

La accidentada historia del papel del derecho en el desarrollo y el 2008 como punto de quiebre

El papel del derecho y de las normas en el desarrollo económico es un debate que ha adquirido nuevo vigor.

Por:

Gustavo Morales

Vicepresidente Ejecutivo
FASECOLDA

1. El origen y la evolución de la discusión sobre el papel del derecho en el desarrollo

En los años sesenta y setenta del siglo XX, bajo el auspicio de las entidades multilaterales e importantes fundaciones privadas, se creó un movimiento académico conocido como *law and development*, al cual hacían parte profesores e investigadores de las más prestigiosas facultades de derecho americanas. El movimiento no tuvo una generación espontánea, sino que fue el fruto de la financiación ofrecida por el Banco Mundial y el BID para promover reformas legales en los países en desarrollo, para lo cual era necesario desarrollar una teoría sobre el papel del derecho y de las normas en el desarrollo económico de los países que recibían recursos y asistencia

por parte de las entidades patrocinadoras del movimiento. Los planes de desarrollo, tal y como los conocemos en Colombia, son un resultado de la teoría y la práctica de aquella época.

En 1974 el profesor David Trubek escribió un artículo, hoy legendario, denominado *Scholars in Self Estrangement*, en el que prácticamente declaraba extinguido el movimiento. A su juicio, la visión liberal (en el sentido norteamericano del término, esto es, intervencionista, optimista en relación con el papel del Estado en la economía, y confiado en el poder de la regulación) había fracasado, y no era claro que las reformas legales se pudiesen imponer desde afuera, siguiendo un modelo único e ideal. La decadencia del movimiento se reforzó

» El ‘desarrollo’ significa mucho más que el crecimiento económico y debe redefinirse para incluir la ‘libertad humana’. (Trubek y Santos).



con el auge de las teorías de Thatcher y Reagan sobre la preponderancia del mercado sobre el Estado en la orientación de la economía, que dejaba sin mucho espacio las teorías que presuponían una regulación estatal fuerte y transversal de la economía.

Sin embargo, el movimiento nunca murió del todo o, al menos, este no fue lo que ocurrió con la reflexión académica y metódica sobre las relaciones complejas entre el derecho, los sistemas legales y el desarrollo económico. En 2006, se hizo un intento por revivir el movimiento, con la publicación del libro *The New Law and Economic Development, A Critical Appraisal*, editado por David M. Trubek y Alvaro Santos (Cambridge University Press, 2006), que recogía los estudios y las discusiones de los últimos años sobre el tema. El pasado mes de agosto de 2008, la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes realizó un seminario internacional al que asistieron varios de los veteranos del movimiento, y un importante grupo de jóvenes investigadores que han abordado las relaciones entre el derecho y el desarrollo desde nuevas perspectivas. El seminario, organizado por la profesora Helena Alviar, puso de presente el vigor del debate académico sobre el papel del derecho en el desarrollo, y la heterogeneidad de los problemas que el asunto plantea. La evolución histórica de la discusión es, en sí misma, asunto de gran debate intelectual.

2. El actual momento del papel del derecho en el desarrollo

En la ya mencionada *The New Law and Economic Development*, varios de los más reconocidos investigadores en esta área de estudio proponen sus propias narrativas.

Para Trubek y Santos, la última etapa o paradigma de la teoría sobre el desarrollo y el papel del derecho, es una mezcla de distintas ideas. Estas incluyen la idea de que los mercados pueden fracasar y se necesita una intervención compensatoria, así como la idea de que el ‘desarrollo’ significa mucho más que el crecimiento económico y debe redefinirse para incluir la “libertad humana”.

Según Trubek, en un ensayo individual, en el momento actual el concepto de “rule of law” reemplaza al conjunto de ideas agrupadas bajo el nombre de “derecho y desarrollo” (law and development).¹ Pero esta etapa, a su vez, puede dividirse en dos períodos: el momento en el que este nuevo paradigma cogió fuerza, y se hicieron grandes inversiones en reformas jurídicas, y el momento más reciente en los que se pueden percibir algunos cambios sutiles.

En el primer momento del paradigma del “rule of law”, hay un cambio triple, que define sus rasgos principales. Se pasa del Estado al mercado, del crecimiento interno al crecimiento impulsado por las exportaciones, y de los flujos de capital estatal a la inversión extranjera privada. Esto lleva a un proceso de internacionalización del derecho y a un énfasis en el tema de la democracia y la protección a los derechos humanos, no como efectos colaterales del crecimiento, sino como fines en sí mismos, definidores de la idea de desarrollo. También, a una reflexión sobre el papel de las instituciones en el adecuado desarrollo de los mercados. Para Trubek, igual que para Buscaglia y Ratcliff, y a diferencia de Dam, lo institucional es parte inherente de esta etapa, y no un momento posterior.

El segundo momento en esta etapa, la del paradigma del “rule of law”, es de introducción a algunos ajustes puntuales a los postulados básicos del paradigma. Ahora se le da más importancia al orden y la secuencia de las reformas, se subraya que el Estado debe jugar un papel

en la planeación y, sobre todo, en el estímulo a la participación ciudadana, y el respeto a ciertos mecanismos normativos informales paralelos a la formalización de la economía, y se ha acrecentado el escepticismo sobre los métodos de arriba hacia abajo. Para Trubek, parecen repetirse, en este segundo momento de la actual etapa, muchas de las críticas que se le hicieron en su momento al movimiento *law and development*.

Para David Kennedy, en cambio, el período de 1995 hasta nuestros días es el período del escarmiento del dogma neoliberal. Los fracasos del neoliberalismo en la práctica han llevado al resurgimiento reformulado de algunas ideas del consenso intervencionista, complementado con herramientas y conceptos tales como el análisis de las fallas de mercado, el enfoque institucionalista, la secuencia correcta en la implementación de las políticas, el papel de la sociedad civil y los tribunales, una admisión de que la regulación puede ser eficiente, y el reconocimiento de los derechos humanos como elemento inherente a la idea de desarrollo.

En todo caso, ésta era ecléctica y dubitativa en la experticia sobre el desarrollo, que no ha implicado ni mucho menos, el regreso de los “internacionalistas social demócratas de los años cincuenta y setenta, que inauguraron esta área del conocimiento después de la Segunda Guerra Mundial, y que veían el derecho como el instrumento de una planeación para el desarrollo impulsada por el Estado, a través de la implementación de políticas de sustitución de importaciones o de promoción del crecimiento a través de la exportación”.² Pero la planeación en el marco de respeto a los derechos humanos, de consideración por los costos culturales y sociales, de adecuada ordenación secuencial de las políticas, y de atención a los mecanismos institucionales está otra vez de moda.³

4. 2008: El año que da comienzo a una nueva etapa

En junio de 2008, Naciones Unidas dio a conocer el informe de la Comisión Para el Empoderamiento Legal de los Pobres. El documento se llama *Making the Law Work for Everyone*. La Comisión fue presidida por Madeleine K. Albright, ex - secretaria de estado de los Estados Unidos, y por Hernando de Soto, Presidente del Instituto para la Libertad y la Democracia, y autor de trabajos seminales como “El Misterio del Capital” y “El Otro Sendero”, varias veces citado por los autores mencionados en los párrafos anteriores. Entre los 21 miembros de la comisión, pueden mencionarse a Fernando Enrique Cardoso, ex - presidente de Brasil, Shirin Ebadi, Premio Nobel de Paz 2003, Mary Robinson, ex - presidente de Irlanda, Lawrence Summers, ex - presidente de la Universidad de Harvard y ex - secretario del Tesoro de los Estados Unidos, y Ernesto Zedillo, ex - presidente de México.

El informe parte de la premisa según la cual hoy en día la pobreza no es ni natural ni inevitable, pero que todavía hay muchos pobres en el mundo, debido principalmente a que están excluidos del *rule of law* (Estado de Derecho). Sus planteamientos no parecen particularmente, novedosos en cuanto a que reiteran la importancia del *rule of law* para el buen funcionamiento del mercado y como supuesto básico del desarrollo. Pero, al mismo tiempo, el informe hace un llamado a la acción estatal profunda y reformista, que recuerda los primeros momentos de la teoría del desarrollo, con su fe profunda en la capacidad del Estado para promover el desarrollo. En efecto propone, a través de una serie de estrategias, que el Estado despliegue un

» El Estado debe desplegar un accionar ambicioso que recoja a los marginados y los incorpore al mercado.

1 La traducción al español del término *rule of law* no es homogénea. A veces se utiliza el término “imperio de la ley”, otras veces, “gobierno de las leyes”, otras más “Estado de Derecho”. Depende en gran medida del entendimiento que el traductor tenga sobre el concepto. Preliminarmente, utilizaré el término en inglés. En la versión final optaré por el término en español que mejor denote la idea. En la traducción oficial al español de un documento de la ONU sobre empoderamiento legal de los pobres que se comentará más adelante, el término *rule of law* se traduce como “Estado de Derecho”

2 Id, pg. 169.

3 Id, pg 170



accionar ambicioso, activo e intervencionista para dotar a los pobres de las protecciones y coberturas que el rule of law ordinariamente ofrece a quienes ya están en la formalidad. Se trata de que el Estado recoja a los marginados y los incorpore al mercado.

El informe de la comisión, dada la importancia de sus miembros, y el respaldo de las Naciones Unidas, al amalgamar los postulados del institucionalismo más reciente (que algunos consideran un neoliberalismo acotado), con una renovada fe en las potestades transformadoras del Estado, podría significar el surgimiento de una nueva etapa en el pensamiento sobre el papel del derecho en el desarrollo. Una etapa en que el papel del Estado es nuevamente dinámico, pero su propósito es incorporar a los pobres a la dinámica del mercado. ¿Intervencionismo neoliberal con propósito social?

Finalmente, la actual crisis financiera ha llevado incluso a pensadores conservadores como Francis Fukuyama a considerar que es hora de repensar la idea de que la desregulación es siempre el mejor camino y de que la reducción de impuestos es por definición autofinanciable. No es, por supuesto, el fin del capitalismo, pero sí es el fin de un cierto modelo de capitalismo renuente a cualquier tipo de corrección o intervención estatal. Las consecuencias de largo plazo del derretimiento de Wall Street están por verse, pero es claro que el papel del derecho en el desarrollo económico será objeto de nuevas aproximaciones. Aquellas que están actualmente en boga han fracasado.

» El Estado debe jugar un papel en la planeación y, sobre todo, en el estímulo a la participación ciudadana, pero con respeto hacia el desarrollo de la economía.