

# Derecho y desarrollo

por

David Kennedy<sup>1</sup>

Facultad de Derecho

Universidad de Harvard

La combinación de derecho y desarrollo se han puesto otra vez de moda: se enseña en las facultades de derecho y es el punto clave de las iniciativas políticas en las instituciones que más favorecen al desarrollo, además de ser el tema central de numerosos libros y conferencias. Este interés renovado en implicar al derecho en una lucha activa por el desarrollo nos brinda la oportunidad de poner prueba las distintas alternativas de mercado y formas de distribución de recursos que conlleva la política del desarrollo.

Por desgracia, se pierden esta oportunidad con demasiada frecuencia. La idea de que construir el “estado de derecho” es en sí una estrategia del desarrollo nos brinda la esperanzadora perspectiva de que escoger el derecho podría sustituir otras alternativas políticas y económicas las cuales, a pesar de ser bastante confusas, han constituido el eje de la política del desarrollo durante medio siglo. El ámbito legal ofrece el terreno donde poder optar por esas alternativas, pero no puede sustituirlas. Lo que sí es deseable es que esta circunstancia pudiera animar a la gente a tomar medidas y alternativas dentro de un régimen legal como si fuese la única alternativa.

Las ideas sobre el desarrollo que nutren el interés contemporáneo en el derecho también parecen alentar la esperanza de que el derecho podría simplificar la creación de la política del desarrollo, igualando su compromiso en los desacuerdos políticos y económicos.

He tomado estas ideas de mis clases. En las aulas del llamado “mundo desarrollado” donde he impartido docencia de Derecho y Desarrollo, esa asignatura que atrae a numerosos estudiantes que provienen de ese amplio grupo que engloba convicciones políticas de centro-izquierda. Son gente joven con inquietudes humanitarias y progresistas que generalmente tienen bastante sensibilidad hacia asuntos cosmopolitas e internacionales.

La mayoría de los especialistas tecnócratas del centro-derecha que se acercaron a este campo en los ochenta y a principios de los noventa parece que se han arrepentido de hacerlo, o se muestran más escépticos a la hora de tomar partido. Pero también se han esfumado aquellos internacionalistas demócratas de los cincuenta y sesenta que inauguraron el campo y cuya contribución hemos conmemorado aquí.

---

<sup>1</sup> Profesor Titular de la Cátedra Henry Shattuck de Derecho en la universidad de Harvard. Quiero dar las gracias a Duncan Kennedy y Scott Newton que han sido mis compañeros de docencia en Derecho y Desarrollo, a David Trubek y Bob Meagher que fueron los que despertaron mi interés por el tema, y por último al extraordinario grupo de alumnos de Derecho y Desarrollo de los cuales he aprendido tanto en los últimos años.

Estos estudiantes contemporáneos de Derecho y Desarrollo parecen compartir un concepción moderada de “política del desarrollo” ya que no lo consideran como cuestión estrictamente basada en el detalle técnico y económico ni emplean el discurso de la batalla política- sino que toman una posición intermedia. Para mí, esto es verdaderamente nuevo.

Quizás esté idealizando la situación, pero hace quince años, los alumnos de política del derecho y desarrollo en la universidades de mundo occidental estaban divididos: por un lado, estaban los que pertenecían a los países desarrollados que creían firmemente que el desarrollo era un proyecto que tenía que ver con ajustes técnicos y económicos. Y, por otro, con la misma convicción, y con bastante descontento a veces, encontrábamos a los que eran originarios de países subdesarrollados que concebían el término desarrollo como el equivalente a una lucha nacional e internacional. Para ambos grupos el desarrollo era un fenómeno universal. Para los tecnócratas del norte significaba el proceso de cambio y acuerdo de los países subdesarrollados a las máximas económicas de validez universal: “todo está permitido para lograr el desarrollo”. Para los estudiantes del sur, el desarrollo significaba una complicada cuestión de política económica y teoría social que debía ser tratada y considerada en todas las sociedades, sin importar el lugar del orden mundial al que pertenezcan, es decir: “todo está permitido en la política”.

La última época ha castigado a ambos grupos. La gente del mundo desarrollado hoy día- que huye del neoliberalismo y considera que existe un solo modelo estándar válido en todas las comunidades- comparte el principio de que el desarrollo debe significar algo en particular para las condiciones mercado de transición o de sociedades en desarrollo, y en consonancia con el emplazamiento cultural de cada economía nacional.

Con bastante asiduidad vemos que estas personas se inclinan a considerar los procesos de desarrollo como recuentos técnicos con referencia a condiciones de desarrollo específicas como, por ejemplo, fracasos de mercado característicos en particular, gráficos donde las líneas de demanda de demanda que no se inclinan suavemente a la derecha, oligopolios, mercados precarios, problemas particulares de información, costes de transacciones e incluso a veces desigualdad de oportunidades a la hora de conseguir el poder.

Los estudiantes de los países en desarrollo contemplan esta situación desde la perspectiva contraria: huyen de las generalidades políticas, tienen esperanza en una ciencia del desarrollo más tecnocrática. Aspiran a participar en “la actuación del gobierno” de los países más que en el gobierno como institución, y a menudo se orientan a expresiones más universales de sus aspiraciones políticas, en particular a los derechos humanos.

En ambos grupos, los sistemas económicos y políticos de las sociedades en desarrollo también parecen diferenciarse si comparamos las del norte y del oeste, y diferir, de manera que fomentan el interés en acuerdos legales particulares más que en teorías universales y económicas. La política de desarrollo debe estar en consonancia con condiciones culturales, sociales y políticas específicas. Los temas institucionales son fundamentales. A medida que la política y la economía han adoptado un carácter local se han fundido con el mundo de la experiencia profesional con fundamentos

afianzados en conocimientos precisos, solidario y sólidos. En lo que se refiere a la vertiente económica están de nuevo en el candelero la economía institucional, los problemas de coste de transacciones y los fracasos de mercado. En la vertiente política, por su parte, se presta gran atención a los derechos humanos, a los costes sociales y culturales, a la progresión de la política, los planes futuros, y la mecánica institucional en la que está inmersa el hecho de hacer política. Todo esto sitúa al derecho, concebido como la estructura legal institucional, las técnicas de la creación de política legal y su implementación- denominado en términos generales estado del derecho- tanto en primera línea como en una posición central.

Por desgracia, sin embargo, este nuevo interés por “el derecho y el desarrollo” a menudo va unido a una ambición por filtrar la política de los procesos de desarrollo y confundir el análisis económico. Los estudiantes- al igual que los entendidos en política- se acercan al derecho con bastante asiduidad huyendo del análisis económico y de la alternativa política.

Como profesor de Derecho y Desarrollo lo primero que quiero sacar a relucir es esa vieja idea de que la política del desarrollo es una cuestión tanto de las alternativas políticas en litigio por el poder como de un análisis económico inteligente, no siendo el derecho sustituto de ninguno de estos dos.

Desde el punto de vista política, parto de la idea de que hacemos política para otorgar a algunas personas o grupos, beneficios, más riqueza, nivel social y poder del que tenían antes y para darle a otras personas menos. La ley es interesante precisamente porque es una herramienta que facilita la distribución. Para generar desarrollo tenemos que distribuir o repartir con métodos que promuevan el desarrollo y así poner las cosas en manos de quienes sean capaces de multiplicar con creces lo que les hemos dado. Hay muchas teorías diferentes sobre como hacer esto y son precisamente teorías económicas. Para considerar una propuesta como política del desarrollo tiene que basarse en una idea acerca de cómo una determinada alternativa de política de reparto generará crecimiento económico de cualquier clase que uno considere susceptible de producir desarrollo. Si el desarrollo significa que más de una vez el crecimiento surge a borbotones, o equivale a una especie de espiral estable y ascendente, o un cambio socioeconómico de cualquier clase, nos hace falta una idea de cómo una alternativa política generará un cambio de esas características. Las opciones políticas en las políticas de desarrollo sobresalen bastante más donde aparecen varias formas eficientes de conseguir esta energía. Ahí está la política, en otras palabras, justo al inicio, en las opciones de distribución que sustentan la aspiración de crecimiento y desarrollo. Admito que este enfoque es anticuado si concibe el desarrollo como una lucha por lo que debería repartirse, a quien se da y de quien debe tomarse, para contribuir al crecimiento económico y la visión política. Podríamos llamarlo “regulación”, mejor que “hacer política” o “estilo de gobierno”.

El interés por el lugar que ocupa el derecho en el desarrollo a menudo suele traer consigo cierta resistencia a la regulación, una forma de escapar del reparto y la competencia. En parte esto se parece a no querer afrontar la cruda realidad de que la política causa problemas, impone costes y se entromete en países extranjeros con la perspectiva de cambiarlos. En cambio nos enfrentamos a la vaga creencia de que el conseguir un gobierno correcto, imponer el estado del derecho y reforzar los derechos humanos, traerá como consecuencia una estela

de desarrollo suave y fácil de conseguir. La resistencia a la reglamentación viene en parte de la intuición de que los debates políticos y económicos sobre qué es el desarrollo y cómo hacerlo posible- preguntas que este campo ha albergado durante los últimos cincuenta años del siglo pasado- no han obtenido una respuesta aún. Parece ser que no hay consenso técnico sobre cómo impulsar el desarrollo. Como resultado, el hecho de poner el énfasis en la política y la economía coloca al dirigente en una posición incómoda al tener que tomar partido, tomar decisiones que tendrán repercusión en la gente, etc. sin unas directrices claras que vengan de un consenso político o de la teoría económica. Esto hace que la gente, especialmente los políticos, que aspiran a poder actuar como expertos, se sientan molestos. El estado de derecho se presenta como una alternativa- un dominio de expertos, un programa para la acción, que oscurece la necesidad de alternativas de reparto- o lo que es lo mismo, cómo repartir las cosas de una manera y no de otra llevará de hecho a conseguir el desarrollo.

Desgraciadamente, esto resulta ser una promesa falsa. El énfasis en los derechos, en las constituciones, en la capacidad del gobierno o su independencia judicial puede ser indudablemente positivo. Sin embargo, al faltar unos métodos precisos de cómo vamos a ejercer influencia en la economía es difícil comparar el hecho de crear el estado de derecho con el supuesto de dejar que la economía opere de una manera más informal, y difícil también comparar el hecho de construir el estado de derecho de una manera o de otra.

En relación con este aspecto, el énfasis en el derecho como política de desarrollo se parece bastante a otros intentos de sustituir el pensamiento político y económico con un llamamiento general a los conocimientos o pericia técnica e ideas para una mejor puesta en práctica. El resultado, a propósito o no, resulta ser una reducción de la variedad ideológica. Las opciones políticas se pierden de vista al igual que las alternativas de las diferentes ideas económicas sobre cómo se fomenta el desarrollo o que implica para la vida social, política y económica. Donde una vez podría haber existido debate ideológico y teórico existe ahora algo así como una especie de consenso turbio, confuso y falto de claridad.

Pero no tiene que ser de esta manera. Podríamos centrarnos en el derecho con estrategias que agudicen la atención hacia las alternativas de distribución y tengan consecuencias más tangibles de diferentes teorías económicas del desarrollo. En aquellos días en que la gente se ajustaba más abiertamente a las teorías económicas del desarrollo, hubo períodos de contienda, de debate y períodos en los que una u otra idea hundía a todos los demás competidores. El neo-liberalismo del Consenso de Washington fue el último acuerdo teórico que intentaba imponer la convicción de que al incorporar el derecho y las instituciones en nuestro escenario podemos retroceder a debates abiertos sobre estrategias económicas. Pero no suele suceder porque la vuelta al derecho conlleva la sumisión al acuerdo del neoliberalismo, aunque por la falta de claridad más que por un debate económico inteligente.

Asimismo, cuando el desarrollo se entiende en términos políticos de una forma más clara, el resultado no solía ser un debate sino más bien un consenso ideológico sobre la idea de sustitución de la importación nacional en los cincuenta, o sobre el miedo al colapso del mercado de libre comercio en los noventa. El tener en cuenta el sistema legal para sustentar estas rígidas estructuras ideológicas pudiera concienciarlos

de las alternativas necesarias para construir cada sistema y ayudar a afrontar la sustitución de un programa ideológico por una opción política. Sin embargo, lo que ha ocurrido ha sido casi siempre justo lo contrario. Al prestar atención al derecho se han enturbiado las aguas mucho más, sustituyendo el interés de las alternativas de reparto y políticas alternativas por ideas sobre derechos universales y juicios técnicos sobre cuál es “el” sistema adecuado para el desarrollo. Asimismo, el interés por parcelas específicas de la cultura y situación geográfica nos podría llevar a considerar la política del desarrollo como una opción política dentro de las diferentes alternativas existentes. Pero, con mucha frecuencia, la atención a la cultura ha conducido a la indecisión sobre el modo de intervención y la política a emplear, y a la evaluación de las alternativas políticas utilizando un vocabulario confuso sobre la “conveniencia” que distaba bastante tanto del análisis económico como del político.

A mi modo de ver, el interés por el papel del derecho en el desarrollo ofrece la oportunidad de volver a prestar atención a las alternativas políticas y a las hipótesis económicas que subyacen en la política. Los elementos del orden legal conllevan alternativas de reparto y reflejan otras obligaciones económicas e ideológicas. Su análisis debe ofrecer una perspectiva pormenorizada que apueste por el debate legal y económico. Voy a empezar insistiendo en lo fundamental que es el derecho para el desarrollo. Hernando de Soto<sup>2</sup>, autor de “The Mystery of Capital”- un libro que se ha convertido en un bestseller en los círculos de la política del desarrollo- tiene razón cuando insiste en que el capital es una institución legal. No es que necesitemos un régimen legal para implementar políticas del desarrollo, es decir, para recoger aranceles, para implantar una política monetaria, para administrar el estado y todo lo demás. De Soto hace hincapié en las normas generales y las instituciones de propiedad, cambio, dinero seguridad, riesgo, corporaciones y demás. Todo en el mercado se forma sobre las leyes, leyes que permanecen, en gran medida, en un segundo plano.

Hasta aquí todo está bien, pero a partir de este momento se complica: ¿**que** ley exactamente? ¿Existe “un” estado de derecho o principio de legalidad que se ajuste al desarrollo? Una vez que hemos entendido la importancia del derecho para la formación de capital y el crecimiento ¿podemos introducir “el” estado de derecho como política de desarrollo? No podemos quitarle la importancia que tiene un mínimo de funcionalidad nacional e institucional. Pero los que conciben el estado de derecho como estrategia de desarrollo generalmente quieren decir mucho más. En lugar de considerar estado de derecho como campo de debate lo conciben como una receta culinaria o modelo ya hecho y listo para usar. Hay dos amplios temas en la literatura del estado de derecho que sustentan esta falacia y que lo sitúan como sustituto de la política y la economía.

Esos temas son la formalización y la corrupción, la noción de que el desarrollo requiere una formalización del derecho y la eliminación de la corrupción. Estas dos ideas han tenido una larga historia en el estado de derecho, cada una sugiere una serie de tácticas para la creación de la política. Cada tema enaltece el sentido de que el estado del derecho puede insertarse sin alternativa política alguna, y también que su implementación es una precondition para el crecimiento económico más que una opción entre las teorías alternativas existentes de desarrollo.

---

<sup>2</sup> <sup>22</sup>Hernando de Soto, The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else, (London, Bantam Books)(2000).

Cada una de estas ideas ofrece una visión simple del “derecho” que olvida mucho de lo que ha formado parte de la teoría legal durante más de un siglo. Parece que todas las teorías económicas del desarrollo tienen nociones implícitas de qué es el derecho y de lo que puede hacer. Lo mismo ocurre con todas estas nociones políticas sobre cómo el desarrollo debería definirse y ponerse en práctica.

Desde el punto de vista del letrado, estas concepciones del derecho suponen que el ordenamiento legal realice proezas o hazañas que sabemos que difícilmente pueden acometerse y esperamos que el derecho se mantenga imparcial con métodos que sabemos que no funcionan. Dentro del marco legal, unir o fusionar el estado de derecho con lo que está regulado y la oposición a la corrupción puede parecer un típico malentendido de un profano en el tema. Los que no son abogados conciben el derecho como un ente de estructuras neutrales, o piensan que la corrupción es algo que está claramente definido y que es ilegal. Los profesionales dentro del mundillo legal normalmente aprecian mejor los límites y alternativas de la estructura y la dificultad de definir la corrupción recalcitrante.

Lo sorprendente con respecto al “derecho y desarrollo” en la actualidad es que surjan estas imágenes simplonas en el ámbito legal. Su presencia sugiere que nos estamos olvidando de algo. Parte de lo que se ha olvidado es el abanico de posibles estrategias legales, su asociación con diferentes opciones políticas e ideas legales, y su competitividad. Espero que analizando profundamente estos conceptos simplificados sobre el “derecho” dentro del contexto de Derecho y Desarrollo podamos volver a esa competitividad económica para hacer política de desarrollo.

### **Formalización.**

Al menos desde Weber, se ha afirmado que la “formalización” de derechos, en uno u otro sentido, es necesaria para el desarrollo. Es necesaria para la transparencia, para la información y establecimiento de precios, para facilitar el traspaso de la propiedad, para reducir costes de transacción, para asegurar la seguridad de los títulos de propiedad y la ganancia económica, para inspirar la seguridad y confianza necesarias para la inversión etcétera, etcétera. Desde el principio, la formalización ha significado una amplia variedad de conceptos diferentes: un esquema de títulos de propiedad registrado y claro, de simplicidad contractual y de puesta en práctica fiable; un sistema jurídico con leyes claras más que con normas generales imprecisas; un esquema de doctrina legal cuya estructura interna era lógica y cuya interpretación podía ser mecánica; un sistema de instituciones y tribunales cuya jerarquía interna se imponía de una manera mecánica, en la cual la libertad de actuación de los jueces y de los administradores se reduce al mínimo, un orden público de derecho pasivo; prioridad del derecho privado sobre el derecho público y mucho más. Estas ideas se asocian todas con la reducción del poder y la alternativa política en el sistema legal, y se defienden como el establecimiento del dicho tradicional: “No bajo la autoridad del hombre sino de la Dios y de la ley”.

Podemos imaginar fácilmente, desde el punto de vista de un actor económico concreto, que la formalización realizada mediante alguno de estos métodos puede aumentar los cambios de una actividad económica exitosa. Un título de propiedad claro hará que yo pueda vender mi tierra fácilmente y que mi vecino la compre más barata. Un conjunto de leyes que no sean discrecionales sobre la propiedad, el crédito o el

contrato podría hacer que la cultura legal extranjera fuese más transparente para mí como inversor potencial. El cumplimiento o ejecución fiable de contratos podría predisponerme a confiar lo suficiente en otras personas como para establecer contratos etc. Sin duda, parece difícil imaginar el “capital” como un conjunto de títulos o derechos sobre acciones que tienen fuerza ejecutiva. La primera clase que se da en la Facultad de Derecho es que la propiedad es menos una relación entre una persona y un objeto que una relación entre la gente que tiene diferentes títulos o derecho para usar, vender poseer o disfrutar. Todos estos temas están presentes en el libro de Soto.

El mundo en desarrollo está lleno de recursos potenciales que no se han armonizado para darles un uso productivo. ¿Por qué? Porque nadie tiene un derecho o título de propiedad de éstos, ni es probable que se creen leyes que abran perspectivas de volver a usarlos de forma productiva.

La asociación de la formalización con el desarrollo siempre ha ofrecido la apariencia de ser una situación menos problemática de lo que es en realidad, también al menos desde Weber. En primer lugar, es fácil de imaginar, desde el punto de vista de *otros* actores económicos, que la formalización en cada una de estas formas podría eliminar la posibilidad de una actividad económica productiva. Un título claro puede facilitarme la venta de la tierra o mis derechos sobre ella pero puede que impida las oportunidades productivas de los que las están ocupando ahora o de los vecinos que las usan e impiden que yo las disfrute con tranquilidad. Depende mucho de lo que entendamos por un título de propiedad claro ya que muchos de éstos podrían etiquetarse como “títulos de propiedad” para enfatizar lo que significan. La existencia de directrices claras para invertir pueden facilitar la tarea de los inversores extranjeros-pero reduciendo la riqueza que ahora está en manos de los que saben por vivir allí como se distribuye el crédito o como actuará el gobierno. Un contrato con fuerza legal será formidable para la persona que quiera darle un carácter legal a la “promesa” pero no tanto para aquél que tenga que pagarlo. Como aprende el alumnado de contratos de primer curso, una cosa es decir que las expectativas establecidas deben respetarse, y otra cosa bastante diferente, decir de quien son las expectativas que deben respetarse y en que consisten dichas expectativas de una forma razonable y legítima. Para pronunciarse sobre la relación entre formalización y desarrollo necesitaríamos una teoría sobre cómo las posesiones en manos del dueño legítimo nos conducirán al crecimiento mejor que en las del que lo ocupa ilegalmente, o en manos del inversor extranjero mejor que en las del inversor local, y posteriormente a la clase de crecimiento que nosotros relacionamos con el “desarrollo”.

La urgencia por “formalizar” desluce el papel de los principios y la discreción en la legislación de los países desarrollados. Podríamos pensar aquí en los esfuerzos norteamericanos en codificar un “Código Comercial Uniforme” que refleje las necesidades de los empresarios. Un esfuerzo que vuelve una y otra vez al principio de “racionalidad” o “equidad” como una medida para entender y reforzar los términos contractuales. En este punto podríamos recordar la narración de Weber sobre la “excepción inglesa”, es decir, el enigma de que el desarrollo industrial parecía llegar primero a la nación con el sistema formal de propiedad y el procedimiento judicial más complicados. O podríamos pensar en el famoso argumento de Plyani de que de la rápida industrialización en Gran Bretaña fue insostenible en los ámbitos político, social y económico precisamente porque la ley aminoró el ritmo del proceso.

El énfasis en la formalización quita importancia al papel del sector informal en la vida económica. No es solo la post-transición de las economías de la Europa del Este o la Europa Central a lo que el sector informal o economía sumergida aporta un recurso vital de energía empresarial. Podría decirse que también aporta el mismo empuje a muchas economías desarrolladas y subdesarrolladas. Pensemos en la mafia, en la vida económica de comunidades étnicas dispersas. Pero no olvidemos “el tráfico de influencias o enchufismo”, las interesantes manifestaciones en la literatura legal y social antiguas sobre la falta de consideración que los empresarios de las economías desarrolladas a menudo tienen por las condiciones de formalización y legalidad de los contratos. Tomemos como ejemplo los debates rutinarios sin esquemas convencionales de contrato sobre violación de acuerdo efectiva o sobre propiedad ilegítima. El sector informal o economía sumergida es a menudo el más productivo económicamente. Y hay también generalmente seguridad, transparencia y confianza en este sector. La cuestión es más bien, ¿para quién hay seguridad y para quién hay transparencia?.

La leyenda de la formalización deslucen el abanico de posibles formalizaciones, cada una de ellas con sus ganadores y perdedores. En un mundo con un potencial múltiple y estable y equilibrios efectivos, muchas cosas dependen del camino que escogamos. La mayor parte de esto debe estar determinado por las alternativas que tomemos a la hora de construir un sistema de normas generales. ¿El hecho de ser una sociedad implica tener una relación contractual, institucional o administrativa con nuestros empleados? ¿Con el que cuida a sus hijos? etc. Analizando el sistema legal profundamente, encontramos una serie de alternativas, entre la formalidad y la informalidad, entre las diferentes formalizaciones de forma que cada una de las cuales proveerá recursos a gente diferente. Lo que le falta al entusiasmo por el estado de derecho es, por un lado, la conciencia de la variedad de posibilidades disponibles y, por otro, una teoría económica sobre las consecuencias en el desarrollo que resultan de tomar un camino en vez de otro.

En una determinada sociedad en desarrollo, pudiera ser, por ejemplo, que el sistema existente- opcional, político e informal- para conceder licencias o crédito es completamente conocido y fiable para los inversores locales incluso cuando no se ajusta a las normativas oficiales. Sin embargo, podría no ser transparente o fiable para los inversores extranjeros. Esto podría animar a la gente de la zona a invertir y desalentar la participación extranjera en este sector económico. Podríamos tener la teoría económica del desarrollo que sugiere que no podemos simplemente tener acceso a un número de *otros* recursos necesarios para desarrollar sin complacer a inversores extranjeros directos. O podríamos tener una teoría económica que sugiera que el acceso igualitario al desarrollo favorece la inversión del usuario más eficiente y que este usuario utilizará con toda probabilidad los beneficios de esa inversión de manera que produzcan el “desarrollo” quizás basado en una proyección de cómo lo extranjero, en contraposición a lo local invierte sus beneficios. Pero la necesidad de esas teorías- que estarían bastante abiertas al debate- se oscurece por la simple idea de que el desarrollo requiere estado de derecho “formal”.

El interés en “el estado de derecho” como una estrategia de desarrollo se pone en peligro cuando reemplaza cuestiones convencionales de política de desarrollo y planificación que exigen decisiones sobre reparto y distribución. Entre otras, podríamos citar las cuestiones tradicionales sobre lo que hará cada cual con su superávit, cómo las ganancias se pueden acaparar o reinvertir mejor, o, cómo eliminar la fuga de capital o



cómo podríamos tener en cuenta los efectos de las caídas y explotar relaciones anteriores y futuras. También aparecen cuestiones sobre política, cambio y crecimiento social duradero y estable, sobre la faceta social del desarrollo en sí, sobre el comparativo destino del hombre y la mujer, de lo rural y lo urbano, con diferentes firmes equilibrios, siguiendo caminos de políticas distintas.

Podríamos volver a De Soto con un ejemplo, aunque él no es ni mucho menos una excepción en su desinterés por la alternativas de reparto que debemos hacer a la hora de diseñar una ley apropiada para una política de formalización. Al discutir la reforma de la tierra, De Soto sostiene con firmeza que a los que ocupan ilegalmente un terreno se les debe dar la propiedad de la tierra donde se han asentado para crear un capital útil permitiéndoles expulsar a los intrusos. Su absoluta creencia de que los ocupantes ilegales harán un uso más productivo de la tierra que sus dueños auténticos puede que sea con frecuencia acertada. Pero no da razones para suponer que los ocupantes ilegales serán más productivos que otros que intenten ocupar la tierra. Tampoco da razones para llegar a la conclusión de que el uso exclusivo de uno u otro grupo es preferible a cualquier acuerdo convencional siguiendo la costumbre de uso compartido de ocupantes ilegales e intrusos al cobijo de una ley ambigua.

Ninguno de estos comentarios es nuevo. Los que planearon y pusieron en práctica el desarrollo han luchado precisamente con estos problemas. El misterio es la facilidad con que se pierden de vista estos temas tradicionales de teoría política y económica cuando el término “estado de derecho” aparece en escena. Hay algo fascinante sobre la idea de que un estado de derecho formal podría de alguna manera sustituir la lucha por estos temas y alternativas. Podría asimismo sustituir ideas discutibles sobre las consecuencia de las diferentes distribuciones con la aparente neutralidad de la mejor práctica legal.

### **La corrupción.**

Un segundo tema que provoca entusiasmo para hablar sobre “el estado de derecho” como estrategia de desarrollo es el deseo de eliminar la corrupción. Como la formalización, la eliminación de la corrupción está unida al desarrollo de varias formas. La eliminación de la corrupción se potencia para evitar que los recursos se malgasten, para promover seguridad y lo que ocurra sea lo que es de esperar, es decir, que no haya sorpresas en el futuro, para inspirar confianza, eliminar manipulación de los precios y promover una eficiente distribución de recursos. Estas pautas conducirán, de alguna manera, al desarrollo. Muchas de las ventajas de la corrupción se desarrollan paralelamente con las de la formalización. Por consiguiente, eliminar la corrupción puede parecer como si eliminamos la potestad judicial y administrativa. Claro que, a veces el término corrupción es una palabra en clave que significa la discreción pública puesto que el estado actúa de forma corrupta cuando lo hace según su arbitrio en vez de mecánicamente, según el derecho.

Y, por consiguiente, es fácil imaginar que eliminando la corrupción ciertos actores económicos tendrán más oportunidades de hacer uso productivo de los derechos que se les han concedido. La actuación arbitraria del estado, incluyendo la potestad sobre los impuestos, e incluso para elevar éstos más de lo que autoriza la ley, puede acelerar ciertas actividades económicas o retardar otras. Por lo tanto, con la

formalización, sin embargo, no es difícil imaginar que otros actores- incluyendo aquellos que están “recaudando” pagos corruptos- se volverán menos productivos una vez que se elimine la corrupción. Al sustituir la potestad por la ley, es necesario unir a la eliminación de la corrupción la idea de las probables consecuencias del desarrollo de un paquete de incentivos económicos en vez de otro. Un simple ejemplo sería: ¿quién es más probable que invierta sus beneficios de una manera productiva, el inversor marginal extranjero que aparece a medida que decae la corrupción, o el administrador marginal que pierde los ingresos que obtenía de las transacciones? Por experiencia propia puedo afirmar que ese tipo de preguntas rara vez se formulan, y no obstante sus respuestas no están del todo claras. Volvemos a insistir, pues, en la necesidad de una teoría política y económica sobre qué asignación de recursos impulsará mejor el desarrollo.

El entusiasmo por eliminar la corrupción como una estrategia de desarrollo emerge de una idea más amplia de que la corrupción en alguna medida agota los recursos del sistema en su conjunto porque sus costes son gastos de transacciones, no costes del producto o servicio adquirido. La eliminación de esos costes provoca simpatías en todos los sectores. Y esos costes podrían ser con facilidad tanto formales y predecibles como variables y discrecionales. En este punto el deseo de eliminar la corrupción va más allá del deseo de la formalización puesto que incluye la aspiración de eliminar los gastos que se imponen a las transacciones y que no son propiamente costes de transacción. Existen al menos dos dificultades aquí. Primero, la conexión entre la eliminación de la corrupción y el desarrollo no está claramente delimitada. Incluso si el cambio de un sistema legal “corrupto” a otro no corrupto produce buenos resultados en una ocasión determinada, no hay una teoría económica de que esta situación pueda llevar al crecimiento o al desarrollo, sino que simplemente es posible que lleve a otro bajo nivel estable de equilibrio. Aún causa más problemas conseguir una distinción clara entre el precio normal o “no alterado” de una materia prima o mercancía y el asociado con un proceso “corrupto” o distorsionado para adquirir esa determinada mercancía o servicio.

Las transacciones económicas tienen el respaldo de varias instituciones que ayudan a veces utilizando la ley y también los poderes discrecionales. Pero las herramientas que estas instituciones, incluyendo el Estado, utilizan para apoyar las transacciones son difíciles de separar de aquéllas que parecen imponer costes en dichas transacciones. La diferencia es simplemente de perspectiva. Es decir, si el precio se nos impone a nosotros parece un sacrificio, si se le impone a otra persona para nuestro beneficio da la impresión de que se está favoreciendo nuestra propia operación. En este punto el deseo de eliminar la corrupción se extiende en varias direcciones. Pero el límite entre las leyes “normales” y lo “distorsionado” es el tema de debate político y que ha estado siempre presente y se ha discutido intensamente en la teoría económica. Cuando el proyecto anticorrupción sugiere que el “estado de derecho” siempre sabe como hacer esa distinción, se diluye en una vergonzosa moralidad muy parecida a la del sentimiento premonitorio en contra del sector informal.

De Soto de nuevo da un buen ejemplo. Es inflexible en la creencia de que el número de pasos burocráticos que conlleva el formalizar los derechos retrasa el desarrollo, y él ha sido una voz central que siempre ha pedido la simplificación de los procesos burocráticos que ve como impedimento en la marcha de la formación de capital y de comercio. Cada minuto y cada dólar que van al estado para pagar tasas o sellar documentos es un recurso que pierde el desarrollo. Esto nos parece de lo más razonable. Pero hay una dificultad: ¿cuándo apoya el Estado una transacción

formalizándola o cuando le impone cargas y pasos innecesarios a ésta? Esta aspiración parece ser la de una vida económica sin fricción, y que cada operación se respalde automáticamente sin costes añadidos. Pero las leyes, como las actuaciones arbitrarias, no son simplemente fricciones- son alternativas, pugnas de unos derechos en contra de otros. Todo lo que parece fricción para un actor económico puede parecer un derecho, una ventaja o una oportunidad para otros. Lo que hay que hacer es desarrollar una teoría para elegir lo más adecuado.

Comencemos por definir la corrupción como los delitos económicos de los personajes públicos que roban las devoluciones de impuestos, que aceptan chantajes para ofrecer servicios regulados por la ley y mucho más. Incluso aquí la conexión con el desarrollo es más fácil de asumir que de probar- ¿Es más probable que estos personajes coloquen sus ganancias sin que produzcan beneficios en cuentas de bancos extranjeros que lo hagan los inversores extranjeros, por ejemplo? Incluso si definimos el problema como un robo o apropiación ilícita de bienes es todavía difícil estar seguros de que el resultado tendrá como consecuencia un crecimiento más lento. Como el instructor sobre la propiedad en el primer curso de derecho trata de explicar con dificultad a los estudiantes, es una buena idea, a veces, reagrupar los títulos de esta manera, sirviendo como ejemplo más significativo las posesiones ilegítimas. Las prácticas que podemos etiquetar como “corruptas” pudieran ser en determinadas ocasiones medios más eficientes de acumulación de capital, movilizándolo los ahorros para invertir en la localidad. Además, bastante pocas transacciones económicas se consideran como tratos donde se mantienen las distancias. Parece ser, por ejemplo, que la mayor parte del comercio internacional se organiza mediante permutas o trueque, transacciones que ya tienen un valor interno administrativamente, o contratos de relación entre las mismas personas. La línea que divide lo tolerable y lo intolerable en el poder de negociar, de regatear-entre el consentimiento y la coacción-es un tema bastante candente en el debate político. Y justamente como a veces lo que parece una intervención distorsionada del mercado puede verse como una estrategia para compensar uno u otro fracaso de mercado, lo que parecen prioridades locales corruptas pueden resultar ser formas eficientes de discriminación de precio.

Pero los que promueven la anticorrupción como estrategia de desarrollo generalmente tienen algo más en mente: un modelo de delitos económicos que quita la confianza en un gobierno de leyes en general o de acciones llevadas a cabo por actores públicos o privados que alteran los precios artificialmente...cuotas altas de los que encuentran bienes y los custodian, patrones de aplicación policial que protege los monopolios de la mafia, cosas de ese tipo.

Aquí el proyecto entra en un terreno de profundo debate. Es sabido lo difícil que es distinguir entre el criterio administrativo que perjudica el “estado de derecho” del criterio judicial y administrativo que caracteriza la práctica rutinaria del citado “estado de derecho”. Igualmente ha sido bastante difícil distinguir entre las reglas legales y las prácticas de los gobiernos que distorsionan un precio desde las leyes generales en las cuales los partidos de la oposición son los que se supone que regatean o negocian. Y no hay razón a priori para identificar las imposiciones públicas en las transacciones como distorsiones-costes de transacción- y las imposiciones privadas como costes de la mercancía o servicio adquirido. Estas cuestiones debieran discutirse desde el punto de vista político o económico. Pero el esfuerzo para tratar la reducción de la corrupción

como estrategia del desarrollo sustituye a un vago sentido de necesidad técnica y de imperativo moral para lograr una disposición “normal” de los derechos.

Es fácil interpretar que los acuerdos o disposiciones de los derechos normalizados de esta manera en términos ideológicos. Cuando un alto mando del gobierno utiliza su autoridad arbitrariamente para pedir a un inversor extranjero que contribuya a este o al otro fondo antes de aprobar la licencia para invertir, eso es corrupción. Cuando las compañías farmacéuticas explotan sus derechos de propiedad intelectual para hacer que los medicamentos para el SIDA no se puedan distribuir abundantemente en África y utilizando las ganancias en la compra de equipos deportivos, no es corrupción, cuando el gobierno pone impuestos a las importaciones para construir palacios, entonces sí existe corrupción.

Quizás el problema más revelador es la dificultad de diferenciar algunos precios y transacciones como “normales” y otros como “distorsionados” por un ejercicio incorrecto del poder cuando cada transacción se realiza a la sombra de leyes y de decisiones arbitrarias, tanto legales como no legales, impuestas por actores públicos y privados, que podrían cambiar por los procesos de elecciones políticas. Esta conocida observación legal que es realista y americana hace que parezca incoherente la idea de que se debería permitir que las transacciones nacionales e internacionales se desarrollaran sin distorsión “intervención” o “búsqueda de renta”. No hay un sustituto para preguntarnos si la intervención particular es la deseada, política y económicamente. En este sentido, promover el desarrollo eliminando la “corrupción” sustituye a la elección política y económica por una ideología humillante.

### **El régimen legal: un lugar para la participación y la experimentación.**

La estrategia de desarrollo requiere un examen detallado de las alternativas de distribución que se hagan efectivas por varios regímenes legales y reglas para determinar, lo mejor que uno pueda, su posible impacto en el crecimiento y el desarrollo. Requiere que identifiquemos las alternativas que podrían llevar a distintos caminos de desarrollo y compararlos en términos sociales, políticos y económicos. El tomar partido por una u otra alternativa no puede evitarse incluso si no tenemos un fuerte consenso o experiencia precisa de cómo hacerlo. Hacemos política para distribuir- a través del precio, de las acciones administrativas-esperando asignar los recursos al uso más productivo, al que sea más prometedor para el desarrollo. Es una lástima que no exista una fórmula de reparto para el desarrollo, pero así está la situación. Hay ideas en conflicto, intereses, teorías en conflicto, ecuaciones complejas. Sin saber que hacer, debemos decidir. Incluso deberíamos experimentar.

Por consiguiente, la política no puede esperar más. El desarrollo no es una cuestión de “más crecimiento” sino de “cómo es lo que crece”. Desde luego, a medida que seguimos cualquier cauce de desarrollo siempre habrá desacuerdo sobre cómo utilizar recursos para *otros* objetivos. Pero la lucha por el desarrollo en sí- la lucha por ampliar la tarta económica en primer lugar- es también un período inevitable de elección política. Estas elecciones son debatidas. Crear un sistema legal conlleva tomar ciertas alternativas, alternativas que implican objetivos de distribución y que contribuyen al desarrollo de varias formas. A veces, sin duda, las leyes que aumentan la formalización podrían constituir una buena idea. A veces, la discreción con carácter menos gubernamental, a veces, con una aplicación criminal más vigorosa, una

distribución más amplia de relaciones de mercancías existentes, menos preferencia a la hora de establecer contratos locales, todo esto debería resultar muy útil. Pero en ocasiones podríamos esperar lo contrario.

El Derecho es terreno para proceder a esta investigación, no un sustituto de dicha investigación. No hay duda que “el Derecho” es fundamental para el desarrollo. El mercado se apoya en un conjunto de acuerdos legales, tanto en los acuerdos formales como en los acuerdos informales. Los acuerdos tomados al amparo de la acción o la inercia pública. De los derechos públicos y privados. El estado de derecho es una colección de distribuciones respaldadas por la ley. La actividad económica llevada a cabo con estos fundamentos a veces lleva al crecimiento, otras veces lleva al desarrollo. Parece totalmente plausible que diferentes distribuciones producirán diferentes resultados económicos, y esa atención al proceso del derecho y el desarrollo hará que percibamos mejor las alternativas que tenemos.

La aparición del “estado de derecho” como estrategia de desarrollo se ha convertido en un sustituto para este tipo de evaluaciones. Oponiéndose a las influencias de la corrupción produce un oprobio moral compartido por todos, promoviendo una un estado de derecho conduce a un compromiso ético común, las une a cambios legales e institucionales que reforzarán algunos esfuerzos económicos y retardarán otros mientras se dejan a un lado las consecuencias difíciles de entender de su desarrollo. Sabemos todo esto pero lo olvidamos. Lo olvidamos porque si lo recordáramos lo relacionaríamos con la política, la economía y con los permanentes dilemas que plantea el hacer política de desarrollo.