

El derecho y su impacto en el desarrollo. Líneas analíticas dominantes*

José Germán Burgos Silva Ph.D. **
Universidad Libre, Bogotá
Burgosil@yahoo.com

RESUMEN

En este artículo se trata de demostrar que la relación entre derecho y desarrollo económico, se puede plantear de diversas maneras que no siempre son complementarias y en realidad denotan opciones diferentes de abordaje. Así, en un primer momento el derecho se entendió como un instrumento idóneo para expresar y obtener las metas del desarrollo. Por su parte, bajo los lineamientos de la economía neoinstitucional, el sistema jurídico debe ofrecer un cuadro de incentivos adecuados para permitir un funcionamiento competitivo, abierto y eficiente de los mercados. Finalmente en un extremo del debate se presentan las tesis que sostienen que el derecho no es ni un aliado ni un obstáculo para el desarrollo. Esta tesis sugestiva, sin embargo es más un enunciado que precisa de mayores desarrollos para una adecuada sustentación.

PALABRAS CLAVE

Derecho y desarrollo; derecho y economía; economía institucional; derecho y mercados.

ABSTRACT

This article states that the relationship between law and development has multiple ways that in some case are not complementary. In that sense, in a first moment, the law was an instrument in order to get development and social change. More recently, the neoinstitutional economics states that a right political and legal framework creates an environment to promote markets and by this way economic growth. On the other side of the debate, some authors defends that law is completely neutral for development. Between this thesis is possible to find different contradictions and tensions.

KEY WORDS

Law and development, neoinstitutional economics, law and economics, law and markets.

INTRODUCCIÓN

La relación entre derecho y desarrollo económico concita nuevamente el interés práctico y académico de diversos actores nacionales e internacionales. El Banco Mundial (BM), el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) unidos a diversos gobiernos y organizaciones privadas del mundo en desarrollo han sostenido la importancia de conformar un marco legal y judicial que posibilite el progreso

Fecha de recepción del artículo: septiembre 5 de 2009.

Fecha de aceptación del artículo: octubre 7 de 2009.

* **Artículo producto de investigación en el marco del proyecto *Instituciones Jurídicas y Territorio como factores para el crecimiento económico.***

** Doctor en Derecho Universidad de Barcelona. Profesor Facultad de Derecho Universidad Libre y Universidad Nacional de Colombia. Integrante del Grupo de Investigación *Estado, Derecho y Territorio* de la Universidad Libre Sede Principal.

económico a través de la acción del mercado.¹ En igual sentido, académicos, especialmente del mundo desarrollado han venido explorando los vínculos entre derecho y desarrollo y particularmente el sustento empírico de las relaciones entre estas dos esferas sociales.²

El análisis de la interacción entre derecho y desarrollo es una reflexión relativamente poco explorada desde el marco propio de cada disciplina individualmente considerada. Hasta hace poco, la teoría del desarrollo no consideraba una reflexión específica sobre el papel del sistema jurídico en los fines del desarrollo, el cual por lo demás se consideraba como algo externo y epifonemal al progreso económico.³ Desde la reflexión jurídica, el análisis sociojurídico y el aportado por algunos filósofos del Derecho, antes que el propio del derecho positivo, planteó en términos abstractos y críticos el papel de algunas instituciones jurídicas en la implantación y dinámica de la economía capitalista.⁴

Con todo, la reflexión sobre los vínculos entre derecho y desarrollo floreció como una preocupación específica de análisis desde mediados de los 60 y se ha mantenido bajo el ánimo de sociólogos del derecho, economistas, teóricos del desarrollo etc. Los inicios de tal interés se correspondieron con el “movimiento derecho y desarrollo” el cual vió la luz como parte de las políticas de asistencia para el desarrollo encabezadas por el gobierno estadounidense hacia Africa, América Latina y Asia. Con la crisis de dicho “movimiento” a comienzos de los 70 la reflexión al respecto se mantuvo en el seno de algunos académicos del mundo subdesarrollado y se expresó en la continuación de políticas gubernamentales fundadas en la apropiación de las instituciones jurídicas de los países desarrollados como estrategia promotora del desarrollo. A finales de los 80 el tema recobra connotación nacional e internacional bajo los planteamientos de la Nueva Economía Institucional (NEI) y de las políticas del Banco Mundial y demás bancos regionales de desarrollo quienes llaman la atención sobre la necesidad de conformar un verdadero de Estado de Derecho como condición para el desarrollo basado en el mercado.⁵

Los análisis sobre el derecho y desarrollo producidos en los últimos 30 años han acumulado posiciones y aportes diversos sobre cómo entender tal relación. El propósito de este texto es el de realizar un reconocimiento de los aspectos mas importantes de tales análisis, discusiones y prácticas. Este ejercicio se sustenta en el estudio de la literatura producida en torno al tema desde el movimiento derecho y desarrollo hasta las consideraciones aportadas por la Nueva Economía Institucional (NEI) generalmente expresadas en el abordaje del BM al respecto.⁶

¹ En tal sentido pueden verse: Banco Mundial: Doorways to Judicial Reform. Disponible en la página web: www1.worldbank.org/legal/legop-judicial.htm. Visitada 3-04-00; Trebilcock Michael and William Davids: What Role do Legal Institutions Play in Development. Página Web FMI. www.imf.org/external/pubs/ft/seminar. Visitada 19-03-00) Agradezco a Eva Querol del IIGV por la referencia de este texto; Konz Peider: The UNDP Justice Programme in Latin America and the Caribbean: Areas of Intervention. Paper presentado en la la conferencia internacional IGOS, NGOs and Rule of Law Construction: Some issues in Judicial Reform in Latin America. Institute for Latin American Studies. University of London.

² En tal sentido pueden verse entre otros Pistor Katharina y Wellons Philips: The Role of Law and Legal Institutions in Asian Economic Development. Página web Banco Asiático de Desarrollo. www.adb.org Visitada 20-03-00; Seidman Robert y Seidman Ann: Making Development Work: Legislative Reform for Institutional Transformation and Good Governance. Kluwer Law International. 1999 Trebilcock y Davids 1999 *Op Cit*.

³ Al respecto: International Legal Center, Law and Development, the future of Law and Development Research. USA, 1974 y Trebilcock, *Op Cit*.

⁴ Veanse Abel Richard: Capitalism and the Rule of Law: Precondition of Contradiction? en Law and Social Inquiry. 1990; Moncayo Víctor (1990): Sobre la naturaleza del derecho como forma social de la dominación en Jurimprudencias. No 1. Ed ILSA.

⁵ Banco Mundial: Judicial Reform in Latin America and the Caribbean. Proceedings of the World Bank Conference. Editado por Macolm Rowat, Waleed Malik, Maria Dakolias. Documento Técnico del Banco Mundial No 280, 1995; North Douglas C (1993): The New Institutional Economics and Third World Development en Harris John Et al, (Eds) Nei and the Third World Development. Ed Routledge. Londres, 1995.

⁶ Aunque la reflexión y prácticas sobre derecho y desarrollo han existido mucho antes del movimiento

1. PROBLEMA

La pregunta guía de este trabajo, bajo qué condiciones el marco legal y judicial tienen un rol en el desarrollo económico de los países subdesarrollados. Para responder ésta inquietud global abordaremos dos preguntas específicas que a su vez nos servirán como marco de presentación del texto: ¿cuáles son las principales funciones del marco jurídico en el proceso de desarrollo económico y social? y ¿cómo se entiende el rol del derecho para el desarrollo? A partir del desarrollo de las respuestas a estas dos preguntas se organiza el contenido del texto.

2. METODOLOGÍA

A fin de responder la anterior pregunta, este artículo se fundamentará en la sistematización y análisis de las fuentes secundarias que internacionalmente han dado cuenta de esta discusión. Adicionalmente se recogerán algunos aspectos de la experiencia concreta del autor en cuanto consultor internacional para aspectos de reforma institucional ligadas a la promoción del desarrollo.

3. RESULTADOS

3.1 Cuáles son las principales funciones del marco jurídico en términos del desarrollo económico?

Los análisis sobre la relación entre derecho y desarrollo asumen como dada la plena separación entre estas dos esferas sociales.

Law and Development y se prolongaron después de su prematuro final, buena parte de los análisis sobre el tema ocurrieron durante el boom de los 60 y el actual interés desde mediados de los 90. Si bien nos focalizaremos en estos dos momentos nuestro interés no es el de realizar una comparación entre estos dos movimientos. Para una muy completo análisis comparativo puede verse Salas Luis (1999): *From Law and Development to Rule of Law: New and Old issues in justice reform in Latin America*. Paper presentado en la la conferencia internacional IGOS, NGOs and Rule of Law Construction: Some issues in Judicial Reform in Latin America. Institute for Latin American Studies. University of London.

Así, el sistema jurídico es un factor independiente de las relaciones sociales en las que está inmerso más sin embargo su valoración no se corresponde con la propio del derecho positivo. En realidad, la literatura derecho y desarrollo se interesa por las relaciones entre las instituciones jurídicas y el cambio social expresado para el caso específico en el estudio de las funciones de aquel en la generación de desarrollo económico.⁷ En últimas son las consecuencias del marco jurídico antes que su mera representación ideal formal las que interesan en este nivel de análisis

La discusión derecho-desarrollo ha sido a lo largo de su existencia una mezcla con diversas presentaciones de la ideología del positivismo legal, el instrumentalismo pragmático realista estadounidense, la jurisprudencia sociológica y más recientemente el análisis económico del derecho vía la nueva economía institucional. Con todo, antes que una discusión eminentemente teórica, las dimensiones de sus análisis, especialmente bajo los años 60s y 70s, provienen fundamentalmente de la práctica de los programas de derecho y desarrollo y se dirigen hacia ella.⁸

En términos descriptivos el derecho es importante para el desarrollo económico en cuanto provee los elementos necesarios para el funcionamiento de un sistema de mercado valorado éste como el mejor generador de crecimiento económico y finalmente de bienestar social.⁹ Aun cuando el peso otorgado al papel del mercado y su concepción no son los mismos dentro de los diversos análisis, casi la totalidad de las perspectivas valoradas reconocen su papel como generador de progreso económico.

⁷ Merryman John Henry: *Comparative Law and Social Change: On the origins, style, decline & revival of the Law and development movement in Comparative Law and Social Change*; Davids y Trebilcock. *Op cit.*

⁸ *Ibid*

⁹ Al respecto vease Salas Luis (1999) *Op Cit* y Tamanaha Bryan Z: *The lessons of law and development studies en American Journal of International Law*. Vol 89. 1995.

En línea con lo anterior el concepto de derecho aquí valorado se corresponde fundamentalmente con el propio del derecho liberal moderno.¹⁰ Así, el sistema jurídico se considera autónomo de la política debiendo garantizar los derechos individuales y el ejercicio de la libertad económica especialmente a través de la garantía de la propiedad privada, un régimen contractual, la calculabilidad legal y el Estado de Derecho. En lo básico las principales funciones para el desarrollo del sistema jurídico así entendido son:

- Existencia de normas de carácter general-abstracto, conocidas previamente y de aplicación universal por una institución especializada transparente, independiente y eficiente. Solo un marco jurídico bajo estas condiciones puede generar un ambiente de predicibilidad o calculabilidad necesario para la expansión de la actividad económica.¹¹
- Protección de la propiedad privada.¹²
- Enunciación de un derecho contractual asegurador de la libertad de los contratantes, la existencia de las sociedades y el mantenimiento de las expectativas futuras entre los actores privados.¹³
- Restricción de la intervención económica directa del Estado y de su potencial acción arbitraria y opresiva en contra de los individuos, a través de su sometimiento a un marco jurídico previo.¹⁴

¹⁰ FAUNDEZ Julio: Good Government and Law: Legal and Institutional Reform in Developing Countries. St Martin Press. 1997 y Trubek David: Toward a Social Theory of Law: an essay on the study of law and development en Yale Law Journal 1972. Vol 4.

¹¹ En tal sentido: Swedberg R (1998): The Economy and Law en Max Weber and the idea of economic sociology. Princeton Press; Tamanaha, *Op Cit.* y Faundez. *Op Cit.*

¹² Al respecto Messick Richard (1999): Judicial Reform: A survey of the Issues. World Bank Observer, Washington y Tamanaha, *Op Cit.*

¹³ Vease Reich Norbert: Mercado y Derecho. Ed Ariel, 1987. También Tamanaha *Op Cit* y Swedberg *Op Cit.*

¹⁴ GRAY CHERYL W: La reforma de los sistemas jurídicos en los países en desarrollo y en transición en Finanzas y Desarrollo, Septiembre 1997. p 14-16; Tamanaha, *Op Cit* y Pistor *Op Cit.*

El diagnóstico sobre la realidad del marco legal y judicial en el mundo en desarrollo, surge del marcado contraste entre el “modelo” antes caracterizado y la realidad de sus sistemas jurídicos. Robert Sherwood ejemplifica lo anterior al estudiar el impacto de sistemas judiciales deficientes en el contexto de las economías de mercado abierto hoy en boga:

- **Prácticas contractuales privadas:** Un mal funcionamiento del judicial limita las cantidades a vender a crédito, o las confina a círculos sociales o grupos familiares haciendo difícil la entrada de terceros.
- **Creación y seguridad de los derechos de propiedad:** Si las violaciones a los derechos de propiedad intelectual, las patentes y las marcas registradas no pueden ser detenidas rápidamente en los tribunales, pocos invertirán con ilusión en la creación, adquisición y explotación de la propiedad intelectual y esto reduce la base tecnológica de la economía
- **Disputas del sector privado con los funcionarios públicos:** Sin la presencia de tribunales que estén dispuestos y sean capaces de aplicar medidas disciplinarias a los funcionarios que abusen de su discrecionalidad, las actividades privadas que dependan de aprobaciones discrecionales tenderán a limitar sus compromisos de recursos o recurrirán a vías inadecuadas para asegurar las aprobaciones.
- **Control a la calidad de las promulgaciones legislativas:** Donde los jueces son capaces de dictar decisiones que juzgan críticamente la calidad de las normas legislativas, una discreta disciplina se impone entre aquellos que preparan la legislación y los reglamentos y normas que las acompañan.
- **Supresión de las actividades delictivas.**
^{15 16}

¹⁵ SHERWOOD Robert, BRUNETTI E, *Et al.*: Judicial Reform and Economic Performance en pagina web www.inform.umd.edu.

¹⁶ Carlos Nino en un estudio especial de la realidad argentina titulado Subdesarrollo, Juridicidad y Anomia ha planteado un interesante marco de

En principio, el Estado formal de Derecho, los derechos de propiedad privada, el marco contractual y de sociedades y la generalidad de la ley conforman un marco mínimo nuclear de consenso en cuanto al papel del derecho en el desarrollo. En lo básico, es la garantía

interpretación de las principales deficiencias en el funcionamiento del sistema jurídico y su impacto en el subdesarrollo. Las hipótesis planteadas por Nino no han sido desarrolladas mas allá del texto en mención pero creemos oportuno anotarlas como un referente alternativo en el abordaje del tema.

Para Nino, existe una relación entre el subdesarrollo económico local y la tendencia hacia la ajuricidad o en general hacia la anomia en el comportamiento de los ciudadanos. En su entender, existe un tipo generalizado de inobservancia de las diversas normas que conduce a una situación en la que todos se encuentran peor sin que nadie esté mejor comparado con un escenario alternativo de observancia normativa.

Nino presenta una tipología de comportamientos frente a las normas. Se pueden encontrar así: a. **lealtad normativa** (se respetan simultáneamente tanto las conductas prescritas como los fines propios de las mismas); b. **el comportamiento finalista** (se aceptan los fines propuestos por la norma, pero se pretende alcanzarlos por medio de conductas diferentes a las que emergen de las normas existentes); c. **el comportamiento formalista** entendido como la adhesión mecánica o ritualista a la norma ignorando o rechazando los fines que esta persigue. En este caso se distinguen a su vez dos subtipos: el denominado **comportamiento ritualista** (identificado como la adhesión mecánica a los procedimientos formales que se derivan de las normas) y el **comportamiento chicanero** (que supone una actitud diferente por cuanto busca penetrar a través de los diversos intersticios de la norma para la realización de conductas que llegan a contraponerse con los fines normativos. Finalmente esta el rechazo normativo (referido a la desaprobación de las conductas prescriptivas y de los fines normativos previstos en la norma).

Visto desde la realidad de la Argentina y partir de esta tipología Nino valora el impacto negativo del rechazo normativo pero especialmente los comportamientos formalista y finalista. En la práctica, son estos últimos los que generan una situación de “anomia boba” que se traduce en ineficiencia social o en bajos niveles de productividad afectando el desenvolvimiento económico.

En referencia al libro mencionado vease Bertin Hugo Dario, Subdesarrollo, Juridicidad y Anomia. (Comentario al libro de Carlos Nino, Un País al Margen de la Ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino. en Desarrollo Económico. Vol 36, No 143 (Oct-diciembre, 1996).

de un ámbito privado de acción vía el control político y económico de un Estado legalmente predecible la que inicialmente interesa en el ámbito de los análisis en estudio. Tal espacio de libertad fundamentalmente económica garantiza una esfera amplia de acción privada en condiciones de seguridad jurídica, el cual se valora como necesario para que los individuos persigan sus intereses en el marco del mercado.¹⁷ A partir de estos mínimos algunos autores incluyen la importancia de un régimen de quiebras, un sistema impositivo no punitivo, una ley de competencia, la aplicación de criterios costo-beneficio en las políticas regulatorias estatales etc.¹⁸

Con todo, el consenso hasta aquí enunciado es fundamentalmente descriptivo. Tras denominaciones similares se esconden valoraciones diferentes sobre cómo entender cada institución en específico así como su rol en el funcionamiento del mercado. En mucho tales diferencias responden a la forma como se entiende el rol global del sistema jurídico en el desenvolvimiento económico y a la forma misma como se han cumplido los proyectos prácticos de generar desarrollo con el uso del derecho.

4. LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y DESARROLLO

Al respecto, el marco legal se ha entendido y usado alternativamente como un instrumento para el desarrollo, como un incentivador del desarrollo y como una realidad neutra para el mismo. Tales entendimientos permean de manera diferencial la forma como se caracteriza y promueve la conformación del sistema jurídico para el desarrollo ofreciendo por tanto aproximaciones diversas y parcial-

¹⁷ Así en términos de Voigt: “More recently, studies measuring liberty directly have shown a significant correlation between economic liberty and economic growth”, en Stefan Voigt, Making Constitutions Work: Conditions for Maintaining the rule of Law en Cato Journal. vol 18 No 2.p 191.

¹⁸ Al respecto vease Web Douglas: Legal system Reform and private sector development in Developing Countries en Making Development Work. Seidman. *Op Cit.* Tambien Trebilcock, 1999.

mente excluyentes. Es posible realizar una caracterización de tales perspectivas en los siguientes términos:

4.1 El derecho como un instrumento estatal para el desarrollo:

“Bajo esta perspectiva, el desarrollo es visto como una transformación deseada y consciente de la actividad económica. El Estado es visto como el vehículo a través del cual este diseño consciente es articulado e impuesto sobre la población; el derecho moderno es el instrumento a través del cual los objetivos del desarrollo son trasladados en normas ejecutables de carácter específico. En cuanto mas efectivamente tales normas definen y canalizan el comportamiento mayor será la probabilidad de que el crecimiento económico tenga lugar.^{19, 20}

En cuánto instrumento para el desarrollo, el derecho garantiza el marco jurídico para el funcionamiento del mercado más encarna fundamentalmente las metas del desarrollo socio-económico. Así, el derecho proyecta una situación deseada en el futuro bajo el carácter de programas objetivos.²¹ Adicionalmente el Estado toma el sistema jurídico como herramienta para la realización de los fines del desarrollo ya establecidos en tales programas. El derecho es ante todo un producto del Estado dirigido a la transformación de la sociedad siendo este el actor central del desarrollo.²²

El movimiento derecho y desarrollo de la década de los 60, encarnó tal instrumenta-

lismo. Este se sustentaba en buena parte en los aportes de la teoría de la modernización según la cual el desarrollo era un inevitable y evolutivo proceso de incremento de la diferenciación social el cual finalmente podría producir instituciones políticas, económicas y sociales similares a las de los países desarrollados occidentales. Así, la adopción y uso de los modelos jurídicos de los países desarrollados y especialmente de los Estados Unidos luego del New Deal ayudaría a acelerar este proceso evolutivo hacia el seguro desarrollo.²³

Bajo estos términos, el derecho se identificó con la ley positiva producida por el Estado. En la práctica se asumía que las formas de regulación basadas en la costumbre y pertenecientes a comunidades campesinas, étnicas etc eran un obstáculo para el desarrollo y que solo el derecho producido por el Estado podría superar. Esto no solo tenía sustento en la teoría de la modernización sino en el interés de muchos países recién descolonizados en construir Estados Nacionales fuertes. Adicionalmente el instrumentalismo presuponia un mundo ideal donde no se operaba un proceso de interacción entre quienes establecían las normas y quienes las recibían, un mundo ideal en el que los procesos de ajuste de las normas solo representaba reacciones a cambios en los objetivos fijados.²⁴

Esta instrumentalización del derecho convive con la garantía de las condiciones básicas para el funcionamiento del mercado aunque enmarcado en una racionalidad sustancial expresada en los fines del desarrollo establecidos y adelantados por el Estado. En términos de Reich “Con El estado intervencionista el derecho incorpora finalidades, perdiendo su carácter formal y el derecho deviene variable, contingente y pierde con ello su legitimación como instrumento duradero y estable de

¹⁹ En Trubek, 1972 *Op Cit* p 7.

²⁰ La traducción de todas las citas incluídas a lo largo del texto y provenientes de bibliografía producida en el idioma inglés es personal. En algunos pies de página se incluyen citas de los autores referenciados en su idioma original como una forma de presentar al lector las ideas directas del autor expuestas en el texto principal.

²¹ Al respecto Reich, 1987 *Op Cit*.

²² KIRCHNER, Christian. Interacción entre orden económico y orden jurídico con especial consideración de la nueva economía institucional. En Contribuciones. Revista Ciedla y Fundación Konrad Adenauer. Lima, 1998.

²³ Al respecto vease Paliwala y Adelman: Law and crisis in the third world: African Discourse Series 4. 1994. Inglaterra y Tamañana, 1995 *Op Cit*; Para un análisis dedicado a las relaciones entre derecho y modernización puede verse Kulcsar Kalman: Modernization and Law. Ed. Ademiai Kiado. Budapest, 1992.

²⁴ KIRCHNER, 1998 *Op Cit*.

comunicación en manos de los operadores del mercado”.²⁵ En una palabra, bajo el instrumentalismo el marco jurídico para el desarrollo va más allá de las condiciones que posibilitan el mercado estando todo el andamiaje institucional sometido a determinados fines político-sociales.

Este rol activista y de ingeniería social a través del derecho recibió numerosas críticas desde el momento mismo de su nacimiento. Se anotó con preocupación su carácter etnocentrista al promover un modelo de orden jurídico representado en el modelo de los Estados Unidos; se cuestionó su excesiva confianza en el papel del Estado el cual conjuntamente con el instrumentalismo incentivaba un uso sin límites del derecho por las élites en el poder y ahogaba las formas de regulación nacidas espontáneamente en la sociedad. Resonó con fuerza el simplismo de considerar el desarrollo como un asunto de etapas de evolución indefectiblemente destinado si se usaba el derecho correctamente.²⁶

El uso del derecho como medio para el desarrollo económico basado en la acción conjunta del mercado y el Estado, fue la primera gran elaboración sobre el sentido de la relación derecho-desarrollo. Esta fue el resultado de un Estado interventor, la teoría de la modernización y la influencia estadounidense vía los programas derecho y desarrollo. Su práctica básica fue la adopción del andamiaje jurídico-institucional del mundo desarrollado bajo el entendimiento de que tal transplante aceleraría el proceso evolutivo de desarrollo económico y el uso del derecho para enfrentar los retos del progreso económico. A pesar de las innumerables críticas a ideas como las anteriores, el entendimiento instrumental del derecho para el desarrollo siguió vigente en cabeza de los Estados del

mundo en desarrollo.²⁷ Con todo los cambios en la teoría del desarrollo, el modelo económico, las nuevas lecturas de la relación entre derecho y economía etc abrieron paso a una nueva perspectiva del derecho como marco incentivador y facilitador de la iniciativa privada y con ello del desarrollo.

4.2 El derecho como un incentivador y facilitador del desarrollo

La consideración del marco jurídico como incentivador y facilitador del desarrollo forma parte del interés más global por el papel de las instituciones formales en el desarrollo económico especialmente posicionado a partir de los aportes de la Nueva Economía Institucional (NEI). Las instituciones son ante todo reglas de juego entendidas como limitaciones humanamente concebidas que estructuran la interacción humana y cuya función principal es reducir la incerteza, o bajo otros términos ampliar la predicibilidad de la conducta humana y reducir los costos de transacción.²⁸ Las instituciones así concebidas y dentro de ellas las relativas a la regulación de los derechos de propiedad y en general al Estado de derecho, crean incentivos para la maximización de resultados y globalmente para un mejor desempeño económico:²⁹

“La estructura institucional provee los incentivos que dictan las clases de habilidades y conocimientos percibidos para la maximización

²⁵ REICH *Op Cit.*

²⁶ Al respecto pueden verse: Bondzi-Simpson Ebow: *The Law and Economic Development in the Third World*. Greenwood Publishing Group. Abril, 1992; Seidman Robert: *The state, law and development*. NY, St martin press, 1994; Trubek, 1972 *Op Cit.*

²⁷ En tal sentido puede verse Daintith Terence: *Law as Instrument of Economic Policy: Comparative and Critical Perspectives*. Berlin. Walter Gruyter, 1988.

²⁸ NORTH, Douglas C (1993 a): *Institutions and Credible Commitment* en *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)* 149/1 11-23.

²⁹ “La emergencia de instituciones políticas que especifiquen derechos de propiedad eficientes y provean una efectiva ejecución de los mismos, es un elemento clave del crecimiento económico. North cree que que hay una amplia diferencia en la certeza y efectividad relativa de la ejecución de los contratos entre el mundo occidental y los países en vías de desarrollo”. Igham, Barbara, *Economics and Development*, Ed McGrawHill, London, 1995.

zación de resultados”³⁰. “Economías exitosas han estado históricamente vinculadas con la evolución de gobiernos representativos y derechos de propiedad seguros con el estado de derecho”³¹ ... “Quiero atribuir un papel mucho más fundamental a las instituciones en las sociedades;...son el determinante subyacente del desempeño de las economías”^{32, 33}

Los puntos de partida de la NEI asumen el individualismo metodológico y la maximización de la utilidad proveniente de la economía neoclásica. Sin embargo, reconocen que los individuos no cuentan con toda la información para maximizar eficientemente, actúan oportunamente y su encuentro en el mercado adolece de altos costos de transacción.³⁴ Bajo tal realidad, las instituciones y dentro de ellas las jurídicas, han sido creadas con el fin de superar las deficiencias del oportunismo, la racionalidad limitada y los costos de transacción. La ejecutabilidad de los contratos, la predecibilidad de las reglas de juego y la

clarificación de los derechos de propiedad conforman el arreglo institucional correcto para superar los problemas enunciados.³⁵

El derecho por tanto es un conjunto de reglas de juego dirigido a facilitar y ensanchar la interacción social, y específicamente el intercambio en el mercado el cual se identifica como el espacio central donde los individuos pueden desarrollarse generando a su vez progreso económico vía mayores cuotas de crecimiento. El derecho aquí es un instrumento para los actores sociales antes que para el Estado. Lo que es más, el marco jurídico no se considera necesariamente como una producción estatal. Si bien este debe proveer el mínimo institucional básico de reglas de juego, existen también instituciones informales (mecanismos de reputación, formas de solución de conflictos etc) que a nivel micro pueden limitar la incertidumbre y ser aun más eficientes en términos económicos comparados con el derecho del Estado:

“Un aspecto central del trabajo de escritores como North es el reconocimiento de que las instituciones informales (además de las leyes y organizaciones formales) pueden jugar un importante rol en determinar los costos de hacer negocios tanto como las formales”...”.Es la mixtura de reglas formales y normas informalesla que da forma al desempeño económico. Mientras las reglas pueden ser cambiadas de la noche a la mañana, las reglas informales usualmente cambian solamente de manera gradual.³⁶

³⁰ North, 1993a p 17, *Op Cit.*

³¹ *Ibid.* p. 20.

³² *Ibid.*

³³ Para un análisis en detalle de los vínculos entre instituciones y desarrollo económico y a parte de los trabajos de Douglas North pueden verse Harris, Hunter y Lewis: *The Nei and Third World Development*. Routledge, 1995; Clague Christopher: *Institutions and Economic Development*. John Hopkins University U Press, 1997; Wiesner y Picciotto: *Evaluation and Development. The institutional Dimension*. Banco Mundial, 1998 y Colyn Leys: *The Raise and Fall of Development Theory*. Ed Indiana/Currey, 1996.

³⁴ La noción de costos de transacción es fundamental para el análisis económico expresado en la Nueva Economía Institucional inspirada en Coase. Se entienden como tal el “esfuerzo económico que los agentes deben hacer para intervenir en el sistema de transacciones regladas en un mercado específico.”.....estos “ se pueden subdividir en tres órdenes de elementos: costes de información, costes de negociación y costes de vigilancia y ejecución (entendido como la fuerza necesaria para imponer el cumplimiento de los contratos)” El gran papel de las instituciones en toda sociedad es descender tales costos a fin de hacer el intercambio mercantil mas ágil, impersonal y extendido. Vease Yañez César (1998): **Antecedentes y aportes del neo-institucionalismo económico**. Documento Electrónico. Pagina Web www.iigov.org/pnud.

³⁵ Para una exposición en detalle de lo anterior puede verse Burgos German: *El Banco Mundial y su análisis del poder judicial: De que Estado de derecho nos habla el Banco Mundial?*. p 55-56 Documento Borrador. Octubre, 1999.

³⁶ Eggertson Thrainn, North Douglas C: *Empirical Studies in Institutional Change*. Cambridge University Press, 1996.

En el mismo sentido y en términos de Perry: “Entrepreneurs take refuge in the law when the benefits to be gained from doing so outweigh the costs. It is not laws and the legal system per se which concern business people, but rather their aim is to find the most efficient, comfortable and profitable arrangement for the transactions at hand... Businesses may avoid formalizing their relationship

Al hablar de normas informales se hace referencia entre otras, a las extensiones y modificaciones de normas formales, normas de conducta sancionadas socialmente o aceptadas internamente. Estas son transmitidas vía la cultura antes que producidas por una autoridad central y cumplen el papel de garantizar el intercambio entre los actores económicos.³⁷ Las instituciones informales son un producto social espontáneo incontrolable y de cambio gradual sobre el cual se constituyen las instituciones formales legales.³⁸

El peso otorgado a las instituciones informales generadas espontáneamente por la sociedad apunta críticamente al corazón de la teoría instrumental anotada en el anterior numeral. No basta con la adopción de las instituciones jurídicas del mundo desarrollado por parte del mundo en desarrollo como sugería el “law and development movement”. Por el contrario debe tenerse en cuenta el peso de las instituciones informales cuya importancia es igual a la del marco formal.³⁹

or using the legal system to resolve their disputes for reasons unconnected with the estate of the formal legal systems, like policy fluctuations and business culture.”

PERRY J Amanda: *International Economic Organizations and the Modern Law and Development Movement* en Seidman Robert y Seidman Ann: *Making Development Work: Legislative Reform for Institutional Transformation and Good Governance*. Kluwer Law International, p 26, 1999).

³⁷ NORTH Douglas C: *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico*. Ed Fondo de Cultura Económico. México, 1993.

³⁸ La relevancia de tales instituciones informales radica en los efectos económicos de su existencia antes que en cualquier referencia de validez o relación con el sistema jurídico formal. En palabras de North: “el que las limitaciones informales sean importantes en sí mismas (y no simplemente apéndices de reglas formales) se puede observar partiendo de la evidencia de que las mismas reglas formales y/o constituciones impuestas a diferentes sociedades producen resultados diferentes”. North, 1993 *Op Cit*.

³⁹ En palabras de dos claros epígonos de esta corriente: “The implication is that transferring the formal political and economic rules of succesful Western market economies to third world and Eastern european economics is not sufficient condition for good economic performance” (Eggertson, 1997)

Cómo decidir entonces entre instituciones formales e informales pensando en la promoción del desarrollo?. No existe una respuesta del todo clara. Con todo, dado que las soluciones regulatorias no son una prerrogativa estatal éstas deben considerarse en comparación con las soluciones que ofrece el mercado o las instituciones privadas escogiendo aquella que sea más eficiente.⁴⁰ Como criterio útil en esta decisión algunos autores han aislado una noción de eficiencia desde la cual valorar la bondad de las diversos arreglos institucionales y en la práctica del sistema jurídico:

“Como hemos descrito antes la búsqueda de la eficiencia es una ejercicio de economización de costos de transacción evaluando varias instituciones incluyendo el mercado, el Estado y todas las instituciones entre ellos sobre bases comparativas para determinar las estructuras más eficientes.⁴¹ Es crítico notar que el ejercicio de economizar costos de transacción no se queda simplemente en la predictibilidad o estabilidad weberiana; ni necesariamente busca la claridad de los derechos. Antes, este complejo ejercicio busca regulaciones que

“Followers of Coase would say that intitutions, such as courts, matter economically in the actual costs and benefits they create for business, not in their compliance with ideal forms. It is not necessarily true that “ societies that are not ruled by transparent laws and consistent enforcement should be.” (Perry, 1999 *Op Cit*).

⁴⁰ Así por ejemplo Perry: “Formal institutions must be assessed according to their effect on the efficiency of economic transactions, rather than on the extent of their resemblance to rational Western norms of law and jurisprudence.” (Perry, 1999, op cit p 28) En relación con la escogencia del mejor marco de regulación para el mercado de seguros en los países en desarrollo Trachman plantea en igual sentido: “It might compare these legal regimes, however, with a non legal approach that lets markets decide whether to allow insider trading or allows self regulator organizations to regulate this conduct...” Trachtman Joel P (1996): *The applicability of Law and Economics to Law and Development: The case of financial law en Emerging Financial markets and the role of International Organizations*. London, Kluwer Law International.

⁴¹ Para una aproximación desde la filosofía del derecho al criterio de eficiencia económica puede verse Fletcher, *Basic Concepts of Legal Thought*. Ed Oxford Press University. 1996.

puedan tanto anticipar o facilitar transacciones asignativas privadas: esto permitirá a las personas entrar más fácilmente a la sociedad a cumplir sus objetivos.”^{42, 43}

En conjunto, la perspectiva en estudio transforma la discusión de la relación derecho y desarrollo basado en los aportes del análisis económico.⁴⁴ Un marco jurídico básico es prerrogativa del Estado especialmente a través de un poder judicial fuerte que garantice los derechos de propiedad, el cumplimiento de los contratos y la acción limitada del gobierno. Con todo, aquel no cuenta con el monopolio en la producción de regulaciones con fines económicos y además se encuentra sometido a criterios externos de eficiencia económica a la hora de valorar la importancia o sentido de su intervención vía el derecho. El marco jurídico concebido como reglas de juego y no como programas de acción se encuentra aquí sujeto a criterios no políticos.

Para los proponentes de esta aproximación, su mirada predominantemente económica y neutral justifica y explica su superioridad frente al instrumentalismo del movimiento derecho y desarrollo.⁴⁵ De un lado, el derecho no es un instrumento en manos del Estado generalmente en contravía de las formas de organización de orden social. El marco

jurídico en cuanto arreglo institucional es un facilitador que concurre con arreglos informales en generar predicibilidad y el desarrollo de la iniciativa privada. De otro lado los impactos de los arreglos institucionales formales e informales deben analizarse empíricamente con el fin de valorar su eficiencia. Ello permite evitar la translación etnocéntrica de instituciones del mundo desarrollado en cuanto lo importante de las instituciones no es su parecido con los modelos de los países ricos sino su impacto en generar predicibilidad y facilitar la interacción social.⁴⁶

A pesar de su apabullante vigencia, los anteriores planteamientos enfrentan varias críticas. En primer lugar existe el temor de terminar subordinando el estudio y aplicación del derecho a la lógica del análisis económico, perdiendo con ello su autonomía y la posibilidad de promover otros objetivos diferentes a los económicos.⁴⁷ En el mismo sentido Tshuma cuestiona la premisa según la cual el derecho debe interpelar a los hombres en cuanto maximizadores de beneficio aún a pesar de que tal comportamiento esta lejos de ser absolutamente cierto y además inhibe la posibilidad de que los sujetos se avengan a las normas como razones para la acción antes que como parte de un cálculo costo-beneficio.⁴⁸ Finalmente no está del todo claro por que si la sociedad es capaz de generar por sí misma arreglos institucionales eficientes informales, debe otorgarse al Estado y al marco jurídico por el proveído un gran papel en la generación de dicho orden espontáneo.⁴⁹

⁴² TRACHMAN, 1996, p. 46 *Op cit.*

⁴³ La diferencia como se expresa la preocupación por la predicibilidad legal en los análisis hasta aquí valorados, se trasluce igualmente en la forma misma de entender las condiciones básicas de funcionamiento del mercado. Joan Prats expresa por ejemplo las particularidades en la definición de los derechos de propiedad a partir de la NEI: “Es necesario advertir que el concepto de derechos de propiedad que maneja el análisis económico de las instituciones no se corresponde con el concepto jurídico. Para el neoinstitucionalismo económico, los “derechos de propiedad” incluyen todo derecho de un actor a la utilización, bajo cualquier forma, de un activo valioso. (Alchian:1965) El desafío que los derechos de propiedad plantean para la eficiencia económica no es solo el de su definición y garantía, sino, previamente, el de su asignación eficiente....”. Prats Joan: Instituciones y Desarrollo en América Latina. Mimeo. Pçag 15. Barcelona.

⁴⁴ Trebilcock, 1999 *Op Cit.*

⁴⁵ Al respecto ver Trachman, 1996 *Op Cit* y Perry, 1999 *Op Cit.*

⁴⁶ Este tipo de aproximación es utilizada parcialmente por el Banco Mundial y otros Instituciones Económicas Internacionales como el Banco Interamericano de Desarrollo, el Banco Asiático de Desarrollo etc. Para una referencia en tal sentido pueden verse (Perry, 1999. *Op cit.*)

⁴⁷ En tal sentido Faundez, 1997 *Op Cit.*

⁴⁸ Al respecto vease Tshuma Lawrence: The Political Economy of The World Bank's Legal Framework for Economic Development en Social & Legal Studies Vol 8, No 1, 1999.

⁴⁹ Al respecto Maccormick D Neil: Spontaneous Order and the Rule of Law: Some Problems en Ratio Juris. Vol 2. No 1, Marzo, 1989. Tambien Seidman 1999 *Op. Cit.* y Tshuma, 1998 *Op. Cit.*

4.3 El derecho es neutral para el desarrollo

Thomas Franck sostiene que el derecho es indispensable para todas las sociedades pero es neutral acerca del desarrollo y de las direcciones que este puede seguir. El derecho como tal no es bueno ni malo para el desarrollo y es ante todo un instrumento no imbuido per se de ninguna ventaja para él mismo:

“Más profundamente en nuestras mentes si no en nuestros corazones, nosotros conocemos que el derecho como tal ni es bueno ni es malo tanto para el desarrollo como para cualquier otra cosa”⁵⁰.

El autor en mención no ofrece información adicional sobre la neutralidad por el enunciada siendo su principal interés llamar la atención sobre la imposibilidad de enfrentar factores de orden económico, político y social vía las leyes. En su entendimiento son aquellos los verdaderos determinantes del proceso de desarrollo. Desde un punto de vista similar, los analistas inspirados en la teoría de la dependencia expresaron su escepticismo frente a cambios promovidos desde el derecho en cuanto no afectaban y tendían a ocultar las condiciones políticas y económicas especialmente internacionales que explicaban la pobreza y subordinación de la periferia.⁵¹ Para ellos la posible relación entre derecho y desarrollo se expresaba en términos de la garantía de un derecho al desarrollo como parte de una redefinición del orden económico internacional, fuente final de las condiciones de dependencia.⁵² Su reivindicación de tal cambio y su negación de la autonomía del derecho, fue una de las importantes críticas que dió al traste con el

movimiento “law and development” durante la década de los 70s.

CONCLUSIONES

La relación entre derecho y desarrollo económico, constituye hoy uno de los temas de la agenda de cooperación y reforma institucional del mundo en desarrollo. En este artículo hemos tratado de demostrar que esa relación se puede plantear de diversas maneras que no siempre son complementarias y en realidad denotan opciones diferentes de abordaje. Así, en un primer momento el derecho se entendió como un instrumento idóneo para expresar y obtener las metas del desarrollo. En otros términos, este análisis, que fundó la experiencia del movimiento derecho y desarrollo, confiaba en el cambio social vía la acción jurídica en diversos planos. Por su parte, bajo los lineamientos de la economía neoinstitucional, el sistema jurídico debe ofrecer un cuadro de incentivos adecuados para permitir un funcionamiento competitivo, abierto y eficiente de los mercados. En tal sentido, la garantía de la propiedad privada, de un régimen de contratos efectivo y de un poder judicial eficaz y eficiente, permitirán bajar los costos de transacción y permitir un mayor rol a los mercados en cuanto asignadores de los recursos. Finalmente en un extremo del debate se presentan las tesis que sostienen que el derecho no es ni un aliado ni un obstáculo para el desarrollo. Esta tesis sugestiva, sin embargo es más en enunciado que precisa de mayores desarrollos para una adecuada sustentación.

BIBLIOGRAFÍA

BANCO MUNDIAL. Doorways to Judicial Reform. Versión online: www1.worldbank.org/legal/legop-judicial.htm. Visitada 3-04-00.

_____. Judicial Reform in Latin America and the Caribbean. Proceedings of the World Bank Conference. Editado por Malcom Rowart y otros. Documento técnico del Banco Mundial No. 280. 1995

BERTIN, Hugo Dario. Subdesarrollo, Juridicidad y Anomia. (Comentario al libro

⁵⁰ FRANCK Thomas. Can american Law and legal institutions help developing countries? Thomas Franck. Wisconsin Law Review, 1972.

⁵¹ En tal sentido: Greenberg David F: Law and Development in Light of Dependency Theory en Research in Law and Sociology. Vol 3, 1980. Tambien Davids y Trebilcock, 1999 *Op Cit*.

⁵² Al respecto ver Carty Anthony (Ed): Law and Development. New York. N.Y. New York University Press, 1992.

- de Carlos Nino, *Un País al Margen de la Ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino.* en *Desarrollo Económico.* Vol 36, No 143 (Oct -diciembre, 1996).
- BONDZI-SIMPSON, Ebow. *The Law and Economic Development in the Third World.* Greenwood Publishing Group. Abril, 1992.
- BURGOS, Germán. *El Banco Mundial y su análisis del poder judicial: De que Estado de derecho nos habla el Banco Mundial?* Documento Borrador. Octubre, 1999.
- CARTY, Anthony (Ed). *Law and Development.* New York. N.Y. New York University Press, 1992.
- CLAGUE, Christopher. *Institutions and Economic Development.* John Hopkins University U Press, 1997.
- COLYN, Leys. *The Raise and Fall of Development Theory.* Ed Indiana/Currey, 1996.
- DAINTITH, Terence. *Law as Instrument of Economic Policy: Comparative and Critical Perspectives.* Berlin.1988.
- DOUGLAS, North. *The New Institutional Economics and Third World Development.* En: Harris John. 1993.
- EGGERTSON, Thrainn; NORTH Douglas C: *Empirical Studies in Institutional Change.* Cambridge University Press, 1996.
- FAUNDEZ, Julio. *Good Government and Law: Legal and Institutional Reform in Developing Countries.* St Martin Press. 1997.
- FLETCHER. *Basic Concepts of Legal Thought.* Ed Oxford Press University. 1996.
- FRANCK, Thomas. *Can american Law and legal institutions help developing countries?* Thomas Franck. *Wisconsin Law Review*, 1972.
- GRAY, Cheryl W. *La reforma de los sistemas juridicos en los paises en desarrollo y en transicion en Finanzas y Desarrollo*, Septiembre 1997.
- GREENBERG, David F. *Law and Development in Light of Dependency Theory en Research in Law and Sociology.* Vol 3, 1980.
- HARRIS, HUNTER y LEWIS. *The Nei and Third World Development.* Routledge, 1995.
- IGHAM, Barbara. *Economics and Development*, Ed McGrawHill, London,1995.
- KIRCHNER, Christian. *Interacción entre orden económico y orden jurídico con especial consideración de la nueva economía institucional.* En *Contribuciones.* Revista Ciedla y Fundacion Konrad Adenauer. Lima, 1998.
- KULCSAR, Kalman. *Modernization and Law.* Ed. Ademiai Kiado. Budapest, 1992.
- MACCORMICK, D. Neil. *Spontaneous Order and the Rule of Law: Some Problems en Ratio Juris.* Vol 2. No 1, Marzo, 1989.
- MERRYMAN, John Henry. *Comparative Law and Social Change: On the origins, style, decline & revival of the Law and development movement en Comparative Law and Social Change.*
- MESSICK, Richard. *Judicial Reform: A survey of the Issues.* World Bank Observer, Washington. 1999.
- MONCAYO, Victor Manuel. *Sobre la naturaleza del derecho como forma social de la dominación.* En: *Jurimprudencias No. 1* Ediciones ILSA. 1990.
- NORTH, Douglas C. (1993 a): *Institutions and Credible Commitment en Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)* 149/1 11-23.
- _____. *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico.* Ed Fondo de Cultura Económico. México, 1993.
- PALIWALA, y Adelman. *Law and crisis in the third world: African Discourse Series 4.* 1994.
- PEIDER, Konz. *The UNDP justice Programme in Latin America and the Caribbean: Areas of Intervention.* En: *Conferencia Internacioanl IGOS, NGOs and Rule of Law Construction: Some issues in Judicial Reform in Latin America.* Institute for Latin American Studies. University of London.
- PERRY, J Amanda. *International Economic Organizations and the Modern Law and Development Movement en Seidman Robert y Seidman Ann: Making Development Work: Legislative Reform for Institutional Transformation and Good Governance.* Kluwer Law International. 1999.
- PISTOR, Katharina. WELLONS, Philips: *The Role of Law and Legal Instituciones in Asian Economic Development.* En: *Página web del Banco Asiático de Desarrollo.* www.adb.org Visitada 20-03-00.
- REICH, Norbert. *Mercado y Derecho.* Editorial Ariel, 1987.

El derecho y su
impacto en el
desarrollo.
Líneas analíticas
dominantes

RICHARD, Abel. Capitalism and the Rule of Law: Preconditions of Contradiction? En *Law and Social Inquiry*. 1990.

SALAS, Luis. From Law and Development to rule of law: New and Old issues in justice reform in Latin America. 1999.

SEIDMAN, Robert. SEIDMAN, Ann. Making Development Work; Legislative reform for institutional Transformation and Good Governance. 1999.

SEIDMAN, Robert. The state, law and development. NY, St martin press, 1994.

SHERWOOD, Robert, Brunnetti E, *Et al.* Judicial Reform and Economic Performance en pagina web www.inform.umd.edu. Visitada 25-03-00.

STEFAN, Voigt. Making Constitutions Work: Conditions for Maintaining the rule of Law en *Cato Journal*. vol 18.

SWEDBERG R. The Economy and Law en Max Weber and the idea of economic sociology. Princeton Press. 1998.

TAMANAH, Bryan Z. The lessons of law and development studies. En: *American Journal of International Law*. Vol 89 1995.

TRACHTMAN, Joel P. The applicability of Law and Economics to Law and Development: The case of financial law en *Emerging Financial markets and the role of International Organizations*. London, Kluwer Law International. 1996.

TREBLICOCK, Michael y DAVIDS, William. What role do legal institutions play in development, version online. Páginia FMI www.imf.org/external/pubs/ft/seminar. Visitada 19-03-00

TRUBEK, David. Toward a Social Theory of Law: an essay on the study of law and development en *Yale Law Journal* 1972. Vol 4.

TSHUMA Lawrence. The Political Economy of The World Bank's Legal Framework for Economic Development en *Social & Legal Studies* Vol 8, No 1, 1999.

YAÑEZ, César. Antecedentes y aportes del neo-institucionalismo económico. Documento Electrónico. Pagina Web www.iigov.org/pnud. 1998

WEB Douglas. Legal system Reform and private sector development in Developing Countries en *Making Development Work*. 1999.

WIESNER y Piccioto. Evaluation and Development. The institutional Dimension. Banco Mundial, 1998.

