

---

# DERECHO Y DESARROLLO ECONÓMICO: DE LA TEORÍA DE LA MODERNIZACIÓN A LA NUEVA ECONOMÍA INSTITUCIONAL

---

*Germán Burgos Silva\**

## INTRODUCCIÓN

La relación entre derecho y desarrollo económico atrae de nuevo 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), junto con diversos gobiernos y organizaciones privadas del mundo desarrollado han resaltado la importancia de establecer un marco legal y judicial que haga posible el progreso económico a través de la acción del mercado<sup>1</sup>. En igual sentido, el análisis académico, sobre todo en el ámbito de la economía, viene explorando los vínculos entre derecho y desarrollo, en especial las bases empíricas de su posible relación<sup>2</sup>.

La interacción entre derecho y desarrollo ha sido poco explorada en el marco propio de las disciplinas dedicadas a su estudio. Hasta hace poco, las teorías del desarrollo no prestaban atención específica al papel del sistema jurídico en los fines del desarrollo (Trebilcock y Davis, 1999). Por su parte, en la reflexión sobre el derecho, sólo cier-

\* Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Colombia. Analista asociado, Instituto Internacional de Gobernabilidad, Barcelona. Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad de Barcelona, [german.burgos@iigov.org](mailto:german.burgos@iigov.org) o [burgosil@yahoo.com](mailto:burgosil@yahoo.com). Agradezco los comentarios del árbitro externo de la *Revista de Economía Institucional*. Fecha de recepción: 7 de noviembre de 2001; fecha de aceptación: 25 de abril de 2002.

<sup>1</sup> Ver *Banco Mundial: Legal and Judicial Reform*, <http://www4.worldbank.org/legal/leglr/>; Trebilcock y William (1999); Peider (1999) y *The UNDP Justice Program in Latin America and the Caribbean: Areas of Intervention*, documento presentado en la conferencia internacional IGOS, NGOS.

<sup>2</sup> Ver, entre otros, Pistor y Wellons (2000); Seidman y Seidman (1999), y Trebilcock y Davis (1999).

tos análisis socio-jurídicos y de filosofía jurídica señalaron críticamente el papel del derecho moderno en la creación del mercado, remarcando en forma abstracta la relación connatural entre algunas instituciones jurídicas y la implantación y el desarrollo del modo de producción capitalista (Richard, 1990).

No obstante, la reflexión sobre los vínculos entre derecho y desarrollo surgió como preocupación específica desde mediados de los sesenta y se ha mantenido por la labor de sociólogos del derecho, economistas y teóricos del desarrollo. Los inicios de ese interés coincidieron con el “movimiento derecho y desarrollo”, que nació como parte de las políticas de ayuda al desarrollo impulsadas por el gobierno estadounidense en África, América Latina y Asia. Después de la crisis de ese movimiento, a comienzos de los setenta, algunos académicos del mundo en desarrollo continuaron esa reflexión, y sus esfuerzos se manifestaron en políticas fundadas en la apropiación de las instituciones jurídicas de los países desarrollados como estrategia promotora del desarrollo. El tema recobró prestancia en los años ochenta con los planteamientos de la Nueva Economía Institucional (NEI) y las políticas del Banco Mundial y demás bancos regionales de desarrollo, que llamaron la atención sobre la necesidad de constituir un verdadero Estado de derecho como condición para el desarrollo económico basado en el mercado (Rowat, Malik y Dakolias, 1995; North, 1995).

El presente escrito argumenta que la Nueva Economía Institucional, en cuanto fundamento teórico del actual interés por la relación entre derecho y desarrollo económico, renueva los términos del análisis y permite superar parcialmente algunas de las limitaciones que llevaron a la crisis del “movimiento derecho y desarrollo” en los años setenta. Sin embargo, el neoinstitucionalismo porta nuevos problemas por sus limitaciones para considerar en forma integral y compleja la institucionalidad jurídica y la relación entre individuos y normas.

Dividimos nuestra presentación en tres partes. En la primera hacemos una breve descripción de la oleada inicial de estudios sobre derecho y desarrollo, sus fundamentos teóricos, sus expresiones prácticas, sus resultados y las razones de su crisis. En la segunda comentamos la actual fase de interés por el papel de los sistemas jurídicos en el desarrollo económico, se analiza el impacto de la NEI en la fundamentación teórica de dicho interés y se mencionan los puntos en que supera, al menos en teoría, algunas limitaciones de la fase anterior. En la parte final mencionamos los problemas que la teoría de la modernización y la Nueva Economía Institucional dejan sin

resolver cuando se considera el papel del derecho en el crecimiento económico.

Nuestro enfoque analítico de los temas hace suyos los aportes de la teoría constitucional, la teoría del derecho y los análisis socio-jurídicos. Se diferencia entonces de las aproximaciones estrictamente económicas o sociológicas, pero no es un análisis jurídico formal interesado en la exégesis de las leyes. Además, como veremos más adelante, las alusiones al neoinstitucionalismo se concentran en la vertiente representada por los trabajos de Douglass C. North y la escuela de los derechos de propiedad, una de las varias tendencias de la NEI. Y nos referimos a esos trabajos en relación con la forma como se han integrado los planteamientos de esa vertiente en la concepción y el desarrollo de las agendas de acción que promueven el papel activo del Estado de derecho en el desarrollo económico.

### **EL ‘MOVIMIENTO DERECHO Y DESARROLLO’: EL SISTEMA JURÍDICO COMO INSTRUMENTO PARA EL PROGRESO ECONÓMICO Y SOCIAL**

La primera fase del interés académico y práctico en la relación entre derecho y desarrollo económico se expresó en el “movimiento derecho y desarrollo” (Salas, 1999; Ginsburg, 2000)<sup>3</sup>. Con este nombre se conoció el conjunto de iniciativas que durante la “década del desarrollo” y como parte de la agenda de democratización del tercer mundo -concebida especialmente en los Estados Unidos- buscaba vincular los sistemas de derecho al proceso de desarrollo económico, mediante acciones que transformarían las condiciones socioeconómicas a través del uso de las leyes.

Con ese interés se afirmó que los sistemas jurídicos cumplían dos funciones esenciales en el proceso de desarrollo: garantizar el marco jurídico para el funcionamiento del mercado, especialmente por medio de la garantía de los derechos de propiedad; además, las normas jurídicas, especialmente las de derecho público, debían encarnar las metas del desarrollo socioeconómico. En concreto, las normas jurídicas se convertían en proyecciones de una situación deseada en el futuro en forma de programas dirigidos a lograr ciertos objetivos socioeconómicos (Reich, 1987). Simultáneamente, el Estado, actor

<sup>3</sup> Esta expresión es la traducción común y casi literal de lo que en la academia estadounidense se conoció como Law and Development Movement. La denominación de “movimiento” abarca un conjunto de diversas iniciativas, especialmente prácticas, emprendidas por diversos autores para integrar el uso de las leyes como medio de transformación socioeconómica.

central del proceso de desarrollo, adoptaba el sistema jurídico como herramienta para cumplir los fines del progreso económico y social.

Las formas de vincular el derecho al desarrollo, es decir, de usarlo para crear condiciones institucionales favorables para la acumulación privada, integrar las metas socioeconómicas y promover cambios deseados por el Estado, se derivan en buena parte de los supuestos teóricos que inspiraron este movimiento.

La atribución al derecho de la función de crear condiciones para el desarrollo de la acumulación capitalista retoma los aportes de Max Weber en su análisis del derecho racional moderno como elemento explicativo de la implantación del capitalismo en Europa (Trubek, 1972; Cao, 1997). Weber se propuso explicar por qué el moderno sistema industrial surgió en Europa y no en otras partes del mundo con iguales o mayores posibilidades económicas y comerciales. Centró su interés en aquellos aspectos de la sociedad europea que eran únicos y por tanto podían explicar el desarrollo del capitalismo. La principal diferencia era el marco de reglas legales concisas y relativamente libres de la interferencia religiosa y de otras fuentes de valores tradicionales. Las decisiones concretas se basaban en reglas universales, y la toma de decisiones no estaba sujeta a una intervención política constante<sup>4</sup>. Por ello, Weber sostuvo que el derecho europeo era más racional que el sistema legal de otras civilizaciones, altamente diferenciado o autónomo y construido en forma concisa, general y universal, lo que hacía posible enmarcar la acción privada en un marco debidamente predecible<sup>5</sup>.

Desde una lectura parcial de los anteriores planteamientos y en vista del impacto positivo del derecho racional moderno en el desarrollo del mercado capitalista, el “movimiento derecho y desarrollo” planteó que si el mundo en desarrollo adoptaba un sistema jurídico racional, autónomo, claro y estable, especialmente en el ámbito económico, habría un mejor funcionamiento de los mercados y estos generarían la riqueza necesaria para el desarrollo.

La confianza en el papel económico de las instituciones jurídicas se vio afianzada por los aportes de la teoría de la modernización, la que a su vez añadió la idea de que los sistemas jurídicos eran un

<sup>4</sup> Los planteamientos weberianos han sido siempre cuestionados a la luz de los vacíos de su análisis del “problema inglés”. A pesar de que Inglaterra nunca se ajustó a su tipo ideal de derecho formal racional, fue de lejos la experiencia más exitosa de desarrollo del capitalismo en Europa occidental. Para un tratamiento profundo y exhaustivo del tema, ver Swedberg (1998).

<sup>5</sup> En palabras de Trubek (1972, 222) que evocan a Weber: “El fracaso de otras civilizaciones para desarrollar una ley racional ayuda a explicar por qué sólo en Europa pudo surgir el capitalismo industrial moderno”.

instrumento clave para el cambio social. Y se concibió entonces que el desarrollo, especialmente el social y el político, de una sociedad pasaba por la superación de un conjunto de etapas cuya etapa final debía permitir la racionalización, expresada en el paso de lo particular a lo general, el reemplazo de la adscripción social basada en el afecto a una sociedad basada en la promoción de los logros individuales, la construcción de un proyecto nacional que permitiera superar las divisiones étnicas o sociales y la conformación de un marco democrático que hiciera posible el pluralismo y la competencia política, lo que requería una población movilizadada como producto de una mayor educación (Tamanaha, 1999).

Para lograr estos objetivos de transformación social era necesario establecer instituciones jurídico-políticas adecuadas. En general, estas correspondían a las que se habían creado en los países del primer mundo, y se pensaba que constituían un instrumento esencial para avanzar en el proceso de modernización que, como ya se mencionó, se veía como un curso natural y obligatorio de diversas etapas de desarrollo (Ginsburg, 2000; Chibundu, 1997; Adelman y Paliwala, 1994; Kulcsar, 1992).

Esta implementación del derecho como instrumento de la modernización fue complementada por la incorporación de metas socioeconómicas en el sistema jurídico, idea inspirada por la escuela de Sociological Jurisprudence ligada al realismo legal nacido en los Estados Unidos. De acuerdo con esta idea, el sistema legal reconoce y protege los intereses sociales como respuesta a demandas sociales o en beneficio de personas, grupos e instituciones. El derecho debe ser por tanto administrado, interpretado y aplicado en tal forma que garantice el logro de los objetivos que expresa o implica. El derecho se vio como un medio adecuado para la reforma social en cuanto encarnaba tales intereses.

Cabe señalar que además de los fundamentos teóricos antes enunciados, la concepción del sistema jurídico como instrumento de ingeniería social coincidía plenamente con el modelo de desarrollo dominante en aquel entonces. En efecto, en aquellos días se pensaba que el Estado era el principal actor y el responsable del proceso de desarrollo nacional. Esta función se expresaba en la planeación estatal de la economía, en la promoción y la confianza en las empresas estatales como actores económicos, en el control y la regulación de la empresa privada y en la limitación de las relaciones económicas con el exterior (Salacuse, 1999). En ese contexto, el derecho público incorporó los objetivos del desarrollo, lo que provocó la “decadencia” del derecho privado. La libertad contractual y la propiedad privada se

limitaron legalmente y el peso de la regulación recayó en las leyes sobre las empresas públicas, los decretos de nacionalización, la regulación de precios y el control de cambios.

#### CRISIS Y AGOTAMIENTO DEL ‘MOVIMIENTO DERECHO Y DESARROLLO’

El empleo del sistema legal para promover el desarrollo se expresó en un variado espectro de proyectos de reforma de la enseñanza legal, que trasplantaban el modelo educativo de las *law schools* basado en el método socrático, el *test case* y el uso instrumental del derecho (Merryman, 2000; Gardner, 1980)<sup>6</sup>. El objetivo de este vuelco de la enseñanza del derecho era formar una nueva generación de abogados que, con un perfil de ingenieros sociales, pudieran usar sus conocimientos en forma creativa para resolver problemas socioeconómicos, y promover y dirigir el cambio en los ámbitos público y privado. A este esfuerzo contribuyeron importantes facultades de derecho de los Estados Unidos, que recibieron profesores latinoamericanos jóvenes y enviaron profesores para hacer investigaciones de campo en materias como la enseñanza del derecho y el perfil de los abogados<sup>7</sup>.

Hay que señalar que el mismo derecho, en cuanto objeto de estudio y campo de práctica de los operadores jurídicos, fue transformado como producto de los planteamientos del “movimiento derecho y desarrollo”. En particular se modificó la visión acerca de su origen, su lógica interna y su función social. En cuanto al origen, se tendió a identificar el derecho con la ley establecida y aplicada por las instancias estatales. En cuanto a su textura interna, la ley se concibió como instrumento e incorporó fines sustantivos que alteraron su carácter meramente formal y lo sometieron a conceptos y principios abiertos que lo hicieron más variable, contingente y susceptible de interpretaciones más discrecionales (Reich, 1987). Por último, la legalidad encaminada a fines se entendió como capacidad para transformar la realidad o, en otras palabras, para producir cambio social.

Los proyectos impulsados por este movimiento se llevaron a cabo principalmente en la década de los sesenta, y se mantuvieron durante el primer quinquenio de los setenta, cuando entraron en crisis y fue-

<sup>6</sup> El “método socrático” consistía en una mayor participación e intercambio entre profesores y alumnos, y se propuso como medio para superar el método magistral predominante en las facultades de derecho de América Latina. Los *test cases* buscaban enseñar el derecho con base en el estudio de casos y no sólo mediante la simple memorización de las leyes y normas escritas en los códigos.

<sup>7</sup> Esos proyectos se realizaron en varios países de África, Asia y de América Latina. En este continente, Chile, Colombia, Costa Rica y Brasil concentraron gran parte de las iniciativas.

ron a la postre abandonados. El reflujo fue producto de las críticas internas de sus promotores y de los escasos resultados de sus programas (Burg, 1977). Las críticas y limitaciones más importantes fueron las siguientes:

1. El “movimiento derecho y desarrollo” no tenía una teoría sistemática y elaborada que permitiera analizar el papel del derecho en el desarrollo. Fue ante todo un movimiento interesado en los aspectos prácticos, que se podían expresar en proyectos, más que en la creación de una teoría (Merryman, 1977). Y los proyectos que impulsó nunca tuvieron una definición clara y acotada de qué se entendía por derecho ni de cuáles eran sus áreas de especialidad. La definición analítica del sistema jurídico era excesivamente amplia y por tanto, vaga y poco operativa (Merryman, 2000; Rodríguez, 2000).

Otro tanto ocurrió con la definición del desarrollo, que nunca se especificó claramente y en la práctica fue remplazada por llamados generales al cambio social<sup>8</sup>. Y bajo el influjo de la teoría de la modernización, este se identificó con el tránsito sucesivo y evolutivo por etapas cuyo cumplimiento ordenado llevaría indefectiblemente al desarrollo. Esa concepción era muy frágil y simplista desde el punto de vista teórico y en la práctica no permitió alcanzar los niveles deseados de desarrollo (Bondzi-Simpson, 1992; Seidman, 1994; Trubek, 1972).

2. El instrumentalismo jurídico suponía un mundo ideal donde no había interacción entre quienes establecían las normas y quienes las recibían, un mundo ideal en donde los ajustes de las normas eran simples reacciones al cambio de objetivos (Kirchner, 1998). El análisis sociológico del derecho ha mostrado que el racionalismo constructivista implícito en la idea de transformar la realidad mediante la legislación olvida que la aplicación de las leyes es un proceso complejo, condicionado por los recursos disponibles, determinado por la cultura legal de los operadores jurídicos y de los miembros de la sociedad, y afectado por la continua reinterpretación de las normas a cargo de estructuras burocráticas.

3. El excesivo interés en el uso instrumental del derecho en detrimento de su función como límite del poder estatal llevó en la práctica a que fuera usado en forma elitista y politizada por los actores socia-

<sup>8</sup> “En 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 se articula e impone este diseño consciente a la población; el derecho moderno es el instrumento a través del cual los objetivos del desarrollo se traducen en normas ejecutables de carácter específico. Cuanto más efectivamente dichas normas definan y canalicen el comportamiento, mayor será la probabilidad de que el crecimiento económico tenga lugar” (Trubek, 1972, 7).

les más poderosos, lo que acentuó la confusión tradicional, especialmente en América Latina, entre derecho y política (Gardner, 1980).

4. Los proyectos vinculados al “movimiento derecho y desarrollo” fueron concebidos con un marcado carácter etnocéntrico que promovía un modelo de orden jurídico basado en el trasplante de instituciones jurídicas provenientes sobre todo de los Estados Unidos. El intento de trasplantar los métodos de enseñanza legal y las reformas legislativas no sólo encontró la resistencia de muchos grupos importantes para llevar a cabo los proyectos de desarrollo, sino que desde un comienzo no tuvo en cuenta las condiciones específicas de los países receptores (Adelman y Paliwala, 1994).

5. Desde el punto de vista teórico, era muy simplista considerar el desarrollo como una sucesión de etapas de evolución que se recorrerían inevitablemente cuando se estableciera un marco jurídico, que en abstracto se juzgaba el más correcto (Bondzi-Simpson, 1992; Seidman y Seidman, 1994; Trubek, 1972).

6. La excesiva confianza en el papel del Estado y en el derecho promulgado por el Estado ahogaba las formas de regulación nacidas espontáneamente de la sociedad.

7. En cuanto a los resultados, las facultades de derecho no adoptaron el método socrático ni el estudio del derecho con base en el análisis de casos de enseñanza como formas de enseñanza predominantes. En las facultades de derecho hubo mucha resistencia de los grupos establecidos que defendían sus tradiciones y sus intereses, y de los grupos de izquierda, en aquella época muy beligerantes e identificados en su actitud crítica contra los Estados Unidos (Salas, 1999).

A pesar de las críticas y del fracaso final, el “movimiento derecho y desarrollo” fue la primera gran elaboración sobre la relación entre derecho y desarrollo económico. Como ya vimos, esta elaboración fue el resultado de una aproximación esencialmente práctica, promovida desde los Estados Unidos y basada en la teoría de la modernización, el realismo legal norteamericano y una lectura parcial de los escritos de Weber sobre el papel del derecho formal en el desarrollo del capitalismo europeo.

Su carácter de referente ineludible ha sido reconocido en escritos recientes sobre el papel económico de las instituciones jurídicas, cuyos autores dialogan y se distancian de esa primera experiencia (Messick, 1999; Eggertson y North, 1996). Además, como veremos más adelante, el actual interés en el estudio de los efectos del Estado de derecho sobre el desarrollo puede llevar a la superación de las limitaciones del “movimiento derecho y desarrollo”.

## **DERECHOS DE PROPIEDAD, CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS Y CRECIMIENTO ECONÓMICO: EL DERECHO COMO INCENTIVO Y FACILITADOR DEL DESARROLLO ECONÓMICO**

A comienzos de los años noventa se advirtió la importancia de reconsiderar el papel de las instituciones jurídico políticas en el crecimiento económico orientado por el mercado, especialmente en algunas instituciones financieras internacionales<sup>9</sup>. A partir de allí se logró un consenso en el que concurrieron diversos factores teóricos y prácticos. En primer lugar, la evaluación de los programas de ajuste constató sus deficientes resultados en términos de un mayor y mejor crecimiento de los países en desarrollo. Una de las razones de este magro desempeño fueron los vacíos y limitaciones del marco institucional existente, que no propiciaba el funcionamiento eficiente de los mercados (Banco Mundial, 1992; Weder, 1996). En el nivel teórico, los avances en la teoría del desarrollo destacaron la importancia del marco institucional, formal e informal, como premisa del proceso de desarrollo y como factor explicativo de las experiencias económicas exitosas, especialmente en las del sureste asiático (Igham, 1995).

Desde esta nueva perspectiva, el Estado de derecho se convierte en una precondition institucional para el desarrollo económico<sup>10</sup>. A éste corresponde crear las condiciones para que el sistema legal sea predecible en cuanto aclara y garantiza los derechos de propiedad y da un respaldo institucional para el debido cumplimiento de los contratos privados y públicos. Además, debe brindar condiciones de estabilidad legal mediante un marco efectivo para la división de los poderes públicos cuyo buen funcionamiento, en particular a través de un sistema judicial activista, dé credibilidad a las políticas y regulaciones de los gobiernos. En suma, como veremos en detalle, un cuadro institucional de ese tipo debe reducir los costos de transacción y, con ello, facilitar y ampliar las transacciones del mercado<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> El Banco Mundial fue sin duda el animador inicial de este nuevo interés por el papel del marco legal en el desarrollo económico (Banco Mundial, 1992 y 1997). Hoy sigue siendo líder en la producción de conocimiento sobre el papel económico del Estado de derecho y en el apoyo económico a las reformas institucionales, en particular a las reformas del sistema judicial. Por supuesto existen otras entidades internacionales que impulsan y proporcionan recursos para las reformas legales y judiciales, entre ellas el PNUD, el BID, el BERD, así como organizaciones de cooperación bilateral: US-AID, GTZ, ASDI y AECI.

<sup>10</sup> Para el Banco Mundial, “el Estado de derecho no es un fin en sí mismo, y su integración dentro de la visión del banco está asociada a que establezca un conjunto de preconditiones para el desarrollo económico” (Rigo, 1991, 3).

<sup>11</sup> “La estabilidad y la predecibilidad asociadas al Estado de derecho buscan crear un clima en donde se evalúe racionalmente el riesgo de los negocios y se

## LA NEI Y LOS FUNDAMENTOS DE LA NUEVA OLA DE DERECHO Y DESARROLLO

En la visión actual del papel del sistema jurídico en el desarrollo económico han influido los aportes de la Nueva Economía Institucional y, en particular, los trabajos históricos del premio Nobel de economía Douglas C. North<sup>12</sup>. Para estos autores, 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 incertidumbre o, en otros términos, hacer más predecible la conducta humana y reducir los costos de transacción (North, 1993b, 11-23). En otras palabras, las instituciones son reglas de acción que canalizan las conductas y estabilizan las expectativas y las normas sociales (Pritzl, 2000).

Las instituciones influyen en el desarrollo económico en cuanto aclaran y garantizan los derechos de propiedad<sup>13</sup>. Según este planteamiento, los derechos de propiedad constituyen un paquete de facultades legales intercambiables libremente, de las cuales depende la transformación de los activos negociables en capital. Por tanto, el contenido de los derechos otorgados está determinado por el marco económico y político vigente o por la manera de regular este tipo de derechos. Toda injerencia o cambio en los derechos de propiedad afecta la asignación de los recursos, la composición de los bienes que se producen y la distribución de los ingresos.

La injerencia del Estado en los derechos de propiedad puede reducir su valor si, por ejemplo, limita el margen de decisión de los individuos con imposiciones, reglamentos u otras disposiciones. En

reduzcan los costos de las transacciones” (ibíid). De acuerdo con Shihata (1993), “La *rule of law* en el sector privado es una precondition para el desarrollo sectorial. Da certeza y predecibilidad... lidera la baja de los costos de transacción y el acceso al capital”.

<sup>12</sup> En palabras de Ginsburg (2000): “Así como la visión de Weber inspiró al primer movimiento de derecho y desarrollo en los 60 y 70, las ideas de North han tenido gran influencia en las agencias de desarrollo durante la ‘segunda ola’ de derecho y desarrollo de los 90... Esta perspectiva se ha convertido en una nueva ortodoxia en los programas de derecho y desarrollo a nivel mundial”, ver Tshuma (1999) y Faundez (1997). Cabe señalar que la Nueva Economía Institucional está integrada por distintas tendencias, énfasis y direcciones diferentes no siempre coherentes o complementarias. Como ya se indicó, el presente escrito se concentra en los análisis micro, especialmente en los trabajos de North y la escuela de los derechos de propiedad. Hecha esta salvedad, utilizamos en forma genérica el término NEI.

<sup>13</sup> “El surgimiento de instituciones políticas que establezcan derechos de propiedad eficientes y garanticen su cumplimiento efectivo es un elemento clave del crecimiento económico. North cree que hay una amplia diferencia en la certeza y efectividad en el cumplimiento de los contratos entre el mundo occidental y los países en vías de desarrollo” (Igham, 1995).

cambio, su valor aumenta si una menor intervención incrementa los derechos de cada propietario (Pritzl, 2000).

Las instituciones jurídico-políticas son por tanto las que garantizan las condiciones que hacen posible el intercambio y valor de los derechos de propiedad. Deben entonces regular de manera clara los derechos de propiedad, establecer y garantizar la libertad contractual y establecer un régimen de división y control mutuo entre los poderes públicos. La aplicación de ese marco legal recae especialmente sobre las instituciones judiciales, que para cumplir su función institucional deben ser independientes, eficientes, eficaces y accesibles (Sherwood, Shepard y Celso, 1994; Sherwood, 1997).

De acuerdo con la NEI, se requiere un marco institucional de ese tipo porque las instituciones determinan total o parcialmente la conducta de los individuos, en cuanto resultado de sus preferencias individuales y de las estructuras institucionales que limitan esa conducta (Pritzl, 2000). Las instituciones inducen ciertos comportamientos porque excluyen o sancionan los actos socialmente indeseables e incentivan los que se juzgan deseables. Puesto que las preferencias individuales de los agentes económicos tienden a ser estables y constantes, “una conducta específica de los individuos se puede remitir a los incentivos institucionales existentes y a la inversa, en presencia de ciertos alicientes institucionales también se puede predecir la tendencia de la conducta” (ibíd., 36) En palabras de (North, 1993b, 17, 20):

La estructura institucional proporciona los incentivos que dictan las clases de habilidades y conocimientos percibidos para la maximización de resultados... Las economías exitosas han estado vinculadas históricamente a la evolución de gobiernos representativos y derechos de propiedad asegurados por el Estado de derecho... Quiero atribuir un papel mucho más fundamental a las instituciones en las sociedades;... son el determinante subyacente del desempeño de las economías.

Sin embargo, el marco jurídico formal no es el único ni el principal elemento institucional generador de predecibilidad. Aunque debe establecer las reglas básicas de juego, existen también las instituciones informales (mecanismos de reputación, formas de solución de conflictos, etc.) que limitan la incertidumbre en los niveles micro y pueden ser económicamente más que el derecho del Estado.

Un aspecto central en los trabajos de autores como North es el reconocimiento de que las instituciones informales (además de las leyes y las organizaciones formales) pueden desempeñar una función tan importante en la determinación de los costos de las transacciones como las instituciones formales. Lo que da forma al desempeño eco-

nómico es la combinación de las reglas formales y de las normas informales. Mientras que las reglas se pueden modificar de la noche a la mañana, las normas informales suelen cambiar en forma gradual (Eggerstson y North, 1996)<sup>14</sup>.

Cuando se habla de normas informales se hace referencia a las extensiones y modificaciones de las reglas formales, y a normas de conducta aceptadas socialmente o por determinados grupos sociales. Se transmiten a través de la cultura en vez de ser elaboradas por una autoridad central, y cumplen el papel de garantizar el intercambio entre los actores económicos (North, 1993a). Las instituciones informales son un producto social espontáneo incontrolable, cuyo cambio es gradual, y sobre las cuales se construyen las instituciones formales legales<sup>15</sup>.

En los estudios sobre las instituciones informales a veces se pregunta en qué condiciones pueden remplazar a las instituciones formales. Aunque no hay una respuesta clara y comúnmente aceptada, diversos autores indican que la promoción y la misma existencia de las instituciones formales e informales se debe evaluar teniendo en cuenta criterios de eficiencia.

Como ya mencionamos, la búsqueda de la eficiencia se refiere a la reducción de costos de transacción así como a la comparación de las diversas instituciones, incluidos el mercado y el Estado, para determinar cuáles son más eficaces para lograr esa reducción. Es importante señalar que la reducción de los costos de transacción no se limita a la predecibilidad o estabilidad weberiana ni a la clarificación de los derechos de propiedad. Incluye el diseño de regulaciones que permitan anticipar las conductas y facilitar las transacciones privadas; lo que facilita a los agentes económicos el cumplimiento de sus objetivos (Trachtman, 1996).<sup>16</sup>

<sup>14</sup> En un sentido similar, dice Perry: "Los empresarios se refugian en la ley cuando los beneficios que pueden alcanzar sobrepasan los costos. No son las leyes y el sistema legal per se los que preocupan a los negociantes, su objetivo es encontrar el arreglo más eficiente, confortable y rentable para sus transacciones... Los negocios pueden evadir la formalización de sus relaciones o la utilización del sistema legal para resolver sus disputas por razones no asociadas con los sistemas legales, sino en razón de las fluctuaciones políticas y los ciclos de negocios" (Perry, 1999, 26).

<sup>15</sup> La importancia de las instituciones informales radica en sus efectos económicos antes que en su legitimidad o en su 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" (ibíd.).

<sup>16</sup> "Las instituciones formales se deben evaluar de acuerdo con su efecto sobre la eficiencia de las transacciones económicas, y no según la forma en que se asemejen a las normas y a la jurisprudencia del derecho racional occidental" (Perry, 1999).

## **Fundamentos teóricos del análisis económico de las instituciones jurídicas**

La definición y las funciones que se atribuyen a las instituciones se entienden mejor si consideramos los supuestos teóricos y metodológicos básicos del análisis económico propuesto por la NEI (Medema, 1998). En primer lugar, el neoinstitucionalismo y en general el análisis económico de las instituciones consideran endógenos los procesos de toma de decisiones y los incluyen como variables de la ciencia económica, resaltando el carácter y los efectos económicos de toda decisión política o jurídica (Mercado, 1994).

En segundo lugar, su enfoque de las instituciones acepta el individualismo metodológico y la maximización de la utilidad característicos de la economía neoclásica. No obstante, reconoce que los individuos no tienen toda la información necesaria para maximizar eficientemente, que actúan en forma oportunista y que su participación en el mercado tiene altos costos de transacción.

La escuela de los derechos de propiedad concentra su interés en la noción de costos de transacción y en ella funda la importancia de las instituciones en el proceso de crecimiento económico. Para que el mercado funcione en forma adecuada, es indispensable que haya un derecho preciso, exclusivo y libremente transferible sobre el objeto de intercambio, o en otras palabras, un derecho de propiedad. De lo contrario, los costos de negociación involucrados en la asignación y distribución de los recursos serían prohibitivos y el mercado podría fracasar como sistema eficiente de asignación. En suma, el mercado es un mecanismo costoso; la negociación, un acto que tiene costos, y estos costos pueden ser tan altos que hagan imposible el funcionamiento del mercado <sup>17</sup> (ibíd.).

Como los costos de transacción tienden a ser positivos, la racionalidad es limitada y puede haber oportunismo en el cumplimiento de los contratos. Las instituciones, entre ellas las jurídicas, han sido creadas para hacer manejables estas limitaciones y así mejorar la asignación de los recursos de una sociedad. Las respuestas institucionales

<sup>17</sup> La noción de costos de transacción es fundamental en el análisis económico de la vertiente inspirada en los trabajos de Coase y corresponde al “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: costos de información, costos de negociación y costos de vigilancia y ejecución (entendidos como la fuerza necesaria para imponer el cumplimiento de los contratos)”. El gran papel de las instituciones en toda sociedad es el de reducir esos costos para que el intercambio mercantil sea más ágil, impersonal y extendido. Ver (Yáñez, 1998).

específicas a esas limitaciones se manifiestan en la clarificación legal de los derechos de propiedad, la vigilancia del cumplimiento de los contratos por el sistema de justicia y la predecibilidad y estabilidad de las reglas de juego mediante un sistema eficaz de pesos y contrapesos. En conjunto, estas respuestas conforman arreglos institucionales que permiten resolver los problemas mencionados y ofrecen un marco de incentivos que propicia la actividad privada.

La concepción de las instituciones jurídicas como marco de incentivos y guía de la conducta económica incorpora la idea, proveniente del análisis económico del derecho, de que las normas jurídicas son ante todo incentivos que deben favorecer los comportamientos más eficientes, así como la estructura de precios es la señal fundamental para el funcionamiento del mercado. El propósito del derecho es guiar el comportamiento más que resolver disputas. El sistema jurídico se convierte entonces en un sistema de incentivos y obstáculos que encauzan la conducta de los individuos hacia cursos de acción congruentes con los objetivos que ha de implementar el derecho (ibíd.).

El derecho influye en la conducta a través del impacto de las normas jurídicas sobre el cálculo de los costos y beneficios de los cursos de acción alternativos que se abren al individuo en virtud de las normas jurídicas. El problema esencial es entonces establecer un régimen legal que haga posible la orientación del comportamiento de los agentes, basado en la búsqueda de sus intereses personales, en la dirección prevista en el ordenamiento legal (ibíd.).

Por otra parte, el estudio del papel de las instituciones formales e informales en el desarrollo se funda en las investigaciones de historia económica de North, que ha analizado los factores de la conformación de las instituciones y la manera como estas influyen en el desempeño económico. Según él, el marco institucional está conformado por las leyes formales y por todos los arreglos institucionales informales que se manifiestan en las costumbres, tradiciones y valores. Para North (1993a), la existencia de instituciones formales e informales que protegen la propiedad y garantizan el cumplimiento de los contratos explica en buena parte el éxito de los países desarrollados.

El mercado en su conjunto es un saco mezclado de instituciones; algunas aumentan la eficiencia y otras la reducen. No obstante, al contrastar el marco institucional de países como Estados Unidos, Inglaterra, Francia, Alemania y Japón con los países del tercer mundo o con los del pasado histórico de las naciones industrializadas, queda en claro que este marco institucional es la clave del éxito relativo de las economías tanto en corte transversal como a lo largo del tiempo.

## LA NEI Y LA SUPERACIÓN PARCIAL DE LAS DEBILIDADES DEL 'MOVIMIENTO DERECHO Y DESARROLLO'

La Nueva Economía Institucional cambió los términos de la discusión sobre la relación entre derecho y desarrollo tal como la entendía el “movimiento derecho y desarrollo”. El sistema jurídico ya no se caracteriza por el hecho de incorporar fines u objetivos sino porque establece las reglas del juego para la acción económica. La búsqueda del cambio social como finalidad de las instituciones jurídicas es sustituida por la debida garantía de la propiedad privada y la ejecución judicial de los contratos privados y públicos. El derecho deja de ser un instrumento manipulable a discreción del Estado para convertirse en un límite del poder estatal, particularmente en el ámbito económico<sup>18</sup>.

Los aportes del análisis neoinstitucional permiten superar buena parte de los vacíos o limitaciones de la primera ola de derecho y desarrollo, como se indica en la lista siguiente.

1. A diferencia del movimiento de los sesenta, el movimiento actual tiene un fundamento teórico claro: el análisis económico de las instituciones que sigue las premisas de la Nueva Economía Institucional. En particular, los trabajos históricos de North constituyen la base de la investigación actual acerca de la protección legal de la propiedad y del cumplimiento de los contratos como incentivos institucionales para el mejor funcionamiento del mercado.

2. El análisis del papel de las instituciones jurídicas en el desarrollo económico basado en las premisas de NEI hace posible definir de manera más precisa los dos extremos de la relación. En contraste con la dudosa equiparación entre desarrollo y cambio social del primer “movimiento derecho y desarrollo”, la ola actual se refiere claramente al desarrollo económico tal como es posible medirlo por el crecimiento del PIB. Por su parte, el ambiguo concepto de derecho anterior ha sido delimitado en forma más clara y precisa por el interés específico en la reforma de los marcos legales para que el sistema

<sup>18</sup> Sin que forme parte de su fundamentación teórica, al menos en la forma como la hemos descrito, la nueva interpretación de la relación entre derecho y desarrollo coincide con el marco del actual modelo de desarrollo basado en el mercado. De hecho, la “apertura” de las economías al flujo de capitales externos y su incorporación activa al comercio internacional requiere un marco jurídico predecible y garante de los derechos de propiedad, el cual se convierte en un importante activo para la competitividad. La privatización y el impulso a la iniciativa privada como motor del crecimiento económico requieren un sistema jurídico “liviano” que proporcione las reglas de juego dentro de las cuales las personas y las organizaciones persigan sus propios intereses (Salacuse, 2000).

judicial pueda garantizar los derechos de propiedad y el cumplimiento de los contratos privados y públicos.

3. Las instituciones jurídicas son indispensables para hacer predecible y estable el comportamiento económico, especialmente a través del control del poder del Estado, mediante de su sujeción a la ley, la división de poderes y el control mutuo. De modo que el sistema jurídico hoy no se concibe como un instrumento del Estado para intervenir la economía, visión que en los setenta llevó al uso elitista y politizado del sistema jurídico.

4. La preocupación por la garantía eficaz de los derechos de propiedad y el cumplimiento de los contratos hace posible ir más allá del reformismo legal en que se expresaba el instrumentalismo jurídico. En los sesenta, las esperanzas se cifraron en la modificación de las normas sustantivas asociadas a diversos tipos de objetivos, sin prestar mayor atención a su eficacia. Hoy, además del ingrediente de las reformas legales, el interés se centra en las garantías institucionales para que las normas y su aplicación sean predecibles, y que esta última esté a cargo de un poder judicial independiente y profesional. El reformismo legal ha dado paso a la preocupación por la eficacia legal a través de la eficacia judicial.

5. La preocupación por la eficacia de las leyes ha desplazado el centro de los esfuerzos de reforma. Como ya se indicó, el sistema judicial se ha convertido en el eje de los cambios para fortalecer el Estado de derecho (Garth, 2000; Thome, 2000). Mientras que el “movimiento derecho y desarrollo” depositó la confianza de la transformación social en una nueva generación de abogados y abogadas nacida de la reforma de los estudios de derecho, hoy los jueces cobran protagonismo en cuanto garantes de la aplicación de la ley tanto a los particulares como a las acciones del Estado.

6. El reconocimiento de la importancia de las instituciones informales y de su influencia en los marcos formales hace posible entender y promover las formas de regulación social autónoma, un componente que fue ignorado por el “movimiento derecho y desarrollo”, que identificaba la institucionalidad jurídica con las normas promulgadas por el Estado. Hoy se concibe el marco jurídico como un arreglo institucional que facilita las transacciones y que concurre con los arreglos informales para incentivar la predecibilidad y el desarrollo de la iniciativa privada. Y, puesto que los efectos de los arreglos institucionales formales e informales se deben analizar empíricamente para valorar su eficiencia, no se justifica el traslado mecánico y etnocéntrico de las instituciones del mundo desarrollado, por cuanto lo importante no es imitar los modelos de los países desarrollados

sino hacer predecible y fácil la interacción social (Trachtman, 1996; Perry, 1999).

7. Por último, la NEI y en particular los trabajos de North muestran la importancia de ser cautelosos en los cambios institucionales que se perciben difíciles y sobre los que se sabe muy poco. Las instituciones formales se pueden modificar fácilmente mediante reformas legales y judiciales, pero la transformación institucional de fondo depende en gran parte de los patrones de comportamiento ligados a las instituciones informales. Estas últimas son las que indican verdaderamente las posibilidades de cambio institucional, pero su modificación es más difícil y lenta. Las instituciones informales que dificultan los cambios son las mismas que impiden el mero trasplante de códigos e instituciones del mundo desarrollado. La experiencia ha demostrado que la adopción de constituciones, leyes o instituciones de países en donde funcionan eficazmente, adoptan formas muy diferentes e ineficaces en los países donde son trasplantadas. Y que su forma y su eficacia dependen del marco de instituciones informales<sup>19</sup>.

## LOS RETOS DEL ENFOQUE NEOINSTITUCIONAL

Pese a su importante contribución al análisis de la relación entre derecho y desarrollo, la NEI no resuelve algunos problemas antiguos y plantea otros nuevos, por las limitaciones de su lectura económica de las instituciones jurídico-políticas. Estas deficiencias se evidencian claramente cuando su enfoque se compara con el marco analítico de otras disciplinas o especialidades, como el derecho constitucional, la teoría del derecho y el análisis socio-jurídico, que analizan y valoran las instituciones jurídicas integradas al Estado de derecho en forma diferente y a nuestro juicio más compleja.

La primera limitación es el énfasis excesivo que la NEI da a la causalidad unidireccional entre instituciones jurídicas y desarrollo económico, que impide analizar debidamente sus interdependencias

<sup>19</sup> “Cuando los países latinoamericanos se independizaron a principios del siglo XIX, la mayoría adoptó en buena medida la Constitución de los Estados Unidos como su modelo de constitución y también, algunas de las especificaciones de los derechos de propiedad. Funcionan de un modo muy diferente en América Latina respecto de lo que lo hacen en Estados Unidos, y eso no es sorprendente. Sólo funcionarían como en los Estados Unidos si las normas informales fueran las mismas y si las características de aplicación fueran las mismas. Por supuesto, esto no era así en América Latina, y el mismo conjunto de reglas formales produjo resultados totalmente diferentes a los Estados Unidos. Por lo tanto, la primera coyuntura donde nos equivocamos es que tenemos un control muy imperfecto sobre nuestro destino” (North, 1993a).

y entender cómo afecta el desarrollo a los sistemas legales. La NEI reconoce que las instituciones cambian en respuesta a los nuevos factores económicos que se reflejan en los precios relativos y a la acción de las organizaciones que buscan transformar el marco institucional aprovechando sus vacíos o ambigüedades (Hira y Hira, 2000). No obstante concibe las instituciones como variables autónomas que fijan límites a la racionalidad individual y promueven comportamientos que en el largo plazo diferencian a los países que han logrado el desarrollado económico de los que aún no han tenido éxito.

Autores de otras escuelas y disciplinas han mostrado que los sistemas jurídicos y el desarrollo económico son interdependientes. Max Weber demostró la interrelación entre el derecho racional moderno y el capitalismo europeo. El derecho racional favoreció el surgimiento del sistema de mercado competitivo a la vez que, la ampliación del mercado promovió la racionalización del derecho, racionalización que hizo posible el desarrollo del Estado nación centralizado (Trubek, 1972) (Swedberg, 1998). Por su parte, Jon Elster (1994) ha resaltado que

La relación entre instituciones políticas y desempeño económico no es bien entendida. Los vínculos causales van en ambas direcciones. Instituciones bien diseñadas pueden mejorar el desempeño económico, pero algunas instituciones pueden ser efectivas sólo en niveles específicos de desarrollo económico<sup>20</sup>.

Además, los análisis históricos del desarrollo del sureste asiático han mostrado la complejidad y la importancia de las particularidades del sistema jurídico en el proceso de desarrollo de estos países. Un estudio coordinado por el Banco Asiático de Desarrollo, que estudió este tema en 6 países durante los últimos 30 años, concluyó que

La evolución del sistema legal en Asia ofrece importantes elementos respecto a la relación causal entre desarrollo legal y desarrollo económico. Esta no es una simple casualidad unidireccional. La fuerza y la dirección de la interacción es determinada por una tercera variable, la política económica. La relación entre las tres es multicausal (Pistor y Wellons, 2000).

La segunda limitación del enfoque de la NEI es la reducción a términos esencialmente económicos del papel de las instituciones jurídico-formales y del Estado de derecho. La legalidad de la administración y la garantía de los derechos de propiedad mediante arreglos

<sup>20</sup> En un sentido similar, Richard Posner afirmó que “frente a ello hay un problema del huevo y la gallina: un país pobre puede no estar en capacidad de desarrollar un sistema legal, pero sin un sistema legal es posible que nunca llegue a ser suficientemente rico para proporcionarse tal sistema” (Posner, 1998).

institucionales que dividan y hagan responsable al poder público se reducen a funciones meramente económicas: reducir los costos de transacción y proporcionar la predecibilidad y estabilidad legales necesarias para las inversiones de largo plazo.

Esta visión reduccionista y unidimensional desconoce que las instituciones ligadas al imperio de la ley, la división de poderes y el control legal y judicial de la administración cumplen otros fines igualmente esenciales (Fiss, 2000). Por ejemplo, la necesaria garantía de los derechos fundamentales de las personas a través de la supremacía constitucional y el principio de legalidad (Ferrajoli, 1995). La rendición de cuentas vertical y horizontal de los poderes públicos, condición indispensable para defender y actualizar la voluntad de los ciudadanos y hacer posible su participación democrática (O'Donnell, 1998). Un enfoque basado solo en las funciones económicas de las instituciones es incompleto y unilateral.

Esa limitante es aún más evidente e inquietante cuando se toma en cuenta que entre los diversos fines y principios incorporados al derecho no existe coherencia automática ni complementariedad plena. En la realidad, de acuerdo con las situaciones específicas, surgen tensiones y exclusiones que requieren la evaluación y ponderación de los fines, para lo cual se precisa una visión integral y multidimensional de las relaciones entre los diversos objetivos y principios incorporados en el sistema jurídico específico (Dworkin, 1988).

Las situaciones en donde surgen exclusiones entre los fines de una misma institución suelen estar ligadas a los diversos objetivos sociales que se atribuyen a los derechos de propiedad. Como vimos, para la NEI, la clarificación y garantía de los derechos de propiedad, en particular contra la intervención arbitraria o excesiva del Estado, es indispensable para incentivar la participación de los agentes privados en el mercado. Sin embargo, en muchos países la propiedad privada, en especial la de la tierra, está sujeta jurídicamente a finalidades sociales y ambientales que justifican su control eventual y en último caso su expropiación. Como se puede colegir, estas finalidades no son coherentes automáticamente y se ponderan de acuerdo con la interpretación que sea más aceptada o conveniente socialmente o ponderándolas según el caso concreto<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> A este respecto existen diferencias analíticas dentro del NEI. Pranab Bardhan identifica situaciones en que la defensa unilateral de los derechos de propiedad privada obstruye los cambios institucionales. Según él, los obstáculos para el avance institucional en muchos países, especialmente en desarrollo, tienen que ver más con problemas distributivos y de poder de negociación que con la reducción del papel económico del Estado. La permanencia de instituciones como el latifundio y de sus negativos efectos económicos obedece a la resistencia de los

La concentración exclusiva en los fines económicos de los sistemas jurídicos hace caso omiso de esas tensiones y en asuntos prácticos lleva a subordinar los demás fines, y en el peor de los casos a sacrificarlos. Esto ha sucedido por ejemplo en regímenes políticos que brindan condiciones de seguridad jurídico-económica aceptables a costa de la seguridad jurídica de las personas, expresada en el respeto efectivo de los derechos humanos.

La tercera limitación se refiere a la manera de concebir la relación entre normas legales y comportamiento individual. Como vimos, para la NEI las normas legales, que ofrecen estímulos o imponen restricciones a la conducta individual, son aceptadas en cuanto ayudan a promover el interés propio de los individuos, dados los problemas de racionalidad limitada y temor al oportunismo. Así entendidas, las normas sólo tienen sentido en cuanto son compatibles con el interés individual previamente identificado que ellas promueven (Rutherford, 1996). Por esta razón, en la medida en que se acepta la lógica del análisis de costo beneficio, se tiende a optar únicamente por aquellas normas que promueven el interés individual y, por tanto, privilegian una forma específica de derechos de propiedad y de celebración de los contratos.

Esta interpretación reduccionista de las instituciones jurídicas adolece de grandes deficiencias para entender y explicar el mundo de las normas legales y sociales. En primer lugar, no todas las normas sociales son plenamente compatibles con el interés particular de los individuos; en muchos casos encarnan intereses sociales o limitan las pretensiones individuales. Esto sucede incluso en el caso de las normas del derecho civil y comercial, concebido específicamente como marco de reglas del juego para la acción de los individuos en tanto sujetos privados (Fiss, 2000). En segundo lugar, gran parte de las personas tienden a obedecer las normas porque las han interiorizado y aprendido a aceptarlas, y no las cumplen por miedo al castigo o porque no favorecen sus intereses individuales (Elster, 2000). En tercer lugar, una gran variedad de comportamientos individuales ligados a la cooperación, la reciprocidad o la distribución pueden ser

propietarios de la tierra ante una “reforma agraria que puede reducir su poder social y político, y su capacidad para controlar y aun dominar transacciones no relacionadas con la tierra” (Bardhan, 2001, 16-17). Además, la acción colectiva, en los niveles micro y macro, se puede ver interferida por los problemas de distribución. La desigualdad y otras formas de polarización dificultan los consensos acerca de cambios de política. En el nivel micro, los problemas distributivos pueden llevar a que las élites económicas capturen los gobiernos locales (ibíd.). En suma, la preservación de los derechos de propiedad que dan origen a ciertos problemas distributivos bloquea la posibilidad de establecer arreglos institucionales más eficientes.

explicados más como acciones guiadas por normas que como acciones que persiguen el interés propio<sup>22</sup>.

Estas limitaciones indican un conocimiento muy parcial de la complejidad de las instituciones jurídicas, al menos en su expresión contemporánea. Y los vacíos tienen secuelas prácticas, más aún cuando las concepciones de la NEI ganan influencia en el diseño de proyectos de reforma institucional, en especial en los de reforma de los sistemas de justicia del mundo en desarrollo. Algunas de esas secuelas se han manifestado ya en las tensiones generadas entre la agenda económica y la agenda política de construcción del Estado de derecho, en la ineficaz insistencia en reformar las leyes para crear incentivos al margen de su legitimidad y en el afán de que los países pobres se empeñen en reformas institucionales imposibles de sostener con el esfuerzo económico nacional y cuyos efectos en el mediano plazo parecen inciertos.

La cuarta limitación, que la NEI comparte con el “movimiento de derecho y desarrollo” de los setenta y la exportación del *american legalism*, es la tendencia a trasladar los arreglos institucionales “óptimos” surgidos en los países desarrollados en contextos históricos diferentes y procesos prolongados. Por ejemplo, la función de los sistemas judiciales como garantes del cumplimiento de los contratos y del control del poder ejecutivo y legislativo corresponde al marco institucional propio del *common law* estadounidense, en donde el poder de los jueces es ampliamente aceptado y respetado, y la *judicial review* tiene antecedentes aún más lejanos. La elección de marcos institucionales que se juzgan adecuados u óptimos, aunque tengan orígenes históricos precisos, sirve de justificación para la actual oleada de trasplante legal que busca transformar los sistemas legales y judiciales del mundo en desarrollo<sup>23</sup>.

El etnocentrismo institucional ya había sido cuestionado en la primera ola de derecho y desarrollo, pues desconocía el carácter endógeno del desarrollo institucional y no advertía los riesgos del trasplante institucional, que en muchos casos se limitaba a una mera reforma legal que no tenía en cuenta las condiciones necesarias para su interiorización y debido cumplimiento. Esto puede estar sucediendo por ejemplo con el excesivo énfasis que hoy se da al papel de las cortes, en un contexto donde el poder judicial ha jugado históri-

<sup>22</sup> En palabras de Elster (2000): “Creo que las normas y el interés propio forman parte de las explicaciones de la acción... Pero no creo que el interés propio explique por sí solo nuestra adhesión a las normas. Tiene que haber algo más que ayude a explicar por qué existen las normas”.

<sup>23</sup> Para una ilustración, Waelde y Gunderson (1994) y Edwald (1995).

camente un papel muy pequeño y ha estado sujeto a un férreo control político de los otros poderes (Thome, 2000)<sup>24</sup>.

En realidad no existe un modelo histórico universal y exitoso que sirva de “guía” para entender y “manipular” la relación entre derecho y desarrollo. Las experiencias históricas son diversas. En el mundo occidental, la garantía de la propiedad privada, los contratos y el control legal del Estado pueden ser una gran parte de explicación del establecimiento exitoso del mercado capitalista. En el sureste asiático, el sistema jurídico fue un instrumento del Estado para llevar a cabo sus políticas desarrollistas; el ámbito privado era limitado y el Estado no estaba sometido a la coacción del derecho sino que intervenía permanentemente a través suyo. En la teoría y en la experiencia histórica han habido diversas maneras de relacionar el derecho con el desarrollo, y en la teoría hay diversas maneras de explicar esa relación (Jayasuriya, 1995; Pistor y Wellons, 2000).

#### A MANERA DE CONCLUSIÓN

La NEI, en especial la vertiente encabezada por Douglas C. North, ha hecho importantes aportes a la comprensión del papel de las instituciones jurídicas en el desarrollo económico. El análisis económico de la NEI permite superar muchas de las limitaciones que llevaron a la crisis y al abandono del “movimiento derecho y desarrollo”. Ofrece una definición más precisa de las instituciones jurídicas y del desarrollo económico; cuestiona el uso instrumental del derecho con fines económicos; reconoce el peso de las instituciones informales, en la creación de oportunidades y de obstáculos para el cambio institucional y en general proporciona un punto de partida teórico más claro para un análisis más profundo de la relación entre derecho y desarrollo.

No obstante recae en viejos problemas y plantea otros nuevos. Su lectura de la relación entre instituciones jurídicas y desarrollo es incompleta y unidireccional. Explícita o implícitamente promueve marcos institucionales que juzga óptimos, que surgieron y se perfec-

<sup>24</sup> Es cierto que la NEI reconoce la *path dependence*, es decir, la importancia de la historia y del papel que juegan las instituciones informales, y que este reconocimiento pone en cuestión las posibilidades del trasplante institucional. El estudio del papel de estas instituciones en los países en desarrollo no ha arrojado resultados alentadores acerca de su capacidad para hacer predecible, sostener y replazar la institucionalidad formal (Bardhan, 2001). A veces, cuando la institucional informal autóctona cumple esta función lo hace en conflicto directo con las instituciones formales, como en el caso de las mafias en cuanto garantes de ciertas transacciones económicas en Rusia (Hendley AA. vv., 2000).

cionaron en los países desarrollados durante procesos históricos peculiares y prolongados. Así, repite el etnocentrismo que fue criticado como una deficiencia del movimiento de los años sesenta.

En cuanto a los nuevos problemas, su interpretación de las instituciones jurídicas las reduce al cumplimiento de funciones puramente económicas, a pesar de que la tradición del derecho ha hecho suyas otras finalidades que riñen con su pretensión de derivar las instituciones jurídicas de criterios de maximización individual.

Su aporte fundamental es la reintroducción de las instituciones en el estudio de la economía y en la teoría del desarrollo. Se ha esforzado por incorporar conceptos y categorías de otras disciplinas, como la ciencia política, el derecho y la psicología. En este esfuerzo interdisciplinario descansa buena parte de su fortaleza. Nuestro ejercicio analítico es parte de ese esfuerzo, desde la óptica de la teoría del derecho.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Adelman, Samy y Paliwala, Abdul. 1994. "Law and Crisis in the Third World", *African Discourse Series 4*, Londres.
- Banco Mundial. 1997. *El Estado en un mundo en transformación*, Informe sobre el Desarrollo Mundial, Washington.
- Banco Mundial. 1992. *Governance and Development*, Washington.
- Banco Mundial. 1996. "The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean. Elements of Reform", *World Bank Technical Paper 319*, Washington.
- Bardhan, Pranab. 2001. "Entendiendo el subdesarrollo: retos de la economía institucional desde el punto de vista de los países pobres", *Instituciones y Desarrollo* 10.
- Bondzi-Simpson, Ebow. 1992. *The Law and Economic Development in the Third World*, Greenwood Publishing Group.
- Burg, Eliot. 1977. "Law and Development: A Review of the Literature and a Critique of Scholars in Self Estrangement", *American Journal of Comparative Law* 25.
- Chibundu, Maxwell. 1997. "Law in Development: On Tapping, Grounding and Serving Palm-Wine", *Case Western Reserve Journal of International Law* 29.
- Cao, Lan. 1997. "Law and Economic Development: A New Beginning?", *Texas International Law Journal* 32.
- Dworkin, Ronald. 1988. *El imperio de la justicia: de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, Barcelona, Gedisa.
- Edwald, William. 1995. "Comparative Jurisprudence II: The Logic of Legal Transplants" *The American Journal of Comparative Law* 43.
- Eggertson, Thrainn y North, Douglas C. 1996. *Empirical Studies in Institutional Change*, Cambridge, Cambridge University Press.

- Elster, Jon. 2000. *Las limitaciones del paradigma de la elección racional. Las ciencias sociales en la encrucijada*, Valencia, Editorial Diputación de Valencia, Institución Alfonso el Magnánim.
- Elster, Jon. 1995. *The Impact of Constitutions on Economic Performance*, Proceedings of the 6th World Bank Annual Conference on Development Economics, Washington.
- Faundez, Julio. 1997. *Good Government and Law: Legal and Institutional Reform in Developing Countries*, St. Martin Press.
- Ferrajoli, Luigi. 1995. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta.
- Fiss, Owen. 2000. *La autonomía del Derecho*, mimeo.
- Franck, Thomas. 1972. "Can American Law and Legal Institutions Help Developing Countries?", *Wisconsin Law Review* 3.
- Gardner, James. 1980. *Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*, Madison, University of Wisconsin Press.
- Garth, Bryan. 2000. *What Makes a Successful Legal and Judicial System: Rethinking the Proceses and the Criteria for Success*, disponible en la página web [http://www4.worldbank.org/legal/legop\\_judicial/ljr\\_conf\\_papers/Garth.pdf.htm](http://www4.worldbank.org/legal/legop_judicial/ljr_conf_papers/Garth.pdf.htm).
- Ginsburg, Tom. 2000. "Does Law Matter for Economic Development?, Evidence from East Asia", *Law and Society Review* 34, 3.
- Greenberg, David F. 1980. "Law and Development in Light of Dependency Theory", *Research in Law and Sociology* 3.
- Hendley, Kathryn, AA. VV. 2000. "Law, Relationships, and Private Enforcement: Transactional Strategies of Russian Enterprises", presentado en la conferencia internacional Comprehensive Legal and Judicial Reform, Banco Mundial, Washington, junio 5-7. Disponible en la página web [http://www.law.berkeley.edu/institutes/law\\_econ/workingpapers/PDFpapers/hendley-s-01.pdf.htm](http://www.law.berkeley.edu/institutes/law_econ/workingpapers/PDFpapers/hendley-s-01.pdf.htm).
- Hira, Anil y Hira, Ron. 2000. "Neoinstitutionalism: Contradictory Notions of Change", *American Journal of Economics and Sociology* 59, 2.
- Igham, Barbara. 1995. *Economics and Development*, London, McGraw Hill.
- Jayasuriya, Kanishka. 1995. "The Rule of Law and capitalism in East Asia", *Pacific Review* 9, 3.
- Kirchner, Christian. 1998. "Interacción entre orden económico y orden jurídico con especial consideración de la Nueva Economía Institucional", *Contribuciones*, Lima, Revista Ciedla y Fundación Konrad Adenauer.
- Kulcsar, Kalman. 1992. *Modernization and Law*, Budapest, Editorial Academiai Kiado.
- Medema, Steven. 1998. *Coasean Economics: Law and Economics and the New Institutional Economics*, Amsterdam, Kluwer Academic Publishers.
- Mercado Pacheco, Pedro. 1994. *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Merryman, John Henry. 2000 "Law and Development Memoirs II: Slade", *American Journal of Comparative Law*, otoño.
- Merryman, John Henry. 1977. "Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style, Decline & Revival of the Law and Development Movement", *Comparative Law and Social Change*.

- Messick, Richard. 1999. "Judicial Reform: A Survey of the Issues", *The World Bank Observer* 14, 1, febrero.
- North, Douglas C. 1993a. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, México, Fondo de Cultura Económica.
- North, Douglas C. 1993b. "Institutions and Credible Commitment", *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 149, 1, pp. 11-23.
- North, Douglas C. 1995. "The New Institutional Economics and Third World Development", Harris, John, AA. VV., editores, *NEI and the Third World Development*, Routledge, Londres.
- O'Donnell, Guillermo. 1998. *Polyarchies and the (un) Rule of Law in Latin America*, disponible en la página web <http://www.uoregon.edu/~caguirre/lawandsociety.htm>.
- Peider, Konz. 1999. *Rule of Law Construction: Some issues in Judicial Reform in Latin America*, documento del Instituto de Estudios Latinoamericanos, Universidad de Londres, noviembre.
- Perry, Amanda. 1999. "International Economic Organizations and the Modern Law and Development Movement", Seidman, Robert y Seidman, Ann, editores, *Making Development Work: Legislative Reform for Institutional Transformation and Good Governance*, Amsterdam, Kluwer Law International.
- Pistor, Katharina y Wellons, Philips. 2000. *The Role of Law and Legal Institutions in Asian Economic Development 1960-1995*, disponible en la página web [http://www.adb.org/Documents/Books/Role\\_of\\_Law/Role\\_of\\_Law.pdf.html](http://www.adb.org/Documents/Books/Role_of_Law/Role_of_Law.pdf.html).
- Posner, Richard. 1998. "Legal Development and Legal Infrastructure", *The World Bank Research Observer* 13, 1.
- Pritzl, Rupert F. J. 2000. *Corrupción y rentismo en América Latina*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung-CIEDLA.
- Reich, Norbert. 1987. *Mercado y derecho*, Barcelona, Ariel.
- Richard, Abel. 1990. "Capitalism and the Rule of Law: Precondition of Contradiction?", *Law and Social Inquiry*.
- Rigo, Andre. 1991. *The Rule of Law*, Task force on Governance, Banco Mundial, mimeo.
- Rodríguez, César. 2000. *Globalization, Judicial Reform and The Rule of Law in Latin America: The Return of Law and Development*, documento presentado a ILSA- El otro derecho's International Essay Competition on Judicial Reforming, Latin America.
- Rowat, Malcolm; Malik, Waleed y Dakolias, María. 1995. "Judicial Reform in Latin America and the Caribbean. Proceedings of the World Bank Conference", *Documento Técnico del Banco Mundial* 280.
- Rutherford, Malcolm. 1996. *Institutions in Economics. The Old and the New Institutionalism*, Harvard, Cambridge University Press.
- Salas, Luis 1999. *From Law and Development to Rule of Law: New and Old issues in Justice Reform in Latin America*, documento presentado en 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.
- Salacuse, Jeswald. 1999. "From Developing Countries to Emerging Markets: a Changing Role for Law in the Third World", *International Lawyer* 33.

- Seidman, Robert y Seidman, Ann. 1999. *Making Development Work: Legislative Reform for Institutional Transformation and Good Governance*, Kluwer Law International.
- Seidman, Robert y Seidman, Ann. 1994. *State and Law in the Development Process: Problem Solving and Institutional Change in the Third World*, London, St. Martin Press.
- Sherwood R; Shepard, Geoffrey y Celso, Marco de Souza. 1994. *Sistemas judiciales y desempeño económico*, mimeo.
- Sherwood, Robert. 1997. "Sistema judicial y desarrollo económico", *Economía Política de la Reforma Judicial*, Washington, BID.
- Shihata, Ibrahim. 1993. "La reforma judicial en los países en desarrollo y el papel del Banco Mundial", *Justicia y Desarrollo en América Latina y el Caribe*, Washington, BID.
- Swedberg, R. 1998. *The Economy and Law in Max Weber and the Idea of Economic Sociology*, Princeton Press.
- Tamanaha, Bryan Z. 1995. "The Lessons of Law and Development Studies", *American Journal of International Law* 89.
- Thome, Joseph. 2000. *Heading South but Looking North: Globalization and Law Reform in Latin America*, documento presentado en LASA, marzo 15-19, Miami.
- Trachtman, Joel P. 1996. "The Applicability of Law and Economics to Law and Development: The Case of Financial Law", *Emerging Financial Markets and the Role of International Organizations*, London, Kluwer Law International.
- Trebilcock, Michael y Davis, William. 1999. *What Role do Legal Institutions Play in Development*, <http://www.imf.org/external/pubs/ft/seminar/1999/reforms/trebil.pdf.htm>.
- Trubek, David. 1972. "Toward a Social Theory of Law: an Essay on the Study of Law and Development" *Yale Law Journal* 4.
- Tshuma, Lawrence. 1999. "The Political Economy of The World Bank's Legal Framework for Economic Development", *Social & Legal Studies* 8, 1.
- Waelde, Thomas y Gunderson, James. 1994. "Legislative Reform in Transition Economies: Western Transplants- A Short Cut to Social Market Economic Status?", *International and Comparative Law Quarterly* 43, abril.
- Weder, Beatrice. 1996. "Legal Systems and Economic Performance: The Empirical Evidence. The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean. Elements of Reform", *World Bank Technical Paper* 319, Washington, p 21-27.
- Yáñez César. 1998. *Antecedentes y aportes del neoinstitucionalismo económico*, documento electrónico, <http://www.iigov.org/pnud.htm>.