INTERNACIONAL

La globalización y el futuro de la justicia

José Eduardo FARIA

Por no conocer límites de tiempo o de espacio, estrechar las fronteras jurídicas y burocráticas entre las naciones, inmunizar los capitales financieros a las fiscalizaciones gubernamentales, repartir las actividades productivas en distintos países, regiones y continentes y reducir la sociedad a un conjunto de grupos y mercados unidos en red, la globalización ha conducido a sustituir la política por el mercado como máxima instancia de regulación social, ha vaciado los instrumentos de control de los actores nacionales y ha hecho vulnerable su autonomía decisoria a opciones tomadas en otros lugares sobre los cuales tienen escaso poder de influencia y presión. Por encima de todo, al generar formas de poder e influencia nuevas y autónomas, también ha puesto en jaque la centralidad y la exclusividad de las estructuras jurídicas del Estado moderno, basadas en los principios de la soberanía y la territorialidad, en el equilibrio de los poderes, en la distinción entre lo público y lo privado, y en la concepción del derecho como un sistema lógico formal de normas abstractas, genéricas, claras y precisas.

Como una de las instituciones básicas del Estado constitucional moderno, en cuyo ámbito tiene la función de aplicar un orden jurídico previamente establecido por otro poder igualmente independiente, el Judicial no ha permanecido inmune a todas esas transformaciones. Originariamente, como es sabido, fue concebido para otorgar eficacia a los derechos individuales, asegurar los derechos fundamentales, garantizar las libertades públicas y afirmar el imperio de la ley, protegiendo a los ciudadanos contra los abusos de poder del Estado. Más tarde, el Poder Judicial pasó también a cumplimentar derechos sociales, condicionando la formulación y ejecución de políticas públicas con propósitos compensatorios y distributivos. Y ahora se ve ante un escenario nuevo y cambiante en el cual el Estado va perdiendo su autonomía decisoria y el ordenamiento jurídico ve comprometida su unidad, su organicidad y su poder de "programar" comportamientos, elecciones y decisiones. A causa de las presiones centrífugas de la desterritorialización de la producción y de la transnacionalización de los mercados, el Poder Judicial, al menos bajo la forma de una estructura fuertemente jerarquizada, operativamente cerrada, orientada por una lógica legal-racional y obligada a una rígida y lineal sumisión a la ley, se ha convertido en un poder con los días contados.

En punto a la jurisdicción, por ejemplo, la manera como fue organizado para actuar dentro de límites territoriales precisos y en un contexto de centralidad de la actuación estatal, su alcance tiende a disminuir en la misma proporción en que las barreras geográficas van siendo superadas por la expansión de la informática, de las comunicaciones y de los transportes y los actores económicos van estableciendo múltiples redes de interacción. Cuanto mayor es la velocidad de ese proceso, más pasa el Poder Judicial a estar atravesado por las justicias inherentes, bien a los espacios infraestatales (los locales, por ejemplo) bien por espacios supraestatales. Los infraestatales están siendo crecientemente polarizados por formas "inoficiales" o no oficiales de resolución de los conflictos (como los usos, costumbres, diferentes estrategias de mediación, auto-composición de intereses y autoresolución de divergencias, arbitrajes privados e incluso la imposición de la ley del más fuerte en los ghetos inexpugnables controlados por el crimen organizado). Los espacios supraestatales ya han sido polarizados por los más diversos organismos multilaterales (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, Organización Mundial de Comercio, etc.), por conglomerados empresariales, por instituciones financieras y por organizaciones no gubernamentales.

En términos organizativos, el Poder Judicial fue estructurado para "administrar" los procesos civil, penal y laboral, cuyos plazos y ritos son incompatibles con la multiplicidad de lógicas, ritmos y horizontes temporales presentes en la economía globalizada. El tiempo del proceso judicial es un tiempo diferido. El tiempo de la economía globalizada es real, esto es, el tiempo de la simultaneidad. A más de eso, el Poder Judicial tampoco está acostumbrado a disponer de medios materiales ni de condiciones técnicas para comprender perfectamente, en términos de racionalidad sustantiva, los litigios inherentes a un contexto económico cada vez más complejo y transnacionalizado. No es por casualidad que las corporaciones empresariales y financieras transnacionales huyan deliberadamente de los burocratizados e ineptos tribunales y del derecho positivo aplicado por ellos. Una fuga en tres dimensiones complementarias: primeramente tienden a acatar selectivamente las distintas legislaciones nacionales, optando por concentrar sus inversiones solo en los países donde les son más favorables; en segundo lugar, tienden a valerse de instancias alternativas especializadas, sea en el ámbito gubernamental (por medio de autoridades administrativas independientes con poder de decisión, regulación,

control y fiscalización y con capacidad técnica tanto para evaluar litigios como para aplicar sanciones), sea en el ámbito privado (por medio de mediaciones y arbitrajes); y, por fin, tienden a acabar creando, ellas mismas, las reglas que necesitan y a establecer mecanismos de auto-resolución de los conflictos.

En orden a la función, tal como fue concebido con la prerrogativa exclusiva de aplicar el derecho positivo del Estado bajo la forma de un orden jurídico que se pretende completo, lógico, coherente y libre de ambigüedades, lagunas o antinomias, el monopolio adjudicador del Poder Judicial está hoy desafiado por la expansión de derechos paralelos al oficial. Son derechos autónomos, con reglas, procedimientos y recursos propios, iniciando la apertura a la coexistencia —a veces sincrónica, a veces conflictiva— de diferentes normativas; más exactamente, de un pluralismo jurídico de naturaleza infraestatal o supraestatal. En el ámbito económico, por ejemplo, ése es el caso, por un lado, de la *Lex Mercatoria*, el cuerpo autónomo de prácticas, reglas y principios constituido por la comunidad empresarial para auto-disciplinar sus actividades; y por otro, el *Derecho de la Producción*, conjunto de normas técnicas formuladas para atender a las exigencias de patrones mínimos de calidad y seguridad de los bienes y servicios en circulación en el mercado transnacionalizado, de especificación de sus componentes, del origen de sus materias primas, etc.

TIPOS DE ORDENES NORMATIVOS

TIPOS DE ORDEN CARACTERISTICAS	LEX MERCATORIA Y DERECHO DE LA PRODUCCION	DERECHO INOFICIAL	DERECHO POSITIVO	DERECHO MARGINAL
Lo que está en juego	Tensiones no declaradas públicamente	Conflictos materiales	Litigios jurídico-procesales	Agresiones
Objetivos	Relaciones	Soluciones sustantivas	Soluciones formales	Contestación
Tipos de norma	Pragmático y casuístico	Soluciones ad hoc	Derecho codificado	Ley del más fuerte
Racionalidad	Procedimental	Material	Formal	Irracional
Modo de formalización	Contractual	Negociación	Aplicación	Ausencia de formalización
Tipo de procedimiento	Transacción/mediación	Conciliación/arbitraje	Decisión	Represión
Grado de institucionalización	Organización flexible y sistemas autoregulados	Campo social semi-autónomo	Campo normativo estatal	Marginalidad
Efectividad del Derecho	Por aceptación e inclusión	Por adaptación al contexto	Pretensión de aplicabilidad universal	Desafío

El resultado es, en el plano infraestatal, la llegada de justicias profesionales (especializadas en arbitrajes) y no profesionales (comunitarias, por ejemplo), ambas operadas básicamente con criterios de racionalidad material y que circunscriben su actuación a conflictos intra-grupos, intra-comunidades e intra-clases; y en el plano supraestatal, la proliferación de foros descentralizados de negociación y la multiplicación de órganos técnico-normativos —como la *International Organization for Standardization*— creados especialmente para fijar parámetros, homologar investigaciones, dar dictámenes y también promover arbitrajes (casi siempre más rápidos y eficientes que las sentencias judiciales). Actualmente, la resolución de más del 80 por 100 de los conflictos mercantiles en el ámbito de la economía globalizada es realizada por mediaciones y arbitrajes privados. En los Estados Unidos, *la American Arbitration Assotiation,* una entidad privada, cuenta con 57.000 árbitros inscritos en 35 filiales. En ese mismo país hay hasta 1.200 programas de Resolución Alternativa de Disputas, con participación de sectores gubernamentales, profesionales de diferentes áreas, y Universidades. Con sede en Francia, la *Chambre International du Commerce,* igualmente privada, coordina más de 750 arbitrajes en 30 países diferentes, abarcando partes de 90 nacionalidades.

Frente a la creciente autonomía de los diferentes sectores de la vida social propiciada por el fenómeno de la globalización, con sus racionalidades específicas y muchas veces incompatibles entre sí conduciendo a la ampliación de los sistemas auto-organizados y auto-regulados, el Poder Judicial ha sido llevado a una crisis de identidad. Por un lado, el Estado del cual forma parte, al promulgar leyes, tiene que tener cada vez más en cuenta el contexto internacional para saber lo que puede realmente regular y cuales de sus normas serán efectivamente respetadas. Por otro lado, el Poder Judicial y los demás poderes del Estado tampoco pueden ya pretender disciplinar sociedades complejas por medio de sus instrumentos, categorías y procedimientos jurídicos tradicionales. De ahí las polémicas estrategias de deslegalización y desconstitucionalización adoptadas hoy en el mundo entero, paralelamente a los programas de privatización de los monopolios públicos y la sustitución de los mecanismos estatales de seguridad social por seguros privados, ampliando así la pluralidad de órdenes normativos.

Lo que estimula y fundamenta la proliferación de esas estrategias es, entre otros factores, una especie de cálculo de costo/beneficio por parte del legislador. Con mecanismos jurídicos excesivamente simples para lidiar con cuestiones extremadamente complejas y sin condiciones de ampliar la complejidad de su ordenamiento normativo y de su aparato judicial a un nivel equivalente de complejidad al de los problemas socioeconómicos, el legislador, pensando pragmáticamente, no ha vacilado en optar por la desreglamentación. Al final, si cuanto más intenta disciplinar e intervenir menos consigue ser eficaz y obtener resultados satisfactorios, lo que ha quedado evidenciado desde la crisis "fiscal" y por la crisis de "ingobernabilidad sistémica" del *Welfare State,* no le queda otra alternativa para preservar su autoridad funcional: cuanto menos discipline e intervenga, menor será el riesgo de desmoralizarse por la inefectividad de su instrumental regulador.

La consecuencia de ese proceso ha sido una intrincada articulación de sistemas y subsistemas internos y externos, en los planos micro y macro. Por ejemplo, una parte significativa de los derechos nacionales viene siendo hoy internacionalizada por la expansión de la *Lex Mercatoria* y del *Derecho de la Producción* y por sus relaciones intersticiales con las normas emanadas de los organismos multilaterales. Otra parte, a su vez, viene siendo vaciada por el crecimiento de normas privadas, en el plano infranacional, en la medida en que cada corporación empresarial, aprovechándose del vacío normativo dejado por las estrategias de desreglamentación y deslegalización, crea las reglas que precisa y juridifica sus áreas y espacios de actuación según sus conveniencias. De esta manera, la desreglamentación a nivel del Estado significa una re-reglamentación y una re-legalización a nivel de la sociedad; más exactamente, a nivel de las organizaciones privadas capaces de ofrecer empleos, imponer comportamientos, etc.

Contribuyendo así a acelerar la crisis de identidad del Poder Judicial, el derecho positivo que éste aplica se encuentra con su estructura lógico formal casi enteramente corroída. Ve destruida la tradicional *summa* división entre lo público y lo privado en torno a la cual fue organizado. Tiene su organicidad fragmentada por una multiplicidad de ramas jurídicas altamente especializadas, lo que provoca la ruptura de la unidad conceptual de la cultura legal (con inspiración eminentemente privatística) de la magistratura. E incluso acaba siendo obligado a responder a las exigencias de carácter social y económico de modo casuístico y *ad hoc,* conforme al poder de presión, influencia y movilización de esta o de aquella empresa, de este o de aquél sindicato, de esta o de aquella ONG, etc. Lo que queda de aquel ordenamiento originariamente estructurado con base en el dogma de la totalidad, en el principio de coherencia y en el postulado de la inexistencia de lagunas y antinomias acaba siendo sustituido por una legislación "descodificada". Una legislación que cada vez más, parece caminar en la dirección de diferentes secuencias normativas, así como en la sustitución de los "intereses generales" (en cuanto principios totalizadores del sistema jurídico) por intereses corporativos antagónicos entre sí. En el límite, esa sería la legislación típica de un Estado que ya no ocupa con exclusividad una posición central de control de la sociedad y es reducido a uno de sus sistemas funcionales entre otros tantos.

¿Conduce ese escenario a la desaparición del Poder Judicial? Obviamente que no. Este pierde su monopolio decisorio, es cierto. Pero no sale de la escena y tiene por delante por lo menos tres importantes áreas de actuación. La primera de ellas lo

es respecto de las consecuencias de la globalización. Como ésta es un fenómeno perverso que profundiza la exclusión social a medida que las ganancias de la productividad son obtenidas a costa de la degradación salarial, de la informatización de la producción y del subsiguiente cierre de puestos de trabajo, la simbiosis entre marginalidad económica y marginalidad social hace al Estado responsable de la preservación del orden, la seguridad y la disciplina. En otras palabras, con la globalización, los "excluidos" del sistema económico pierden progresivamente las condiciones materiales para ejercer sus derechos fundamentales, pero no por eso están dispensados de las obligaciones y deberes establecidos por la legislación. Con sus prescripciones normativas, el Estado los integra en el sistema jurídico básicamente en sus vertientes marginales —esto es, como deudores, invasores, reos, transgresores de toda clase, condenados, etc.—. Ante la ampliación de la desigualdad, las bolsas de miseria, la criminalidad y la propensión a la desobediencia colectiva, caben así al Estado —y dentro de él, al Poder Judicial— funciones eminentemente punitivo-represivas. Para eso, viene cambiando el concepto de intervención mínima y última del derecho penal, volviéndose cada vez más simbolista, promocional, intervencionista y preventivo, mediante la difusión del miedo entre su clientela (los excluidos) y el énfasis en una pretendida garantía de seguridad y tranquilidad social. Mientras que en el ámbito del derecho económico y laboral se vive hoy un periodo de reflujo y "flexibilización", en el derecho penal se da una situación inversa: una veloz e intensa definición de nuevos tipos penales; una creciente jurisdiccionalización y criminalización de variadas actividades en innúmeros sectores de la vida social; el debilitamiento de los principios de legalidad y de tipicidad, por medio del recurso a normas con "contextura" abierta; la ampliación del rigor de las penas ya establecidas y de la severidad de las sanciones; la aplicación casi sin restricciones de la pena de prisión; y el aligeramiento de las fases de investigación criminal e instrucción procesal.

Una segunda área habla respecto a las consecuencias del desequilibrio de los poderes provocado inicialmente por la expansión del Estado intervencionista y más tarde, por la relativización de su soberanía con la llegada de la globalización. Si en un primer momento el Ejecutivo fue avocando la titularidad de la iniciativa legislativa, "publicitando" el derecho privado, "administrativizando" el derecho público y "tecnificando" la política, en un segundo momento su choque de competencias con el Legislativo llevó al Poder Judicial a ser accionado como instancia capaz de promover el desempate institucional y superar la parálisis decisoria. Como el juez está obligado a juzgar los casos que le son presentados con base en el ordenamiento jurídico, esa obligación cobra especial relevancia frente, justamente, a las ya mencionadas transformaciones en marcha en ese mismo ordenamiento. Sea a causa del conflicto de competencias entre los poderes, sea a causa de la resistencia de determinados sectores de la sociedad a la abrogación de los derechos fundamentales y sociales por los procesos de deslegalización y desconstitucionalización, el caso es que, cuanto más cambiante es ese escenario, más es conducido el Poder Judicial al centro de las discusiones políticas y tiene que asumir más papeles inéditos de gestor de conflictos, fenómeno ese conocido hoy como "jurisdiccionalización de la política" y considerado altamente disfuncional en la economía globalizada, en cuyo ámbito los protagonistas concentran decisiones de inversiones en países sin tribunales congestionados, con ritos procesales simples y bajo potencial de intervención.

Por fin, la tercera área de actuación opera respecto a los tradicionales problemas de justicia "correctiva" o "retributiva". Para mantener su jurisdicción sobre ellos fue por lo que en los últimos tiempos el Poder Judicial optó por transformar su organización, procurando informalizarse y "desoficializarse" por medio de juzgados de negociación y conciliación para los pequeños pleitos de naturaleza civil, o sea, para los litigios en masa, abundantes y rutinarios, de pequeño valor material y ya suficientemente "jurisprudencializados". Aunque tengan la apariencia de una justicia de segunda clase para ciudadanos de segunda clase, no se puede, evidentemente, subestimar la contribución de esos juzgados para viabilizar el acceso a los tribunales de significativos contingentes de la población. Ocurre, sin embargo, que la perversa distribución de la renta y las distorsiones generadas por ella están llevando a muchos de esos problemas tradicionales a ser progresivamente contaminados por conflictos de equidad, lo que, en consecuencia, convierte "simples" cuestiones ordinarias de derecho en cuestiones de carácter inequívocamente político.

Esa contaminación se ha evidenciado en la instrumentalización ideológica de temas tales como la jubilación, seguro de asistencia sanitaria, inquilinato, resolución del contrato laboral, etc. Y también ha sido explicitada por las propias disensiones internas en el ámbito de la magistratura, bajo la forma de movimientos de "jueces para la democracia", de jueces propensos al "derecho alternativo" y de jueces exclusivamente preocupados con su situación funcional y con la preservación de sus prerrogativas corporativas. Al contrario que estos últimos, los dos primeros movimientos revelan la consciencia de que la ruptura de la unidad del ordenamiento jurídico en innumerables cadenas normativas, al provocar un significativo aumento de las posibilidades de elección y decisión, ha abierto el camino a la politización de la clase. Con todo eso, divergen en cuanto a la orientación política adoptada, estimulando de esta manera el retorno al debate jurídico del antiguo y tradicional problema relativo al alcance y los límites de la interpretación. En un contexto social estigmatizado por profundos dualismos y en un contexto jurídico fragmentado por normas contradictorias débilmente articuladas por principios generales muy abiertos (como los que constan en los cinco primeros artículos de la Constitución), ¿de qué modo —aquí está el eje central del debate— puede reducirse la interpretación a un simple acto

de conocimiento (y no de decisión, o sea, no política) y de descripción de normas (y no de creación)?

La primera gran duda, por tanto, es saber si el Poder Judicial conseguirá dar cuenta de esos dos papeles contradictorios —uno de naturaleza esencialmente punitiva, aplicable sobre los sectores marginalizados; otro, de naturaleza eminentemente distributiva— lo que implica, tras los necesarios coraje y determinación política, la adopción de criterios compensatorios y protectores en favor de esos mismos sectores, considerando la institución de medidas mínimas de integración y cohesión sociales. La segunda gran duda es saber si los integrantes de ese poder tienen consciencia no solo del alcance y de las implicaciones de esa contradicción, sino igualmente, del hecho de que enfrentarla y superarla exige una discusión preliminar sobre la democratización de la institución, bajo la forma, por ejemplo, de algún control externo efectivo. Al final, ¿cómo puede anhelar ser el depositario de la legitimidad democrática un poder que controla de modo casi total y absoluto el acceso a sus cuadros funcionariales y que la mayoría de las veces se exime de responder, descalificando a priori a sus críticos, a los que considera faltos de preparación técnica y de información? La tercera gran duda es saber si la corporación tendrá humildad y sensibilidad para extraer lecciones del debate antes mencionado, optando por reciclar, modernizar y adaptar a la nueva realidad una cultura técnico-profesional asentada en principios y postulados que se han vuelto anacrónicos por el fenómeno de la globalización.

He ahí, en fin, la encrucijada en que se encuentra ese poder. Por un lado, el Judicial forma parte de un Estado cuya soberanía, cuya iniciativa legislativa y cuya autonomía decisoria están puestas en jaque por las transnacionalización de los mercados y subsiguiente conversión de las economías nacionales en una "economía-mundo". Por otro, está situado en contextos sociales contradictorios y explosivos, que en nada recuerdan a aquella idea de sociedad (típica de la cultura jurídica tradicional) como una pluralidad de ciudadanos libres, independientes y que se enfrentan desde su individualidad; un contexto en el que la ciudadanía, cuando no es excluida y condenada al universo de la informalidad, es integrada y sometida a la lógica avasalladora del capital transnacionalizado. Accionado por los "excluidos" para dirimir conflictos que afectan al proceso de apropiación de las riquezas y los beneficios sociales, pero despreciado e ignorado por los sectores "incluidos" en la economía transnacionalizada, que tienen sus propias normas, ritos y justicias, el Poder Judicial, desde la llegada de la globalización, vive un dilema de tintes pirandellianos: es un poder en busca no de un autor, sino de espacios más nítidos de actuación, de una identidad funcional y de mayor legitimidad política.

(Traducción de Carlos LOPEZ KELLER).