

**EL IMPERIO DE LA LEY COMO ORDEN JURIDICO TRASNACIONAL Y SU  
INFLUENCIA EN LOS MODELOS DE DESARROLLO EN LATINOAMERICA**

**VALENTINA PEREIRA GARCIA**

**Monografía para optar por el título de Abogado**

**Asesor:**

**JOSE ALBERTO TORO VALENCIA**

**UNIVERSIDAD EAFIT  
ESCUELA DE DERECHO  
MEDELLIN**

**2017**

## TABLA DE CONTENIDOS

<b>1. Introducción.....</b>	<b>5</b>
<b>2. El paradigma de Derecho y Desarrollo como antecedente de las políticas relativas al Imperio de la Ley.....</b>	<b>9</b>
2.1. <i>Etapa inicial: el modelo desarrollista.....</i>	<i>14</i>
2.2. <i>Momento de crisis: .....</i>	<i>16</i>
2.3. <i>Surgimiento del Imperio de la Ley como nuevo medio de desarrollo a partir del derecho</i>	<i>19</i>
<b>3. La falta de certeza del significado de Imperio de la Ley: cómo sus diversas interpretaciones definen el discurso de los organismos internacionales. ....</b>	<b>22</b>
3.1. <i>Gobierno limitado por la Ley.....</i>	<i>24</i>
3.2. <i>Formalidad Legal.....</i>	<i>25</i>
3.3. <i>Imperio de la Ley, no del hombre.....</i>	<i>27</i>
3.4. <i>Concepción Institucional.....</i>	<i>27</i>
3.4.1. <i>Versión Instrumental:.....</i>	<i>28</i>
3.4.2. <i>Versión Intrínseca: .....</i>	<i>28</i>
3.5. <i>Concepción sustantiva:.....</i>	<i>28</i>
3.5.1. <i>Versión Instrumental:.....</i>	<i>28</i>
3.5.2. <i>Versión Intrínseca: .....</i>	<i>28</i>
3.6. <i>Sociedad: .....</i>	<i>29</i>
3.6.1. <i>Dacey: “El hábito de auto-gobierno”.....</i>	<i>29</i>
3.6.2. <i>Oakeshott: “una asociación moral”.....</i>	<i>29</i>
3.6.3. <i>Habermas: “respeto mutuo entre extraños” .....</i>	<i>30</i>
3.7. <i>Economía:.....</i>	<i>30</i>
3.7.1. <i>Perspectivas sobre el Derecho y el Estado.....</i>	<i>30</i>
3.7.2. <i>El Imperio de la Ley y el Estado de bienestar mutuamente incompatibles .....</i>	<i>31</i>

3.8. Soberanía: .....	33
3.8.1. Aristóteles: la soberanía del derecho .....	33
3.8.2. Agamben: el derecho de la soberanía .....	33
3.9. Primera era del Imperio de la Ley .....	38
3.10. Segunda generación del Imperio de la Ley .....	39
<b>4. Sobre los Órdenes Jurídicos Transnacionales y su Alcance .....</b>	<b>42</b>
4.1. ¿Qué es un ordenamiento jurídico transnacional? .....	44
4.2. Los procesos jurídicos transnacionales .....	47
4.3. Formación y Cambio de los Órdenes Jurídicos Transnacionales .....	52
4.6. ¿Cuál es la orientación de un Orden Jurídico Transnacional? .....	57
<b>5. Una mirada a la implementación del Imperio de la Ley en Latinoamérica, ¿refleja la consolidación de un OJT?.....</b>	<b>62</b>
5.1. La transformación de los paradigmas de desarrollo en la región durante las últimas décadas .....	63
5.3. La consolidación de un modelo de políticas de transformación productiva en Brasil .....	77
5.3.1. Primer momento: el PITCE .....	77
5.3.2. Segundo momento: el PDP .....	80
5.4. Las Políticas de Transformación Productiva de Colombia: convergencia hacia el nuevo modelo de desarrollo .....	81
5.4.1. Primer momento: políticas industriales como políticas competitivas.....	82
5.4.2. Segundo momento: el movimiento hacia las Políticas de Transformación Productiva (PTP) .....	83
5.5. Estrategias de Implementación Divergente en las Políticas de Transformación Productiva .....	84
5.5.1. La implementación de la política industrial en Colombia .....	85
5.5.2. Implementación de la política industrial en Brasil .....	87

5.6. *Comparando las estrategias de implementación de políticas industriales en Brasil y en Colombia:* .....88

**6. Conclusión: las dificultades del Imperio de la Ley como un Orden Jurídico Transnacional, potenciales retos y amenazas**.....91

**7. Bibliografía** .....96

## 1. Introducción

Durante las dos últimas décadas, la historia ha estado marcada por conflictos de carácter nacionalista, étnico, religioso y político; crisis económicas que han puesto en peligro la estabilidad financiera global y la proliferación del terrorismo y de guerras. Han surgido y profundizado tensiones entre Estados ricos y pobres, entre el norte y el sur o entre el oriente y el occidente, entre países islámicos y países no islámicos, entre sociedades liberales y no liberales, entre el capitalismo mercantilista y el capitalismo de libre comercio, entre el dominio por parte de corporaciones globales y la protección de la autonomía local. Sin embargo, entre estas incertidumbres se mantiene un acuerdo general, el cual trasciende todos estos conflictos: la idea que el Imperio de la Ley o Estado de Derecho (conocido en inglés como Rule of Law) trae un beneficio para todos (Tamanaha, 2004).

Alrededor del planeta, este ideal ha sido promovido por varias sociedades, culturas, sistemas económicos y políticos, además se debe recalcar que ninguno de estos ha rechazado abiertamente el Imperio de la Ley, aun cuando no haya un acuerdo sobre lo que esto signifique exactamente (Tamanaha, 2004). Cuando la comunidad internacional comenzó el proceso de apoyar las transiciones políticas y económicas que surgían alrededor del planeta, el Imperio de la Ley fue considerado como una base necesaria para el éxito de todos los cambios políticos, sociales, económicos y humanitarios; como consecuencia de esto han florecido esfuerzos para implementar el Imperio de la Ley en un grupo diverso de Estados. También se debe tener en cuenta que, si el Imperio de la Ley falla en algún país, sus efectos son sentidos alrededor del mundo, por lo tanto, estas deficiencias han dado lugar a que varios Estados e instituciones internacionales intenten promover mejoras sobre esta idea entre las naciones (Kleinfeld, 2012).

Con el fin de afianzar este proceso, se han creado instrumentos que justifican, promueven y miden la implementación del Imperio de la Ley, como el Índice del Imperio de la Ley creado por el Proyecto de Justicia Global (WJP por sus siglas en inglés), el Indicador Mundial de Gobernanza del Banco Mundial y la Declaración Universal de los Derechos Humanos expedida por las Naciones Unidas, la cual, aunque no hace un estudio sobre el nivel de implementación del Imperio de la Ley, es un instrumento que lo considera como un medio para prevenir la opresión y la tiranía, y además, ha jugado un rol fundamental para la definición de este (Rajah, 2015).

Jothie Rajah (2015) indica que con base a la definición de Orden Jurídico Transnacional (OJT) que hacen Terence Halliday y Gregory Shaffer, el cual consiste en la “agrupación de normas legales formalizadas, organizaciones asociadas y actores que ordenan el entendimiento y práctica de la ley a través de jurisdicciones nacionales”, más la sumisión de los Estados a los instrumentos anteriormente mencionados, podría implicar la existencia de un OJT del Imperio de la Ley.

El Imperio de la Ley es un concepto abstracto, del cual no hay un consenso en general y se presentan varias dificultades en su implementación, además, hay hechos que pueden presentar una amenaza frente a este, los cuales pueden surgir de problemas de orden público, la proliferación del terrorismo, una interpretación errada y distorsionada sobre el Imperio de la Ley o incluso, un cambio en el punto de vista que se tiene sobre el derecho.

En este trabajo se pretende analizar al Imperio de la Ley como el movimiento por el cual, se pretende lograr el crecimiento económico a través del derecho, el cual surgió en la década de los 80, luego del fracaso del de Derecho y Desarrollo. Estas ideologías, tienen una idea de desarrollo basada a partir de los principios del Consenso de Washington, pero también tratan temas relacionados con el buen gobierno, la justicia y la democracia.

Uno de los lugares donde se implementaron las reformas de este movimiento fue América Latina, región que va adquiriendo más poder en el mundo y es de gran importancia en el sector energético (ya que posee un quinto de las reservas mundiales de petróleo), producción de alimentos y ambiental; Brasil y México se encuentran entre las diez economías con mayor poder adquisitivo y gracias al rápido crecimiento económico, sesenta millones de latinoamericanos han salido de la pobreza desde el 2002 y la desigualdad se ha reducido. Sin embargo, los Estados de esta región tienen grandes falencias dentro de sus gobiernos, que se reflejan en los altos niveles de corrupción, inseguridad y desconfianza en el poder por parte de sus ciudadanos. Aunque se han realizado cambios con el fin de fortalecer el Estado de Derecho en América Latina desde 1980, estas aún no han sido suficientes; también es importante recalcar que Latinoamérica se encuentra fragmentada por las grandes distancias, la historia particular de cada Estado e incluso el lenguaje, lo cual dificulta la posibilidad de identificar si las reformas que se hayan implementado, relativas al Estado de Derecho, signifique la existencia de un OJT del Imperio de la Ley (The Economist, 2014).

Además, han ocurrido varios cambios en las ideologías políticas de los Estados de la subregión, los cuales han evidenciado la transformación en las políticas de desarrollo, que han sido

identificadas por autores como David Trubek (2013) y Shunko Rojas (2013), en primer lugar, está el modelo del Estado Desarrollista que se estableció hasta finales de la década de los 80, luego se adoptó el modelo neoliberal, a partir de los principios establecidos en el Consenso de Washington, el cual estuvo vigente hasta el fin del siglo, cuando surgió un nuevo paradigma de desarrollo, a partir de las dificultades del neoliberalismo para lograr el crecimiento económico esperado y se conoce como el Nuevo Estado Desarrollista. Estos cambios en los modelos de desarrollo y en las ideas políticas de los gobiernos que están en el poder, impactan la viabilidad de un Orden Jurídico Transnacional sobre el Imperio de la Ley, ya que consiste en la transición a un nuevo paradigma de desarrollo, crítico de los ideales del Consenso de Washington, los cuales son un fundamento clave en la teoría que justifica al Imperio de la Ley como un medio de lograr el crecimiento por medio del derecho.

Jothie Rajah (2015), estableció que la mera existencia de textos transnacionales, que codifican normas transnacionalmente aplicables sobre el Imperio de la Ley, es evidencia de un Orden Jurídico Transnacional de este. Sin embargo, esta autora no definió el término de Imperio de la Ley o Estado de Derecho, el cual, se reconoce por tener una gran cantidad de significados y atributos, los cuales cambian de acuerdo a un tiempo y lugar determinado. En segundo lugar, tampoco profundizó mucho sobre los OJT y qué grupo de normas, estándares, políticas y formas institucionales a nivel transnacional existen, que puedan evidenciar la existencia de un OJT sobre el Imperio de la Ley.

Este trabajo pretende evaluar la existencia de un OJT sobre el Imperio de la Ley, analizando políticas, normas e instituciones jurídicas que cubran este tema en la región de Latinoamérica, con el fin de determinar la existencia de este OJT y su posibilidad de perdurar en el tiempo frente a los retos que supuso la transición a un nuevo consenso de desarrollo que rechaza los principios propios del orden.

El primer capítulo analiza el movimiento de Derecho y Desarrollo, ya que este fue el primero en emplear el derecho en la comunidad de asistencia al desarrollo internacional y sentó las bases para las reformas del Imperio de la Ley que empezaron a emplearse a partir de la década de los noventa.

El segundo capítulo estudia el Imperio de la Ley, este movimiento por el cual se quiere llegar al desarrollo a través del derecho. Aquí se pretende exponer la gran variedad de significados que tiene el Imperio de la Ley, los cuales pueden alterar las políticas y normas relacionadas a este. El tercer

capítulo va a definir qué es un Orden Jurídico Transnacional, cuáles son sus características, los elementos que lo conforman y su alcance.

Con estas bases, ya es posible realizar la construcción del OJT previamente mencionado. Por lo tanto, el cuarto capítulo pretende analizar las políticas relacionadas al Imperio de la Ley, y cómo se implementaron en Latinoamérica, enfrentándolas al cambio de consensos de desarrollo, los cuales impactaron directamente éste movimiento, con el fin de descubrir si estos programas constituyen un OJT. En este capítulo se analizará particularmente los casos de Brasil y Colombia, ya que ambos países representan los diferentes caminos que tomó la región respecto al desarrollo: por un lado, Brasil, que adoptó ideales de izquierda con el ascenso al poder del gobierno de Lula y adoptó nuevas políticas críticas del Consenso de Washington, por otra parte, Colombia, bajo el gobierno de derecha de Uribe siguió con las políticas e intervenciones neoliberales.

Finalmente se analizará la viabilidad de un Orden Jurídico Transnacional del Imperio de la Ley, cuáles son las dificultades que trajo la transformación política en Latinoamérica y si está propenso a desaparecer o transformarse. De igual manera, se pretende diagnosticar los problemas que tiene este OJT y cuáles son las posibles soluciones que existen para superar estas dificultades.

Esta valoración se hace con el fin de demostrar que, la existencia de textos trasnacionales que implementan el Imperio de la Ley a través de Estados, así como el hecho que varias instituciones internacionales, organizaciones civiles, Estados, entre otros, busquen promover políticas relativas a éste, evidencian la existencia de un Orden Jurídico Transnacional sobre el Imperio de la Ley; pero la falta de certeza sobre lo que abarca este término, dificulta su identificación. Con el fin de demostrar esta hipótesis, se hace un análisis de la literatura existente sobre el Imperio de la Ley, los movimientos que pretenden alcanzar el desarrollo económico a través del derecho y la aplicación de estos en América Latina.

## **2. El paradigma de Derecho y Desarrollo como antecedente de las políticas relativas al Imperio de la Ley**

En las últimas décadas, a raíz del proceso de descolonización que se llevó a cabo luego de la II Guerra Mundial, han surgido nuevos Estados que cambiaron el panorama político y económico internacional, que dieron lugar al surgimiento de nuevas teorías y conceptos, dentro de los cuales convergen varias áreas del conocimiento, como el derecho, la economía y las ciencias políticas, lo cual se dio por la preocupación creciente que había sobre el futuro económico de estos nuevos países.

A partir de la década de los 60, surgió la idea de emplear el derecho como un medio para alcanzar el desarrollo económico, a través de reformas que cambiaran la estructura jurídica e institucional de los países en desarrollo, a favor de un modelo que impulsara el crecimiento. En este momento, el movimiento más reconocido es el del Imperio de la Ley, sin embargo, existen otros movimientos previos que han buscado el mismo objetivo.

Con el fin de entender el panorama actual del uso del derecho como un medio para lograr el desarrollo, es importante regresar al primer movimiento en el cual se empleó el derecho en la comunidad de asistencia al desarrollo internacional. Este movimiento se conoce como Derecho y Desarrollo y se presentó entre la década de los 60 y 70. Aunque esta corriente fue pequeña y tuvo muy poca duración, logró enfatizar la manera en la cual el derecho se relacionaba con el desarrollo (Trubek, 2006).

Anghie (2004) señala que, a finales del siglo XIX, el derecho internacional creado en Europa se volvió universalmente aplicable como consecuencia de la expansión colonial. Con la emergencia de nuevos Estados soberanos en África y Asia al finalizar la Segunda Guerra Mundial, el derecho internacional se enfocó en la soberanía, por lo tanto, había surgido un nuevo sistema de derecho internacional en el cual todas las sociedades podían desarrollar y participar en este.

Los nuevos Estados se preocuparon por la recuperación del control sobre sus asuntos políticos y económicos y por cambiar un régimen legal internacional, el cual consideraban injusto. Por lo tanto, intentaron corregir doctrinas, las cuales seguían, pero consideraban que fueron creadas para proteger los intereses de los Estados occidentales y en las cuales no habían participado en su creación; además buscaron crear nuevas doctrinas o adaptar las ya existentes con el fin de proteger sus propios intereses (Anghie, 2004).

La posición asumida por los nuevos Estados creó un desafío respecto a la universalidad del Derecho Internacional, este reto se fundamentaba en la diferencia de intereses que tenían los Estados en vía de desarrollo y los Estados ya desarrollados. En las décadas de los cincuenta y los sesenta, muchos académicos buscaron señalar maneras en la cual los nuevos Estados podían acomodarse en el sistema y los cambios que debían hacerse para lograrlo (Anghie, 2004).

Autores como Trubek y Galanter (1974) recalcan que los economistas fueron los más prolíficos y lideraron el movimiento, durante este período los estudios económicos sobre el desarrollo fueron una de las áreas de la economía más reconocida. Sin embargo, estos estudios sobre desarrollo no se limitaron a la economía, los politólogos y otros académicos humanistas intentaron definir “el desarrollo político” y agendar estos temas como “las bases sociales del desarrollo económico”. Los abogados respondieron de una manera tardía, sin embargo, a medida que iba transcurriendo la década de los cincuenta, surgieron varios proyectos sobre el “desarrollo legal”.

De acuerdo a los planteamientos de Anghie (2004), alcanzar el desarrollo se convirtió en la preocupación central de los nuevos Estados, por lo tanto, fue en el lenguaje del desarrollo que estos Estados buscaron solucionar el problema de equilibrar intereses y crear un derecho internacional realmente universal. Por ende, la brecha entre antiguamente colonizados y colonizadores ya no estaba fundamentada en distinciones entre civilizados y no civilizados, sino en la diferencia entre desarrollados y en vía de desarrollo, la cual era central en la operación de instituciones como las del Sistema Bretton Woods, que formulaban maneras de disminuirla.

Sin embargo, hay autores como Emanuelle Tourme-Jouannet (2013) que advierten que el concepto de desarrollo no era neutral, realmente este expresaba una de las creencias occidentales más fundamentadas. Algunos consideran que el desarrollo perpetúa, con otro nombre, la vieja idea de progreso que se había desacreditado en 1945. El principio de desarrollo económico se había creado en el siglo XIX para comparar la situación de los Estados europeos entre sí y evaluar esa condición de acuerdo a un nivel óptimo de prosperidad económica, calculado de acuerdo a los datos de Europa.

Aun así, hay quienes defienden esta idea, como Trubek y Santos (2006), los cuales afirman que el Derecho y Desarrollo planteó las bases y explica las acciones de aquellos que buscan cambiar los sistemas legales en la búsqueda del desarrollo. No consiste en una teoría robusta, más bien se trata de un modelo, en el cual se encuentran la teoría económica, la teoría jurídica y la práctica

institucional: la economía influye las prácticas y políticas de las agencias de desarrollo, las cuales pueden ser tenidas en cuenta al crear una teoría económica; cuando esta teoría y la práctica institucional se convierten en ley, deben tomar sus ideas sobre derecho del reino del pensamiento jurídico: el Derecho y Desarrollo surge cuando estas ciencias se juntan.

Newton (2006) además señala que el movimiento de Derecho y Desarrollo estuvo altamente influenciado por ideas (como derecho y sociedad o derecho y economía) e ideologías (como la modernización y neo liberalización) norteamericanas, asociadas al intervencionismo y formulación de políticas. Dentro de su proceso de nacimiento y fortalecimiento hace idas y vueltas entre hemisferios, se expande a otras disciplinas o es permeado por otras disciplinas (como el derecho comparado o derecho económico). También se mueve en zigzag entre el formalismo y la desformalización, la hegemonía y las oposiciones, la uniformidad y la heterogeneidad, el difusionismo y las comparaciones, el nacionalismo y el internacionalismo, entre otros, los cuales toman un significado distinto y enriquecen al Derecho y Desarrollo, mientras que al mismo tiempo lo vuelven más extraño.

Trubek (2006) hace énfasis en que este movimiento, impulsado por un pequeño grupo de abogados liberales, que trabajaban en agencias de desarrollo, fundaciones y universidades en Estados Unidos y Europa, buscaba llamar la atención sobre el tema de desarrollo y la importancia de hacer reformas legales. Se fundamentó en el paradigma occidental de desarrollo de la época, el cual daba prioridad al rol del Estado en la economía y el crecimiento de los mercados; en esa época, se presentaba la industrialización de los Estados a partir de la sustitución de importaciones, en la cual, los países en desarrollo buscaban crear y potenciar su capacidad industrial limitando la importación de bienes que provenían de economías avanzadas y otorgar subsidios a empresas nacionales. El modelo económico era una economía de mercado regulado en la cual el Estado tenía un rol activo, no solo a través de la planeación y políticas industriales, sino que también buscaba ser dueño de las grandes empresas y utilidades.

Según Trubek y Galanter (1974), el esfuerzo por institucionalizar los estudios de Derecho y Desarrollo convocó a varias áreas académicas en los Estados Unidos, además de los reformistas, abogados especializados en derecho comparado, especialistas interesados en los países del Tercer Mundo, antropólogos legales y otros científicos sociales comprometidos con la investigación social

en el Tercer Mundo y teóricos sociales del derecho enfocados en las teorías del rol del derecho en el cambio social apoyaron este movimiento.

Este movimiento ofrecía un espacio para que este grupo de académicos pudieran desarrollar ampliamente sus actividades: los abogados comparativos vieron en el Derecho y Desarrollo una vía para escapar de las comparaciones de normas legales que habían dominado el área. Los científicos sociales y especialistas vieron el tema como una manera de relacionar sus intereses tradicionales con las amplias necesidades de los países del Tercer Mundo. Los teóricos sociales del derecho encontraron que las naciones tercermundistas empleaban de manera masiva el derecho para llevar a cabo cambios en la sociedad, lo cual representaba un área para la investigación teórica del rol del derecho en el cambio social. Finalmente, los reformistas buscaban un grupo de ideas que pudieran guiar y justificar sus proyectos (Trubek & Galanter, 1974).

Tourme-Jouannet (2013) identifica que el principio de ayuda para el desarrollo en el Tercer Mundo y el impulso en este campo surgió en la política estadounidense de la posguerra. Siendo un Estado anticolonial debido a su propia lucha por independencia, Estados Unidos estaba altamente interesado en desmantelar el colonialismo y todo lo que se derivaba de este, ya que esto les permitiría el acceso a nuevos mercados y evitaría que los países pobres se aliaran con el comunismo. Truman propuso reemplazar el sistema imperialista por una nueva visión global en la cual todos los Estados eran iguales y la humanidad estaba involucrada en el nuevo paradigma de desarrollo.

Trubek (2006) señala que en esa época, la política de desarrollo buscaba principalmente el crecimiento de las economías, por lo tanto, había un énfasis en este, esperando que con el crecimiento económico también se obtendría libertad y democracia, por ende, desde este punto de vista se podía aceptar, e incluso preferir, varias formas de gobiernos burocráticos y autoritarios, ya que era visto como una etapa temporal que podría impulsar el desarrollo, la cual se podía desechar una vez se hubiera alcanzado el crecimiento. Por lo tanto, el grupo de abogados que se concentraba en la reforma legal como una estrategia de crecimiento, recalca el rol de la economía en el derecho y resaltaron la importancia del derecho como un instrumento mediante el cual los actores estatales podrían moldear la economía.

Académicos como Trubek y Galanter (1974) recalcan que se consideraba que el desarrollo supondría un aumento en la capacidad racional del hombre de controlar el mundo y su habilidad

de mejorar su bienestar material. Pero el desarrollo ofrecía más, también prometía una mayor equidad, libertad y participación de la comunidad. Como un ideal, el desarrollo era la esperanza de una vida más rica en todos los aspectos para las personas del Tercer Mundo. El derecho era visto como un elemento necesario para el desarrollo, además era un instrumento necesario para alcanzarlo, también estaba asociado a las acciones racionales e instrumentales para asegurar el bienestar material y otros fines desarrollistas. El derecho era una de las herramientas que podían ser empleadas por los reformistas con el fin de mejorar el bienestar humano, si el derecho era efectivo, los poderes de los reformistas crecerían.

Hay quienes recalcan la importancia de los profesionales del derecho en este movimiento, como Trubek (2006) quien enfatiza que el movimiento de Derecho y Desarrollo tenía una visión en la cual los abogados eran pragmáticos, instrumentalistas y solucionadores de problemas. Bajo esta idea, ellos facilitarían el desarrollo estatal y de acuerdo a sus labores podrían ayudar a legisladores a diseñar y fortalecer regulaciones efectivas, aconsejar a los gerentes de empresas estatales sobre cómo podían alcanzar sus objetivos y guiar a los agentes privados en las diferentes maneras que les permitirían crecer y obtener ganancias mientras actuaban de acuerdo a los objetivos políticos del Estado.

Los programas de Derecho y Desarrollo buscaban transformar la cultura legislativa y las instituciones a través de reformas educativas y trasplantes de algunas instituciones consideradas “modernas”. Estos cambios tenían el objetivo de eliminar el formalismo que predominaba en la época. De acuerdo a las personas que seguían este movimiento, los sistemas legales que habían en los países de América Latina y otros Estados en vía de desarrollo, no permitían que se produjeran el tipo de derecho y abogados modernos que se necesitaban, ya que para ellas, en estos lugares, los ordenamientos jurídicos tenían un alto nivel de formalismo (Trubek, 2006).

Trubek distingue tres etapas en el movimiento de Derecho y Desarrollo, las cuales son altamente influenciadas por los acontecimientos políticos y económicos del momento: la primera etapa, del modelo desarrollista, se dio después de la Segunda Guerra Mundial y se caracterizó por un gran optimismo e intenciones de realizar reformas legales con el fin de alcanzar el desarrollo; la segunda etapa fue de crisis, la década de los sesenta presentó cambios en el modelo económico que trajo un nuevo paradigma de desarrollo que no era compatible con el de este movimiento, el cual también estaba siendo juzgado por no haber cumplido con las metas planteadas, esto dio lugar a un período

de colapso, finalmente, al finalizar la Guerra Fría, se presentó la tercera etapa, en la cual, este movimiento surgió nuevamente, con el nombre de Imperio de la Ley.

### *2.1. Etapa inicial: el modelo desarrollista*

Newton (2006) señala que el momento inaugural del movimiento de Derecho y Desarrollo coincide con la década del desarrollo, han surgido nuevos Estados y gracias al proceso de descolonización, los principios y recomendaciones estatales, los cuales se fundamentaban en la primera generación de políticas de desarrollo eran empleados ampliamente alrededor del globo. El Derecho y Desarrollo es impulsado a partir de la teoría de la modernización.

Trubek (2006) también indica que, según este movimiento, los sistemas jurídicos de las naciones en desarrollo, en particular en América Latina no producían el tipo de leyes y abogados necesarios, lo cual implicaba un gran obstáculo a la modernización. Además, las culturas legales de estos Estados eran altamente formalistas, lo cual implicaba que las leyes eran desarrolladas, interpretadas y aplicadas sin prestar atención a los intereses y metas políticas de la época; los profesores de derecho formalistas enseñaban el derecho como un sistema abstracto que se aplicaba a partir de normas que no se preocupaban por tener relevancia política ni impacto, las legislaturas formalistas copiaban modelos extranjeros o seguían principios abstractos en lugar de estudiar la situación social y diseñar leyes con un fin instrumental, los jueces formalistas aplicaban la ley de una manera rígida y mecánica en lugar de aceptar en primer lugar la adjudicación discrecional y luego mirar los fines políticos detrás de las leyes para guiarlos en la aplicación de esta discrecionalidad, finalmente, los juristas formalistas permanecían ajenos a las metas del derecho y a los objetivos de sus clientes, haciendo interpretaciones de acuerdo a un sistema lógico abstracto, impidiendo el progreso.

El formalismo suponía varias debilidades, como la poca implementación, leyes inapropiadas y baja legitimidad. La coerción no era efectiva porque las leyes adoptadas no eran adecuadas para un contexto nacional específico y, por ende, eran ignoradas, situación que se profundizaba más por las deficiencias en la administración y la corrupción (Trubek, 2006).

Las leyes eran copiadas de sistemas jurídicos más avanzados sin tener en consideración las necesidades del Estado o tener en cuenta el contexto nacional o eran elaboradas de manera abstracta, insensibles a las preocupaciones políticas, lo cual daba lugar a que estas no fueran

adecuadas. Los sistemas jurídicos tenían poca legitimidad ya que las leyes no atendían la necesidad del país y, por ende, eran ignoradas frecuentemente (Trubek, 2006).

Teniendo en cuenta esta situación, se desarrollaron los programas de Derecho y Desarrollo en la década de los sesenta, con el fin de cambiar la cultura jurídica y sus instituciones a través de una reforma en la educación y la adopción de ciertas instituciones “*modernas*” implementadas en países desarrollados. Lo más importante era crear una nueva cultura jurídica que fuera más instrumental, con el fin de contrarrestar el formalismo (Trubek, 2006).

La educación jurídica era considerada como la fuente de los males del formalismo, por lo tanto, era necesario hacer un énfasis en esta con el fin de hacer un tránsito al instrumentalismo. Las escuelas de derecho con una orientación instrumentalista producirían abogados con un enfoque pragmático y con capacidad de afrontar problemas, también serían espacios en los cuales se pueden crear una crítica al formalismo legal en la creación de leyes y su aplicación y grupos de reflexión que podrían elaborar el derecho moderno que se necesitaba (Trubek, 2006).

Esto suponía que el movimiento de Derecho y Desarrollo debía trabajar con las escuelas de derecho y las élites legales que ejercían una importante influencia en las grandes escuelas de derecho en los países en desarrollo, también implicaba que se prestaría poca atención a las ramas legislativas, judiciales y ejecutivas, no porque estas fueran consideradas como poco importantes, sino que se asumía que el cambio en el sistema de educación era la manera más efectiva de llevar esta transformación a las demás instituciones legales (Trubek, 2006).

Sin embargo, aunque los cambios en el sistema educativo era el área de principal interés, también se reconoció que era necesario crear leyes y sistemas jurídicos modernos, lo cual implicaba hacer un trasplante de instituciones jurídicas provenientes de Estados más avanzados, lo cual debía hacerse teniendo en cuenta las condiciones y necesidades locales (Trubek, 2006).

En la reforma de la educación jurídica y desarrollo del derecho moderno se destacó el derecho económico y la formación de abogados comerciales en el sector público y privado, ya que esto daría lugar al crecimiento económico, el cual traería consigo una mejoría en la democracia, justicia social y derechos humanos. Se creía que un sistema jurídico más efectivo aseguraría la protección de los derechos individuales (Trubek, 2006).

Los académicos, junto con abogados y otras personas que trabajaban en agencias de desarrollo se preocuparon por crear e impulsar el movimiento, sin embargo, este no tenía alguna teoría desarrollada que explicara cómo se elegían los programas y proyectos; todo era planteado de una manera pragmática para cada caso en particular, fundamentado solamente en una creencia general de la importancia del derecho, la relevancia de los modelos occidentales y la importancia de la cultura jurídica moderna (Trubek, 2006).

Este movimiento se concentró en algunos países en África y América Latina, sus proyectos fueron pequeños y de poca duración, con recursos limitados, los cuales provenían de fundaciones; por ejemplo, la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID por sus siglas en inglés) apoyó algunos proyectos, pero ni el Banco Mundial o algún banco regional como el Banco Interamericano para el Desarrollo (BID) respaldaron directamente la reforma de instituciones jurídicas (Trubek, 2006).

## *2.2. Momento de crisis:*

Newton (2006) advierte que cuando finalizó la década de los 60, el proyecto desarrollista había sido juzgado por no haber cumplido las expectativas planteadas; la economía de desarrollo fue vencida por la nueva escuela de la política económica internacional, la cual impulsó el desarrollismo como una ideología, que a su vez era un proyecto fundado y promovido internacionalmente.

Mientras enfrentaba las acusaciones de fracaso en el pasado, la economía del desarrollo se enfrentaba a los notables sucesos económicos internacionales de su momento crítico: las crisis del petróleo, la recesión económica internacional, el colapso de la regulación monetaria internacional y el advenimiento de la crisis de deuda del tercer mundo. Estos eventos crearon el trasfondo del surgimiento de la familia de teorías en contra del desarrollo y su impacto en el Derecho y Desarrollo (Newton, 2006).

Tourme-Jouannet (2013) indica que las desilusiones económicas y sociales fueron intensas: una crisis presupuestal seguía a otra, el problema de la deuda se volvió crucial y sofocaba a los países más pobres. Las instituciones internacionales impusieron restricciones con consecuencias sociales devastadoras (Ajustes Estructurales). Los nuevos Estados habían intensificado el problema al haber implementado políticas contradictorias y autoritarias: durante las décadas de los setenta y ochenta,

muchos Estados recientemente independientes habían acumulado fallas económicas, sociales y políticas.

David Trubek (2006) señala que este movimiento se fundamentaba en cuatro pilares: la reforma en la cultura jurídica y estrategia de trasplante de instituciones, una aproximación ad hoc basada en suposiciones teóricas simples, confianza en que el crecimiento económico conllevaría a una mejora en la democracia y los derechos individuales y una estrategia de desarrollo basada en la política estatal de sustitución de importaciones; sin embargo estos pilares se derrumbaron en el transcurso de la década de los setenta. A medida que los promotores del movimiento de Derecho y Desarrollo adquirían experiencia con los proyectos, los cuales tenían una fundamentación occidental, se percataron de las graves fallas que se presentaban en este enfoque, surgieron dudas respecto a la aproximación cultural y la estrategia educacional, además del esfuerzo por trasplantar instituciones legales occidentales.

La reforma en la educación no logró los objetivos planteados debido a la resistencia al cambio por parte de las escuelas de derecho, aun cuando se lograron unas metas en el ámbito educacional y las ideas instrumentalistas fueron adoptadas por algunos abogados y teóricos jurídicos de los Estados en desarrollo, los proyectos no tuvieron el impacto que se esperaba. Al mismo tiempo, hubo una gran decepción en los proyectos de trasplante de instituciones, ya que en algunos casos estos nunca se presentaron, algunas de las nuevas leyes promovidas por los reformadores fueron planteadas pero ignoradas, en otros las leyes fueron tomadas por las élites y utilizadas para fines distintos a los iniciales (Trubek, 2006).

Aunque se presentó un cambio en el ámbito económico, este no trajo consigo un pensamiento instrumentalista, una manera efectiva de hacer leyes, aproximaciones a la adjudicación y abogacía pragmática y la esperada mejora de la democracia y protección de los derechos individuales; esto supuso un gran choque a los abogados liberales de occidente que habían asumido que la reforma en un área necesariamente llevaría consigo un gran cambio en otras, los reformadores se escarmentaron ante la posibilidad que el legalismo, instrumentalismo y autoritarismo pudiera formar un conjunto en el cual los esfuerzos para mejorar el derecho económico y abogacía pudieran reforzar el gobierno autoritario (Trubek, 2006).

En sus inicios, los proyectos de Derecho y Desarrollo fueron creados ad hoc, sin esforzarse en crear una teoría sistemática, sin embargo, los académicos y algunas agencias financiadoras sentían la

necesidad de alguna teoría, por lo tanto, se enfocaron a la búsqueda de una teoría de Derecho y Desarrollo; de la cual se esperaba que esta explicara y justificara los primeros esfuerzos y dejara una ruta para las próximas reformas, sin embargo, estos tuvo un resultado distinto al esperado, ya que reveló graves fallas en la primera aproximación sin ofrecer una alternativa que pudiera orientar la acción y guiar los proyectos de desarrollo (Trubek, 2006).

El movimiento de Derecho y Desarrollo fue creado e inaugurado a inicios de la década de los sesenta, momento en el cual el internacionalismo liberal floreció y la legalidad liberal era un credo y los proyectos eran llevados a cabo en su mayoría por personas de universidades occidentales y agencias de ayuda. Sin embargo, al final de la década el contexto cambio dramáticamente y las fallas de los planes de reforma comenzaban a ser aparentes: las protestas en contra de la guerra en Vietnam, las protestas de 1968 y otros eventos cambiaron la situación política y radicalizaron a estudiantes en universidades en las cuales se albergaban los intentos de crear una teoría (Trubek, 2006).

Por otra parte, los esfuerzos iniciales de reforma convocaron a académicos y activistas de los países en desarrollo, los cuales ofrecieron perspectivas muy distintas a las que tenían los grupos europeos y estadounidenses y ocasionaron que surgieran distintas ideas sobre lo que es Derecho y Desarrollo (Trubek, 2006).

Un gran problema que condujo al colapso de este movimiento, era las bases tan simples en las cuales se fundamentaban, las cuales constituían principalmente suposiciones. Detrás de las decisiones ad hoc que se tomaban, se encontraban una serie de asunciones que conformaban una clase de teoría, en la cual se creía que todos los Estados pasaron por etapas similares para alcanzar un fin común, este tipo de pensamiento se encontraba representado en las estructuras legales, económicas y sociales de los Estados Unidos y los países de Europa occidental. Este ideal hizo creer a los planificadores del Derecho y Desarrollo que el derecho moderno, en el cual se presentaban en las instituciones legales de sus países de origen era el fin al cual todos los sistemas legales se dirigían; además se imaginaban que el desarrollo jurídico conducía a una etapa de evolución relacionada al crecimiento económico, en la cual, el derecho occidental era el estado evolutivo más alto, al cual todos los sistemas jurídicos se orientaban; por lo tanto se creía que el proceso de trasplante de la cultura legal occidental y sus instituciones sería relativamente sencillo y directo (Trubek, 2006).

Mientras el movimiento de Derecho y Desarrollo pasaba por este momento crítico de reflexión, se estaban realizando cambios en las políticas de desarrollo, se cuestionaba la efectividad de la estrategia de crecimiento conducida por el Estado y la estrategia de sustitución de importaciones, había una particular preocupación por la ineficiencia del proteccionismo y las distorsiones causadas por el manejo burocrático de la economía, lo cual implicaba un futuro cambio en el paradigma (Trubek, 2006).

### *2.3. Surgimiento del Imperio de la Ley como nuevo medio de desarrollo a partir del derecho*

David Trubek advierte que la década de los setenta presentó varios cambios que implicaron severos golpes al movimiento de Derecho y Desarrollo, de los cuales no pudo recuperarse. Aunque algunos académicos siguieron trabajando en los temas de este movimiento y no se acabó por completo el apoyo a la reforma legal, las fundaciones, agencias bilaterales de ayuda y las instituciones financieras internacionales perdieron interés, las redes de universitarios y diseñadores de políticas se desintegraron y el estudio del derecho y el desarrollo declinó en la academia, lo cual significaba para algunos, la muerte del movimiento de Derecho y Desarrollo.

Sin embargo, hoy en día los programas de reforma legal en los países en vía de desarrollo han tenido una gran acogida, yendo más allá de los ideales que tenían los pioneros del Derecho y Desarrollo: agencias de ayuda internacional, como el Banco Mundial proclaman la importancia del Imperio de la Ley e invierten miles de millones en reformar los sistemas jurídicos en Estados de todo el mundo (Trubek, 2006).

Luego de la Guerra Fría, durante la segunda ola de globalización nació la era del Imperio de la Ley como un movimiento que buscaba lograr el desarrollo a través de las reformas en las instituciones jurídicas. Esto ocurrió en un momento en el cual el comercio internacional había cambiado considerablemente: la expansión de la industria en los países en vía de desarrollo, el éxito del crecimiento económico a partir de las exportaciones en Asia, las estrategias de globalización de las corporaciones transnacionales y la rápida desregulación de los mercados de capitales dieron lugar al aumento del nivel de integración económica mundial (Trubek, 2006).

Emmanuelle Tourme-Jouannet (2013) indica que uno de los mayores cambios en el derecho del desarrollo fue poner nuevamente a las personas en el centro del desarrollo y varias prácticas legales diseñadas a combatir las inequidades socio económicas globales. Esto implica promover el derecho, en especial los derechos humanos y el Imperio de la Ley, sobre la economía.

El derecho de desarrollo de la época impuso en los Estados soberanos un modelo particular de desarrollo, fundamentado en los derechos humanos y el respeto de los individuos, lo cual difiere del modelo anterior de derecho de desarrollo internacional, el cual se mantuvo en el marco del derecho internacional clásico, respetando la soberanía y abogando por un principio de neutralidad, respetando los regímenes locales de los Estados en vías de desarrollo (Tourme-Jouannet, 2013).

Trubek (2006) identifica que el colapso de la Unión Soviética ayudó a legitimar las políticas neoliberales que se habían consolidado en occidente bajo las administraciones de Reagan y Thatcher, el modelo había cambiado de una visión de economías nacionales parcialmente cerradas y mercados controlados por el Estado a una perspectiva de una economía global plenamente abierta, con mínima intervención estatal y libre intercambio de bienes y capital entre fronteras; este nuevo panorama afectó la manera en la cual se pensaba sobre el desarrollo y creó un nuevo paradigma que supuso varias intervenciones en las reformas jurídicas, lo cual implica la internacionalización de los campos legales, que otorgaron oportunidades a los sectores cosmopolitas de la profesión legal, valorizando el conocimiento y redes de firmas y sistemas jurídicos extranjeros, presionando a los gobiernos a realizar cambios con el fin de atraer la inversión extranjera, los cuales suponían el fortalecimiento de los fundamentos legales de los mercados.

Surgieron nuevos actores en la escena legal gracias al crecimiento de firmas de abogados más orientadas al ámbito internacional en países en desarrollo y el surgimiento de bufetes multinacionales, llegando a ocupar posiciones relevantes en los órdenes jurídicos nacionales, profundizando la relación entre sistemas jurídicos nacionales e ideas transnacionales, facilitando la expansión de una nueva metodología sobre el derecho y desarrollo económico. Se crean instituciones globales y nuevas prácticas legales aplicadas en varios Estados, lo cual implicó el interés que creció en las agencias de desarrollo por realizar una reforma legal, que permitiera crear elementos de apoyo y encontrar seguidores al proyecto del Imperio de la Ley (Trubek, 2006).

El Imperio de la Ley fue visto como un objetivo común, en el cual, tanto las personas que buscaban organizar e institucionalizar la protección de los derechos humanos en los sistemas jurídicos de cada Estado, como aquellos que pretendían fortalecer el modelo económico liberal, lo cual implicaba el crecimiento económico a partir de la exportación, mercados libres, privatización y la inversión extranjera como sus fundamentos; podían encontrar las condiciones necesarias para lograr sus metas: ambos consideraban necesario tener garantías constitucionales a ciertos derechos,

aun cuando diferían sobre qué derechos tenían prioridad, ambos creían que un sistema judicial independiente, el cual tuviera el poder de realizar revisiones judiciales, era deseable, aun cuando tenían diferentes ideas sobre las cosas de las cuales debían ser independientes los jueces o cual era el fin de esa independencia, también acordaban que las cortes que funcionaban de manera eficiente, otorgando un acceso efectivo a la justicia eran necesarios, aunque probablemente tenían conceptos diferentes sobre quiénes debían tener ese acceso y para qué fines debían utilizarlo (Trubek, 2006).

Kennedy (2003) indica que el interés por este ideal estaba fundamentado en unos principios de desarrollo, los cuales impulsaban una esperanza de simplificar las políticas relacionadas a este, separándolo de compromisos políticos y controversias económicas. Había un presentimiento en el cual se creía que, al tener buena gobernanza, implementando el Imperio de la Ley y dando fuerza a los Derechos Humanos se llevaría a cabo un proceso de desarrollo que no generara controversias políticas o económicas. El Imperio de la Ley prometía ser una alternativa, un programa o un terreno de destreza para poder llegar al desarrollo sin necesidad de realizar decisiones distribucionales o tener certeza sobre cómo se deberían distribuir las cosas.

### **3. La falta de certeza del significado de Imperio de la Ley: cómo sus diversas interpretaciones definen el discurso de los organismos internacionales.**

Hoy en día el Imperio de la Ley es un término que goza de popularidad en varias instituciones nacionales e internacionales, las cuales pretenden justificar sus proyectos o lograr legitimidad, debido al alto simbolismo que este supone. Sin embargo, este ideal es muy amplio y puede albergar varios significados, los cuales pueden alterar el curso de los actores que lo emplean.

Autores como Tamanaha (2004) advierten que el Imperio de la Ley no es una idea nueva, ésta se desarrolló inicialmente en sociedades no liberales hace siglos y ha sobrevivido varios cambios de acuerdo a las circunstancias sociales, políticas y económicas que se ha encontrado, las cuales han alterado la manera en que este ideal ha operado y qué ha representado.

Hoy en día es evidente el apoyo que este ideal ha recibido globalmente, aunque sus orígenes son occidentales, se ha implementado por dirigentes de diversas sociedades, culturas y sistemas políticos y económicos, logrando un reconocimiento sin precedentes, ya que los gobiernos alrededor del planeta han abogado por él, sin plantear objeciones o rechazar abiertamente esta idea. Sin embargo, este no es un concepto claro y muy pocas personas que lo emplean han intentado articular exactamente su significado (Tamanaha, 2004).

Stephen Humphreys (2010) indica que, aunque no tiene un significado bien establecido, el término de Imperio de la Ley es presentado como la respuesta, o el elemento principal de la solución a un malestar profundo que afecta la sociedad global. Sin embargo, esta afirmación no se hace sobre el derecho en sí mismo, ya que este, en un contexto determinado puede condonar y apuntalar problemas como la pobreza, violencia o ignorancia; referirse al Imperio de la Ley parece añadir un elemento extra que cualifica el derecho o da un significado distinto a este que evita las situaciones anunciadas previamente.

Pero también es importante recalcar, como lo advierte Humphreys (2010) que hay otros significados distintos, por lo tanto, no hay un acuerdo universal sobre el significado del término: muy pocos abogados constitucionalistas o administrativos y filósofos del derecho aceptarían que el Imperio de la Ley es la cura a la ignorancia y la pobreza. Muchos se limitarían a ofrecer una definición modesta sobre la cualidad del derecho que define el Imperio de la Ley, ya que algunos, como Joseph Raz, consideran que este significa “*la excelencia específica del derecho*”, pero no

tiene influencia sobre la economía y, por ende, la pobreza extrema podría ser compatible con el Imperio de la Ley.

La expresión de Imperio de la Ley es el lugar de numerosas, variadas y algunas veces contradictorias reclamaciones. Pero se puede considerar que la existencia de estas contradicciones es el principal atributo del Imperio de la Ley y su significado reposa en el hecho que se está apostando algo cada vez que se invoca el término, esta apuesta es alta ya que involucran la estructuración política, social y económica, probablemente sean los valores y objetivos que están aferrados al derecho: cualidades que el Imperio de la Ley añaden al derecho; en este sentido, referirse al Imperio de la Ley en un contexto definido podría indicar cómo se debe interpretar el derecho de manera que se pueda determinar la legitimidad de este. El Imperio de la Ley sería la llave maestra del derecho, una especie de meta-derecho (Humphreys, 2010).

Tamanaha (2004) afirma que, al analizar los usos empleados que se le dan a este término, se entiende de manera explícita o implícita que tiene varios significados, que contrastan entre sí. Unos creen que el imperio de la Ley comprende la protección de derechos individuales, otros creen que la democracia hace parte de este. Algunos suponen que el Imperio de la Ley es puramente formal en naturaleza y, por lo tanto, las leyes deben ser establecidas previamente, en términos claros y generales y deben ser aplicadas de igual manera para todos. Otros aseguran que el Imperio de la Ley comprende “las condiciones sociales, económicas, educativas y culturales en las cuales el hombre legitima sus aspiraciones y hay dignidad”. Sin embargo, algunos detractores señalan que los gobiernos autoritarios que proclaman adherirse al Imperio de la Ley, usan este término de una manera opresiva. Se puede decir que el Imperio de la Ley es análogo a la noción de lo que es bueno, pero tiene varias convicciones contrastantes al respecto.

Goldston (2014) indica que aun cuando hay varios significados sobre el término, los cuales varían de acuerdo al lugar, se pueden identificar cuatro usos que tienen una gran resonancia: el primero es que el Imperio de la Ley es lo opuesto a la anarquía, por lo tanto, es la seguridad y orden que permite vivir a las personas sin miedo. El segundo es el Imperio de la Ley como la posición del poder arbitrario, provee claridad y predictibilidad, que guían el comportamiento humano. El tercero, es el Imperio de la Ley como una garantía que nadie está encima del derecho, este se aplica a todos de una manera equitativa. El cuarto uso es el Imperio de la Ley como una serie de procesos,

donde se puede acceder a la asesoría jurídica, hay un juez independiente e imparcial y las decisiones judiciales se aceptan como legítimas y autoritarias.

Tamanaha (2004), señala que el estudio de las teorías históricas y políticas que contemplan la noción del Imperio de la Ley ha demostrado que este se ha concebido de una manera constante, pero al mismo tiempo ha tenido cambios, hay consenso en su significado, pero también se han creado discusiones al respecto. Cuando se examina cada teoría del Imperio de la Ley se pueden encontrar varias objeciones. Recalca el hecho de que hay un desacuerdo general respecto a lo que significa este concepto para sus usuarios, oficiales del gobierno y académicos, lo cual deja la peligrosa posibilidad de que este ideal se convierta en una frase vacía, la cual puede ser empleada con impunidad por parte de gobiernos maliciosos.

Por ende, Tamanaha (2004) enmarca y agenda tres temas que se presentan alrededor de la idea de Imperio de la Ley; indica que los caracteriza como temas o grupo de significados, ya que, mientras se encuentran interrelacionados, casi inseparables, giran alrededor de ideas distintas, cada una con una específica inclinación.

### *3.1. Gobierno limitado por la Ley*

El significado más amplio de Imperio de la Ley, el cual se ha construido por más de 2000 años, es que el Estado y sus oficiales están limitados por la ley. Esta idea está inspirada por la limitación de la tiranía del gobernador, sin embargo, esta tarea ha sido una lucha constante, la cual precede el surgimiento del concepto de libertad individual. Este significado de Imperio de la Ley prevaleció hasta el triunfo del liberalismo, cuando el énfasis cambió a la formalidad legal (Tamanaha, 2004).

La noción de que los oficiales gubernamentales deben operar dentro de un marco límite de la ley tiene dos nociones: el primer sentido es que esos oficiales se deben atener al derecho positivo que actualmente se encuentre vigente; la ley puede ser cambiada por algunos oficiales que tengan la autoridad para hacerlo, pero hasta que no se cambie debe ser seguida. El segundo sentido es que incluso cuando los oficiales gubernamentales quieran cambiar la ley, ellos no tienen la libertad de cambiarla en la manera que ellos quieran, tienen límites en su poder de crear la ley. Hay algunas cosas que no pueden hacer con la ley o en su nombre. En esta concepción, el poder del soberano sobre el derecho positivo está restringida en términos legales (Tamanaha, 2004).

Esos límites se han entendido en los términos que dicte el derecho natural o divino o una costumbre jurídica atemporal. En las sociedades contemporáneas liberales donde el derecho natural, divino o la costumbre jurídica no predominan como antes, los equivalentes a los límites a los legisladores son las proclamaciones o las cartas de derechos humanos (Tamanaha, 2004).

En el ámbito internacional la ley adquiere unas características particulares que cambian la manera en la cual se implementa el Imperio de la Ley. El derecho internacional público está establecido a partir de las relaciones entre los Estados, no hay un poder legislativo o ejecutivo real. Con excepción a los principios universales y el derecho internacional consuetudinario, los regímenes legales que se aplican a un Estado soberano son solo aquellos aceptados por este. Los tribunales internacionales funcionan con base al consentimiento, solo tienen jurisdicción si los países involucrados en la disputa acuerdan que estos conozcan el caso (Tamanaha, 2004).

En el derecho internacional, las leyes se aplican solo a aquellos que aceptan someterse a estas; la ley se divide en varios grupos, que pueden aplicarse solo a algunos individuos y a otros no, los cuales pueden negarse a ser llamados ante una corte y posteriormente ignorar la decisión que esta tome. En este ámbito, si se deja de lado la idea moral de que la ley debe ser respetada de acuerdo a su estatus, los sujetos solo accederán a someter y obedecer la ley si esto favorece sus intereses, además, aquellos más poderosos tienen más capacidad e intenciones de actuar sin preocuparse por las limitaciones legales, las cuales operan de manera más efectiva en el medio comercial debido a que la economía global tiene un fuerte impacto en el equilibrio económico de cada Estado, por ende, estos se involucran en dichas restricciones, ya que de lo contrario no podrían involucrarse plenamente (Tamanaha, 2004).

En principio el Imperio de la Ley puede parecer una imposición, pero esta afirmación no es del todo cierta, ya que varios Estados no cumplen la ley internacional, salvo cuando esto tiene alguna relevancia para ellos, sin embargo, cuando algún Estado soberano viola el derecho internacional, hace un esfuerzo para que sus acciones parezcan consistentes con el derecho, lo cual confirma que este tiene una relevancia, aun cuando es eludido (Tamanaha, 2004).

### *3.2. Formalidad Legal*

El segundo grupo de significados gira alrededor de la construcción del Imperio de la Ley como una formalidad legal. En este sentido, el Imperio de la Ley se refiere a las leyes, con las cualidades de

generalidad, equidad en su aplicación y certeza, las cuales en sí, son características de las leyes como tal.

La formalidad legal hace énfasis en un orden establecido y mantenido por el gobierno. También incluye la posibilidad de ser escuchado de manera justa en un proceso judicial.

Este significado predomina en el liberalismo y capitalismo, principalmente se trata de predictibilidad, las personas deben conocer en avance qué acciones pueden exponerlos al riesgo de ser sancionados por el gobierno.

En el ámbito internacional, el hecho que los Estados son quienes deciden someterse a la ley y el rol que juegan el poder y la política al influenciar el derecho internacional, tiene implicaciones adversas en la equidad de implementación y certeza de la ley. Además, la proliferación de tribunales sin coordinación y la separación del derecho en diferentes líneas y temas genera problemas con la consistencia y coherencia: es imposible seguir todos los nuevos tratados, decisiones de las organizaciones internacionales y casos en las cortes y tribunales internacionales, cuando se superponen dos áreas del derecho internacional, como los regímenes de comercio o cuando problemas ambientales tienen implicaciones en el comercio. No es fácil que el derecho internacional sea predecible si el contexto está gobernado por diferentes cuerpos de leyes que tienen conflictos entre sí o está sujeto a políticas incompatibles (Tamanaha, 2004).

Los sistemas jurídicos nacionales y sus cortes interactúan de diversas maneras con el derecho internacional público y privado: las cortes nacionales interpretan las leyes nacionales o transnacionales y las decisiones que toman los jueces y árbitros y viceversa, por otra parte, los regímenes nacionales incorporan, se fundamentan, refieren, coordinan, ignoran, contradicen o anulan las leyes internacionales o transnacionales y viceversa (Tamanaha, 2004).

Finalmente, se debe tener en cuenta que el fin original del derecho internacional es mantener la paz entre las naciones soberanas, un fin que se alcanza más bien por el compromiso que por los preceptos de la ley debido al contexto, la naturaleza política de los conflictos que pueden surgir y de todas las cosas que dependen del cumplimiento voluntario de las normas. Por lo tanto, se toma una orientación que se separa de la formalidad legal, pero por unas razones justas (Tamanaha, 2004).

### *3.3. Imperio de la Ley, no del hombre*

El tercer grupo de significados presenta el Imperio de la Ley en contraste con el Imperio del Hombre, esto es planteado como una antítesis: “*el imperio de la ley, no del hombre*”, “*un gobierno de leyes, no de hombres*”, la ley es la razón, el hombre es la pasión, la ley no es discrecional, el hombre tiene una voluntad arbitraria, la ley es objetiva, el hombre es subjetivo.

La inspiración que subyace en esta idea es que vivir bajo el Imperio de la Ley implica no ser sujeto de la voluntad impredecible de otros sujetos: gobernantes, jueces, oficiales gubernamentales u otros ciudadanos; se está protegido de las debilidades humanas como preferencias, pasiones, prejuicios, errores, ignorancia, avaricia o caprichos. Este sentido de Imperio de la Ley está basado en el miedo y la desconfianza al otro. Refleja una decisión, que se presenta desde Aristóteles, de preferir ser gobernado por el derecho en lugar de otra persona, bajo la preocupación de un potencial abuso que se encuentra inherente en la posibilidad de gobernar (Tamanaha, 2004).

Esto implica que los jueces y autoridades deben interpretar y aplicar la ley de una manera imparcial. Sin embargo, en el ámbito internacional, los abogados no comparten una tradición y cultura en el mismo grado y profundidad que en los sistemas jurídicos domésticos. Los juristas en el derecho internacional han sido educados siguiendo diferentes tradiciones: derecho romano germánico, derecho anglosajón, derecho con base al socialismo, derecho islámico y otros tipos y combinaciones, los cuales tienen diferentes actitudes y aproximaciones a la manera en la cual el derecho internacional es constituido y comprendido (Tamanaha, 2004).

Álvaro Santos (2006) presenta cuatro concepciones del Imperio de la Ley, las cuales responden a dos criterios: el primero es el grado de autonomía del orden legal respecto a otros órdenes como la moral y la política, el segundo criterio se refiere al grado de valor relativo frente a las consideraciones que existen; ambos criterios tienen una versión instrumental y una versión intrínseca. El autor saca estas concepciones con base a la doctrina y la jurisprudencia.

### *3.4. Concepción Institucional*

Se preocupa por la eficiencia de un sistema legal. De acuerdo a esta interpretación, las acciones del gobierno deben ser autorizadas por la ley, además, las leyes deben ser capaces de guiar las conductas de las personas (Santos, 2006).

Esta concepción enfatiza las características formales de un sistema legal, con el fin de garantizar que las leyes estén disponibles y sean susceptibles de ser seguidas.

**3.4.1. Versión Instrumental:** se concentra en las características que debe tener un sistema legal, en las cuales debe destacar el alto grado de estabilidad, con el fin de que el derecho predomine.

**3.4.2. Versión Intrínseca:** se preocupa por la ausencia de poder arbitrario en el gobierno, el Imperio de la Ley implica equidad en derecho, es decir, que cada persona, independientemente de su posición, es sujeto de la jurisdicción ordinaria, administrada por los tribunales ordinarios (Santos, 2006).

Bajo el Imperio de la Ley, las normas constitucionales son el resultado de la ley ordinaria establecida por los tribunales de jurisdicción ordinaria (Santos, 2006).

**3.5. Concepción sustantiva:**

Toma las características formales de la concepción institucional, pero requiere de la existencia de derechos específicos que son consideradas inherentes en un sistema.

**3.5.1. Versión Instrumental:** el Imperio de la Ley es un marco permanente de derechos en los cuales las decisiones individuales guían las actividades; estas reglas permiten a los individuos prever cómo el gobierno puede hacer uso de su poder coercitivo en ciertas circunstancias y planear sus negocios de acuerdo a este (Santos, 2006).

Se basa en la idea de Hayek, en la cual el Imperio de la Ley es “*la encarnación legal de la libertad*”, es un sistema que articula una economía libre de mercado.

**3.5.2. Versión Intrínseca:** el Imperio de la Ley y la mejora de las libertades individuales no deben ser vistos como medios para adquirir un fin, sino como un fin en sí mismo. El Imperio de la Ley no es lo que el derecho y el sistema judicial formalmente afirman, sino que debe considerar la mejoría de las capacidades individuales y sus libertades sustantivas para ejercer sus derechos (Santos, 2006).

Stephen Humphreys (2010) hace una recopilación de varias explicaciones dadas al Imperio de la Ley, con el fin de identificar algunos de sus atributos del concepto. Este autor clasifica estas definiciones de acuerdo a parámetros sociales, económicos y de soberanía, con el fin de tener un

amplio margen de concepciones asumidas dentro del término y analizar el peso histórico del Imperio de la Ley.

### *3.6. Sociedad:*

El Imperio de la Ley surge como un tejido conectivo que mantiene a la sociedad unida, hay una obediencia generalizada al derecho, acompañada por un legalismo extendido en las esferas públicas y privadas. El derecho funciona como trasfondo, interiorizado e independiente del poder coercitivo y administrativo que garantiza su eficacia, lo cual hace que sea inmanente, ya está presente en cualquier interacción cotidiana de los ciudadanos sometidos al sistema jurídico (Humphreys, 2010).

#### **3.6.1. Dicey: “El hábito de auto-gobierno”**

A diferencia de otros autores que concebían el Imperio de la Ley como un bien universal, Albert Dicey estimaba que este era local, “*una de las peculiaridades más marcadas de la vida inglesa*”. Dicey introdujo el término de Imperio de la Ley como un instrumento estructural que separaba el derecho constitucional del resto del derecho. El Imperio de la Ley, un término popularizado e incluso, acuñado por el mismo Dicey, es el espacio donde los principios sobre lo que es correcto, hábitos y prácticas jurídicas se convierten en derecho positivo (Humphreys, 2010).

Para Dicey, el Imperio de la Ley se caracteriza por ser un rasgo de una nación, el cual distingue al derecho inglés de otros ordenamientos jurídicos e incluso lo presenta como superior. Expresa el hecho que el derecho inglés constitucional, no es la fuente de los derechos individuales definidos y promovidos por las cortes, es el resultado (Humphreys, 2010).

#### **3.6.2. Oakeshott: “una asociación moral”**

A diferencia de Dicey, Michael Oakeshott duda que se haya alcanzado el Imperio de la Ley en algún lugar, para él, es algo visto y esbozado en la práctica, de manera espontánea y disfrutado de manera intermitente, sin comprenderlo completamente. Es una asociación moral que impone ciertas obligaciones en todos los actores, para observar condiciones en sus comportamientos (Humphreys, 2010).

El Imperio de la Ley es una relación en la cual se reconoce la autoridad y autenticidad de las leyes, las cuales deben ser emitidas por un legislador soberano y deben contribuir al grupo de normas que establecen las condiciones deseadas de un patrón de relaciones humanas no instrumental. El

derecho solo debe limitarse a asegurar que la justicia prevalezca, no debe extenderse a establecer otros bienes públicos. Para Oakeshott, el Estado es una nomocracia, cuyo propósito es preservar, a través del derecho, la asociación moral de individuos libres. El Imperio de la Ley en este punto de vista es la evidencia de esa asociación (Humphreys, 2010).

### **3.6.3. Habermas: “*respeto mutuo entre extraños*”**

Jürgen Habermas imagina un modelo político y social con el fin de demostrar un acercamiento particular a la legislación y promoción de normas jurídicas, es decir, el Imperio de la Ley es necesario para el mantenimiento de las asociaciones humanas en la sociedad moderna. El derecho provee una plataforma para la integración social en comunidades complejas, con el fin que los individuales puedan coexistir en la ausencia de un trasfondo común de valores (Humphreys, 2010).

El Estado de Derecho moderno de Habermas, está para mediar entre la autonomía pública y privada, para proveer un lenguaje común y un grupo de expectativas en la ausencia de una moralidad común. El Imperio de la Ley es el resultado de un proceso de aprendizaje comunitario (Humphreys, 2010).

## **3.7. Economía:**

### **3.7.1. *Perspectivas sobre el Derecho y el Estado***

#### **3.7.1.1. Reflexiones de Dicey sobre el derecho administrativo**

En el momento que Dicey planteó su opinión sobre el Imperio de la Ley, los Estados europeos, entre los cuales se encontraba el Estado británico, empezaron a adquirir sus amplias funciones políticas modernas, las cuales suponían administrar la economía. Se estaba avanzando hacia el sufragio universal en Inglaterra, mientras que en Alemania se implementó el primer esquema de seguridad social, el cual fue adoptado por Inglaterra durante el gobierno de Herbert Asquith, lo cual implicó que las estructuras de bienestar dejaran de ser manejadas por grupos privados y fueran parte del Estado, además, se introdujeron las pensiones estatales en 1908, controles de renta en 1915 y las estructuras de bienestar modernas plenas se introdujeron en 1948. Por lo tanto, se puede considerar que la oposición de Dicey a la idea que el Estado fuera regulador y administrador, es conservadora, ya que no reconoce la existencia de un Estado en sí, separando el carácter y la competencia de la Corona, el Parlamento y el aparato judicial, lo cual difiere de la existencia de un cuerpo estatal unificado en Francia. Dicey realizó su concepción nacionalista de Imperio de la Ley con el fin de contrarrestar la ideología francesa, su definición tripartita de Estado está construida

alrededor de la distinción entre la autoridad administrativa francesa y la autoridad judicial inglesa. El Imperio de la Ley, para Dicey, está definido por la oposición al derecho administrativo y la capacidad política que estas implican (Humphreys, 2010).

Sin embargo, el desarrollo histórico de Inglaterra, las cortes inglesas no pudieron resistirse al gobierno administrativo que iba creciendo. En 1915, Dicey ya no pudo ignorar la prevalencia de un cuerpo administrativo inglés, por lo tanto, habla de una disminución en la sumisión al Imperio de la Ley. Sin embargo, la perspectiva de Dicey es importante, ya que su idea inicial, que la libertad depende de la incapacitación del gobierno, influyó a otros autores como Hayec y Weber (Humphreys, 2010).

#### 3.7.1.2. La asociación política obligatoria de Weber

Max Weber, consideraba que el derecho moderno europeo era una combinación de formalidad, racionalidad, secularidad y dependencia de un gran aparato burocrático para su ejecución. Los procesos y contenidos del derecho moderno no se podían separar del crecimiento del capitalismo, el cual requería de la certeza sobre el derecho, un sistema jurídico donde las normas universales se aplicaban de manera uniforme. Weber afirmaba que, estas cualidades solo eran concebibles bajo las condiciones de “*asociación política obligatoria*”, un término que este autor empleaba para referirse al Estado moderno (Humphreys, 2010).

Weber afirma que la burocracia es el medio para estructurar las organizaciones públicas y privadas con el fin de obtener los resultados más efectivos y predecibles, estas fortalecen la racionalidad y modernidad del derecho moderno (Humphreys, 2010).

La definición de Weber del Estado como una institución que goza un monopolio legítimo sobre la violencia, y la ambigüedad con la que él vio la libertad individual en dicho Estado, la cual, depende de este, contrasta con el concepto de Dicey. Para Weber, la adopción de estructuras administrativas en sí no era inconsistente con la sumisión del Estado de Derecho, al contrario, ambos eran mutuamente constitutivos y se refuerzan entre sí, el Estado de bienestar era una reacción y síntoma del avance de la burocracia (Humphreys, 2010).

#### ***3.7.2. El Imperio de la Ley y el Estado de bienestar mutuamente incompatibles***

Esta noción del Imperio de la Ley mutuamente incompatible con el Estado de bienestar apareció en dos escuelas de pensamiento: la primera comprende el movimiento de “*Estudios Críticos del*

*Derecho*”, un grupo de abogados y académicos del derecho que revivieron la tradición realista de crítica jurídica a mediados de la década de los 70. La segunda es la Escuela Austriaca de Economistas (Humphreys, 2010).

#### 3.7.2.1. Estudios Críticos del Derecho (ECD):

La narrativa dominante de los ECD, consideraba que la adhesión al Imperio de la Ley oculta una política sesgada ya existente, la cual está interiorizada en el derecho y la interpretación jurídico. En este orden de ideas, el Imperio de la Ley es un obstáculo a la justicia social. Esta idea proviene de la preocupación realista sobre los objetivos progresivos, que pueden volverse imposibles de alcanzar por la profundización de las ideas de propiedad y libertad contractual, las reclamaciones existentes sobre estas predominarían la idea de bienestar (Humphreys, 2010).

Los objetivos de bienestar deben desviarse del Imperio de la Ley, removiendo decisiones distributivas de los agentes privados con el fin de responder a las necesidades sociales (Humphreys, 2010).

#### 3.7.2.2. El Imperio de la Ley según Hayek (Escuela Austriaca de Economistas)

Hayek identificó que la gran complejidad de la sociedad moderna se expresaba en el rol del Estado dirigiendo la economía, el cual era cada vez más grande. A medida que la sociedad era más compleja, se administraba de manera menos efectiva y, por ende, lo mejor sería encontrar un medio de control que no requiriese un control complejo. Si la acción colectiva es canalizada a través del Estado, en lugar de asociaciones voluntarias, algunas metas comunes, como la justicia social, se harían problemáticas en la práctica, ya que no hay una manera adecuada para alcanzarlas. Las decisiones sobre la mejor manera de alcanzar dichas metas deben delegarse a expertos, cuyas decisiones tienen consecuencias distributivas (Humphreys, 2010).

El mercado es el medio apropiado para tomar decisiones distributivas: son espacios de encuentro voluntario para realizar cambios de bienes, la competencia en el mercado supone una decisión individual libre, los mercados producen y ubican bienes de una manera más adecuada que los gobiernos. Sin embargo, Hayek no estaba abogando a favor del “*laissez faire*”, que él identificaba como “*dejar las cosas como están*”, él consideraba que era necesario un marco jurídico para que la competencia funcionara de manera efectiva y produjera beneficios. El Imperio de la Ley produce este marco (Humphreys, 2010).

Para Hayek, el Imperio de la Ley significa que el gobierno está sujeto por normas, planteadas previamente, que permiten predecir con certeza cómo la autoridad debe emplear sus poderes coercitivos en determinadas circunstancias y planear los negocios individuales con base a este concepto. En otras palabras, es la capacidad de cada individuo para planear sus asuntos en lugar de que el Estado lo haga por él. Por lo tanto, las normas deben ser generales y deben tener ánimo de perdurar en el tiempo. Hayek identificó el bienestar como una manera de planeación central y, por lo tanto, era contraria al Imperio de la Ley. Sin embargo, esto implica que se dieran lugar a distribuciones inequitativas (Humphreys, 2010).

### *3.8. Soberanía:*

Con la expresión “*gobierno de leyes, no de hombres*”, el Imperio de la Ley promete restringir el poder soberano, lo cual es la cualidad más convincente de este como bien común, ya que garantiza la sumisión del gobierno al derecho y mantener la tiranía alejada.

#### ***3.8.1. Aristóteles: la soberanía del derecho***

La concepción del Imperio de la Ley como garantía de la restricción de la soberanía tiene sus orígenes en una declaración de Aristóteles “*el Imperio de la Ley, es preferible al de cualquier individuo*”. Aristóteles expresó esta idea mientras la democracia iba ganando más adeptos, un fenómeno que este filósofo miraba con desdén, ya que él consistentemente elevaba el derecho consuetudinario sobre el derecho escrito, ya que, para él, la costumbre es más soberana que los estatutos. Las leyes escritas existen para producir resultados particulares y por lo tanto no puede considerarse una fuente del derecho en general, la codificación del derecho consuetudinario, por otra parte, sostiene y mantiene un gobierno en el cual un individuo puede tener una buena vida (Humphreys, 2010).

#### ***3.8.2. Agamben: el derecho de la soberanía***

Giorgio Agamben en su estudio sobre los estados de excepción de 1998, no considera al Imperio de la Ley como un contrapeso a la discreción ejecutiva, su estudio se preocupa por la expansión sistémica y progresiva del derecho dentro de cada área de la vida y la capacidad de los órdenes jurídicos para integrar entre ellos zonas de anarquía. El problema de Agamben reafirma el surgimiento de un Imperio de la Ley atado a un estado de excepción (Humphreys, 2010).

Agamben identifica dos corrientes de pensamiento sobre la legalidad de la excepción: la primera considera que la legalidad es una parte integral del derecho positivo, por la necesidad que la

fundamenta es una fuente autónoma del derecho. Este análisis está codificado por la derogación, tratados y provisiones constitucionales que permiten la suspensión de algunos derechos por períodos limitados de tiempo, los cuales se han visto como una concesión a la inevitabilidad de medidas estatales excepcionales durante momentos de emergencia. Agamben advierte que esta idea tiene el potencial de desestabilizar cualquier noción del Imperio de la Ley, ya que parecería significar que cualquier límite a la derogación debe permanecer arbitrario o provisional, por lo tanto, no es posible predecir con anterioridad el alcance de este, ya que implicaría que el derecho se aplique de una manera inestable o inequitativa, sujeto a varias disposiciones especiales, las cuales pueden ser diversas, complejas varían de acuerdo a la relación entre el soberano y el individuo (Humphreys, 2010).

La segunda corriente que identificó Agamben entiende el Estado de excepción como algo esencialmente extrajurídico, algo anterior o distinto a la ley. Los Estados de excepción legales no hacen más que reconocer los límites prácticos al dominio constitucional, no es posible controlar las acciones ejecutivas en tiempos de emergencia (Humphreys, 2010).

Agamben rechaza estas aproximaciones al Estado de excepción, en cambio, él identifica que el Estado legal de excepción tiene sus orígenes en el Estado moderno, con el decreto 1789 de la asamblea constituyente francesa, en la cual se distingue un “*Estado de paz*” de un “*Estado de sitio*”. El Estado de excepción se adopta gradualmente con el fin de manejar un rango de problemas que alteran la cotidianidad de un país, incluso en tiempos de paz, como los desastres naturales, hambrunas y disturbios políticos. El Estado de excepción es la creación de una tradición democrática, no absolutista, este es de carácter político (Humphreys, 2010).

Agamben (2003) advierte que el Estado de excepción no es externo ni interno al ordenamiento jurídico, por lo tanto, el problema de su definición concierne a un umbral o una zona de indiferenciación, en el cual no se excluyen el interior y el exterior, sino que se indeterminan. Por ende, la suspensión de la norma no significa su abolición, y la zona de anomia que ella instaaura no está (o al menos pretende no estar) totalmente separada del orden jurídico.

El Estado de necesidad se presenta, tanto en la forma del Estado de excepción como en la de la revolución, como una zona ambigua e incierta en la cual los procedimientos de facto, pasan a ser derecho y las normas jurídicas se indeterminan en el hecho, por lo tanto, es un umbral en el cual hecho y derecho se vuelven indecibles. Se ha dicho con eficacia que en el Estado de excepción,

el hecho se convierte en derecho, pero también es verdad lo contrario, en él actúa un movimiento contrario porque el derecho es suspendido y obliterado por el hecho (Agamben, 2003).

El Estado de excepción debe entenderse como algo distinto al derecho, no es un Estado de derecho, sino un espacio sin normatividad, donde el derecho tiende a no tener contenido. En este orden de ideas, el Imperio de la Ley es un ideal en contra de la violencia revolucionaria en sí, este adopta y expresa la amonestación que las protestas solo son legítimas cuando se hacen dentro del derecho, que la revolución es ilegítima por definición, ya que indica el fin de una perspectiva política. Sin embargo, el Estado de emergencia, de acuerdo a los planteamientos de Agamben, se emplea para extender o completar el alcance del derecho con el fin de abarcar momentos de violencia o revolución, para absorberlos y canalizarlos a través de la soberanía (Humphreys, 2010).

Giorgio Agamben (2003) sostiene que el Estado de excepción es un espacio sin norma en el cual se pone en juego una fuerza-de-ley sin ley: una fuerza de ~~ley~~ semejante, en el cual la potencia y el acto son separados radicalmente, es como un elemento místico o una ficción a través de la cual el derecho busca anexarse la propia anomia.

El Estado de excepción es la apertura de un espacio en el cual la aplicación y la norma exhiben su separación y una fuerza-de-~~ley~~ actúa (desaplicando) una norma cuya aplicación ha sido suspendida. De este modo, la división entre norma y realidad y la consiguiente constitución del ámbito normal, es operada en la forma de la excepción, a través de la presuposición de su nexa. Esto significa que para aplicar la norma se debe, en última instancia, suspender su aplicación y producir una excepción. El Estado de excepción señala un umbral en el cual la lógica y la praxis se indeterminan y una pura violencia sin razonamiento pretende actuar un enunciado sin ningún referente real (Agamben, 2003).

El Estado de excepción no es una dictadura, sino un espacio vacío de derecho, una zona de anomia en la cual todas las determinaciones jurídicas son desactivadas. Este espacio vacío de derecho es tan esencial al orden jurídico que éste debe tratar por todos los medios de asegurarse una relación con aquel. El vacío jurídico que está en cuestión en el Estado de excepción parece absolutamente impensable para el derecho, pero este reviste una importancia estratégica para el orden jurídico tan decisiva que trata de no dejarlo escapar a cualquier costo (Agamben, 2003).

Humphreys (2010) señala que, el Imperio de la Ley es necesario para el orden soberano al ser el sistema de derechos que define y asigna las libertades y restricciones individuales. Es un vehículo del poder disciplinario, ya que es el medio para que una uniformidad de objetivos y normas sean normalizadas y transmitidas eficientemente. El Imperio de la Ley es un espacio donde se restringe la soberanía, en el sentido que esta debe someterse a unos procedimientos y técnicas que crean posibilidades de acciones y resultados, que proveen legitimidad.,

James Goldston (2014) señala que algunos autores como Joseph Raz tienen una visión puramente formalista del Imperio de la Ley, en la cual, este no tiene un contenido sustantivo, Raz considera que algunos Estados que ignoren los derechos humanos, condiciones de pobreza extrema, diferencias de género o raza o persecución religiosa, pueden cumplir los requisitos del Imperio de la Ley, un ordenamiento jurídico puede sobresalir en este aspecto, sin necesidad de seguir ciertos principios, Raz afirma, que en este orden de ideas, se podría regular la esclavitud sin necesidad de violar el Estado de Derecho.

Goldston (2014) también identifica a autores como Tom Bingham, el cual afirmó que, *“todas las personas y autoridades de un Estado, ya sean del sector público o privado, deben estar ligados e intitulados a beneficiarse de las normas creadas de manera pública, teniendo efectos a futuro y en la administración de estas en tribunales”*. Goldston advierte que Bingham rechazó la inclusión de los derechos humanos dentro de la definición de Estado de Derecho.

Goldston (2014) señala que el Imperio de la Ley, para las Naciones Unidas, es la garantía de la protección de los derechos humanos, por lo tanto, debe estar comprometido a estos. La declaración de la ONU sobre el Imperio de la Ley afirma que los derechos humanos, el Estado de Derecho y la democracia están ligados y se refuerzan mutuamente, al respecto, Kofi Annan declaró:

*Un principio de gobernanza, en el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluyendo al Estado, deben responder a las leyes que son promulgadas, implementadas de manera equitativa y adjudicadas de manera independiente, son consistentes con las normas y estándares internacionales de derechos humanos. También requiere medidas para asegurar la adherencia a los principios de supremacía del derecho, equidad ante el derecho, responsabilidad hacia este, imparcialidad en la aplicación, separación de poderes, participación en la toma de*

*decisiones, certeza jurídica, evasión de la arbitrariedad y transparencia procesal y legal* (Secretario General de las Naciones Unidas, 2004).

De igual manera, Louise Arbour (2012), quién fue el alta comisionada de derechos humanos de la ONU indicó que:

*El verdadero Imperio de la ley es sustantivo y abarca muchos requisitos de derechos humanos. Refleja la idea de igualdad en una manera sustantiva: no hay nadie sobre el derecho, pero todos son iguales ante este, por lo tanto, tienen la posibilidad de reclamar su protección y el mismo beneficio. Bajo este orden de ideas, las normas jurídicas tienen un propósito más alto que la mera regulación de las conductas humanas, también deben resaltar la libertad, seguridad e igualdad y deben esforzarse por obtener un balance perfecto entre derecho y justicia.*

Varios autores están de acuerdo en que los proyectos de reforma del Imperio de la Ley se dividieron en dos generaciones, la primera consistió en los esfuerzos para fortalecer los cambios en los sistemas jurídicos de los Estados, particularmente las instituciones judiciales. La segunda era de estas reformas se caracterizó por enfocarse en los objetivos que se pretendían alcanzar con el Imperio de la Ley, el cual ya contaba con una definición más establecida, además no solo se enfocó en las instituciones jurídicas, también prestó atención a los mercados.

Humphreys (2010) identifica las dos fases de promoción del Imperio de la Ley: la primera se dio con la caída del comunismo, donde se empleó como la llamada a la transición de Estados socialistas a democracias de mercado libres en Europa del este. La segunda fase se dio después de 2001, con el surgimiento del contra terrorismo y guerras en Afganistán e Irak, las cuales dieron lugar al refuerzo y aumento de llamadas para crear y robustecer las instituciones del Imperio de la Ley en países frágiles.

Rachel Kleinfeld (2012) señala que la reforma del Imperio de la Ley que se dio a mediados de la década de los noventa, se llevó a cabo sin tener una definición, fundamentada en la idea de que se iría conociendo a medida que esta fuera desarrollándose. En lugar de buscar una explicación, los gobiernos y agencias señalaron las características institucionales que consideraban necesarias para que un país tuviera un sistema jurídico moderno y luego establecer la manera de ayudar a ese país a mejorar (Kleinfeld, 2012).

### *3.9. Primera era del Imperio de la Ley*

Stephen Golup indica que la primera generación se caracteriza por un enfoque a las instituciones estatales, particularmente los organismos judiciales, el cual estaba determinado por los profesionales del derecho. Los abogados jugaban un rol central en el diagnóstico de los problemas que se presentaban en el sistema legal y las posibles soluciones a estos en lo que refería a las cortes, contratos, reformas legales y otras instituciones y procesos. Por otra parte, la sociedad civil también se encontraba comprometida con el desarrollo estatal y participaba a partir de consultas a Organizaciones No Gubernamentales (ONG) sobre la manera en cómo se podía reformar el sistema y otorgando fondos. Este período también se caracterizó por tener una gran confianza en los actores extranjeros, ya que estos traerían experiencias, iniciativas y modelos originados.

Por otra parte, hay quienes como Trubek (2006) recalcan que a diferencia del movimiento de Derecho y Desarrollo que se enfocó en la educación, los proyectos del Imperio de la Ley pretendían traer cambios en todos los aspectos del sistema legal, lo cual significaba que existían proyectos para fortalecer la academia y hacer reformas en casi todas las áreas del derecho. Los abogados practicantes, jueces, fiscales y administradores de las cortes de los países occidentales se unieron con académicos en esta nueva fase de reforma legal y trasplantes. Esta vez se enfocaron en la administración de justicia, lo cual implicaba en un manejo eficiente de los casos, un mejor acceso a la justicia a través de la construcción de mecanismos alternativos de conflictos, mejores mecanismos para hacer cumplir las decisiones judiciales y promover una justicia independiente.

También se resaltó la importancia de los contratos y la sociedad privada, ya que eran los elementos principales de la economía de mercados, una fuerte creencia en la posibilidad de hacer trasplantes legales, una voluntad por llevar a cabo reformas en todos los sectores y niveles del sistema jurídico y un punto de vista en el cual había un modelo de Imperio de la Ley aplicable a todos los países (Trubek, 2006).

Sin embargo, la primera fase del Imperio de la Ley tuvo un concepto muy pobre y una noción muy simple de cómo este se llevaría a la realidad, por lo tanto, surgieron críticas respecto a las ideas institucionales y a la implementación de estas. Aquellos que creían que solo había un modelo para todo el mundo, no consideraban que las instituciones legales debían contextualizarse, los que dependían fuertemente de los trasplantes legales se olvidaban de la compleja y decepcionante historia de la trasplatación legal y quienes pensaban que la reforma solo consistía en la creación

de nuevas leyes, no tenían en cuenta la brecha histórica que había entre el derecho en el papel y el derecho en acción (Trubek, 2006).

También habían dudas sobre los resultados que este proyecto podía tener, las cuales se pueden dividir en dos grupos: el primero, era de aquellas personas que acordaban con las ideas básicas detrás de las reformas del Imperio de la Ley, pero que tenían una visión más amplia de este término y sus instituciones que el ideal estricto y neoliberal que se tomó en la primera etapa. El segundo grupo de críticas lo conformaban aquellos que consideraban que este movimiento iba en contra de los acuerdos e instituciones empleados en todos los Estados capitalistas desarrollados, los cuales empleaban el derecho para intervenir en los mercados con el fin de corregir fallas y disminuir riesgos, además, los sistemas jurídicos que se encuentran en las economías de mercado establecidas diferían en varios niveles y por lo tanto, no existía un modelo que pudiera ser copiado globalmente (Trubek, 2006).

Dentro de las ideas que se presentaron en la primera etapa del Imperio de la Ley, se encontraban líneas de pensamiento que se contradecían entre sí, lo cual se dio gracias al surgimiento de una alianza inestable entre el proyecto de los mercados y el proyecto de la democracia, en la cual se encontraban tensiones latentes, ocultas bajo la vaga idea del Imperio de la Ley, un término tan general que podía tener diferentes significados y ser interpretado por partidarios de diferentes visiones (Trubek, 2006).

### *3.10. Segunda generación del Imperio de la Ley*

Las críticas realizadas a la primera etapa, junto con el Consenso de Washington crearon dudas sobre el programa de reforma legal, los cambios y dudas, junto con otros eventos, demostraron que este proyecto era más complejo de lo que parecía inicialmente. Por ende, surgió una nueva generación, la cual tomó unos elementos de la primera etapa del Imperio de la Ley y crearon una nueva definición, la cual sería el objetivo final de este proyecto.

Trubek (2006) señala que cuando se llevó a cabo el Consenso de Washington, surgieron dudas respecto a la manera de implementar las políticas y cambios institucionales prescritos, lo cual enfatizó la manera en la cual se llevaría a cabo la reforma y el reconocimiento que la planificación e implementación activa eran necesarios para conducir los mercados. Por ende, se cambió el paradigma, en el cual la privatización y los mercados debían consolidarse de una manera gradual, las políticas de crecimiento a partir de la exportación debían llevarse a cabo teniendo en cuenta las

necesidades de los mercados domésticos, se permitían los límites a la inversión extranjera y se permitía la intervención estatal para corregir las fallas del mercado y reducir la pobreza.

También se cambia la manera de pensar sobre el derecho, las instituciones de desarrollo empezaron a cuestionar algunas ideas que se propusieron en la primera etapa del Imperio de la Ley: se cuestionaba el formalismo, los límites constitucionales a la acción estatal, se reconocía los fallos en los intentos de trasplante legal, se enfatizaba la necesidad de llevar a cabo el desarrollo de acuerdo a los contextos específicos, se aceptó la importancia de tener objetivos a largo plazo y tener en cuenta los derechos laborales, derechos de la mujer y derechos ambientales; esto supuso un cambio en las políticas de desarrollo y se empleó un modelo de derecho regulatorio y administrativo en los Estados, además se reconoció que habían diferentes caminos legítimos que conducían al crecimiento económico. Los cambios en las ideas implicaron una variación en la agenda de reformas y la naturaleza de los proyectos que ahora se estaban llevando a cabo (Trubek, 2006).

Rachel Kleinfeld (2012) advierte que este nuevo tipo de reformas se hace con base a otro tipo de definición del Imperio de la Ley, en el cual este debe servir al Estado. Esto permitió a los reformadores enfocarse en los objetivos que los condujeron a tomar el Imperio de la Ley en primer lugar; no había un grupo definido de objetivos, sino que estos se añadían o eliminaban de acuerdo a la era. Había un consenso en el cual un Estado fundamentado en el Imperio de la Ley debía tener un gobierno sometido al derecho y está obligado a seguir unos procedimientos legales preestablecidos para crear nuevas leyes, todos los ciudadanos eran iguales ante la ley, las decisiones legales y gubernamentales estaban reguladas, no estaban sujetas a las disposiciones de individuos o la influencia de la corrupción, todos los ciudadanos debían tener acceso a mecanismos de resolución de conflictos efectivos y eficientes, los derechos humanos se protegen por la ley y el derecho es prevalente.

Hoy en día, hay una plétora de significados relacionados al Imperio de la Ley, que abarcan varias áreas del derecho y otras ciencias, como la economía y la ciencia política. Además, éste puede suponer temas como la protección de derechos humanos o el crecimiento económico. Las diversas definiciones pueden complementarse entre sí o contradecirse; sin embargo, es evidente que hay una aceptación global de este ideal, lo cual puede llegar a implicar la existencia de órdenes jurídicos que busquen la adopción e implementación de proyectos y políticas relacionados a este.

El Imperio de la Ley sigue empleándose cada vez más, aun cuando no haya un consenso sobre su significado, lo cual dificulta la identificación de los diversos programas que se justifican en éste. Por lo tanto, en este trabajo se analizarán los proyectos del Imperio de la Ley que buscan emplear el derecho como una manera de alcanzar el crecimiento económico.

#### **4. Sobre los Órdenes Jurídicos Transnacionales y su Alcance**

Autores como Dezalay y Garth (1996) afirman que el Imperio de la Ley se convirtió en uno de los ideales que se ha expandido fácilmente a través de fronteras luego de la Guerra Fría. Sin embargo, aun cuando esta idea tiene mucha fuerza alrededor del globo, necesita medios para ser promovida, más teniendo en cuenta la abstracción de esta: el proceso de internacionalización del Imperio de la Ley no puede ser explicado como la intención que tienen los abogados de producir leyes en todos los niveles; los abogados tienen diferentes tradiciones legales y vienen de diferentes ramas de la profesión, respondiendo a sistemas y clientes distintos, si promueven la expansión del internacionalismo en el derecho, es por su interés personal, es decir, que ellos son quienes contribuyen a la abstracción del término, ya que este se encuentra atado a las actividades de individuos y grupos que le dan un significado concreto.

La internacionalización del Imperio de la Ley se evidencia en las instituciones y normas desarrolladas a nivel internacional, sin embargo, esta no se refiere exclusivamente a las actividades que se llevan a cabo a nivel transnacional, también suponen las transformaciones al derecho internacional a través de actores nacionales y cambios en la esfera nacional a través del impacto de lo internacional. Las esferas nacionales e internacionales son espacios simbólicos, los cuales cuentan con su propias redes, jerarquías y experticia (Dezalay & Garth, 1996).

Este proceso, fue influenciado por la globalización, la cual, de acuerdo a Halliday y Carruthers (2009) modela las instituciones legales, políticas y sociales que apoyan las economías de mercado; marca el ritmo de flujo de ideas alrededor del mundo, las cuales tratan maneras de organizar la economía y promover la inversión y el desarrollo económico en maneras efectivas.

Halliday y Carruthers (2009) señalan que el fenómeno de la globalización organizó una escena de reformas al final del siglo XX; teniendo en cuenta los planteamientos de Boyle y Meyer, indican que la idea de globalización supone que las naciones y personas, organizaciones e individuos, estarán conectados y progresivamente integrados alrededor del mundo. La globalización supone la convergencia u homogeneización, por lo tanto, existe tensión entre fuerzas globales y estructuras locales y la dominación de la primera sobre la segunda implica que las inequidades de poder acompañan este proceso.

Además, Gregory Shaffer (2013) indica que esta es la época del transnacionalismo. Con la intensificación de interacciones económicas y culturales transnacionales que se presentó gracias a

la globalización, se ha dado lugar a la proliferación de acuerdos internacionales, regionales y bilaterales, redes regulatorias e instituciones que fomentan y promueven el cambio legal e institucional.

Las normas jurídicas, de la mayoría de las áreas del derecho circulan alrededor del planeta y son transmitidas a través de diversos actores, ya sea de manera instrumental o reflexiva, son codificadas en tratados internacionales, independientemente de su naturaleza coercitiva y otras veces son transmitidas a través de procesos informales llevados a cabo por redes burocráticas, redes transnacionales de actores privados como representantes comerciales, activistas no gubernamentales y profesionales. Estos procesos darán lugar al surgimiento de Órdenes Jurídicos Transnacionales distintivos (OJT), que impondrán o impartirán normas jurídicas que son relativamente claras, coherentes y aceptadas (Shaffer, 2013).

Sin embargo, Dezalay y Garth (1996) advierten que existen las áreas jurídicas internacionales, las cuales, de acuerdo a Bordieu y Wacquant (1992) son espacios simbólicos, con sus propias redes, relaciones jerárquicas, experiencia y normas, sujetas a ser modificadas a lo largo del tiempo por su relación con otras áreas, donde agentes e instituciones están en una lucha constante de acuerdo a las regulaciones y normas constitutivas de este terreno y en algunos casos las normas en sí. El área jurídica no es lo mismo que un orden jurídico, el cual es una serie de instituciones jurídicas establecidas; por lo tanto, es necesario tener en cuenta que puede haber áreas jurídicas internacionales sin que necesariamente se encuentren órdenes jurídicos internacionales.

Según Shaffer (2013) el OJT puede ser visto en términos sistemáticos, es más contingente y frágil, pero los efectos de la transferencia de las normas jurídicas transnacionales no son homogéneos a través de los Estados, varían de acuerdo a varios factores.

Los OJT se complementan con los procesos jurídicos transnacionales, los cuales se confrontan a los procesos nacionales e internacionales que pueden bloquear, adaptar, traducir o apropiarse la norma transnacional e incitar su revaloración (Shaffer, 2013).

Autores como Halliday y Carruthers (2009) advierten que un Orden Internacional es más legítimo cuando su membresía y toma de decisiones incluye los representantes de las entidades que son objeto de legislación, también, el Orden Internacional parece más legítimo cuando sus procedimientos internos de toma de decisiones se desarrollan bajo ciertos estándares de justicia

procesal, en el cual todos los actores incorporados en el proceso de deliberación deben conocer las reglas y ser tratados de manera equitativa, finalmente, un Orden Internacional es más legítimo cuando aparentan serlo: si un Orden Internacional ha sido previamente efectivo en alcanzar sus metas y producir estándares que fueron adoptados, entonces se considerará más legítimo en esfuerzos futuros.

La legitimidad es importante en el ámbito de la periferia global, en los encuentros entre lo global y lo local, la legitimidad de los actores globales depende demasiado de la voluntad que tengan los actores locales de otorgarla; la legitimidad requiere de un sujeto dispuesto a aceptar, obedecer o ajustarse en reconocimiento de una autoridad legítima. Por ende, el poder de los actores globales depende no sólo de sus atributos como organizaciones, pero también en cómo son percibidos. En conclusión, la creación de normas a nivel internacional y transnacional es altamente interactiva, lo cual da poder a los sujetos de legitimidad (Halliday & Carruthers, 2009).

#### *4.1. ¿Qué es un ordenamiento jurídico transnacional?*

Shaffer (2013) afirma que el derecho en un principio estaba asociado con las leyes estatales y los sistemas legales nacionales, esta disciplina ayudó a proveer legitimidad a las instituciones, lo cual también supuso la creación de una identidad nacional. La constitución, construcción, guerras y conflictos civiles posteriores, consolidaron un orden jurídico dentro de los límites señalados para una población determinada, constituyendo nuevas comunidades. Por otra parte, el derecho internacional público se creó con el surgimiento de los Estados, gobernando sus relaciones y ayudando al reconocimiento mutuo, así mismo, el derecho internacional privado daba reglas y estándares para gobernar situaciones en la cual más de un Estado reclamaba jurisdicción sobre una transacción o evento que involucraba actores no estatales. Esto supone que los conceptos de derecho internacional público y privado giran alrededor de la idea del Estado, agendando relaciones entre Estados-nación y entre sistemas legales nacionales (Shaffer, 2013).

Con la caída del muro de Berlín y la expansión de la globalización económica, los académicos han empezado a utilizar los términos de derecho global y transnacional, los cuales desnacionalizan el derecho en varios grados, ya que las normas jurídicas no pueden ser formalmente parte del derecho nacional o internacional en las concepciones tradicionales. El derecho global es el conjunto de normas jurídicas universales que son creadas y difundidas globalmente en diferentes áreas jurídicas que pueden o no envolver acuerdos entre Estados (Shaffer, 2013).

El concepto de derecho transnacional se emplea para referirse a leyes que no encajan en las concepciones tradicionales de derecho nacional e internacional, pero no son necesariamente globales. El uso de este término puede ser clasificado en dos conceptos, los cuales se diferencian en que uno se enfoca en los sujetos y el otro en los recursos, los primeros lo emplean para referirse al derecho dirigido a los eventos y actividades transnacionales, los segundos lo consideran como las leyes que se exportan e importan a través de fronteras, que involucran redes transnacionales e instituciones nacionales e internacionales que ayudan en la construcción y transmisión de la ley (Shaffer, 2013).

Muchos estudios jurídicos emplean el término de derecho transnacional como un derecho que agenda eventos y actividades transnacionales que involucran a más de una jurisdicción. Las normas jurídicas transnacionales específicas y la doctrina pueden desarrollar y agendar estas situaciones. Por otra parte, muchos estudios sociológicos conciben el derecho transnacional como la fuente de cambio legislativo en un sistema jurídico nacional, por ende, el derecho transnacional consiste en las normas jurídicas que son exportadas e importadas a través de fronteras, que involucran a redes transnacionales e instituciones nacionales y regionales que ayudan a la construcción y transmisión de normas dentro de un área del derecho (Shaffer, 2013).

Shaffer (2013) señala que Jessup (1956) definió el derecho transnacional como todo derecho que regula acciones o eventos que trascienden las fronteras nacionales. Es un concepto funcional, que refleja la preocupación que existe cuando el derecho nacional e internacional son inapropiados para agendar el flujo de acciones y sus impactos a través de fronteras, por ende, es necesario un concepto más apropiado y útil para gobernar estas situaciones.

Este uso del concepto de derecho transnacional supone una respuesta práctica a la interconexión económica que va en ascenso, la cual puede envolver tratados internacionales, la aplicación de una ley nacional a eventos que ocurren fuera de un Estado, pero tienen efectos en este y el derecho privado en algunas ocasiones. El concepto permite a académicos evaluar y transmitir normas jurídicas transnacionales particulares, la doctrina aplicada por las cortes y otros cuerpos a situaciones transnacionales (Shaffer, 2013).

Dentro de esta concepción, existen tres perspectivas de derecho transnacional, las cuales son examinadas por Craig Scott (2009): la primera es la perspectiva tradicionalista, en la cual el concepto de derecho internacional simplemente engloba las nociones de derecho internacional

público y privado. El derecho internacional público regula relaciones entre Estados, mientras que el derecho internacional privado reglamenta conflictos entre jurisdicciones nacionales dando autoridad sobre las actividades transnacionales de los actores privados. La segunda perspectiva es la decisional; las cortes nacionales y tribunales de arbitraje internacionales emiten una serie de decisiones que agendan problemas, creando grupos divididos de principios decisionales y normas que pueden ser extraídas y usadas en decisiones posteriores. La tercera perspectiva es sociológica, con el tiempo, un grupo de normas en esta área se vuelve relativamente coherente y sistematizada, se puede discutir, desde un punto de vista sociológico su origen, el cual no es estatal sino transnacional, el cual se desarrolló por la interacción constante de actores públicos y privados a través de Estados, incluyendo a jueces nacionales, cuerpos de arbitraje internacionales e instituciones legislativas privadas (Shaffer, 2013).

La segunda concepción mira al derecho transnacional como un Ordenamiento Jurídico Transnacional, se enfoca en la producción transnacional de normas jurídicas y formas institucionales en campos particulares y su migración a través de fronteras, independientemente si agendan actividades nacionales y transnacionales. Este concepto incluye las normas jurídicas sustantivas y específicas a ciertas áreas del derecho y no solo los principios generales del derecho. Se cambia el enfoque de derecho transnacional a un cuerpo legal o de doctrina jurídica para procesar el ordenamiento jurídico transnacional (Shaffer, 2013).

Las normas jurídicas transnacionales incluyen aquellas creadas para ser globales y aquellas que tienen un alcance más restringido, sus fuentes pueden ser un tratado internacional, “*soft law*”, estándares o códigos privados, un modelo jurídico extranjero promovido por actores transnacionales o una combinación de estos. Pueden incluir regulaciones del “*soft law*” y del “*hard law*”, ser bilateral, regional o multilateral en su naturaleza, construido por actores estatales o no estatales y pueden ser dirigidos a Estados, corporaciones o individuos (Shaffer, 2013).

El concepto de derecho transnacional u orden transnacional se enfoca en la producción transnacional de leyes y su migración a través de fronteras, independientemente si estas tratan actividades transnacionales o nacionales. El término de Orden Jurídico Transnacional está conceptualizado como un grupo de leyes e instituciones asociados en un área del derecho que ordenan el comportamiento humano a través de jurisdicciones nacionales (Shaffer, 2013).

El concepto de ordenamiento jurídico transnacional es usado para referirse a la construcción, flujo e impacto de normas jurídicas transnacionales. Citando a Abbot y Snidal (2000), Shaffer (2013) concluye que un OJT está conceptualizado como la colección de normas jurídicas e instituciones asociadas dentro de un dominio que ordena el comportamiento a través de las jurisdicciones nacionales.

El ordenamiento es discreto, fragmentado e incluye varias áreas jurídicas, porque el mundo carece de un derecho global dominante. Por lo tanto, si las normas jurídicas transnacionales en un área son relativamente claras, coherentes y aceptadas en la práctica, el orden jurídico es más prominente, mientras menos lo sean, el orden es más contingente, y por lo tanto hay menos probabilidades de ser efectivas a producir cambios domésticos e institucionales (Shaffer, 2013).

Este segundo concepto es metodológico, empleado para evaluar cómo el derecho es producido transnacionalmente y migra a través de fronteras, si es formalmente promulgado en las legislaturas nacionales, si es aplicado directamente por cortes nacionales, moldea la interpretación del derecho nacional o afecta el comportamiento privado. Este concepto no pretende delinear un cuerpo particular de normas o doctrina jurídica, pero se mueve a través de áreas del derecho y provee un análisis sobre el cambio introducido transnacionalmente a través de un mundo globalizado (Shaffer, 2013).

#### *4.2. Los procesos jurídicos transnacionales*

Shaffer (2013) indica que el proceso jurídico transnacional no se reduce a un método de llenar los vacíos en la implementación jurídica, es más bien un espacio dinámico en el cual los procesos políticos, sociales y jurídicos nacionales, internacionales y transnacionales interactúan. Los cambios y transformaciones de los Estados son resultado de tres procesos que operan de manera cíclica y contemporáneos: una política dentro de la legislación internacional y transnacional, políticas dentro de la legislación nacional y políticas entre sí.

Los procesos jurídicos transnacionales, con el tiempo pueden constituir un Orden Jurídico Transnacional gracias a procesos de articulación y rearticulación de leyes y su aplicación. Estos órdenes surgen en varias áreas del derecho, incluyendo los derechos humanos, el derecho comercial, penal, entre otros; este proceso involucra varios grados de consenso y coherencia. Puede incluir normas globales, multilaterales, regionales y bilaterales, involucra organizaciones internacionales y supranacionales, redes regulatorias transgubernamentales y las acciones de

actores corporativos y civiles. Este proceso se puede reflejar en tratados, estándares, modelos y mecanismos alternativos de solución de conflictos (Shaffer, 2013).

Halliday y Carruthers (2009) señalan tres procesos que ayudan a los encuentros entre lo global y lo local para que estos sean contingentes y debatidos, advierten que estas contingencias no ocurren en un ámbito donde la teoría probablemente daría lugar a la resistencia local, como el derecho de sucesión o el derecho religioso, pero si se presentan en áreas estrechamente relacionadas con los procesos globales y transnacionales, como el derecho comercial.

#### 1. Intermediación:

Lo global y lo local se pueden concebir de diversas maneras, pero cualquiera que sea la concepción, cada lado se ajusta, de manera asimétrica a la presencia y posibilidad del otro. Hay actores que se encuentran entre una estructura y la otra, con la posibilidad de mirar a ambos lados y localizarse en redes en las cuales pasan las comunicaciones entre las partes, estos actores tienen el estatus de intermediarios (Halliday & Carruthers, 2009).

Hay dos procesos que suponen la intermediación, los cuales son empleados como metáforas para explicar la globalización.

a. Los trasplantes: se refiere al proceso por el cual una planta sana se extrae de su sistema natural y es replantada en un suelo nuevo, esto se aplica en el ámbito jurídico al extraer una norma jurídica de un orden jurídico en el cual ha tenido buenos resultados y promulgarla en otro. Se discute sobre la facilidad de trasplantar leyes, ya que esto implica superponer o revocar una ley que ya estaba presente. No obstante, la posibilidad de éxito está influenciada por los intermediarios (Halliday & Carruthers, 2009).

Esta probabilidad de éxito también depende de las relaciones previas de quienes adoptan y quienes crean las leyes, el trasplante puede ser imperativo o puede ocurrir a través de contratos o adaptación informal.

Los trasplantes suponen que la intermediación opere a distintos niveles: la intermediación de lo global y lo local ocurre cuando los agentes interactúan entre sí. La densidad y dinámicas de esas interacciones dependen de patrones institucionalizados que se hayan discutido previamente. Djelic y Quack (2003) indican que una manera más importante de intermediación es local e indirecta cuando los abogados, jueces y otros profesionales median cambios que se iniciaron principalmente fuera de un país.

Por lo tanto, una recepción e implementación exitosa depende de los actores locales (Halliday & Carruthers, 2009).

- b. Otra metáfora que identifican Halliday y Carruthers (2009), empleada por antropólogos del derecho contemporáneo y economistas sociales es la de traducción, si concebimos las normas globales como guiones, entonces los actores locales median la interpretación del guion global a idiomas locales.

La posición de intermediarios como traductores supone un poder considerable, aun cuando son limitados por sus discursos primarios, operan entre dos sistemas, su capacidad de traducción depende de su fluidez relativa en cada discurso. Al ser un ejercicio de poder, construyendo un significado de un campo de acción a otro, los problemas afectan las instituciones globales y nacionales, por lo tanto, cada parte recurre a intermediarios capaces de traducir y corroborarse entre sí. Según Merry (2004), la traducción es potencialmente conflictiva ya que varias legalidades se chocan, mezclan, hibridan e interactúan entre sí (Halliday & Carruthers, 2009).

Los intermediarios son agentes más activos que los traductores, quienes están limitados al discurso de sus propios interlocutores. Campbell (2004) denomina a los agentes que construyen instituciones en contextos globales como “*bricoleurs*”, quienes a través de sus posiciones relacionan lo global y lo local, mezclando y emparejando una variedad de elementos extranjeros y domésticos en una actividad conocida como bricolaje, creando nuevas soluciones a partir de una mezcla de elementos preexistentes. El bricolaje puede ser sustantivo, recombinaando opciones existentes para obtener resultados instrumentales, o puede ser simbólico, combinando elementos que son culturalmente legítimos en un contexto local. Sin embargo, este es un proceso de ensayo y error: las contradicciones se interiorizan al entrar en soluciones que su inestabilidad genera mayores esfuerzos para resolver el encuentro de lo global y lo local (Halliday & Carruthers, 2009).

La importancia de los intermediarios es distinta en los procesos de promulgación e implementación, los dos lados de la legislación progresiva. En el primero, los intermediarios situados entre lo global y lo local dominarán, en el segundo, los intermediarios locales, ejecutando un poder pragmático, del día a día, determinarán si el

derecho escrito es algo más que un gesto simbólico a los intereses extranjeros (Halliday & Carruthers, 2009).

Shaffer (2013) indica que los intermediarios son los portadores, conductos y puntos de entrada para la circulación de normas jurídicas transnacionales, operan en niveles nacionales o sub nacionales y pueden ser actores públicos o privados, lo cual permite la entrada de las normas jurídicas transnacionales. Los intermediarios ayudan a diagnosticar las situaciones nacionales, monitoreando su desarrollo. También hacen parte de las comunidades epistémicas transnacionales por sus enlaces con las instituciones internacionales y redes transnacionales y tienen roles centrales a través de varias áreas del derecho.

Las organizaciones internacionales dependen de los intermediarios para poder transmitir las normas jurídicas transnacionales a entornos locales, uniendo las diferencias culturales y, de ser necesario tomar las normas transnacionales bajo el control, área de dominio o influencia de las personas nativas de un área. Los gobiernos y organizaciones nacionales dependen de ellos para poder presentar las ideas nacionales al ámbito internacional y a través de redes transnacionales (Shaffer, 2013).

## 2. Sabotaje:

La intermediación ocurre en un campo de poder, donde no todos los intermediarios son iguales: su disponibilidad y capacidades para traducir y remodelar varían por la proximidad cultural y social a lo local y el balance de poder que hay entre ellos. Sin embargo, James Scott (1985, 1990) nos advierte sobre los actores locales que pueden empuñar “*las armas de los débiles*” (Halliday & Carruthers, 2009).

Los Estados considerados débiles pueden llegar a ejercer un poder hegemónico, desarrollar repertorios de resistencia, armas de los débiles a través de las cuales logran establecer zonas de independencia de la presión externa, donde desvían y diseñan, rechazan y adaptan, conforman y combaten mientras su situación lo permita. Estos repertorios se construyen de acuerdo al momento histórico, sensibles a los cambios en las circunstancias geopolíticas y calibrados a las asimetrías de poder en cada país (Halliday & Carruthers, 2009).

## 3. Recursividad:

Las capacidades de frustrar por parte de los actores locales y nacionales ayudan a que el cambio global sea recursivo, por ende, se puede suponer que la recursividad es un índice de resistencia. En principio, la recursividad solo ocurre a nivel local. A nivel global, la

recursividad depende de los procesos globales y las interacciones entre lo global y lo local. Si el consenso global no se ha logrado entre la comunidad internacional, pueden surgir varias respuestas desde los legisladores nacionales (Halliday & Carruthers, 2009).

La recursividad se afecta por la manera en que se llevan a cabo las negociaciones entre lo global y lo local: las traducciones entre los dos niveles se limitan por la compatibilidad de los elementos importados y los regímenes nacionales. Está influenciada por los políticos locales, las organizaciones que patrocinan las innovaciones y las capacidades institucionales de las entidades que van a ejercer el cambio. La negociación para la transición procederá en ciclos legislativos sucesivos (Halliday & Carruthers, 2009).

Los trasplantes dependen de la recepción y competencia de los profesionales locales, su incorporación en las negociaciones afectará las inclinaciones a implementar el derecho en la práctica, una fuerte resistencia producirá más rondas legislativas. Los trasplantes pueden suponer la superposición de un nuevo recurso sobre un tipo de ley ya existente, inconsistencias y conflictos surgirán por la adición de otra norma jurídica, dando lugar a más rondas de clarificación, ajustes y correcciones. El bricolaje tiene efectos similares, ya que requiere la recombinación selectiva de elementos previamente institucionalizados en un país. La experimentación necesaria para resolver una combinación que funcione se reflejará en varios esfuerzos legislativos. El sabotaje puede ser una causa y consecuencia de una legislación recursiva. Al oponer lo que los actores globales y legisladores nacionales han institucionalizado en estatutos, regulaciones y casos, los actores y facciones locales hacen que los legisladores intenten nuevamente, teniendo en cuenta sus objeciones esta vez (Halliday & Carruthers, 2009).

Un cambio legal externo se asentará eventualmente. Al terminar un episodio de cambio legal, inevitablemente se llevará a cabo una resolución de las negociaciones de lo global y lo local y una lucha de poder dentro de los Estados. El asentamiento se relaciona a los cambios en los contextos políticos y económicos de un país. Un cambio en las agendas políticas de las crisis económicas o el terrorismo internacional puede afectar los términos en que un asentamiento político ocurra (Halliday & Carruthers, 2009).

Shaffer (2013) señala que la recursividad es un proceso multidireccional y diacrónico de cambio jurídico. El proceso transnacional es un proceso en el cual lo local y lo transnacional están en tensión: los actores involucrados en los procesos jurídicos transnacionales buscan

influir a los legisladores, la práctica jurídica nacional y las normas jurídicas nacionales, su adaptación y resistencias proveen modelos para la legislación transnacional.

Michael Barnett y Raymond Duvall (2005), citados por Gregory Shaffer (2013) identifican cuatro concepciones de poder en la esfera internacional, las cuales ayudan a comprender cómo se legitiman los procesos jurídicos transnacionales y cuáles son sus efectos:

1. Desde una perspectiva de agencia de poder, los actores tienen varios recursos que afectan su habilidad de formar y movilizar el ordenamiento jurídico transnacional. Como los actores tienen intereses en la percepción de la legitimidad de una norma jurídica transnacional, incentivan y mueven recursos para legitimar o deslegitimizar procesos y normas jurídicas transnacionales (Shaffer, 2013).
2. Desde una perspectiva institucional, las instituciones transnacionales agendan el tipo de problemas y disputas que las partes deben tener en cuenta. Estas proveen marcos que organizan las deliberaciones sobre los problemas, diagnósticos y estrategias que se deben emplear para solucionarlos. Este tipo de poder es más efectivo si los procesos institucionales son considerados legítimos: los actores invierten en las instituciones internacionales por la legitimidad que estas proveen (Shaffer, 2013).
3. Desde una perspectiva estructural, Lukes (1974) afirma que el ordenamiento jurídico transnacional afecta materialmente la manera en que los actores calculan los costos y beneficios de políticas alternativas, formando las percepciones de los actores en el fin de perseguir o concebir alternativas. De esta manera alteran el entendimiento que un actor tiene sobre sus intereses (Shaffer, 2013).
4. Desde una perspectiva productiva o constitutiva, el ordenamiento jurídico transnacional propaga ciertas concepciones de identidad y toma de decisiones con el fin que el público y accionistas privados sean más propensos a aceptar un orden determinado como normal e inevitable (Shaffer, 2013).

#### *4.3 Formación y Cambio de los Órdenes Jurídicos Transnacionales*

Shaffer y Halliday (2015) identifican varias circunstancias y eventos que dan lugar a la formación y transformación de un OJT, como ya se ha planteado anteriormente, es un proceso de reformas consecutivas en el contexto global y transnacional. Sin embargo, estos procesos son altamente afectados por las circunstancias que pueden dar lugar a su surgimiento y caída:

- Proceso de globalización económica y cultural: la proliferación e intensificación de estos procesos de globalización son los mayores facilitadores del ordenamiento jurídico transnacional, ya que dan lugar a una mayor conexión transnacional social y económica. La globalización cultural facilita la conceptualización común de problemas y la ideación de soluciones que dan lugar al ordenamiento jurídico. La interdependencia económica lleva preocupaciones domésticas a la esfera global, por lo tanto, los actores cada vez más conciben los problemas de manera transnacional, con la pretensión que se legislen de manera internacional y transnacional (Halliday & Shaffer, 2015).
- Política económica: las transformaciones en la economía y las instituciones políticas de los Estados dan lugar a la demanda de un OJT y la desestabilización de otros.
- Geopolítica: los Estados poderosos crean y forman OJT que ayuden al desarrollo de sus intereses particulares. Esta habilidad refleja los cambios de la geopolítica de un momento determinado.
- Nuevas tecnologías: un nuevo OJT surge como respuesta a un cambio tecnológico.
- Cambio en las organizaciones civiles y comerciales: los actores no estatales adquieren y pierden relevancia con el tiempo, facilitando y limitando su habilidad de avanzar en sus intereses y metas a través de los OJT.
- Cambios en las organizaciones internacionales: las organizaciones internacionales pueden sufrir cambios en su liderazgo, misión y recursos que pueden alterar significativamente un OJT.
- Transformaciones de los OJT: los OJT puede desintegrarse, multiplicar o tener consecuencias inesperadas, los cuales pueden dar lugar a la legislación transnacional.

Halliday y Shaffer (2013) indican que los OJT también requieren condiciones precipitantes que desencadenen su creación y transformación. Estos eventos incluyen las crisis económicas, las cuales reiteradamente han impulsado los cambios legislativos y creación de OJT a través del mundo, las crisis geopolíticas, crisis ambientales y sanitarias, cambios en la política de Estados claves, como Estados Unidos y la competencia entre legisladores transnacionales.

#### *4.4. Institucionalización de un Orden Jurídico Transnacional*

Halliday y Shaffer (2015) indican que, teniendo en cuenta que la institucionalización de una norma se presenta cuando los entendimientos normativos de un comportamiento adecuado se estabilizan,

es decir, que la institucionalización puede verse cuando las prácticas son difundidas y adoptadas de tal manera que ya se dan por sentado, un OJT es institucionalizado cuando las normas y prácticas coinciden para guiar a los actores sobre qué normas usar en situaciones determinadas.

Un OJT siempre está ubicado de acuerdo a un área específica. Los actores construyen los temas o comportamientos como problemas que necesitan agendarse transnacionalmente. Esto puede hacerse de maneras diferentes de acuerdo a las desigualdades en ideologías, percepciones cognitivas, epistemologías profesionales e intereses estratégicos, como resultado, un grupo de actores puede considerar el mismo tipo de comportamientos como un problema y otros lo pueden considerar como otro tipo de problema (Halliday & Shaffer, 2015).

El asentamiento de un OJT ocurre en aquellos que practican e implementan el derecho, como los agentes policiales y fiscales, quienes deben interiorizar las normas que guían sus actividades y comportarse de acuerdo a estas, hasta el punto que no sea necesario reflexionarlas. En el nivel transnacional, este supone un entendimiento común del significado de los textos que son promulgados por las organizaciones internacionales y transnacionales; en el momento de la promulgación, las normas jurídicas transnacionales se considerarán asentadas cuando los agentes civiles, juristas y otros profesionales puedan acordar el significado de esta (Halliday & Shaffer, 2015).

El asentamiento se puede dar en varios niveles, lo cual varía la concordancia que hay en las normas jurídicas. Un OJT varía de acuerdo a la concordancia que exista, lo cual afecta su nivel de institucionalización y legitimidad, Halliday y Shaffer (2015) identifican cuatro variaciones:

1. Un OJT que altamente concuerda, donde las normas jurídicas transnacionales, nacionales y locales, junto con las prácticas jurídicas se asientan con significados similares.
2. Un OJT que es concordante con las normas jurídicas transnacionales y nacionales, pero no está alineado con las prácticas locales establecidas. En este caso, un gobierno adopta las normas transnacionales, pero estas no penetran las localidades de un país.
3. Hay concordancia entre las normas jurídicas transnacionales y las normas adoptadas por los actores, pero las normas jurídicas establecidas en la legislación nacional desvían de estas.

4. La discordancia ocurre cuando las normas jurídicas transnacionales se asientan, pero ni el gobierno nacional ni los actores las han adoptado. En este caso, no se puede decir que existe un OJT, pero este está surgiendo.

De acuerdo a estas variaciones, Halliday y Shaffer (2015) estipulan que un OJT está más establecido cuando hay un asentamiento entre niveles y hay mayor concordancia entre estos, del mismo modo, los OJT son menos establecidos cuando uno o más lugares de legislación se mantiene sin asentar o hay un mayor nivel de discordancia entre niveles. Este asentamiento implica que los profesionales del derecho estarán de acuerdo con el significado de este, por ende, tendrán más capacidad de predecir resultados. En un OJT establecido completamente, los actores supondrán que un grupo particular de normas será aplicable en un orden jurídico en una situación establecida.

La institucionalización de un OJT ocurre cuando los actores relevantes entienden qué normas deben aplicarse en determinadas situaciones y qué comportamientos se consideran que obedecen a estos estándares. La institucionalización es plena cuando la conformidad con las normas es una expresión de suponer la aplicabilidad e idoneidad de las normas para una situación particular.

#### 4.5. *¿Quiénes son los actores que intervienen en un Orden Jurídico Transnacional?*

En los procesos jurídicos transnacionales y posteriormente en los OJT intervienen una gran variedad de actores, los cuales, tal como se evidencian en los procesos de intermediación, no necesariamente son actores estatales, los actores no estatales también tienen una participación significativa dentro de la creación, promulgación, transformación y revocación de una norma jurídica transnacional.

Andrew Clapham (2009) identifica a los actores no estatales como toda entidad aparte de los Estados, sin embargo, advierte que éste es un concepto muy amplio, el cual puede dar lugar a malentendidos y tensiones, ya que, éste puede llegar a ubicar las corporaciones y organizaciones internacionales en la misma categoría que grupos al margen de la ley. Este concepto se puede referir a varias entidades dependiendo del contexto, las cuales pueden ser: grupos rebeldes, organizaciones terroristas, grupos religiosos, organizaciones activistas civiles, corporaciones, cualquier tipo de negocio y organizaciones internacionales.

Autores como Avant, Finnemore y Sell (2010) señalan que la arena política global está llena con una gran variedad de actores: organizaciones internacionales, corporaciones, asociaciones

profesionales, grupos defensores, entre otros, buscando gobernar actividades en áreas específicas que les preocupan. Estos son agentes que buscan nuevas estructuras y normas para resolver problemas, cambiar resultados y transformar el ámbito internacional. En este sentido, los gobernantes globales son las autoridades que ejercen su poder a través de fronteras con la pretensión de cambiar la política, por ende, publican, agendan, establecen e implementan normas o programas y evalúan o ajustan sus resultados.

El proceso de globalización y su impacto en el crecimiento económico ha dado lugar al incremento de los actores no estatales en ámbitos sociales, económicos y de seguridad, debido a que los Estados han perdido la habilidad de controlar y regular, mientras que estos agentes no gubernamentales han aumentado sus esfuerzos por ordenar (Avant, Finnemore, & Sell, 2010).

Los marcos jurídicos estatales no han adoptado los cambios que trajeron los fenómenos de globalización y transnacionalización, por lo tanto, proveen una ayuda limitada al entender la gobernanza que rige en el mundo. Quienes participan en la toma de decisiones son un grupo más diverso que los agentes estatales, ya que las tendencias en la globalización, desregulación, privatización y cambio tecnológico, han empoderado a los actores no estatales (Avant, Finnemore, & Sell, 2010).

Avant, Finnemore y Sell (2010) indican que estos actores no estatales tienen estas capacidades debido a la autoridad que tienen, la cual es una habilidad de inducir sumisión en el otro, por lo tanto, se entiende como una relación social, la cual es creada por el reconocimiento. Esta deferencia surge por varias razones: unos actores tienen autoridad por el puesto que tienen, otros por las cualidades inherentes que otros ven en este, por lo que representan. Estas autoras, también identifican cinco fundamentos de autoridad para los gobernantes globales:

1. Autoridad institucional, se deriva por sostener un cargo o estructura organizacional establecida. Es una autoridad definida y limitada por las normas y pretensiones de la institución que la otorga.
2. Autoridad delegada: es un préstamo por parte de otro actor autoritativo quien delega sus capacidades a otro agente.
3. Autoridad del experto: está basada en el conocimiento especializado y es inherente al actor. Frecuentemente está acompañada por otro tipo de autoridad, ya que las instituciones y organizaciones quieren personal experto o delegan tareas técnicas complejas a estos.

4. Autoridad fundamentada en los principios: está legitimada por el servicio a un grupo de principios, morales y valores ampliamente aceptados.
5. Autoridad basada en la capacidad: supone la sumisión basada en una capacidad percibida, Joseph Raz (1990) indica que esta autoridad se deriva y se justifica por la tarea que la autoridad debe llevar a cabo, si una comunidad acuerda que esa labor debe ser llevada a cabo, entonces satisfacer las preferencias de esa comunidad da autoridad al actor y crea la relación de deferencia a este.

Avant, Finnemore y Sell (2010), teniendo en cuenta las ideas de Raustiala (1997) señalan que estos actores no gobiernan solos. En vez de crear una posible competencia a los Estados, la creciente autoridad de una gran variedad de agentes puede añadir potenciales compañeros a los Estados y entre ellos mismos. La política global y transnacional son procesos dinámicos, ya que un nuevo ajuste en la gobernabilidad puede llegar a alterar las estructuras, normas y oportunidades previamente establecidas.

#### *4.6. ¿Cuál es la orientación de un Orden Jurídico Transnacional?*

Halliday y Shaffer (2015) recalcan que el derecho permite a las personas organizar la complejidad de su entorno, por ende, se crean ordenamientos de normas e instituciones sociales que orientan las expectativas sociales, comunicativas y disciplinarias. En las sociedades complejas, este ordenamiento se hace a través del derecho. El ordenamiento se vuelve autoritario cuando las normas jurídicas son aceptadas e institucionalizadas a través de las jurisdicciones nacionales.

Un OJT está orientado a la regulación del comportamiento, busca producir un orden del caos, anarquía, no predictibilidad o irregularidad, este esfuerzo surge de un problema o acontecimiento cuya ocurrencia o consecuencias se consideran nocivas o una amenaza para el desarrollo. Estos problemas están relacionados con los propósitos u objetivos de los actores que crean un OJT. Un OJT responde al desarrollo de nuevas formas de vínculos sociales que reflejan el proceso de globalización económica y cultural, busca producir un orden en una actividad social o tema que ha sido agendado como problema por uno o varios actores, es legal ya que tiene esta forma, es producido por un cuerpo legal transnacional o está dirigido a ordenamientos jurídicos nacionales y es transnacional porque regula relaciones sociales que trascienden de una manera u otra el Estado-nación (Halliday & Shaffer, 2015).

Halliday y Carruthers (2009) señalan que los órdenes internacionales son centros de producción de tecnologías sociales, las cuales son un arreglo social o grupo de normas dirigidas a alcanzar un resultado particular o resolver un problema de manera regularizada. Estas tecnologías varían en el ámbito legal de acuerdo a su nivel de vinculación: pueden ser “*hard law*” o “*soft law*”, el “*hard law*” tiene la fuerza de la autoridad legal, con sus sanciones, en cambio el “*soft law*” tiene fuerza persuasiva, con una amplia facilidad de maniobra por parte de los creadores de políticas nacionales. Este razonamiento también puede aplicarse en el ámbito de los OJT, ya que esta es un área donde se producen, impulsan, reforman y revocan normas dirigidas a un problema particular.

La legitimidad de las tecnologías jurídicas depende de sus atributos particulares, especialmente en el ámbito del “*soft law*” donde la promulgación no supone elementos sancionatorios. Los órdenes jurídicos pueden incrementar la persuasividad de sus instrumentos, patrones y guías construyendo en la tecnología atributos con una valencia positiva (usando afirmaciones como “*la mayoría de las naciones avanzadas han adoptado este instrumento*”) o negativa (empleando un lenguaje denigrante en contra de algún actor) (Halliday & Carruthers, Introduction: The Recursivity of Law. The Legal Construction of Markets, 2009).

Las tecnologías varían de acuerdo a su peso relativo de un diagnóstico y prescripción. Las formulaciones de normas para los sistemas jurídicos nacionales proceden de algún tipo de diagnóstico, el cual puede ser implícito (por ejemplo, un país carece de un judicial independiente) o puede ser sistemáticamente conducido a través de evaluación y medidas formales, puede ser publicado completamente o por partes. Estas variaciones en los diagnósticos y prescripciones proveen más libertad a los órdenes para crear tecnologías (Halliday & Carruthers, 2009).

Halliday y Shaffer (2015) definieron un OJT como una colección de normas jurídicas formalizadas, organizaciones y actores asociados que ordenan de manera autoritaria el entendimiento y práctica del derecho a través de jurisdicciones nacionales. La teoría de los OJT se enfoca en la interacción de las áreas legislativas internacionales, transnacionales y nacionales, involucrando a agentes estatales y no estatales, aborda el ciclo de las leyes que dan lugar al origen de los OJT y analiza los procesos de alineamientos institucionales y acuerdos normativos.

#### *4.7. Alcance de los Órdenes Jurídicos Transnacionales*

Un OJT articula un grupo de normas jurídicas para sujetos de derecho en un territorio determinado. Sin embargo, estos pueden sobreponerse, competir, complementar o hacer paralelos entre sí. Cuando dos OJT se sobreponen, ya sea en el ámbito jurídico o territorial, entonces la competencia y conflicto de poderes e influencias de los actores se convierten en los determinantes del alcance de sus respectivos órdenes (Halliday & Shaffer, 2015).

Shaffer (2013) señala que, además, hay muchos impactos transnacionales además de la ley en los Estados-nación, reflejando procesos de globalización económica y cultural, así como estructuras globales de poder económico y político. Las normas jurídicas transnacionales son afectadas por estas fuerzas políticas, económicas y sociales, por lo tanto, es muy difícil, sino imposible separar los impactos de la ley de otras fuerzas.

El enfoque de normas jurídicas transnacionales y los procesos jurídicos que las conforman, da un medio para evaluar las influencias transnacionales del cambio estatal: pueden moldear la percepción y definición de problemas y las respuestas adecuadas a estos, dan un marco para que los actores ponderen alternativas regulatorias para afrontar una situación particular, hacen disponibles algunas herramientas y modelos para reformar arreglos institucionales para el desarrollo, aplicación y ejecución del derecho para agendar estas situaciones (Shaffer, 2013).

De igual manera, Halliday y Carruthers (2009) afirman que los órdenes ejercen influencias a través de la coerción económica, modelación, persuasión e incentivos. Estas influencias no se distribuyen uniformemente y son específicas a un caso, ya que dependen de las complicadas relaciones entre las capacidades de los actores globales, la situación del Estado nación y las relaciones entre estos dos.

Sin embargo, Shaffer (2013) advierte que la coerción debe usarse de manera limitada, ya que las medidas coercitivas pueden deslegitimar un orden jurídico transnacional porque pueden generar resentimiento, por ende, se cuestiona cuál es el verdadero cambio que se lleva a cabo en la etapa de implementación si los mecanismos coercitivos son empleados. Estos medios pueden ser inicialmente efectivos al inducir un cambio jurídico simbólico, es decir, en la implementación, pero al final pueden frustrarse en la etapa de implementación.

Halliday y Carruthers (2009) indican que las influencias, tecnologías y la legitimidad tienen relaciones complicadas entre sí: la legitimidad surge de todas las fuentes de la globalización, las

tecnologías también provienen de múltiples recursos, los cuales dependen de la disponibilidad y eficacia. Estas interacciones refuerzan el rol complejo de los órdenes transnacionales y la indeterminación de su absorción en un área coherente del derecho (Halliday & Carruthers, 2009).

Shaffer (2013) indica que los OJT contribuyen a cambios en el derecho constitucional, el derecho penal y la regulación a través de las áreas jurídicas. Las normas jurídicas transnacionales proveen modelos que reconfiguran los roles del Estado, el mercado y otras formas de ordenamiento social. El ordenamiento jurídico transnacional induce al Estado a asumir responsabilidades que tradicionalmente les correspondían a otros medios de control social, pero en otros casos, los modelos jurídicos transnacionales dieron lugar a la privatización, desregulación y flexibilidad regulatoria de ciertas materias propias de la administración estatal.

Las normas jurídicas transnacionales tienen impacto siempre y cuando haya una demanda doméstica de estas, además deben seguir las configuraciones de poder dentro de los contextos políticos nacionales, el cambio jurídico llevado a cabo por las instituciones internacionales y redes transnacionales que sea muy técnico, puede causar malestar en las configuraciones de poder de los órdenes nacionales, creando intentos para frustrar este cambio. También se debe tener en cuenta que las instituciones y capacidades domésticas pueden poner límites al cambio, ya que, en muchos casos, algunos Estados carecen de las capacidades institucionales para llevar a cabo las prescripciones transnacionales, en otros casos, la recepción de los procesos transnacionales es mediado a través de estructuras nacionales que tienen sus propios intereses. Por lo tanto, es más probable que las normas jurídicas transnacionales tengan un impacto si son compatibles con las normas nacionales, ya que son consideradas más fácilmente legítimas dentro de un ámbito nacional (Shaffer, 2013).

Un OJT institucionalizado es un grupo de normas jurídicas a nivel transnacional, nacional y local, por lo tanto, se supone que los impactos de este se ven en todos estos niveles: un OJT puede implicar la reestructuración de un Estado y cambiar los límites existentes entre el Estado y el mercado, ya que en un OJT el Estado puede asumir nuevas responsabilidades, adoptando nuevas maneras de regular, nuevos sujetos de criminalización y nuevos derechos que proteger, en otro OJT el Estado podría disminuir la regularización y delegar responsabilidades al sector privado. De igual manera, las instituciones y normas jurídicas transnacionales crean nuevos medios de

responsabilidad respecto a los marcos jurídicos, además, los OJT tienen la capacidad de transformar la constitución y prácticas civiles (Halliday & Shaffer, 2015).

El impacto también se puede ver desde el nivel local al nivel transnacional: las innovaciones locales y nacionales pueden formar las normas transnacionales, una promoción e institucionalización exitosa de un OJT cambia la autonomía relativa de las organizaciones internacionales y transnacionales con los Estados, quienes promulgan las normas transnacionales dejan de ser una mera representación de los intereses de los Estados, se convierten en actores emergentes con sus propios derechos y ejercen intereses internacionales que no pueden reducirse a una amalgama de las delegaciones de sus Estados, esto supone que el poder de los Estados en la esfera internacional puede disminuir mientras que el de los actores no estatales aumenta; este proceso puede ser acompañado por una mayor dependencia entre las secretarías de las organizaciones internacionales y los actores no estatales. Finalmente, las propuestas y críticas de un OJT pueden alterar la distribución de poderes entre las organizaciones internacionales y transnacionales (Halliday & Shaffer, 2015).

Un OJT también puede mejorar, limitar o en general afectar el impacto que un Estado tiene sobre otro, ya sea en el comercio, las finanzas o la protección de derechos humanos, puede permitir que un país actúe como monitor económico o moral de otro. Los conflictos bilaterales interestatales pueden ser llevados a un plano multilateral donde las normas trascienden las particularidades de una situación local y las intensidades de las disputas, lo cual facilita la resolución de conflictos (Halliday & Shaffer, 2015).

## **5. Una mirada a la implementación del Imperio de la Ley en Latinoamérica, ¿refleja la consolidación de un OJT?**

A lo largo de las últimas décadas, se han adelantado transnacionalmente reformas y proyectos relativos a los movimientos de Derecho y Desarrollo y posteriormente, del Imperio de la Ley, los cuales, buscan lograr el desarrollo a través del derecho y mejorar las condiciones políticas y sociales de un Estado al obtener más libertad y democracia. Con el fin de poder expandir los principios de estos dos movimientos globalmente, especialmente en los países no desarrollados, varios actores como las instituciones internacionales, organismos regionales, grupos civiles y algunos gobiernos, adelantan programas que promueven la adopción de los principios de estos movimientos, los cuales podrían llegar a conformar un OJT sobre el Imperio de la Ley.

Las políticas de desarrollo y sus prácticas han cambiado varias veces alrededor del mundo, sin embargo, David Trubek (2013) señala que esta transformación es más clara en América Latina: hasta finales de la década de los 80 se siguió el modelo del Estado desarrollista y la estrategia de Sustitución de Importaciones, a inicio de los 90 se adoptaron las políticas del Consenso de Washington; donde el Estado tenía un rol limitado en la economía, luego de un largo período en el cual prevalecieron las políticas neoliberales, muchos países de la región comenzaron a explorar nuevas formas de actividad estatal, posteriormente, luego de reconocer las dificultades del neoliberalismo para lograr el crecimiento económico esperado, surgió un nuevo paradigma de desarrollo a inicios de los 2000, identificado por autores Shunko Rojas (2013), el cual se dio con el ascenso de movimientos políticos izquierdistas en la región, lo cual supuso la adopción y formación de un nuevo discurso de desarrollo y estrategia, crítico del Consenso de Washington.

Trubek (2013) indica que, cuando el derecho, la economía, la práctica de agencia y la política estatal se alinean, un conjunto de políticas relativamente claro puede derivarse, lo cual facilita el diseño de proyectos. Esto ha pasado dos veces en la historia reciente: el primer momento es el del Estado desarrollista, en el cual el derecho era una herramienta que hacía más efectiva la intervención estatal. El segundo momento, se dio con el ascenso del neoliberalismo, donde se le asignó al derecho el rol de ordenar el mercado neoliberal, ya que este era un marco para el mercado y un escudo en contra de una intervención estatal indeseable en las actividades mercantiles.

Cada modelo estaba asociado con la teoría económica y jurídica predominante en el momento. Ambos momentos pasaron y elementos de los dos modelos permanecen en la teoría y la práctica,

sin embargo, ninguno de ellos es hegemónico. Estamos en un período en el cual no hay una ortodoxia prevalente en la teoría o en la doctrina del derecho y desarrollo (Trubek, 2013).

#### *5.1. La transformación de los paradigmas de desarrollo en la región durante las últimas décadas*

A mediados del siglo XX, durante la era de sustitución de importaciones en Latinoamérica, el Estado tuvo un rol central, éste empleó herramientas como los impuestos para conseguir fondos de inversión, las empresas estatales condujeron la industrialización, las agencias estatales y las regulaciones protegieron la industria doméstica contra la competencia internacional y amortiguaron los efectos de la economía global. Esto implicó, especialmente en países como Brasil, unas tasas relativamente altas de crecimiento (Trubek, 2013).

En la década de los 80, debido a una crisis económica causada por el empeoramiento de las condiciones globales, inflación exceso de deuda y resultados pobres de la estrategia de sustitución de importaciones, la mayoría de los países de la región, consideraron necesario acudir a las instituciones financieras internacionales para conseguir apoyo, el cual estaba condicionado a un cambio mayor en las políticas, que afectaban considerablemente el rol del Estado. Este momento coincidió con una revolución intelectual entre los círculos regionales de élites, las ideas de mercado libre comenzaron a reemplazar las ideas del desarrollismo clásico (Trubek, 2013).

Humpreys (2010) señala que al finalizar la década de los 80, surgió el interés del Banco Mundial para reformar los sistemas jurídicos de los países clientes, éste estaba relacionado con dos fuerzas políticas emergentes en la época: la promoción de gobernanza y el desarrollo del sector privado. En las décadas siguientes, el Banco ha repetido y clarificado insistentemente la relación entre una configuración particular de normas y las instituciones jurídicas, llamado Imperio de la Ley, y la economía de mercado. En los países donde el Banco se ha comprometido, se cree que la disminución de la pobreza depende del crecimiento económico, lo cual es fruto del nuevo paradigma en el que se buscaba la consolidación de la economía de mercado y la integración al mercado global, los cuales, según el Banco dependen del Imperio de la Ley.

Trubek (2013) advierte que en la década de los 90 surgió un nuevo paradigma de desarrollo, conocido como el Consenso de Washington, el cual se fundamentó en ideas neoliberales, enfatizó la importancia de los mercados y economías abiertas para el crecimiento y llamó por un rol estatal más limitado. Esto dio lugar a un cambio en las políticas, los cuales incluían la desregulación, privatización, estabilización macroeconómica, fortalecimiento de los antimonopolios y un impulso

hacia la inversión extranjera privada. Se abandonó la política industrial y se dismanteló mucha de la estructura del período de sustitución de importaciones.

Este cambio se presentó a través de toda Latinoamérica, todos los países de la región realizaron reformas económicas en la década de los 90. Los resultados iniciales al principio fueron decepcionantes, ya que el crecimiento rápido que todos esperaban no se materializó, además, la reforma dio lugar a una alteración de los órdenes sociales locales. No había mucho apoyo para contrarrestar el impacto de estas dislocaciones, lo cual dio lugar a expresiones de reproche al nuevo paradigma y protestas en muchos países. Como la era neoliberal coincidió con la democratización en la mayoría de la región, la insatisfacción no podía ser ignorada por las élites políticas (Trubek, 2013).

Rojas (2013) señala que durante la década de los 90, en la cúspide del Consenso de Washington, los Tratados de Libre Comercio (TLC) y los Tratados Bilaterales de Inversiones (TBI), fueron los instrumentos preferidos y representativos de la liberalización y reformas económicas a favor del mercado. Estos representaban una estrategia de desarrollo basada en las ventajas comparativas naturales e incremento de la eficiencia, además estaban asociadas con la retirada del Estado y la limitación de políticas industriales. Luego de la conclusión de la Ronda de Uruguay y los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC), los Estados Unidos y la Unión Europea intentaron introducir las normas OMC-plus en Latinoamérica.

Humpreys (2010) indica que, durante esta década, Ibrahim Shihata, el vicepresidente y consejero general del Banco Mundial, señaló que era importante, incluso necesario que esta institución se enfocara en los temas de reformas jurídicas e institucionales. Por lo tanto, se estableció una agenda de trabajo en la cual el Banco se enfocó en la propiedad, el sector financiero, el derecho de familia y sucesión, derecho administrativo, impuestos y códigos de inversión; áreas claves en el proceso de privatización para asegurar que se solucionaran los problemas de baja eficiencia y productividad asociados a las empresas estatales. Shihata afirmaba que todos los países en desarrollo se habían dado cuenta que las políticas del pasado habían fallado y habían inflado al sector público a costa del sector privado, dando lugar a la ineficiencia y la corrupción; por lo tanto, los países se estaban moviendo hacia la privatización y el desarrollo del sector privado. El Imperio de la Ley es un aspecto del sistema jurídico de los países intervenidos, el cual compromete un conjunto de normas que son necesarias para un ambiente empresarial estable y un Estado moderno.

Jothie Rajah (2013) indica que, en 1996, el Banco Mundial presentó el Indicador de Gobernanza Mundial, un medio de medir la gobernanza, la cual es un término puesto en relevancia por el Banco y está relacionado a la promoción del mercado y desarrollo del sector privado como mecanismo preferido del crecimiento económico. Los académicos ven este indicador como una expresión de la adopción del Imperio de la Ley por parte del Banco en la era post-comunista.

Trubek indica que, con la llegada del nuevo milenio, voces a través de la región tomaron otra mirada a la perspectiva neoliberal y empezaron a cuestionar sus estructuras respecto al Estado. Esto hizo que se diera lugar a un nuevo apoyo al Estado activista y el surgimiento de nuevas ideas sobre el desarrollo, las cuales Trubek llama nuevo desarrollismo. Los proponentes de este nuevo acercamiento creen en los mercados y Estados fuertes, y enfatizan la importancia de la colaboración entre lo público y lo privado.

Shunko Rojas (2013) indica que dentro de este contexto los partidos de izquierda y centro izquierda regresaron al poder en Latinoamérica: estos se caracterizaban por su gran apoyo popular y por haber alcanzado el poder empleando un discurso abiertamente en contra del Consenso de Washington; una vez en el poder, estos gobiernos diseñaron y llevaron a cabo políticas que dieron un mayor rol al Estado y regularon el mercado. Sin embargo, hubo dos casos que fueron en contra de la tendencia regional: Colombia y México. En 2002, Álvaro Uribe se convirtió en el presidente de Colombia con una campaña política enfocada en una agenda de seguridad y reducción de gastos gubernamentales. En la economía, la atención política se centró en incrementar la confianza de los inversores y promover una serie de reformas a favor del mercado y la limitación de la acción estatal.

La visión colombiana sobre la estrategia de desarrollo se reflejó en el Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006, en el cual el Estado consideró la adopción de las normas OMC plus y los TLC como instrumentos para eliminar aranceles, impulsar la inversión extranjera y facilitar la distribución de recursos hacia actividades más productivas. Este plan consideró la inversión extranjera como una de las fuerzas detrás del desarrollo económico, con el fin de atraer más inversiones, el plan tomó la visión clásica en la cual, normas jurídicas neutrales, claras y estables generarían los incentivos necesarios para reforzar la inversión, por ende, el rol del Estado era coordinar, reducir la burocracia, promover la competencia y eficiencia en los mercados y crear un entorno favorable para la operación competitiva de firmas (Rojas, 2013).

Por otra parte, los gobiernos de izquierda se enfocaron en oponerse a las ideas y políticas del Consenso de Washington, sin tener muy claro un marco intelectual que guiara y legitimara sus políticas. Luego del desconcierto inicial, los académicos de diferentes trasfondos y tradiciones teóricas comenzaron a converger en algunas ideas básicas acerca de la teoría y práctica del desarrollo y el rol del Estado en éste. El nuevo consenso que acompañó la llegada al poder de estos gobiernos tenía dos ideas fundamentales: las políticas generalizadas estaban destinadas a fallar, ya que no funcionarían de la misma manera en distintos países y, en cada experiencia exitosa de desarrollo, el Estado tuvo un rol crítico en la coordinación con el mercado; la dicotomía entre Estado o mercado se reemplaza por la idea del Estado y mercado trabajando conjuntamente, colapsando la distinción entre público y privado. Para los académicos que apoyan esta idea, la manera menos riesgosa y más efectiva de experimentar y encontrar el equilibrio entre Estado y mercado requiere de mecanismos institucionales para la asociación público privada en el centro de la creación de políticas, con el fin de reforzar una comunicación fluida y una cooperación entre ambos, por ende, los países deben tener la libertad suficiente para construir sus propias instituciones, usar su propio juicio y explorar qué les funciona mejor (Rojas, 2013).

Trubek, Coutinho y Schapiro (2013) indican que, durante la primera administración de Luiz Inácio Lula Da Silva, el énfasis fue instituir, desarrollar y fortalecer la credibilidad política y económica empleando una política macroeconómica fiscalmente responsable, una tasa de cambio flotante y una orientación a la inflación. Esto tuvo un precio: las principales herramientas de política macroeconómica son restricciones al gasto gubernamental y una alta tasa de interés, lo cual frena la inversión pública e incrementa el costo de crédito, limitando el crecimiento. Para reducir estos efectos, Lula introdujo varias políticas microeconómicas que indujeran el crecimiento, las cuales incluyeron una nueva forma de política industrial y políticas sociales que ayudaron a estimular el crecimiento doméstico mientras mitigaba la pobreza y reducía la inequidad.

De igual manera, en el 2004, después de una década en la cual Brasil rechazó explícitamente la política industrial, el gobierno reintrodujo medidas diseñadas para albergar industrias seleccionadas. Este primer intento de política industrial fue limitado y se enfocó en primer lugar a la innovación. Había una gran oposición a la política industrial ya que se pensaba que los gobiernos no eran capaces de identificar estratégicamente los objetivos y el intentar hacerlo implicaría la

desviación de recursos de medidas estructurales como la reforma de impuestos y la inversión en infraestructura que beneficiaría toda la economía (Trubek, Coutinho , & Schapiro, 2013).

Trubek (2013) señala que este nuevo consenso, el cual es una aproximación al nuevo Estado desarrollista, se caracteriza por el rol activo del Estado en la movilización de recursos, estimulación de la inversión y la promoción de la innovación. Se emplean políticas de apertura económica e industrial con el fin de reestructurar la industria e incrementar la competitividad internacional. Se usa una política social activa con el fin de eliminar la pobreza, reducir la inequidad y estimular la demanda doméstica. El nuevo Estado desarrollista busca beneficiarse de la participación en la economía global, evitando los peligros del fundamentalismo del libre comercio, ya que, en este modelo, el gobierno intenta estimular el sector privado y enfatizar la colaboración entre lo público y lo privado.

Rojas (2013) advierte que, durante la primera década del siglo XXI, los países latinoamericanos, más allá de las orientaciones políticas de los gobiernos que estaban en poder, buscaron estrategias generales de desarrollo similares, apelando a las ideas del nuevo consenso emergente. Aunque se presentaron unas diferencias notables al principio, mientras se consolidaba el paradigma de desarrollo, los gobiernos de la región empezaron a compartir un discurso común de desarrollo e implementaron políticas con diseños institucionales similares. Sin embargo, debido a parcialidades ideológicas, dependencias institucionales, políticas económicas diferentes y contextos locales, las nuevas políticas terminaron siendo implementadas en diferentes momentos y maneras, a través de diferentes actores institucionales, con instrumentos distintos, los cuales resultaban en una diferencia distributiva significativa.

Para Trubek (2013), el nuevo desarrollismo en Latinoamérica indica que las ideas neoliberales no funcionaron en la región, por ende, la intervención estatal es necesaria para superar los obstáculos estructurales al crecimiento; estos incluyen una baja probabilidad de inversión, sistemas débiles para la innovación y bajos niveles de investigación privada y desarrollo. De acuerdo a las ideas de este nuevo consenso, solo a través de la intervención estatal, la región podrá transformar su estructura productiva en maneras que permitan tener rentas en la economía global.

Autores como Trubek, Coutinho y Schapiro señalan que estos cambios en las políticas gubernamentales, influyen el derecho, ya que el Estado adquiere nuevas formas de compromiso estatal en la economía y las relaciones sociales, lo cual supone el surgimiento de nuevos roles para

las instituciones jurídicas, que incluyen un nuevo tipo de política industrial y social robusta, la cual favorece a un Estado y un mercado fuerte, emplea asociaciones entre lo público y lo privado, busca reducir la inequidad y acoge la economía global.

Para ello es necesario que haya políticas y normatividad flexible, coordinación entre los actores públicos y el sector privado, condiciones para maximizar la sinergia entre lo público y lo privado y medidas para preservar la legitimidad de la intervención gubernamental, lo cual implica la creación de nuevos roles para el derecho (Trubek, Coutinho , & Schapiro, 2013).

Shunko Rojas (2013) señala que, los gobiernos latinoamericanos buscaron más autonomía y espacio político en el ámbito internacional y reorientaron sus estrategias de desarrollo con nuevas formas de activismo estatal, un fenómeno que se conoció como la emergencia de un Nuevo Estado Desarrollista (NED), el cual se caracterizó por el retorno de las políticas industriales, las cuales constituyeron un intento estatal de intervenir a un micro nivel (afectando firmas, sectores, grupos, regiones, entre otros) con el fin de incrementar la productividad y transformar la estructura productiva de la economía.

En el transcurso de la primera década del siglo, el discurso de política industrial lentamente se movió de la crítica del Consenso de Washington y la búsqueda de auto legitimidad a la normalización y búsqueda de mejores prácticas. Las ideas que hicieron parte del nuevo consenso emergente eran:

1. *La importancia de mantener un acercamiento horizontal a la política industrial, típica del Consenso de Washington con el fin de promover la competitividad*

El nuevo consenso de política industrial mantiene la perspectiva y vocabulario del período neoliberal: la intervención estatal solo es justificable para agendar fallas del mercado y la manera menos perjudicial de hacerlo es implementar políticas horizontales que en principio pueden afectar todos los sectores y actores económicos de igual manera (Rojas, 2013).

La intervención estatal puede conllevar pérdidas de eficiencia, conducir a la búsqueda de rentas y ser afectada por los requerimientos de información; por lo tanto, los gobiernos deben actuar prudentemente y permanecer comprometidos a las políticas horizontales; estas procuran agendar las fallas del mercado desde una perspectiva general, son consideradas neutrales, no discriminatorias y, por lo tanto, menos propensas a ser afectadas por los

riesgos de las fallas públicas y otros efectos negativos de la intervención gubernamental (Rojas, 2013).

Las políticas horizontales más comunes son aquellas sobre ciencia y tecnología, educación, infraestructura y marco jurídico, de las cuales todos los sectores y empresas pueden beneficiarse. El nuevo consenso de políticas industriales ve a las políticas horizontales como una manera de alcanzar la competitividad. Durante la primera década del siglo XXI, los países latinoamericanos desarrollaron políticas horizontales extensivas, particularmente para la innovación, promoción de exportaciones, promoción de la inversión extranjera, crecimiento de las empresas medianas e internacionalización (Rojas, 2013).

2. *Las políticas industriales deben proveer apoyo al sector productivo sin importar el tamaño de las empresas, su nacionalidad o su dueño*

Mientras el rol de las empresas de mediano tamaño no fue grande en el período de sustitución de importaciones y el Consenso de Washington, el apoyo a estas empresas fue otro fundamento del nuevo paradigma industrial en Latinoamérica. Estas empresas representan la mayoría en la región y son los mayores empleadores en el sector privado, pero tienden a orientar su producción principalmente en el mercado doméstico, lo cual va en contra de la nueva estrategia de desarrollo, por lo tanto, en los últimos años, los gobiernos de la región han adoptado una plétora de instrumentos políticos destinados a fortalecer la administración de empresas y la capacidad de exportación (Rojas, 2013).

El enfoque a las empresas medianas no significó que las grandes fueran desfavorecidas; dentro del nuevo consenso de política industrial, las grandes empresas son vistas como las locomotoras del nuevo paradigma de desarrollo por sus capacidades de exportación, también por ser la principal fuente de inversión e ingresos de impuestos (Rojas, 2013).

Además, los inversores extranjeros son vistos como una fuente de capital, tecnología y empleo, por lo tanto, las multinacionales son consideradas como un canal efectivo para la inserción internacional; las multinacionales permiten a las empresas medianas convertirse en proveedores, ser engranajes efectivos en las cadenas de producción e internacionalizarse en términos competitivos. Uno de los aspectos claves de la nueva visión es que la competitividad depende de la densidad de interconexión en la estructura de producción local, por lo tanto, no se diferencia entre firmas grandes y pequeñas ni empresas locales y extranjeras (Rojas, 2013).

3. *El rol del Estado es apoyar al sector privado, dando guía cuando es necesario, pero no un control directo*

El rol del Estado es apoyar, asociarse o dar guía al sector privado, sin tomar control directo o adueñarse de éste. El Estado tiene el rol fundamental de garantizar que la internacionalización de la economía sea equitativa y que la transformación productiva se lleve a cabo con el sector privado. Respecto a la transformación productiva y las políticas industriales basadas en sectores, el rol del Nuevo Estado Desarrollista es coordinar, desarrollar y comunicarse con el sector privado (Rojas, 2013).

Las políticas industriales como núcleo del diseño de políticas económicas en Latinoamérica fue una de las banderas de los gobiernos de izquierda, ya que eran la antítesis de los ideales del Consenso de Washington. Sin embargo, estas diferían considerablemente de las políticas industriales tradicionales caracterizadas por el modelo de Sustitución de Importaciones. Las nuevas políticas se enfrentaron a las oportunidades y limitaciones del nuevo contexto jurídico e institucional estructurado durante el período neoliberal, que formó la economía doméstica y global e impuso límites en la elección de opciones políticas disponibles. Las nuevas políticas industriales regresaron con un paradigma de desarrollo que no reta los aspectos centrales del modelo neoliberal (Rojas, 2013).

Autores como Trubek (2013) señalan que la Comisión de las Naciones Unidas para América Latina y el Caribe (CEPAL) fue una fuente mayor de ideas del nuevo consenso económico en la región: esta reconoce la importancia del sector privado, recalca la importancia de las exportaciones, indica que debe prestarse más atención a la competitividad global y ve la necesidad de una nueva política industrial. La CEPAL reconoce que el sector privado puede ser un motor de crecimiento, da consejos sobre la intervención pública selectiva y asociaciones entre lo público y privado diseñados para desatar las energías emprendedoras del sector privado mientras se aseguraba que éste tuviera el apoyo necesario para que fuera globalmente competitivo y capaz de desempeñarse en áreas tecnológicamente avanzadas y de alto valor. También da un gran énfasis en la necesidad de políticas sociales activas que ayuden a superar la exclusión social, reducir la pobreza, mantener la demanda y contribuir a la meta de competitividad incrementada al promover entrenamientos y reduciendo los costos sociales del cambio estructural.

Los académicos afirman que ni el Estado o el sector privado por sí solos son capaces de diseñar trayectorias de desarrollo óptimas, por lo tanto, postulan un rol importante del Estado en fomentar la competitividad y promover la innovación, también favorecen asociaciones entre el Estado y el sector privado. Esto da lugar a un nuevo tipo de política industrial para fomentar las asociaciones público privadas y una experimentación conjunta (Trubek, 2013).

Shunko Rojas (2013) identificó tres ideas fundamentales del nuevo discurso de desarrollo compartido por los gobiernos de izquierda y derecha en Latinoamérica, el cual dio a los Estados un vocabulario y estructura para la elaboración de argumentos que legitiman la política de desarrollo, la cual implicó el retorno de las políticas industriales.

La primera idea es la globalización, entendido como un fenómeno irreversible en el cual los mercados son más integrados y hay mayor competencia. Este provee una oportunidad para el desarrollo a través de una internacionalización efectiva, la cual consiste en lograr el desarrollo desde el exterior, basado en un crecimiento a partir del comercio. El nuevo discurso toma esta idea del Consenso de Washington, considera que la globalización provee oportunidades para el desarrollo, ya que el sistema y sus normas proveen oportunidades iguales para todos; por lo tanto, es necesario que exista cierto nivel de apertura e incluso este es conveniente para asegurar la competitividad de las firmas orientadas a la exportación, ya que pueden acceder a contribuciones importadas más baratas. Esta visión supone que la estructura jurídica básica de la economía global, es generalmente compatible con el desarrollo, aunque limita el espacio político nacional (Rojas, 2013).

La segunda idea consiste en que los países deben tener una economía exitosa y su competitividad debe basarse principalmente en la innovación. Esta noción es reminiscente del concepto de eficiencia, propio del discurso neoliberal de las décadas de los 80 y 90. Sin embargo, el nuevo discurso de desarrollo toma una perspectiva distinta, ya que enfatiza la distinción entre la competitividad falsa (basada en el trabajo barato) y la genuina (basada en la innovación). La competitividad basada en los bajos costos de trabajo no es sostenible a largo plazo, por el contrario, la competitividad obtenida a partir de la innovación y tecnología incrementa la productividad a través de mejoras sustanciales a la estructura económica existente y añadirá valor a la producción; la idea de esto, es evitar la competencia directa y obtener las rentas derivadas de la diferenciación de productos (Rojas, 2013).

Finalmente, la tercera idea es que los países necesitan transformar la estructura de sus economías de manera gradual, construyendo ventajas comparativas naturales, al añadir valor a las estructuras productivas preexistentes. El nuevo paradigma de desarrollo enfatiza la naturaleza artificial y dinámica de las ventajas comparativas; busca el desarrollo en estas, en este sentido, retoma una de las ideas centrales del desarrollismo del período de sustitución de importaciones en los 60. Sin embargo, la transformación no es radical, ya que no puede ignorar las ventajas comparativas naturales. Al combinar ambos conceptos, que al principio pueden ser contradictorios, el nuevo discurso de desarrollo ofrece una herramienta discursiva que legitima el apoyo estatal para una gran variedad de sectores que pueden pasar de tener fábricas manufactureras sencillas a tener alta tecnología (Rojas, 2013).

Desde la perspectiva de los gobiernos latinoamericanos, el retorno de las políticas industriales era un paso necesario y fundamental para obtener las metas de competitividad, innovación y transformación productiva; sin embargo, a inicios del nuevo milenio, los gobiernos de la región no tenían un marco articulado para guiar el resurgimiento de las políticas industriales. En la mayoría de los casos, el aparato estatal que había acumulado el conocimiento y las capacidades en el diseño e implementación de políticas durante el período de sustitución de importaciones fue desmantelado por las reformas neoliberales; por ende, muchos gobiernos tuvieron que comenzar un proceso de experimentación, ensayo y error, aprendiendo mientras se formulaban las nuevas políticas industriales. El nuevo discurso ofreció un mecanismo preferido para la toma de decisiones acerca de las tres ideas fundamentales: asociaciones público privadas donde el Estado tiene un rol de apoyo y el sector privado lidera el proceso de desarrollo (Rojas, 2013).

David Trubek (2013) advierte que, como no se conocen de manera previa los caminos óptimos para el crecimiento en la nueva economía global, es esencial y necesario experimentar para poder tener mejores procesos de descubrimiento y aprendizaje. Dentro de este nuevo paradigma, se ve al desarrollo como un proceso de descubrimiento en el cual el Estado busca empoderar al sector privado, ya que estos funcionan mejor cuando están enlazados en estructuras colaborativas que fomentan la experimentación y revisión.

Esto resaltó la necesidad de nuevas formas de acción estatal y servicios públicos; ya que una política de desarrollo efectiva requiere una cercana coordinación entre los actores públicos y privados, una experimentación conjunta y búsqueda de nuevas oportunidades de inversión, junto

con un diseño cuidadoso de la acción pública para manejar necesidades específicas y contextos (Trubek, 2013).

Los nuevos desarrollistas afirman que no hay una única política o modelo que dé lugar al proceso económico en todos los países al mismo tiempo, el nuevo desarrollismo recalca la necesidad de los procesos de aprendizaje y descubrimiento. Por ende, muchos neo desarrollistas resaltan la necesidad de flexibilidad y revisión. Esto se deriva de la centralidad de la experimentación y la colaboración. La perspectiva de la experimentación debe involucrar la colaboración entre lo público y lo privado, la cual debe estar estructurada de tal manera que permita una variedad de esfuerzos y marcos regulatorios que deben ser lo suficientemente revisables para que los frutos del aprendizaje sean fácilmente incorporados (Trubek, 2013).

Autores como Shunko Rojas (2013) señalan que, el nuevo discurso de desarrollo, incluyendo la nueva política industrial, ha probado ser efectivo como una gran narrativa que atrae a los gobiernos a través del espectro político, desde Colombia hasta Brasil. Este éxito se soporta en tres aspectos: en primer lugar, junta dos categorías aparentemente opuestas, como lo es el ámbito público y privado o la transformación productiva ligada a las ventajas comparativas. Esto crea nuevos conceptos claves suficientemente amplios para dar grandes márgenes de discreción a aquellos que toman decisiones. La vaguedad y ambigüedad en el discurso que resultó de combinar estas ideas opuestas, dio lugar a concepciones de balance que atraen a una gran variedad de usuarios y audiencias, independientemente de las posiciones políticas.

En segundo lugar, el nuevo discurso de desarrollo es altamente atractivo porque caracteriza relaciones económicas claves como no antagónicas. Las relaciones de poder entre capital y trabajo, problemas de reproducción social y asimetrías estructurales en las relaciones económicas internacionales son altamente marginalizadas. En la política industrial, cada esfera fundamental es presentada ausente de tensiones o conflictos (Rojas, 2013).

En tercer lugar, debido a una visión esterilizada de relaciones económicas, los perdedores son más difíciles de detectar, ya que tienden a ser ubicados lejos de los límites nacionales. Al definir la estrategia de desarrollo con base al crecimiento por exportaciones, el desarrollo siempre está mirando al exterior, apartando el conflicto de la arena doméstica y ubicándolo por fuera. Por ende, el otro está siempre afuera, las luchas y competencias tienen lugar en los mercados extranjeros de exportación (Rojas, 2013).

Al resaltar la meta de conquistar mercados extranjeros, el discurso facilita la conformación de una alianza nacional local, lo cual puede tener connotaciones nacionalistas y deja en el fondo conflictos que surgen de los límites nacionales. Las multinacionales que pueden entrar en conflicto con las empresas locales son vistas de manera positiva, ya que son una fuente de innovación que abrirá los mercados a través de exportaciones y son líderes en las cadenas de valor que empujan el crecimiento de empresas medianas locales (Rojas, 2013).

Finalmente, el poder y efectividad de las herramientas discursivas también tienen un fundamento material que las apoyan: un contexto externo favorable sin precedentes, caracterizado por los precios internacionales altos y cómodos, así como la disponibilidad de capital que se extendió en la región. En tiempos de abundancia, en los cuales hay recursos para todos, los problemas de distribución son fáciles de posponer o ignorar. En cambio, en tiempos de crisis, como la crisis financiera del 2008, las tensiones surgen más fácilmente (Rojas, 2013).

Brasil y Colombia tienen diferentes posiciones políticas en sus respectivos gobiernos, siendo el primero de izquierda y el segundo de derecha, estos países llevaron a cabo sus políticas de desarrollo de tal manera que ha habido una convergencia en las formas macro institucionales que se han elegido (Rojas, 2013).

## *5.2. La transformación de Brasil y Colombia en el cambio de siglo*

Como ya se ha mencionado, desde el 2000, el contexto político e ideológico cambió profundamente en la región. Aunque aún no había surgido un consenso económico, había una vista crítica sobre los efectos negativos de los TLC, en este contexto, las negociaciones entre Mercosur y la UE para alcanzar un TLC se suspendieron en 2004. Los gobiernos de izquierda de Lula en Brasil y Kirchner en Argentina lideraron una coalición de países latinoamericanos que resultaron en la muerte política y colapso de las negociaciones del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) en 2005. A raíz de la falla por alcanzar un acuerdo regional para profundizar la liberalización y el punto muerto en las negociaciones multilaterales en Doha, la administración de Bush eventualmente lanzó una nueva estrategia, en la cual buscaría concluir TLC bilaterales con países de la región. E.E.U.U. tendría más beneficios en las negociaciones bilaterales con cada país, insolando a los más resistentes (Brasil, Venezuela y Argentina) y eventualmente forzándolos a negociar en peores condiciones; por lo tanto, en 2004, E.E.U.U. inició negociaciones de TLC con Colombia, Ecuador y Perú (Rojas, 2013).

En este contexto, el gobierno de derecha de Uribe, el cual tenía una gran afinidad política con la administración de Bush, posicionó el TLC entre Colombia y Estados Unidos como una de las principales iniciativas políticas y económicas y el fundamento de la estrategia de desarrollo de Colombia. El TLC se firmó en 2006 y se hizo efectivo en 2012, este supuso la adopción de normas OMC plus, imponiendo en el país un espacio político limitado, el cual obligó al país a adoptar una gran variedad de reformas económicas con el fin de cumplir con las nuevas obligaciones y estándares del TLC (Rojas, 2013).

Por otra parte, Brasil inició la década liderando la oposición a los tratados de liberalización del comercio. Brasil continuó con su fuerte posición en contra de profundizar las normas dentro del marco de la OMC y no inició las negociaciones bilaterales para tener un TLC con Estados Unidos. Aunque no tenía el poder político para revertir las normas más constringentes de la OMC durante la ronda de Doha, lideró la coalición de países en desarrollo que la estancó (Rojas, 2013).

Brasil buscó expandir su espacio político al máximo a través de litigios estratégicos dentro del sistema OMC. Sin embargo, al finalizar la década, con el engrandecimiento del nuevo consenso de desarrollo, hubo un cambio paulatino hacia una convergencia macro institucional en la estrategia de desarrollo, acercando a Brasil y Colombia respecto a la inserción internacional. En el 2010, durante la cumbre de la UE y la CELAC, Brasil y Argentina (bajo las administraciones de Lula y Kirchner) decidieron reiniciar negociaciones para un tratado comprensivo de la UE y Mercosur, en un movimiento que significó una mayor convergencia hacia la estrategia que Colombia siguió desde 2004 (Rojas, 2013).

Esto no significa que Brasil y Colombia hicieron lo mismo respecto a las políticas de inserción internacional, ambos países tuvieron diferentes razones e implementaron estrategias distintas respecto a los TLC. Mientras el TLC en Colombia fue acogido con convicción, las negociaciones con la UE fueron vistas con precaución en Brasil. Colombia adoptó el TLC con la creencia que el libre comercio sería bueno para el país y que los beneficios generales del TLC compensarían sus costos. En cambio, Brasil vio el TLC como un movimiento táctico, un mal necesario, el costo a pagar para poder abrir los mercados extranjeros y perseguir una estrategia de crecimiento a partir de las exportaciones, lo cual es finamente beneficioso (Rojas, 2013).

De igual manera, la estrategia general de negociación fue distinta. Cuando el ALCA falló, Colombia buscó escabullirse y sacar ventaja de tener un acceso preferencial al mercado

estadounidense antes que el resto de países de la región. El costo de la estrategia y las normas finales del acuerdo reflejaron la enorme asimetría de poder entre ambos países. Brasil, reconociendo que había una enorme asimetría de poder frente a la UE, buscó negociar junto a Argentina, Paraguay, Uruguay y el Mercosur, con el fin de cerrar la asimetría de poder. Además, las negociaciones se dieron en la década de 2010, bajo un nuevo paradigma de desarrollo consolidado, en el cual la importancia de preservar cierto espacio político es más reconocida por países desarrollados y países en desarrollo. Como resultado del nuevo escenario y la estrategia de negociación colectiva, muchas de las cláusulas incluidas en el TLC entre Colombia y Estados Unidos, se dejaron fuera de la negociación del TLC Mercosur con la UE y se está trabajando en un texto que da más espacio político que el TLC de inicios de los 2000 (Rojas, 2013).

Sin embargo, más allá de las diferencias temporales, actitudes políticas, discursos formativos y hábitos, la estrategia general de Brasil y Colombia parece ser la misma: desarrollo hacia el exterior usando instrumentos internacionales que buscan el libre comercio, el cual limita el espacio estatal y refuerza una estrategia de desarrollo basada en las ventajas comparativas tradicionales (Rojas, 2013).

Mientras Brasil y Colombia abrían sus mercados e incrementaban la competencia, también dirigieron sus recursos y capacidades del Estado para apoyar y guiar el sector privado. Por eso, deliberadamente emitieron políticas industriales siguiendo un enfoque vertical, prohibido por el Consenso de Washington, con el fin de transformar la estructura de producción de sus economías y alcanzar una mejor inserción global (Rojas, 2013).

Ambos países implementaron estas políticas de maneras distintas: Brasil desarrolló una estrategia coherente, asegurando que las instituciones a cargo de implementarla fueran fuertes y apropiadas, además hizo uso de instrumentos políticos poderosos, Colombia también implementó este tipo de políticas, pero con resistencia; sin embargo, al final de la década hubo una convergencia en las macro instituciones que Brasil y Colombia decidieron implementar en la nueva estrategia de desarrollo, en este caso, la estrategia de Colombia gravitó hacia la brasileña (Rojas, 2013).

En Brasil y Colombia se pueden identificar dos momentos en la implementación de políticas industriales. Mientras en Brasil el segundo momento fue la continuación del primero en términos de estrategia general sobre la política industrial, en Colombia el segundo momento supuso un cambio en las iniciativas débiles dirigidas a incrementar la competitividad internacional en un

rango de sectores definidos vagamente, hacia un enfoque explícitamente vertical, en el cual se desarrollaron políticas específicas para un grupo selecto de sectores con el fin de lograr una transformación productiva a largo plazo (Rojas, 2013).

Brasil implementó sus políticas industriales a través de dos planes: el PITCE (Política Industrial, Tecnológica y Comercio Exterior) y el PDP (Política de Desarrollo Productivo). El PDP es la consolidación de la estrategia general de política industrial inaugurada por el PITCE. Ambos compartían los objetivos principales y un enfoque sectorial, recalcaban la innovación, la promoción de exportaciones y las asociaciones público privadas. El PDP fue parte de un proceso de aprendizaje institucional, lo cual implicó una estructura mejor articulada. El PITCE tuvo un acercamiento más arriesgado a la transformación productiva y se enfocó en unos sectores en los cuales no había ventajas comparativas naturales, el PDP en cambio, simbolizó un movimiento hacia las ideas centrales del nuevo consenso de desarrollo, en el cual, las políticas industriales debían ser aplicadas a los sectores nuevos y tradicionales (Rojas, 2013).

En el caso colombiano, hubo un cambio claro de un enfoque en políticas horizontales al comienzo de la década, a una atención más explícita a las políticas industriales verticales a través de la implementación del Programa de Transformación Productiva en 2008. Mientras que al principio de la década Colombia favoreció un acercamiento apoyado por el Consenso de Washington, hacia el fin de la primera década del siglo XXI, el gobierno de Uribe adoptó uno de los elementos del nuevo consenso de desarrollo que genera más ruptura: las políticas de transformación productiva dirigidas a abandonar la estrategia de desarrollo basada en ventajas comparativas naturales (Rojas, 2013).

### *5.3. La consolidación de un modelo de políticas de transformación productiva en Brasil*

#### **5.3.1. Primer momento: el PITCE**

La administración del presidente Cardoso dismanteló el aparato del modelo de sustitución de importaciones, privatizó las empresas estatales y adoptó reformas extensivas a favor del mercado. Desaparecieron las políticas industriales sectorizadas y se adoptó el Plan Real, una política central del neoliberalismo que vinculó la moneda brasileña al dólar estadounidense; esta medida sobrevaloró la moneda, haciendo las exportaciones menos dinámicas, favoreciendo las importaciones y afectando a los productores locales (Rojas, 2013).

Desde ese momento, el país se alejó de los principios del Consenso de Washington y se acercó a lo que sería el nuevo consenso económico. En 1999 el Ministerio de Industria y Comercio Exterior fue renombrado como Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio Exterior (MDIC), reflejando el nuevo escenario político. Al final del mandato del presidente Cardoso en 2002, pese a la oposición del Ministerio de Finanzas, el gobierno lanzó un programa sectorizado dirigido a fortalecer sectores particulares a través de iniciativas público privadas: “*los Foros de Competitividad-Diálogo para el Desarrollo*” (Rojas, 2013).

Trubek, Coutinho y Schapiro (2013) indican que entre 1994 y 2000, el gobierno federal de Cardoso llevó a cabo una serie de medidas dirigidas a transformar el sistema de seguridad social, las cuales incluían programas de disminución de pobreza dirigidos a poblaciones específicas, la introducción de programas de protección social no contributivos, la descentralización de la política social no contributiva, la descentralización de la política social de implementación, estos programas buscaban atacar algunas de las fallas regresivas del esquema de pensiones.

Otro desarrollo importante fue la Ley Orgánica de Asistencia Social (LOAS), la cual busca garantizar estándares sociales mínimos, fue diseñada para proteger hogares, madres, niños, adolescentes y adultos mayores, esta norma pretendía ayudar a personas de bajos recursos a entrar en el mercado laboral y entrenar y rehabilitar personas con discapacidades y promover su integración a la vida en comunidad (Trubek, Coutinho, & Schapiro, 2013).

Sin embargo, Rojas indica que, la verdadera ruptura frente al paradigma anterior ocurrió cuando Lula tomó el poder e hizo la necesidad de políticas industriales un elemento central en su estrategia de desarrollo. A finales de 2003, el gobierno lanzó el PITCE, que se construyó en el núcleo de ideas del nuevo paradigma de desarrollo. La meta del PITCE era lograr un incremento en la eficiencia de la estructura productiva, aumento de la capacidad de innovación de las firmas brasileñas y la expansión de exportaciones, ya que estas son las bases de una mayor inserción del país en el comercio internacional, estimulando los sectores donde Brasil tiene mayores capacidades o la necesidad de desarrollar ventajas competitivas.

Trubek, Coutinho y Schapiro (2013) indican que el PITCE incluyó una actividad legislativa sustancial: incluyó la ley de innovación, la cual se diseñó para facilitar las asociaciones y sinergia entre universidades, compañías e institutos de investigación. También se promulgó la Ley de Fundación, que facilitó el apoyo gubernamental a la investigación universitaria. Al mismo tiempo,

el gobierno comenzó a crear instituciones diseñadas para mejorar la coordinación dentro del mismo gobierno, así como entre el gobierno y el sector privado.

Cuando Lula fue elegido como presidente, el crecimiento económico se había ralentizado y el desempleo era muy alto. Por lo tanto, no es difícil de identificar las razones por las cuales, el gobierno llevado a cabo por el Partido de los Trabajadores, que ya estaba predispuesto al activismo estatal, quería incrementar el rol del Estado en la economía. Esta visión fue acompañada por la comunidad empresarial, la cual estaba insatisfecha por los efectos producidos por la liberalización del comercio en la década de los 90, por ende, poderosos grupos industriales se involucraron en el proceso electoral con el fin de abrir espacios para ideas desarrollistas (Trubek, Coutinho , & Schapiro, 2013).

La primera administración de Lula se enfocó en instruir, desarrollar y fortalecer la credibilidad política y económica empleando una política macroeconómica fiscalmente responsable, una tasa de cambio flotante y una orientación a la inflación. Esto implicó la imposición de restricciones al gasto gubernamental y una alta tasa de interés, lo cual frenó la inversión pública e incrementó el costo de crédito, limitando el crecimiento. Con el fin de reducir estos efectos, Lula introdujo varias políticas microeconómicas que indujeran el crecimiento, las cuales incluyeron una nueva forma de política industrial y políticas sociales que ayudaron a estimular el crecimiento doméstico mientras mitigaba la pobreza y reducía la inequidad (Trubek, Coutinho , & Schapiro, 2013).

Rojas (2013) señala que, con el fin de coordinar la implementación de la nueva política industrial, y siguiendo la creciente fe en las asociaciones público privadas como clave dentro del nuevo consenso de desarrollo, el PITCE creó la Agencia Brasileña para el Desarrollo Industrial (ABDI), la cual tenía un rol de coordinación, asegurando el seguimiento regular y sistemático de la formulación de política industrial y su implementación, buscando la articulación de acciones con otras agencias gubernamentales y promoviendo canales de comunicación y colaboración con el sector privado.

El éxito del PITCE fue limitado y parcial. Sin objetivos claros, falta de articulación entre los instrumentos políticos para implementar las políticas y una infraestructura institucional débil, se socavó el éxito. Aun así, el PITCE representó la vanguardia en las nuevas políticas industriales: fuerte enfoque en la innovación y orientación a la exportación, diálogo y colaboración con el sector privado, creación de una nueva institución para supervisar la implementación de políticas, una

combinación de políticas horizontales y verticales y una selección de sectores que eran intensivos en la innovación y tecnología, en los cuales Brasil no tenía fuertes ventajas comparativas internacionales (Rojas, 2013).

### ***5.3.2. Segundo momento: el PDP***

En el contexto de la crisis económica internacional del 2008, el gobierno de Lula lanzó durante su segundo mandato el PDP (2008-2010), un intento más ambicioso de consolidar una política industrial fuerte para Brasil. El PDP introdujo una serie de cambios significativos, los cuales suponen un diálogo más cercano y colaboración con el sector privado, identificación más clara y alcance más amplio de los instrumentos políticos, mayor complejidad en la administración institucional de la política y la notable expansión en el número de sectores apoyados (Rojas, 2013).

El diseño del PDP incorporó los mayores elementos del nuevo consenso de desarrollo. La ABDI tuvo un rol clave como enlace con el sector privado con el fin de reforzar la comunicación público privada y coordinación. Las metas del PDP reflejaron los principios centrales del nuevo consenso: estrategia con miras al exterior, impulsada por la innovación. Añadió incrementos en las inversiones e internacionalización de empresas medianas como nuevos objetivos. Retuvo la aplicación de políticas horizontales y verticales. Lo más importante, significó que los sectores tradicionales y nuevos merecían apoyo estatal (Rojas, 2013).

El PDP representó la consolidación institucional del PITCE, al mismo tiempo introdujo cambios importantes, estableció una estructura coordinativa más compleja y fuerte, incorporando agencias claves como el BNDES y el Ministerio de Finanzas. Tuvo metas más específicas, diseñadas con puntos de referencias claros, en los cuales había mejor articulación entre los instrumentos y las metas. Respecto a la selección de sectores, la se aligeró la selectividad presente en el PITCE, se incorporaron sectores débiles, que requerían un tratamiento especial por parte del Estado respecto a los mercados abiertos, así como sectores fuertes que tomaron ventaja del apoyo estatal para convertirse en actores globales (Rojas, 2013).

Trubek, Coutinho y Schapiro (2013) indican que aún es muy pronto para establecer el impacto del PDP, ya que este fue superado por la crisis financiera global antes que despegara. Los críticos han cuestionado si el plan realmente cambió los recursos de sectores tradicionales a industrias de alta tecnología o si hizo lo suficiente para las industrias medianas y pequeñas, lo que frecuentemente fue una mayor fuente de innovación.

En 2011, la administración de Dilma Rousseff introdujo una versión actualizada del PDP, llamada *Brasil Maior*; este plan continúa con los objetivos y políticas del PDP. Sin embargo, respecto a las preocupaciones sobre la desindustrialización, el plan puso énfasis en los esfuerzos para proteger las industrias domésticas afectadas fuertemente por la competencia global, una moneda sobrevaluada y bajos costos de importación (Trubek, Coutinho , & Schapiro, 2013).

Para incrementar la inversión y estimular la innovación, el plan ofrece alivio de impuestos, una financiación incrementada para la inversión e innovación y mayores mejoras en el marco legal. Para promover exportaciones y proteger la industria doméstica del comercio injusto, el plan ofrece ayuda de impuestos, garantías y financiación de la exportación, así como una defensa mejorada a través de remedios del comercio. Para dar protección especial a las firmas domésticas afectadas, el plan incluyó medidas como el pago de impuestos sobre la nómina de sueldos a industrias seleccionadas y un margen del 25% de preferencia a empresas locales. Una parte importante del plan *Brasil Maior* es el sistema de coordinación público-privada que se construyó en estructuras creadas para el PDP (Trubek, 2013).

#### *5.4. Las Políticas de Transformación Productiva de Colombia: convergencia hacia el nuevo modelo de desarrollo*

En Colombia también se presentaron dos momentos distintivos durante la primera década del siglo XXI, pero en este caso, el segundo movimiento fue un cambio importante de las iniciativas que favorecían una ligera competitividad hacia un intento más marcado para alcanzar la transformación productiva. Este cambio implicó una convergencia en las formas macro institucionales adoptadas por Brasil y Colombia respecto a la política industrial (Rojas, 2013).

Al inicio de la década, el enfoque colombiano al desarrollo enfatizó la inserción internacional y las políticas de competitividad. Mientras Brasil estaba desarrollando el PITCE y se dirigía hacia la implementación de políticas industriales verticales, Colombia aún implementaba políticas horizontales que no generaban rupturas con los principios más importantes del Consenso de Washington. Sin embargo, al finalizar la década, el discurso de Colombia sobre las políticas de desarrollo, experimentó un cambio notable que se reflejó en una posición más determinada sobre la transformación productiva, la cual es la base del Programa de Transformación Productiva (PTP) lanzado en el 2008 (Rojas, 2013).

El cambio fue particularmente notable en el segundo plan de desarrollo nacional (2006-2010): “Estado Comunitario: Desarrollo para Todos”, el cual estuvo altamente influenciado por académicos del nuevo desarrollo. Contrario al acercamiento generalizado del Consenso de Washington, el plan recalca un enfoque institucional y legalmente pluralista al desarrollo. Además, el plan abrió las puertas a la adopción de nuevas políticas industriales, o políticas productivas de desarrollo, lo cual explícitamente se separa de las políticas de períodos anteriores y resalta la importancia de volver a las políticas verticales, sectorizadas. El plan rechazó una estrategia de desarrollo basada en las ventajas comparativas naturales y reconoce el rol crítico de la intervención estatal (Rojas, 2013).

#### ***5.4.1. Primer momento: políticas industriales como políticas competitivas***

Desde 1990 Colombia desarrolló una larga tradición en la formulación de iniciativas competitivas. Luego de un impulso a las políticas de liberalización durante el gobierno de Gaviria (1990-1994), las políticas del Consenso de Washington comenzaron a retroceder por la oposición de varios sectores que se vieron afectados por las consecuencias de las reformas a favor del mercado. El presidente Samper (1994-1998), consciente de la necesidad de ajustar la estructura productiva del país con el fin de poder competir en mercados internacionales, lanzó una iniciativa dirigida a incrementar la competitividad internacional en sectores específicos y creó un Consejo Nacional para la Competitividad, el cual era un consejo consultivo para el presidente sobre todos los temas relacionados con la mejora de la calidad, productividad y competencia del país y sus regiones (Rojas, 2013).

Dentro de las decisiones tomadas por el consejo, diseñado como una asociación público-privada, el gobierno negoció once acuerdos de competitividad con sectores seleccionados o cadenas de producción, en los cuales terceras partes se comprometieron a realizar ciertas acciones para mejorar la competitividad. Mientras unos de esos acuerdos fueron orientados a reestructurar de acuerdo a las preocupaciones resultantes por el incremento de la producción, otros se dirigieron al desarrollo de las capacidades de exportación (Rojas, 2013).

Desde sus orígenes en los 90 hasta mediados de la primera década del siglo XXI, los gobiernos que sucedieron hicieron varios intentos de institucionalmente establecer un mecanismo permanente dirigido a incrementar la competitividad en la economía. Las políticas competitivas implementadas por el gobierno de Uribe implicaron la continuidad con políticas similares implementadas desde

los 90, que comenzaron como un enfoque sectorial superficial para ajustar (proteger) ciertas industrias en el escenario de mercados más abiertos. Sin embargo, las iniciativas sufrieron deficiencias institucionales que impactaron la efectividad en general y no fueron capaces de proveer una respuesta sustancial. Los esfuerzos reiterados proveyeron un trasfondo institucional que formarían las futuras políticas industriales de Colombia. Con el tiempo la agenda de competitividad fue capaz de obtener su propio lugar en la estrategia de desarrollo colombiana, así como en la creación y discurso de las políticas económicas. (Rojas, 2013).

#### ***5.4.2. Segundo momento: el movimiento hacia las Políticas de Transformación Productiva (PTP)***

En el 2006, como una respuesta al enorme reto que se impuso a Colombia por el TLC con Estados Unidos, el gobierno de Uribe decidió desarrollar un ajuste institucional coherente para una creación de políticas competitivas y las ubicó en el centro de la estrategia de desarrollo. Gradualmente el sistema desarrollado para incrementar la competitividad del país adoptaría el lenguaje y formas macro institucionales del nuevo consenso de desarrollo (Rojas, 2013).

En el 2008, el gobierno preparó un Sistema Nacional para la Competitividad, con una estructura unificada, coordinada por una comisión en la cual había una representación balanceada de los intereses públicos y privados. El sistema enfatizó la idea que la competitividad no podía basarse en la reducción de los costos de trabajo o actividades de renta, sino en incrementos de productividad a través del desarrollo de nuevos productos, la innovación y las exportaciones. La estrategia también dio importancia a los arreglos institucionales. El rol del Estado principalmente era de coordinar, proveyendo beneficios horizontales y sectorizados, donde las alianzas público-privadas se creaban para identificar y apoyar apuestas efectivas en grupos emergentes e industrias, resolver los problemas de coordinación y superar embotellamientos (Rojas, 2013).

Aunque estos cambios se formularon en el lenguaje del nuevo consenso de desarrollo, había ciertas particularidades del sistema de competitividad colombiano que diferían del modelo brasileño. En primer lugar, el sector privado tenía alta influencia en la definición de políticas dentro del sistema. En segundo lugar, el nivel de exposición de las políticas de competitividad colombianas a los actores internacionales era remarcable: un número de instituciones internacionales, incluyendo el Banco Mundial, en BID, la Corporación de Desarrollo Andina, USAID y el Foro Económico Mundial (FEM) hicieron contribuciones significativas al desarrollo del sistema de competitividad

colombiano a través de financiamiento y asistencia técnica. Por ende, mientras Brasil era el anfitrión del Foro Social Mundial, como parte del movimiento anti globalización, el sistema nacional de competitividad de Colombia adoptó como meta la mejora del puntaje del país en el Índice de Competitividad del Foro Económico Mundial y el Reporte “*Doing Business*” del Banco Mundial, dos productos institucionales concebidos bajo las ideas del Consenso de Washington (Rojas, 2013).

En el segundo momento, hacia el final del mandato de Uribe, el sistema de competitividad colombiano experimentó una reforma que lo acercó más al modelo brasileño. En años previos el foco de la competitividad estaba en ajustar sectores, con un acercamiento defensivo a la competencia internacional, usando mecanismos superficiales de intervención bajo la influencia del Consenso de Washington. Sin embargo, en 2008 el Ministerio de Comercio, liderado por Luis Guillermo Plata lanzó un nuevo programa como parte del sistema nacional de competitividad que representó un enfoque más agresivo hacia la implementación de la política industrial, acogiendo abiertamente la meta de la transformación productiva. Creado con el fin de alcanzar los Sectores de Clase Mundial con el potencial de exportaciones, el PTP se convirtió en el fundamento de la política para la transformación productiva a largo plazo, basada en el nuevo modelo para políticas sectorizadas (Rojas, 2013).

En el contexto de un gobierno que promovía el mercado, que hizo el TLC con Estados Unidos su insignia para la política económica, que decidió evadir el uso del término política industrial y favoreció las políticas horizontales, uno de los mayores cambios del PTP era cómo legitimizar la selección de sectores. En la presentación del programa, el ministro Plata señaló las diferencias del mercado cara a cara con las políticas industriales, resaltando el hecho que el PTP era un programa competitivo sin la selección arbitraria de ganadores, ya que los beneficios del programa se darían a cualquier sector que representara una propuesta de valor y porque no se ofrecerían subsidios, tarifas diferenciales o excepciones de impuestos (Rojas, 2013).

##### *5.5. Estrategias de Implementación Divergente en las Políticas de Transformación Productiva*

A pesar de la orientación opuesta de los gobiernos en poder, hacia el final de las administraciones de Lula y Uribe se demostró una convergencia significativa en el diseño macro institucional de políticas industriales. Sin embargo, probablemente a los diferentes compromisos políticos, dependencias institucionales distintas y contextos político económicos distintos, las estrategias de

implementación demostraron varios niveles de heterogeneidad. Mientras Colombia y Brasil hicieron un uso similar de formas macro institucionales, se pueden ver diferencias en la estrategia de implementación llevada a cabo por cada país. Brasil desarrolló una estrategia más coherente, ubicando instituciones fuertes en posiciones claves para su implementación e hizo uso de instrumentos políticos poderosos. Colombia implementó políticas con un acercamiento más reservado. El PTP favoreció a instrumentos políticos más débiles, como los mecanismos de coordinación y transferencia del saber hacer entre el Estado y negocios, tuvo una estructura institucional más débil e insolada. Los instrumentos políticos más fuertes, como los incentivos de impuestos, nunca se aplicaron (Rojas, 2013).

### ***5.5.1. La implementación de la política industrial en Colombia***

En el diseño original, el mayor beneficio de ser seleccionado para participar en el PTP era la elaboración de un plan de negocios estratégico o un mapa de ruta de desarrollo, para cada sector en una consulta con el sector privado, apoyo financiero del Ministerio de Comercio y asistencia técnica por parte de una firma consultora internacional. La participación en el PTP representaba un subsidio colectivo para que el sector pudiera identificar oportunidades, embotellamientos y problemas de coordinación que, una vez superados se pudiera lograr el potencial de crecimiento del sector. Una vez se hicieran los diagnósticos, el rol del Estado sería de coordinar los actores públicos y privados y los sectores que operaran dentro de una misma cadena de valor, grupo o sector. Las intervenciones se harían en cuatro áreas: derecho y regulación, infraestructura, fortalecimiento industrial y desarrollo del capital humano. El PTP abogaría por las reformas regulatorias buscando líneas de corrientes en los procedimientos administrativos, armonizando los estándares de calidad, patrocinando acciones colectivas del sector privado, orientando los programas de entrenamiento en recursos humanos, entre otros (Rojas, 2013).

Probablemente por la parcialidad ideológica del gobierno de Uribe, el PTP inicialmente no previó el uso de instrumentos fuertes, reduciendo la imagen contradictoria que surgiera de un gobierno neoliberal con una política industrial basada en la elección de sectores. El PTP se lanzó durante la crisis económica del 2008 en Estados Unidos, lo que afectó los recursos del gobierno colombiano y su capacidad de proveer apoyo financiero y surgió como la consolidación de una larga serie de esfuerzos en Colombia para desarrollar políticas específicas para sectores, los cuales fueron enmarcados como iniciativas de competencia y constituyeron mecanismos para el diálogo público

privado, enfocado en agendar e idear planes de acción, sin embargo, estos no tenían instrumentos de intervención económica (Rojas, 2013).

La ausencia de mecanismos fuertes en el PTP no implicó que este no existiera en la práctica. El PTP, a través del Ministerio de Comercio abogó y logró el avance de reformas de impuestos a ciertos sectores, la eliminación de tarifas, financiación de ciertas actividades, entre otros. Fuera del PTP, pero dentro del liderazgo del Ministerio de Comercio, el gobierno dio una serie de beneficios a firmas específicas. Durante la administración de Uribe, el gobierno hizo uso de tres mecanismos para apoyar el sector privado: incentivos de impuestos a ciertos sectores, Zonas de Libre Comercio (ZLC) y Contratos de Estabilidad Jurídica (CEJ). Estos instrumentos tenían un mecanismo de incentivos similar, un tratamiento especial sobre impuestos a largo plazo y una idea sobre lo que motiva las inversiones privadas: al limitar la capacidad estatal de imponer impuestos sobre un sector o firma particular, este haría mayores inversiones. Estas herramientas eran abiertas y empleadas por los inversores extranjeros y domésticos (Rojas, 2013).

Las ZLC y CEJ fueron diseñados para las grandes inversiones por parte de firmas colombianas y multinacionales extranjeras. En 2007, Uribe estableció un nuevo régimen para las ZLC, con el fin de cumplir los mandatos de la OMC. Convirtió las viejas zonas de procesamiento a ZLC en las cuales las firmas pudieran importar libres de impuestos y beneficiarse de un impuesto reducido. El gobierno posteriormente extendió estos privilegios a una gran variedad de situaciones: zonas temporales y permanentes (puertos, zonas mineras, etc.) y proyectos y firmas, independientemente de su ubicación, siempre y cuando tuvieran un nivel mínimo de inversión o empleo. Por ende, una sola firma podría convertirse en una ZLC y beneficiarse de los privilegios de impuestos dados por el régimen. El gobierno retuvo una libertad de acción para ubicar las concesiones de una manera discrecional, lo cual generó controversia política y grandes críticas por las firmas privadas excluidas del sistema. Luego que el régimen estuviese vigente, el número de ZLC creció de once a un total de 55 proyectos aprobados (Rojas, 2013).

Otra innovación introducida por la administración de Uribe para promover las inversiones fue el Contrato de Estabilidad Jurídica (CEJ). De acuerdo al régimen, una firma puede hacer un contrato con el Estado en el cual la empresa que hace una grande inversión acepta pagar un equivalente al 1% de la inversión anual, en cambio, el Estado garantiza un congelamiento jurídico en el cual se continúan aplicando al inversor normas específicas y regulaciones determinantes para la inversión,

las cuales deben estar específicamente establecidas en el contrato. Estos contratos pueden durar entre 3 y 20 años, no se excluyen sectores, y aunque el tipo de normas que se pueden suspender es amplio, en realidad la mayoría de normas que se han congelado son aquellas relacionadas a impuestos. El mecanismo previsto para administrar los CEJ eran similares a los de ZLC, lo cual generó gran controversia. Al final del mandato de Uribe, más de 60 contratos se aprobaron y 46 fueron en realidad suscritos (Rojas, 2013).

### ***5.5.2. Implementación de la política industrial en Brasil***

El modelo brasileño del PDP siguió un camino diferente. A diferencia del PTP colombiano, el PDP supuso un esfuerzo mayor para sistematizar y ligar, dentro del mismo marco institucional, iniciativas sectorizadas para ciertos instrumentos políticos, incluyendo aquellos aplicados por otras agencias gubernamentales que no estaban ligadas al ABDI, el MDIC o el BNDES (Rojas, 2013).

Los tipos de instrumentos empleados por el PDP difieren de aquellos usados en Colombia. Uno de los mayores beneficios de participar en el programa colombiano era la elaboración de planes de negocios por sectores. En el caso del PDP, firmas y sectores beneficiarios podrían recibir tratamientos especiales, incluyendo instrumentos fuertes como los beneficios en procedimientos públicos, tarifas o subsidios. Sin embargo estos beneficios no se distribuirían de manera homogénea entre los sectores participando en el PDP. La organización de los sectores del PDP dentro de tres grupos bajo la coordinación de tres instituciones afectó los tipos de instrumentos usados por cada grupo, así como el nivel de apoyo del Estado. Por ende, unos sectores recibirían un apoyo más leve, como intervenciones basadas en el diálogo público privado orientado a incrementar la coordinación y fortalecer la integración nacional, así como la densidad de cadenas de producción y grupos empresariales (Rojas, 2013).

Lo que claramente diferenció el PDP de su contraparte colombiana, y probablemente de otros programas de desarrollo que surgieron durante la última década en la región, fue el rol decisivo del BNDES y las políticas a través de las cuales opera. El BNDES, junto con el ABDI y el Ministerio de Finanzas, era parte del Secretariado Ejecutivo del PDP, además, era responsable por la coordinación de ciertos programas específicos, como el Programa para Consolidar y Expandir el Liderazgo. A través de préstamos subsidiados, usando un nuevo mecanismo de contratación, el BNDES estuvo involucrado en varias operaciones a gran escala y ayudó a orquestar las fusiones y adquisiciones para construir campeones nacionales en varias industrias (Rojas, 2013).

Aunque los fondos estaban dirigidos a firmas líderes, el gobierno también pretendía fortalecer su competitividad a través de una estrategia de “sustitución de importaciones competitiva” usando el poder adquisitivo del gobierno y préstamos diseñados para estimular y desarrollar proveedores nacionales (la mayoría empresas medianas) (Rojas, 2013).

#### *5.6. Comparando las estrategias de implementación de políticas industriales en Brasil y en Colombia:*

La comparación de las estrategias de implementación en Brasil y en Colombia demuestra que tienen diferentes implicaciones. El camino tomado por Brasil, a través del BNDES demuestra una estrategia nacionalista. A pesar de las limitaciones impuestas por la normatividad internacional para discriminar entre las firmas nacionales e internacionales, Brasil logró tomar ventaja del espacio político restante. En segundo lugar, muchas de las firmas apoyadas eran privadas o tenían alta participación privada, por lo tanto, la implementación exitosa de la estrategia requirió una estrecha colaboración y coordinación público privada. En tercer lugar, la estrategia perfectamente se ajustó a la estrategia de desarrollo iniciada al final del período de sustitución de importaciones, también se reforzó durante el período del Consenso de Washington, ya que los sectores apoyados tenían gran potencial de crecimiento en exportación. Finalmente, cuando estas firmas recibieron el apoyo del BNDES, ya eran líderes que reportaban ganancias y no tenían limitaciones financieras en sus sectores, sin embargo, algunos de ellos no podían tomar el gran paso de compañías regionales a verdaderas multinacionales sin el apoyo e incentivos estatales (Rojas, 2013).

Lo que estas estrategias tienen en común es la preocupación por recibir rentas en la economía global. Durante el período de sustitución de importaciones el Estado intentó capturar las rentas generadas globalmente por el sector manufacturero. Hoy en día, el foco en la innovación es el nuevo consenso económico por el cual se busca capturar las rentas generadas por la diferenciación de productos y la protección de avances tecnológicos. La estrategia llevada a cabo por Brasil a través del BNDES para formar actores globales a partir de los recursos naturales busca recibir las rentas generadas por las altas barreras presentes en los mercados globales concentrados, así como en las cadenas de valor emergentes (Rojas, 2013).

El análisis de los principales instrumentos usados por Colombia demuestra que la estrategia general era realmente diferente. La estrategia colombiana, impregnada por las ideas del Consenso de Washington, dependía en reducir el costo de operación de las firmas y limitar el poder discrecional

del Estado, bajo la suposición que estos serían incentivos suficientes para promover mayores inversiones. Sin embargo, dejando a un lado los esfuerzos para poner la innovación en los sectores, no es claro cómo la estrategia general basada en reducir los impuestos, crea o protege las rentas en la economía global o es sostenible a largo plazo. En otras palabras, parece más fácil para un país potencialmente competitivo ofrecer reducir los costos de operación que romper barreras en las cadenas globales de valor (Rojas, 2013).

¿Por qué Colombia no siguió el camino de Brasil? Por parcialidades políticas, especialmente durante el primer mandato de Uribe, en el cual se descartaron ciertas estrategias y el uso de algunos instrumentos políticos disponibles para los países en desarrollo. En segundo lugar, Colombia y sus firmas no tienen el tamaño de Brasil, por lo tanto, la estrategia de internacionalización habría sido más arriesgada y costosa. En tercer lugar, a diferencia del Brasil, el gobierno colombiano no tiene una alta participación en las grandes empresas y el gobierno no buscó influenciar las estrategias de negocios de empresas estatales como Ecopetrol, ISA, ISAGEN o EPM dando mayor autonomía a su administración (Rojas, 2013).

Finalmente, incluso si hipotéticamente Colombia hubiese tenido un gobierno de izquierda pro desarrollista, y hubiera tratado de imitar el camino de Brasil, habría tenido grandes limitaciones. Cuando Lula decidió cambiar la estrategia de desarrollo del país a inicios de la década, el gobierno tenía una poderosa herramienta, el BNDES, una fuerte institución que ha acumulado capacidades institucionales durante los últimos 60 años. Desde la década de los 90, los gobiernos colombianos sucesivamente desmantelaron el Instituto de Fomento Industrial (IFI) hasta su eventual liquidación por parte de Uribe en el 2003. Las líneas de crédito del IFI se transfirieron al Bancoldex, que emergió en los 90 como un banco de exportaciones e importaciones de segundo nivel, este canceló las líneas de crédito del IFI excepto aquellas dirigidas a financiar empresas medianas. Cuando se lanzó el PTP, el proceso de transformación del Bancoldex solo se dio en las primeras etapas. Pese a que Bancoldex tiene, como el BNDES en Brasil, algunos de los agentes gubernamentales más cualificados, es aún una institución joven como banco de desarrollo y debe pasar un largo proceso de acumulación de capacidades, el cual se hace a través del aprendizaje. Solo entonces, un gobierno pro desarrollista tendrá algunas de las herramientas claves para llevar a cabo un ambicioso programa de políticas industriales (Rojas, 2013).

En el ámbito Latinoamericano, ha habido cierta resistencia a la implementación de reformas relacionadas al Imperio de la Ley, ya que estas, en el ámbito económico, han sido un medio para promover principios y políticas neoliberales, las cuales, por diversos motivos como las crisis económicas, ideologías políticas y contextos propios de cada país, no funcionaron en la región, la cual se está dirigiendo cada vez más a un nuevo modelo económico, independientemente si el Estado es de derecha o izquierda.

Se puede decir en principio que existe un Orden Jurídico Transnacional del Imperio de la Ley, ya que hay varias instituciones, tanto públicas como privadas y Estados que promueven las reformas relacionadas a este, con el fin de lograr el desarrollo económico. Tal como lo señala Stephen Humphreys (2010) la asociación del Imperio de la Ley con términos como el crecimiento, desarrollo, economía de mercado y un buen ambiente de inversión, es reiterada a través de varios canales y recibe un gran beneficio de recursos por parte de grandes instituciones como el Banco Mundial.

Sin embargo, en el caso Latinoamericano, estas normas no han tenido mucho impacto, varios países de la región rechazan este tipo de reformas, ya que los cambios generan cierto tipo de malestar en las configuraciones de poder dentro de los órdenes nacionales, lo cual, llevó a Brasil y otros países de corte izquierdista a tratar de sabotear estas normas y buscar otras alternativas.

Brasil y Colombia se encuentran en los puestos número 52 y 71 del Índice del Imperio de la Ley del WJP, lo cual demuestra en cierto punto, que estos países han tenido dificultad en asimilar en su totalidad las normas jurídicas transnacionales y locales que se han realizado al respecto, hasta el punto que han llegado a rechazarlas. En el caso latinoamericano, este OJT ha tenido dificultades para crear un impacto a nivel local, lo cual pone en evidencia graves fallas, las cuales pueden poner en duda su existencia.

## **6. Conclusión: las dificultades del Imperio de la Ley como un Orden Jurídico Transnacional, potenciales retos y amenazas**

El análisis del proceso de transformación de las políticas de desarrollo en Latinoamérica durante el cambio de siglo y el debate generado a partir de las diferencias ideológicas de los Estados latinoamericanos, revela el surgimiento de un nuevo paradigma, que pretendía ser un medio efectivo para lograr el desarrollo en la subregión. Sin embargo, este contradice algunas de las políticas relacionadas con el Imperio de la Ley, ya que estas reformas pretenden la adopción de principios neoliberales, los cuales fueron rechazados por la mayoría de Estados latinoamericanos al no haber cumplido con las expectativas planteadas.

Hoy en día existen varios programas del Imperio de la Ley alrededor del mundo, que pueden llegar a demostrar la existencia de un OJT: hay una ola de reformas relacionadas al Imperio de la Ley, que autores como Stephen Humphreys (2010) rastrea desde la década de los 80, con los programas de justicia financiados por USAID en Centro América y el Caribe, que fueron creados para obtener apoyos por parte del Congreso de Estados Unidos a las políticas militares en Latinoamérica que el gobierno Reagan pretendía implementar. Estas reformas se enfocaron en la administración de justicia e implementación del derecho y en algunos países fueron acompañadas por esfuerzos para transformar la infraestructura jurídica a favor de la economía de mercado, a través de la liberalización del comercio, privatización e impulsos al sector empresarial.

USAID a través de sus programas de gobierno justo y democrático promovió leyes, instituciones y actitudes a favor de elecciones democráticas, promoción de los derechos de las mujeres, los niños y la sociedad civil, políticas parlamentarias, independencia judicial y mecanismos alternativos de solución de conflictos, también abogó en contra de la corrupción y el tráfico de personas. USAID publicó manuales de estos temas dirigidos a ejecutores de proyectos, consultores y otros actores (Humphreys, 2010).

De acuerdo al Departamento de Estado de Estados Unidos, se han dirigido alrededor de 532 millones de dólares al subprograma de “*Estado de Derecho y Derechos Humanos*”. Por otra parte, el Banco Mundial ha aumentado sus gastos en proyectos del Imperio de la Ley de una manera más rápida en comparación a sus otros desembolsos: en el 2006, el Banco reportó haber donado alrededor de 4.6 millones de dólares en programas de gobernanza e Imperio de la Ley, lo cual constituyó al 19 por ciento de sus préstamos y concesiones (Humphreys, 2010).

Sin embargo, estos programas y sus alcances no son fáciles de identificar, ya que, en primer lugar, las fuentes, canales y procesos de asistencia externa son bastantes complejos; en segundo lugar, no hay un criterio definido para determinar qué califica como un programa de Imperio de la Ley y tercero, el término tiene un valor simbólico tan importante, que varias agencias y departamentos lo emplean con el fin de atraer financiamiento y credibilidad, los cuales no podrían obtener de otra manera (Humphreys, 2010).

Además, la promoción del Imperio de la Ley va más allá de la asistencia técnica, que consiste en ayudar en la redacción de leyes necesarias para los mercados de capitales modernos y transacciones de comercio. También requiere fomentar los múltiples grupos de interrelación que aseguran que la ley sea efectiva: los grupos empresariales y abogados deben conocer cómo emplear estas leyes para su beneficio, la sociedad civil debe saber cómo cabildearlas, los legisladores deben saber diseñarlas, los agentes oficiales deben saber cómo respetarlas y los jueces deben conocer cómo aplicarlas. Por lo tanto, este medio de asistencia no puede separarse del concepto de gobernar de manera justa y democrática (Humphreys, 2010) .

Se puede decir que, en principio, hay un Orden Jurídico Transnacional sobre el Imperio de la Ley; sin embargo, el caso latinoamericano demuestra problemas de concordancia: las pretensiones de los organismos internacionales difieren de los intereses políticos de los gobiernos que se encuentran en el poder. Países como Brasil, Argentina y Venezuela han rechazado los principios del neoliberalismo y han buscado otras alternativas al crecimiento económico, como el Nuevo Desarrollismo Estatal en Brasil o estrategias de expropiaciones en Venezuela.

Este OJT surgió a partir del fracaso del movimiento de Derecho y Desarrollo, el cual se dio por la falta de una base teórica que fundamentara y guiara todas las clases de reformas que este pretendía llevar a cabo; la ingenuidad de los profesionales que pretendían llevar a cabo estos cambios, así como la incapacidad de lograr las metas planteadas dio lugar a un inconformismo y una serie de críticas que pudo afrontar, lo cual dio lugar a su desaparición. El Imperio de la Ley logró rescatar las ideas del Derecho y Desarrollo, renovándolas y dándoles un impulso económico, ideológico y político.

Sin embargo, debido a la estrategia de crecimiento económico con miras al exterior de Brasil, así como su necesidad de integrarse en el sistema de comercio internacional, Brasil se vio obligado a adoptar algunas intervenciones y reformas neoliberales, propias del OJT, pero lo hizo sin

convicción, considerándolo como un mal necesario. En cambio, países como Colombia y México si adoptaron los principios del Imperio de la Ley, aun cuando estos suponían una limitación al espacio político del pueblo, aunque es necesario resaltar que, a medida que iba avanzando la primera década del siglo XXI, se puede ver que Colombia también se estaba acercando al modelo brasileño.

Las reformas del Imperio de la Ley pueden considerarse como un trasplante jurídico, en el cual se busca implementar regulaciones e instituciones jurídicas a favor de la economía de mercado, las cuales impulsaron el crecimiento económico en países de Europa occidental, en países que aún no han logrado el desarrollo. Sin embargo, es posible que estas normas ignoren las condiciones sociales, políticas y económicas de los lugares donde se quieren implementar y, por ende, no pueden tener la efectividad de sus países de origen. La poca efectividad puede generar malestar en los gobiernos de los Estados donde se quiere hacer el trasplante, además, las grandes limitaciones al espacio político que suponen estas reformas, dan lugar a que estos Estados busquen sabotear estos procesos.

Este fenómeno, demuestra que el Orden Jurídico Transnacional del Imperio de la Ley como un medio de impulsar el crecimiento económico y alcanzar el desarrollo no se encuentra bien asentado en el momento, los actores jurídicos no tienen interiorizadas las normas relacionadas; además no se ha podido acordar un significado claro sobre las ideas que conforman este orden, debido a la cantidad de instituciones que emplean el término Imperio de la Ley.

La falta de asentamiento de las normas de este Orden Jurídico Transnacional implica que no hay concordancia entre las instituciones internacionales y los Estados de la subregión, aun cuando estos hayan adoptado políticas relacionadas a este durante las décadas de los 80 y 90. Esto significa que, de acuerdo a los planteamientos de autores como Halliday y Saffer (2013), el OJT no se encuentra establecido y por lo tanto, los actores no son capaces de predecir resultados ni podrán suponer qué normas se aplicarán en un caso u orden establecido.

Es necesario recalcar que los problemas de este Orden Jurídico Transnacional surgieron al inicio del siglo, con el surgimiento de movimientos como el Nuevo Estado Desarrollista. Durante las décadas de los 80 y los 90, cuando los principios del Consenso de Washington eran hegemónicos en el ámbito económico internacional, los países latinoamericanos aceptaron los principios y reformas relacionadas al Imperio de la Ley con convicción, lo cual implica que, este OJT se encontraba más

establecido, había concordancia entre los Estados de la subregión y las organizaciones internacionales y las regulaciones se encontraban asentadas. Sin embargo, la incapacidad de estas reformas para lograr el crecimiento económico que habían prometido, así como el cambio de gobiernos en la región, los cuales eran mayoritariamente de izquierda y dieron lugar a un fenómeno de polarización política, implicó un rechazo a los principios del neoliberalismo y a los cambios que se pretendían llevar a cabo con las reformas del Imperio de la Ley.

Por lo tanto, este Orden Jurídico Transnacional debe buscar nuevos recursos con el fin que los actores jurídicos puedan seguir moviendo recursos que permita legitimar sus procesos y normas, de igual manera, debe seguir agendando los problemas que se deben tener en cuenta, con el fin de tener marcos que permitan establecer los diagnósticos y estrategias que deben emplearse para solucionarlos. Esta es una tarea complicada, ya que implica cambiar ciertas concepciones de identidad y toma de decisiones para que el público sea más propenso a aceptar el orden; sin embargo, es necesario, ya que este OJT debe fortalecerse ante los cambios en las corrientes políticas e ideológicas del momento, así como el surgimiento de nuevos paradigmas de desarrollo, como el Nuevo Estado Desarrollista, y de esta manera pueda seguir implementando y generando cambios en los modelos de desarrollo. Si este OJT no es recursivo y no puede solucionar estos problemas de implementación, establecimiento y asentamiento, poco a poco perderá su legitimidad ante los agentes domésticos, lo cual podría dar lugar a su desaparición.

Es importante tener en cuenta que, este Orden Jurídico Transnacional es muy difícil de identificar, debido a la gran cantidad de significados e interpretaciones que se le dan al Imperio de la Ley, además, este se sobrepone con otros OJT relacionados con el comercio internacional y el desarrollo; este orden se fundamenta en una idea muy general, que no solo abarca el crecimiento económico, sino que también pretende tratar temas como la gobernanza, la democracia, los derechos humanos y la justicia. Por lo tanto, es necesario que el movimiento del Imperio de la Ley replantee sus fundamentos teóricos, y a partir de esto, proponga unos objetivos claros que permitan separarlo de las otras definiciones que existen alrededor del término. De no ser así, podría cometer errores similares a su antecesor, el movimiento de derecho y desarrollo y, por lo tanto, estaría en riesgo de fracasar.

Es evidente que existe bastante literatura sobre el Imperio de la Ley, ya que este es un tema muy atractivo por su alto valor simbólico, por lo tanto, es natural que existan tantas definiciones de este.

Sin embargo, es interesante que, dentro de tantos autores, no se encontró alguno que se atreviera a cuestionar o refutar este ideal, lo cual supone que hay una absoluta aceptación del Imperio de la Ley, aun cuando no se sabe bien en qué consiste. Por otra parte, el concepto de Orden Jurídico Transnacional aún es una propuesta académica muy reciente, la cual a medida que se vaya conociendo, puede ir transformándose y evolucionando, por lo tanto, pueden surgir nuevos conceptos e ideas que cambien la manera en la cual se identifiquen los OJT.

Esta monografía analizó temas y textos relacionados con el desarrollo, pero dejó a un lado algunas discusiones relevantes al crecimiento económico como el surgimiento de nuevos paradigmas. De igual manera, es importante realizar el análisis del proceso de implementación y asentamiento del Orden Jurídico Transnacional del Imperio de la Ley en Estados de otras regiones, como África, el Sudeste Asiático o los antiguos Estados Soviéticos, con el fin de tener un panorama más amplio de éste.

## 7. Bibliografía

- Agamben, G. (2003). *Estado de Excepción. Homo sacer, II, I* (2da ed.). Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora S.A.
- Anghie, A. (2004). Sovereignty and the post-colonial state. En A. Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law* (págs. 196-244). Cambridge: Cambridge University Press.
- Avant, D., Finnemore, M., & Sell, S. (2010). Who Governs the Globe? En D. Avant, M. Finnemore, & S. Sell, *Who Governs the Globe?* (págs. 1-31). Cambridge: Cambridge University Press.
- Dezalay, Y., & Garth, B. (1996). Exploring and Representing the World of International Commercial Arbitration. En Y. Dezalay, & B. Garth, *Dealing in Virtue. International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order* (págs. 3-17). Londres: The University of Chicago Press.
- Halliday, T., & Carruthers, B. (2009). Introduction: The Recursivity of Law. The Legal Construction of Markets. En T. Halliday, & B. Carruthers, *Bankrupt Global Lawmaking and Systemic Financial Crisis* (págs. 1-37). Stanford: Stanford University Press.
- Halliday, T., & Shaffer, G. (2015). Transnational Legal Orders. En T. Halliday, & H. Shaffer, *Transnational Legal Orders* (págs. 3-74). Nueva York: Cambridge University Press.
- Humphreys, S. (2010). *Theatre of the Rule of Law Transnational Legal Intervention in Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kleinfeld, R. (2012). *Advancing the Rule of Law Abroad*. Washington D.C.: Carnegie Endowment for International Peace.
- Newton, S. (2006). The Dialectics of Law and Development. En D. Trubek, & A. Santos, *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal* (págs. 174-202). Nueva York: Cambridge University Press.
- Rajah, J. (2015). "Rule of Law" as a Transnational Legal Order. En T. Halliday, & G. Shaffer, *Transnational Legal Orders* (págs. 340-373). Nueva York: Cambridge University Press.

- Rojas, S. (2013). Understanding Neo-Developmentalism in Latin America New Industrial Policies in Brazil and Colombia. En D. Trubek, H. Alviar García, D. Coutinho, & A. Santos , *Law and the new developmental state: the Brazilian experience in Latin American context* (págs. 65-114). Nueva York: Cambridge University Press.
- Santos, A. (2006). The World Bank's Uses of the "Rule of Law" Promise. En D. Trubek, & A. Santos, *The New Law and Economic Development* (págs. 253-300). Nueva York: Cambridge University Press.
- Shaffer, G. (2013). The Dimensions and Determinants of State Change. En G. Shaffer , *Transnational Legal Ordering and State Change* (págs. 23-49). Nueva York: Cambridge University Press.
- Shaffer, G. (2013). Transnational Legal Ordering and State Change. En G. Shaffer, *Transnational Legal Ordering and State Change* (págs. 1-22). Nueva York: Cambridge University Press.
- Tamanaha, B. (2004). *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*. Nueva York: Cambridge University Press.
- The Economist. (2014). Relearning Old Lessons. *The Economist*. Obtenido de The Economist.
- Tourme-Jouannet, E. (2013). The New International Development Law. En E. Tourme-Jouannet, *What is a Fair International Society? International Law Between Development and Recognition* (págs. 37-65). Oxford: Hart Publishing.
- Trubek, D. (2006). The "Rule of Law" in Development Assistance: Past, Present and Future. En D. Trubek, & A. Santos, *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal* (págs. 74-94). Nueva York: Cambridge University Press.
- Trubek, D. (2013). Law, State, and the New Developmentalism: An Introduction. En D. Trubek , H. Alviar Garcia, D. Coutinho, & A. Santos , *Law and the New Developmental State: the Brazilian experience in Latin American Context* (págs. 3-27). Nueva York: Cambridge University Press.
- Trubek, D., & Galanter, M. (1974). Scholars in self-estrangement: some reflections in the crisis in law and development studies in the United States. *Wisconsin Law Review*, 1065-1073.

Trubek, D., & Santos, A. (2006). Introduction: the Third Moment in Law and Development Theory and the Emergence of a New Critical Practice. En D. Trubek , & A. Santos , *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal* (págs. 1-18). Nueva York: Cambridge University Press.

Trubek, D., Coutinho , D., & Schapiro, M. (2013). New State Activism in Brazil and the Challenge for Law. En D. Trubek, H. Alviar García, D. Coutinho, & A. Santos, *Law and the New Developmental State. The Brazilian Experience in Latin American Context* (págs. 28-64). Nueva York: Cambridge University Press.