
INSTITUCIONES JURÍDICAS Y CRECIMIENTO ECONÓMICO: LA EXPERIENCIA ASIÁTICA

*Germán Burgos**

INTRODUCCIÓN

El papel de las instituciones jurídico-políticas en el crecimiento y el desarrollo económico es un tema focal de la actual teoría del desarrollo¹. Hoy se suele aceptar que el progreso económico, en el marco de economías de mercado, precisa de un ambiente institucional propicio que incluye el respeto y la garantía de los derechos de propiedad, el cumplimiento forzoso de los contratos, la sujeción del Estado a las normas jurídicas y un sistema judicial que defienda la vigencia de la ley y los acuerdos entre los individuos.

Este interés por la importancia de los efectos de los aspectos jurídicos sobre la economía tiene antecedentes en los estudios de Max Weber quien a finales del siglo XIX examinó la relación entre derecho y economía y, en particular, trató de identificar el papel del derecho racional moderno en la formación y el desarrollo de la economía capitalista en el Renacimiento.

Más recientemente, la relación entre derecho y desarrollo económico ha atraído la atención de los estudiosos de la historia económica

* Profesor de la Facultad de Derecho, universidades Nacional de Colombia y Externado de Colombia. Analista asociado del Instituto Internacional de Gobernabilidad de Cataluña, burgosil@yahoo.com Agradezco los comentarios de los evaluadores anónimos. Fecha de recepción: 19 de abril de 2005, fecha de aceptación: 2 de marzo de 2006.

¹ La referencia a la institucionalidad jurídica remite a aquellos arreglos institucionales del derecho formal, o producidos por el Estado, que se consideran centrales para el crecimiento económico. Sin embargo, no existe una coincidencia plena entre los autores sobre las instituciones específicas que afectan el crecimiento. Por tanto, a lo largo del texto se identificarán de manera concreta las instituciones con efectos económicos según los diversos autores.

y de la escuela neoinstitucionalista, cuyos trabajos indican que las instituciones jurídicas formales y sociales no formales son esenciales para el éxito económico de unos países y el estancamiento de otros (North, 1993a; De Soto, 2000 y Gorbaneff, 2003).

La obra de esos autores no sólo es el análisis más sistemático de la relación entre sistemas jurídicos y funcionamiento eficiente de los mercados, sino que ha influido en la teoría y las políticas que buscan reformar las instituciones jurídicas para alentar el desarrollo económico. Los aportes de Weber incentivaron el *Movimiento Derecho y Desarrollo* de los años sesenta, mientras que la obra de North inspira el actual interés por el Estado de derecho como elemento central para el crecimiento (Trubek, 1972 y Tshuma, 1999).

Weber y North coinciden en que la relación entre instituciones jurídicas y economía de mercado está asociada con la predictibilidad de la acción del Estado y de los particulares², que aumenta gradualmente con los límites jurídicos impuestos a la acción pública y privada mediante la racionalidad formal del derecho, la protección de los derechos de propiedad y el fortalecimiento y la independencia del poder judicial, entre otros. Estos arreglos dan mayores niveles de seguridad ante el abuso potencial del Estado y facilitan la participación de los particulares en los mercados.

Sin embargo, el consenso sobre el impacto de la institucionalidad formal en la acción económica a través de la predictibilidad ha sido problematizado por la experiencia reciente de algunos países del Sureste Asiático. Como se verá en este artículo, éstos lograron tasas de crecimiento altas y sostenidas en un contexto donde el derecho del Estado no ofrecía marcos formales que dieran certidumbre para la acción privada.

El milagro asiático ocurrió en un marco institucional donde las reglas jurídico-formales no limitaban la acción potencialmente abusiva del Estado en materia económica, sino que le daban discreción y una posibilidad de intervención permanente, no siempre predecible, en la actividad privada. No obstante, estos países establecieron la predictibilidad mediante otro tipo de arreglos, como una negociación informal y continua entre el Estado y las empresas, una burocracia altamente profesional y redes sociales de reciprocidad.

² Es decir, la posibilidad de predecir la acción del Estado o de los particulares en respuesta a una acción privada. Cuanto mayor sea la predictibilidad, debido a arreglos institucionales variados y eficaces, mayor es la libertad de los individuos para planear sus opciones individuales, económicas en este caso.

Por tanto, la experiencia asiática indica que son posibles diversas vías institucionales para generar algún tipo de predictibilidad que garantice la acción económica segura en los mercados. Una de ellas es la que siguieron algunos países occidentales, asociada a la limitación del poder del Estado mediante el derecho, que permitió controlar el abuso estatal sobre los activos privados. Otra es la de algunos países asiáticos de desarrollo reciente que lograron certidumbre institucional como producto de arreglos informales que se ajustaban continuamente.

Para desarrollar las tesis anteriores, el artículo se divide en cuatro partes. En la primera, se examinan los aportes de Weber al estudio del papel del derecho racional en el surgimiento y el funcionamiento del capitalismo moderno. En la segunda, se revisan los aportes de Douglass North. En la tercera, se estudia el papel de los sistemas jurídicos en el desarrollo de algunos países del Sureste Asiático, y se identifican sus diferencias con la experiencia occidental. Las conclusiones sintetizan los elementos teóricos que hoy definen el estudio de la relación entre instituciones jurídicas y crecimiento.

MAX WEBER: DERECHO FORMAL Y CÁLCULO DE LA ACCIÓN ECONÓMICA

El estudio de Weber sobre la relación entre el derecho y la economía forma parte de su indagación sociológica del derecho, y fue el primer intento sistemático y completo de análisis sobre este tópico. Si bien Adam Smith, en el marco de su filosofía política, ya había señalado la importancia de un aparato de administración de justicia que resolviera los conflictos económicos, Weber emprendió la tarea de estudiar el impacto específico de las instituciones jurídicas sobre la economía, en el ámbito europeo y en otras civilizaciones no capitalistas³.

³ No se pueden olvidar los aportes de la teoría marxista. Con los trabajos clásicos de Stucka y Pashukanis, se inició una prolífica etapa de análisis que pretendía demostrar que el derecho moderno encarnaba las relaciones de producción e intercambio y formaba parte de las estructuras de dominación y reproducción del sistema capitalista. Como aparece evidente, la orientación de estos estudios fue la de poner en claro los términos de esa relación consustancial entre derecho y capital, a fin de cuestionar la supuesta neutralidad del discurso jurídico que pretendía colocarse por encima de las relaciones de producción, ocultándolas o fetichizándolas. Estos análisis alimentaban las posiciones políticas que sostenían que el derecho era, ante todo, un mecanismo de dominación de clase, que su uso dificultaba la organización del movimiento obrero y que el derecho moderno debería ser finalmente destruido como parte de la revolución social agenciada por el proletariado. Si bien algunas de las tesis de la lectura marxista corresponden

Los trabajos de Weber no abordan directamente la relación entre derecho y crecimiento económico. Como se verá, su interés se centró en la interrelación entre derecho y economía, en particular, en la relación entre el tipo de derecho que se construyó en Europa durante el Renacimiento y el surgimiento y desarrollo del capitalismo industrial. Sin embargo, aquí trata indirectamente la relación entre derecho y crecimiento económico. En efecto, hoy la teoría del desarrollo sostiene que el crecimiento es el producto de la formación, extensión y funcionamiento adecuado del mercado capitalista. Y Weber planteó que, históricamente, el derecho racional moderno contribuyó a la formación del capitalismo, el cual se ofrece como vía principal para el desarrollo económico. En este sentido, el análisis de Weber es un antecedente obligatorio para entender los vínculos entre las instituciones jurídicas y el funcionamiento de los mercados⁴.

Para Weber, el derecho es ante todo una técnica de control social, cuyos mandatos se fundan en la posibilidad de usar la coerción física o psicológica, que debe ser ejercida por un cuerpo especializado (Weber, 1977, 27). A partir de esta definición, Weber diferencia el derecho de la convención, cuyo cumplimiento se funda en la reprobación “general y prácticamente sensible [...] de un determinado círculo de hombres” (ibíd.).

El derecho así entendido se puede agrupar en cuatro tipos ideales: i) El derecho irracional material, en el cual las decisiones se toman con base en apreciaciones subjetivas de orden ético, político o sentimental externas al sistema legal (Trubek, 1972, 726). ii) El derecho irracional formal, que se funda en normas previas pero de orden irracional, como el recurso a oráculos. iii) El derecho racional material, donde el criterio de decisión es intrínseco al sistema legal pero difícil de determinar con precisión, y las personas no pueden predecir la decisión ni entender por qué se tomó. Por último, iv) el derecho racional formal, aquél en donde

a lo dicho por Weber e incluso a análisis contemporáneos ligados al *law and economics*, aquí no se abordará la teoría marxista del derecho, pues su enfoque busca demostrar el carácter de instrumento de dominación de lo jurídico y no permite ver su impacto en la economía capitalista. En relación con la teoría marxista del derecho en sus diversas versiones, se puede ver Cerroni (1965) y Pasukanis (1976).

⁴ No por casualidad se considera que la obra del padre de la sociología comprensiva es el antecedente teórico de la primera experiencia de *law and development* de la década de los sesenta, apoyada por el gobierno de Estados Unidos en su lucha contra el comunismo en los países en desarrollo (Trubek, 1972, 720-753).

lo jurídico material y lo jurídico procesal no tienen en cuenta más que características generales, unívocas de los hechos [...] obtenidas por medio de una interpretación lógica, [que permite] construir [...] una serie de conceptos claramente definidos, a fin de aplicarlos en forma de reglas rigurosamente abstractas (Trubek, 1972, 730).

El derecho racional formal, en cuanto tipo ideal propio de la modernidad, ha ejercido un impacto fundamental en el desempeño de la economía capitalista industrial moderna⁵. Es cierto que para Weber, el capitalismo como forma de organización económica ha existido desde la Antigüedad donde fue posible la existencia del tráfico comercial y el uso de moneda (1977, 133). Con todo, el capitalismo moderno es diferente a sus formas anteriores y, por lo demás, específico de Occidente. Sólo en esta región del mundo se logró una especialización y una coordinación racional del trabajo voluntario, una distribución de los servicios basada en el lucro y la explotación permanente con capital fijo (ibíd.). En suma, este capitalismo empresarial es diferente de todo tipo de capitalismo político, aventurero, comercial o especulador (Weber, 1984, 20).

Es en relación con este capitalismo moderno que el derecho racional formal tuvo, a juicio de Weber, un rol fundamental. Es así como la creación y aplicación por igual de normas abstractas y generales permitió dificultar o excluir la arbitrariedad y la inconsistencia de las decisiones por parte de los administradores del Estado, y en general del poder político. Esto trajo como consecuencia un marco jurídico calculable o predecible por los actores económicos, de manera que al conocer por anticipado las consecuencias jurídicas de sus actos tuvieron un mayor espacio de libertad:

Pues al dejar el formalismo jurídico específico que el aparato jurídico funcione como una máquina técnico-racional, garantiza al mismo tiempo a los diversos particulares el máximo relativo de posibilidad de movimiento y, sobre todo, de posibilidad para el cálculo racional de las probabilidades y consecuencias jurídicas de su actividad con arreglo a fines (Weber, 1977, 605).

La posibilidad de prever el marco legal no sólo descansó en su carácter racional formal. Para Weber, la división de poderes propia del Estado moderno, en cuanto permitió crear competencias firmes, llevó consigo la certidumbre en el funcionamiento del aparato de la

⁵ En palabras de Monereo (2001, 82): “El proceso de racionalización del mundo moderno ha seguido una secuencia compleja, al coexistir los modos de racionalidad formal y material, aunque la peculiaridad de Occidente estriba en la fuerza expansiva de la racionalización formal sobre la racionalidad material”.

autoridad que, a su vez, favoreció la racionalización (formal) de la economía (ibíd., 228). Lo mismo se debe decir del papel del parlamentarismo, el cual permitió a la burguesía limitar el poder de la nobleza y los señores feudales en relación con la producción de las normas, de forma tal que se mejoró la previsión y confianza en el funcionamiento del orden jurídico y la administración (ibíd., 238 y Swedberg, 1998, 101).

La certidumbre y, especialmente, la racionalidad formal del derecho moderno no sólo permitieron el surgimiento del capitalismo industrial, sino que fueron los factores decisivos para que se desarrollara en Occidente de manera exitosa, a pesar de que otras regiones del mundo contaron con condiciones económicas y sociales similares. De acuerdo con Trubek, Weber estuvo interesado en explicar que el moderno sistema industrial emergió en Europa, y no en otras partes del mundo con iguales o mayores posibilidades económicas y comerciales. Para realizar tal estudio, centró su interés en aquellos aspectos de la sociedad europea que fueron únicos y que podrían explicar el desarrollo del capitalismo. Una de tales particularidades fue el sistema legal europeo.

Así, sería en la organización legal europea donde se llegó a un nivel de diferenciación entre el derecho y otros aspectos propios de la actividad política. Las reglas legales fueron confeccionadas de manera concisa y su creación fue relativamente libre de la interferencia directa de influencias religiosas o de otras fuentes de valores tradicionales. Las decisiones concretas estuvieron basadas en la aplicación de reglas universales y la toma de decisiones no estuvo sujeta a la intervención política constante. Como resultado, Weber cree que el derecho europeo es más racional que el sistema legal de otras civilizaciones, siendo altamente diferenciado o autónomo y construido de manera concisa, general y universal, generando la debida predictibilidad para la acción privada⁶.

Si bien la racionalización del derecho y de su aplicación por la administración se ha valorado como el factor más decisivo para el desarrollo del capitalismo moderno, esto no quiere decir que sea el único. Weber consideraba que la economía moderna no podía

⁶ En palabras de Weber “Sólo el Occidente ha puesto a disposición de la vida económica un derecho y una administración dotados de esta perfección formal técnico jurídica” (Weber, 1977, 20). En palabras de Trubek, recogiendo a Weber: “La falla de otras civilizaciones para desarrollar un derecho racional ayuda a explicar por qué sólo en Europa pudo crecer el moderno capitalismo industrial” (Trubek, 1972, 222).

funcionar sin el reconocimiento y garantía de un régimen para los contratos. Al respecto establecía que en el capitalismo contemporáneo los contratos tenían un contenido diferente al que habían tenido en el pasado. Mientras los contratos pasados afectaban ante todo el estatus de una persona de manera global, en el contexto moderno no afectaban la totalidad de la vida legal de una persona, se hicieron seculares y permitieron la obtención de un resultado fundamentalmente económico. Estos contratos, llamados de propósito, inicialmente permitieron el aumento de los préstamos monetarios, pero progresivamente se fueron sofisticando hasta permitir la creación de instrumentos como los títulos valores pagables al portador, a partir de los cuales se amplió el número de transacciones en el mercado. De esta manera, y parafraseando a nuestro autor:

El volumen de libertad contractual, es decir, del contenido de los negocios jurídicos garantizados como “válidos” por el poder coactivo y, por tanto, la relativa importancia de las normas que autorizan esos “poderes” de disposición dentro de la totalidad de un ordenamiento cualquiera son, naturalmente, en primer término, una función del desarrollo del mercado (Weber, 1977, 533).

Al papel de la regulación de los contratos en sentido moderno, se debe añadir el desarrollo del concepto legal de empresa moderna. Sería en la época renacentista cuando la empresa se empezó a entender jurídicamente como una persona legal que el Estado debía reconocer autónoma para hacer contratos y tener vida económica propia. Del mismo modo, las regulaciones jurídicas hicieron posible la separación entre personas legales e integrantes de la empresa, y la personalidad legal de la misma empresa, lo que permitió separar la organización empresarial de la unidad familiar (Swedberg, 1998, 103).

Ahora bien, la relación entre el derecho racional formal y el capitalismo moderno se debe entender en el marco más amplio de los vínculos entre derecho y economía. Estos remiten a cuatro tesis centrales de Weber:

1. El derecho no garantiza únicamente los intereses económicos. También garantiza la seguridad personal y la regulación de la autoridad pública, eclesiástica o familiar (1977, 269).

2. El orden jurídico puede continuar su existencia, aunque las relaciones económicas se hayan transformado radicalmente (ibíd.). Además, el orden jurídico puede diferir de la realidad social, pero esto puede ser irrelevante si las consecuencias prácticas, en este caso económicas, de esa diferencia no son relevantes para los interesados.

3. Los intereses económicos son los factores más poderosos en la formación del derecho, aunque no los únicos. Su obra demuestra que la sistematización del derecho racional formal se debió más a la labor de los juristas profesionales que al papel de las clases burguesas⁷.

4. La influencia del derecho en la economía es limitada, debido al poder económico de los sujetos –que determina su interés en plegarse a las normas–, a las distintas maneras de interpretarlas y utilizarlas –según el interés privado–, y a la facilidad para encubrir la violación de las leyes en el campo económico.

Estas tesis precisan la relación entre el derecho y el capitalismo moderno. La institucionalidad jurídica no tiene un contenido único y meramente económico, y sus efectos económicos son limitados. Aunque el capitalismo se estableció en Europa con el aporte del derecho racional formal, esto no significa que aquél pueda regular de manera eficaz y eficiente el mercado. El derecho influye en la economía pero no la determina.

Además, no podemos perder de vista que esta relación va en dos sentidos. El derecho influye en el comportamiento económico, y los intereses provenientes de ese ámbito influyen, aunque no son los únicos, en los cambios jurídicos⁸. La relación entre el derecho racional moderno y el capitalismo industrial es de interdependencia, de modo que no se puede sostener que el derecho estatal moderno fue el factor desencadenante y autónomo del capitalismo. En palabras de Weber:

El poderío universal de la sociedad que constituye el *mercado* demanda, por un lado, un funcionamiento del derecho *calculable*, según reglas racionales. Y por otro, la extensión del mercado, que mostraremos ser una tendencia característica de aquel desarrollo, favorece, en virtud de sus consecuencias inmanentes, el monopolio y reglamentación de toda fuerza coactiva “legítima” por medio de un instituto coactivo universal (1977, 272).

En suma, a partir de la obra de Weber se puede sostener que la racionalidad formal del derecho moderno, y en menor medida la división de poderes y el parlamentarismo, hicieron posible que los

⁷ “Esta forma específica de logicización del derecho no fue en modo alguno esencialmente codeterminada como en el caso de la tendencia al derecho formal en sí mismo, por necesidades de la vida, como por ejemplo, las de los burgueses interesados en un derecho ‘calculable’ previsible” (Weber, 1977, 635).

⁸ Weber es muy claro a este respecto: “Por sí mismas, las situaciones económicas no engendran automáticamente nuevas formas jurídicas, sino que encierran simplemente la probabilidad de que una nueva invención técnica se difunda” (1977, 550).

individuos predijeran la acción del Estado por medio de un derecho más estable. Esto permitió que la actividad económica instrumental tuviera niveles de seguridad inéditos, que llevaron a la formación y el florecimiento del capitalismo moderno. Además, el derecho moderno, como lo caracterizó Weber, contribuyó a que Europa lograra lo que no pudieron otras civilizaciones con iguales o mayores posibilidades económicas y comerciales.

DOUGLASS NORTH: LAS INSTITUCIONES COMO RESPUESTA A LA INCERTIDUMBRE

La historia económica institucionalista, representada por Douglass North, intenta identificar los factores que explican las diferencias en el desempeño económico de los países y que han llevado a que históricamente unos sigan una senda sostenida de creación de riqueza, mientras que otros siguen estancados en la pobreza.

La respuesta nos remite al papel de las instituciones, o reglas que establecen limitaciones formales o informales que estructuran la interacción humana y permiten la cooperación. Las instituciones formales corresponden a las leyes y normas que produce un órgano central especializado, como la normatividad estatal que afecta real o potencialmente el accionar de los individuos. Las instituciones informales se refieren a las extensiones y modificaciones de normas formales, y a las normas de conducta aceptadas socialmente —o por ciertos grupos sociales— que son transmitidas por la cultura y que son un producto social espontáneo e incontrolable que cambia gradualmente, sobre el cual se erigen las instituciones formales legales⁹.

Las instituciones así entendidas canalizan el comportamiento humano, de modo que éste es a la vez un resultado de las preferencias individuales y de las estructuras institucionales. Las instituciones inhiben los actos indeseables socialmente e incentivan actos alternativos, y puesto que las preferencias individuales se consideran 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

⁹ A diferencia de la dogmática jurídica, las instituciones informales son las que garantizan el funcionamiento de las instituciones formales. Según North (1993, 54), “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”.

predecir la tendencia de la conducta” (Pritzl, 2000, 35 y North, 1993b, 17-20).

La finalidad social de las instituciones es la de contribuir a la cooperación e interacción humana por cuanto permiten enfrentar y manejar la incertidumbre que, de acuerdo con esta visión, es producto de las limitaciones de información y de los costos de transacción¹⁰.

Si bien la escuela institucionalista supone el individualismo metodológico y el principio neoclásico de la maximización de la utilidad¹¹, reconoce que los individuos no tienen toda la información y actúan de manera oportunista. La información es incompleta pues no fluye libremente, y los seres humanos tenemos limitaciones mentales para recibir, procesar, organizar y utilizar grandes cúmulos de información. Sin información completa surge la incertidumbre sobre el comportamiento de los demás en la interacción social.

Además, la información tiene costos: los de medir los atributos valiosos de lo que se intercambia y los de proteger y hacer cumplir los acuerdos. Como dice Ronald Coase, el ingresar y el intercambio en el mercado tienen costos adicionales a los de vender y comprar (1994). Quien interviene en el mercado debe identificar las características y la utilidad del bien que busca, establecer si son ciertas e incurrir en costos si las características no satisfacen sus preferencias o no reportan la utilidad esperada. Esos costos de transacción se entienden como 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: costos de información, costos de negociación y costos de vigilancia y ejecución (o fuerza necesaria para imponer el cumplimiento de los contratos) (Yáñez, 2000).

¹⁰ “Las instituciones existen y reducen las incertidumbres propias de la interacción humana [...] Es suficiente decir aquí que las incertidumbres se deben a información incompleta con respecto a la conducta de otros individuos en el proceso de interacción humana [...] A partir de esta capacidad considerada junto con las incertidumbres propias del desciframiento del medio, evolucionan normas y procedimientos que simplifican el proceso. El consiguiente marco institucional, como estructura de interacción humana, limita la elección que se ofrece a los actores” (North, 1993a, 41).

¹¹ La economía neoclásica supone que los individuos eligen de acuerdo con sus preferencias y que las elecciones son siempre adecuadas para satisfacerlas porque los individuos tienen información perfecta y sus preferencias son estables. El *homo oeconomicus* neoclásico adopta acciones instrumentales óptimas porque dispone de toda la información para seguir el mejor curso de acción (Roemer, 1994).

Las limitaciones que imponen las instituciones y su capacidad para guiar la conducta humana permiten enfrentar la incertidumbre ocasionada por la racionalidad limitada de los individuos y por los costos de transacción:

Mi teoría de las instituciones está edificada partiendo de una teoría de la conducta humana combinada con una teoría de los costos de negociación. Cuando las combinamos podemos entender por qué existen las instituciones y qué papel desempeñan en el funcionamiento de las sociedades [...] Las instituciones existen y reducen las incertidumbres propias de la interacción humana [...] Es suficiente decir aquí que las incertidumbres se deben a información incompleta con respecto a la conducta de otros individuos en el proceso de interacción humana [...] A partir de esta capacidad considerada junto con las incertidumbres propias del desciframiento del medio, evolucionan normas y procedimientos que simplifican el proceso. El consiguiente marco institucional, como estructura de la interacción humana, limita la elección que se ofrece a los actores (North, 1993a, 43).

Si bien las instituciones surgen como respuesta a la incertidumbre humana, se construyen mediante un proceso social en el que intervienen individuos y organizaciones. Según North, los individuos son los actores del cambio institucional, que ocurren cuando los beneficios privados de su transformación exceden a los costos (Przeworski, 2004, 3). Además, el cambio institucional está enmarcado en las relaciones de poder, en las estructuras mentales de los actores y, como ya mencionó, está sujeto a las instituciones informales, que determinan el alcance de los cambios jurídicos formales. En otros términos, las instituciones no son un factor autónomo y, por tanto, no está garantizado el surgimiento de instituciones que enfrenten eficazmente la incertidumbre.

Este es el marco conceptual para examinar la relación entre las instituciones y el crecimiento económico. En cierto sentido, las instituciones son fundamentales porque permiten enfrentar la incertidumbre de los derechos de propiedad (Igham, 1995, 58). Para el neoinstitucionalismo estos derechos son fundamentales, pues son el sustento básico para el funcionamiento del mercado. Su determinación efectiva otorga un derecho claro, exclusivo y libremente transferible sobre lo que se intercambia¹². De lo contrario, los costos de negociación involucrados en la asignación y distribución de los

¹² En este enfoque, los derechos de propiedad son un paquete de facultades legales intercambiables libremente, de las que depende la transformación de los activos negociables en capital. Por tanto, el contenido de los derechos está determinado por el marco económico y político o por la manera de regularlos. Toda injerencia o cambio en los derechos de propiedad afecta la asignación productiva

recursos serían prohibitivos y el mercado podría fracasar como sistema de asignación de recursos¹³.

La determinación clara y estable de la propiedad también permite el acceso al capital. Un sistema claro de derechos de propiedad es básico para que los individuos tengan acceso al crédito, a través del sistema hipotecario y prendario (De Soto, 2000, 13). La misma inversión internacional depende del respeto a la propiedad, y una tradición de respeto por los derechos de propiedad abre, en principio, el acceso a la inversión privada internacional (Globerman, 2002, 1905-1909).

Además, los derechos de propiedad hacen posible que los individuos se involucren en actividades de beneficio colectivo, pues si los costos privados fueran mayores que los beneficios privados, no estarían dispuestos a emprender esa actividad aun cuando fuera socialmente provechosa. North lo ilustra así:

Uno de los mayores obstáculos para la navegación oceánica y el comercio internacional consistía en la incapacidad de los navegantes para determinar su situación exacta, que requiere la determinación de dos coordenadas: latitud y longitud. La primera se consiguió determinar en época muy temprana. A fin de obtener la segunda, el monarca español Felipe II ofreció un premio de mil coronas [...] Holanda subió la recompensa a 100.000 florines [...] Este premio quedó vacante hasta el siglo XVIII [...] ¿Habría podido surgir el invento con anterioridad de haber existido un derecho de propiedad que garantizase al inventor el disfrute de una parte del incremento de ingresos resultante del ahorro en barcos y tiempo? (North, 1998, 27).

Es decir, el reconocimiento y la regulación de los derechos de propiedad incentivan a los individuos para que se relacionen en el mercado y se ocupen en actividades socialmente provechosas. Así los mercados crecen y se amplían, y, simétricamente, la riqueza, es decir, se logra el crecimiento económico, indispensable para el desarrollo de los países.

de los recursos, la composición de los bienes producidos y la distribución de los ingresos: “las injerencias del Estado en los derechos de propiedad pueden reducir su valor si, por ejemplo, limitan el margen de decisión de los individuos con imposiciones, reglamentos u otras disposiciones. En cambio, este valor aumenta en la medida en que una reducción de las intervenciones incrementa los derechos de cada propietario” (Priltz, 2000, 45).

¹³ Como dice Cooter: “Los individuos invertirán a favor del crecimiento económico cuando tengan claro que pueden capturar los retornos de su inversión. Para que esto sea posible, se precisan unos derechos de propiedad claramente definidos y defendibles sin mayor costo. Si no existe esto, el retorno privado se hace más alto” (2004, 3).

Esta función de los derechos de propiedad se ve afectada por hechos o situaciones que los pongan en peligro o sean riesgo de incertidumbre, de modo que no incentivan la maximización y la participación en el mercado. Por ejemplo, la inadecuada clarificación de los derechos, el incumplimiento reiterado de los contratos o el abuso del poder por el Estado.

La falta de claridad puede obedecer a la inexistencia o a la ambigüedad del régimen de propiedad, que no deja jurídicamente claro qué es apropiable y qué no lo es, ni precisa las facultades legales de los propietarios y las formas de defender sus derechos¹⁴. La incertidumbre también puede provenir de prácticas sociales que, por razones culturales o políticas, riñen con la definición jurídica de los derechos de propiedad (Thoumi, 1995).

Los derechos de propiedad también se tornan inciertos si no se cumplen los contratos. En efecto, el incumplimiento de lo pactado pone en entredicho las obligaciones relacionadas con los derechos de propiedad en un caso concreto, pero si esta situación es general termina por enterrar la transmisión de los derechos de propiedad. Si bien el cumplimiento de lo pactado se puede lograr mediante mecanismos sociales informales, en economías complejas, donde los lazos de lealtad y parentesco se han difuminado y los contratos son de larga duración, se requiere un mecanismo que obligue al cumplimiento a un costo tal que el intercambio sea provechoso.

La última incertidumbre que puede afectar los derechos de propiedad proviene de la inadecuada acción del Estado, como por ejemplo, cuando desconoce y viola los derechos mediante expropiación o confiscación. Si por razones ajenas a la eficiencia económica el Estado afecta los derechos de propiedad por estas vías, los incentivos a la inversión disminuyen por el temor al abuso estatal. Por tanto, no basta que el Estado defina claramente los derechos, sino que los respete de manera creíble.

Para enfrentar estos tipos de incertidumbre es necesario construir instituciones que establezcan límites a la acción de los individuos y

¹⁴ Por ejemplo, con base en esta perspectiva, De Soto (2000, 201) ha sostenido que la pobreza en el mundo se explica porque la propiedad de los pobres no ha sido reconocida legalmente de manera adecuada. Generalmente los activos que tienen los pobres, sean muebles o inmuebles, no tienen una vida legal y, por el contrario, se consideran en muchos casos ilegales. El desconocimiento jurídico de la propiedad de hecho de los pobres, los coloca en la marginalidad social y económica. En particular, esta última es central pues si los pobres contaran con una propiedad jurídicamente reconocida, podrían acceder al crédito y tener mejores y mayores oportunidades económicas.

del Estado. Para clarificar los derechos de propiedad es conveniente disponer de un marco jurídico que establezca los términos y facultades de lo que es apropiable, es decir, que aclare los límites del Estado y de los particulares frente a la propiedad de terceros. Además de otras instancias, como un sistema de registro público que dé información veraz sobre la titularidad de la propiedad, junto a los recursos jurídicos para defender y ejercer los derechos de propiedad, es decir, un sistema de justicia accesible y eficaz, y una administración pública sujeta al derecho.

En lo que hace al cumplimiento de los contratos, los institucionalistas recalcan la importancia de un marco jurídico que precise los efectos del incumplimiento de los contratos, especialmente de un sistema de justicia civil y comercial que sancione el incumplimiento. La administración de justicia debe poner cortapisas a quienes incumplen los contratos, obligándolos a cumplirlos o a resarcir el daño. Esta es una condición fundamental para que el intercambio sea posible más allá de las redes de confianza, para que se extienda a los mercados, y estos se amplíen.

La tercera forma de intercambio es el intercambio impersonal con el cumplimiento obligatorio de un tercer participante [...] (el Estado) Este ha sido el apuntalamiento crítico de las economías modernas exitosas que participan en la contratación compleja que es necesaria para el crecimiento económico moderno (North, 1993a, 53).

La incertidumbre por la acción abusiva del Estado se puede enfrentar, limitando su intervención en la economía y dando mayor participación a los agentes privados. También se deben crear mecanismos que limiten los abusos del Estado, como un marco constitucional, que le fije competencias claras, un sistema de pesos y contrapesos entre poderes, y un poder judicial independiente:

Un desempeño económico exitoso debe estar acompañado por instituciones que limiten la intervención económica y permitan a los derechos privados y los mercados prevalecer en amplias áreas de la economía. Puesto de otra forma, dado que las restricciones constitucionales son autolimitantes, ellas deben servir para establecer un compromiso creíble que limite la acción del Estado (North y Weingast, 1989, 256).

Según este enfoque, entonces, ciertas instituciones jurídicas ayudan al crecimiento económico reduciendo la incertidumbre que rodea a los derechos de propiedad. El Estado, a través del derecho y el sistema de justicia, debe proporcionar un marco legal que establezca el contenido y los poderes derivados de la propiedad privada, y las consecuencias

jurídicas del incumplimiento de los contratos, lo que en últimas se manifiesta en un sistema de justicia eficaz¹⁵.

La mejora de la seguridad de los derechos de propiedad derivada de las condiciones anteriores reduce los costos de transacción por la mayor certidumbre que da la claridad acerca de lo que es apropiable, el cumplimiento de lo acordado y la limitación de los abusos del Estado. La incertidumbre y los menores costos de transacción contribuyen al crecimiento económico, pues facilitan el intercambio y la maximización privada, lo cual significa la ampliación de los mercados, elementos centrales del desarrollo económico¹⁶.

Pero el surgimiento de ese cuadro institucional no es automático. Las instituciones no son independientes de las relaciones de poder, de la fuerza de las organizaciones, de los mapas mentales dominantes y de la influencia de lo informal; así, pueden surgir o no instituciones que promuevan el crecimiento, y su contenido no necesariamente incentiva el crecimiento económico. Esto sucede con las instituciones que reconocen los derechos de propiedad, pero sólo los garantizan de manera monopólica, como el régimen de latifundio que caracteriza a los sistema de propiedad de la tierra en buena parte de América Latina (Cross, 2000, 10 y Bardhan, 2001).

En suma, para North, de manera similar a Weber, las instituciones formales desencadenaron o contribuyeron al crecimiento económico de Occidente. Por lo demás, las diferencias institucionales explican por qué aun en el contexto europeo existieron diversas sendas de desarrollo económico:

La historia exitosa de los países europeos occidentales ocurre sobre 500 años y parece ser el resultado de una secuencia de cambios incrementales en las instituciones económicas y políticas que gradualmente incrementan el ámbito de compromisos creíbles para permitir la contratación incrementalmente compleja esencial para crear y realizar el potencial de tecnologías más productivas. El punto decisivo en el desarrollo que fue esencial para la creación de un mercado de capitales, y claramente separó al Occidente europeo de la experiencia del resto del mundo, fue el poner ataduras al comportamiento arbitrario del gobierno con respecto a su compromiso creíble sobre los derechos de propiedad (North, 1993b, 19).

¹⁵ La mera existencia de instituciones no siempre reduce los costos de transacción. Es necesario un marco institucional adecuado, que debe ser reconocido legal y socialmente y funcionar de manera eficaz. De lo contrario, las instituciones pueden aumentar los costos de transacción en vez de reducirlos.

¹⁶ En términos de North: "Cuanto menor es el costo de la transacción, más hacemos intercambios que favorecen a ambas partes y, por lo tanto, producen mayor bienestar humano" (conferencia en la Bolsa de Valores de Buenos Aires, marzo de 2001).

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 en países 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 [...] Cuando comparamos el costo de realizar transacciones en un país del Tercer Mundo y en uno de economía industrial adelantada vemos que los costos por intercambio en el primero son mucho mayores y que a veces no hay ningún intercambio debido a lo elevado de los costos. En el Tercer Mundo la estructura institucional carece de estructura formal (y de cumplimiento obligatorio) que apuntale los mercados eficientes [...] Sin embargo hay algo más que simples costos elevados de negociación en los países del Tercer Mundo. Lo peor es que el marco institucional que determina la estructura básica de la producción tiende a perpetuar el subdesarrollo (North, 1993a, 95).

Pero aunque estos autores concuerdan en el papel de los aspectos institucionales de índole jurídica, le dan un sustento diferente. Para Weber, la predictibilidad del derecho resultante de la racionalidad formal es el aspecto fundamental para que los capitalistas privados actúen en un ambiente jurídicamente más seguro. Para North, la reducción de la incertidumbre de los derechos de propiedad mediante la limitación jurídica del poder del Estado y de los particulares redujo los costos de transacción y facilitó el crecimiento de los mercados¹⁷.

Por otra parte, en la obra de North el papel de las instituciones formales es matizado por el papel de las instituciones informales. Como se indicó, éstas delimitan el alcance de la institucionalidad producida por el Estado, de modo que si no hay algún tipo de correspondencia entre estos ámbitos institucionales, las reglas formales pueden ser ineficaces o inocuas para el crecimiento. Además, North reconoce que cuando las instituciones formales no existen o no funcionan adecuadamente, las reglas informales pueden ofrecer cierta certidumbre, especialmente en comunidades pequeñas donde existe un estrecho contacto personal. Aunque en un contexto de intercambios impersonales, como el de los mercados modernos, la certidumbre creada por medios informales es limitada y tiende a ser rebasada cuando las economías se tornan más complejas¹⁸.

¹⁷ Para una crítica de North a la obra de Weber, ver North et al. (2005, 135).

¹⁸ “El movimiento de largo plazo y desigual de las tradiciones y costumbres no escritas hacia la existencia de leyes escritas ha sido un cambio unidireccional que ha acompañado el paso a sociedades más complejas y está claramente relacionado con el incremento en la especialización y la división del trabajo asociado con éstas” (North, 1990, 46).

Este consenso sobre la predictibilidad que generan las instituciones formales ha sido problematizado por la experiencia de algunos países del Sureste Asiático. Como se verá, lograron tasas de crecimiento altas y sostenidas en un contexto en que las instituciones jurídicas formales no imponían límites a la acción económica potencialmente abusiva del Estado, sino que le daban discreción y permitían su intervención permanente, no siempre predecible, en la actividad privada. Pese a ello, lograron cierta predictibilidad mediante otro tipo de arreglos, como la negociación permanente e informal entre el Estado y las empresas, una burocracia altamente profesional y las redes sociales de reciprocidad.

EL ESTE ASIÁTICO: CRECIMIENTO SIN DERECHO FORMAL

El salto económico de algunos países del Este Asiático es una de las experiencias más recientes y exitosas de crecimiento en el marco del capitalismo. A pesar de que los “Tigres Asiáticos” históricamente estuvieron muy atrás de los niveles de desarrollo de buena parte de América Latina, el proceso se ha revertido en su favor (Matus, 2001). Esta experiencia exitosa de desarrollo ha llevado a investigar el papel de las instituciones jurídicas en ese crecimiento.

Lo primero que se constata es que los países que vivieron el milagro asiático contaban inicialmente con instituciones jurídicas similares a las de Occidente, como resultado del trasplante o la imposición del derecho de los países centrales¹⁹. Bajo la dinastía Meiji, Japón adoptó a finales del siglo XIX el código civil alemán como instrumento de modernización y apertura hacia Occidente. Vietnam tenía tradición jurídica de origen francés que se remontaba a las dos primeras décadas del siglo XX. Malasia, Singapur y Myanmar, colonizados por la Gran Bretaña, construyeron sus instituciones jurídicas siguiendo la tradición del derecho común (Pistor, 1998, 5 y Cumings, 2001, 18-23).

Pese a que los países de la región tenían instituciones jurídicas de origen occidental –de derecho público y privado–, buena parte estuvo suspendida por regímenes políticos autoritarios que poco se apegaban al derecho. Corea, Indonesia y Malasia estuvieron regidos por gobiernos dictatoriales que ejercieron un férreo control sobre la disidencia y la protesta política. Singapur conserva aún un perfil autoritario que

¹⁹ El derecho de esos países también tuvo influencia de otros poderes circundantes. El derecho indio fue retomado en Tailandia, mientras que el chino influyó en Japón, Corea y Vietnam (Rich, 2002).

tiene, sin duda, su expresión más actual en el gobierno chino, que lidera un exitoso proyecto de crecimiento económico en un marco político poco respetuoso de las libertades y del imperio de la ley:

El contenido de muchas de las leyes existentes en los códigos es aún el legado de su proceso de préstamo y apropiación [...] Sin embargo, en la fase más autoritaria de la política de crecimiento dirigida, muchas de las leyes que habían sido trasplantadas fueron ignoradas en la práctica. Fueron de hecho suspendidas, al menos temporalmente, y remplazadas por nuevas leyes y regulaciones que dieron una autoridad sustancial al Estado (Pistor, 1998, 4).

Por tanto, durante el despegue económico de los sesenta el sesgo autoritario de los regímenes políticos llevó a que el Estado no estuviera limitado por el derecho e irrespetara las garantías individuales. Además, los elementos occidentales del sistema jurídico, que en principio regulaban aspectos centrales del derecho privado, nunca estuvieron vigentes.

En esas circunstancias, se ha tratado de determinar cuál fue el marco jurídico de los países del milagro asiático y cuál fue su impacto en el proceso de crecimiento. Algunos autores sostienen que en Corea y Japón el Estado utilizaba un orden jurídico basado en un legalismo técnico y formalista para controlar y dirigir la economía, acompañado de acuerdos informales con los conglomerados empresariales; así, el derecho estatal jugó un papel menor que las reglas informales. Por su parte, la experiencia de Malasia, Indonesia, Myanmar y China muestra que en vez de entramado jurídico más o menos formal, las redes de confianza y reputación existentes en el ámbito social fueron las que dieron seguridad a las transacciones económicas²⁰.

De acuerdo con Jayasuriya (1996, 367-368), el derecho de varios países, especialmente del noreste, tiene dos aspectos comunes. Por una parte, está conformado por estándares legales, es decir, normas vagas que dan amplio margen de discrecionalidad a quien las aplica y están sujetas a criterios externos al derecho. Por otra parte, es concebido como mecanismo para la aplicación de políticas, como medio orientado a resultados, lo que genera poca preocupación por el respeto a las formas y procedimientos. El derecho es entonces un instrumento del Estado para promover ciertos objetivos de política económica (Pistor, 1998, 6 y Visser, 2003, 1). El derecho administra-

²⁰ Esta parte hace referencia especial a los países mencionados. Al incluir a Japón y China se rebasa el ámbito del *milagro asiático*. No obstante, son ejemplos del papel de diversos arreglos institucionales formales e informales en el crecimiento.

tivo es el medio a través del cual el Estado guía y dirige la economía (Jayasuriya, 1996, 373-380)²¹.

A esto se añade la manera de entender al sujeto jurídico. Según Jayasuriya, no es el propietario individual sino la empresa, entendida como ente institucional. Dada la dirección de la economía por el Estado, el sujeto jurídico regula a las unidades empresariales, que no están sujetas a las demandas de sus propietarios privados. El resultado es una manera distinta de concebir los derechos de propiedad. En vez de ser un espacio de protección frente al Estado, se negocian con las empresas (ibíd., 373).

En ese marco, las partes “privadas” tienen poca autonomía, lo que implica un gran desarrollo del derecho público frente al privado. No es una coincidencia que existan pocos abogados que representen los intereses privados y pocas cortes especializadas a donde puedan llevar sus demandas (Jayasuriya, 1996, 383 y Visser, 2003, 1).

Las investigaciones complementarias señalan que la acción del Estado estuvo enmarcada por un conjunto de reglas informales producto del consenso entre el Estado y las empresas. Desde este entendimiento, sostienen que éstas siguieron voluntariamente la guía del Estado:

La relación entre los individuos y los Estados en Asia ha sido un proceso de negociación y guía informal, voluntario y no autoritario. Las decisiones son tomadas sobre la base de un consenso recíproco de expectativas basado en puntos de vista compartidos acerca de lo correcto y lo incorrecto. De esta manera, la ley positiva es frecuentemente superflua y el sistema legal formal es de importancia marginal (Perry, 2002, 24).

Siguiendo a Haggard, esta relación entre el Estado y las empresas llevó al surgimiento de espacios de deliberación o redes informales que operaban en diferentes niveles del sistema político (desde las agencias estatales hasta el jefe de gobierno) y que incluían a representantes de las asociaciones empresariales y a las empresas. Allí se consideraban aspectos tales como las reglas para promover las exportaciones, los niveles de salarios, las necesidades de industrias específicas y, a veces, los requerimientos particulares de una empresa (Haggard, 2004, 61).

²¹ Para el caso japonés, la intervención vía el derecho administrativo se definía como: “la autoridad del gobierno contenida en las leyes que establecen facultades a los ministerios para producir directivas (*shiji*), solicitudes (*yodo*), llamados de atención (*keikoku*), sugerencias (*kankoku*) y estímulos (*kansho*) a las empresas o clientes dentro de la particular jurisdicción de un ministerio. La guía administrativa es constreñida solamente por los requerimientos de los que son ‘guiados’, los cuales se deben dirigir al órgano gubernamental con jurisdicción y, aunque éste no está basado en una ley explícita, no pueden violar la ley” (Cummings, 2001, 27).

Japón, por ejemplo, estructuró su acción directiva sobre las empresas con base en consensos informales, que por definición no implican acción ni coerción legal directa (Cummings, 2001, 28). Este es el caso del Ministerio de Finanzas. Si bien la Ley de Bancos y de Cambios Internacionales existía antes de la Segunda Guerra Mundial, mediante los poderes atribuidos a ese ministerio y como fruto de negociación con las empresas del sector, se acordó una política financiera sin tener que modificar la ley²². Aunque estos ajustes ocurrieron en una atmósfera donde la política económica apuntaba a la desregulación y a una mayor acción del mercado, este cambio fue posible en virtud de la amplia discreción administrativa y la obediencia a las normas fundadas en un consenso informal.

La acción administrativa del Estado no sólo era creciente sino poco controlada, a pesar de las oportunidades institucionales para ponerle freno. Japón adoptó una constitución basada en la de Estados Unidos, que establecía la legalidad de la administración y su control judicial, utilizado de manera excepcional. Los ciudadanos muy rara vez usaban las cortes de justicia para cuestionar los arreglos institucionales y, en general, sus derechos. De hecho, después de aprobada la nueva constitución, el número de litigios se redujo frente al de la preguerra²³. Así, la “intervención de las cortes en la ejecución de la política económica y en la defensa de intereses particulares fue muy extraña, hasta el punto de que no existía” (ibíd., 18).

Esto pudo funcionar gracias a que la ejecución de las políticas siempre estuvo a cargo de una burocracia competente del Estado y de las empresas, a los mecanismos institucionalizados de comunicación entre el sector público y el sector privado, y al bajo nivel de corrupción en el sector público (ibíd., 18).

Por su parte, el caso de Corea es un extremo de dirección estatal de la economía informal y de abuso del poder. La economía estaba dirigida directamente por el presidente y sus círculos cercanos, con poca descentralización en los ministerios y una nula intervención del parlamento, a diferencia de Japón. Las directrices de la cúpula del ejecutivo no se consultaban con los interesados y, de nuevo a diferencia de Japón, en la época de alto crecimiento no existía un marco legal que reconociera el control judicial de las acciones del gobierno (ibíd., 29).

²² De acuerdo con Cummings (2001, 27), lo mismo ocurrió en Corea.

²³ La tasa media de litigios civiles fue de 16,6 casos por millón de habitantes entre 1950 y 1990, inferior a los 26,8 casos por millón de 1892 y 1940 (Cummings, 2001, 27).

El control estaba en cabeza del ejecutivo. Las empresas seguían las pautas establecidas por el gobierno, que tenía la facultad para aprobar las licencias para desarrollar ciertas actividades y controlaba de manera directa o indirecta la financiación que necesitaban. Si estos medios no funcionaban, el Estado recurría a mecanismos más opacos y jurídicamente irregulares; por ejemplo, las amenazas tácitas, la imposición de sanciones mediante auditorías tributarias y, a veces, el uso del sistema de justicia criminal como retaliación contra quienes se apartaban de las directrices estatales (Cummings, 2001, 30-31)²⁴.

Este entramado configura un tipo especial de relación entre el Estado y el derecho. El Estado actúa a través del derecho, pero éste no lo limita formal ni sustancialmente. No existe un respeto especial por los procedimientos que permita prever la acción del aparato estatal, debido a la apelación a estándares legales vagos y al instrumentalismo que ata lo jurídico a fines económicos externos. En suma, el autoritarismo y la forma de reconocer al sujeto jurídico no permiten hablar de un régimen de derechos que limite la acción del poder público. Así, el legalismo es una manera de ampliar y consolidar el poder del Estado y no de limitar su ejercicio. El derecho no es una protección frente a la intromisión indebida del Estado, sino un medio para mantener y estabilizar el poder.

Así parecen confirmarlo algunos estudios econométricos que comparan el impacto de las instituciones del Estado de derecho en el crecimiento del Sureste Asiático con el de América Latina. Campos y Nugent (1999, 26) relacionaron los cinco indicadores de gobernabilidad construidos por el Banco Mundial con los datos de ingreso per cápita, mortalidad infantil y tasa de analfabetismo²⁵, y concluyeron que en cada región fueron diferentes los elementos institucionales que cumplieron un papel prominente en el desempeño

²⁴ Uno de los casos más sonados de uso irregular de facultades legales para disciplinar a una empresa fue el del conglomerado Kukje. A mediados de los ochenta, en respuesta a la negativa de su dueño a seguir patrocinando al partido de gobierno con una mayor cuota, la empresa fue disuelta por orden del Ministerio de Finanzas. Luego de la inauguración de la democracia, a comienzos de los noventa, la Corte Constitucional declaró irregular el procedimiento y devolvió los derechos correspondientes a su dueño (Cummings, 2001, 18).

²⁵ Los indicadores de gobernabilidad del Banco miden la inestabilidad y la violencia política, la efectividad del gobierno, la carga regulatoria y el imperio de la ley. La muestra de países asiáticos incluyó a Hong Kong, Indonesia, Corea del Sur, Malasia, Filipinas, Singapur, Tailandia y Taiwán, para diversos años del período 1982-1997, que variaban según la disponibilidad de datos para cada variable institucional.

económico y el desarrollo. En el Este Asiático, el más influyente fue la competencia de la burocracia, y en América Latina los atributos del Estado de derecho²⁶.

Sea como fuere, la experiencia japonesa y, en parte, la coreana muestran que la relación informal entre el Estado y las empresas ayudó a crear un ambiente predecible, como resultado de un intercambio no escrito, en el que el Estado asumía un papel altamente intervencionista en la economía y las empresas actuaban cerca de las instancias estatales para lograr un marco normativo de consenso y, por ende, predecible:

Los consejos formales y las redes informales permitieron que el sector privado conociera las intenciones y los compromisos de los políticos y de los burócratas, y generara confianza [...] La relativa participación de los actores en los espacios formales, donde se producían las reglas de juego, limitó las posibilidades de las empresas privadas para buscar rentas particulares. De igual forma, dificultó las tendencias predatorias del Estado (Haggard, 2004, 61)²⁷.

La discreción de la administración era la llave que permitía incorporar las expectativas de las empresas en el marco de reglas formales e informales administradas por el Estado. Lo que indica que es posible una acción previsible del Estado en un contexto de amplia discreción de sus agentes (Perry, 2002, 24)²⁸.

La experiencia de otros países asiáticos muestra que la posibilidad de predecir la acción del Estado mediante arreglos informales con los empresarios no es la única manera de dar certidumbre económica. En Indonesia, Vietnam y Myanmar existía una clara división étnica entre quienes detentaban el poder político, las élites nativas, y quienes se encargaban de la actividad económica, por lo general minorías de inmigrantes chinos, cuyas actividades empresariales nunca fueron

²⁶ Los indicadores de gobernanza dan una baja valoración a los componentes del Estado de derecho en buena parte de los países asiáticos. Con todo, se debe advertir que estos indicadores no siempre miden las restricciones institucionales al poder del Estado sino los resultados de los arreglos institucionales. No es coincidencia que, según los indicadores del Banco Mundial, Singapur sea uno de los países con instituciones mejor valoradas en términos de su gobernanza, a pesar de que gobierne un partido único sin mayores restricciones jurídicas o políticas (Glaeser, 2004).

²⁷ El funcionamiento concreto de esta relación varía entre países. Para una referencia sobre la experiencia exitosa de Corea y la menos positiva de Indonesia y Filipinas, ver Kang (2002).

²⁸ Aunque este tipo de informalidad logró un papel estabilizador durante el despegue económico, la ausencia de un verdadero Estado de derecho ha sido señalada como uno de los factores que permite explicar la crisis financiera asiática de finales de los años noventa. Ver Glazebrook (1999).

facilitadas por las élites y, por lo general, tropezaron con limitaciones y obstáculos impuestos por las instituciones públicas (Cummings, 2001, 14).

Una situación diferente, pero con efectos similares, es la de China. Las reformas procapitalistas de finales de los años setenta llevaron a abandonar algunas instituciones y políticas de intervención económica que no fueron sustituidas de inmediato por instituciones de mercado. Por ejemplo, la primera legislación de contratos se promulgó en 1982, cuatro años después de iniciadas las reformas, y pronto entró en desuso por sus contradicciones con normas posteriores. Sólo en 1999 entró en vigencia una ley uniforme de contratos (Schramm et al., 2003, 2).

En los casos anteriores, la falta de certidumbre debida a las diferencias étnicas o a la falta de normas formales llevó al surgimiento de redes sociales de confianza y reciprocidad conocidas como *guanxi*, una relación basada en la amistad y en el compromiso de acciones recíprocas futuras, producto de intercambios sociales previos que crean una reputación que hace posible la acción colectiva organizada²⁹. Aunque las relaciones personales son un aspecto central de las *guanxi*, éstas se caracterizan por la existencia de elementos comunes entre sus integrantes: procedencia regional, pertenencia a la misma unidad militar o partidista, escuela, asociación, etc. (Cummings, 2001, 15 y Schramm et al., 2003, 4).

Las redes *guanxi* no son, sin embargo, producto de marcos institucionales formales impredecibles. Reproducen una dinámica cultural asociada a la práctica generalizada de algunos principios confucianos. El primer principio plantea que los individuos deben actuar de tal manera que beneficien a aquellos con quienes comparten algún tipo de relación personal, siempre y cuando no se vean afectados o afecten a otra persona más cercana o su potencial beneficiario haya dejado de actuar de manera cooperativa en el pasado (Chai, 2003, 8). El segundo sostiene que las costumbres o reglas creadas por la comunidad son el principal medio para establecer el orden social. Por tanto, el derecho del Estado, si bien debe existir, cumple un papel secundario frente a las normas consuetudinarias.

²⁹ “Comúnmente las *guanxi* se han definido como una relación especial entre una persona que necesita algo y otra que tiene la capacidad de dárselo, de tal forma que la aceptación de la prestación o servicio conlleva la generación de unos vínculos particulares, de lazos de amistad y del compromiso de un intercambio recíproco futuro en el marco de redes sociales amplias” (Schramm y Taube, 2003, 7).

Las *guanxi* operan en diversos planos de la vida social, incluido el económico. En este ámbito, la pertenencia a estas redes de confianza y reciprocidad facilita el intercambio y el cumplimiento de los acuerdos. El cumplimiento de lo acordado informalmente permite mantener o ampliar las relaciones económicas futuras. El incumplimiento lleva a la expulsión de la red, con todos sus efectos como limitante de futuras transacciones:

Las redes *guanxi* deben ser entendidas como clubes que garantizan a sus miembros los derechos de propiedad y el descenso de los costos de transacción en un ambiente institucional desordenado [...] Las redes *guanxi* han permitido generar un marco institucional en el cual los agentes que participan de una transacción se pueden cubrir a sí mismos de los riesgos del oportunismo (Schramm et al., 2003, 7)³⁰.

Para algunos autores, este elemento de informalidad social que da seguridad a la actividad económica no sólo imprime una dinámica económica mayor sino que es la base del éxito económico de Indonesia, Malasia y, en particular, del crecimiento económico de China (Jones, 1998, 195-221 y Clarke, 2001). Debido a la hostilidad del marco institucional formal en los primeros, y a la falta de un entramado legal adecuado en China, las redes de reciprocidad de las comunidades chinas dentro y fuera del continente —debido a los fuertes lazos culturales y al sentido de pertenencia— se convirtieron en proveedores por excelencia de la certidumbre que hace posible el intercambio:

Las tasas de crecimiento chino han sido atribuidas a factores culturales, a características particulares de su capitalismo, a las redes de relación *guanxi*, al clientelismo y al corporativismo. El capitalismo chino se caracteriza por preferir las empresas familiares, una tendencia a resolver las controversias por vías informales antes que en las cortes, una tradición común, la adherencia a los valores de Confucio, y un énfasis en las relaciones (Peerenboom, 2002, 5).

Si bien no hay consenso en torno a esta tesis, es claro que las redes de reciprocidad cumplen un papel fundamental para brindar las condiciones de certidumbre que no ofrece el Estado³¹. Crean un ambiente

³⁰ Chai (2004, 26) resume el impacto de estas redes de confianza en la configuración de las empresas chinas: “la ausencia de instituciones que garantizaran el cumplimiento de los contratos hizo irracional confiar en ellas para la cooperación económica. Por lo demás, fue racional para los individuos construir empresas basadas en la existencia de mecanismos sustitutos para la acción colectiva. Esto explica por qué las instituciones económicas no se basaron en las instituciones estatales sino en la confianza entre individuos que compartían un marco común de normas sociales”.

³¹ Para una visión crítica de las tesis anteriores, ver Garth et al. (1998, 109-143).

propicio para la actividad económica de comunidades numerosas, claro está, acompañado de políticas macroeconómicas equilibradas, control de la inflación, apertura al comercio internacional y una burocracia profesional, etc. (ibíd.).

En suma, la experiencia del Este Asiático muestra que el manejo de la incertidumbre sobre la acción del Estado o de los particulares en materia económica se puede lograr por vías diferentes a las de un Estado sujeto al derecho. Los casos de Corea y Japón muestran que el marco de reglas negociado por el Estado con las empresas dio certidumbre sobre el accionar del poder público; el cual, por lo demás, intervino ampliamente en la economía. Y los casos de Indonesia, Malasia y China muestran que el marco de certidumbre proporcionado por el Estado puede ser sustituido por mecanismos sociales como las redes de reciprocidad, las que según diversos autores han sentado las bases institucionales de su alto crecimiento económico.

Los gobiernos de la región dieron señales de su compromiso con el desarrollo del sector privado, pero no a través de un gobierno limitado por instituciones como el imperio de la ley y las cortes independientes [...] Los gobiernos autoritarios establecieron relaciones con los actores privados por medio de otras formas de compromiso: políticas industriales, subsidios, rentas, vínculos particulares y “juegos repetidos” [...] Los países asiáticos resolvieron los problemas identificados por el institucionalismo –garantía de los derechos de propiedad, realización de compromisos creíbles, limitación de la búsqueda de rentas y la corrupción– mediante diversas formas (Haggard, 2004, 71-81).

Estas conclusiones sobre la función de los aspectos jurídico formales en el desempeño económico del Este Asiático ponen en cuestión las concepciones teóricas que dan un papel central a las instituciones del derecho que se basan exclusivamente en la lectura del desarrollo del capitalismo occidental.

En efecto, las tesis weberianas no permiten entender por qué, a pesar de la ausencia de una racionalidad formal que hiciera calculable la acción del Estado, el capitalismo se estableció en el Este Asiático en un contexto opuesto (Ginsburg, 2000, 835 y Jones, 1998, 196). Como se explicó, en buena parte de estos países, pese a sus diferencias, el Estado actuó con total discreción, aunque en algunos casos su acción era predecible, pero no como resultado de reglas formales concebidas de manera impersonal, general y abstracta, sino como fruto de reglas informales, acordadas y aceptadas por los representantes del Estado y los empresarios. Tampoco se puede explicar a la luz del esquema weberiano cómo se pudo desarrollar el capitalismo en un contexto donde el Estado actuaba de manera hostil y discrecional, y

fue sustituido por redes sociales basadas en la confianza que dieron certidumbre, en menor escala pero suficiente para el desarrollo de la actividad económica.

Las tesis de North son también limitadas para entender el caso del Este Asiático. El crecimiento económico de estos países no ocurrió en el marco de un Estado limitado jurídicamente, de reconocimiento y defensa a ultranza de los derechos de propiedad, respaldado por sistemas de justicia que velaran por el cumplimiento de los contratos y controlaran el poder político. Por el contrario, la acción económica de los Estados estaba sujeta a estándares legales vagos que les daban amplia discreción en su gestión. En los casos más extremos, estos estándares fueron remplazados o ajustados por reglas informales conocidas por los agentes estatales y los actores económicos. Los derechos de propiedad, especialmente los de las grandes empresas, nunca se definieron claramente y, en los hechos, su alcance era resultado de la negociación entre el Estado y las empresas. Por último, el sistema judicial era muy débil y no era un contrapeso del poder político que limitara sus ámbitos de poder; en algunos países, además, no era un árbitro efectivo para la resolución de conflictos, pues estos se solían resolver a través de las redes informales o mediante las relaciones directas con los administradores del Estado.

No obstante, las ideas de North ayudan a entender parcialmente los mecanismos informales de regulación que surgieron en algunos países del Sureste Asiático. Según él, las instituciones de la sociedad son formales e informales, y las primeras guardan correspondencia con las segundas. Las redes de confianza de Vietnam e Indonesia son una expresión de las instituciones informales del neoinstitucionalismo económico. Para North es claro que las instituciones informales generan certidumbre, aunque limitada especialmente cuando los mercados son amplios e impersonales. Su tesis es que en los mercados más complejos, donde intervienen muchas personas y las transacciones involucran bienes de alto valor, las instituciones informales deben ser sustituidas por reglas formales basadas en la fuerza de un árbitro, en este caso representado por el Estado (North, 1993a, 82-83). Luego de la crisis asiática de finales de los noventa, algunos países de la subregión han experimentado grandes cambios en la amplitud de la discreción de los administradores y la intervención del Estado en la economía, lo cual ha abierto un mayor espacio para el derecho formal (Ginsburg, 2000, 839-840, y 2002).

CONCLUSIONES

La relación entre las instituciones jurídicas, el establecimiento exitoso del capitalismo y el crecimiento económico ha sido examinada desde diversos enfoques teóricos, desde la sociología, la historia, la economía, y con particular atención desde la teoría del desarrollo. Los trabajos de Weber y North son referentes teóricos indispensables para entender esta relación, y los aportes de North y de la escuela neoinstitucionalista han influido notablemente en el diseño de las reformas de los marcos jurídicos para favorecer el crecimiento.

Weber y North coinciden en que la relación entre las instituciones jurídicas y la economía de mercado está asociada a la certidumbre que proporciona el derecho del Estado, que da una seguridad jurídica que incentiva la actividad económica privada y la acción colectiva. La posibilidad de predecir la acción del Estado y de los particulares es el resultado de los límites jurídicos que se imponen a sus acciones con base en la racionalidad formal del derecho, la protección de los derechos de propiedad, y la independencia y el fortalecimiento del poder judicial, entre otros. Estos arreglos evitan los potenciales abusos del Estado y aseguran la participación de los particulares en los mercados.

La experiencia del Este Asiático muestra, sin embargo, que el manejo de la incertidumbre sobre la acción del Estado o de los particulares en la esfera de las relaciones económicas se puede lograr por medios diferentes al Estado sujeto al derecho. Así lo muestran los casos de Corea y Japón, donde la certidumbre fue proporcionada por un marco de reglas negociado entre el Estado y las empresas, pese a la amplia intervención del Estado en la economía. Los casos de Indonesia, Malasia y China muestran que el marco de certidumbre proporcionado por el Estado puede ser sustituido por mecanismos sociales eficientes de redes de reciprocidad.

Existe una coincidencia entre los planteamientos de Weber y North y los análisis de la experiencia asiática: se necesita un nivel de certidumbre sobre la acción económica del Estado y de los individuos para brindar una seguridad que incentive el crecimiento económico (Chen, 1996, 19). Este nivel se puede obtener de diversas maneras. El derecho racional formal brindó certidumbre en el marco continental europeo. En el Este Asiático, el nivel de certidumbre fue producto de acuerdos informales con los empresarios y de redes sociales fundadas en la confianza y la reciprocidad, que jugaban un papel central cuando el Estado era hostil a la actividad económica privada.

En síntesis, el impacto de las instituciones jurídicas en el crecimiento económico no siempre pasa por la construcción o apropiación de un modelo dado de normas formales. Lo importante no es el carácter formal de las instituciones sino su capacidad para brindar certidumbre, y ésta puede ser proporcionada por instituciones informales. No obstante, según North, las instituciones informales tienden a ser sustituidas progresivamente por reglas formales a medida que los mercados se amplían y se tornan más impersonales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bardhan, P. 2001. "Entendiendo el subdesarrollo: retos de la economía institucional desde el punto de vista de los países pobres", *Instituciones y Desarrollo* 10.
- Campos, N. F. y J. B. Nugent. 1999. "Development Performance and the Institutions of Governance: Evidence from East Asia and Latin America", *World Development* 27, 3, pp. 439-452.
- Cerroni, H. 1965. *Marx y el derecho moderno*, Buenos Aires, Editorial Buenos Aires.
- Chai, S. 2003. "Culture, Rationality and Economic Institutions in East Asia: The Chinese Family Firm", *SASE Working Paper*. Disponible en Internet, http://www.sase.org/conf2003/papers/chai_sunki_2.pdf
- Chen, A. 1996. "Rational Law, Economic Development and the Case of China", documento presentado en la conferencia "Globalization and the Quest of Justice", organizada por la Law and Society Association and the Research Committee on the Sociology of Law of the International Sociological Association, Glasgow, 10 a 13 de julio.
- Clarke, D. 2001. "Economic Development and the Rights Hypothesis: the China Problem", documento preparado para la conferencia "Law Reform in Developing and Transitional Countries", Ulan Bator, Mongolia, 2 y 3 de julio.
- Coase, R. 1994. *La empresa, el mercado y la ley*, Madrid, Alianza Editorial.
- Cooter, R. 2004. "Law and Economics for Developing Countries. What Makes the Difference?", ponencia presentada en el encuentro internacional sobre Derecho y Desarrollo Económico en el Instituto de Derecho y Economía de la Universidad de Hamburgo.
- Cross, F. 2000. "Law and Economic Growth", *Texas Law Review* 80, pp. 1737-1762.
- Cumings, M. 2001. "Diverse Paths toward The Right Institutions, the State and Economic Reform in East Asia", *ADB Institute Working Paper* 18.
- De Soto, H. 2000. *El misterio del capital*, Perú, El Comercio.
- Garth, B. et al. 1998. "Law, Lawyers and Social Capital: 'Rule of Law' versus 'Relational Capitalism'", *Social and Legal Studies* 6, 1, pp. 109-143.
- Ginsburg, T. 2000 "Does Law Matter for Economic Development?", *Law and Society Review* 34, 3, pp. 829 y 856.

- Ginsburg, T. 2002. "Japanese Legal Reform in Historical Perspective", documento en Internet: www.law.uiuc.edu/academics/asianlaw/pdfs/JapaneseLegalReforminHistoricalPerspective-revised.pdf
- Glaeser, E. et al. 2004. "Do Institutions Cause Growth?", *Journal of Economic Growth* 9, 3, pp. 271-303.
- Glazebrook, S. 1999. "The Role of the Rule of Law in the Asian Economic Crisis", basado en la presentación realizada en la novena conferencia anual de la Asociación Inter-Pacífica de Abogados, Bangkok, mayo.
- Globerman, S. 2002. "Global Foreign Direct Investment Flows: The Role of Governance Infrastructure", *World Development* 30, 11, pp. 1899-1919.
- Gorbaneff, Y. 2003. "El noble triunfo. Los derechos de propiedad y la prosperidad a través de los siglos", *Revista de Economía Institucional* 5, 8, pp. 257-262.
- Haggard, S. 2004. "Institutions and Growth in East Asia", *Studies in Comparative International Development* 38, 4, pp. 53-81.
- Igham, B. 1995. *Economics and Development*, London, McGraw-Hill.
- Jayasuriya, K. 1996. "Rule of Law and Capitalism in East Asia", *Pacific Review* 9, 3, pp. 367-388.
- Jones, C. 1998. "Capitalism, Globalization and Rule of Law: An Alternative Trajectory of Legal Change in China", *Social and Legal Studies* 3, 2, pp. 195-221.
- Kang, D. 2002. *Crony Capitalism, Corruption and Development in South Korea and the Philippines*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Monereo, J. 2001. "La racionalidad del derecho en el pensamiento de Max Weber", *Teoría e ideología. Estudio introductorio a la Sociología Jurídica de Max Weber*, Granada, Editorial Comares.
- Matus, M. 2001. "Corea y el Cono Sur de América. El jardín de senderos que se bifurcan", documento presentado en el Congreso Internacional de la LACEA.
- North, D. 1998. *El nacimiento del mundo occidental. Una nueva historia económica (900-1700)*, Madrid, Siglo XXI, 1.ª ed. 1978.
- North, D. 1990. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press.
- North, D. 1993a. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, México, Fondo de Cultura Económica.
- North, D. 1993b. "Institutions and Credible Commitment", *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 149.
- North, D. y B. Weingast. 1989. "Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutions Governing Public Choice in Seventeenth-century England", *Journal of Economic History* 49.
- North, D. y B. Weingast. 2000. "Concluding Remark: The Emerging New Economic History of Latin America", H. Stephen, ed., *Political Institutions and Economic Growth in Latin America: Essays in Policy, History and Political Economy*, Stanford, Hoover Institutions Press.
- North, D. 2005. *Understanding the Process of Economic Change*, Princeton, Princeton University Press.
- Peerenboom, R. 2002. "Social Networks, Rule of Law and Economic Growth in China. The Elusive Pursuit of the Right Combination

- of Private and Public Ordering”, *Global Economic Review* 31, 2, pp. 1-32.
- Perry, A. 2002. “The Relationship between Legal System and Economic Development: Integrating Economic and Cultural Approaches”, *Journal of Law and Society* 29, 2, pp. 282-307.
- Pasukanis, E. 1976. *Teoría general del derecho y marxismo*, Madrid, Labor.
- Pistor, C. et al. 1998. “The Role of Law and Legal Institutions in Asian Economic Development. 1960-1995”, resumen ejecutivo, documento disponible en Internet: www.adb.org/Documents/Books/Role_of_Law/Role_of_Law.pdf
- Pistor, C. 1999. “The Evolution of Legal Institutions and Economic Regime Change”, documento preparado para la conferencia anual sobre Desarrollo Económico en Europa: Gobernanza, Equidad y Mercados Globales, París, 21 a 23 de junio.
- Pritzl, R. 2000. *Corrupción y rentismo en América Latina*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung y CIEDLA.
- Przeworski, A. 2004. “Some Historical, Theoretical and Methodological Issues in Identifying Effects of Political Institutions”, New York University, mimeo.
- Rich, R. 2002. “Rule of Law in East and Southeast Asia. A Research Approach”, Centre for Democratic Institutions Research School of Social Sciences, Australian National University, mimeo.
- Roemer, A. 1994. *Introducción al análisis económico del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Schramm, M. et al. 2003. “On the Co-existence of Guanxi and a Formal Legal System in the PR China –An Institutional Approach–”, documento presentado en el encuentro de ISNIE, 2003, disponible en Internet: <http://www.isnie.org/ISNIE03/papers03/schramm.pdf>
- Swedberg, R. 1998. *The Economy and Law in Max Weber and the Idea of Economic Sociology*, Princeton, Princeton University Press.
- Thoumi, F. 1995. “Derechos de propiedad en Colombia: debilidad, ilegitimidad y algunas implicaciones económicas”, *Documento Ocasional* 38, Bogotá, Centro de Estudios Internacionales, Universidad de los Andes.
- Tshuma, L. 1999. “The Political Economy of The World Bank’s Legal Framework for Economic Development”, *Social & Legal Studies* 8, 1.
- Trubek, D. 1972. “Max Weber and the Rise of Capitalism”, *Wisconsin Law Review* 3, pp. 720-753.
- Visser, W. 2003. “Rule of Law in East and Southeast Asia?”, reseña de *Law and Development in East and Southeast Asia*, The International Institute for Asian Studies Newsletter 31, University of Leiden.
- Weber, M. 1977. *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Weber, M. 1984. *Ensayos sobre sociología de la religión*, Madrid, Taurus.
- Yáñez, C. 2000. “Antecedentes y aportes del neo-institucionalismo económico”, documento en Internet: www.iigov.org