

JUSTICIA Y SEGURIDAD

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

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

(I) Planteamiento general

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴ Beck, U., *Ob. Cit.*, p. 34.

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

(II) Justicia y seguridad como aseguramiento de expectativas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c) La seguridad jurídica y la obsolescencia legislativa

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

d) La seguridad jurídica y las profesiones legales

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

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

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

e) La seguridad jurídica y el mercado de los abogados

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

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

f) La seguridad jurídica, la gobernabilidad y la democracia

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

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

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

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

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

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

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

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

(III) Justicia y seguridad como promoción de bienes

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

JUSTICE AND SECURITY

The Justice Studies Center of the Americas' contribution to the Special Conference on Hemispheric Security to be held in Mexico on October 28 2003.

Note: This text is an institutional document drafted by Mr. Carlos Peña González¹.

(I) General Outline

Scant attention has been paid to the relationship between justice and security, and as yet public policy approaches that are based on the judicial perspective have failed to include that relationship. In the Americas, this type of public policy has generally been motivated by the routine perspectives of judicial disciplines, or has been guided by the need to directly support market-oriented economic reforms.² The issue of security has not been specifically considered from these points of view.

This situation, which is the result of changes that are taking place both nationally and internationally, must be remedied.

On a domestic level, the groups to which people belong (family, neighborhood, church, etc.) tend to be weakened during modernization processes, which stimulates an individualist culture. But while this situation may lead people to feel more autonomous, it also makes them more disorientated and leads to a need for important markers that can serve as guides.

While this process is sometimes the result of migrations, in large urban areas it seems to be more the result of the effect of the market and an increase in communications. The State, for its part, tends to change established forms of conduct and modify the symbolic role that it fulfilled up until a short time ago: instead of being a mediator between corporations or groups, it adopts or at least tries to adopt the role of symbolic regulator of actions and projects starting with the role it plays in the fiscal debt crisis.

The result of this process of loss of belonging is that people feel that their daily lives are ever more subject to risk and insecurity³, which leads them to demand that justice systems overcome problems that most of the region's administrative systems are simply not prepared to address. This, accompanied by globalization and the crisis of political

representation, denies citizens the mechanisms that they used to use to channel their demands. As a result, these problems are often expressed in the form of rights before the courts, and judicial administration systems come to be seen as mechanisms for expressing social demands and overcoming insecurity and risk.

The issue of security is ever more present on the international agenda, a phenomenon that follows the same trajectory as the aforementioned process. Traditionally (i.e. during the Cold War), the problem of security was approached from the point of view of governments or states. But in today's international community –which is characterized by the disappearance of the bipolar order and the ever more explicit interdependence of practically every point on the globe– security becomes a much more important issue for ordinary citizens. This changing perception of the issue of the security as a benefit that governments offer their people has given rise to the concept of *human security*.

As presented in the United Nations Development Program's 1994 Human Development Report, this concept represents a radical change of perspective. Instead of emphasizing the security and integrity of the State, the concept of human development refers to the need to protect people from all risks and threats. As it is conceived in the aforementioned report, human security implies tackling two types of threats. On the one hand it is necessary to deal with the chronic threats that are derived from structural causes that have led to organized crime, hunger, repression and disease in many parts of the world. On the other hand, there are threats that invade people's lives and inspire fear and doubts about the future. The way in which we have come to understand *human security* clearly shows that domestic and international politics increasingly resemble the work of *risk management*⁴.

The concept of *human security* has not only been developed as a principal of international politics

¹ Original text presented in Spanish. Translated by Maxine Lowy, Peter Kozak and Katherine Goldman.

² See PNUD et al, Seguridad Jurídica e Inversiones, San José: Proyecto Regional de Justicia, PNUD, 2001.

³ Beck, U. "Hijos de la libertad: contra las lamentaciones por el derrumbe de los valores," in: Hijos de la libertad, Buenos Aires, FCE, 1999; Cfr. Giddens, A. The Third Way, Cambridge, Polity Press, 1998, pp.34; Giddens, A. Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas, Madrid, Taurus, 1999.

⁴ Beck, U. "De la teoría crítica a la autocritica de la sociedad del riesgo," in: La invención de lo político, Buenos Aires, FCE, 1999, pp. 32.

inspired by UNDP reports or actions undertaken by certain countries (such as the case of Canada within the Americas). It is also linked to developments in the social sciences, where it has been noted that human beings experience two different types of threats that produce radically different effects when considered from a political perspective. The first are external threats that can be attributed to nature, and the second are related to the decisions made by human beings. The sociological concept of risk is associated with the unexpected and at times unpredictable consequences of our own decisions. In the social sciences, public dilemmas have traditionally been seen as problems in the construction of social orders, a process that entails decisions to follow a set of regulations (the most obvious problems in social orders are those of corruption and institutional instability). However, risk creates a different dilemma that is separate from the problem of subjecting decisions to certain rules, namely calculating and distributing the costs and consequences of decisions that are made while following the rules. From a social sciences perspective, the society of risk is consistent with the post-industrial state. While the problem of welfare states was how to distribute the “commodities” of the industrial system, the society of risk has to deal with the problem of how to distribute or calculate the “incommodities” of that same system⁵. However, countries’ growing interdependence and the expansion of markets and communications has spread this phenomenon to every corner of the world to varying degrees.

It is likely that the risks that developing countries experience do not necessarily make them societies of risk. In other words, developing countries (including most of the countries in the Americas) are not societies of risk because their problems are still related to matters of social order. Yet if we consider their situation from the perspective of growing interdependence, we see that these are societies that *experience risk*.

The challenge for developing countries is thus twofold. They must deal with the growing risks associated with multiple decisions –many of which have been adopted outside of their borders- but cannot rely on a highly developed risk management system–.

This is particularly important from the point of view of justice, as judicial administration systems can easily become overburdened by the challenges of human security when they are forced to deal with issues for which they are ill prepared. Such systems traditionally resolve problems of social order (they

ensure that decisions are made in agreement with sets of rules) but not problems associated with risk (justice systems are not equipped to deal with an estimation of the consequences of human actions)⁶. From the point of view of the principal of human security, the risks that people experience cannot be dealt with unless justice systems first fulfill their own innate and immediate function of establishing social order, which is probably the most urgent issue facing most of the countries in the Americas, particularly in Latin America.

This text attempts to bring together certain findings so as to examine the justice agenda from a security perspective. The discussion presented herein will allow us to consider the issue of justice and security from an academic point of view. Each of the issues examined creates different sets of problems, and it is likely that they are also intertwined throughout the region’s countries. The text focuses on the problem of security as an issue of meeting expectations and suggests that a justice agenda from a security perspective should, before anything else, allow justice systems to install order before turning to the issue of risk. In this context, the strictly jurisdictional variables that may contribute to an improvement in the relationship between justice and security are examined.

This suggests that justice systems should tackle the problem of security from three perspectives, namely: from the perspective of social order or meeting expectations (Section II); from that of the distribution of social commodities (Section III); and, lastly, from the perspective of risk itself (Section IV).

(II) Justice and Security: Meeting Expectations

The relationship between justice and security is one of the oldest topics in legal and political literature. The texts available to us reveal that this link often appears as a statement regarding a given value –judicial security– that the law is called to serve. If this is taken to the extreme, security is seen as a specific judicial value for which all other values are sacrificed, including justice itself. In other words, the basic aim of law and the administration of justice is to guarantee certain types of future conduct in such a way that social life –which is threatened by the shadow of the future– can be more stable. From the perspective of normative components, security as a specific judicial value is *neutral*: societies with highly regarded normative components may lack security and, inversely, those with poorly regarded normative components may

⁵ Beck, U. Op. cit., p.34.

⁶ Cf. Luhmann, N. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

possess high levels of security. As de Tocqueville suggested, it is probable that countries are not differentiated by the form of government they possess, but by the degree to which their governments can be relied upon. This function is not satisfied just by the making of laws, but via an institutional system that is able to emit decisions that, in turn, are also predictable.

State institutions seek to adopt decisions on the basis of previously established rules. In the sense that a rule is an anticipated decision for an abstract type of circumstance, we can say that state institutions try to make anticipated decisions so as to reach a point of impartiality. Sociology has described this decision-making process as the transition from specific to universal guidelines, the latter of which allow for effective neutrality and performance evaluation. Conversely, decisions made on the basis of specific criteria tend to favor affective compromise and attached qualities, thereby prejudicing competitiveness and performance evaluation. This characteristic, which helps demonstrate the evolution of state institutions, allows us to explain why regulatory systems tend toward abstraction: abstraction allows us to relate to an ever more complex world. For this reason modern society is increasingly more abstract, justice-orientated and depersonalized: in extreme cases the most efficient administration is that which is able to best dominate the subjectivity of its people. On the other hand, a society with a low level of institutionalism tends to exasperate the subjectivity of its people, leading to social dependence, corruption, and the predominance of family links, thus impeding efficient and adaptable cooperative structures.

Recent studies have identified trust as one of the factors that influence the innovative capacity and growth of societies. In general, we can say that societies that increase their ability to adapt tend to substitute purely vertical and domestic trust for a lateral and ever more abstract form⁷, until people reach a level of trust in institutions⁸ or in what are termed expert systems⁹. Trust is not, however, merely a psychological occurrence. At an institutional level, trust is created when the future is made more predictable. As societies become more and more complex they become unable to rely on personal/individual trust, and must use the institutional mechanisms that make trust possible¹⁰.

It is likely that the security value that the law is called on to carry out –the other side of trust–, is

now referred to as *governance*, a term that is used in political texts to refer to the extent to which a given society is able to create social order and submit the conduct of its members to secure expectations, which are in turn guaranteed by institutions. Governance is thus the institutional and political expression of the old value of judicial security. When we say that a society possesses low levels of governance, we mean that its collective institutions –including the normative system– lack effective force.

Sociology has also highlighted this link between justice and law on the one hand, and security on the other.

The state apparatus's objective in the administration of justice is to ensure that the expectations that arise from a country's laws are dealt with in a predictable fashion, which diminishes the problems of social life. From this perspective, there is a very narrow and traditional relationship between justice and security. Social life is threatened by a twofold predicament (which is to say that decisions made by members of social life can be potentially multiple) and reduces this complexity via laws that ensure normative expectations through the judicial administration apparatus. Following Luhmann, the law is a mechanism for dealing with the fact that human beings have "expectations about expectations"¹¹. The law establishes expectations and guarantees, which are met when they are made immune to frustration. The modern State –the sub-legislative State, or rather social life subjected to the law or the rule of law– is characterized by this relationship. When this relationship fails, or rather, when the State apparatus is no longer able to meet the expectations that arise from the normative system, the State itself is in crisis. Without the stability and the guarantee that expectations will be met that are provided by the law, social life plunges into a state of disorder.

This is the most abstract as well as most basic relationship that can be observed between laws, justice systems and security, and it is related to a relationship that has often been left out of analyses of the region, where focus has instead been placed on other values or aspects of the legal system which, from a sociological and political perspective, are secondary to security. There are values, however, that are morally and politically more important than security –namely human rights– but they can only be attained from a sociological and political perspective if, and only if, this abstract and neutral

⁷ Putnam, R. *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*. Princeton, Princeton University Press, 1993.

⁸ Luhmann, N. *Confianza*. Barcelona, Anthropos, 1996.

⁹ Giddens, A. *The Consequences of Modernity*. London, Polity Press, 1990.

¹⁰ North, D. *Instituciones, Cambio Social y Desempeño Económico*. Mexico, FCE, 1990.

¹¹ A social actor, suggests Luhmann, formulates his expectations in the following way: I am ready to do as you want, on the condition that you do what I want and vice versa. How to resolve this circle of expectations, which leads to the paralysis of social life?. Cf. Luhmann, N. *Introducción a la Teoría de Sistemas*, Barcelona, Anthropos, 1996.

value known as security is achieved, as a guarantee of the expectations of social life or the capacity of government.

The connections between the workings of the justice and security apparatus, which is to be understood as a guarantee that expectations will be met –a basic principal on which the concept of human security should be established– are multiple. The following is a brief list of some of the most important ones:

a) Judicial reform processes and the achievement of judicial security.

There is a problematic relationship between judicial reform and judicial security, which tends to lend a certain paradox. Even though reforms are designed to increase security on multiple levels, they decrease it when they are put into effect. In fact, a certain legal constructivism and a constitutional spirit that increases legislative contingency and obsolescence, thereby hindering the creation of equilibrium between tradition and innovation, frequently accompany judicial reform processes. Players within the system –especially judges– become more and more susceptible to the political system, which leads to a loss of relative independence. The difficulty of professional formation –linked to weaknesses within academic communities– hampers quick adaptation to change and distorts the legitimacy and efficacy of the new laws, once more creating the need for change and obstructing trust from being established. Thus there is a risk that legal reform creates a spiral of problems and insecurity if it is not accompanied by a convergence of interests that ensure the mid-term stability of the new structure.

It follows that judicial reform should not be seen as a permanent state of justice systems, but rather as processes delimited in time with precise, strategically outlined objectives. This is why it is important to move from the stage of government and management reform –which is the stage at which most of the region’s countries are presently located– to the stage of government and management of judicial policy, where importance is wrested from re-introductory changes.

Without doubting that such measures are possible, there is a need to bring the reform processes that are currently being carried out, which are already overstretched especially in more sensitive areas, to a timely close so that justice systems can effectively guarantee expectations, i.e.:

- The creation and maintenance of an authentic jurisdictional constitution;
- Extensive access to judicial services; and,
- Procedural systems that guarantee the basic principals of due process.

b) Legal security functions as an ability of the judicial system to provide information.

The main public dimension of litigation (which contributes to making more predictable decisions and thus creates social order) is constituted by the information produced by the decisions that are emitted by the justice system. Greater access to information leads to greater security in terms of what is understood as the guarantee of expectations. This information includes the content of the normative system, its limitations, and the way in which the law is provided by judges. This data is used by plaintiffs to determine their obligations and opportunities in a given conflict and puts them in a better position in terms of deciding whether or not to invest in a legal action. Published information regarding precedents tends to discourage strategic conduct and favors settlements, which diminishes the pressure placed on the justice system. Certainly, the public assets formed by such precedence possess a value and rate of depreciation that tend to be directly related to the obsolescence status of the laws. A high level of contingency within the body of laws greatly diminishes the value of a set of precedence and confers a greater value to the political ambit and assorted interest groups. This establishes that the justice system should, consistent with its characteristics, be less exposed to the frequent mistakes of the political ambit. It is for this reason that legal systems, which show a high degree of legislative obsolescence –such as those that are observed in various parts of Latin America–, assign less importance to precedence.

But even if the public nature of such precedents could lead to a so-called “free rider” conflict, in practice this does not occur. The reasons for this are various, the most common being that judges are in the midst of a multiple cooperative adjustment between themselves, in a game of give and take. And in particular, if the precedence is devalued, the rate of litigation increases, so threatening the private interests of judges.

However, it may be the case that judges have reasons to not fail to create precedence and that the judicial system in its entirety does not believe or downgrades them very quickly, thus producing a loss of judicial wealth. Of course, this takes place when the legislative obsolescence rate is very high, a situation which, for its part, depends on the defects of the political ambit (such as a high level of susceptibility to interest groups) or on the traits of the political system (namely, a transition system should present a greater degree of constructivism that transfers the making of laws from judges to the legislative process). This also contributes to a low level of precedence, and the presence of incentives that induce judges towards equitable rulings.

Equitable rulings –as opposed to rulings that confer value on precedence– may be easier for judges (because they may require less time than a ruling of annulment); or they may produce greater profitability, allowing judges to influence the political ambit or exchange favors with the plaintiffs.

The level of security provided by the justice administration system depends on the degree of precedence it is able to produce. When such precedence is not created, uncertainty starts to spread and people place their expectations in the political system.

An increase in the application of annulment and constitutional justice can contribute to the security factor throughout the region. In general, and from an indirect perspective, programs aimed at improving the availability and use of resources by the justice system tend to eliminate incentives for a more equitable application of justice (by reducing the deficiency that stimulates unfounded decisions) while improving conditions that bring about precedence. An additional contribution is made by the formal education that judges receive and the different institutional means that are able to guarantee the internal and external independence of those responsible for jurisdiction.

c) Legal certainty and legislative obsolescence.

It is practically a universally established truth that a legal system that is overly subject to trends in civil society and characterized by inordinate regulatory change is hardly predictable, and therefore, uncertain. From a conceptual perspective, high levels of legislative obsolescence produce insecurity because they lead to a decline in the regulatory system's predictability. As we have suggested, legislative obsolescence also diminishes the production of precedents, and leads to a shift in focus on the creation and modification of legislation that may be initiated by judges. This tends to foster the influence of pressure groups and accentuates flaws of the political system (the government or political groups may be tempted to grant privileges to increase their short-term gains). Legislative obsolescence also signals flaws in the adoption of governmental decisions as a result of the influence of pressure groups (preventing a government from attending to universal interests of all citizens as expected from a political system). Such decisions may also have a high margin of error and require frequent corrections. One factor in the area of legal certainty that is frequently overlooked is the existence of true tacit agreements between pressure groups and the members of the political system, which stem from a lack of regulation or transparency in financing political activity.

d) Legal certainty and legal professions

The characteristics of legal professions also influence regulatory system predictability. It is evident that the legal professions acquire paramount importance in a legalistic society. Professions are characterized by operating in accordance with a certain model of conduct or they possess a certain disciplinary matrix. This disciplinary matrix reduces complexity, stabilizes decisions and, as a result, increases certainty. Legal culture –which is understood as the existence of this matrix and the capacity to condition members of the profession to the socially acceptable pattern of conduct– is an indirect factor that affects the degree of legal certainty. The most obvious example of the influence of culture on legal professions can be observed in regulatory quality. Poor quality regulations –those that leave room for discretionary decisions with a subsequent deterioration in predictability– are often the product of a deficient professional culture.

There is an indirect relationship between the levels and quality of legal education and the justice system's ability to produce certainty. In recent years the Americas have experienced a significant increase in law schools and legal professions. Diversity in higher education systems prevents the existence of mechanisms that impart common objectives while respecting curricular autonomy. A system that accredits or assesses the quality of legal education –to bring it in line with objectives of an improved justice system– is one of the tasks still pending in the region.

e) Legal certainty and the attorney's market

Experience has shown that the legal profession can be expected to diversify in response to increased levels of wealth and social complexity. In the near future, we will have to refer to legal professions, in the plural, instead of the legal profession, in the singular. In recent years we have seen the emergence of formal education for judges, and the high contingency that characterizes the legal system is likely to generate new legal professions. Moreover, the forms of exercising the legal profession have changed and will be inclined to moderate the competitiveness that produces such a great number of attorneys. The changes in the exercise of the legal profession originate in modernization of society, with its increased complexity and increased litigation that help diversify the profession.

This situation has a problematic relation to the issue of competition and with issues associated with professional ethics. Professional ethics, understood as the existence of a common guideline for

members of the same profession, contributes to the predictability of the system as a whole.

f) Legal certainty, governance and democracy

The capacity to govern –but not necessarily the form of government– is another important variable in legal certainty. Effective government is a necessary but not sufficient requirement for the rule of law and is the most solid indicator of a stable and predictable regulatory system. Effective government is, thus, a necessary requirement for achieving certainty. Knowing who governs and by what rules decisions are made –regardless of the content of the decisions– is a fundamental (necessary but not sufficient) element of legal certainty, as we have described it. Clearly, this is the most basic level of certainty. Social actors as a whole aspire, at the very least, to overcome the Hobbesian situation that, for lack of effectual government, makes “life poor, sad, solitary, and short”.

The quality of the political system is closely associated with this variable. From the perspective of legal certainty, several factors determine the quality of a political system. These include: a clear identification of decision-making centers, standardized procedures for adopting decisions, clear rules to guide the decision-making process, and an effective system for monitoring the content of those decisions through a contentious administrative or constitutional supervisory system.

It should, however, be noted that the presence of all these factors does not necessarily imply a relationship between the democratic system and legal certainty. Legal certainty may be visualized as a value that is neutral at best. “Good government” is therefore not the same as “governance”, though both are associated with the concept of certainty in various forms and varying degrees of intensity.

Democracy can, of course, affect growth conditions by creating a context that damages security as a neutral value. Democracy tends to accentuate the majority’s disposition to transfer wealth from the groups that possess the greatest economic power to those that have the least, thus diminishing the environment of incentives for investment and growth. The political system can also emphasize the influence of special interest groups that tend to the foster redistribution of wealth for their own benefit.

A non-democratic government is not necessarily counter to the protection of property and economic freedom, but it is important to note that a dictatorship is a high-risk political investment

because, just as it fosters the assumptions of investment and growth, it can also foster oligarchic forms counter to these assumptions.

A careful review reveals that the balance is tipped in favor of the democratic form of government, which is the equivalent of effective government, for fostering economic growth. Democracy favors checks on power and tests governmental authority. In short, experience has shown that economic growth fosters a craving for public freedom¹² (see: “For the relation between government, good government and economic growth”).

(III) Justice, Certainty and the Distribution of Social Commodities

The ideal of the welfare state –which is not always the reality–, established another relationship between justice and certainty. In the modern welfare state, certainty is no longer viewed as an assurance that expectations will be satisfied. The demand is now for the State to free citizens from fear of poverty by guaranteeing equal levels of well being, which are expressed as rights and as belonging to all members of a political community. The welfare state is therefore not only a social value (satisfied by the assurance of expectations regardless of what these may be), but also a substantial value, expressed in the old value of what we might call distribution justice.

Guaranteeing a set of social commodities in the form of rights establishes an association between justice and welfare. The achievement of welfare is no longer a problem of efficiency related to the development of the economic system, but a matter of justice that is transferred within the legal system. This tends to introduce serious problems related to judicial management as the justice systems are called upon to resolve problems from the perspective of rights that concern public policy or efficiency and inevitably presume decisions in a climate of scarcity. In addition, the judicial administrative system runs the risk of exposure to demands that neither the system nor the State are capable of satisfying. This situation may cause the regional justice administrative system to become the functional equivalent of the welfare state, and judicial debate may replace political discussion in the region. When justice administrative system is overburdened with demands, its legitimacy is affected. This is accompanied by a diminished ability to satisfy the most basic demand of all: to ensure the expectations of citizens in social interrelationship.

¹² Barro, R. Determinants of economic growth. A cross country empirical study, Cambridge, MA MIT Press, 1997.

In Latin America it is increasingly common to observe an incongruous collection of social and economic processes. In the 1980s, countries throughout the region began to abandon the construction of the welfare state, favoring reforms that were guided by monetary concerns. The idea was that an environment of adequate economic incentives would improve welfare. As a result, the production of public goods was transferred to the private sector and the economic system. At the same time, the political system turned away from the problem of the distribution of wealth in order to focus on citizens' most immediate demands. The crisis of representation led political parties and groups to cease to develop policy. This entire process was accompanied by a stronger, more prominent discourse on rights.

As a result, countries run the risk of recasting the justice administration system as the venue in which old legal actions against the welfare state are disputed in the form of rights and, to use the language of rights, used as the venue for political debate. Instead of directing demands for social welfare to the political system, citizens undertake legal actions, employing the language of law, and exert pressure upon the justice system. The result has been an increasing tendency to view social and political demands as legal issues.

There are a number of issues that, from the point of view of institutional design, should be approached from this perspective:

- a) The issue of the effectiveness of fundamental rights is, needless to say, an important part of this area. As is well known, the classic view of fundamental rights is that the individual may demand that the State meet his needs in terms of those rights. Such is the tradition common to United States federal law. The continental European tradition, whose influence is extensive in the Americas, upholds the horizontal effectiveness of fundamental rights. Thus, assets that protect fundamental rights may be claimed or demanded of other individuals, all of which has led to a broader interpretation of the concept of constitutional jurisdiction. The constitutional incorporation of rights, a concept that is familiar to all, results from the horizontality with which fundamental rights are recognized today. It is also an expression of the current displacement of social demands. This situation may unsettle institutional design and the judicial weight of rights in the region.
- b) Closely associated with the previous problem is the issue of direct effectiveness of fundamental rights, which has produced dysfunctional

institutional practices that merit examination. These range from the direct association between judges and the constitution (and consequent disassociation from law) to the broad administrative supervision authority that judges enjoy (the case that best exemplifies this situation is the nullity of public law in Chile).

- c) The situations described above produce *certain general alterations in the region's institutional system*, especially in the area of constitutional justice, which should be reviewed. The growing demand for rights may jeopardize democratic force, and may undermine the political sphere, resulting in the transfer of demands to the judicial institutions.

(IV) Justice and Certainty as Risk Management Associated with Decisions

Sociology, which has described the above situation in classic terms in the works of Simmel and Weber, has detected the existence of a new phenomenon in modern industrial societies: the society of risk. In the *society of risk*, the danger no longer stems from the failure of decisions to adhere to rules. Rather, *the decisions themselves are in a great measure the source of danger*. In somewhat traditional societies (as Latin American societies continue to be to a certain extent.) problems tend to be *problems of order*, or problems associated with determining how to submit decisions to rules. However, in the modern society of risk, a new problem arises: how to distribute the consequences of decisions that are made in conformance with the rules. As has been suggested, we need protection against risks (that is, against the consequence of our decisions); but also, inevitably, we need to take risks (that is, make decisions again and again without being able to calculate all the consequences of those decisions).

As described by Beck and Giddens, the society of risk, a concept developed in post-industrial societies, is an analytical ideal that is never fully present in any society, but that, paradoxically, tends to appear in all societies.

Though nearly all Latin American societies are far from being post-industrial societies, or societies of risk in the strict sense of the term, it is likely that a good number of them present problems that are more closely related to order than to risk.

Nevertheless, due to the uncertainty of life today, the expansive conditions of modernization subject all societies to some problems of risk, particularly problems related to what has been called "manufactured risk". This term refers to the risk

created by our capacity to intervene in the world and the decisions associated with this intervention. Problems of sustainable development, the environment, and levels of activity are among the clearest examples of fabricated risk.

A cursory analysis of some of the judicial and legal changes that result from the society of risk follows:

a) Civil responsibility systems as a key element in risk management.

A system of responsibility determines who will bear the cost of accidents. In other words, it determines the cost of the foreseen or unforeseen consequences of human actions. Under an Achillean system of responsibility, the cost of accidents falls to the victims, unless they can prove that the damage was caused as a result of the guilt or negligence of a third party. Experience has shown that the Achillean system does not sit well with the demands for security that are presented in a society of risk. Consumer rights and manufacturer responsibility, professional responsibility and the responsibility derived from the mass media point to the need to establish systems that distribute the costs of accidents more efficiently from the perspective of social welfare criteria. Reparation of non-financial damages poses serious conceptual problems in systems that are based on the continental European model. All of these elements should be assessed and analyzed in light of the growing incidence of the society of risk.

b) Environmental problems as emblematic problems of the society of risk.

In the 19th century, systems of civil responsibility were extremely limited. At present the institutional arena that is currently responsible for managing risk (that is, for determining who bears responsibility for the costs of decisions) is being changed and expanded. In particular, risks associated with globalization present a problem that national rights do not address. We refer to the problem of global governance, which entails how countries that do not make global decisions can influence management of the consequences of those decisions. The existence of international public assets and global risks presents problems for international law that the Inter American system should begin to address.

MEMORIA DEL SEMINARIO INTERAMERICANO SOBRE GÉNERO Y JUSTICIA

*Organizado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA)
y la Agencia Alemana de Cooperación Técnica (GTZ)*

*Viña del Mar, Chile
12 y 13 de noviembre de 2003*

El seminario buscó aunar dos temas: el impulso de la reforma judicial en los países de la región y la inclusión de una perspectiva de género en el diseño y ejecución de políticas públicas en ese área. En tal sentido, se planteó la necesidad de crear un espacio de discusión en torno a las modalidades para incorporar la temática de género en los importantes esfuerzos que nuestros países están llevando a cabo por mejorar sus sistemas de justicia.

Tras inaugurarse el evento en el Congreso Nacional de Chile, la discusión se centró en la participación e integración que actualmente poseen las mujeres de la región en los sistemas de justicia. Datos estadísticos mostraron que si bien la participación de las mujeres ha aumentado en los últimos tiempos, el acceso que ellas tienen a los puestos de mayor jerarquía es sustancialmente inferior.

Entre las estrategias planteadas a fin de superar tal situación, se discutió la implementación de cupos mínimos de participación femenina y la viabilidad del establecimiento de ciertas acciones afirmativas que permitan mayores grados de igualdad. Se destacaron los avances experimentados en ciertos países de la región que por el sólo hecho de implementar sistemas de selección abiertos, transparentes y no discriminatorios, han llevado a mejoras importantes en la participación de mujeres en los cargos más relevantes de los sistemas judiciales.

Asimismo, se hizo hincapié en la relevancia del trabajo mancomunado de las organizaciones de la sociedad civil en el impulso y ejecución de acciones tendientes a influir para que las políticas públicas aseguren la igualdad real de oportunidades entre hombres y mujeres al interior de las instituciones judiciales.

Más allá de la composición de las instituciones, se acentuó la relevancia de adoptar una perspectiva de género en la forma en que el sistema judicial trata y resuelve los casos que llegan a su conocimiento.

Otro de los tópicos analizados en el seminario fue el impacto que en términos de género han tenido las reformas a la justicia criminal realizadas en los últimos años en la región. Estos nuevos sistemas, que constituyen un imperativo para la vigencia de los derechos humanos en nuestros países, han significado mejoras para las mujeres en algunos ámbitos, como lo ha sido la experiencia del establecimiento de unidades especializadas de atención a víctimas de delitos sexuales. Sin embargo, la implementación de estas reformas no ha tomado debidamente en cuenta una perspectiva de género en la preparación de sus operadores, lo cual se traduce en criterios de actuación inadecuados que terminan perjudicando a las mujeres. Se llamó especialmente la atención sobre los problemas que al respecto existen con las pericias judiciales.

Una de las consecuencias más graves que se producen a raíz de las falencias mencionadas se vincula con la victimización secundaria, razón por la cual se habló de la relevancia del empoderamiento de la víctima con el objeto de salvar, de alguna manera, los efectos que acarrea la experiencia de enfrentarse a un proceso penal.

Otra área que requiere especial atención es la de violencia doméstica o intrafamiliar toda vez que aún priman aspectos religiosos, políticos y culturales que minimizan, atenúan o sustituyen el carácter delictivo que puedan tener estas conductas.

A partir de esta realidad, se denota la importancia y trascendencia del trabajo de base que realizan las organizaciones de la sociedad civil, orientado a visibilizar la situación de las mujeres, para luego propiciar la toma de conciencia de sus derechos reforzando su situación como sujeto de derechos.

En forma más general, se generó un debate sobre lo que puede esperarse del sistema penal como mecanismo de resolución de conflictos. Para algunos se debe ser cuidadoso en la criminalización de conductas que afectan a mujeres, dado que el

proceso penal revictimiza y generalmente no soluciona el conflicto que le da origen. Otras opiniones reivindicaron la utilización del instrumento penal, entre otras herramientas disponibles.

En todo caso, se evidenció que la judicialización de los problemas descritos no mejora la situación de los derechos de las mujeres per se, porque aún subsisten obstáculos y falta de voluntad política para llevar a cabo medidas concretas que redunden en un cambio cultural efectivo para el reconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres.

Una de las propuestas para tornar efectivos los derechos de las mujeres es la constitución de tribunales de mujeres, bajo cualquiera de las modalidades vistas en el seminario. Se entiende que configuran una herramienta útil que permite detectar y visibilizar las conculcaciones a los derechos humanos de las mujeres, sirviendo de instrumento, a la vez, para el impulso de los cambios necesarios en las políticas públicas. Para poner en práctica estos tribunales será preciso considerar la capacitación que habrán de recibir aquellos que quieran realizar esta experiencia en sus respectivos países, conforme a las preocupaciones relatadas durante estas jornadas y contando con los instrumentos que ya se han elaborado al efecto. Contando ya en la región con diversas e interesantes experiencias en materia de tribunales de mujeres, pareciera necesario lograr mayores grados de contacto e intercambio entre las instituciones de la sociedad civil involucradas en ellos para potenciar sus efectos.

En la jornada final se pasó revista al catálogo de instrumentos internacionales en que se reconocen y protegen los derechos de las mujeres, aunque se advirtió el vacío existente en cuanto al reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos. Se evidenció que esos instrumentos están teniendo impacto doméstico en los países de la región, ya sea a través de la adecuación de las legislaciones nacionales, como de las actividades de seguimiento que ellos mismos contemplan. Sin embargo, debe llamarse la atención de que varios países no han ratificado todos esos tratados y que un número aún mayor no ha hecho los cambios necesarios para adecuar sus legislaciones internas. En cualquier caso, todo indica que la sola ratificación y adecuación no son suficientes. Estos instrumentos siguen siendo desconocidos a nivel local y las vías internacionales de reclamo son subutilizadas. Pareciera urgente, entonces, definir estrategias concretas para sensibilizar a la ciudadanía sobre este catálogo de derechos y para capacitar a los operadores jurídicos.

Finalmente, para avanzar en todas las propuestas y medidas descritas se requiere de apoyos financieros que difícilmente podrán tener a nivel nacional las instituciones que vienen instando por la mejora de la situación de las mujeres frente a la justicia. En tal sentido, las diversas fuentes de cooperación internacional hoy en día incorporan en sus programas y sus líneas de financiamiento el componente de género. Sin embargo, no es fácil acceder a esos recursos, sus alcances son limitados, los procedimientos son engorrosos y hay escaso seguimiento sobre sus resultados. Las agencias tienen, entonces, la responsabilidad por adaptar sus instrumentos a las realidades detectadas y acercarse en su funcionamiento a quienes están más directamente comprometidas con acciones concretas en este ámbito.