así pues, el triunfo del liberalismo económico sería a la vez la caída del sistema.

Para presentar una visión más sistemática del papel del estado nación, podemos argumentar que es efectivamente el estado nacional el que es el único agente que puede adelantar negociaciones acerca de asuntos de interés común; tal como señala

Graham Thompson (“Introduction: situating globalization”, *International Social Science Journal* 1999, pp. 149-150), es también el estado nacional el “que regula las disposiciones legales internacionales en la medida en que los resultados negociados de convenios comunes se convierten en marco jurídico para la conducción de la actividad económica tanto doméstica como internacional. Es así que el estado no puede ser ignorado en este proceso”.

Esencialmente, el análisis de la relación entre el estado y la globalización puede enfocarse bien en los factores estructurales, por un lado, o en los agentes o los actores, por el otro. Los enfoques estructurales ponen el énfasis en las fuerzas de globalización respecto del estado, mientras que los enfoques agentecentristas subrayan el papel de agentes, o estados, frente a la globalización. En los enfoques mencionados en primer lugar, el mercado global es una estructura a la que los estados tienen que adaptarse, mientras que los últimos siguen viendo a los estados como actores centrales. Ambos enfoques por sí solos son insuficientes para explicar esa compleja relación. El estado es a la vez un agente que le da forma al sistema global y uno cuya forma la modela ese sistema. La estructura global no es sólo un constreñimiento, sino también una oportunidad para el estado.

Puede encontrarse un término medio entre los enfoques agentecentrista y estructural argumentando que los poderes del estado como tal no se desvanecen, sino que sus contextos cambian. Los gobiernos nacionales ya no son automáticamente el sitio del poder político efectivo, y la comunidad política de destino no puede considerarse como si yaciera dentro de las fronteras de los estados nación. Muchos procesos operan fuera del alcance de las instituciones nacionales, y si ello no se admite, esos procesos pasarán por alto al sistema democrático. Si bien los estados siguen poseyendo poder sustancial, éste se hace ver más en contextos internacionales que en campos políticos domésticos. Las nuevas formas de poder no son un poder restringido territorialmente, pero ello no es causa del fin del estado. De hecho, las nuevas estrategias de gobernabilidad requieren un papel más activo por parte del gobierno.

### **3. Evolución de la soberanía**

La relación cambiante del estado y del sistema internacional puede ser conceptualizada examinando el desarrollo de la soberanía del estado. Si bien no hay nada puramente nuevo con la globalización actual, tal como se observó más arriba, los poderes de las organizaciones internacionales y el número de organizaciones no gubernamentales

internacionales no tienen precedente. Esos cambios afectan inevitablemente la capacidad de los estados nación para controlar el desarrollo, y de allí que surjan nuevas estructuras de soberanía al lado de las antiguas.

Podemos distinguir tres modelos de relaciones entre los poderes políticos y el derecho internacional: la soberanía clásica, la soberanía liberal internacional y la soberanía cosmopolita (Ver David Held: “Law of States, Law of Peoples: Three Models of Sovereignty”. *Legal Theory* 2002, pp. 144).

La soberanía clásica implica que el derecho nacional de los estados y los asuntos internacionales deben mantenerse separados, basados en normas políticas y éticas diferentes. Todos los estados eran vistos como legítimos independientemente de sus sistemas políticos nacionales, y no estaba organizada la obligación de dar cuenta entre ellos. La soberanía liberal internacional, a su vez, busca expandir el ejercicio de la autoridad pública a nivel internacional fijando valores fundamentales comunes, como la democracia y los derechos humanos. Últimamente, se ha prestado una creciente atención a la soberanía cosmopolita. Se refiere a la definición de aquellos valores fundamentales que nunca pueden ser violados por un estado o cualquier otro actor. En esta doctrina, la legitimidad de los poderes públicos depende de que se suscriba la base de valores comunes.

Sin embargo, hay muchas razones para que pueda aducirse que el sistema de estados soberanos también prevalecerá en el futuro. La relación entre el estado y las influencias externas se concibe de mejor manera como reciprocidad. Por ejemplo, las normas generales de derechos humanos determinan la sustancia de las normas dentro de las fronteras del estado, a pesar de que el estado es la única autoridad competente para fijar esas normas. Aun cuando la soberanía liberal internacional significa que los estados se someten a valores comunes, el sistema internacional permite el uso flexible de esos valores (Stephen Krasner define diferentes formas de soberanía, “Abiding Sovereignty”, *International Political Science Review* 2001, pp. 229 y ss.). Por ejemplo, las normas de derechos humanos pueden utilizarse de la manera en que son dictadas por el equilibrio de poder internacional.

No obstante, la globalización puede conducir a la fragmentación de la soberanía, es decir, a su redistribución entre diferentes instituciones. Se supone que el poder del estado se le transfiera parcialmente a la sociedad civil y al mercado, lo que da lugar a la evolución del modo de soberanía gubernamental a gobernabilidad. El grado en que esto significa efectivamente transferencia de soberanía queda por discutirse. Puede argumentarse, por ejemplo, que las organizaciones no gubernamentales generalmente no tratan de reemplazar el poder estado por ningún sistema nuevo, sino que más bien tratan de influir en el estado para que cambie sus políticas, y, por lo tanto,

no constituyen ninguna amenaza para la soberanía nacional, ni para la capacidad del estado de controlar actividades en su territorio mediante las estructuras de sus propios poderes.

#### 4. Principios del Estado de Derecho en el proceso de globalización

Así pues, hemos llegado a las cuestiones medulares, en relación con los efectos de la globalización sobre los fundamentos del Estado de Derecho:

- 1) ¿Cuál es el derecho del futuro? ¿Hay nuevas fuentes para la creación de normas además del estado, y acaso la naturaleza de la ley cambiará hacia tipos de normas del sistema de tratado internacional y de *soft law*?
- 2) ¿Cómo cambiarán las estructuras internas de poder del estado por efecto del posible fortalecimiento de la naturaleza económica de la legislación y la integración en marcha?
- 3) ¿Cómo se desarrollarán los derechos fundamentales y los derechos humanos? ¿Acaso la globalización y la desigualdad regional conducen a un relativismo cultural y económico-político?
- 4) ¿Cuáles son los efectos prácticos de la globalización en el funcionamiento de las autoridades públicas, especialmente en la estructura de la administración y en las condiciones para un sistema jurisdiccional que funcione?

Al examinar la evolución del Estado de Derecho, también es esencial insistir en una distinción: el Derecho es el medio, y la justicia es el objetivo. Este aserto no significa ni un regreso a la tradición del derecho natural ni poner el énfasis en el positivismo jurídico. Comprender el principio de legalidad como un compromiso hacia normas comunes, escogidas democráticamente, ayuda a superar esa división. La incapacidad de distinguir entre Derecho y el uso de la fuerza ha sido un problema del positivismo jurídico.

Desde esa perspectiva, el Estado de Derecho abarca los enfoques tanto del derecho natural como del positivismo jurídico. El Estado de Derecho, por lo tanto, evita los extremos de las teorías formales y de las teorías del derecho natural. Luego, el orden jurídico se basa en el reconocimiento de la autoridad de las leyes y no en razonamientos morales abstractos sobre su justificación. Sin embargo, la sustancia del derecho se delibera dentro de las democracias. De allí que la democracia y el Estado de Derecho estén estrechamente vinculados. La gobernabilidad global, a través de los mercados, presupone la existencia de leyes. En consecuencia, la existencia de los estados-nación y de las entidades políticas independientes es una condición previa para que haya justicia en la era global.

Sin embargo, la naturaleza misma del derecho que es objeto de deliberación dentro de las democracias puede estar cambiando. El aumento de leyes con una naturaleza privada junto con los cambios en las estructuras internas de poder del estado lleva al fortalecimiento de la naturaleza económica de la legislación nacional.

Desde un punto de vista funcional, el principio de legalidad puede ser entendido en una forma más práctica, como un compromiso respecto de normas que son generales, claras, públicas, predecibles y estables. Ese es un requerimiento mínimo para el Estado de Derecho orientado hacia el estado, ante la presión de la globalización y la competencia entre estados por atraer inversiones hacia sus territorios.

## 5. *Lex Mercatoria*

La justificación jurídica de este procedimiento puede encontrarse en la *Lex Mercatoria*, que se basa en prácticas y normas comerciales que han venido tomando forma gradualmente. Esas normas comerciales, utilizadas originalmente en lugares de comercio internacional, han venido prevaleciendo en los mercados globales como significativas reglas comunes del juego. Algunas de ellas han sido incluidas y armonizadas en leyes nacionales, pero la entidad de esas reglas se sigue basando en la tradición.

El derecho informal de arreglo de controversias privadas, como el de los tribunales de arbitraje, pone de relieve los intereses de corporaciones multinacionales, ya que trabaja para ellas y ellas lo operan. El problema específico de esos tribunales privados es, paradójicamente, su fortaleza: las decisiones son confidenciales. A pesar de que la globalización económica se conecte con la globalización de cierto tipo regular de derecho de estilo norteamericano, lo más probable es que la globalización neoliberal no ayude a fortalecer el Estado de Derecho.

Tal como lo vemos, la *Lex Mercatoria*, cuya naturaleza como derecho vinculante ha sido debatida durante años, es ahora parte del sistema global de normas. Ello se debe al desarrollo gradual de los tribunales de arbitraje y otros sistemas de resolución de controversias. Comprende normas laborales, reglas sociales, prácticas comerciales, obligaciones contractuales, reglas internas de grandes empresas, cláusulas contractuales relativas a la vida laboral y estándares tecnológicos. No daría ningún status jurídico a esta serie de normas, si bien tienen un impacto regulatorio práctico a través del procedimiento arbitral y como prácticas comerciales establecidas. En esencia, la *Lex Mercatoria* es parte de un fenómeno más general, el aumento de las normas de *soft law* relacionadas con la internacionalización del derecho y a la globalización.

## 6. *Soft law* y otro tipo de producción normativa global

Las reglas transnacionales relativas a transacciones internacionales, la *Lex Mercatoria*, no son las únicas normas desarrolladas sin los estados nacionales. Puede hallarse una combinación similar de globalización e informalidad en el derecho laboral; en la *lex laboris internationalis*, donde las empresas y los sindicatos de trabajadores como actores privados son los principales creadores de derecho. La estandarización técnica, como las reglas en el campo de las telecomunicaciones y los principios médicos contra el uso de esteroides anabólicos en el deporte, también pueden mencionarse en este contexto.

Algo peculiar de esas reglas que tienen sus orígenes en contextos internacionales de uso es que no son de naturaleza jurídicamente vinculante y que no están basadas en órdenes jurídicos nacionales. En muchos campos, es evidente el crecimiento de esos principios supranacionales, que refuerzan las buenas prácticas. La cuestión es acerca de la producción global de normas cuyos resultados con frecuencia se conocen bajo la expresión de “*soft law*”.

## 7. Modelos no cosmopolitas

Muchos académicos, que se centran en la ruptura del vínculo entre política y economía, y el poder del pensamiento neoliberal relacionado con ella, terminan por esbozar modelos cosmopolitas que podrían ser usados para restaurar el enlace roto. Esto podría realizarse si se sustituyeran los estados por los individuos como sujetos de derecho internacional.

Es importante discutir la relación entre modelos cosmopolitas y el Estado de Derecho. En esencia, el enfoque cosmopolita es de arriba abajo, puesto que se tiene por cierta la existencia del estado-nación, y hay nuevos sistemas que evolucionan por encima. En contraste, desde la perspectiva del Estado de Derecho, el enfoque hacia la globalización debe ser de abajo arriba: tenemos que examinar las sustentabilidad de los principios desarrollados en el contexto del estado-nación en mercados globales, y particularmente el Estado de Derecho como una estrategia en la globalización.

El tema del Estado de Derecho nos obliga a abrir una perspectiva desde el nivel más básico, y a buscar soluciones para regir los efectos de la globalización, en otras palabras, la gobernabilidad global. Podemos criticar el programa cosmopolita por el hecho de que su enfoque es demasiado de arriba abajo, y pretender que se examinen las cuestiones de gobernabilidad desde la perspectiva de abajo arriba. En opinión de Molly Cochran, sigue siendo dudoso el hecho de que la democracia cosmopolita

pueda extenderse en la práctica (“A Democratic Critique of Cosmopolitan Democracy”. *European Journal of International Relations* 2002 pp. 517-548). Por ejemplo, los estados democráticos existentes no promueven necesariamente la adopción de valores democráticos comunes, sino que de hecho se oponen a ellos, como en el caso de la Corte Penal Internacional.

¿Acaso los contenidos de la doctrina del Estado de Derecho y el cosmopolitismo son inherentemente diferentes, o es que la diferencia está únicamente en sus puntos de vista? Cuando uno busca respuestas, hay que tener en mente que a pesar de que la relación entre los estados y el mercado cambia, ello no ocurre necesariamente a expensas de los estados. Hay varias actividades relacionadas con la globalización que ocurren dentro de los estados y los propios estados están detrás de muchas de esas actividades. La cuestión es de adaptación al cambio.

El derecho internacional también será derecho entre los estados en el futuro, y no entre los residentes de los estados, los ciudadanos mundiales. La implementación de normas y principios que se forman bajo la cooperación internacional depende de la toma de decisión a nivel nacional y del funcionamiento de los sistemas nacionales. De allí que el fortalecimiento del Estado de Derecho en contornos cercanos es, al mismo tiempo, un trabajo para adoptar principios internacionalmente compartidos. Es así que hay razones para aferrarse al enfoque de abajo arriba, en lugar de un enfoque cosmopolita en el que los principios comunes, de cierta manera, se toman como dados.

## **8. Significación del Estado de Derecho bajo condiciones especiales**

El aseguramiento del funcionamiento de la sociedad también requiere preparación para las crisis. Junto a las amenazas militares, hay ciertos peligros técnicos y comerciales que indican la vulnerabilidad de una sociedad. Nuestro bienestar depende en gran medida del suministro de energía, del funcionamiento de la infraestructura y de los sistemas de información, por ejemplo. Si llegan a paralizarse, pueden llevar a un estado de emergencia que requiere la reorganización de las operaciones sociales y también cambios en el orden jurídico.

En un estado de emergencia, el gobierno y las autoridades requieren que se les provea de poderes legales para ejecutar las medidas excepcionales que puedan asegurar los fundamentos del bienestar nacional. Es posible que se requieran disposiciones muy diferentes, según la naturaleza del disturbio en cuestión. Para lograr soluciones ponderadas, es esencial que la previsión legislativa y los procedimientos estén preparados en condiciones normales. De esta manera, las medidas que violen

obligaciones internacionales de derechos humanos o principios del Estado de Derecho pueden evitarse.

La legislación de emergencia tiene una naturaleza nacional. Por ejemplo, la UE no tiene su propia legislación de emergencia, a pesar de que los tratados que establecen las Comunidades Europeas se refieren a situaciones en las que un Estado Miembro puede verse forzado a tomar las medidas excepcionales que también afecten al mercado común. Esas acciones no están prohibidas pero el estado que acuda a ellas tiene la obligación de consultar con los demás estados para convenir en disposiciones comunes con el menor disturbio posible al mercado común. Hasta ahora, sólo ha habido poco interés entre los Estados Miembros de la UE en promulgar leyes de poder de emergencia comunes para situaciones de crisis, ya que muchos de los Estados Miembros también son miembros de la OTAN y, por lo tanto, pueden fiarse en la asistencia de la OTAN cuando se requiera.

Con respecto a la cooperación jurídica internacional, es natural que las obligaciones internacionales también sean vinculantes en circunstancias excepcionales. Entre las obligaciones internacionales aplicables a situaciones de crisis, una de las más importantes es la prohibición de una guerra de agresión tal como está entronizado en la Carta de las Naciones Unidas. La Carta proscribe la amenaza y el uso de fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier otro estado. Sin embargo, cada estado tiene el derecho de legítima defensa cuando ocurra un ataque contra el mismo. Además, el uso de la fuerza es posible cuando el Consejo de Seguridad de la ONU considere que otras medidas son inadecuadas para mantener o restaurar la paz y la seguridad internacional (Carta de la ONU Artículo 2(4), 42, 52).

## **9. Mantenimiento de la paz post-conflicto**

El papel de las Naciones Unidas en el mantenimiento de la paz y en la reconstrucción ha crecido sustancialmente durante las dos últimas décadas, y en particular desde 1989. Hay campos de operación en casi todos los continentes: Asia (Camboya), América Central (El Salvador), África (Namibia) y Europa (Balcanes). La reconstrucción post-guerra en Irak ha hecho de la cuestión algo altamente tópic, y ello aún más en la medida en que este caso refleja expresamente problemas que tienen que ver con las condiciones para los esfuerzos internacionales y los posibles participantes.

Después de crisis, guerras y catástrofes importantes, la reconstrucción es un proceso exigente y extensivo cuyas condiciones dependen esencialmente de condiciones y recursos locales. Dan Smith distingue cuatro dimensiones en la reconstrucción: seguridad, la restauración del desarrollo económico, la creación de

estabilidad política y el logro de la reconciliación (“Europe’s Peacebuilding Hour?”, *Journal of International Affairs* 2002, pp. 446-447). Con frecuencia, los problemas se han relacionado, por un lado, con el logro de la reconciliación y la prevención de acciones vengativas y, por otro, con la estabilidad política y la construcción de un sistema jurídico que funcione. Últimamente, se le ha prestado creciente atención a la importancia de los principios del Estado de Derecho, la seguridad, un sistema judicial que funcione y buenos gobiernos, como componentes de reconstrucción.

Dentro del marco de la ONU, el así llamado informe Brahimi es el examen mejor conocido del desarrollo de las operaciones de mantenimiento de la paz y de reconstrucción, y de la importancia de los principios del Estado de Derecho en esos esfuerzos [ver las perspectivas del informe Brahimi en lo que respecta a la construcción de la paz (párrs. 35-40 y 47 b), gobierno de transición (parágrafos 76-83), despliegue rápido (parágrafo 126) y apoyo a la planificación de misión (parágrafos 224-225 y 233 e) (*Informe del Panel sobre Operaciones de Paz de las Naciones Unidas*, 2000)].

He explorado los principios del Estado de Derecho en el trabajo de reconstrucción desde cuatro perspectivas diferentes: 1) como uno de los elementos de mantenimiento de la paz, 2) como un factor que acrecienta la legitimidad de la administración transnacional para mejorar la aplicabilidad del derecho, 3) como un medio para lograr la seguridad y crear la fuerza policial civil, y 4) como una manera de promover el establecimiento de un sistema jurídico que funcione. Como medidas de seguimiento, un informe del Secretario General de las UN ha sugerido el establecimiento de grupos de expertos en Estado de Derecho [ver propuesta del Secretario General (A/55/502) hasta la recomendación 101, en el sentido de que se adopten medidas análogas a las recomendaciones formuladas para especialistas judiciales, penales y de derechos humanos y otros especialistas relevantes, a fin de que junto con la policía civil especializada se integren equipos colegiados de apoyo al “Estado de Derecho”].

Ese género de acciones son aún más usuales en la situación presente que antes. La cuestión más importante tiene que ver con las posibilidades de reconstrucción exitosa bajo el control de la administración interina de Irak. Al fijar la justificación de acciones, hay que tomar en cuenta tanto aspectos históricos como prácticos. Hay necesidad de una administración que funcione. Así pues, la eficiencia debería ser un objetivo primario, y habría que evitar la burocracia en la mayor medida posible. Es esencial crear un orden jurídico que funcione bien. Si los pueblos locales son dejados bajo el status de observadores exteriores, la duración de la responsabilidad de la administración temporal o de otros actores extranjeros será considerablemente más larga.

## 10. Importancia de la cooperación a largo plazo

La así llamada cooperación para el desarrollo juega un papel importante en las relaciones bilaterales. En esta cooperación también se trata de adaptar los valores universales a los distintos caracteres culturales de diferentes regiones.

En los últimos años, la buena gobernabilidad ha sido cada vez más concebida como una gobernabilidad participativa, cuya condición esencial es la inclusión del pueblo local. En lo que respecta a la UE, se subraya que los siguientes asuntos son la base de sus programas de desarrollo: derechos humanos, democracia y recientemente también el carácter impecable de la administración pública, y la administración abierta y responsable de los recursos del país, para la promoción de desarrollo económico y social sustentable.

Para presentar una observación general sobre los proyectos de reconstrucción internacional, parece que esos proyectos usualmente se centran sobre la creación de seguridad militar, o de sistemas de seguridad fundados sobre la fuerza policial y los sistemas punitivos. Ello contrasta con el pensamiento nórdico sobre el Estado de Derecho que pone énfasis en el funcionamiento de la administración pública. En primer lugar, el funcionamiento de la administración cotidiana, por ejemplo, la organización de servicios y permisos es una posición clave al tratar de restablecer el orden. En segundo lugar, opino que los programas de reconstrucción con frecuencia son de naturaleza teórica; sin embargo, para asegurar el compromiso de la gente local, se debería más bien organizar desde una perspectiva que se coloque en el nivel más bajo, utilizando el método de aprender haciendo, por ejemplo.

## 11. Estado de Derecho y terrorismo

El terrorismo es una de las amenazas más serias a la democracia, a la implementación de los derechos humanos, y del desarrollo económico y social. En esencia, el terrorismo es una amenaza al desarrollo del Estado de Derecho. Adicionalmente, las acciones comunes contra el terrorismo pueden tomar la forma de restricciones a las libertades de reunión, religión y expresión, y de la protección de la privacidad, las cuales serían impensables en situaciones normales.

Los ataques terroristas del 11 de septiembre en los Estados Unidos unieron a países a lo largo del mundo para tomar acción contra el terrorismo, y para revisar sus legislaciones en la materia. Por lo general, se observó que las viejas leyes eran deficientes y que había que promulgar nueva legislación tan pronto como fuere posible. Para fines de 2001, por ejemplo, se promulgaron nuevas leyes en los Estados Unidos, Gran

Bretaña, Alemania y Francia. Se admitió que la reforma legislativa era una acción necesaria, pero las nuevas leyes antiterrorismo fueron objeto de crítica. Se aduce que esas leyes incluyen restricciones a los derechos fundamentales y ponen un obstáculo innecesario a las actividades civiles.

Es fácil notar que las soluciones legislativas con respecto a la amenaza del terrorismo difieren considerablemente. Un aspecto dominante de esa legislación es la severidad de las sanciones, así como la dificultad en tipificar exhaustivamente los delitos de terrorismo. La subsiguiente aplicación de legislación mostrará, por un lado, cuán bien las medidas legales pueden prevenir los actos de terrorismo, y, por otro, preservar el equilibrio con la implementación de derechos fundamentales y humanos. Sería sumamente lamentable que el problema del terrorismo pudiese llevar a incurrir en negligencia frente a la violación de derechos humanos o que de otro modo impidiese enfrentarse a esas violaciones.

Por esas razones, es esencial crear soluciones que también lidien con las causas fundamentales del terrorismo. Al reconocer que las violaciones de derechos humanos con frecuencia generan apoyo al terrorismo, las Naciones Unidas han preparado una estrategia para contrarrestar el terrorismo que debe seguirse en sus operaciones. La base de este programa de tres partes es: 1) disuadir a los grupos desafectados de acogerse al terrorismo, 2) negarles a los grupos o individuos los medios para llevar a cabo actos de terrorismo, 3) apoyar una amplia base de cooperación internacional en la lucha contra el terrorismo (Naciones Unidas - Asamblea General/Consejo de Seguridad 2002).

## **IV. Prospectivas del Estado de Derecho**

### **1. Capital social**

La cuestión de saber qué factores de producción han sido los más importantes en diversas épocas, ha sido de gran interés en el campo de la economía. Hablando en términos generales, ha habido tres fases. En la primera, la tierra era el factor de producción más importante. En la sociedad agraria, la gente dependía de la agricultura, y por ende, de los propietarios de la tierra. En la segunda fase, el capital adquirió significancia. La producción y el crecimiento económico se dieron cuando se distribuyó el capital. En una tercera fase, cuando el monto del capital había crecido de muchos modos en comparación con los bienes producidos, la destreza se había convertido en el factor de producción más importante. Hoy en día, aparentemente ya estamos entrando en una cuarta fase, donde la capacidad que uno tiene de valerse de sus

destrezas junto con otros, o el capital social, es un factor de producción significativo. Muchos estudios han hallado una fuerte correlación positiva entre crecimiento económico y capital social.

Finalmente estamos discutiendo la importancia de los recursos humanos y su interacción, es decir, el capital social, no sólo respecto del crecimiento económico sino también en vista de un bienestar social más general. El capital social es considerado tanto una condición para el crecimiento económico como un estabilizador de la democracia liberal. La importancia del capital social y su aumento han sido discutidos como una segunda generación de reforma económica. Al mismo tiempo, estamos discutiendo el Estado de Derecho en un contexto social.

¿Cuál la sustancia íntima de este concepto clave de la investigación de hoy en día? Esencialmente, el capital social se refiere a cierto tipo de comunalidad que no depende de normas explícitas sino que se basa en la confianza entre la gente y en un sentimiento de solidaridad. Fukuyama sugiere una definición corta y práctica: “el capital social es una norma informal concretizada que promueve la cooperación entre dos o más individuos” (2001, pp. 7 ss.). Putnam opina que un aspecto especial del capital social, de la confianza, de las normas y de las redes, es que es de ordinario un bien público (*Making Democracy work* 1993, p. 170). El capital social a diferencia de otras formas de capital, debe producirse con frecuencia como un subproducto de otras actividades sociales.

Surge una pregunta: ¿Cómo podemos aumentar el acopio del capital social? En la medida en que el capital social está constituido esencialmente por los recursos de la sociedad civil, hay límites en cuanto al alcance de la contribución al mismo por parte de las acciones del estado. Por un lado, el capital social puede verse como un resultado de los antecedentes religiosos e históricos y de las tradiciones de la nación. Por otro, seguramente puede ser afectado desarrollando el sistema de educación y asegurando la dotación de los servicios necesarios y la seguridad general, y la atmósfera de la sociedad. Sin embargo, también es aparente que el equilibrio adecuado entre la sociedad civil, o el espíritu de la libre empresa, y las actividades del estado pueden ser un factor crucial en la construcción de capital social y confianza en metas comunes.

Es importante analizar la esencia del capital social y su promoción desde la perspectiva de la sociedad civil, del pueblo. En el contexto del sistema jurídico, esto significa en la práctica que el enfoque de las reformas debería ser sobre el desarrollo, de los derechos y las libertades fundamentales, y no sobre la definición de las competencias institucionales. Hay un paso hacia adelante aún más importante y es el de considerar la cuestión de la conexión entre el sistema jurídico y un sistema social más amplio.

## **2. Funcionamiento democrático del Estado de Derecho**

Las salvaguardas legales, la democracia y la publicidad se vinculan entre sí. No hay, por un lado, participación democrática sin salvaguardas legales y, por otro, no hay sistema jurídico equilibrado sin democracia. La participación, a su vez, requiere acceso a información y publicidad. Esta trinidad es un punto de partida importante también en la implementación de derechos políticos. Es así que la libertad de opinión no puede ser restringida y su ejercicio no puede ser controlado sin bases aceptables que representen intereses comunes importantes. La democracia y los derechos políticos, sin embargo, no son sinónimos. De hecho, no podemos hablar de un derecho fundamental a la democracia, pero sí a la participación pública que puede, a su vez, crear una democracia que funcione. El logro de la democracia es un largo proceso que abarca elecciones, cultura jurídica, y la adopción de los principios del Estado de Derecho. La legitimidad de la toma de decisiones se mide por la confianza. Esa es la característica de un sistema democrático de toma de decisiones.

## **3. Obligaciones de derechos humanos**

En el proceso de globalización, las obligaciones internacionales de derechos humanos desempeñan un papel importante, manifestándose en numerosos contextos, desde el establecimiento de las Naciones Unidas en 1945 y la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, hasta la red de hoy en día de centenares de instrumentos de derechos humanos. Es esencial, por un lado, considerar las obligaciones de derechos humanos como un canal de influencia en el contexto de la globalización y, por otro lado, los diferentes compromisos de culturas jurídicas diferentes frente al cumplimiento de esas obligaciones.

Las dos convenciones de derechos humanos más importantes son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), aprobados en 1966. Vale la pena notar que los Pactos han permanecido separados, si bien originalmente se realizaron esfuerzos para incorporar sus disposiciones en un solo documento. Estudios posteriores muestran que las leyes de ratificación de estos instrumentos se acercan las unas a las otras. Por ahora, no se considera posible fusionar los dos instrumentos, pero se les toma como integrantes de una red de obligaciones interrelacionadas.

Sin embargo, parece que los programas internacionales de ayuda han puesto énfasis desigual sobre los Pactos. Por lo tanto, sería deseable una mejor coordinación entre las políticas de las Naciones Unidas y las instituciones de Bretton Woods, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional.

#### **4. Apoyo para el desarrollo del Estado de Derecho**

Es claro que se requiere una concepción más consistente del Estado de Derecho para que la comunidad internacional rijga el proceso de globalización. De hecho, es asombroso que ni siquiera dentro del marco de la organización internacional más importante, la ONU, haya sido posible aprobar una concepción más consistente del contenido y la significancia del Estado de Derecho. Conceptos como el Estado de Derecho y buena gobernabilidad se usan con frecuencia uno al lado del otro.

Una razón para ello es que en muchos de los más de 200 estados miembros de la ONU, hasta ahora esos conceptos son nuevos y no se han establecido. Otra razón se halla en el hecho de poner énfasis en un solo elemento, tal como la protección de los derechos humanos o la separación de poderes, con frecuencia da lugar a sospechas de que la cuestión se refiere realmente a interferencia unilateral en la soberanía estatal. El análisis del Estado de Derecho como una construcción con cuatro dimensiones – el principio de legalidad, la separación de poderes, la implementación de los derechos humanos, y la funcionalidad del sistema– tal como se delinea en esta presentación, crearía un mejor fundamento para el diálogo global. Sería muy beneficioso para este enfoque si pudiese establecerse, dentro del marco de la ONU, una entidad que compilase sistemáticamente los principios y las experiencias del Estado de Derecho. Sería necesaria una entidad permanente que recopilara los recursos y estudios del Estado de Derecho en este campo. En la práctica esto significaría una promoción consciente de recursos del Estado de Derecho y canalizarlos hacia proyectos internacionales. De esa manera, sería posible adelantar el desarrollo del Estado de Derecho, los programas de cooperación, la prevención de crisis y la reconstrucción post-conflicto de una manera sustentable. Simultáneamente, ello serviría de apoyo al desarrollo democrático y al compromiso frente a la gobernabilidad común de la globalización.

#### **5. Fortalecimiento de la política regulatoria**

Hoy en día, los problemas en cuanto a la regulación incluyen la inestabilidad de las disposiciones y la deficiencia de la redacción de legislación, lo que hace difícil entender las reglas y lograr los efectos deseados. Puede observarse heterogeneidad entre las políticas regulatorias en diferentes sectores sociales, lo que con frecuencia es el resultado de la fragmentación de los anteproyectos de legislación y de una coordinación insuficiente.

Con respecto al desarrollo de política regulatoria, informes de la OCDE le han prestado atención a cuestiones como cuán necesaria es la regulación en primer

lugar, cuán detallada debería ser la regulación y cómo se garantiza la regulación. Las sanciones económicas y los permisos, las licencias y otros sistemas de sanciones administrativas con frecuencia producen mejores resultados que las sanciones penales. Cuando la regulación a través de normas se convierte en un factor más competitivo, la política regulatoria debería ser más clara que antes, vista como una herramienta, y no como un fin. La legislación no debe orientarse sólo por la corrección de deficiencias, o “defectos en la legislación”, sino también por el manejo de futuras circunstancias y la construcción de competitividad.

## **6. Principios de buena gobernabilidad**

La funcionalidad de la administración se halla en una posición clave respecto del desarrollo del Estado de Derecho: Especialmente en la sociedad de bienestar nórdica, la administración pública se ha extendido a todos los campos. En la medida en que los aspectos competitivos del estado se hacen más pronunciados, el papel de la administración pública y los cursos de acción deben ser considerados más críticamente.

En contextos internacionales, hay dos enfoques competitivos en lo que se refiere a buena gobernabilidad. En primer lugar, podemos hablar de una tradición de gobernabilidad democrática, según la cual la buena gobernabilidad se define principalmente como un método de gobernabilidad que le sirve a la democracia y a la igualdad. El otro enfoque ha sido el de caracterizar como buena gobernabilidad a la gobernabilidad eficiente, en el cual la gobernabilidad es vista más estrechamente sobre la base de una política económica neoliberal, teniendo como principios subyacentes la productividad y eficiencia de la administración pública. La tradición de gobernabilidad democrática trata de asignarle un papel importante a la política. Pero la cuestión es sobre gobernabilidad participativa, con la cual el pueblo puede comprometerse más fácilmente.

## **7. Importancia de las salvaguardas legales**

Con respecto a la legitimidad del ejercicio del poder, el acceso a la justicia es un principio relevante del debido proceso que ha sido establecido en convenciones internacionales de derechos humanos y uno de los principios medulares del Estado de Derecho. Sin embargo, en esta presentación se ha contemplado una tendencia internacional hacia una interpretación excesivamente técnica de las convenciones sobre derechos humanos. En los países occidentales, en especial, ello ha dado lugar a que el énfasis se ponga sobre las normas formales de procedimiento, incluyendo

cuestiones de conflicto de intereses, y a un pensamiento orientado hacia lo judicial. Por esa razón, cuando se promueva el desarrollo del Estado de Derecho democrático y social, deberá prestársele mayor atención a la disponibilidad de la justicia, a la claridad del procedimiento, la razonabilidad de los costos procesales y a la realidad de las decisiones.

## **8. El Estado de Derecho como una entidad funcional**

Hemos venido examinando las diferentes capas de las concepciones del Estado de Derecho: el Estado de Derecho clásico liberal, el Estado de Derecho democrático y el Estado de Derecho social. El fortalecimiento del Estado de Derecho requiere el fortalecimiento de la base de valor común, de los canales para la participación de los ciudadanos y del carácter comunitario del Derecho.

También es importante subrayar la conexión entre Derecho, democracia y apertura. No hay participación democrática sin un Estado de Derecho ni salvaguardas legales que funcionen, por un lado, y sin desarrollo democrático por el otro. La participación, a su vez, requiere acceso a información, publicidad y una atmósfera abierta en la sociedad.

Así pues, el capital social, es decir, la comunalidad de la sociedad civil, tiene una importancia capital en el desarrollo del Estado de Derecho. La cuestión surge sobre la interacción dinámica, en la cual el capital social promueve el diálogo social y la funcionalidad del Estado de Derecho, a la vez, fortalece la confianza del pueblo en el ejercicio de los poderes públicos. Ahora bien, la responsabilidad de quienes no quieren participar o no sobreviven por su cuenta es parte de un modelo de sociedad que funciona bien. La justicia social y el sentido de responsabilidad son los valores fundamentales de la sociedad.