

Rendición de cuentas y el estado de derecho en la consolidación de las democracias

SUSAN ROSE-ACKERMAN*

Resumen

Este trabajo presenta una taxonomía del estado de derecho y la rendición de cuentas con respecto tanto a sustancia como a proceso. Inicia con una exploración de los esfuerzos para establecer “ley y orden” por medio del derecho penal y la aplicación de la ley para enfrentar los abusos del régimen anterior. En seguida, el artículo estudia la ley como organizadora de la actividad económica privada. Después de esta discusión del derecho “privado”, la siguiente sección analiza la ley como la base de la organización del Estado y de la autoridad, enfocándose a la cuestión fundamental de cómo la ley puede utilizarse para mantener a los funcionarios sujetos a la rendición de cuentas. Una política pública sujeta a la rendición de cuentas implica el suministro de información, procedimientos transparentes, y el establecimiento de organizaciones privadas para cuestionar las decisiones gubernamentales. En la última sección se considera el papel del poder judicial como garante, tanto del derecho privado como de un gobierno obligado a la rendición de cuentas. El artículo concluye con algunas consideraciones acerca del establecimiento de prioridades en cuanto a la reforma del Estado para democracias en proceso de consolidación.

Abstract

This paper presents a taxonomy of accountability and the rule of law with respect to both substance and process. It begins with efforts to establish “law and order” under the criminal law and with the use of the law to deal with abuses of the past regime. Next, the paper discusses law as an organizer of private economic activity. Following this discussion of “private” law, the next section deals with law as the basis for state organization and authority concentrating on the fundamental question of how law can be used to hold state officials accountable. Accountable policymaking involves the provision of information, open procedures, and the establishment of private organizations to contest government policies.

Finally, a section considers the role of the judiciary as a guarantor of both private law and publicly accountable government. The article concludes with some thoughts about priority setting in consolidating democracies.

Palabras clave: rendición de cuentas, estado de derecho, democracia, poder judicial, participación ciudadana.

Key words: accountability, rule of law, democracy, judiciary, citizen participation.

* Profesora de Yale Center for International and Area Studies of Yale University.

En una sociedad que opera bajo “el estado de derecho” las reglas son claras, aceptables para todos, y bien aplicadas contra los infractores de la ley. Los gobiernos que rinden cuentas divultan sus acciones, escuchan las opiniones y responden a las preocupaciones de los ciudadanos. Estas condiciones son difíciles de cumplir para todas las sociedades. Los reglamentos, en su mayoría, algo tienen de ambigüedad y requieren un criterio de aplicación. Quienes pierden en los procesos políticos pueden pensar que sus intereses no se han tomado en cuenta. Pocas leyes se aplican totalmente. Los procuradores públicos, la policía y los funcionarios que obligan a la obediencia de los reglamentos, así como ciudadanos y empresas privadas, constantemente deciden si vale la pena usar su tiempo y sus recursos para hacer cumplir y respetar las leyes. Así, el juicio acerca de si en una sociedad impera el “estado de derecho” es un juicio de grado, no absoluto, y debe combinar una preocupación por el cumplimiento legal formal con un examen de la sustancia de las leyes. Un Estado altamente autoritario puede tener un excelente cumplimiento de sus leyes, pero la sustancia de esas leyes puede ser muy represora. En esos casos, la ley restringe a ciudadanos y empresas privadas, pero el Estado, en sí, no está sujeto a la ley y, por lo tanto, no tiene que rendir cuentas ante la sociedad.

La mayoría de los análisis de la rendición de cuentas y el estado de derecho para consolidar la democracia se concentran en uno de dos acercamientos muy diferentes. Por una parte, quienes atienden el crecimiento y desarrollo económicos centran sus reflexiones en la construcción de un marco legal para la actividad económica privada que establece límites legales, tanto civiles como penales, para las interacciones entre particulares. Por la otra, las organizaciones de derechos humanos con frecuencia subrayan la importancia de hacer rendir cuentas a los responsables de los abusos del régimen no democrático anterior. Ambos son aspectos importantes de la reforma legal, pero, incluso considerados juntos, representan una visión parcial. La ley también debería imponer límites a los regímenes políticos recién llegados, de modo que los funcionarios no pudieran actuar con impunidad en contra de los intereses de los ciudadanos. El uso de la ley para limitar al Estado plantea problemas difíciles para la consolidación de las democracias. Las políticas que fortalecen al Estado con facilidad pueden permitir que quienes están en el poder actúen de manera autocrática y alentar a los opositores a que recurran a la violencia y las amenazas. Y un estado democrático nuevo puede ser debilitado por su propio fracaso en limitar la ilegalidad privada. El establecimiento del estado de derecho implica tanto fortalecer las capacidades del Estado como el debilitamiento de su poder. Representa la imposición de una serie de reglamentos determinados por el Estado para regir el comportamiento privado, pero también la imposición de restricciones respecto de la naturaleza personalizada del gobierno.

Una democracia que rinde cuentas significa, más que elecciones disputadas, la protección de los derechos individuales y la corrección de errores del pasado. Además, un Estado democrático debe operar de manera abierta y transparente y ejercer su criterio dentro de un marco de reglas que parezca justo y razonable a la ciudadanía. Los ciudadanos comunes y los grupos organizados deberían poder observar lo que hacen los actores del Estado dentro de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. De esta forma, los ciudadanos podrían pedirle cuentas a un gobierno en pleno ejercicio. El proceso mediante el cual se hacen los reglamentos debe estar abierto a la participación de los ciudadanos y los grupos organizados, pero al mismo tiempo el ejecutivo debe evitar el favoritismo y el amiguismo en sus tratos con el sector privado y con las organizaciones no gubernamentales. La elaboración de las políticas por el poder ejecutivo requiere la participación y supervisión de una serie de actores interesados, pero también requiere que la política resultante sea efectiva, transparente, y capaz de ser evaluada por los votantes. El establecimiento de un gobierno que rinda cuentas, pues, es un delicado acto de equilibrio. Los cuerpos públicos deben ser sensibles a las preocupaciones de los ciudadanos y, sin embargo, permanecer apartados de influencias inadecuadas. Deben ser, a la vez, expertos competentes y capaces de elaborar políticas democráticamente responsables.

Presento aquí una taxonomía de la rendición de cuentas y el estado de derecho respecto a la sustancia y el proceso. Puesto que el control de la delincuencia es un contribuidor clave para la legitimidad del régimen, resumo los esfuerzos para establecer “la ley y el orden” en ese sentido, y examino brevemente el uso de la ley para tratar con los abusos del régimen anterior. Sin embargo, el principal interés de este artículo, tiene que ver con las acciones en curso para la consolidación de la democracia. Luego me refiero a la ley como un organizador de la actividad económica privada; esto incluye el derecho de propiedad, el contractual, y el de responsabilidades por agravios como elementos básicos de construcción. Después de analizar el derecho “privado”, en la siguiente sección me refiero al derecho como la base organizativa del Estado y la autoridad, concentrándome en la cuestión fundamental de cómo puede usarse para que los funcionarios del Estado rindan cuentas al elaborar las políticas en una democracia con una gran burocracia establecida. La rendición de cuentas de la elaboración de políticas implica suministrar información, tener procedimientos abiertos, y hacer esfuerzos para fomentar el desarrollo de organizaciones locales y nacionales para debatir las políticas gubernamentales. Por último, examino el papel del poder judicial como garante del derecho privado y de un gobierno que rinda cuentas públicamente.

Una mejor rendición de cuentas pública está estrechamente relacionada con el control de la corrupción (Rose-Ackerman, 1999, 2004b). El mal uso del poder público

para beneficio propio —mediante sobornos y otras formas de negocios personales— es la manifestación más obvia de una falta de rendición de cuentas gubernamental. Sin embargo, esto es sólo parte de la historia. Incluso funcionarios completamente honrados pueden no responder a las preocupaciones del público si los organismos permanecen aislados de la opinión popular. Este artículo se concentra en el asunto más general del vínculo entre un gobierno que rinda cuentas y la consolidación democrática.

El artículo concluye con algunas reflexiones sobre el establecimiento de prioridades en las sociedades que intentan reformar su sistema legal como parte del proyecto de la consolidación democrática. Esos países se enfrentan con dos tipos de problemas que los distinguen de otros con mayores niveles de ingreso per cápita y tradiciones democráticas más largas. En primer lugar, el proceso de transición en sí crea tensiones y fricciones ausentes en democracias más estables. En segundo, estos países tienen niveles de ingreso relativamente bajos y capital humano más o menos escaso, de modo que la restricción de recursos limita las opciones disponibles. A la luz de estas dificultades, establecer un programa de acción es una tarea delicada con poca probabilidad de tener una sola respuesta correcta. No obstante, propongo un marco general para abordar la reforma.

Derecho penal

El derecho penal funciona en la frontera que hay entre Estado y sociedad. Los sistemas legales especifican cuáles acciones son delitos penales, cuáles son delitos civiles, y cuáles son legales. Situar a los delitos en una u otra de estas categorías puede tener implicaciones profundas para el poder del Estado y la libertad privada. En los países industrializados, los juicios penales son casi siempre prerrogativa del Estado aunque algunos pueden requerir la cooperación de los civiles. El castigo puede incluir encarcelamiento, así como multas u otros remedios estructurales.

Hay cuatro asuntos entrelazados: el derecho penal vigente, la policía y el cumplimiento de la ley, el proceso penal, y el sistema de castigo. Es probable que los cuatro necesiten atención inmediata para consolidar una democracia. Las decisiones que se tomen tendrán implicaciones importantes para la viabilidad y legitimidad del Estado en el futuro. La meta debería ser la reducción suficiente de la actividad criminal para permitir una fuerza policial de tamaño modesto que mantenga el orden sin interferir indebidamente en la vida cotidiana y la libertad personal. Si se puede cumplir esta meta, el país puede gastar más de sus escasos fondos en actividades orientadas al desarrollo en lugar de dedicarlos a esfuerzos para mantener el poder (Mushanga, 1992: 5).

Derecho penal vigente

El primer asunto es el derecho penal vigente. El límite entre delitos civiles y penales tal vez deba volver a determinarse en un gobierno que está intentando fortalecer las instituciones públicas. En particular, un régimen anterior podría haber mantenido el poder mediante el uso amplio de sanciones penales. Por otra parte, el derecho penal puede incluir muchos delitos vagos y abiertos que dan al Estado la capacidad de elegir a quién acusar y con qué cargos. Así, tal vez fuera necesario volver a redactar los estatutos vagos y despenalizar actividades relacionadas con los esfuerzos ciudadanos por criticar y controlar al Estado.

Por ejemplo, en muchos países, las leyes restrictivas contra la difamación dan protección especial a los funcionarios públicos, y las violaciones se tratan como asuntos penales y no civiles. Esto es exactamente lo contrario de lo que se necesita. Debería ser más difícil difamar a los políticos y otras figuras públicas que a los ciudadanos comunes, no más fácil. No deberían ser inmunes a enfrentar cargos de corrupción, y los alegatos de difamación deberían manejarse como asunto civil¹. Otro ejemplo sería que los estatutos penales tal vez restringen las reuniones ciudadanas para protestar contra políticas de estado o para apoyar un programa de reforma. La ley puede penalizar un comportamiento que considere transgresor. En esos casos, con frecuencia, la despenalización será la única política compatible con un gobierno que rinda cuentas.

Al contrario, quizás deba ser penalizada alguna actividad anteriormente permitida, sobre todo los delitos de “cuello blanco”. Los cambios político y económico pueden producir nuevas oportunidades, y tal vez las leyes deberían responder a ellas. El proceso de reforma en sí puede provocar aumentos en delitos como la adulteración y falsificación de cheques, robo, narcotráfico, prostitución y delitos de computación (Mushanga, 1992: 5). Tal vez, entonces, sería necesario que se fortalezcan o se vuelvan a redactar las leyes contra la corrupción, el fraude y negocios personales de funcionarios. Las leyes penales heredadas de un régimen anterior podrían ser inadecuadas para tratar con nuevos problemas.

Los incipientes regímenes democráticos también se enfrentan con el problema de cómo manejar los delitos de gobiernos anteriores y algunos que se han reformados gastan mucho tiempo y recursos purgando al antiguo régimen mediante juicios penales.

¹ En Estados Unidos es más difícil difamar a figuras públicas que a individuos particulares, y la difamación es un delito civil. Quienes están ante la mirada pública han asumido el riesgo del escrutinio público y tienen acceso a los medios de comunicación para refutar acusaciones. En otras partes, la amenaza de demandas legales funciona como un freno importante. La Gran Bretaña no tiene defensa para las figuras públicas, y algunos afirman que su ley de difamación disuade los informes críticos de asuntos que afectan el interés público. (Vick y Macpherson, 1997: 621–653).

Aunque se comprende el deseo de los nuevos gobernantes de comenzar con borrón y cuenta nueva, este esfuerzo suele estar fuera de sitio. Se distraen los escasos recursos judiciales y legales para tratar con esos casos a costa de los delitos actuales, y la ciudadanía se concentra en el pasado en lugar de pensar en el programa de construcción del Estado.² El asunto principal aquí tiene que ver con la impunidad. Si la falta de juicios penales alienta a los funcionarios existentes a delinquir, entonces se necesitan los juicios. El punto clave es que, al ir hacia adelante, los funcionarios deben considerar que no se tolerarán los crímenes y otras faltas contra los derechos humanos. Mi preocupación sólo es que, en una situación de recursos escasos, una atención excesiva a los delitos del pasado puede sustituir esfuerzos que podrían generar un ambiente en que el Estado investigara y castigara nuevos delitos.

Las comisiones de la verdad son un compromiso asumido por algunos regímenes nuevos, como el de Sudáfrica. Tienen la ventaja de evitar la mayoría de los juicios penales y son considerablemente menos costosas.³ Comprometen dinero y tiempo, pero cuando se necesita una rendición de cuentas del pasado para proporcionar legitimidad al nuevo régimen puede ser factible una variante del modelo sudafricano para aplicarlo en las democracias recién establecidas, incluso en países pobres. Así como otras reformas planteadas aquí, las comisiones de la verdad deberían diseñarse para desempeñar un papel en el proceso de construcción del Estado; además de proporcionar una rendición de cuentas de errores del pasado, tales comisiones pueden proporcionar información acerca de las prácticas y redes institucionales que mantenían al viejo sistema en un nivel bajo de funcionamiento. A menos que una guerra civil destructora haya hecho irrelevantes las estructuras anteriores, una comisión de la verdad puede ayudar a comprender dónde se encontraba el poder y cómo se ejercía. Hacerlo permitiría a fundamentar el proceso de reforma legal y diseño constitucional. De otra forma, las comisiones de la verdad se arriesgan a convertirse sólo en un mecanismo diluido de venganza contra el régimen anterior. Y, por más opresivo que haya sido ese régimen, ajustar cuentas no es un buen cimiento para construir un gobierno estable.

Aun cuando, en muchos casos, el juicio penal generalizado de funcionarios anteriores y aliados del viejo régimen pueda absorber recursos que se podrían aprovechar mejor en otras cosas, considero una excepción los alegatos de corrupción. Tales juicios pueden formar parte de un esfuerzo por ubicar y repatriar ganancias corruptas depositadas en el extranjero. Así, un juicio exitoso puede aportar al Estado una ganancia financiera neta al incautar los bienes de funcionarios anteriores. Mejorar la disposición

² Aunque favorece más que yo el uso del derecho penal como parte del proceso de transición, Teitel presenta un análisis cuidadoso de las paradojas y dificultades de tal política (Teitel, 2000: 30).

³ La fuerza y las debilidades de las comisiones de la verdad se analizan en Rotberg y Thompson (2000). Teitel (2000: 81–88) presenta un breve análisis de las comisiones de la verdad y se centra en el caso de Sudáfrica.

de algunos refugios bancarios para cooperar en las investigaciones de corrupción pude de hacer que este tipo de juicio sea factible y lucrativo para los nuevos gobiernos.⁴ No obstante, deberá ejercerse con criterios, pues, con mucha frecuencia, los gobernantes anteriores son acusados de corrupción al mismo tiempo que los nuevos crean sus propias estructuras corruptas que repetirán el esquema. El esfuerzo por recuperar fondos robados debería combinarse con programas positivos de reforma.⁵ Si los opositores políticos insisten en las acusaciones de corrupción, esto puede distraer la atención de asuntos importantes para las políticas vigentes.

La policía

En un estudio ilustrativo sobre la policía en África, Alice Hills argumenta que, en la mayoría de los países subsaharianos, la función de tal institución es conservar el orden y mantener al régimen en el poder. Esencialmente es una organización política, y combatir la delincuencia no es su actividad principal.⁶ La policía cumple sólo una función menor si se trata de proteger a los ciudadanos. En muchos casos, hay pocos recursos disponibles, los salarios son muy bajos y tampoco hay uniformes y equipo. La restricción financiera impulsa a los oficiales de policía a convertirse en bandidos de medio tiempo y a extorsionar pagos de individuos y de comercios. Esta situación es difícil de corregir porque sin recursos no puede proporcionarse seguridad, pero cuando ésta es poca, es difícil para el Estado aumentar los ingresos.⁷ A cambio, un régimen en proceso de democratización puede tratar de establecer el orden y mejorar su dominio mediante medidas enérgicas de la policía. Sin embargo, esto no funcionará si la policía, a través de un comportamiento brutal e impredecible, incita a resistirse a la autoridad con más fervor. La policía entonces actúa como un brazo arbitrario del poder gubernamental, y no como ayuda para los ciudadanos que sí respetan la ley.⁸

Como resultado de la debilidad policial, muchos negocios y comunidades se apoyan en fuerzas de seguridad privadas, tanto para compañías lucrativas como para gru-

⁴ Acerca del lavado de dinero ver Sultzer (1995: 143–237). El cuerpo internacional principal que trabaja sobre este asunto es el Financial Action Task Force (FATF) instalado en 1989. Originalmente se acentuaba el tráfico de drogas, pero recientemente los esfuerzos dentro del FATF y en países miembros se han centrado en prohibir el lavado de dinero en conexión con el soborno y la corrupción. Ver Paulose (1997: 263–280).

⁵ Ver, por ejemplo, las propuestas de políticas en Rose-Ackerman (1999: 39–88, 127–174).

⁶ Hills (2000).

⁷ Hills (2000: 146), que cita a un consejero de Naciones Unidas para Somalia.

⁸ “No se suele percibir a la policía como protectores o amigos del público en general. Al contrario, suelen percibirse como enemigos, censuradores y amedrentadores que deben evitarse” (Nserekö, 1992: 27). Ver también Hills (2000: 27–54).

pos comunitarios de autoayuda. La delincuencia organizada puede asumir la tarea de dar protección privada a los individuos y los comercios prósperos. Las mafias pueden aliarse con la policía y amenazar con la confrontación violenta o con la cooptación mediante pagos. Aun cuando no existen grupos tipo mafia, los encargados locales de hacer justicia por su propia mano pueden intentar conservar el orden a falta de una presencia policial fuerte (Mushanga, 1992: 6–8; Hills, 2000: 168–171). Tolerar esos grupos puede debilitar la democracia. Un objetivo importante sería crear una fuerza policial que pudiera combatir la delincuencia apoyada en las redes e instituciones locales sin fomentar la justicia por propia mano. Sin embargo, la máxima legitimidad de la policía, a ojos de la sociedad, dependerá no sólo de su propio profesionalismo y sus vínculos con la comunidad local, sino también del derecho penal vigente y la imparcialidad del proceso legal.

Proceso penal y castigo

El estudio de sociedades tradicionales indica que muchas de ellas no distinguen claramente entre faltas civiles y penales. Cuando ocurre un delito, como homicidio o robo, en muchas sociedades de ese tipo, por lo menos en África, se acentúa la restitución a la víctima y su familia o grupo tribal. La meta es la restauración del equilibrio social (Shaidi, 2000: 1–20; Nsereko, 1992: 21–42). La responsabilidad de pagar la restitución, con frecuencia, corresponde a la familia del delinquiente o incluso a su aldea, no sólo a él. Esto hace que el pago sea más factible porque los delincuentes individuales, a menudo, carecen de solvencia económica. El encarcelamiento se considera como algo inútil y un gasto desperdiciado porque el delinquiente no podrá mantener a su familia ni pagar la restitución.

Tales prácticas ancestrales en todas partes se están remplazando por modelos occidentales de derecho y castigo penales, a medida que los tribunales tradicionales se fusionan con juzgados comunes (Shaidi, 2000: 13–17). No obstante, muchas de las opiniones antiguas siguen resonando en la actualidad. De hecho, el encarcelamiento es un desperdicio de recursos humanos, sobre todo en países de ingreso bajo y medio con instituciones gubernamentales que casi no rinden cuentas, las cárceles se prestan para ser lugares de represión y corrupción. En un escenario así los funcionarios de las cárceles podrían actuar con impunidad dentro de la prisión, tanto al favorecer a quienes pueden darles dinero como al hostilizar a los reclusos comunes. Vale la pena considerar la restitución en países con pocos seguros públicos o privados (Nsereko, 1992: 27).

Si se dejan de lado otros aspectos de procedimientos judiciales, un sistema de derecho penal basado en multas y restitución asumiría muchas características del sistema

civil de responsabilidades (Nsereko, 1992: 25). Algunos países africanos permiten la compensación ya sea con multas pagadas al Estado o como un pago recibido directamente del delincuente convicto. No obstante, estas disposiciones rara vez se usan; se han interpretado con restricciones y suelen requerir un gran gasto de tiempo y energía por parte de la víctima (Nsereko, 1992: 31–39). Sin embargo, un problema mayor es la pobreza de los delincuentes. Suponiendo que ningún país moderno está dispuesto a permitir el trabajo obligatorio como castigo, muchos delincuentes serían inimputables. Si asumimos que los vínculos con la familia, la aldea y la tribu están relajándose con el paso del tiempo y, con ello, la obligación de enmendar los delitos de los parientes y vecinos, parecería impracticable un sistema de restitución por sí solo. Sin embargo, las multas podrían ser un castigo disponible cuando los delincuentes pudieran conseguir los fondos.

Dicho en forma breve, el argumento básico de que los países con ingresos medios y bajos deberían restarle importancia a la cárcel se prolonga hasta el día de hoy. Sin embargo, no es probable que funcione la alternativa de las multas, aunque podría formar parte de un esquema más amplio. Parecería que vale la pena considerar la restitución para las víctimas en países pobres con pocas redes sociales de seguridad, pero debería ser una obligación del Estado, no del delincuente. Nos queda una serie de opciones poco atractivas: poco o ningún castigo, trabajo obligatorio en lugar de multas para quienes es imposible pagar, o castigos vergonzantes y baratos que no violen las normas de los derechos humanos. Tal vez la tecnología moderna podría ampliar la gama para que se incluyeran una forma de arresto domiciliario o trabajo con vigilancia electrónica. El objetivo es encontrar castigos que desalienten la delincuencia sin imponer grandes costos para países pobres e institucionalmente débiles, y sin establecer sistemas que puedan ser explotados cruelmente por quienes controlan los castigos.

Derecho económico

El control de la delincuencia y la creación de un sistema de justicia penal creíble son sólo el primer paso. La democracia y el éxito económico tienden a estar unidos, y es poco probable que las condiciones mejoren a menos que las bases legales para la actividad económica privada estén en su lugar. Las leyes que rigen el mercado libre pueden ser vagas y contradictorias. Los jueces pueden tener poca experiencia o poco entrenamiento para resolver los problemas legales que surgen de tratos comerciales entre particulares y de aplicar los estatutos reglamentarios e impositivos. Tal vez las leyes en los libros no signifiquen mucho, y a veces incluso sería difícil averiguar cuáles son. Las leyes deben estar bien redactadas, ser relativamente claras, y estar disponibles

para todos. Un primer paso consistiría en hacer leyes y reglamentos fáciles de localizar. Si la ley es clara y conocida, no sólo será más sencillo resolver las disputas que surjan, sino que habrá menos de ellas.

Muchas democracias que se están consolidando deben hacer algo más que difundir las reglas existentes; deben crear nuevas leyes. Una opción es pedirlas prestadas de economías de mercado exitosas y democracias sólidas. El legado del colonialismo significa que algunos países en desarrollo ya tienen muchas leyes prestadas, a veces basadas en estatutos obsoletos e incongruentes copiados de otros países hace muchos años. A pesar del carácter problemático de los transplantes legales, de todas maneras es factible que un préstamo más, sea una opción viable, sobre todo cuando el objetivo es que un país se integre plenamente al sistema internacional (DeLisle, 1999). No obstante, el derecho formal nunca es suficiente. Una lección de iniciativas de reformas recientes es la importancia de ayudar “a fomentar el desarrollo de un marco favorable de las normas y prácticas de lo legal institucional y lo gubernamental institucional del país anfitrión, así como actitudes más abiertas ante la ley y el estado de derecho” (DeLisle, 1999:305).

Aunque la reforma del derecho económico puede parecer un asunto técnico lejano a la alta política del diseño constitucional, la creación de un sistema legislativo práctico que rija la actividad económica privada impulsaría la viabilidad del Estado a largo plazo. Presentaré brevemente las categorías básicas de un derecho privado: derechos de propiedad, derecho contractual, y reglamentos de responsabilidades. Otros aspectos del derecho económico, que no trataré aquí, incluyen las leyes de organizaciones civiles, tales como corporaciones lucrativas, bancos y sindicatos; leyes que rigen los mercados financieros y la quiebra; y reglamentos reguladores básicos que se refieren a protección ambiental, condiciones de trabajo, y la seguridad de productos y lugares de trabajo.

Propiedad

Es artículo de fe en muchos estudios sobre derecho y economía que los derechos de propiedad privada bien determinados son una condición necesaria para el crecimiento económico y la estabilidad política. Los derechos vagamente definidos invitan a disputas sobre posesión que, en el mejor de los casos, desalentarán la inversión y, en el peor, producirán enfrentamientos violentos y destructivos. Sin embargo, es un lugar común del análisis legal señalar que la reclamación de la propiedad representa un conjunto de derechos, no una elección simple entre dos opciones. Son comunes los derechos traslapados sobre la tierra, incluso en países altamente desarrollados donde

son ubicuos los derechos públicos de vía o de paso, y suele dividirse la posesión de derechos de superficie, subsuperficie y aire. El derecho a usar el agua corriente en ríos y arroyos está regido por otros conjuntos de reglamentos en distintas partes del mundo. Las reclamaciones no ambiguas y unitarias sobre la propiedad no son una condición necesaria para el crecimiento económico, y una gama demasiado limitada de formas legales puede sofocar la innovación. Esta realidad sugiere la necesidad de replantear los argumentos demasiado simplificados a favor de la posesión privada no dividida.⁹ No obstante, es provechosa la claridad respecto de quién tiene el derecho de hacer qué, además de tener una instancia aceptable y ágil para resolver disputas.

Los principios del uso de la propiedad tendrían algo que ver con pautas históricas, pero un Estado reformador quizá necesite volver a replantear si algunos reglamentos producen disputas violentas y contenciosas. La reestructura de las relaciones de propiedad debe evitar la creación de reglamentos complejos que agraven la capacidad limitada del Estado para resolver las disputas con justicia. En algunas jóvenes democracias, históricamente, el uso de la propiedad implica derechos comunales consuetudinarios que interactúan con sistemas de parentesco de manera compleja. Así, el Estado debe decidir cuánto de ese legado histórico debe preservar. Este problema tiene dos aspectos: la subyacente distribución de la riqueza y el marco legal que establece los derechos sobre adjudicación de la propiedad y rige su transferencia.

El primer asunto, el de la distribución de la riqueza, se refiere a las condiciones iniciales bajo las que ocurre el desarrollo político y económico, y afecta las oportunidades de los individuos para ganar o perder. Así, los régimenes en proceso de democratización pueden afrontar la tarea intimidante de hacerse cargo de los intereses ricos y poderosos como parte de su esfuerzo para legitimarse. Además, la democracia será difícil de sostener si los esquemas tradicionales de propiedad provocan que alguna gente dependa de otra de tal manera que eso limite su independencia política.

En segundo lugar, el significado de cualquier distribución de la riqueza depende de las protecciones y restricciones legales. Las restricciones de posesión, transferibilidad y uso obviamente afectan el valor de la propiedad (Rose-Ackerman, 1985: 931–969). Es improbable que se dé una evolución espontánea en una dirección eficaz. El Estado tendrá que establecer reglamentos que puedan cumplirse. Los trabajos de investigación acerca de algunas sociedades en particular sugieren que a veces funcionan bien los sistemas mixtos cuando ciertas características de relaciones tradicionales de la propiedad sobreviven en el mundo moderno (Ensminger y Ruttan, 1991: 683–699; Trebilcock, 1984: 377–420; Bassett y Crummey, 1993). Parece haber muchos ejemplos de régimen de derechos de propiedad que se apartan de la solución común del economista

⁹ Para ejemplos de esto, ver los estudios detallados en Bassett y Crummey (1993).

que otorga una adjudicación clara para predios particulares. La explicación para la supervivencia de estos sistemas mixtos parece que está en su mezcla de racionalidad económica y conveniencia política (Bassett, 1993: 3–31).

Los Estados que están reformándose tendrán que aplicar políticas públicas que afecten el valor de la propiedad privada. Esto plantea una cuestión básica de diseño constitucional. ¿Debería promulgar el Estado una cláusula sobre la propiedad que lo limite en la incautación de propiedad privada para uso público sin pagar compensación? El Estado debe equilibrar la protección de los inversionistas contra su propia necesidad de flexibilidad al elaborar las políticas. Desafortunadamente, la ley de incautación de Estados Unidos no proporciona un modelo bien definido. Incluye muchos elementos de equilibrio *ad hoc* que difícilmente conducen al establecimiento de un ambiente propicio para el crecimiento económico. No obstante, la experiencia estadounidense ilustra que, aunque el beneficio de que haya cierto grado de anticipación y claridad es evidente, el estado de derecho no implica un conjunto de reglamentos rígido e invariable (Rose-Ackerman y Rossi, 2000: 1435–1495). Queda claro que un Estado no debería construir protecciones fuertes para la distribución del *statu quo* a menos que haya determinado que eso es compatible con sus objetivos básicos.

Además, un Estado debe evitar que surja el riesgo de violencia debido a sus políticas de redistribución de la propiedad. Si el Estado intenta una reforma en dicho rubro, puede instituir políticas disfuncionales que exacerbén el problema en lugar de reducirlo. Por ejemplo, un estudio reciente alega que las políticas brasileñas que modificaron la propiedad de la tierra en el Amazonas han contribuido al conflicto violento y la deforestación. Los terratenientes usaron la violencia para aumentar su probabilidad de éxito en el desalojo de invasores, y éstos también echaron mano de ella para conseguir que una finca privada fuese expropiada por el gobierno como parte del programa reformador (Alston, Libecap y Mueller, 1999). Si la virulencia de un grupo se utiliza como señal para que el Estado actúe en favor del mismo, se establecen las condiciones para que aumente la inestabilidad.

Las leyes que redistribuyen la propiedad de manera más equitativa y que disponen su transferibilidad y uso libres pueden obstaculizarse por errores administrativos básicos. Un requisito para el desarrollo de un régimen de propiedad moderno es un sistema de adjudicación y transferencia que funcione bien. El valor de los derechos nominales de propiedad se reduce si es difícil realizar transferencias debido al tiempo y los sobornos requeridos. Por ejemplo, en Bangladesh, la propiedad de la tierra parece un camino para salir de la pobreza. Por lo tanto, es importante que los pequeños campesinos sean capaces de comprar y vender para aprovechar las nuevas oportunidades económicas. Sin embargo, el sistema que registra las ventas está lleno de corrupción y retrasos en las disputas que van al juzgado. (Transparency International–Bangladesh,

1999: 3–4; World Bank, 1999: 14). Tal venalidad e incapacidad judiciales llevan a que la gente busque otros métodos para hacer cumplir los derechos de propiedad de la tierra. Podrían prevalecer la violencia y las amenazas no sólo cuando las políticas de estado son disfuncionales, sino también cuando son ineficaces.

Asimismo, un Estado reformador, enfrentará también muchos asuntos relacionados con la administración de las leyes de propiedad. Aquí existen dos opciones diferentes: un sistema administrativo automático y centralizado que reduzca el arbitrio oficial; o bien un sistema basado en la comunidad y orientado a las instituciones locales. El primero requiere de reglamentos claros y sencillos que se apliquen con poco arbitrio y que proporcionen transparencia ante el público. El segundo puede defenderse como una consecuencia de la práctica social pero el mismo perjudicaría de forma invariable a algunos grupos e individuos que casi no tienen cómo responder a ello, además de que entorpecería el desarrollo de las estructuras económicas y de comercio. Esta misma tensión entre estructura informal y reglamentos formales surge en otras áreas del derecho económico, sobre todo en el contractual.

Contratos

Si el derecho formal es débil, poco claro o no se consigue hacer cumplir, las empresas se comprometerán con diversos tipos de autoayuda. El Estado debe descubrir qué mecanismos usan las empresas y decidir si deben fortalecerse o sustituirse por reglas que se logre hacer cumplir en los juzgados. Los estudios de Simon Johnson, John McMillan y Christopher Woodruff en lugares tan distintos como México, Vietnam y Europa oriental iluminan sobre estos asuntos.¹⁰ Sus investigaciones plantean temas clave para los regímenes políticos de estados recién instituidos. Si el derecho contractual es débil, la gente de negocios suele arreglárselas limitando sus tratos a la familia y miembros de su comunidad local o grupo étnico. Las pruebas sugieren que los negocios llegarían bastante lejos con regímenes informales extralegales, incluido el establecimiento de asociaciones comerciales y otros intermediarios que se extienden más allá de los límites estrechos de la gente relacionada por parentesco o por vínculos étnicos.¹¹ Estos arreglos informales permiten que los negocios sobrevivan e incluso prosperen, pero casi siempre tienen costos sociales en forma de exclusión o connivencia (Johnson, McMillan y Woodruff, 2000). Se deja fuera a grupos menos favorecidos y se dificulta

¹⁰ McMillan y Woodruff (2000: 2421–2458) presentan una visión general. Ver también McMillan y Woodruff (1999: 637–658); Johnson, McMillan y Woodruff (2002: 221–77); Woodruff (1998: 979–991).

¹¹ Ver sobre todo Johnson, McMillan y Woodruff (2002) acerca del uso de asociaciones comerciales en Europa oriental.

el desarrollo de mercados competitivos en áreas donde es necesario el crédito y pasa mucho tiempo entre las promesas y su cumplimiento. Depender de la familia y los amigos, con frecuencia obstaculizará el acceso al capital, restringiendo así la escala de los negocios. Por lo tanto, no reformar el derecho contractual restringirá la posibilidad de los contratos a distancia e impondrá restricciones costosas a las perspectivas de crecimiento del país. También reducirá la cantidad de gente que pueda beneficiarse del crecimiento que pudiera darse. Los estados enfrentarán elecciones políticas difíciles porque un grupo de inversionistas y gente de negocios presionará para que exista un esquema de derecho contractual fuerte, mientras otros, que se benefician del *status quo*, se opondrán a tales cambios.

Un sistema interno de derecho contractual débil desalentará a los grandes inversionistas internacionales. Ellos propondrán contratos a partir de normas legales internacionales y resolverán las disputas en foros de naturaleza semejante, por ejemplo el Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio. Estas prácticas permiten la aprobación de algunos tratos, pero proporcionan un beneficio parcial puesto que sólo lo obtiene aquel que tiene acceso a ese tipo de instituciones. Asimismo, su uso generalizado retrasaría la reforma legal interna porque las multinacionales y sus aliados se favorecen de su acceso privilegiado a las instancias internacionales que resuelven las disputas.

La reforma del derecho contractual requiere además de sutileza. Ella no debería eliminar de manera simple las prácticas locales construidas como respuesta a una legislación formal débil. Aun cuando los reglamentos legales necesiten replantearse, tal vez los negocios existentes precisen de ayuda para adaptarse a un nuevo marco que contemple la posibilidad de transacciones entre desconocidos protegidas por los juzgados. Los amigos y parientes de gobernantes anteriores difícilmente son candidatos para la compasión, pero en otros casos, para los pequeños negocios locales es un desafío adaptarse a un régimen nuevo más abierto.

Un primer requisito es un conjunto de tribunales imparciales para resolver disputas. En el modelo más sencillo de reforma, ellos son por completo respetuosos de los acuerdos a que han llegado las partes en privado. Los juzgados basan sus interpretaciones en lo que los litigantes habían pactado en un principio. Sin embargo, incluso aquí, surgiría algún cuerpo de “derecho contractual” ya que quienes redactan los contratos consideran cómo los jueces han interpretado antes algunos términos. Las leyes entonces se desarrollarían como una colección de disposiciones antecedentes que quienes las escriban podrían anular mediante un lenguaje preciso. Los tribunales de arbitraje del Estado se encargarían de hacer cumplir la ley, proporcionando así un foro más transparente y ampliamente disponible para resolver disputas comerciales. Además, si tienen un grado adecuado de profesionalismo y de honestidad, institucionalizarán reglamentos informales y permitirán nuevos tipos de tratos entre particulares redu-

ciendo los incentivos para estafas *ex post*. A falta de tales instituciones, es fundamental el interés por la reputación. Con juzgados que funcionen bien, es posible celebrar un contrato entre desconocidos.

Sin embargo, la decisión de no interferir en el derecho contractual desatiende algunos de los problemas más apremiantes de un sistema informal. En la práctica, el derecho contractual sirve para objetivos más amplios, por ejemplo la protección de las partes desinformadas y el preservar los intereses de quienes no participan en el acuerdo. Tiene que ver no sólo con la violación y los remedios para la violación del convenio, sino también con saber si el arreglo debe o no hacerse cumplir. Un contrato para venderse uno mismo como esclavo o uno que sea el resultado de un fraude no se hará ejecutar. Los estudios de derecho y economía se han dirigido tanto al establecimiento de normas antecedentes eficaces como a la manera adecuada de incorporar inquietudes más amplias respecto a las políticas.¹²

Además de dirigirse hacia un sistema de derecho contractual congruente con las normas internacionales, el Estado quizás también tenga que tratar directamente con asuntos de transición de manera que reconozca tanto los costos como los beneficios de la reforma y que tome en cuenta el nivel de educación del país y su sofisticación empresarial. Si una meta es inducir a la gente a que acepte más la formalidad de lo escrito para regularizar sus relaciones, los reglamentos deben ser sencillos y fáciles de comprender, y el camino para resolver disputas debe ser eficiente y justo. Esto sugiere que se necesitan reglamentos estatutarios claros, y no el proceso ambiguo y lento de derecho judicial bajo el derecho consuetudinario. Las reformas también deberían reconocer los anteriores métodos informales de hacer negocios. Abrir el país al mercado internacional puede hacer que no funcionen los existentes, imponiendo así severos costos a los productores locales y llevándolos al colapso. Woodruff, por ejemplo, nos ilustra con un caso de la industria del calzado en México, donde la liberalización del comercio con Estados Unidos perjudicó los métodos informales del cumplimiento contractual usados por los pequeños productores (Woodruff, 1998). Quienes hacen las reformas deben comprender cómo los pequeños negocios se manejaban en el pasado y no asumir que sus mecanismos no son eficientes, aunque podría ser así. Si las empresas hasta ese momento han contratando matones para amenazar con violencia a sus deudores, es obvio que no vale la pena conservar esta opción. Además, incluso si las prácticas tradicionales operaban en el pasado, tal vez no sean practicables para el presente. En tal caso, los negocios locales, de manera legítima, pueden exigir ayuda para transitar a un sistema de mayor formalidad donde la interacción comercial tenga fundamentos en documentos escritos y normas legales.

¹² Hay muchos estudios al respecto. Para un conjunto de artículos fundamentales ver Craswell y Schwartz (1994).

Agravios

La reforma del derecho de agravios o reparación de daños presenta un problema inquietante para los países de ingresos medios y bajos. Por una parte, es probable que los mercados de seguros estén poco desarrollados, de modo que quienes se lastimen o sufran pérdidas económicas no serán indemnizados de esa manera. Además, una situación económica semejante y la fragilidad del Estado significan que las redes de seguridad social también son débiles o no existen. Así, los daños ocasionados por accidentes o por la negligencia de otros pueden tener consecuencias graves para la gente que está en circunstancias marginales. Por otra parte, la misma pobreza que hace que parezca necesaria la compensación lleva a pensar que una gran cantidad de los que infligen un daño serán inimputables. Las empresas grandes y productivas con inversiones en países frágiles pueden ser obligadas a pagar por los perjuicios que causen, pero esto será imposible para la población común y para los pequeños negocios locales. Examiné este dilema más arriba, al hablar de las multas en oposición al encarcelamiento bajo la ley penal.

Por lo general, el sistema de responsabilidades por agravios no es una buena manera de proporcionar una red de seguridad social porque elige a una sola clase de afectados para un trato especial. No obstante, en un mundo imperfecto puede ser una de las pocas vías eficaces para tocar bolsillos profundos y tiene la ventaja de vincularse con un comportamiento dañino.

En los estudios académicos de derecho y economía sobre el derecho de agravios, uno de los objetivos principales del sistema de agravios es crear incentivos para una prevención óptima de accidentes. En la mayoría de los casos, uno puede imaginar un sustituto reglamentario como, por ejemplo, los límites de velocidad en carreteras en oposición a los litigios contra quienes manejan demasiado rápido y causan accidentes.¹³ Sin embargo, en un país donde una gran parte de la población por su pobreza será inimputable, muchos juicios por daños no serán cobrables, y la ley de agravios será de poco uso como método general para disuadir las conductas irresponsables. Esto sugiere que se pueden tratar algunos comportamientos como delito menor y no como agravios, lo que, además, podría acompañarse de un castigo impuesto por el Estado.

La distinción vaga entre agravios y delitos tiene bastante sentido en un país donde muchos de los que causan daño no pueden pagar una indemnización. Esto puede sugerir el mantenimiento de las prácticas locales que desdibujan la frontera entre dichos ámbitos. Desde luego, el problema es que esos sistemas tienen costos, sobre todo si pueden usarse para aislar a miembros no muy aceptados por la sociedad. Diferenciar entre

¹³ Ver el conjunto de artículos en Levmore (1994).

individuos malos y prácticas malas por parte de miembros de la comunidad aceptables en otros sentidos no es algo fácil de mantener en un grupo pequeño y cerrado.¹⁴

Un último asunto tiene que ver con el papel del derecho de agravios en el contexto del desarrollo económico. Los países desarrollados, sobre todo Estados Unidos, ahora discuten la cantidad de responsabilidades que correspondería a las empresas por el daño causado con sus productos y procesos de producción. En cierta medida, ésta es una polémica acerca del papel adecuado del derecho de responsabilidades en oposición a los reglamentos estatutarios como método para controlar los costos sociales de las empresas.¹⁵ En un país en proceso de democratización, un hecho así destaca la capacidad relativa de las instituciones reguladoras en oposición a lo judicial. Por lo general, frente a la debilidad del Estado, deberían permitirse los litigios por responsabilidades y llenar mediante ese camino las brechas de la ley estatutaria y su aplicación. El papel de los mismos podría reducirse en cuanto aumentara la capacidad burocrática y legislativa del Estado.

En resumen, el derecho de responsabilidades en una nueva democracia y de bajos ingresos tendría que verse muy distinto de su modelo. En primer lugar, no debería dedicarse demasiado esfuerzo a los litigios que ordenan a individuos inimputables a pagar la indemnización. Más bien, se necesitan otras formas de disuasión que se centren en los daños más graves y los trate como delitos menores con castigos impuestos por la ley. En segundo lugar, las responsabilidades para las empresas pueden tener un papel más importante en esos países que en la mayoría de los gobiernos establecidos con sistemas de reglamentación pública que funcionan bien.

Derecho público: apertura y rendición de cuentas

Las reformas del derecho penal y del que atiende las relaciones económicas restringen a los individuos y empresas privadas, ya que tratan con otros en la sociedad y el mercado. El derecho penal también desanima a los funcionarios públicos a involucrarse en acciones delictivas. Sin embargo, no es un control suficiente de la impunidad. Un gobierno que rinde cuentas requiere tanto estructuras apropiadas como caminos para que los civiles ejerzan presión.¹⁶

¹⁴ Para un examen profundo de las tensiones entre los conceptos británico y africano de ley y justicia en la época colonial en Tanganyika, ver Moore (1992: 11–46).

¹⁵ En el contexto de la ley de responsabilidades por fabricación de producto en Estados Unidos, recomiendo que esos litigios cumplan la función de suplir esa falta dentro de un régimen legal que depende principalmente de estatutos. Rose-Ackerman (1991: 80–102).

¹⁶ Esto y partes de la siguiente sección están derivadas de Rose-Ackerman (1999: 143–173; 2005: capítulo 11).

Los ciudadanos pueden funcionar como control sólo si la administración política proporciona información acerca de sus actos y, para ello, es necesario un medio conveniente que permita la presentación de quejas y proteja contra posibles represalias. Los problemas de la acción colectiva limitan el impacto de los agraviados, pero si los costos son suficientemente bajos, de todos modos pueden unirse para protestar contra la actividad gubernamental. Un deber del Estado es facilitar esa organización, pero tiene que hacerlo evitando la creación de grupos que sólo son cautivos o títeres de fuerzas políticas poderosas. Además, los funcionarios públicos tienen la obligación de responder a las quejas de individuos y grupos. Para asegurar la elaboración de políticas que promuevan una mayor rendición de cuentas, el ejecutivo debe abrir el proceso al escrutinio externo, y exigir que se escuchen las opiniones y puntos de vista de aquellos expertos que están fuera del gobierno.

Información y auditoría

Un requisito para la influencia ciudadana es la información. La apertura gubernamental implica hacer público lo que hace en materia de presupuestos consolidados, datos de cobranza, estatutos y reglas de contribución, lo mismo que las actas de los cuerpos legislativos. Estas prácticas son normales en países desarrollados, pero muy deficiencias en aquellos que están en vías de desarrollo. Los datos financieros deberían ser revisados y publicados por autoridades independientes tales como la Oficina General de Rendición de Cuentas (GAO) en Estados Unidos o la Comisión de Auditoría en la Gran Bretaña.¹⁷ Ambas instituciones son ajenas a los organismos gubernamentales

¹⁷ En 2004 el nombre de GAO fue cambiado de General Accounting Office [Oficina General de Contabilidad] a General Accountability Office [Oficina General de Rendición de Cuentas] para reflejar su mandato más amplio. La GAO vigila al poder ejecutivo federal y depende directamente del Congreso. Resuelve las disputas contractuales, ajusta las cuentas del gobierno de Estados Unidos, resuelve las denuncias de o en contra Estados Unidos, reúne información para el Congreso, y le da recomendaciones (Abikoff, 1987: 1539–1562; Tiefer, 1983: 59–103). La British Audit Commission [Comisión Británica de Auditoría] revisa las cuentas de los gobiernos locales y el Servicio Nacional de Salud y depende del gobierno nacional del Reino Unido, Comisión de Auditoría (1993, 1994). Por ejemplo, en Brasil, cuando la destitución del presidente Fernando Collor estaba ante el Congreso, los observadores se preocuparon de que sus aliados estuvieran tratando de usar fondos secretos del gobierno para sobornar a los miembros con el fin de que obtuvieran un veredicto favorable (Geddes y Neto, 1992: 641–661). En Venezuela, el presidente Carlos Andrés Pérez renunció entre acusaciones de que había hecho mal uso de \$17 millones de dólares en fondos de una cuenta secreta (Little y Herrera, 1996: 267–286). Sobre el caso de Vladimir Montesinos en Perú, ver McMillan y Zoido (2004). En Argentina, los informes de prensa han implicado al presidente De la Rúa y algunos de sus socios cercanos en el uso de tales fondos en 2000 para sobornar a miembros del Senado con el fin de que allanaran el camino para que se aprobara una ley de reforma laboral. El artículo original era: “Se quebró: habla el primer arrepentido de las coimas del Senado”, *revista x revista*, 12 diciembre 2003. Agradezco a Laura Saldívia los antecedentes de este caso.

que auditán, condición necesaria para la credibilidad. La autovigilancia es sospechosa porque una entidad de gobierno que descubre y denuncia una fechoría puede sufrir consecuencias negativas. Por lo tanto, tiene pocos incentivos para vigilar de cerca el comportamiento de sus empleados.

Otra dificultad es la presencia de cuentas extrapresupuestales y fondos secretos no auditados. Con frecuencia, éstos son gastados por el primer mandatario y por secretarios de estado con poca necesidad de justificación. Esas partidas son una invitación en cualquier parte del mundo para que un gobierno no rinda cuentas. Varios ejemplos recientes se han hecho públicos en América Latina, incluyendo casos de regímenes presidenciales que sobornan a miembros de la legislatura para asegurar su apoyo en aspectos fundamentales.¹⁸

Muchos países han aprobado leyes de libertad de información (FOIA) que permiten que ciudadanos y organizaciones accedan a información gubernamental sin tener que justificar su interés (Ackerman y Sandoval, 2005). Ésta es la esencia de las FOIA en tanto son una herramienta para la rendición de cuentas del gobierno. El decreto de Libertad de información estadounidense (5 U.S.C.#552) plantea los principios básicos que incluyen una serie de excepciones, límites de tiempo para los burócratas, y disposiciones que ayudan a los organismos a manejar el proceso, con pautas respecto de cuotas y requisitos para mantener registros. Sin embargo, dicha ley tiene una debilidad. No hay ninguna entidad gubernamental encargada de supervisar su administración y resolver disputas. Más bien, los quejosos deben ir al juzgado, lo cual representa un proceso largo y costoso. En contraste, algunas administraciones locales de Estados Unidos han instalado organismos independientes, al igual que algunos países con estatutos más nuevos como México y Hungría. México tiene un organismo aparte, el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI), y Hungría tiene un *ombudsman* que se ocupa de la protección de datos y la libertad de información. El *ombudsman* húngaro no tiene autoridad legal para solucionar controversias, pero utiliza la difusión para presionar al gobierno. Los casos de FOIA también se saltan la fila en los juzgados sobrecargados del país, lo cual es una ventaja para quien intenta que el gobierno le dé acceso a la información (Rose-Ackerman, 2005).

¹⁸ Por ejemplo, en Brasil, cuando la destitución del presidente Fernando Collor estaba ante el Congreso, los observadores se preocuparon de que sus aliados estuvieran tratando de usar fondos secretos del gobierno para sobornar a los miembros con el fin de que obtuvieran un veredicto favorable (Geddes y Neto, 1992: 641–661). En Venezuela, el presidente Carlos Andrés Pérez renunció entre acusaciones de que había hecho mal uso de \$17 millones de dólares en fondos de una cuenta secreta (Little y Herrera, 1996: 267–286). Sobre el caso de Vladimir Montesinos en Perú, ver McMillan y Zoido (2004). En Argentina, los informes de prensa han involucrado al presidente De la Rúa y algunos de sus socios cercanos en el uso de tales fondos en 2000 para sobornar a miembros del Senado con el fin de que allanaran el camino para que se aprobara una ley de reforma laboral. El artículo original era: “Se quebró: habla el primer arrepentido de las coimas del Senado”, *revista x revista*, 12 diciembre 2003. Agradezco a Laura Saldivia los antecedentes de este caso.

Las FOIA sólo son útiles si el gobierno realmente reúne los datos que la sociedad considera necesarios. Las leyes mismas pocas veces exigen la recopilación de tipos específicos de información, aunque en el caso estadounidense sí se incluyen requisitos para recopilarla, lo mismo que se regula el acceso a ciertos materiales en la Internet. Sin embargo, el costo de cumplir con las peticiones de información puede alentar a los organismos a tomar pasos *ex ante* para organizar sus archivos y hacer que más de ellos estén disponibles. México empieza a poner en práctica sus FOIA, será importante estudiar cómo impacta su manejo general en toda la administración pública y, no sólo observar la evolución del cumplimiento formal de las solicitudes. La transparencia en el uso de la información puede ser insuficiente si los datos dejan, incluso a los funcionarios públicos, mal enterados respecto del funcionamiento de los programas gubernamentales. Las iniciativas de libertad informativa deben incluir planes que ayuden a los organismos de gobierno en el diseño de sistemas de información.

Los medios de comunicación y la opinión pública

Incluso un gobierno que mantiene buenos registros de información y los pone a disposición de todos puede actuar con impunidad si nadie analiza todo ese material, o si quienes lo hacen tienen miedo de hablar. Si el objetivo es presionar al Estado para que actúe de acuerdo al interés general, es importante el papel tanto de los medios como de los grupos organizados.

Los medios pueden facilitar el debate público si son de propiedad privada y pueden criticar al gobierno sin temor a las represalias. Sin embargo, la libertad de prensa aún podría implicar un desempeño parcial si en la mayoría de los casos existe una asociación con partidos políticos. No obstante, si no puede evitarse una situación así, es mejor un escenario donde distintos medios de comunicación se asocien con partidos diferentes, que tener un grupo político que los monopolice. Además, incluso sin censura abierta, los gobiernos también pueden controlar a la prensa mediante publicidad, contratos de impresión y el pago a periodistas. Otra forma sutil de manipulación es pasar por alto el pago insuficiente de impuestos por parte de editores y compañías de medios, sin eliminar la posible acusación legal.¹⁹

¹⁹ "It Happened in Monterrey", *The Times*, 29 noviembre 1991, analiza la renuncia de un director de periódico después de que se presionó a su publicación mediante la cancelación de la publicidad del gobierno y contratos de impresión. Cuando un director de periódico muy importante fue arrestado en la Ciudad de México en 1996 por evasión de impuestos, dijo que el arresto ocurrió en respuesta a la independencia recién proclamada del periódico. Las autoridades fiscales dijeron que el director adoptó una línea más franca sólo después de que empezaron las investigaciones (*Mexico Business Monthly*, 1 octubre 1996).

Un estudio reciente del régimen Fujimori/Montesinos en Perú demuestra el valor de unos medios de comunicación libres para sostener la democracia. John McMillan y Pablo Zoido (2004) analizaron las cintas grabadas por Vladimir Montesinos, el asesor principal del presidente Fujimori. Los videos registraban sus pagos a legisladores, jueces y medios de comunicación. La cantidad relativamente grande que otorgaba a canales de televisión sugiere su importancia. McMillan y Zoido muestran cómo un Estado con reglamentos constitucionales formales ejemplares, que mantiene elecciones, controles y equilibrios, puede socavarse con funcionarios corruptos de alto nivel. Montesinos reconoció que la información disponible para el público debía ser manipulada. De hecho, la única estación de cable independiente a fin de cuentas fue la que mostró al sistema corrupto y lo llevó a su caída.

Asociaciones privadas y organizaciones no lucrativas

Las leyes que facilitan el establecimiento de asociaciones privadas y corporaciones no lucrativas pueden ayudar a promover la rendición de cuentas. El análisis político económico subraya el problema de los beneficiados de gratis que plagan la organización de grupos de defensa. Cada persona o empresa entiende que actuando solo es poco lo que se puede hacer y que los costos de la defensa colectiva son compartir la utilidad con quienes no participan. Así, todos tienen un incentivo para el beneficio gratuito. En realidad, esta conclusión es demasiado dura. En todas las sociedades algunos individuos altruistas cargan con dicho costo, aunque los intereses económicos suelen tener mejor planeación y financiamiento. Este hecho sugiere que más grupos surgirán si lo que se paga es poco. No obstante, algunos gobiernos, preocupados de que las organizaciones no gubernamentales (ONG) sean utilizadas por opositores políticos, obstaculizan su aparición. Las restricciones legales formales pueden ser altas, y sujetar a los miembros a vigilancia y acoso. Una vez registradas, las organizaciones no lucrativas pueden enfrentarse a onerosos requisitos legales que requieren la aprobación del Estado antes de emprender nuevos proyectos.

Otro problema es la cooptación. Algunas asociaciones no lucrativas planifican y administran programas de desarrollo para los pobres. Su financiamiento puede proporcionarlo el Estado o provenir de ayuda extranjera administrada por éste. Así, la mera existencia de las ONG depende de la cooperación con autoridades públicas. Como consecuencia, pueden estar renuentes a criticar de manera abierta a los funcionarios. Para evitar estas tensiones, una ONG que acepta trabajar por la reforma legal debería evitar la participación en dar servicios. En el sur de Asia y de África muchas organizaciones no lucrativas que dan servicios a los pobres están financiadas total o en parte

por los gobiernos. En contraste, en Latinoamérica esta clase de relación de pronto es más adversa. (Bratton, 1989: 567–587). Así, en las primeras dos regiones, los grupos anticorrupción tendrán que crearse por separado de las organizaciones existentes, mientras que en Latinoamérica los ya establecidos pueden resultar más apropiados.

En democracias nuevas con niveles moderados de ingresos es difícil crear ONG fuertes, capaces de participar en la elaboración de políticas nacionales. Recién estudié los problemas de la defensa no lucrativa en Hungría y Polonia. La donación altruista nacional es muy baja, y mucho dinero viene del extranjero y de subvenciones del gobierno. El trabajo voluntario es raro, puesto que la gente trabaja mucho para sobrevivir en la nueva realidad económica. Existe una gran cantidad de grupos locales sin personal pagado y con presupuestos limitados, pero sólo pueden ocuparse de los problemas que surgen en pueblos y barrios urbanos. Pocas veces pueden movilizar recursos y experiencia para influir en la elaboración de políticas nacionales. Además algunos grupos nacionales perdieron credibilidad por su asociación estrecha con el régimen anterior (Rose-Ackerman, 2005).

Hay problemas semejantes en América Latina; en parte, éstos son el resultado de los bajos ingresos y en parte esto se debe a las estructuras del poder político que limitan el papel de las organizaciones civiles. Un asunto clave es encontrar maneras de fortalecer esos grupos sin convertirlos en meras extensiones del Estado. Un primer paso sería retirar obstáculos para su formación y mejorar a la vez los controles para evitar que las ONG se utilicen para la evasión de impuestos o la disimulación de otras actividades lucrativas. En segundo lugar, pueden crearse incentivos de mayor provecho para alentar la formación de grupos y ayudarlos en sus solicitudes de donaciones privadas. Éstas pueden tomar el papel de estímulos en relación con los impuestos. Sin embargo, en países donde la carga impositiva sobre la renta no es una fuente importante del ingreso gubernamental, deberían considerarse otros mecanismos tales como fiadores o subvenciones conjuntas.

Suponiendo que los grupos independientes obtengan financiamiento y cuenten con personal remunerado y contratado, las ONG tendrían tres funciones vinculadas. Primero, atenderían a denuncias de discriminación, acoso o provisión inadecuada de servicios. Situación en la que funcionarían como *ombudsman* al tratar de resolver quejas individuales. Estas actividades representan mucho para los ciudadanos que reciben la ayuda, pero dejan intacto el sistema subyacente. Segundo, las ONG pueden centrarse en la aplicación de programas existentes al vigilar la efectividad de los funcionarios que los llevan a cabo. Por ejemplo, pueden observar que se cumplen las leyes ambientales o supervisar el uso de fondos destinados a subsidiar el alivio de la pobreza. Tercero, las ONG pueden abogar a favor de cambios en las políticas que adelantarán sus metas. Éstas incluirían objetivos tan diversos como una mejor atención a la salud de las

clases bajas, leyes ambientales más fuertes, o mejoras en la disponibilidad de créditos para pequeños negocios. Aquí, los casos individuales y la vigilancia de los programas existentes podrían mostrar problemas más amplios, pero el propósito tendría que ser un cambio fundamental en las políticas. Muchas ONG atadas por la falta de recursos se enfrentan a decisiones difíciles cuando tratan de navegar entre su deseo de aliviar el sufrimiento individual y defender una transformación profunda en las políticas. Un organismo gubernamental puede rendir cuentas a los clientes y a las ONG incluso cuando la política que administra no sea una respuesta eficaz al problema sustantivo.

Participación popular en las decisiones del gobierno

Un sistema con buen acceso a la información, medios de comunicación libres, así como varios grupos organizados, y ciudadanos interesados constituyen uno de los polos para que un gobierno rinda más cuentas. El otro, sería el gobierno en sí. El Estado debe crear estructuras para permitir que la gente y las organizaciones participen de manera significativa. Si no, ello estará limitado a las élites cuya coherencia interna puede moldear la ley según sus propios intereses. La meta no es que el Estado renuncie a sus responsabilidades sino más bien hallar caminos para que la experiencia burocrática y ejecutiva completen la habilitación política (Ackerman, 2004). El gobierno debe abrir sus procesos en todos los niveles. Para considerar los extremos, esta sección analiza la participación popular; y la siguiente se refiere a la participación en la elaboración de políticas nacionales.

A veces el problema de la participación pública es muy profundo y ésta se limita por temor a la represión. Tal hecho debe ser una alta prioridad aunque, desde luego, es difícil de remediar.²⁰ Si la situación es grave a nivel local, los niveles más altos tienen que impedir que los funcionarios locales actúen con impunidad para evitar la intimidación y el temor consecuente. Las democracias en América Latina deben estar seguras de que los caminos para la participación pública se abran para los grupos de menores ingresos y que los recelos de intimidación se aborden de manera clara y directa. En algunas regiones, las relaciones patrón-cliente de mucho tiempo entre políticos y élites locales, por una parte, y ciudadanos comunes por la otra, dificultan la participación independiente.

²⁰ Por ejemplo, en México en el año 2000, campesinos de Guerrero se quejaron por la tala ilegal que, decían, involucraba tratos corruptos que implicaban a jefes políticos y al ejército. La disputa consiguiente, que llevó al arresto de algunos campesinos, hizo surgir denuncias de que el ejército y los políticos locales estaban actuando fuera de la ley. Desafortunadamente, muchos de estos alegatos no pudieron comprobarse. “A Farmer Learns about Mexico’s Lack of the Rule of the Law”, *New York Times*, 27 octubre 2000.

Varios ejemplos fuera de América Latina sugieren cómo pueden diseñarse políticas para promover la participación pública eficaz en el nivel popular.²¹ Sin embargo, también demuestran la dificultad para realizar reformas que desafíen los intereses ya atrincherados. En Nepal, un experimento para ofrecer servicios en las aldeas, involucraba a la población local mediante la difusión de información y una estructura practicable de vigilancia. El resultado fue un aumento radical de la efectividad por costo de los programas de ayuda y un gran aumento en la satisfacción de los clientes. Desafortunadamente, el intento de extender este programa a una gran parte del país fracasó, ya que quienes se beneficiaban del *status quo* reafirmaron su poder y viciaron las reformas (Meagher, Upadhyaya y Wilkinson, 2000). En Indonesia, otro estudio documenta cómo se desperdician los recursos a través de la corrupción y los negocios personales en proyectos de ayuda para aldeas y sugiere que una forma de involucrar a los beneficiarios en la vigilancia del programa está en el uso de las instituciones locales como los grupos de oración musulmanes (Woodhouse, 2001). En Uganda, la ayuda del gobierno central para escuelas locales en gran parte fue absorbida por funcionarios de nivel medio. La solución fue informar a las asociaciones de padres y maestros qué esperar, para que pudieran desempeñar un papel de vigilancia (Reinikka y Svensson, 2002). Esto fue posible en Uganda porque un legado de gobiernos muy débiles y venales había producido un esquema ya existente de autoayuda de los padres que pudo ponerse en práctica en este contexto.

En América Latina se han hecho muchos intentos para involucrar a la población rural en el diseño y supervisión de los programas de desarrollo agrícola y aumentar también la participación del habitante urbano en la toma de decisiones del gobierno. En los programas de desarrollo rural que han logrado el éxito, se consiguió que los proyectos estuvieran más orientados a las necesidades de los campesinos y aumentó la rendición de cuentas ante los beneficiarios (Das Gupta, Grandvoine, Romani, 2000; Parker, 1995). El estudio de casos semejantes en el África subsahariana también demuestra cómo la participación local contribuye a los buenos resultados. Todas las investigaciones se referían a programas organizados por las ONG pero las lecciones parecerían aplicarse de igual modo a los esfuerzos gubernamentales directos (Smith, 2004). Los casos urbanos —siendo el más famoso el de Porto Alegre, Brasil— tenían la meta explícitamente política de aumentar la participación democrática en oposición a las estructuras clientelares existentes (Abres, 1998; Ackerman, 2004: 451–452; De Sousa Santos, 1998). Lo logrado en ambos escenarios dio a los ciudadanos mayor información acerca de qué esperar del gobierno y les desarrolló su capacidad para exigir que los funcionarios públicos rindieran cuentas.

²¹ Otros ejemplos, positivos y negativos, se citan y analizan en Ackerman (2004) y en Rose-Ackerman (2004b).

Los programas de participación requieren ayuda técnica, organización y un compromiso a largo plazo por parte de los gobiernos establecidos. La gente que no está acostumbrada al poder político necesita tiempo para aprender cómo ejercerlo de manera responsable. La variedad de experiencias tanto en el nivel urbano como en el rural sugiere que deben reunirse muchos factores antes de que pueda lograrse una asociación productiva entre los reformadores del gobierno y la gente de bajos recursos. Los logros han sido difíciles de repetir en otros lugares, pero esta experiencia nos enseña algo acerca de cómo facilitar la participación popular. Aumentos en el control local no resultan necesariamente en mayor transparencia y mejor rendición de cuentas (Das Gupta, Grandvoynet y Romani, 2000). En situaciones peores, tales políticas sólo incrementan el poder de los jefes locales y de los intereses ya establecidos. La importancia de los ejemplos resumidos arriba es que fueron diseñados en forma explícita para resolver este problema y en ocasiones obtuvieron un éxito notable.

Derecho y elaboración de reglamentos administrativos

La participación popular sólo tiene relación con problemas locales, pero muchas políticas gubernamentales alcanzan a todo un país. Además de elecciones nacionales disputadas, la elaboración de políticas por el gobierno central debe manejarse a través de un sistema de derecho administrativo transparente y que rinda cuentas. Esto involucra no sólo la aplicación de la ley en casos individuales sino también la elaboración de reglamentos para la rama ejecutiva. Las democracias que están consolidándose deben estructurarlos de modo que aseguren la participación adecuada y la transparencia. La sociedad también necesita avenidas para apelar al poder judicial si el gobierno no ha cumplido sus propios procedimientos o ha actuado fuera de la ley. Un objetivo sería lograr que la corrupción y los negocios personales fueran más difíciles de ocultar mediante la revisión obligada tanto del proceso como del resultado efectivo. Además, el derecho administrativo debería de estimular la institución de políticas eficaces y competentes, que reflejaran valores democráticos.

Aunque sin duda podrían reformarse algunos detalles del sistema estadounidense que permitirían que algunos funcionarios lo minaran, los principios básicos expresan la esencia de un comportamiento burocrático que rinde cuentas. La promulgación de reglamentos requiere la divulgación, una amplia participación pública y la obligación gubernamental de difundir y explicar sus acciones. Estos requisitos no sólo son congruentes con un gobierno democrático sino que también limitan las oportunidades para los negocios personales. Incluso un país con una legislatura débil o con un

sistema parlamentario unitario reduciría las oportunidades de influencia perniciosa al adoptar procesos administrativos más transparentes.

El Decreto de Procedimientos Administrativos (APA) de Estados Unidos —después de las enmiendas a través del Decreto de Libertad de Información—, el Decreto del Gobierno a la Luz del Sol, el Decreto de Negociación de Reglamentos, y el Decreto del Comité Asesor Federal, han logrado un equilibrio que valdría la pena que las nuevas democracias tomaran en consideración.²² La elaboración de reglamentos está bajo el control del ejecutivo pero permite las influencias externas ejercidas a través de los procedimientos del APA, suplementada por el requisito de proporcionar información y mantener abierta la mayoría de los procesos. Está disponible la revisión judicial para asegurar que se cumplan los procedimientos y que los reglamentos resultantes concuerden con los mandatos estatutarios y la Constitución. La revisión del juzgado *de novo* casi nunca está disponible. Hay muchos problemas prácticos que afectan a este proceso en Estados Unidos pero, en principio, intenta equilibrar la experiencia y la racionalidad burocráticas con el interés ciudadano en la apertura y la rendición de cuentas. Sin embargo, existen muchas críticas, y los reformadores de otras naciones deben comprender el funcionamiento real de su sistema si quieren aprender de la experiencia estadounidense. Algunas pruebas relevantes, recogidas en los niveles federal y estatal, permiten un optimismo mesurado acerca de qué prácticas de participación pública bien diseñadas pueden mejorar la atención del gobierno sin sacrificar la capacidad profesional.

Los reglamentos legalmente obligatorios suelen promulgarse bajo el procedimiento de elaboración de reglamentos del APA de divulgación y comentario.²³ El APA, aprobado en 1946, es el antecedente de una rendición de cuentas públicas pues requería que todo proyecto de reglamentos se publicara por ley en el Registro Federal e incluyera una audiencia abierta a “personas interesadas”. Los reglamentos finales debían ser acompañados por una “presentación general concisa de su base y propósito”. Aunque se excluyen ciertos tipos de reglamento, en la práctica, el alcance del APA es amplio, y algunos organismos no sujetos a sus disposiciones las cumplen voluntariamente.²⁴ Los reglamentos, sean o no promulgados bajo los procedimientos del APA, pueden ser revisados en el juzgado para que concuerden con el estatuto facultativo

²² Estos decretos se encuentran en 5 U.S.C. ##551–559, 701–706 (Administrative Procedure Act), 552 (Freedom of Information Act), 552b (Government in the Sunshine Act), 561–570 (Negotiated Rulemaking Act), Apéndice 2 (Federal Advisory Committee Act).

²³ 5 U.S.C. ##553, 701–706

²⁴ El Departamento de Servicios Humanos y de Salud y el Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano utilizan la elaboración de reglamentos con divulgación y comentario para reglamentos que de otra manera estarían exentos. 24 C.F.R. Pt. 10 (HUD).

y la Constitución, y para que concuerden lo normado por el APA.²⁵ Un reglamento puede ser rechazado por ser “arbitrario y caprichoso” o, en algunos casos, por no estar “apoyado por pruebas sustanciales”. Me centro en el proceso más comúnmente utilizado —“la elaboración informal de reglamentos”— en que un organismo reúne información sin las limitantes de un proceso judicial.²⁶ Algunos estatutos requieren más procedimientos; por ejemplo, exigen una audiencia oral en lugar de permitir que el organismo satisfaga el requisito de audiencia sólo mediante la presentación de pruebas documentales.²⁷

En los casi sesenta años desde que se aprobó el APA, se han empezado a usar otros procesos, más directamente participativos. En particular, ahora se permite el convenio de reglamentos de acuerdo con el Decreto de Elaboración Negociada de Reglamentos. Según el cual, el organismo determina los miembros del comité negociador para asegurar que incluya todos los intereses más importantes. El organismo gubernamental que promulgará el reglamento también tiene un lugar en la mesa y proporciona ayuda y experiencia en lo que se refiere a personal. Un mediador ayuda al proceso que puede durar semanas o prolongarse durante años. El grupo tiene como meta llegar a un consenso respecto de un reglamento propuesto que luego se publica en el Registro Federal como un preliminar de los procedimientos de divulgación y comentario aún requeridos por el APA. Si todo termina sin acuerdo, el organismo emite su propia propuesta de reglamento y procede a su divulgación y comentario.²⁸

Sin embargo, a pesar del interés reciente en la negociación de reglamentos, su elaboración con divulgación y comentario sigue siendo el fundamento del proceso en Estados Unidos.²⁹ Los grupos organizados que representan empresas, obreros, causas de interés público y gobiernos no federales consideran la participación como una parte importante de su estrategia para influir sobre el diseño de políticas públicas.³⁰ La par-

²⁵ Las excepciones se enumeran en #701.

²⁶ Existen disposiciones para la elaboración formal de reglamentos en el Decreto ##556–557, e incluyen más disposiciones acerca del tipo de juzgado así como del de interrogatorios. Los organismos rara vez adoptan estos procedimientos más formales a menos que lo requiera la ley.

²⁷ Ver, por ejemplo, *Seacoast Anti-Pollution League v. Costle* 572 F. 2d 872, cert. denegada, 439 U.S.824 (1978), que sostiene que la disposición del Clean Water Act [Decreto de agua limpia] de una “audiencia pública” requería una audiencia oral en un procedimiento inicial de licencia también realizado bajo APA ## 554, 556–557. El Decreto de seguridad del empleo y la salud requiere que el proceso informal de elaboración de reglamentos en ##553 se suplemente con audiencias informales de tipo legislativo. 29 U.S.C. ##652.

²⁸ 5 U.S.C. ##561–570. Ver también Coglianese (1997, 2001); Rose-Ackerman (1994).

²⁹ Entre 1992 y 2001 la cantidad de reglamentos finales emitidos cada año iban de 4132 en 2001, hasta 4937 en 1996. La cantidad de propuestas nuevas de reglamentos iban de 2512 en 2001, hasta 3372 en 1994; con más de 4400 en proceso cada año. De los 4509 reglamentos en proceso en octubre de 2001, 149 eran reglamentos importantes, definidos como reglamentos con un costo económico de por lo menos US\$100 millones (Crews, Jr., 2002: 11–16).

ticipación puede incluir la presentación de comentarios por escrito y la intervención en audiencias orales bajo los lineamientos del APA, pero también incluye contactos informales antes de que se publiquen los reglamentos propuestos (Furlong y Kerwin, 2003). Muchas reflexiones de estadounidenses que abordan la elaboración de políticas del poder ejecutivo dan por hecho los reglamentos con divulgación y comentario y analizan otras opciones que pueden suplementarla o eliminarla algunos de los requisitos extras impuestos por los juzgados o por los estatutos individuales. Dichos antecedentes deben estar a la vista si uno quiere derivar lecciones de la práctica de Estados Unidos para otros gobiernos donde el derecho administrativo actualmente no requiere procedimientos de divulgación y comentario cuando el poder ejecutivo promulga decretos y pautas.

Los costos y beneficios del proceso de elaboración de reglamentos deberían de estar equilibrados, pero hay poca investigación fundamentada que permita determinar el valor neto de los procesos abiertos y participativos. Son ampliamente aceptables para quienes usan el proceso, pero hay pocas pruebas de su impacto marginal. No obstante, los trabajos que existen, aunque no sean concluyentes, proporcionan cierta guía para el diseño de estrategias factibles de participación.

En primer lugar, hay que considerar los costos. La experiencia de Estados Unidos sugiere que los problemas más importantes en torno a la participación en la elaboración de reglamentos son el retraso, la parcialidad, la irrelevancia, el desplazamiento hacia otros métodos, y las restricciones para la puesta en práctica del organismo. Los estudios de caso proporcionan ejemplos de todo ello, pero en su mayoría parecen resultar de procedimientos mal diseñados y parciales y no de la participación *per se*.³¹

Desde luego, algún retraso es la contraparte inevitable de una mayor participación. Los organismos deben tomar tiempo y esfuerzo para consultar. Sin embargo, el plazo extremadamente largo entre la propuesta de los reglamentos y su emisión final, en la experiencia de Estados Unidos, parece deberse más a las consideraciones estratégicas que al costo del proceso por sí mismo. En Estados Unidos, el promedio para elaborar

³⁰ Kerwin (2003) informa que la mayoría de las organizaciones con base en Washington que incluye en sus encuestas participan en procesos de elaboración de reglamentos. Schlozman y Tierney (1986) también se centran en el componente de Washington DC de aquellos que intentan influir en organismos, y encuentran que la balanza se inclina mucho hacia los negocios tanto en cantidad de grupos como en recursos financieros. Dos terceras partes de los grupos estudiados informaron que los organismos ejecutivos eran un tema muy importante de su trabajo y más de tres cuartas partes participan en los procedimientos del APA. Golden (1998) estudió once sumarios del procedimiento de elaboración de reglamentos en tres organismos diferentes. En los tres, muchos comentarios se originaron fuera de Washington DC, de modo que el interés de Kerwin (2003) y de Schlozman y Tierney (1986) en los grupos basados en Washington DC proporciona una visión tergiversada de la participación real.

³¹ Las pruebas disponibles se revisan en Rose-Ackerman (2005). Aquí resumo las implicaciones que derivo de este trabajo.

reglamentos importantes en el Organismo de Protección Ambiental (EPA) dura casi tres años y requiere mucho trabajo tanto de burócratas como de intereses externos de la industria y la comunidad ambiental. Además muchos reglamentos son cuestionados en los tribunales antes de entrar en vigor, lo cual implica más retraso. Por ejemplo, el 26% de todos los reglamentos del EPA son cuestionados, lo que incluye el 57% de todos los más importantes debido al Decreto de Aire Limpio y el Decreto de Conservación y Recuperación de Recursos (Coglianese, 1997: 1283–84, 1316; Rose-Ackerman, 1994). En algunos casos, sólo se atrae el interés de unos cuantos grupos.³² Sin embargo, si el asunto genera interés público, la cantidad de puntos de vista puede ser muy abundante. Por ejemplo, cuando el Servicio Forestal estaba considerando un reglamento respecto de áreas sin caminos en bosques nacionales, recibió más de un millón de opiniones (Mendelson, 2003: 623). Aunque, en una situación así, los más de los comentarios son machotes y pueden procesarse con bastante facilidad. No obstante, tanto los burócratas de carrera como los funcionarios políticos pueden resistirse a una mayor participación y transparencia con el argumento de que eso retrasa las acciones y distorsiona las alternativas. Por otro lado, el tiempo y el esfuerzo introducidos por los requisitos desalienta la participación de aquellos que cuenten con poco tiempo, dinero y débil capacidad organizativa (Schuck, 1977). Sin embargo, la relación entre los retrasos largos y el volumen de comentarios no es simple. Un estudio de 150 reglamentos de EPA realizado entre 1986 y 1989 indagó si el tiempo entre el inicio del proceso y la promulgación del reglamento final se vinculaba con la cantidad de participantes internos y la de comentarios. Sorprendentemente, ninguno tuvo un impacto positivo, y la cantidad de participantes internos incluso fue un tanto negativa: cuanto más participantes, más breve el tiempo de procesos. Los autores sugieren que la elaboración de reglamentos, en realidad, se apresura con procedimientos más incluyentes (Kerwin y Furlong, 1992: 125–131). E, inclusive, el retraso puede reducirse mediante la tecnología de la comunicación y la información pues moderniza y acelera el procedimiento. La mayoría de organismos de Estados Unidos ha desarrollado sitios de Internet amplios y fáciles de usar, y muchos permiten opiniones acerca de borradores de reglamentos que pueden enviarse por correo electrónico. Desde luego, los organismos, de todos modos, deben ser capaces de procesarlos de manera efectiva, aunque la tecnología de la información puede dar más efectividad en relación con el costo.

³² La revisión de Golden (1998) de once sumarios de procedimiento de la elaboración de reglamentos abarcaba reglamentos que atraían de uno a 268 comentarios. El examen de un muestreo aleatorio de cuarenta y dos elaboraciones de reglamentos encontró que el número promedio de comentarios era de alrededor de treinta (West 2004).

Los estudios de caso sugieren que los críticos han exagerado las denuncias de parcialidad e irrelevancia, aunque es evidente que a veces surgen estos problemas (resumido en Rose-Ackerman, 2005: capítulo 11); por ejemplo, el desplazamiento de la actividad de organismos hacia pautas no respetuosas de la ley y a la aplicación mediante la resolución de casos individuales. Sin embargo, ninguno parece ser una cuestión general, dada la gran cantidad de reglamentos que emiten los organismos estadounidenses. En todo caso, el problema del desplazamiento puede superarse si la legislación incluye requisitos para la elaboración de reglamentos en los estados y si los juzgados se resisten a añadir otros nuevos. Quienes sugieren procesos participativos deben considerar el funcionamiento real de las innovaciones en los procedimientos. Los procesos rígidos, engorrosos y parciales, obviamente, no son un avance.

En los casos que funcionan bien, se dieron beneficios de diversos tipos. El más importante, aunque sólo puede inferirse de las pruebas, es que los funcionarios redactan propuestas de reglamentos considerando la futura participación pública. Incluso si consultan con una selección de grupos interesados antes del proceso de audiencia pública, los funcionarios deben evaluar cómo se recibirán sus propuestas cuando se anuncien de manera pública en el Registro Federal y, luego, cuando estén sujetas a la revisión judicial. Así, las pruebas que demuestran que algunos reglamentos cambian muy poco entre su publicación como proyecto en el Registro Federal y el momento en que se emite su versión definitiva no implican que sea irrelevante su elaboración con divulgación y comentario. Los funcionarios de organismos comprenden que el reglamento propuesto enfrentará el escrutinio público, y tratarán de prever las objeciones *ex ante*. La posibilidad de cuestionamientos judiciales subsecuentes que vienen de todos los grupos interesados también retroalimenta la primera propuesta (West, 2004: 72). Las audiencias públicas pueden resaltar la importancia de un asunto y aumentar el conocimiento entre la sociedad respecto de un asunto reglamentario. Además, los estudios de caso indican que los burócratas estadounidenses no son cautivos de grupos bien respaldados. Intentos que han logrado involucrar al ciudadano común pueden llevar a opciones que reflejen mejor los valores de todos y que son sustancialmente fuertes.

Los procedimientos abiertos cuestan tiempo y dinero; así, los países más pobres tendrán que hacer algunas concesiones para evitar la inmovilización y para asegurar que los procesos no sean sólo adornos de vitrina. En realidad, entre los críticos más duros en Estados Unidos, pocos apoyan la derogación de las disposiciones de divulgación y comentario del APA. Sin embargo, queda claro que la aplicación práctica de procedimientos participativos más abiertos requiere una comprensión realista de las opciones involucradas.

El poder judicial

El estado de derecho no puede mantenerse en los sectores público y privado a menos que el poder judicial sea razonablemente competente y funcione con integridad y eficiencia. Dada la importancia de un poder judicial imparcial para el desarrollo económico y la legitimidad política, su reforma es fundamental en la construcción del Estado en las nuevas democracias.

Suele creerse que la independencia judicial es característica necesaria de un sistema legal moderno. Jennifer Widner da una definición útil. La independencia es “el aislamiento de los jueces y procesos judiciales de la presión partidaria para influir sobre los resultados de casos individuales” (Widner, 1999: 177–178). Sin embargo, tal independencia no tiene un valor inherente, por sí sola conlleva el riesgo de la impunidad. Puesto que las decisiones judiciales ayudan a determinar la distribución de la riqueza y el poder, los jueces independientes pueden explotar sus puestos para obtener una ganancia personal. Será difícil establecer una administración gubernamental honrada si el poder judicial es venal. Un poder judicial corrupto puede debilitar las reformas y pasar por encima de la legalidad. Al tratar con esos juzgados, los ricos y los corruptos actúan con la confianza de que un dinero repartido entre las personas indicadas resolverá cualquier desafío legal que aparezca. Este problema se extiende más allá de la revisión de las reglas y fallos del sector público hasta tocar disputas puramente privadas sobre contratos, agravios y propiedad. Los tratos comerciales pueden estar estructurados ineficazmente para evitar enfrentamientos con el sistema judicial, y de manera sistemática se puede abusar de la gente común porque no tiene acceso a la imparcialidad en la resolución de disputas. Además, incluso los jueces honrados pueden provocar preocupación cuando anulan o no ponen en vigor las decisiones de los poderes legislativo y ejecutivo.

Debido a estas inquietudes, ningún país tiene un poder judicial del todo independiente y, en ese contexto es que la definición de Widner lo subraya para los jueces que deciden casos individuales. En la práctica, y en la mayor parte de los países la selección de jueces no es independiente de los otros poderes del gobierno, y las consideraciones políticas suelen ser relevantes para la elección de magistrados en los tribunales constitucionales y otros de alto nivel con una función en la vigilancia del gobierno. Los esquemas de la carrera judicial, en buena parte de las naciones con derecho civil, están influidos por procesos de revisión burocrática y los perjudican las asignaciones presupuestales. En Estados Unidos, se elige a muchos jueces para ocupar el cargo durante períodos fijos y luego ellos mismos buscan la reelección a través de contiendas partidarias.³³ Así, los

³³ Shapiro (1988). Ver también “States Rein In Truth-Bending in Court Races”, in *New York Times*, 23 agosto, 2000.

factores políticos en Estados Unidos, y la vigilancia burocrática en los países con derecho civil, tienen un impacto en la composición y el comportamiento del poder judicial. Las diversas mezclas de rendición de cuentas e independencia, representadas por los sistemas de juzgados en el mundo industrializado, han producido una gama de opciones que las democracias en vías de consolidación pueden considerar para sus propias necesidades y experiencias. Alguna forma de rendición de cuentas con base amplia ante el gobierno y los ciudadanos es congruente con un poder judicial que funciona bien y se necesita como un control de la corrupción y de otras formas de negocios personales.

Hay dos preguntas para quienes hacen las reformas. En primer lugar, ¿qué motiva a los actores políticos a crear juzgados con algún grado de independencia? En segundo, ¿cómo puede generarse una estructura institucional que sea conveniente y justa, y que incentive a jueces y litigantes a que actúen de manera responsable y no exploten el sistema para una ganancia personal?

En lo que se refiere a las motivaciones, William Landes y Richard Posner afirman que el Congreso estableció juzgados federales independientes en Estados Unidos para atar las manos de futuros gobiernos que podrían no compartir sus preferencias en las políticas. Dado que el sistema estadounidense de gobierno dividido significa que es difícil tanto aprobar leyes como derogarlas, un poder judicial independiente pone en vigor los convenios de Congresos anteriores (Landes y Posner, 1975: 875–895). J. Mark Ramseyer presenta más matices utilizando la experiencia japonesa. Argumenta que no habrá impulso político para un poder judicial independiente cuando un sólo partido desea permanecer en el poder a largo plazo, o cuando la democracia es frágil y está amenazada de modo que los políticos tienen horizontes de corto plazo. Lo primero describe al Japón de la posguerra cuando dominaba el Partido Democrático Liberal (LDP). La independencia judicial habría sido una amenaza para el poder del LDP. Lo segundo describe al Japón de fines de la década de 1920 cuando parecía inminente la amenaza de una toma del poder por los militares. Los políticos eligieron una perspectiva de corto plazo y no vieron ningún beneficio en una institución que les ataba las manos (Ramseyer, 1994: 721–747). Sin embargo, Widner se opone a la afirmación de Ramseyer en el contexto africano donde muchas naciones están gobernadas por un partido dominante o tienen una democracia multipartidista frágil. En algunos de estos países la independencia judicial va en aumento. Un ejemplo es Uganda, donde el presidente Yoweri Museveni estableció lo que, en esencia, es un estado unipartidista y, a la vez, favoreció la independencia judicial como una forma de consolidar su base política mediante el respeto a la ley (Widner, 1999: 180–183).

Los juzgados son una característica clave del sistema legal privado que apunta la actividad económica. Widner subraya esto como una razón para favorecer un siste-

ma de tribunales independientes, pero señala que muchos países africanos carecen del cabildeo de negocios nacional y fuerte que apoyaría un poder judicial competente e independiente. Explica la autonomía de los juzgados en Uganda, en parte, como un reflejo del compromiso del nuevo gobierno para promover la inversión y la actividad comercial, aun con la falta de un apoyo firme de los intereses comerciales organizados (Widner, 1999: 179–180). Sin embargo, ellos también pueden constituir un control importante sobre los excesos del poder ejecutivo. No es probable que los autócratas acepten esa otra función, pero ella es fundamental en el sistema legal administrativo analizado arriba. Por ejemplo, en Europa central, durante la década pasada, y en la Alemania de la posguerra, los tribunales constitucionales han sido guardianes importantes de la legalidad mientras estos países luchan por establecer democracias que funcionen. Los juzgados administrativos en algunos Estados europeos controlan la aplicación oficial de la ley.

La reforma judicial nunca debería proceder de manera aislada porque hacerlo implicaría un apoyo para los sistemas políticos y burocráticos corruptos. Para aclarar este punto, supongamos que individuos y empresas privadas se involucran en tratos de corrupción secretos con funcionarios públicos. Los actores privados están dispuestos a dar dinero porque tienen confianza en que los contratos de adquisición, las concesiones y los convenios de privatización que obtengan serán defendidos por el sistema judicial imparcial y honrado. Supongamos, como en Estados Unidos, que el procurador general es parte del poder ejecutivo y no del judicial. Si el gobierno, separado del poder judicial, se organiza para facilitar la corrupción, las empresas privadas tienen confianza en que no serán acusadas en términos legales. Incluso si surge un escándalo, sólo los funcionarios públicos sufrirán políticamente. Esto puede disuadirlos, pero no restringe a individuos privados. Un sistema de juzgados honesto puede entonces defender tratos corruptos que tienen apariencia legal.

Una de las dificultades de la reforma pueden ser las leyes vigentes en sí. Si el poder judicial profesional es débil, esto argumenta en favor de leyes sencillas que la gente común entienda. Las diferencias agudas entre la ley formal y la práctica local deben ser difundidas y resueltas. Los reglamentos deben ser claros con suficiencia para que los magistrados que no son abogados expertos puedan resolver casos de rutina sujetos a apelación (Widner, 1999: 184–187).

Algunas reformas judiciales estarán más allá de la capacidad de las nuevas democracias. No obstante, a medida que un país pretenda establecer otros aspectos propios de un gobierno que rinda cuentas, debe reconocer que un poder judicial corrupto o incompetente puede minar esos intentos porque no puede ser de manera creíble, ni el guardián de los valores constitucionales, ni un control de la honestidad de otras áreas del gobierno (Fuke, 1989: 226; Bing, 1994: 5–8).

Prioridades para una reforma

¿Dónde debería empezar la reforma? Ésta es una pregunta que no puede contestarse en abstracto sino que depende de una valoración país por país. El establecimiento de las prioridades tiene que ver con hallar las áreas donde son grandes las ganancias netas marginales para la sociedad y son manejables los costos políticos. No obstante, mi análisis sugiere dónde buscar opciones prometedoras y cómo pueden interrelacionarse las reformas.

Las reformas institucionales del tipo aquí analizado con frecuencia chocan con el asunto de la “cultura”, término amplio usado para captar esquemas de comportamiento consolidados que afectan el fortalecimiento democrático conseguido. Algunos observadores opinan de manera pesimista que una cultura de corrupción e impunidad está profundamente arraigada en algunas sociedades y esto no puede cambiar sin una gran revuelta social. Otra perspectiva semejante dice que las diferencias étnicas, raciales, religiosas y de ingresos pueden dificultar que se establezca una democracia debido a la hostilidad entre grupos y porque sus patrones internos de comportamiento son incongruentes con ella. Aunque se trata de preocupaciones importantes que merecen un estudio serio, mi punto de vista es más optimista respecto de la maleabilidad del comportamiento humano. Subrayo que las reformas estructurales pueden alentar la institucionalización de la democracia aun frente a factores culturales que entorpecen un progreso fluido. El perfeccionamiento de las instituciones puede llevar a modificaciones marcadas del comportamiento sin cambios profundos en la psicología. Aquellos que se concentran en la necesidad de modificar las actitudes y creencias públicas suelen recomendar programas educativos sin reconocer que los cambios de actitud no serán suficientes, a menos que se reforme también el marco institucional. Aunque las reformas que propongo son apenas una parte de la historia de la consolidación democrática, juegan un papel esencial en el cuadro general.

El recuadro resume las diversas reformas institucionales que, a mi juicio, formarían el proyecto de un programa para la rendición de cuentas y el estado de derecho. No están enumeradas por orden de importancia sino en lo que podría ser una secuencia temporal plausible.

- Restricciones en el uso privado de la violencia sobre todo respecto de los paramilitares y grupos de delincuencia organizada. Fuerzas policiales reformadas que se centren en proteger a los ciudadanos respetuosos de la ley en lugar de preservar el poder del Estado.

- Reglamentos claros y sencillos de posesión de la propiedad. Esto debería incluir un sistema moderno de registro para la propiedad de la tierra y bienes raíces, y programas para promover estructuras de posesión más equitativas si es necesario. Sin embargo, el Estado debe mantener el derecho de gravar y reglamentar a los propietarios en favor del interés público.
- Reforma del derecho penal y civil vigentes, incluido el límite entre delitos civiles y penales. Reformas en el derecho contractual y de responsabilidades por agravios en favor de la claridad y para facilitar la actividad económica privada.
- Una clara articulación de los derechos individuales y de las normas de elegibilidad para programas públicos. Esto debería combinarse con la posibilidad de quejas individuales a funcionarios independientes acerca de la violación de derechos y la denegación de servicios gubernamentales, por ejemplo, mediante la creación de un *ómbudsman*.
- Reforma de la procuración pública y del poder judicial, incluidos los procedimientos de selección que subrayan la capacidad profesional y reformas para asegurar la independencia de ambos grupos.
- Restar importancia al encarcelamiento como castigo para delitos penales. Diseño de castigos menos restrictivos que mantengan la productividad de los delincuentes.
- Mejoras en la rendición de cuentas del proceso de elaboración de políticas en el nivel popular. Experimentos con procesos participativos.
- Mejoras en la rendición de cuentas del proceso nacional de elaboración de políticas incluyendo:
 - ▶ Apoyo para la creación y consolidación de organizaciones no gubernamentales independientes. Procedimientos de registro sencillos y baratos para las ONG. Apoyo para los esfuerzos de las ONG para conseguir financiamiento del sector privado nacional.
 - ▶ Procedimientos reformados para la elaboración de políticas por parte del gobierno con la difusión pública de borradores, solicitud abierta de comentarios, y la presentación de razones por el organismo.
 - ▶ Si el poder judicial es competente, la revisión judicial de la conformidad de los decretos ejecutivos con los estatutos y del cumplimiento de los organismos con los procedimientos participativos.
- Reforma burocrática para producir funcionarios que sean participantes dispuestos y activos en los nuevos procedimientos de elaboración de políticas y vigilancia. Esto puede requerir una reforma de la administración pública con contratación por méritos y con promociones, pero también puede requerir un cambio en las normas del funcionamiento burocrático en favor de procedimientos más abiertos y participativos.

Si la seguridad personal está bajo constante amenaza de violencia e intimidación, entonces la mayor prioridad es controlar su uso privado por parte de fuerzas paramilitares y grupos de delincuencia organizada que sustituyen la protección pública por la privada. Lograrlo, por lo general, requiere de reformar la fuerza policial, de tal modo que ella proteja a la población y no al régimen. De no ser así, la violencia policial fácilmente se transforma en medidas represivas que recordarían al pasado autoritario. Certo aumento en la delincuencia es un resultado predecible del proceso de transición en sí. Lo decisivo sería el evitar aumento de la inseguridad debido a que ésta podría minar el proceso de consolidación democrática.

En segundo lugar, las leyes vigentes, por lo general, necesitarán una reforma. Fundamental para la transición son los cimientos básicos del derecho de propiedad, contractual y de agravios (ley de responsabilidades). El límite entre delitos contra la gente y la propiedad, por una parte, y las infracciones civiles, por la otra, tal vez deba redefinirse, sobre todo si el derecho penal ha servido en el pasado como método para controlar la disidencia por parte del Estado. Algunas leyes pueden ser obsoletas o legados represores de una historia colonial o autoritaria. Las “reglas del juego” penales y civiles deben ser suficientemente claras para que la gente no se convierta en delinquiente sin darse cuenta y para que puedan negociarse tratos privados “bajo la sombra de la ley” sin tener que llevar todas las disputas al juzgado.

Sin embargo, la claridad y la predecibilidad tienen sus límites. La consolidación de la democracia es un proceso dinámico a largo plazo. Así, aunque el Estado debe establecer adjudicaciones básicas para la propiedad privada, también debe asegurarse de conservar el poder para imponer futuras restricciones en favor del interés público. El estado de derecho no implica que la ley deba ser congelada a principios de la transición. Más bien, una nueva democracia necesita espacio para aprobar leyes que respondan a los imperativos de la política y las políticas del momento.

La clara articulación de derechos individuales ayudará a consolidar la transición, sobre todo los derechos negativos que impiden que el Estado interfiera en acciones privadas como la libertad de expresión o las prácticas religiosas. Si el Estado proporciona beneficios monetarios o en especie a sectores de la población, las normas de elegibilidad deberían ser sencillas y transparentes. Dentro de este marco, el Estado debe consolidar sus afirmaciones de legitimidad dándole a la gente alternativas para quejarse ante funcionarios independientes respecto de los excesos de burócratas y otros funcionarios públicos. Una opción es la creación de un *ombudsman* nacional.

La mera promulgación de reglamentos legales será irrelevante sin las instituciones complementarias. Por ejemplo, un sistema reformado de derechos de propiedad precisa apoyarse en un proceso eficaz para registrar y transferir la adjudicación de la tierra y bienes raíces. De mayor importancia, en general, es que la aplicación de la ley

requiere de un poder judicial que se le perciba como justo y que no sea corrupto. En relación con el derecho penal, los procuradores públicos necesitan ser competentes y honrados, y el sistema de castigo no debe ser demasiado duro. En cuanto al derecho civil, el acceso no debe ser indebidamente restringido por costo e inconveniencia, y los fallos deben ser aplicables. Éstas son las mejoras que tendrían que venir después de que las leyes vigentes se hayan reformado. Si no, los jueces, abogados acusadores y funcionarios de registro recién habilitados sólo perpetuarán los problemas de viejas leyes cuya aplicación es dañina para la consolidación democrática y el crecimiento económico.

El derecho penal presenta problemas especiales. Un sistema que no tolere la brutalidad y la tortura por parte de la policía y que use castigos distintos al encarcelamiento ayudaría a reducir la presión sobre los juzgados para corregir los problemas generados en otras instituciones. La cárcel es una opción costosa e ineficaz para un país de bajos ingresos con capacidades institucionales débiles. Deberían diseñarse otras formas de castigo que no alejen a la gente productiva de la sociedad y que aligeren la carga financiera sobre el Estado. La debilidad del sistema de tribunales puede resolverse parcialmente con leyes penales y procesos legales sencillos y claros, lo mismo que con sistemas de castigo que no sean duros en exceso.

Si las condiciones básicas para la consolidación democrática son óptimas, el Estado puede crear procesos de elaboración de políticas con mayor rendición de cuentas en los niveles local y nacional. Muchos experimentos en comunidades locales en todo el mundo sugieren que el involucramiento popular en la gobernabilidad puede funcionar bien si el proceso se diseña para evitar que se lo apropien las élites locales. De manera semejante, los reformadores ahora empiezan a reflexionar constructivamente acerca de cómo incorporar elementos plurales en la elaboración de políticas del poder ejecutivo fuera del proceso legislativo. Para mejorar la rendición de cuentas de la elaboración de políticas del gobierno nacional, se necesita una estrategia de tres vías: esfuerzos para apoyar la creación y consolidación de organizaciones no gubernamentales independientes; ir hacia un proceso de elaboración de políticas más abierto y con mayor rendición de cuentas dentro del gobierno; y la vigilancia judicial.

La primera vía requiere de un marco legal fuerte para la creación y el mantenimiento de organizaciones de la sociedad civil y la planeación cuidadosa de subsidios públicos. Un asunto importante es el rigor de los grupos que actúan al margen de partidos políticos y se concentran en un conjunto pequeño de problemas de ciertas políticas, ya sean causas feministas, derechos indígenas, daños ambientales, condiciones de trabajo, problemas estudiantiles o reglamentación engorrosa de negocios. Los grupos de defensa existen en la mayoría de las democracias nuevas, pero suelen ser

pequeños, con poco presupuesto, y carentes de personal profesional. Además, incluso las organizaciones con mucho financiamiento pueden no ser defensores eficaces si gran parte de sus fondos provienen del Estado y si administran programas de gobierno. El registro de grupos de defensa no lucrativos debería ser sencillo y barato, concentrando en evitar el uso fraudulento de la forma no lucrativa para una ganancia financiera personal. Además, tal vez los gobiernos tengan que proporcionar ayuda a los intereses mal organizados y mal financiados con el fin de nivelar el campo de juego en el proceso administrativo, pero el apoyo no tendría por qué debilitar la independencia de los grupos.

La segunda vía de un programa de reforma incluye la difusión pública de los borradores de reglas, de las solicitudes abiertas de comentarios y de la presentación de razones. A fin de cuentas el ejecutivo es responsable de las leyes que emite, pero debe estar dispuesto a escuchar otros puntos de vista y a explicar por qué ha seleccionado una política específica. Las personas interesadas deberían poder acudir al juzgado para cuestionar los decretos y mandatos normativos del ejecutivo que tienen fuerza legal sobre la base de que el proceso no fue suficientemente abierto e incluyente, o que el reglamento es incongruente con el estatuto facultativo o la constitución. El ejecutivo debería estar abierto a comentarios de una amplia gama de intereses e individuos. Manejar estos procesos requerirá cierta creatividad por parte de los organismos, aunque la nueva tecnología de información hace posible la participación amplia, incluso en países de ingreso medio. Los borradores pueden publicarse en Internet, los comentarios aceptarse por correo electrónico, y facilitar la participación pública al desarrollar sitios que sean informativos y fáciles de manejar. Sin embargo, en países donde mucha gente no tiene acceso a esa tecnología, los funcionarios tendrán que ser más diligentes para buscar la opinión ciudadana. Debe aceptarse el costo de una mayor participación: el tiempo necesario para permitir que los externos revisen los borradores y que los funcionarios públicos incorporen esta retroalimentación en el reglamento final.

Por último, la revisión judicial puede apoyar reformas dentro del ejecutivo. Aun si nuevos estatutos especifican bases para la revisión, esto, tal vez, no sea una forma eficaz de vigilancia, a menos que se reorganicen los juzgados. Para evitar la interferencia de jueces en el funcionamiento de las burocracias, los estatutos deben especificar las bases para la revisión, y éstas deberían limitarse a violaciones de procedimiento y a la clara incongruencia entre los reglamentos y los estatutos o la constitución.

Las reformas legales y administrativas de carácter formal y los ajustes tecnocráticos no bastan. Estudios cuidadosos de reformas reglamentarias que han tenido éxito indican que la burocracia en sí debe cambiar. Un caso ilustrativo relacionado con un programa ambiental muy importante en Estados Unidos indica cómo puede llevarse a

cabo una reforma.³⁴ Los autores dividen la explicación del éxito de la reforma en tres categorías: dirigencia, manejo e incentivos. El nivel superior del organismo respalda de manera sólida la reforma para proporcionar una dirigencia estable y congruente. Estos funcionarios, de igual modo, se involucran lo suficiente en los detalles para desempeñar el papel de “fijador” y, además, están dispuestos a compartir el crédito y alentar una amplia participación de personal en el sistema reformado. El programa debería manejarse para construir sobre lo que el organismo ya realiza bien, hacer cambios progresivos y responder con flexibilidad en la aplicación. La reforma debe ser políticamente aceptable y, por lo tanto, debe estar bien examinada en relación con los grupos afectados. El organismo necesita una manera de medir y recompensar el éxito y desincentivar a quienes no cumplen.

Las reformas deben hacer algo más que sólo abrir una ventana legal para la participación a través de un Decreto de Procedimiento Administrativo (APA). Además, la mayoría de las democracias que están consolidándose también deben fortalecer las capacidades generales de los servidores públicos y entrenar a funcionarios para que usen de forma constructiva los puntos de vista externos. Dichos funcionarios deben poder evaluar los argumentos presentados por intermediarios privados y hacer valoraciones informadas acerca de cuánto peso otorgarles. Las nuevas democracias deben entrenar a una nueva generación y darle herramientas para el análisis de las políticas y el diseño de programas y establecer condiciones de trabajo favorables en la administración pública para atraer a solicitantes de alta calidad. Hay cierta urgencia en crear un ambiente en el que los funcionarios públicos puedan responder bien a la participación social abierta sin considerarla sólo como un estorbo que intentan contener y marginar. El objetivo es permitirles tomar decisiones más competentes y políticamente aceptables, no que los grupos de la sociedad civil se hagan cargo de esa función.

Éste es un programa amplio, y los países reformadores deberán establecer prioridades. Sin embargo, cada elemento del programa del estado de derecho forma parte de un cuadro más amplio en que los ciudadanos, las empresas, los políticos y los funcionarios públicos estarán restringidos por los reglamentos legales existentes y, a la vez, participarán en la formación de nuevos reglamentos. El estado de derecho no será una reforma popular si los reglamentos en sí son restos osificados del pasado; estos mismos deberán estar abiertos al cambio para reflejar las transformaciones subyacentes en la sociedad y las modificaciones en el paisaje político a medida que la democracia esté más consolidada y rinda más cuentas a la ciudadanía.

³⁴ Nakamura y Church (2003: 76–90) estudian Superfund, un programa diseñado para limpiar tiraderos de desechos peligrosos y repartir los costos. Ver también Culhane (1981).

Bibliografía

Abers, Rebecca, 1998, "From Clientalism to Cooperation: Local Government, Participatory Policy, and Civic Organizing in Port Alegre, Brazil", *Politics and Society*.

Abikoff, Kevin T., 1987, "The Role of the Comptroller General in Light of *Bowsher v. Synar*", *Columbia Law Review*.

Ackerman, John, 2004, "Co-Governance for Accountability: Beyond 'Exit' and 'Voice'", *World Development*.

Ackerman, John and Irma Sandoval, 2005, *Freedom of Information Laws in Comparative Perspective*, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, Mexico City.

Alston, Lee J., Gary D. Libecap, and Bernardo Mueller, 1999, "Land Reform Policies: The Sources of Violent Conflict and Implications for Deforestation in the Brazilian Amazon", working paper, University of Arizona, Tucson AZ.

Bassett, Thomas J., 1993, "Introduction: The Land Question and Agricultural Transformation in Sub-Saharan Africa", in Bassett and Crummey (eds.), *Land in African Agrarian Systems* Madison.

Bassett, Thomas J., and Donald E. Crummey (eds.), 1993, *Land in African Agrarian Systems* Madison.

Bing, Song, 1994, Assessing China's System of Judicial Review of Administrative Actions, *China Law Review*.

Bratton, Michael, 1989, "The Politics of Government-NG Relations in Africa", *World Development*.

Coglianese, Cary, 2001, "Assessing the Advocacy of Negotiated Rulemaking: A Response to Philip Harter", *New York University Environmental Law Journal*.

—, 1997, "Assessing Consensus: The Promise and Performance of Negotiated Rulemaking", *Duke Law Journal*.

- Craswell, Richard, and Alan Schwartz, 1994, *Foundations of Contract Law*, New York: Oxford University Press.
- Crews Jr., Clyde Wayne, 2002, *Ten Thousand Commandments: An Annual Snapshot of the Federal Regulatory State*, Washington, DC: The Cato Institute.
- Culhane, Paul J., 1981, *Public Lands Politics: Interest Group Influence on the Forest Service and the Bureau of Land Management*, Baltimore and London: Johns Hopkins University Press (for Resources for the Future).
- Das Gupta, Monica, Helene Grandvoisinnet, and Mattia Romani, 2000, "State–Community Synergies in Development: Laying the Basis for Collective Action", draft, World Bank, Washington, DC.
- DeLisle, Jacques, 1999, "Lex Americana?: United States Legal Assistance, American Legal Models, and Legal Change in the Post–Communist World and Beyond", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*.
- De Sousa Santos, Boaventura, 1998, "Participatory Budgeting in Porto Alegre: Toward a Redistributive Democracy", *Politics and Society*.
- Ensminger, Jean, and Andrew Ruttan, 1991, "The Political Economy of Changing Property Rights: Dismantling a Pastoral Community", *American Ethnologist*.
- Fuke, Toshiro, 1989, A Remedies in Japanese Administrative Law, *Civil Justice Quarterly*.
- Furlong, Scott R. and Cornelius M. Kerwin, 2003, "Interest Group Participation in Rule-making: What Has Changed in Ten Years?", prepared for delivery at the Midwest Political Science Association.
- Geddes, Barbara, and Artur Ribeiro Neto, 1992, "Institutional Sources of Corruption in Brazil", *Third World Quarterly*.
- Golden, Marissa Martino, 1998, "Interest Groups in the Rule-making Process: Who Participates? Whose Voices Get Heard", *Journal of Public Administration and Theory*.
- Hills, Alice, 2000, *Policing Africa: Internal Security and the Limits of Liberalization* Boulder.

- Johnson, Simon, John McMillan and Christopher Woodruff, 2002, "Courts and Relational Contracting", *Journal of Law, Economics, and Organization*.
- Kerwin, Cornelius, 2003, *Rulemaking: How Government Agencies Write Law and Make Policy*, Washington, DC: CQ Press.
- Kerwin, Cornelius; Scott R. Furlong, 1992, "Time and Rulemaking: An Empirical Test of Theory", *Journal of Public Administration Research and Theory*.
- Landes, William M. and Richard A. Posner, 1975, "The Independent Judiciary in an Interest Group Perspective".
- Levmore, Saul, ed., 1994, *Foundations of Tort Law*, New York: Oxford University Press.
- Little, Walter, and Antonio Herrera, 1996, "Apolitical Corruption in Venezuela", in Walter Little and Eduardo Posada-Carbó, eds., *Political Corruption in Europe and Latin America*, New York: St. Martin's Press.
- McMillan, John, and Christopher Woodruff, 2000, "Private Order and Dysfunctional Public Order", *Michigan Law Review*.
- , 1999, "Dispute Prevention without Courts in Vietnam", *Journal of Law, Economics, and Organization*.
- McMillan, John and Pablo Zoido, 2004, *How to Subvert Democracy: Montesinos in Peru*, draft, Graduate School of Business, Stanford University, Stanford CA.
- Meagher, Patrick, Kumar Upadhyaya, and Betty Wilkinson, 2000, *Combating Rural Public Works Corruption: Food-for-Work Programs in Nepal*, IRIS Center Working Paper No. 239, University of Maryland, College Park MD, February, Available at <http://www.iris.umd.edu/publications.asp>
- Mendelson, Nina A., 2003, "Agency Burrowing: Entrenching Policies and Personnel Before a New President Arrives", *New York University Law Review*.
- Moore, Sally Falk, 1992, "Treating Law as Knowledge: Telling Colonial Officers What to Say to Africans about Running 'Their Own' Native Courts". *Law & Society Review*.

- Mushanga, Tibamanga Mwene, 1992, "Introduction", in Mushanga (ed.), *Criminology in Africa*, Rome.
- Nakamura, Robert T., and Thomas W. Church, 2003, *Taming Regulation: Superfund and the Challenge of Regulatory Reform*, Washington, DC: The Brookings Institution.
- Nsereko, Ntanda, 1992, "Victims of Crime and Their Rights", in Mushanga, *Criminology in Africa*, Rome.
- Palouse, Matthew Jr., 1997, "United States v. McDougald: The Anathema to 18 U.S.C. § 1956 and National Efforts to Against Money Laundering", *Fordham International Law Journal*.
- Parker, Andrew N., 1995, *Decentralization: The Way Forward for Rural Development?* Policy Research Paper 1475, World Bank, Agriculture and Natural Resources Department, Washington, DC, June.
- Ramseyer, J. Mark, 1994, "The Puzzling (In)dependence of Courts: A Comparative Approach", *Journal of Legal Studies*.
- Reinikka, Ritva, and Jakob Svensson, 2002, "Measuring and Understanding Corruption at the Micro Level", in D. Della Porta and Susan Rose-Ackerman, eds., *Corrupt Exchanges: Empirical Themes in the Politics and Political Economy of Corruption*, Frankfurt: Nomos Verlag.
- Rose-Ackerman, Susan, 2005, *From Elections to Democracy: Building Accountable Government in Hungary and Poland*, Cambridge UK: Cambridge University Press, forthcoming.
- _____, 2004a, "Establishing the Rule of Law", in Robert I. Rotberg, ed., *When States Fail: Causes and Consequences*, Princeton NJ: Princeton University Press.
- _____, 2004b, "Governance and Corruption", in Bjorn Lomborg, ed., *Global Crises, Global Solutions*, Cambridge UK: Cambridge University Press.
- _____, 1999, *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*, Cambridge UK: Cambridge University Press.

- _____, 1994, "Consensus *versus* Incentives: A Skeptical Look at Regulatory Negotiation", *Duke Law Journal*.
- _____, 1991, "Tort Law in the Regulatory State", in Peter Schuck (ed.), *Tort Law and the Public Interest: Competition, Innovation, and Consumer Welfare*, New York.
- _____, 1985, "Inalienability and the Theory of Property Rights", *Columbia Law Review*.
- Rose-Ackerman, Susan, and Jim Rossi, 2000, "Disentangling Deregulatory Takings", *Virginia Law Review*.
- Rotberg, Robert I. and Dennis Thompson (eds.), 2000, *Truth v. Justice: The Morality of Truth Commissions*, Princeton.
- Schlozman, Kay Lehman and John T. Tierney, 1986, *Organized Interests and American Democracy*, New York: Harper & Row.
- Schuck, Peter, 1977, "Public Interest Groups and the Policy Process", *Public Administration Review*.
- Shaidi, Leondard P., 1992, "Traditional, Colonial, and Present-Day Administration of Criminal Justice", in Mushanga, *Criminology in Africa*, Rome.
- Shapiro, Michael H., 1988, "Introduction: Judicial Selection and the Design of Clumsy Institutions", *Southern California Law Review*.
- Smith, Stephen C., 2004, *Governance of Nongovernmental Organizations: A Framework and Application to Poverty Programs in East Africa*, George Washington University Law School, Working Paper No. 117, Washington, DC, <http://ssrn.com/abstract=628684>
- Sultzler, Scott, 1995, "Money Laundering: The Scope of the Problem and Attempts to Combat It", *Tennessee Law Review*.
- Tiefer, Charles, 1983, "The Constitutionality of Independent Officers as Checks on Abuses of Executive Power", *Boston University Law Review*.
- Teitel, Ruti G., 2000, *Transitional Justice*, New York.

- Transparency International–Bangladesh, *Survey on Corruption in Bangladesh: Report on Phase 2 Activities: Baseline Survey*, Dhaka, Bangladesh, www.ti-bangladesh.org/docs/survey/phase2.htm (consulted November 22, 1999).
- Trebilcock, Michael, 1984, “Communal Property Rights: The Papua New Guinea Experience”, *University of Toronto Law Review*.
- United Kingdom, Audit Commission, 1994, *Protecting the Public Purse 2: Ensuring Probity in the NHS*, London: HMSO.
- , 1993, *Protecting the Public Purse: Probity in the Public Sector: Combating Fraud and Corruption in Local Government*, London: HMSO.
- Vick, Douglas W. and Linda Macpherson, 1997, “An Opportunity Lost: The United Kingdom’s Failed Reform of Defamation Law”, *Federal Communications Law Journal*.
- West, William F., 2004, “Formal Procedures, Informal Processes, Accountability, and Responsiveness in Bureaucratic Policy Making: An Institutional Analysis”, *Public Administration Review*.
- Widner, Jennifer, 1999, “Building Judicial Independence in Common Law Africa”, in Andreas Schedler, Larry Diamond, and Marc F. Plattner (eds.), *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, Boulder.
- Woodhouse, Andrea, 2001, *Fighting Corruption in Community Development: Indonesia’s Kecamatan Development Program*, paper prepared for the World Bank, Washington, DC, July.
- Woodruff, Christopher, 1998, “Contract Enforcement and Trade Liberalization in Mexico’s Footwear Industry”, *World Development*.
- World Bank, 1999, *Bangladesh: Key Challenges for the Next Millennium*, Washington, DC: The World Bank, April.

Recibido en junio de 2004
Aceptado en febrero de 2005