

# 5.



*La Calidad Académica,  
un Compromiso Institucional*



## *Neoinstitucionalismo y reformas a la justicia en Colombia en los años noventas*

*Jaime López de Mesa C.*

López de Mesa C., Jaime  
(2014). Neoinstitucionalismo y reformas a la justicia en Colombia en los años noventas. Criterio Libre 12 (20) 111-137.  
ISSN 1900-0642

# NEOINSTITUCIONALISMO Y REFORMAS A LA JUSTICIA EN COLOMBIA EN LOS AÑOS NOVENTAS<sup>1</sup>

NEW INSTITUTIONALISM AND REFORMS  
TO JUSTICE IN COLOMBIA IN THE NINETIES

NOVO INSTITUCIONALISMO E REFORMAS À JUSTIÇA  
NA COLÔMBIA NOS ANOS NOVENTAS

NOUVEL INSTITUTIONNALISME ET REFORMES DE LA JUSTICE  
EN COLOMBIE DANS LES ANNEES 90

**JAIME LÓPEZ DE MESA C.<sup>2</sup>**

Fecha de Recepción: 24 de febrero de 2014

Fecha de Aceptación: 24 de mayo de 2014

## RESUMEN

La recurrente crisis de la justicia en Colombia ha conducido a una falta de credibilidad en sus instituciones. Se plantea que un elemento que ayuda a explicar las fallidas soluciones es el hecho de que las reformas emprendidas en los años 90 están signadas por el sello neoinstitucional del neoliberalismo, fundamentado en una visión individualista de la sociedad y en el eficientismo del aparato judicial, al servicio de los intereses del capital transnacional, condensado en el Estado de derecho, entrando en choque con los derechos sociales defendidos por el Estado social de derecho.

<sup>1</sup> Artículo de investigación, resumen de una parte del informe final de la investigación titulada "Ensayo socio-jurídico sobre la crisis de la justicia en Colombia, 1970-2000", Primera Fase, financiada por el Sistema Unificado de Investigación (SIU) de la Universidad Autónoma.

<sup>2</sup> Economista, magíster en Economía y candidato a doctor en Historia por la Universidad Nacional de Colombia. Profesor, Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales. Investigador adscrito al Sistema Unificado de Investigación (SIU) de la Universidad Autónoma.  
jlopezdemesa@javeriana.edu.co; jaimelopezdemesa@gmail.com

#### PALABRAS CLAVE

neoinstitucionalismo; derecho y economía; justicia; derechos de propiedad.

#### CLASIFICACIÓN JEL

B15, K00, D63, P14.

#### ABSTRACT

Recurrent crises of justice in Colombia have led to a lack of credibility in their institutions. It is argued that an element that helps to explain the failed solutions is that the reforms undertaken in the 90s are marked by the neo-institutional stamp of neoliberalism, based on an individualistic view of society and the efficiency of the judiciary, serving the interests of transnational capital, condensed in the rule of law, coming into collision with the social, defended by the social State of law.

**Key words:** new institutionalism; law and economics; justice; property rights.

**JEL Classification:** B15, K00, D63, P14.

#### RESUMO

La recorrente crise da justiça na Colômbia tem levado a uma falta de credibilidade em suas instituições. Há um elemento que ajuda a explicar as falhadas soluções é o fato de que as reformas iniciadas na década de 1990 são marcadas pelo rótulo neo-institucional do neoliberalismo, baseado numa visão individualista da sociedade e no eficiência do poder judiciário, a serviço dos interesses do capital transnacional, condensado no âmbito do Estado de direito, entrando em conflito com os direitos sociais defendidos pelo Estado social de direito.

**Palavras-chave:** novo institucionalismo; direito e economia; justiça; direitos de propriedade.

**Classificação JEL:** B15, K00, D63, P14.

#### RÉSUMÉ

La crise récurrente de la justice en Colombie a conduit à un manque de crédibilité dans leurs institutions. Il y a un élément q'aide à expliquer l'échec des solutions, c'est le fait que les réformes prendre dans les années 1990 sont marquées par l'étiquette néo-institutionnelle du néolibéralisme, basé dans une vision individualiste de la société et dans l'efficacité du système judiciaire, au service de l'intérêt du capital transnational, condensé dans l'État de droit, en conflit avec les droits sociaux préconisées par l'État social de droit.

**Mots clés:** nouvel institutionnalisme, droit et sciences économiques, justice, droits de propriété.

**Classification JEL:** B15, K00, D63, P14.

## INTRODUCCIÓN

El sistema judicial colombiano y su administración de justicia atraviesan una crisis endémica que ha conducido a diversas reformas tanto de orden constitucional como de orden legal a lo largo de varias décadas. Esta crisis se inscribe en la del Estado colombiano, cuya pobre legitimidad ha sido minada progresivamente por la combinación de fenómenos que van desde el conflicto interno colombiano hasta la inserción negativa del país en el sistema internacional a través del narcotráfico; desde la estructura de un sistema político que fertilizó el clientelismo hasta la conformación de una administración de la justicia permeada por la corrupción y la impunidad; desde la proliferación regional del paramilitarismo hasta la crisis de los partidos políticos tradicionales; desde el ascenso de la violencia urbana hasta la creciente brecha de desigualdad entre ricos y pobres.

Como resultado de esta conjunción se configuró una coyuntura particular que dio lugar en 1991 a un nuevo pacto social, fruto de la Asamblea Nacional Constituyente de aquel entonces. Simultáneamente se realizaron cambios estructurales al modelo de desarrollo económico, de manera que el país vivió una época en la que se produjeron dos mutaciones con profundas repercusiones en la sociedad.

El principal eje conductor que impulsó la redacción de la nueva Carta política fue la aspiración de re-crear las instituciones jurídicas del país, con la esperanza de superar la crisis y así encontrar la senda para salir de la larga noche de la violencia y el camino hacia un desarrollo más equitativo.

Por esto la nueva Constitución produjo una reforma del sistema jurisdiccional y de la administración de la justicia con base en la cual se crearon nuevos órganos, como la Fiscalía General de la Nación, y nuevas instituciones legales como la tutela. No obstante, dichas esperanzas quedaron trucas y desde entonces el país ha visto pasar por el Congreso de la República diversas propuestas de reformas en diferentes niveles que buscan, de nuevo, superar la endémica crisis de la justicia.

Este artículo es resultado de un proyecto de investigación que busca coadyuvar a responder preguntas como ¿Qué ha hecho que estas reformas no funcionen? ¿Cuál es el contexto en el que se formularon? ¿Cuáles fueron las luces analíticas que las guiaron? Para ayudar a alcanzar esos propósitos generales planteados en la formulación del proyecto, el objetivo de este ensayo se concentrará en “rastrear los orígenes teóricos de esos análisis para indagar dentro de qué paradigma conceptual se mueven y promover un levantamiento de la economía política subyacente a los mismos. Queremos racionalizar la economía subyacente de las tesis neoliberales y neoinstitucionales dentro de las cuales se mueven sus soportes académicos y estudiar sus posibilidades y límites”.

Para cumplir con él, el artículo se divide en cinco secciones. En la primera, que sigue a esta introducción, se analizan los cambios en la

justicia introducidos en la nueva Constitución; a continuación se plantearán las características de la crisis de la justicia en Colombia; análisis seguido del estudio de las reformas a la justicia en la tercera parte; en la cuarta la reflexión se adentra en el examen de la vertiente del Derecho y Economía que constituye en buena medida un marco teórico de las reformas. Finalmente se plantearán las principales conclusiones.

El análisis crítico de los conceptos y teorías que han orientado las reformas a la justicia en Colombia, contrastadas con los resultados obtenidos en el período estudiado, constituye la metodología aplicada en esta parte de la investigación.

## 1. LA NUEVA CONSTITUCIÓN Y LOS CAMBIOS EN LA JUSTICIA

Se plantea que la endémica crisis de la justicia en Colombia condujo, a partir de la Constitución de 1991, a una reforma del aparato de administración de la justicia, a una reestructuración del sistema judicial en su conjunto y a una nueva ordenación normativa, inscritas en el marco de un proyecto económico que se apoya doctrinariamente en ciertas corrientes neoinstitucionalistas.

Se pretendía también franquear la crisis del aparato judicial y generar las garantías de imparcialidad, prontitud y de igualdad de oportunidades al acceso a la justicia dentro de los lineamientos del artículo 1° de la nueva Constitución, que sostiene:

Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y en la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.  
(Manrique, 1991, p. 5).

*Se plantea que la endémica crisis de la justicia en Colombia condujo, a partir de la Constitución de 1991, a una reforma del aparato de administración de la justicia, a una reestructuración del sistema judicial en su conjunto y a una nueva ordenación normativa, inscritas en el marco de un proyecto económico que se apoya doctrinariamente en ciertas corrientes neoinstitucionalistas.*

Plantear que Colombia es un Estado social de derecho implica una idea regulativa de justicia; significa que para el Estado existe una obligación de buscar la justicia social en sus actuaciones. Del principio de Estado social no deriva la implantación de un modelo económico para el país. Sin embargo, tanto la dictadura económica del Estado, como la libertad irrestricta del capitalismo privado, serían contrarias a los preceptos del Estado social. (Manrique, 1991, p. 6).

Y, sin embargo, precisamente el andamiaje económico es el predominante en la Carta de 1991, como lo expresa un ex ministro de Hacienda: “lo primero que llama la atención sobre la Constitución de 1991 es la multiplicación de lo que podríamos llamar los derechos y garantías de naturaleza económica” (Palacios, 1992, p. 42).

Ese Estado social de derecho no deja de tener enemigos entre quienes han sido devotos de las políticas de corte neoliberal consagradas en la propia Constitución y en las reformas al Estado durante la década de 1990. Por ejemplo, el ex codirector del Banco de la República Sergio Clavijo sostiene que “esta figura, en la práctica, ha venido operando como una ‘patente de corso’ para que las Altas Cortes puedan interpretar y acomodar a su criterio el grado de ‘activismo’ económico que quieren aplicar en cada caso, desconociendo la separación de poderes y la ‘jurisprudencia’ existente” (Clavijo, 2004, p. 8).

Estas transformaciones, además, hacen parte de la tendencia predominante en los años noventas dentro del ciclo de reformas constitucionales impulsadas por organismos internacionales. Aún más, la multiplicación de normas económicas a la que hace referencia Palacios condujo a que “los temas económicos que ya aparecían en la Constitución vigente hasta 1991 encuentran ahora cabida más amplia (...) algunos que eran materia de uno o dos artículos, se convierten en asunto de capítulos completos, como ocurre, por ejemplo, con la Banca Central, o con los planes de desarrollo” (Palacios, 1992, p. 48).

La idea central es que la forma como se regule la economía determina en buena medida el

logro de los demás derechos y deberes, como lo señala Clavijo: “los temas económicos tienen tanta presencia, cuantitativa y cualitativa, en la nueva Constitución, que bien puede decirse que en esta se perfila al lado de la Constitución Política, una Constitución económica (...) En este aspecto, los constituyentes de 1991 comprendieron mucho mejor que los de 1886 que la clase de regulación que se haga de la economía puede determinar el éxito que se tenga al regular todos los derechos y deberes de las personas y de las autoridades”. (*Ibid.*)

No se trata de una Constitución económica neutra; por el contrario, está ligada con el nuevo modelo económico que, en cabeza del ejecutivo de aquel entonces, pugnaba por imponerse como directriz dominante de la economía, el ‘modelo neoliberal’ que avanzaba hacia una fase de generalización a la que se le acuñó el nombre de ‘apertura’ y que constituyó, en realidad, el culmen del neoliberalismo y el paso hacia su aplicación plena en el país.

Como se expresó, en la nueva Constitución se introdujeron avances de carácter social, en el marco del Estado Social de Derecho, que entran en contradicción con la dimensión económica de la Constitución, que se limita al Estado de Derecho que, como se precisará más adelante, es defendido por organizaciones internacionales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional o la Organización Mundial de Comercio (OMC). Se tiene, pues, una Constitución con un carácter dual: una en la que priman los derechos sociales sobre el capital, y otra en la que priman los derechos económicos del capital sobre los sociales.

De hecho, un defensor de la Carta de 1991, al comentar el articulado económico en lo referente a la competencia y los monopolios, sostiene que al instituir la propiedad privada como principio básico del sistema económico y como “derecho de todos”, obliga al Estado a velar por impedir que emerja cualquier obstáculo a la libertad económica. Y respecto a la ‘apertura’ apunta: “La verdad es que poniéndose a la altura de nuestro tiempo caracterizado por la internacionalización de la economía, que implica facilitar a las empresas

nacionales ser todo lo grandes que sea posible para que puedan alcanzar la capacidad competitiva que las saque adelante en el mercado internacional, no prohíbe las posiciones dominantes en el mercado nacional sino apenas su abuso". (Manrique, 1991, p. 303).

Si el talante de estas reformas es el de un marco normativo con el telón de fondo del proyecto neoliberal, entonces están inscritas en el contexto teórico y metodológico en el que este se fundamenta. Por eso las bases conceptuales de las reformas en general, y las de la justicia en particular, se afincan en los principios del individualismo y del mercado como ordenador, que son precisamente los ejes conductores de dicho modelo.

En efecto, el neoliberalismo no solo constituye un ideal de carácter económico, también es un proyecto de sociedad, ya que al inhibir la acción del Estado y potenciar la del mercado, reconstituye las relaciones sociales en su conjunto y las relaciones sociales de producción en particular, generando un reacomodo de las fuerzas sociales y de las tensiones que pugnan por una mayor igualdad y equidad.

La justicia es, por tanto, un elemento central del proyecto neoliberal, razón de más que explica la correlación inherente que hay entre las dos dimensiones del proceso que se vivió en Colombia desde los primeros años de la década de los noventa. De una parte, la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente, que culminó con la promulgación de una nueva Constitución para el país en 1991; y de otra, un proceso de reestructuración económica bajo la égida de la implantación definitiva de un 'nuevo' modelo de desarrollo, que en realidad ya tenía presencia en algunas instancias de la normatividad social y económica desde 1974. La apertura, como se denominó esta nueva etapa, implicó el culmen de las políticas neoliberales en la economía colombiana.

Apertura y Constituyente caracterizaron la década de los años noventa en Colombia. Para algunos era el inicio 'de una nueva Colombia'. Y así como cronológicamente son simultáneas, una y otra cohabitan retroalimentándose de manera tal

que se refuerzan los lazos entre la normatividad constitucional –el pacto social– y el nuevo modelo de desarrollo –la estructura de acumulación–. En otras palabras, se está ante una Constitución que logró alcances significativos en el reconocimiento de los derechos ciudadanos pero que, simultáneamente, implicó un impulso al modelo neoliberal. En el primero, el Estado cumple un papel fundamental y en el segundo, lo cumple el mercado. De este modo, Estado y mercado, el primero en la forma de Estado Social de Derecho y el segundo en la del neoliberalismo, se insertaron en lo profundo de la Constitución colombiana.

Y dado que uno y otro generan contradicciones en el orden económico y social, no es de extrañar que en el desarrollo de la normatividad constitucional desde 1991 hayan aparecido nuevas manifestaciones de la crisis de la justicia que se pretendía resolver.

El elemento que constituye la columna vertebral de ese nuevo pacto social y su desarrollo jurídico posterior es la re-institucionalización de la justicia que anidara en el imaginario de los colombianos, y pudiera así ganar legitimidad. En el centro de este discurso estaba la búsqueda de la eficacia y la eficiencia de la justicia, elementos que le son caros a una corriente que, en aras de dicha eficacia, soslaya la discusión sobre los contenidos.

De ese modo se fue reedificando todo el conjunto de elementos que hoy conforman la justicia del país sobre una base en la que las nuevas instituciones habrían de desempeñar un papel fundamental. Pero, ¿de qué tipo de instituciones se trata?, ¿cuál es su carácter?, ¿cuál es el marco analítico y filosófico que las articula y legitima?

Para buscar las primeras respuestas a estas preguntas se examinarán en la siguiente sección los principales rasgos de la crisis de la justicia en Colombia, después se expondrán las características de la reforma a la justicia. En seguida se identificarán las relaciones entre Derecho y economía, camino que permitirá establecer, en las conclusiones, el talante económico neoinstitucionalista de las reformas a la justicia.

## 2. CARACTERÍSTICAS DE LA CRISIS DE LA JUSTICIA EN COLOMBIA

*En efecto, el neoliberalismo no solo constituye un ideal de carácter económico, también es un proyecto de sociedad, ya que al inhibir la acción del Estado y potenciar la del mercado, reconstituye las relaciones sociales en su conjunto y las relaciones sociales de producción en particular, generando un reacomodo de las fuerzas sociales y de las tensiones que pugnan por una mayor igualdad y equidad.*

En su discurso de posesión en 1990, al reconocer las vicisitudes por las que atravesaba el país, el presidente César Gaviria señalaba que “para superar la crisis, las instituciones de justicia deben ser fortalecidas” y que “no vamos a permitir que la impunidad continúe poniendo en entredicho el servicio público esencial de la justicia. Elevaremos la rama jurisdiccional del poder público para recuperar su dignidad, su legitimidad y su eficacia” (Gaviria, 1991, p. 13).

Y en su informe de salida en 1994, manifestaba que “la pobreza, la impunidad<sup>3</sup> y la violencia, constituyen los peores males que aquejan a la sociedad colombiana y que, de manera determinante le han impedido alcanzar su potencial”, y al precisar que los esfuerzos de su gobierno se concentraron en atacar esos tres problemas acotaba: “comencemos por el tema de la impunidad, que no es otro que el de la ausencia de justicia. Pues bien, en este terreno hemos empezado a edificar en firme sobre los cimientos que nos dejó la Carta de 1991”. Y más adelante concluye que “sin embargo, la ruta no termina allí” (Gaviria, 1994, p. 9-10). Quedaba claro que el proceso apenas empezaba.

El país se encontraba, pues, ante una crisis general que implicaba particularmente al sistema judicial colombiano.

No obstante, las reformas no lograron cumplir sus objetivos, de manera que para 1996 la situación no había mejorado. Para dicho año, Rubio encontró que “el sistema penal colombiano (1)

<sup>3</sup> Para la aplicación de los conceptos de impunidad y la evolución en el caso colombiano, véase, por ejemplo, Sandoval Huertas, Emiro (1985), *Sistema penal y criminología crítica*, Temis, Bogotá; Pérez Casas, Luis Guillermo (1997), “Colombia: La Impunidad al Orden del Día”, KO’AGA ROÑE’ETA se.iii – <http://www.derechos.org/koaga/iii/2/perez.html>; Amnistía Internacional (2003), “Colombia: impunidad de violaciones de derechos humanos y la posición de la Fiscalía”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*.

investiga únicamente uno de cada tres homicidios, (2) desconoce las circunstancias en las que se cometieron cerca del 80% de los casos de muertes violentas, (3) deja libres a más del 80% de los homicidas, (4) juzga sólo el 6% de los casos y (5) condena el 4% de los homicidas. De esta manera, el 96% de las muertes violentas quedan impunes en el país". (Rubio, 1996, p. 2).

El diagnóstico era igualmente desalentador en cuanto al ciclo penal, como lo demostró Clavijo, quien fuera codirector del Banco de la República: "Al ciclo de instrucción sólo llegan 475.000 de los 720.000, o sea el 66% de los casos denunciados. Allí se reciclan el 39% de los casos, por reasignaciones y similares, y salen del ciclo (por las razones antes señaladas -problemas de competencia, conciliación, indemnización, desistimiento o fallo inhibitorio-) el 14%. Nótese que aún en este caso la conciliación, la indemnización o los casos de desistimiento representan otro 2.6%. Continúan el ciclo sólo el 13% y de estos casi el 5% se resuelven por sentencia anticipada. Así, quedan con resolución de acusación sólo el 8% del total de los casos denunciados. Finalmente se llega a la etapa condenatoria, que podría conducir al encarcelamiento. Algunas estimaciones indican que estas órdenes de encarcelamiento sólo tienden a ejecutarse con éxito en el 50% de los casos". (Clavijo, 1998, pp. 45-46).

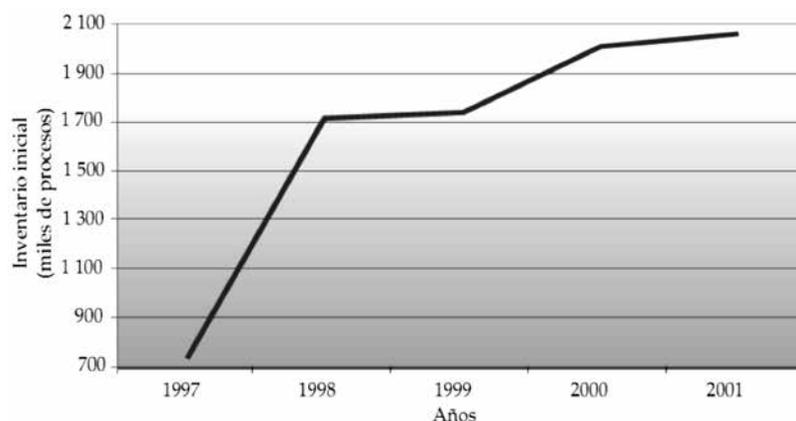
Y aunque se insistió en el proceso de reformas, en 1999 el Banco Mundial señalaba: "Colombia

es un país azotado por la violencia extrema que ha socavado el sistema de justicia. Militares y paramilitares de escuadrones de la muerte han puesto presión sobre el gobierno para actuar fuera de su mandato oficial, con el resultado de que el sistema judicial colombiano sufre de la ineficiencia y la baja confianza de la opinión pública -el país ocupó el 45 de los 46 países en un estudio de la confianza del público en la justa administración de justicia. Seis años después de las reformas de 1991, los tribunales son menos productivos que antes de las reformas". (Drakolias, 1999, p. 5).

Y para mostrar que la crisis es endémica, en 2002 el entonces Fiscal General de la Nación afirmaba: "Para analizar el estado de la justicia es menester referirse al equipo judicial con que cuenta nuestro país para combatir la criminalidad, entendiéndose los homicidios bajo análisis. En efecto, Colombia tiene sólo 10 fiscales por cada 100 homicidios, esta cifra se eleva a 120 fiscales en el caso de Perú, 100 en Panamá, 145 en Grecia, a 200 fiscales en la justicia alemana y a la no despreciable cifra de 250 fiscales en Inglaterra, para citar sólo algunos casos". (Osorio, 2002, p. 1).

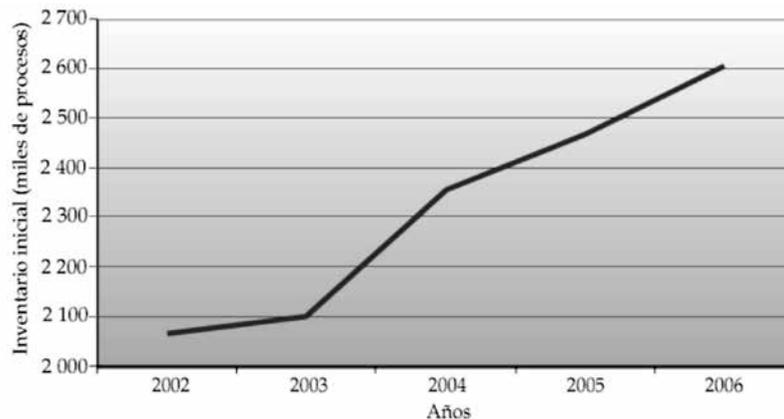
Esta situación no se ha superado. Otros indicadores de la ineficiencia del sector jurisdiccional, por ejemplo, el Inventario Inicial -II- que corresponde al número de procesos a cargo del juzgado a la fecha de iniciación del período de reporte, muestra un continuo crecimiento, como se destaca en las siguientes gráficas.

**Gráfica 1. Colombia Sector Judicial. Inventario Inicial de Procesos 1997-2001.**



Fuente: DANE - Consejo Superior de la Judicatura (2002). *Compendio de indicadores de gestión del Sector Jurisdiccional 1997-2001*, Tomo 1, Bogotá, p. 285.

Gráfica 2. Colombia Sector Judicial. Inventario Inicial de Procesos 2002-2006.



Fuente: DANE - Consejo Superior de la Judicatura (2007). *Compendio de indicadores de gestión del Sector Jurisdiccional 2002-2006*, Tomo 2, Bogotá, p. 468.

Obsérvese que la situación no podía ser peor: luego de quince años de la nueva Carta de 1991 y de las reformas que la siguieron, el inventario inicial por juzgado seguía creciendo desde cerca de 750.000, ver la Gráfica 1, coadyuvando al represamiento de los procesos, hasta más de 2.600.000 en 2006, como lo evidencia la Gráfica 2, situación señalada ese año por la directora ejecutiva de la Corporación Excelencia en la Justicia: “Es inexplicable que después de tantos años no se haya resuelto el tema y que aún en el panorama no se vislumbre soluciones sensatas y sostenibles. Creemos que aún es un tema donde hay muchos vacíos de información, situación que impide la construcción de esas soluciones, por eso todo se reduce a la creación de cargos provisionales, que no sabemos hasta donde dura la provisionalidad y donde no hay incentivos atados a resultados concretos”. (Borrero, 2006, p. 15).

Por esta razón en este artículo se sostiene la idea de crisis endémica, con lo cual se enfatiza su carácter permanente; en este sentido, la crisis no se entiende aquí como una situación excepcional, sino como un estado disfuncional y pertinaz al que no se logra encontrar una solución estructural.

### 3. CARACTERÍSTICAS DE LAS REFORMAS A LA JUSTICIA

Un elemento central que enmarca, desde la Constitución de 1991 en adelante, las reformas a la justicia hace referencia a la dimensión económico-institucional que las orienta. Estas reformas hacen parte de la oleada de programas de reforma judicial adelantados en América Latina desde el segundo lustro de los años ochentas en algunos países de la región y en la década de los noventas en la mayoría, bajo el impulso del Banco Mundial (BM), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Agencia Internacional para el Desarrollo (USAID, por su sigla en inglés), que constituía la segunda en el marco de una globalización de corte neoliberal. Bajo el impulso de estas instituciones y de otros organismos económicos multilaterales como el Fondo Monetario Internacional (FMI) y la Organización Mundial del Comercio (OMC), estos programas construyeron progresivamente un nuevo marco jurídico con profundas raíces neoinstitucionales cuya prioridad era la defensa del mercado y la garantía de los derechos de propiedad. Constituyeron, en verdad, no solo una reforma a la justicia sino una reforma al Derecho mismo.

Programas que se inscriben en los profundos cambios originados en la conjunción de varios procesos históricos, como los operados en el interior del capitalismo desde la década de los años setentas, que, haciendo uso intensivo del conocimiento científico aplicado en tecnologías, resultaron en el fin del fordismo y en la construcción, aún en proceso, de una nueva forma de inserción del trabajo altamente calificado a la esfera de la acumulación, el capitalismo cognitivo; la caída de los regímenes comunistas de Europa Central y Oriental; y el advenimiento de una nueva etapa globalizadora del capitalismo como sistema hegemónico en la economía mundial.

Estas mutaciones implican, a su vez, cambios en la configuración del Estado-nación y en su función legislativa, determinados por un proceso de transnacionalización liderado por la dimensión económica, como lo anota un investigador: "Al contrario de lo que sucedió en tiempos pasados, la fuerza directriz detrás de la transformación del Estado y de su legalidad es la intensificación de las prácticas transnacionales y las interacciones globales. Bajo estas presiones, las funciones reguladoras del Estado-nación pasan a ser derivadas, es decir, pasan a depender de los imperativos de la globalización de la economía tal como son formulados por las organizaciones internacionales (el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, la Organización Mundial del Comercio, el Fondo Monetario Internacional, etc.) o por las propias empresas multinacionales de los estados hegemónicos, en defensa de los intereses de éstas, sobre todo de las norteamericanas". (Santos, 1998, p. 32).

En otras palabras, la transnacionalización del Derecho es un componente clave del actual proceso de globalización. En este punto hay que señalar, aunque sea brevemente, que la globalización no es un fenómeno nuevo, se trata, por el contrario de un movimiento secular innato al capitalismo que está presente desde sus orígenes, con momentos de auge y retroceso, de flujos y reflujos, desde una perspectiva de larga duración. Movimiento que responde a la continua necesidad del capital de ampliar su esfera de reproducción como una forma de garantizar el más alto nivel posible

*En otras palabras, la transnacionalización del Derecho es un componente clave del actual proceso de globalización. En este punto hay que señalar, aunque sea brevemente, que la globalización no es un fenómeno nuevo, se trata, por el contrario de un movimiento secular innato al capitalismo que está presente desde sus orígenes, con momentos de auge y retroceso, de flujos y reflujos, desde una perspectiva de larga duración.*

de la tasa de ganancia y, que dependiendo del momento histórico y de las fuerzas en tensión, adquiere mayor o menor profundidad (Fazio, 2002; Beck, 1998).

Así entendida, la actual fase de la globalización constituye un fenómeno asociado con el modo de producción capitalista en un momento histórico de su desarrollo en el que los intereses del capital transnacional se han impuesto. En dicha fase los avances científico-técnicos han transformado el aparato productivo y causado una revolución en las comunicaciones y los intercambios, facilitando un proceso de transnacionalización con la hegemonía del capital financiero transnacional, componentes que han contribuido a intensificar y a moldear una forma particular de globalización, un uso instrumental de ella, en la que se impone un conjunto de políticas que atienden prioritariamente los intereses del capital transnacional en detrimento del trabajo, es justamente el modelo neoliberal, que tiene en el denominado Consenso de Washington (Williamson, 1990 y 2002) su arquetipo de recetas económicas.

La globalización impacta especialmente al campo jurídico, ya que este “por el hecho determinante que juega en la reproducción social, dispone de una autonomía menos amplia que campos que contribuyen también al mantenimiento del orden social, como el campo artístico o literario o incluso el campo científico. Es decir, los cambios externos se retraducen en el campo jurídico más directamente” (Bourdieu, 2000, p. 216).

Estas mutaciones llegan al campo legal con la globalización del Derecho a través de programas de reformas que no son homogéneos y, como lo señalan Rodríguez y Uprimy, se presentaron “diferencias importantes entre los diversos proyectos de reforma judicial surgidos en la década de los noventa. Aunque todos buscan fortalecer el estado de derecho (*rule of law*), los programas reformistas (y las agencias que los promueven) tienen concepciones distintas sobre lo que dicha misión implica y, por tanto, divergen en relación con los objetivos específicos que persiguen y los medios ideales para alcanzarlos”. (Rodríguez y Uprimy, 2003, pp. 422-423).

Esto explica la existencia de al menos cuatro tipos de programas de reforma judicial. Inicialmente las reformas dirigidas a mejorar la eficiencia del sistema judicial, en particular en el campo civil y comercial, que eran promovidas por agencias multilaterales, principalmente por el Banco Mundial y el BID, tenían por objeto central minimizar la incertidumbre jurídica de las transacciones en el mercado, de manera que con ellas se buscó garantizar la existencia de reglas y formas de resolución de conflictos preestablecidas. Un segundo tipo de reformas se concentró en los temas relacionados con las políticas penales de carácter internacional, especialmente en la guerra contra el narcotráfico que involucró, bajo la égida de los Estados Unidos, a Colombia, Perú y Bolivia; con esas reformas, en las que la USAID, el International Criminal Investigative Training Assistance Program y la Office of Overseas Prosecutorial Development Assistance and Training tuvieron un papel protagónico, se buscó robustecer la rama judicial encargada de poner en marcha dichas políticas.

En un tercer nivel se adelantaron programas reformistas orientados a fortalecer la democracia en América Latina mediante la consolidación de la independencia del poder judicial como mecanismo real para garantizar las libertades individuales, también con el apoyo del BID y de algunas agencias y gobiernos europeos. El cuarto tipo de reformas fue liderado por “organizaciones y movimientos de derechos humanos locales en colaboración con fundaciones y organizaciones internacionales de derechos humanos” (Rodríguez y Uprimy, 2003, p. 422), reformas que fueron resultado de las campañas transnacionales por la protección de los derechos humanos que se adelantaron en América Latina. Con estas reformas se buscó fortalecer la capacidad judicial para controlar los abusos de poder estatal y garantizar los derechos de género y de minorías. Las agencias de cooperación nórdicas y la Fundación Ford fueron sus principales promotores.

El primer tipo de reformas tiene un carácter claramente neoliberal, pues, en la medida en que con ellas se buscó minimizar la incertidumbre jurídica en las transacciones del mercado, mediante

el incremento de la eficiencia judicial, tenían por objeto último facilitar la entrada de capitales con mínima regulación, la protección de esos capitales y disminuir los costos de transacción del mercado, el cual fue crecientemente desregulado. En la práctica, las reformas de este primer tipo fueron complementadas con las del segundo tipo, destinadas “a fortalecer el aparato represivo estatal, especialmente en países con altos niveles de violencia política o criminalidad común. El debate sobre la reforma judicial en Colombia es un ejemplo claro de esta convergencia” (Rodríguez y Uprimy, 2003, p. 224). Por tal razón, el segundo tipo de reformas coadyuvan a apalancar la visión neoliberal de la justicia.

El talante de estas reformas se ve claramente expresado en las siguientes palabras del entonces vicepresidente del Banco Mundial, Ibrahim Shihata: “En América Latina y el Caribe, como en otras regiones la experiencia ha demostrado claramente el papel esencial del derecho en el desarrollo y, especialmente, la necesidad de tener un estado de derecho y unas instituciones judiciales que funcionen adecuadamente. Eso es particularmente notorio en lo que tiene que ver con el sector privado, cuyo desarrollo depende en parte de la existencia del estado de derecho. El estado de derecho ofrece certeza y predictibilidad, genera costos de transacción más bajos y mayor acceso al capital, el establecimiento de reglas de juego. De hecho, la experiencia mundial confirma que para que sea posible un desarrollo rápido y sustentable es importante que se definan y protejan los derechos de propiedad, se hagan cumplir las obligaciones contractuales y se creen y apliquen marcos regulatorios rigurosos”. (Shihata, 1995, p. 14).

Así pues, se trataba de garantizar los derechos de propiedad como mecanismo para disminuir los costos de transacción, elementos que constituyen conceptos centrales del neoinstitucionalismo. Más aún, Shihata enfatiza que “la experiencia ha demostrado que esa reforma no se puede ignorar en el proceso de desarrollo económico o ajuste. El éxito de la aplicación de la política de cambios fundamentales en el entorno empresarial y en el sector financiero normalmente requiere igualmente

cambios fundamentales en el conjunto del marco jurídico e institucional” (*Ibid*). En otras palabras, los programas de reestructuración económica mediante los cuales se introdujeron las políticas neoliberales requerían una reforma al aparato judicial que coadyudara a consolidar el modelo.

Los desencantos con la primera oleada de reformas condujo a un cambio en la percepción del problema y “la comunidad de ayuda al imperio de la ley” estimó introducir en los análisis y diseño de políticas los conceptos de incentivos e intereses, era “necesario comprender los intereses subyacentes de los actores institucionales y tratar de reformar los incentivos a los que respondieron a estos actores” (Carothers, 2003, p. 10).

En síntesis, estas reformas combinan la represión penal con la promoción del mercado, lo cual constituye el corazón de esa justicia neoliberal.

El tercer y cuarto tipos de reformas, centradas en la defensa de las libertades individuales y los derechos de los marginados, entran en contradicción con las dos primeras, orientadas, como hemos visto, a fortalecer el mercado y el capital. De esta contradicción surgieron situaciones en las que se promovieron reformas con objetivos en tensión. En el caso de Colombia esto se reflejó en la ruptura entre la USAID y la Fundación para la Educación Superior (FES), la institución colombiana que administraba los fondos que financiaban la reforma judicial.

No obstante estas diferencias, las reformas reseñadas tienen varios componentes en común, en particular la línea directriz de defensa y consolidación del Estado de Derecho. Luego de un proceso en el cual la idea maduró, el Banco Mundial asumió el concepto del Estado de Derecho en los siguientes términos: “El Estado de Derecho prevalece donde:

- El gobierno está obligado por la ley;
- Toda persona en la sociedad es tratada en condiciones de igualdad ante la ley;
- La dignidad humana de cada individuo es reconocida y protegida por la ley, y
- La justicia sea accesible a todos.

El imperio de la ley promueve el crecimiento económico y reduce la pobreza proporcionando oportunidades, empoderamiento y la seguridad a través de leyes e instituciones legales". (World Bank, 2003, p. 1).

Lo que significó articular objetivos de desarrollo y equidad sin abandonar las políticas pro mercado, pero ahora matizadas por una visión del Estado de Derecho cualitativamente superior a la de los inicios de los años noventas. Sin embargo, en la práctica alcanzar esos objetivos habría implicado un cambio sustancial en el modelo de desarrollo que el Banco no estaba dispuesto a impulsar. Su estrategia se dirigió entonces hacia las instituciones.

El discurso que le permitió adelantar este cambio articula la idea de gobernanza con la de instituciones. En efecto, el concepto de gobernanza se introdujo al Banco Mundial en los años tempranos de la década de 1990, con diferentes etapas que "en líneas generales han terminado por agregar nuevas temáticas a su agenda. Inicialmente, éste hacía referencia a la administración y control de la administración pública. Posteriormente, incluyó más claramente los temas de corrupción y derechos humanos, para luego ampliarse aún más a propósito de la generación de los indicadores de gobernanza" (Burgos, 2009, p. 598).

Sin embargo, la gobernanza no se consolidó en el interior del Banco y la inoperancia de las políticas bajo su égida, sumadas a la crisis asiática, condujeron a un giro en 1997 cuando, en un principio se dejó de lado la gobernanza como directriz y se concentró en las instituciones. Estas se entendieron a partir de las propuestas del neoinstitucionalismo que las define como "un conjunto de reglas, procedimientos de aceptación y cumplimiento de las mismas, y normas éticas y morales de comportamiento que se diseñan para restringir el comportamiento de los individuos con el objetivo de maximizar la riqueza o la utilidad de los gobernantes y sujetos principales de una sociedad" (North, 1984, pp. 228-229). Son, pues, las reglas de juego formales e informales que orientan el quehacer social.

Al asumir estas premisas, el Banco Mundial entendió que "estas reglas escritas y no escritas, debían determinar claras restricciones que permitieran, entre otros, predictibilidad de la acción pública y una baja en los costos de transacción que facilitara el funcionamiento de los mercados. Bajo el enfoque institucional, el eje de acción del Banco Mundial se orientó entonces a promover reformas jurídicas que establecieran limitaciones a la acción del Estado" (Burgos, 2009, p. 61).

Lo que constituyó en la práctica una ampliación de la agenda de la gobernanza, tanto por la inclusión de las instituciones como por la ampliación de las temáticas fuertes de esa agenda.

Acoger la idea de instituciones descrita condujo al Banco Mundial a la visión neoliberal en la que el Estado de Derecho "significa que el Estado está sometido en todas sus acciones a normas fijas y conocidas de antemano; normas que permiten a cada uno prever con suficiente certidumbre cómo usará la autoridad en cada circunstancia sus poderes coercitivos, y disponer los propios asuntos individuales sobre la base de este conocimiento" (Hayek, 1978, p. 105). Sin embargo, el papel del Estado de Derecho va más allá, es indispensable que defina a través de la ley los derechos de propiedad, "no es en modo alguno suficiente que la ley reconozca el principio de la propiedad privada y de la libertad de contrato; mucho depende de la definición precisa del derecho de propiedad" (*Ibid.*, p. 68).

Y justamente, la defensa de un tipo de Derecho y de justicia que dé prioridad a la protección de los derechos de propiedad, a los flujos de capital y coadyuve a disminuir los costos de transacción, es característica del neoliberalismo. Es decir, el Estado de corte neoliberal en el marco del Consenso de Washington, que presiona por una reforma económica que "exige un poder judicial que funcione bien, que pueda interpretar y aplicar las leyes y reglamentos de una manera predecible y eficiente. Con la aparición de un mercado abierto, hay una mayor necesidad de un sistema judicial eficiente... Estas nuevas relaciones de negocios necesitan la toma de decisiones imparcial dentro de las instituciones más formales. Sin embargo,

el sistema judicial actual no puede satisfacer esta demanda, con lo que obligó a las partes a continuar confiando en mecanismos informales de larga data, de lazos de familia o personales para hacer negocios... Esta situación incrementa los costos y riesgos para transacciones comerciales y, por lo tanto, reduce el tamaño de los mercados, y, en consecuencia, la competitividad del mercado. Además, el aumento de la integración económica entre los países y regiones exige un poder judicial que cumpla con los estándares internacionales". (Burki, 1995, p. 3).

Entonces ¿cómo es el mecanismo mediante el cual se pueden establecer estas reformas en países como Colombia? En primer lugar hay que enfatizar que fuerzas internas con gran poder económico y político se beneficiaban del nuevo modelo de manera que no se trató de una imposición absoluta, fue un proceso en el que intereses transnacionales se conjugaron con intereses internos y propiciaron esfuerzos para dirigir los cambios; lo cual no significa que este nuevo bloque de poder esté exento de contradicciones.

De otra parte, en Colombia durante los años noventas tomaron asiento en las instancias de decisión política nuevas élites intelectuales proclives al neoliberalismo, que construyeron un andamiaje discursivo legitimador de dicho modelo, con frecuencia escudado en modelos econométricos incompresibles para la mayoría de la población.

Además, los preceptos neoliberales se convirtieron en condiciones para acceder a los préstamos de organismos internacionales, recursos indispensables en países como Colombia, en donde los recursos propios son insuficientes para adelantar los programas de reformas estructurales. Se trata de las políticas de condicionalidad que se han aplicado por parte del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional, con algunas variaciones desde la década de los ochentas hasta el presente. Y que se cristalizan en los términos en que se otorgan los préstamos para el financiamiento de las reformas estructurales, entre ellas las del aparato judicial. Programas de los cuales Colombia ha sido país receptor para aplicar en diferentes aspectos del sector judicial.

Por ejemplo, entre 1986 y 1991 la USAID y el Departamento de Justicia de Estados Unidos desembolsaron 2,7 millones de dólares; en 1995 el Banco Interamericano de Desarrollo otorgó una "donación" y dos préstamos por un total de 9,4 millones de dólares y en 2001 el Banco Mundial 5,0 millones de dólares (Rodríguez, 2006, pp. 193, 198-199).

## 4. DERECHO Y ECONOMÍA

Estas reformas tenían una base conceptual que justificaba la transformación del Derecho y el sistema judicial en clave del neoliberalismo, cuyos orígenes se remontan a los años sesentas con el "movimiento de derecho y desarrollo originado en las facultades de derecho y ciencias sociales de Estados Unidos con una fuente de influencia de la teoría de la modernización. En una primera etapa se reformaron programas de derecho en América Latina impulsados por la Fundación Ford, y aunque se estima por parte de los estudiosos del tema que no logró los objetivos previstos, es decir 'convertir a los abogados en agentes del desarrollo económico', las lecciones del movimiento de derecho y desarrollo vendrían a ser cruciales para el lanzamiento de una segunda ola de reformas de justicia en los años noventa". (Rodríguez y Uprimy, 2003, p. 422).

Durante los años setentas esta escuela evolucionó hacia lo que se denomina hoy día el análisis económico del Derecho –movimiento de derecha–, que junto con la escuela crítica del Derecho –de izquierda– conformaron las dos vertientes iusfilosóficas que confluyeron en un proceso en el cual, como lo afirma Fiss, si bien "electrizaron a la academia también distorsionaron los objetivos del derecho y pusieron en peligro su propia existencia... Ambos movimientos pueden ser entendidos como una reacción a una filosofía jurídica, explícitamente aceptada por jueces y abogados en los años sesenta" (Fiss, 1991, pp. 123-124).

El análisis económico del Derecho avanza la idea de que «el derecho es eficiencia», mientras

que la escuela crítica sostiene que «el derecho es política»; sin embargo, “ninguna tiene la intención de abordar el derecho en sus propios términos, y aceptar que la aplicación del derecho es un arreglo institucional en el que funcionarios públicos buscan elaborar y proteger los valores que sostenemos en común” (*Ibid.*, p. 124).

El análisis económico del Derecho<sup>4</sup> tiene dos vertientes, una positiva que busca “explicar y predecir el comportamiento de agentes racionales que responden a los incentivos que generan diferentes reglas del derecho”, y una normativa, que “examina la eficiencia de las normas legales desde el punto de vista de los criterios de óptimo de Pareto y Kaldor-Hicks” (Canavese, 2001, p. 6).

Esta última corriente es en realidad una continuación de la tradición científico-social del Derecho que habían iniciado Roscoe Pound y los realistas, que posee una dimensión descriptiva del caso jurídico. La hipótesis central de esta vertiente es que el Derecho es eficiencia, es decir, “que en la definición y especificación de los derechos, los jueces deben tender a crear reglas que maximicen la satisfacción total de preferencias” (Fiss, 1991, p. 125).

El aporte pionero que articuló el análisis de costo-beneficio, proveniente de la economía, con el Derecho fue elaborado por Guido Calabresi, quien empleó la teoría económica para estudiar el alcance de los diferentes significados implícitos en la noción de distribución del riesgo y propuso que dicha noción es el criterio de imputación de responsabilidad que permite construir todo el Derecho de riesgos. En otras palabras, “la introducción del análisis costo-beneficio en el proceso de toma de decisiones legales significa para la teoría jurídica, la posibilidad de hablar en un lenguaje compatible con el de los economistas y de recurrir al aparato analítico de estos para examinar y cuantificar los efectos del derecho”

<sup>4</sup> Una definición genérica sostiene que “el análisis económico del derecho estudia con detalle los cambios en el comportamiento individual inducidos por diferentes esquemas de incentivos con el propósito de evaluar la eficiencia de distintas instituciones jurídicas” (Canavese, 2001, p. 6).

(Bejarano, 1999, p. 159). De hecho, Calabresi considera que “la responsabilidad de la empresa es superior a la responsabilidad de seguridad social en el sentido de que promueve la adecuada asignación de recursos” (Calabresi, 1961, p. 531).

Estas ideas provienen de la Economía de la Ley, vertiente del neoinstitucionalismo, específicamente de los aportes de Gary Becker, en particular de su trabajo clásico “Crimen y castigo: un enfoque económico” en el que desarrolla un modelo económico de optimalidad desde la perspectiva costo - beneficio, donde el costo es el castigo al que se arriesga quien decide cometer un delito y el beneficio reside en la ganancia que obtendrá de dicho delito si no es castigado, esto es, si logra eludir la justicia. Becker concluye: “la principal contribución de este ensayo, en mi opinión, es demostrar que las políticas públicas óptimas para combatir el comportamiento ilegal son parte de una asignación óptima de recursos. Dado que la economía se ha desarrollado para manejar la asignación de recursos, una estructura ‘económica’ se vuelve aplicable y ayuda a enriquecer el análisis del comportamiento ilegal” (Becker, 2000, p. 420).

Pero la integración sistemática de los estudios que relacionaban la economía con el Derecho le correspondió a Richard Posner, quien en su texto clásico *Análisis económico del derecho* y en muchos de sus posteriores trabajos insistirá en lo que denomina el “isomorfismo entre la doctrina legal y la teoría económica. El isomorfismo llega a ser una identidad cuando, como en el caso de antitrust (pero no únicamente aquí), la ley adopta un criterio explícitamente económico de la legalidad” (Posner, 1999, p. 91). En otras palabras, Posner postula la idea de que el Derecho tiene muchas similitudes con la economía, y que el mejor camino para ejercerlo es la búsqueda de la eficiencia y la eficacia en términos económicos.

La teoría de la eficiencia desde la perspectiva económica surge de la necesidad de responder al problema de las externalidades en el marco del equilibrio competitivo. Tal y como lo señala Kennedy, en realidad la institución denominada mercado libre presenta muchas más externalidades

que las que habían reconocido los economistas clásicos antes de Coase. Y precisamente el famoso artículo de Coase titulado “El problema del costo social” es un punto de inflexión que puede considerarse una de las fuentes primarias del análisis económico del Derecho.

Su preocupación central es el problema de las externalidades como distorsiones del libre mercado, que se presentan cuando el bienestar de un agente económico es afectado por las acciones de otro agente. Existen externalidades positivas y negativas y se sostiene que la regulación del mercado es el mecanismo apropiado para corregirlas. Para Coase la intervención del Estado en ese proceso de corrección no es eficiente y la solución de la externalidad debería dejarse a la negociación en el libre intercambio entre los afectados. Esta solución puede tener dos salidas: o los afectados le pagan a quien genera la externalidad para recuperar su bienestar, entendiendo que esta situación es superior en eficiencia, o quien produce la externalidad compensa a los afectados, y en este caso se supone que los beneficios recibidos por quien produce la externalidad son tales que, aun compensando a los otros, mantiene un nivel de ganancias adecuado para seguir en el negocio. Este punto se desarrolla en la denominada asignación eficiente de Kaldor-Hicks.

Tanto para Posner como para Coase el elemento conductor de la relación entre Derecho y economía es la eficiencia. En efecto: “La teoría económica del derecho consuetudinario, definido ampliamente como la ley hecha por jueces más bien que por legislaturas o convenciones constitucionales u otros cuerpos no judiciales, sostiene que el derecho consuetudinario es el mejor, entendido no simplemente como un mecanismo de fijación de precios, sino como un mecanismo de fijación de precios destinado a suscitar una asignación eficiente de los recursos, en el sentido de eficiencia de Kaldor-Hicks” (Posner, 1987, p. 5).

¿Cuál es el significado del criterio de Kaldor-Hicks? Puesto que las normas jurídicas, como supuesto central del análisis económico del Derecho en su vertiente normativa, generan costos y beneficios, el Derecho es susceptible de un tratamiento

fundamentado en los principios de la economía, y particularmente en la búsqueda de la eficiencia.

La eficiencia paretiana u óptimo de Pareto se define como la asignación de recursos a partir de la cual resulta imposible mejorar la situación de al menos uno de los agentes sin perjudicar a otro. Cuando es posible transitar de una asignación a otra en la que por lo menos un agente mejoró su situación inicial sin perjudicar a otros, se dice que se ha alcanzado una mejora en el sentido de Pareto. Sin embargo, por lo general en el proceso de cambio de una asignación a otra hay quienes ganan y hay quienes pierden, por lo que la asignación eficiente paretiana es imposible de alcanzar.

En este caso, la teoría económica ha desarrollado el concepto de criterio de eficiencia en el sentido de Kaldor-Hicks según el cual una asignación es eficiente cuando, en términos globales, con ella se logra maximizar el bienestar, y para evitar comparaciones de utilidad interpersonales se asocia el bienestar global con el nivel de riqueza agregada, adscribiendo las comparaciones interpersonales a las de riqueza. Al pasar de una asignación a otra que implique un incremento de la riqueza agregada, se produce una asignación eficiente en el sentido de Kaldor-Hicks si dicha mejora permite que quienes se beneficien de ella puedan compensar a quienes se han perjudicado, dejando a estos en la asignación original. El criterio de Kaldor-Hicks es un criterio de Pareto potencial, en el caso de que la compensación pueda realizarse.

Cuando hay tensiones entre eficiencia y justicia, el uso de los criterios de eficiencia como los expuestos permite evaluar el costo de las elecciones hechas utilizando un criterio de justicia. Esa es la lógica de la aplicación de la eficiencia de Kaldor-Hicks en la teoría del Derecho. Este tipo de eficiencia está directamente relacionada con la eficacia, es decir, con la obtención de ciertos resultados contrastados con unas metas fijadas de antemano.

En este orden de ideas, las reformas a la justicia que se han desarrollado en Colombia desde la Constitución de 1991 se inscriben en los aspectos

*Entonces el pragmatismo y el utilitarismo se complementan como principios sobre los que descansa la idea de eficacia gerencial en estos tiempos. De allí que una estrategia que apunte a resolver los problemas de la crisis de la justicia desde una perspectiva de la eficacia administrativa, esté profundamente influenciada por esas dos corrientes filosóficas.*

básicos de la concepción de justicia en general y de las relaciones entre Derecho y economía que se han desarrollado hasta aquí.

Como se acotó al inicio, en su discurso de posesión en 1990 el presidente Gaviria prometía: “elevaremos la rama jurisdiccional del poder público para recuperar su dignidad, su legitimidad y su *eficacia*”. Tenemos aquí uno de los elementos centrales de la discusión: la ineficacia de la rama jurisdiccional y el Banco Mundial explícitamente manifiesta su preferencia por esta tendencia, “el estado de derecho se basa en la piedra angular de un sistema judicial eficiente y eficaz” (World Bank, 2000, p. 13).

La eficacia<sup>5</sup> “es el criterio institucional que revela la capacidad administrativa para alcanzar las metas o resultados propuestos” (Sander, 1990, p. 152). Como se mostró, todos los diagnósticos señalan la muy baja eficacia del aparato judicial colombiano y el hecho de que quienes aplican justicia no alcanzan los resultados esperados.

Como ya lo había indicado Le Mouél, la eficacia, a pesar de ser un concepto ambiguo, es una idea nodal para las corrientes administrativas contemporáneas; “sobre esta noción se asientan las teorías más recientes en materia de administración” (Le Mouél, 1992, p. 20), que desde los años noventas adquirió gran importancia en la visión administrativa de las élites gobernantes en nuestro país.

Lo que importa, desde esta perspectiva, es el resultado: “la eficacia pasa a ser el nuevo patrón de medición que permite diferenciar a los «ganadores» de los «perdedores»” cuya lógica “hinca sus raíces en el pragmatismo y el utilitarismo” (*Ibid.*, pp. 20 y 38), que hace parte del enfoque sistémico de la administración.

De una parte, para el utilitarismo es bueno o verdadero solo lo que es útil. Y fueron precisamente Bentham, James Mill y John Stuart Mill, adalides del liberalismo económico, quienes descollarían como sus defensores. Para ellos el utilitarismo es ideal como principio orientador de la vida porque

<sup>5</sup> Del latín *efficax*: que tiene el poder de producir el efecto deseado.

valoriza la iniciativa, el riesgo y la competencia, lo cual, en su conjunto, optimiza la vida en sociedad; “de ahí la primacía que se concede a la productividad, al crecimiento y al desarrollo, en tanto sean compatibles con la expansión del talento, el mérito y las cualidades morales” (*Ibid.*), que están en cabeza del individuo receptor del bienestar que genera esa utilidad.

De manera pues que al introducir la problemática de la eficacia como un elemento de la crisis recurrente de la justicia en Colombia, el análisis se adentra en una vertiente de talante utilitarista e individualista.

De otra parte, complementaria al utilitarismo, la lógica de la eficacia retoma la filosofía del pragmatismo, aquel impulsado desde las vertientes económico-administrativas del «*management*», en boga desde los años ochentas. Con Pierce, James y Dewey constituyó una filosofía “de hombres de acción para quienes una idea sólo es verdadera si funciona, si ha tenido éxito. La verdad es una relación enteramente inmanente a la experiencia humana, el conocimiento es un instrumento al servicio de la actividad y todo pensamiento posee una finalidad práctica” (Le Mouël, 1992, p. 40); esas eran sus características básicas. Al igual que lo que ocurre con el utilitarismo, el pragmatismo encuentra sus límites en la “ocultación de la dimensión moral de nuestras afirmaciones o actos.” (*Ibid.*, p. 41).

Entonces el pragmatismo y el utilitarismo se complementan como principios sobre los que descansa la idea de eficacia gerencial en estos tiempos. De allí que una estrategia que apunte a resolver los problemas de la crisis de la justicia desde una perspectiva de la eficacia administrativa, esté profundamente influenciada por esas dos corrientes filosóficas. Como se ha señalado, esto implica una perspectiva individualista, ya que en la utilidad el individualismo es el principio de los valores en la esfera de la acción, y en el pragmatismo lo es en el terreno del conocimiento.

Así, las reformas a la justicia se han construido sobre el pilar del individualismo, de un individualismo derivado de la noción utilitarista y pragmática

de la vida, que conduce a un enaltecimiento del productivismo, y que busca la utilidad individual como fin último, en el marco de acciones estratégicas realizadas también individualmente.

Esa búsqueda del bienestar individual implica una visión estratégica, es decir, una racionalidad que estructura la acción de los individuos y la orienta a su objetivo, que es, como ya se ha dicho, el de la mayor utilidad individual, en un marco de eficiencia, esto es, de logro de resultados con costos mínimos, pues si dicha utilidad se lograra con base en costos muy elevados, la relación de esos costos con los beneficios derivados de la utilidad alcanzada sería negativa y, por tanto, ineficiente.<sup>6</sup> Como es evidente, se trata de una concepción económica de racionalidad, lo que constituye un elemento central para comprender los lineamientos neoinstitucionales de las reformas a la justicia en Colombia.

La concepción económica de la racionalidad es un elemento legitimador de la perspectiva que considera necesario introducir reformas a la justicia de corte neoinstitucional, y ello es así debido a sus características, las cuales vale la pena explorar más detalladamente. En efecto, la racionalidad entendida en términos económicos “supone una determinada estructura de las preferencias individuales y un determinado manejo de las mismas. No contiene ninguna precisión con respecto al contenido y al origen de los órdenes individuales de preferencias” (Zintl, 1995, p. 10).

Con relación a la estructura, la concepción económica de la racionalidad “presupone consistencia (reflexividad, transitividad, completitud)” (*Ibid.*, p. 41). Estos son axiomas que operan como supuestos en la teoría de las preferencias del individuo, el cual, en un esquema de libre competencia, puede comparar entre, al menos, dos cestas de bienes o servicios cualesquiera ( $x_1, x_2$ ).

<sup>6</sup> La eficiencia es el criterio económico mediante el cual se evalúa la capacidad de lograr los máximos resultados con los mínimos recursos, esto es, con los mínimos costos posibles. Se trata de una evaluación administrativa complementaria a la de la eficacia.

Con respecto a la *reflexividad*, “suponemos que cualquier cesta es al menos tan buena como ella misma:  $(x_1, x_2) \geq (x_1, x_2)$ ”, donde  $>$  significa que una cesta se prefiere estrictamente a otra y  $\geq$  que se prefiere débilmente. La *transitividad* dice que si  $(x_1, x_2) \geq (y_1, y_2)$  y  $(y_1, y_2) \geq (z_1, z_2)$ , suponemos que  $(x_1, x_2) \geq (z_1, z_2)$ . En otras palabras, si el usuario piensa que la cesta de leyes X, por ejemplo, sobre Derecho laboral, es al menos tan buena como la Y y que la Y es al menos tan buena como la Z, cree que la X es al menos tan buena como la Z. La *completitud* supone “que es posible comparar dos cestas cualesquiera. Es decir, dada cualquier cesta X y cualquier cesta Y, suponemos que  $(x_1, x_2) \geq (y_1, y_2)$  o  $(y_1, y_2) \geq (x_1, x_2)$  o las dos cosas, en cuyo caso, el consumidor es indiferente entre las dos cestas” (Varian, 1994, p. 37), o sea,  $(x_1, x_2) \sim (y_1, y_2)$ .

La importancia de estos axiomas de la teoría de las preferencias, propios de la teoría de la utilidad, es que si se cumplen, la concepción económica de la racionalidad implica la racionalidad de un individuo que opera en un contexto específico, a saber, el de la libre competencia, en el momento de decidir con base en sus preferencias. Por tanto, esta teoría, de un lado, conlleva una visión de mercado y, de otro, asunto importante, supone que esa competencia es perfecta, es decir, que el individuo tiene perfecta y completa información, que no hay oferentes ni consumidores o usuarios que dominen el mercado, que no existen costos de transacción, que no hay barreras de entrada para el usufructo del bien o servicio, entre otras características, que obviamente no se ajustan a la justicia como un servicio público estatal.

Por otra parte, el manejo de un orden de preferencias como el descrito “presupone la maximización de utilidades” (Zintl, 1995, p. 10), de tal suerte que si cambian las condiciones, del lado de las ganancias o del lado de los costos, “en general, se reducen las actividades cuyos costos de oportunidad aumentan y viceversa” (*Ibid.*, p. 11). Esto también aplica para un sistema judicial que deje reposar parte de su estructura en algún tipo de privatización cuya lógica sea la del mercado. Es decir, que si algunos elementos de la rama jurisdiccional están en manos del sector privado

y si este sector opera con la lógica del mercado, entonces terminará por imponerse el manejo de la justicia propio de la concepción económica de la racionalidad, estrategia que se introdujo en Colombia mediante diversos mecanismos.<sup>7</sup>

La estructura y manejo de las preferencias individuales de la concepción económica de la racionalidad aplicada al análisis de las reformas a la justicia permiten introducir la libertad individual como categoría fundamental del Derecho y la justicia, con ausencia de precisión del contenido y los orígenes de esas preferencias, es decir, con base en una generalidad de las leyes que garantizan esa libertad.

La concepción económica de la racionalidad constituye, así, un pilar de las reformas a la justicia en Colombia, pues estas reformas, al estar apoyadas en el individualismo, se legitiman con base en la libertad de los individuos y en la supuesta neutralidad de las normas. Ahora bien, como se señaló, el corpus normativo resultante de la Carta de 1991 y su posterior peregrinaje de reforma en reforma, constituye una mixtura entre el modelo del Estado Social de Derecho —que pone al ser humano en el centro del orden jurídico, y el Estado de Derecho —*law and rules*—, pilar del neoliberalismo, que ubica en el centro al mercado y al empresario; así, el aparato de la justicia se estructura con elementos de estas dos perspectivas.

<sup>7</sup> Desde 1995 funciona en Colombia el Programa Nacional de Casas de Justicia y Paz, del Ministerio del Interior y de Justicia, una forma de justicia informal en la que el sector privado asume un papel activo. De igual manera, en 2004 se expidió la Resolución 1342 (17 de agosto) del Ministerio del Interior y de Justicia “Por la cual se establecen los requisitos y procedimiento para la creación de los centros de conciliación y/o arbitraje”. Otra política en ese sentido está consignada en el Documento Conpes 3277 de 2004, “Estrategia para la expansión de la oferta nacional de cupos penitenciarios y carcelarios”, en el que se plantea la participación del sector privado en la oferta carcelaria. En su propuesta en 2002, la reforma del gobierno introducía la política privatizadora desde diferentes ángulos, el nodo lo configuró la idea de plantear la justicia como un servicio público. En ese sentido se han adelantado en el país diversos estudios; véase, por ejemplo, Rey (2004); Departamento Nacional de Planeación (2001); Gray (1997); Rozo (2005).

Esta racionalización del Derecho no es nueva. En efecto, como lo anota Habermas, Max Weber ya había elaborado una teoría sobre este punto. Siguiendo a Schluchter, quien acuñó la expresión «desencantamiento de las vías jurídicas», Habermas expone el proceso de racionalización del Derecho desde el punto de vista weberiano. Explica que ella refleja la secuencia preconventional, convencional y posconventional propia de la psicología evolutiva. Esto le permite señalar el proceso evolutivo de la conciencia moderna y del Derecho en particular, el cual, citando a Weber, se vuelve positivo solo cuando los principios jurídicos se tornan reflexivos, que es lo que logra el Derecho moderno: “sólo en esta etapa evolutiva pueden materializarse las estructuras de conciencia modernas en un sistema jurídico que, como acaece con el derecho privado burgués, se distingue principalmente por tres características formales: por su positividad, por su legalismo y por su formalismo. (Habermas, 1987, p. 336).

Estos rasgos estructurales abarcan el estatus completo del Derecho, es decir, la validez del Derecho y su creación, los criterios de la punibilidad y de sanción y el tipo de organización de la acción jurídica. En conjunto, definen “un sistema de acción en que se supone que todas las personas se comportan estratégicamente, obedeciendo, en primer lugar, las leyes a título de convenios públicamente sancionados pero que en todo momento podrían cambiarse legítimamente; persiguiendo, en segundo lugar, sus propios intereses sin atender a aspectos éticos, y, en tercer lugar, tomando, de acuerdo con tal orientación conforme a los propios intereses, las decisiones óptimas en el marco de las leyes vigentes”. (Habermas, 1987, p. 337).

En otras palabras, el Derecho así instituido supone que las personas ejercen su autonomía en forma racional y con arreglo a fines, es decir, en el marco de una racionalidad estratégica instrumental propia de la economía. Derecho, no obstante, “rigurosamente formal y anclado, hasta donde lo exige la seguridad jurídica de los negocios, en lo patente y manifiesto, ese desarrollo adopta un carácter no formal gracias a la interpretación lógica de la voluntad de las partes y a los ‘buenos usos

mercantiles’, entendidos como un ‘mínimum ético’; y tal carácter ha sido provocado por el interés en la lealtad de las relaciones comerciales” (Weber, 1964, pp. 659-660).

Positividad, legalismo y formalismo son las características generales de un proceso de institucionalización jurídicamente vinculante de ámbitos de acción estratégica. Ellos “hacen explícita la forma, en cuya virtud el derecho moderno puede satisfacer los imperativos funcionales de un tráfico económico regulado a través de mercados. Ahora bien, esta funcionalidad sistémica es el resultado de unas estructuras jurídicas que permiten que la acción racional con arreglo a fines se generalice” (Habermas, 1987, p. 337). De esta manera las raíces racionalistas del Derecho moderno se asimilan al comportamiento racional-individualista del *homo oeconomicus*.

En síntesis, se podría señalar que existen tres tesis referentes a las relaciones entre Derecho y economía. De acuerdo con la primera, se trata de “relaciones de integración” de manera que la economía y el Derecho se complementan. Rudolf Stammler (1929, pp. 225-232), sostiene que la estructura económica como componente de la vida social humana está, por definición, sujeta a normas, en la que no se da una construcción jurídica *a posteriori* del proceso económico; por el contrario, las normas jurídicas estructuran la regulación que posibilita la vida social y el desarrollo de la economía (Stammler, 1929, pp. 282-284).

La segunda tesis afirma que entre Derecho y economía existen relaciones de causalidad. Esta tesis es derivada del marxismo, que sostiene que el Derecho es uno de los efectos de la economía. Para el marxismo, el proceso económico es anterior y determina el proceso jurídico. Marx señalaba que las relaciones jurídicas y las formas de Estado radican “en las relaciones materiales de la vida... y el modo de producción de la vida material condiciona en términos generales el proceso de vida social, político y espiritual” (Marx, 1985, p. 235). Engels ve que no obstante la dependencia respecto de la economía, el Derecho tiene cierta autonomía para actuar sobre ella; “en

un Estado moderno, el derecho no sólo tiene que corresponder a la situación económica general, ser expresión suya, sino que tiene que ser, además, una expresión coherente en sí misma que no se dé de puñetazos a sí misma con contradicciones internas” (Engels, 2010, p. 235). El pensamiento liberal también ha construido un conjunto de teorías causalistas que podrían ser inscritas en esta tesis. Ejemplos de ello son los trabajos de Richard T. Ely (1900), John R. Commons (1924) y Henry Carter Adams (1886).

La tercera tesis plantea la existencia de relaciones de interacción entre Derecho y economía. Esta alternativa sostiene que no hay una sobre-determinación en ningún sentido, es decir, que ni lo económico domina a lo jurídico, ni viceversa. Weber plantea que el Derecho garantiza diversos intereses, no solo los económicos sino también aquellos en los que la autoridad está involucrada; sin embargo, la garantía jurídica está en función de los intereses económicos, factores determinantes de la formación del Derecho. El orden jurídico es necesario para el desarrollo del orden económico y mantiene una limitada independencia. En otras palabras, de una u otra forma existe un uso del Derecho con arreglo a fines.

En el caso de las reformas a la justicia en Colombia en los años noventas, es clara esta interdependencia, la cual se puede evidenciar analizando uno de los préstamos que le otorgó el Banco Interamericano de Desarrollo para la modernización de la justicia en 1995, el cual constituye un ejemplo típico de los préstamos y “ayudas” recibidas durante esa década.

Denominado Programa para Modernizar la Administración de la Justicia -Program to Modernize the Administration of Justice (CO-0036)- por un monto de US\$ 9.4 millones con una contrapartida nacional de US\$ 6.3 millones, tenía entre sus objetivos “proporcionar a la Fiscalía General de la Nación -FGN- una base institucional adecuada que permitirá: (a) mejorar la eficiencia de su equipo de dirección e investigativo, a través del fortalecimiento de la capacidad de gestión de su personal técnico y la aplicación de herramientas estadísticas e

informáticas que faciliten la implementación de sistemas de evaluación de gestión eficaces” (Banco Interamericano de Desarrollo, 1995, p. 1). Final del formulario

Mejorar la eficiencia del aparato judicial es la prioridad, entendida, como ya se explicó, en el marco del individualismo neoinstitucionalista. Prioridad explícitamente relacionada con la importancia de la dimensión económica. En el acápite del documento en donde se relaciona la estrategia del BID para Colombia se lee: “el documento de país señala la importancia de esta operación en el apoyo continuo para mejorar la eficiencia de las instituciones públicas, en este caso la rama judicial” (*Ibid.*, pp. 2-3). Lo cual es ampliamente reforzado, por ejemplo, en los beneficios esperados, “contribuir a reducir el número de violaciones de la ley que quedan impunes, el problema mayor en Colombia, que afecta tanto el crecimiento económico del país como a la credibilidad del proceso democrático” (*Ibid.*, p. 2) Final del formulario.

Y en el Marco de Referencia, que constituye el corazón de la justificación del proyecto, los dos primeros puntos se centran en la importancia del modelo económico a pesar de tratarse de un proyecto del área de la justicia, como se lee en el numeral “A partir de finales de la década de 1980, Colombia se embarcó en un ambicioso programa de liberalización y modernización económica, la adopción de un nuevo modelo de desarrollo basado en la internacionalización de su economía, la reestructuración y la modernización del aparato de gobierno y la asignación de un papel de liderazgo al sector privado para mejorar la competitividad de los sectores productores del país” (*Ibid.*, p. 5).

Y en el numeral 1.2 se reseña con cierto detalle el resultado exitoso de dichas políticas, a la luz de la evaluación del BID. Esto muestra que la importancia de la reforma a la rama judicial está directamente relacionada con la eficiencia económica y el modelo de desarrollo neoliberal, y no única y prioritariamente con el interés de una justicia equitativa.

Pero la regeneración del aparato judicial y de las leyes dirigida a fortalecer el nuevo modelo de desarrollo no se limita a la reforma judicial, sino que se alimenta de un conjunto de leyes que progresivamente fueron emitidas durante la década de los noventa y que apuntaron a crear una nueva normatividad coherente con el neoliberalismo. Son diversas las leyes en este sentido, una de las primeras fue la Ley 10 de 1990 que reorganizó el Sistema Nacional de Salud, la ley 352 de 1997 que lo volvió a reestructurar, la Ley 100 de 1993 por la cual “se crea el Sistema de Seguridad Social Integral” que reformó todo el sistema de protección social del país y que fue la introducción del capital financiero al sistema de salud mediante la creación de las empresas promotoras de salud, reformó el sistema pensional creando los fondos privados de pensiones, ley que realmente constituyó la mercantilización de los servicios de salud y la financiarización tanto de estos servicios como del sistema de pensiones, y que significó un cambio sustancial en la normatividad laboral y de la protección social, que sería justamente la piedra de toque del dominio del Estado de Derecho sobre el Estado Social de Derecho, choque que se cristalizará progresivamente desde entonces y hasta hoy el creciente número de tutelas interpuestas para defender los derechos de la salud profusamente vulnerados por la aplicación de dicha ley, y que a la postre será uno de los elementos explicativos de las deficiencias a la reformas de la justicia ya que la incapacidad del sistema judicial quedó en evidencia al ser sobrepasado por las demandas de los ciudadanos en tal sentido.

Además están un conjunto de leyes denominadas las leyes de la apertura explícitamente diseñadas para la internacionalización de la economía, es decir, la introducción del modelo neoliberal, algunas de ellas son la ley 07 de 1991 con la cual se creó el Ministerio de Comercio Exterior, el Banco de Comercio Exterior y el Fondo de Modernización Económica y se reguló el comercio exterior; la ley 45 de 1990 que reestructuró la intermediación financiera y aseguradora, norma que significó el dominio de los intereses financieros en el proceso económico; la ley 09 de 1991 que reguló los cambios internacionales iniciando el proceso de liberalización de dicho mercado; la

ley 50 de 1900 que reformó el Código Sustantivo del Trabajo. Todas estas normas suponen una nueva visión de la organización jurídica y nuevas relaciones entre el capital y el trabajo, en el interior del capital y entre el capital del Estado y a este con el trabajo. Transformaciones que ha rebasado la capacidad del sistema judicial colombiano, para las cuales no estaba preparado.

## CONCLUSIONES

La crisis de la justicia en Colombia con su polivalente carácter endémico ha conducido a diversas reformas con las que se ha pretendido mejorar su desempeño. Aunque dichas reformas obedecen a una lógica interna de la sociedad colombiana, hacen parte también en forma dialéctica de un proceso generalizado en América Latina de reformas a los aparatos de justicia. Ello se debe a que con la puesta en marcha del proyecto neoliberal se hizo indispensable reformar la administración de la justicia y reestructurar el aparato jurídico para adecuarlos a los requisitos del neoliberalismo.

Como se ha visto, el componente económico requiere un aparato jurídico que le dé garantías y estabilidad, por eso cuando se cambia el modelo económico es necesario reformar el sistema jurídico. Dado que la introducción del neoliberalismo ha sido impulsada por organismos internacionales como el FMI, el Banco Mundial y la OMC, no es de extrañar que sean esos y otros organismos internacionales afines ideológicamente quienes hayan impulsado las reformas a la justicia.

Por tanto, una doble dinámica ha conducido a la conformación de un nuevo aparato judicial en Colombia: una dinámica interna derivada de la crisis del Estado y de la sociedad colombiana, y una dinámica externa originada en el proceso de reestructuración del sistema capitalista a nivel mundial, que al entrar a una nueva fase del proceso de acumulación, que es en esencia la transnacionalización de la economía, requirió nuevas formas de regulación jurídica que le dieran el apoyo legal y las seguridades necesarias para

*La crisis de la justicia en Colombia con su polivalente carácter endémico ha conducido a diversas reformas con las que se ha pretendido mejorar su desempeño. Aunque dichas reformas obedecen a una lógica interna de la sociedad colombiana, hacen parte también en forma dialéctica de un proceso generalizado en América Latina de reformas a los aparatos de justicia. Ello se debe a que con la puesta en marcha del proyecto neoliberal se hizo indispensable reformar la administración de la justicia y reestructurar el aparato jurídico para adecuarlos a los requisitos del neoliberalismo.*

garantizar el logro de los objetivos de dicha transnacionalización del proceso de acumulación.

El estudio de esas reformas a la justicia conduce a las relaciones entre Derecho y economía. El análisis económico del Derecho hunde sus raíces en el individualismo metodológico, en la racionalidad del *homo oeconomicus*, en el utilitarismo y en el eficientismo, es la rama más desarrollada en el estudio de dichas relaciones. Y precisamente sus características son propias también del hilo conductor que atraviesa las reformas a la justicia en Colombia.

En el marco del neoliberalismo se sostiene, con Hayek, que el derecho debe garantizar, como principio de justicia, la salvaguarda de los derechos de propiedad, que en última instancia no solo tienen la dimensión del garantismo sino sobre todo, deben propiciar las condiciones que permiten la disminución de los costos de transacción y por esta vía coadyuvar en el proceso de acumulación de capital en la fase actual de desarrollo del capitalismo.

Esta es una forma de evidenciar los mecanismos de aplicación específica de estos cambios, en las diferentes áreas de campo legal, para aportar al entendimiento de un proceso que transnacionaliza el Derecho de la mano de los intereses de los organismos internacionales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional que en última instancia agencian intereses de empresas transnacionales, intereses extraños a las necesidades de desarrollo de nuestras sociedades.

Fue a la sombra de la globalización, que tiene un particular impacto en el campo jurídico, como esos organismos impulsaron las reformas estructurales en este campo en Colombia y diversos países del mundo. Reformas que buscaron posicionar el Estado de Derecho por sobre el Estado Social de Derecho y garantizar principalmente los derechos de propiedad y coadyuvar a disminuir los costos de transacción, poniendo al margen los aspectos sociales.

Transformaciones enmarcadas en la perspectiva neoinstitucionalista, en particular en la vertiente

denominada Economía de la Ley, que introdujo en el Derecho el análisis costo-beneficio típico de la racionalidad económica capitalista, concentrando los esfuerzos reformistas en aspectos determinados por el interés de acumulación, que es el motor que en última instancia mueve a dicho sistema.

Estas mutaciones en el aparato jurídico, centradas en la eliminación de viejas instituciones incapaces de responder a las renovadas necesidades del desarrollo

capitalista, suponen limitaciones a la acción del Estado dando más espacio al sector privado en los diferentes aspectos jurídicos y de administración del sistema judicial. De allí que en Colombia, con una crisis estructural de la justicia, primogénita de la inequidad en la distribución del ingreso y la riqueza, con múltiples manifestaciones de injusticias sociales, las reformas, al limitar la acción del Estado en el campo jurídico, lejos de superar las raíces de esa crisis estructural, las profundizó.

## BIBLIOGRAFÍA

- Adams, Henry Carter (1886). Economics and Jurisprudence. *Science*, Vol. 8, No. 178, pp. 15-19.
- Becker, Gary (2000). Crimen y Castigo: un enfoque económico. En Roemer, Andrés (comp.) *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: ITAM, Fondo de Cultura Económica, p. 629.
- Bejarano, Jesús A. (1999). El análisis económico del derecho: comentarios sobre textos básicos. *Economía institucional*, No. 1, pp. 155-167.
- Borrero, Gloria María (2006). La evolución de la reforma constitucional de la justicia – una visión ciudadana. Corporación Excelencia en la Justicia, Bogotá, p. 17 Recuperado el 14 de agosto de 2012 de: [http://www.cej.org.co/files/DOCS\\_EVOLUCION\\_REFORMA\\_CONSTITUCIONAL.pdf](http://www.cej.org.co/files/DOCS_EVOLUCION_REFORMA_CONSTITUCIONAL.pdf).
- Bourdieu, Pierre (2000). Elementos para una sociología del campo jurídico. En: Bourdieu, Pierre y Gunter Teubner, *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores – Ediciones Uniandes – Instituto Pensar, pp. 220.
- Burgos Silva, José Germán (2009). *Estado de derecho y globalización: el papel del Banco Mundial y las reformas institucionales en América Latina*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Unijus, ILSA, p. 379.
- Burki, Shahid Javed (1995). Economic Development and Judicial Reform. En: Dakolias, Maria and Said, Javier (1995). *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean*. Washington: World Bank, p. 254.
- Calabresi, Guido (1961). Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. *The Yale Law Journal*, Vol. 70, No. 4, pp. 499-553.
- Canavese, Alfredo (2001). Sistema jurídico y desarrollo económico. *Paper*, No. 350. Buenos Aires: Universidad Torcuato Di Tella – CONICET.
- Carothers, Thomas (2003). Promoting the Rule of Law Abroad. The Problem of Knowledge. *Rule of Law Series. Democracy and Rule of Law Project*, No. 34. Carnegie Endowment for International Peace, p. 18.
- Clavijo, Sergio (1998). La justicia, el gasto público y la impunidad en Colombia. Bogotá. *Documento CEDE* No. 17 - Universidad de los Andes, p. 65.
- Commons, John R. (1924). *Legal Foundations of Capitalism*. New York: Macmillan, p. 203.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social (2004). *Documento Conpes 3277* Estrategia para la expansión de la oferta nacional de cupos penitenciarios y carcelarios. Bogotá,

- Departamento Nacional de Planeación, p. 27, recuperado en abril de 2011, de: <https://www.dnp.gov.co/Portals/0/archivos/documentos/Subdireccion/Conpes/3277.pdf>
- Dakolias, Maria and Said, Javier (1999). *Judicial Reform, a Process of Change Through Pilot Courts*. The International Bank for Reconstruction and Development - The World Bank, Washington, p. 34.
- Departamento Nacional de Planeación (2001). Informe 4: Sistema Penitenciario y Carcelario. Diagnóstico y propuestas para superar la crisis colombiana. Bogotá, Departamento Nacional de Planeación, p. 83.
- Ely, Richard T. (1900). The nature and significance of monopolies and trusts. *International Journal of Ethics*, Vol. 10, No. 3 (Apr.), pp. 273-288.
- Engels, F. (2010). El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. En: Marx, K. y Engels, F. *Obras Escogidas*, Tomo III, p. 288. Marxists Internet Archive, recuperado el 5 de marzo de 2011, de: <http://www.marxists.org/espanol/m-e/oe/html/tomo3.htm>
- Fazio, Hugo (2002). *La globalización en su historia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, p. 207.
- Fiss, Owen M. (1991). "¿La muerte del derecho?", en *Doxa*, No. 10, pp. 123-140.
- Gaviria Trujillo, César (1990). Bienvenidos al futuro. Discurso de posesión del señor Presidente de la República. En: Gaviria Trujillo, César. *Economía. Discursos*, Presidencia de la República, Imprenta Nacional, Bogotá, 1993, p. 368.
- Gaviria Trujillo, César (1994). *Cuatro años de Revolucion. Una Colombia más justa, próspera y pacífica*, Presidencia de la República, Imprenta Nacional, Bogotá, p. 30.
- Gray, Philip (May, 1997). Colombia's gradualist approach to private participation in infrastructure. Public Policy for the Private Sector, *Viewpoint*, Note No. 113, The World Bank Group, p. 4.
- Habermas, Jürgen (1987). *Teoría de la acción comunicativa I. Racionalidad de la acción y racionalidad social*. Madrid: Taurus, p. 334.
- Hayek, Friedrich August von (1978). *Camino de servidumbre*. Madrid: Alianza Editorial, p. 289.
- Le Mouël, Jacques (1992). *Crítica de la eficacia*. Barcelona: Ediciones Paidós, p. 154.
- Marx, Carlos (1999). Contribución a la crítica de la economía política. En: *Obras Fundamentales de Marx y Engels*, Tomo II. México: Fondo de Cultura Económica, p. 410.
- North, Douglas (1984). *Estructura y cambio en la historia económica*. Madrid: Alianza Editorial, p. 244.
- Osorio Isaza, Luis Camilo (2002). Estado actual de la justicia. Intervención del Fiscal General de la Nación, doctor Luis Camilo Osorio Isaza, en el foro El estado actual de la justicia colombiana, diagnóstico y soluciones. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 10 de octubre de 2002, mimeo, p. 3.
- Palacios Mejía, Hugo (1992). Notas acerca de la facultad de regular la economía en la Constitución de 1991. *Derecho Público* 7. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.
- Palacios Mejía, Hugo (1999). *La economía en el derecho constitucional colombiano. Derecho Vigente*. Bogotá.
- Posner, Richard A. (1987). The Law and Economics Movement. *The American Economic Review*, Vol. 77, No. 2, Papers and Proceedings of the Ninety-Ninth Annual Meeting of the American Economic Association, May, pp. 1-13.

- Posner, Richard A. (1999). The Law and Economics of the Economic Expert Witness. *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 13, No. 2, spring, pp. 91-99.
- Rey, John Fredy (2004). Privatización de servicios penitenciarios y carcelarios en centros de reclusión. *Archivos de Economía*, Documento 258. Bogotá, Departamento Nacional de Planeación, p. 166.
- Rodríguez (2006). Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en Colombia y América Latina: el regreso de los programas de derecho y desarrollo. *Revista IUSTA*, N° 24, enero - junio, pp. 179-218.
- Rodríguez, César A. y Uprimy, Rodrigo (2003). "¿Justicia para todos o seguridad para el mercado? El neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia y en América Latina", en Restrepo, Darío (ed.), *La falacia neoliberal. Crítica y alternativas*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, p. 523.
- Rubio, Mauricio (1996). *Homicidios, justicia, mafias y capital social*. Bogotá: CEDE - Universidad de los Andes, p. 75.
- Sander, Benno (1990). *Educación, administración y calidad de vida: caminos alternativos del consenso y del conflicto*. Buenos Aires: Ediciones Santillana, p. 223.
- Santos, Boaventura de Sousa (1998). *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - ILSA, p. 288.
- Shihata, Ibrahim F. I. (1995). Legal Framework for Development: The World Bank's Role in Legal and Judicial Reform. En: Rowat, Malcolm; Waleed H. Malik, and Dakolias, Maria (eds.), *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean*. Proceedings of a World Bank Conference Washington, World Bank, p. 254.
- Stammler, Rudolf (1929). *Economía y Derecho. Según la concepción materialista de la historia*. Madrid: Editorial Reus, p. 132.
- Ulrich, Beck (1998). ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuesta a la globalización. Barcelona: Editorial Paidós, p. 224.
- Varian, Hal R. (1994). *Microeconomía intermedia. Un enfoque moderno*. Barcelona: Antoni Bosch Editor, p. 688.
- Weber, Max (1964). *Economía y sociedad*. México: F. C. E. p. 1237.
- Williamson, John (2002). Chapter 2, What Washington Means by Policy Reform. En: Williamson, John (ed.) *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?* Washington: Peterson Institute for International Economics, p. 445.
- World Bank (2000). Legal and Judicial Reform Observations, Experiences, and Approach of the Legal Vice Presidency, *Issues on Legal and Judicial Reform*. Washington, World Bank, p. 86.
- World Bank (2003). *Legal and Judicial Reform Strategic Directions*. Washington: World Bank, p. 86.
- Zintl, Reinhard (1995). El *homo oeconomicus*: ¿fenómeno excepcional en cada situación o cada cual en situaciones excepcionales? En: *Comportamiento económico y elección racional*. Barcelona: Gedisa Editorial, p. 239.

