



¿Qué es “Derecho y Desarrollo”?¹

Mariana Mota Prado²

En los últimos años, el interés por los estudios sobre “Derecho y Desarrollo” ha aumentado después de que se hubiera perdido ese interés en el Derecho y Desarrollo en la década del setenta. Sin embargo, es poco claro qué abarca este campo de estudio, o si puede ser llamado un campo de estudio³. Con el nombre de Derecho y Desarrollo se pueden encontrar una gran variedad de estudios, enfoques, análisis y temas. Algunos

¹ Traducido por Diego Hammerschlag y Francisco Quintana, corregida por Daniela Schmidrig

² Profesora Asistente, Faculty of law, University of Toronto, Canada.

³ Brian Z. Tamanaha, ‘The Primacy of Society and the Failure of Law and Development’, *Cornell International Law Journal* (por publicarse) [Tamanaha, “Primacy of Society”].

estudios se enfocan en instituciones formales, discutiendo cómo la ejecución de los contratos, la protección de los derechos de propiedad, y un Poder Judicial independiente protegen a los inversores y mejoran el crecimiento económico en los países en desarrollo.⁴ Otros estudios no se han enfocado en el desarrollo económico, sino en cómo las leyes que protegen a las mujeres de abusos dentro de la familia y que otorgan cupos para garantizar su participación en la esfera pública han sido mayormente ineficaces debido a normas sociales profundamente arraigadas y valores que no pueden cambiarse mediante leyes (por lo menos, no de un día para el otro).⁵ Aún otros han criticado al discurso sobre Derecho y Desarrollo como otra fuente del imperialismo y el dominio que justifica trasplantes legales descuidados del norte al sur.⁶

¿Qué tienen en común estos estudios para ser calificados como “Derecho y Desarrollo”? ¿Qué es lo que se debe saber, si se está buscando un resumen conciso sobre qué abarca esta disciplina? Estas son las preguntas que trataré de contestar en este ensayo. El lector debe ser advertido que el título puede ser sutilmente engañoso, ya que el artículo no dará respuestas completas y concluyentes a la pregunta “¿Qué es Derecho y Desarrollo?” pero, con suerte, el artículo ofrecerá un punto de partida para una investigación más profunda. Fundamentalmente, espero que los lectores tomen este artículo como una invitación para explorar este campo más profundamente.

1. La(s) relación(es) entre Derecho y Desarrollo

⁴ Ver por ejemplo Robert Cooter and Hans-Bernd Schaefer, *Law and the Poverty of Nations* (proximamente), p. 12; Ver también Kenneth Dam, *The Law-Growth Nexus: The Rule of Law and Economic Development* (Washington: The Brookings Institute Press, 2006) p. 91.

⁵ Ver por ejemplo Monica Das Gupta, “State Policies and Women's Autonomy in China, The Republic of Korea, and India 1950-2000: Lessons from Contrasting Experiences”, En Vijayendra Rao & Michael Walton, *Culture and Public Action* (Satanford: Stanford University Press; 2004).

⁶ Trubek & Galanter, *supra* nota 1. Pero ver Brian Z. Tamanaha, "The Lessons of Law-and-Development Studies", *American Journal of International Law* 89 (1995), pp. 470-486.

Hoy en día, más de mil millones de personas en el mundo viven con menos de un dólar por día⁷, y desde la segunda guerra mundial algunos académicos han asumido el desafío de entender este fenómeno. ¿Por qué hay algunos países ricos y otros pobres? ¿Por qué hay ciertas regiones o comunidades alrededor del mundo que tienen persistentemente bajo ingreso, bajos niveles de educación y pobres indicadores de salud? ¿Por qué estas regiones no han logrado prosperar como tantas otras? Estas son algunas de las preguntas que los académicos del desarrollo tratan de responder. Además de intentar identificar las causas de este fenómeno, muchas teorías del desarrollo han inspirado o influenciado ofertas de políticas concretas que tratan de enfrentar el problema del desarrollo en el mundo.⁸

¿Cuál es la relación entre Derecho y Desarrollo? ¿Cómo está el derecho relacionado a problemas como el bajo ingreso, falta de educación o pobres niveles de salud? Diferentes académicos del Derecho y Desarrollo dan distintas respuestas a estas preguntas. Ésta es una de las razones por las cuales es difícil presentar una definición del “campo de estudio” del Derecho y Desarrollo, mucho menos sostener que es un campo de estudio que comprende una precisa, unificada y coherente serie de supuestos y conceptos.

A pesar de esta falta de coherencia en el campo de estudio, es posible juntar los trabajos de diferentes académicos del Derecho y Desarrollo en dos grandes grupos. Un grupo analiza cómo el derecho puede jugar un papel instrumental en alcanzar metas de desarrollo. Esto es lo que puede ser llamado *derecho en el desarrollo*. El otro grupo ve a las reformas legales y el Estado de derecho como un fin en sí mismo. Esto es lo que llamaré *derecho como desarrollo*.⁹

⁷ United Nations, *Millennium Development Goals Report 2010*, Disponible en <http://www.un.org/millenniumgoals/pdf/MDG%20Report%202010%20En%20r15%20-low%20res%2020100615%20-.pdf>

⁸ Para una historia intelectual del concepto de desarrollo, ver Heinz W. Arndt, *Economic Development: The History of an Idea* (Chicago: The University of Chicago Press, 1987).

⁹ Esta tipología está inspirada por la histórica visión de los tres momentos del movimiento del Derecho y desarrollo Elaborados por David Trubek y Alvaro Santos (eds.). *The New Law and Economic*

1.1 Derecho en el Desarrollo

El derecho puede ser un instrumento para promover el desarrollo. Esta pragmática e instrumental visión del derecho y del sistema judicial es compartida por académicos que piensan que las reformas legales pueden ser medios para fomentar ciertas metas de desarrollo, como el desarrollo económico reflejado por el PBI per cápita de un país. Sin embargo, estos académicos no concuerdan siempre en *cómo* el derecho puede promover el desarrollo. Estas divergencias están, en su mayoría, basadas en diferentes lecturas del rol del Estado en la promoción del desarrollo en general y del crecimiento económico en particular.

Una escuela de pensamiento defiende un rol fuerte para el Estado en la promoción del desarrollo. El concepto de Estado desarrollista fue pensada para describir países en los cuales había (o hay) una fuerte intervención del Estado en la economía, importantes protecciones para las industrias nacionales, y fuerte regulación de corporaciones multinacionales que deciden invertir en filiales en esos países. Algunos ejemplos de Estado desarrollista exitosos son Japón, Singapur y Corea del Sur.¹⁰ Ejemplos no tan exitosos incluyen Brasil e India en la década del setenta y del ochenta.¹¹ En el Estado desarrollista, el derecho puede ser usado como instrumento para la intervención estatal en actividades económicas. Esta intervención puede, a su vez, conducir a un crecimiento económico.

“El derecho es necesario para crear la estructura formal para el control macroeconómico. La legislación puede traducir objetivos políticos en acción regulando el comportamiento económico de acuerdo con los planes estatales. El derecho es necesario para crear un marco para la operación de una burocracia gubernamental eficiente y el gobierno de las corporaciones

Development: A Critical Appraisal (Cambridge: Cambridge University Press, 2006) [Trubek & Santos, *New Law and Economic Development*]. Para una visión más completa, ver Kevin E. Davis and Michael J. Trebilcock, “The Relationship between Law and Development: Optimists versus Skeptics”, (2008) *American Journal of Comparative Law*, Vol. 56, No. 4.

¹⁰ Ver Chalmers Johnson, *MITI and the Japanese Miracle* (Stanford: Stanford University Press, 1982) and Meredith Woo-Cumings (ed.), *The Developmental State* (Ithaca, NY: Cornell University Press, 1999).

¹¹ Peter Evans, *Embedded Autonomy: States and Industrial Transformation* (Princeton: Princeton University Press, 1995).

del sector público. Las reglas legales son necesarias para manejar complejos controles de intercambio e importar regulaciones.”¹²

Esta escuela de pensamiento podría ser llamada *derecho en el Estado desarrollista*.

Otra escuela de pensamiento adhiere a teorías neoliberales del desarrollo, que defienden una intervención mínima del Estado en la economía.¹³ Los mercados son considerados el motor para el crecimiento para estos académicos. De esta manera, la intervención estatal en la actividad económica es desalentada, y el rol del Estado se limita en proveer las condiciones para que los actores privados actúen libremente. De esta manera, el Estado debería simplemente asegurar la base legal e institucional para que las actividades en un libre mercado se lleven a cabo. En este contexto, el Derecho y Desarrollo se enfoca “en el derecho privado, de manera tal de proteger la propiedad y facilitar los intercambios por contrato. Busca usar el derecho para colocar límites estrictos a la intervención estatal y asegurar el tratamiento igualitario del capital extranjero.”¹⁴ Esta segunda escuela de pensamiento puede ser calificada como *derecho en el Estado neoliberal*.

A pesar de las divergentes visiones del rol del Estado, estas dos escuelas de pensamiento comparten la suposición de que el derecho juega un rol instrumental en promover el desarrollo, y especialmente el crecimiento económico. Históricamente, la

¹² Trubek & Santos, *New Law and Economic Development*, *supra* nota 8 en 2 .

¹³ En la década del ochenta, la teoría neoliberal esa incorporado en un conjunto de prescripciones políticas que se hicieron conocidas como el “Consenso de Washington”. Los principios centrales del consenso fueron: estabilidad macroeconómica (disciplina fiscal, Reformas impositivas y reducción del gasto público), liberalización (abrir el comercio y desregular el mercado) privatización, y políticas para atraer inversión extranjera directa (IED) y estimular emprendimientos privados (reducción de las cargas impositivas, Disponibilidad de crédito para inversores privados, y fomentar la competencia dentro de los sectores). John Williamson, “The Washington consensus as policy prescription for development,” in Timothy Besley and Roberto Zaghera (eds.) *Development Challenges in the 1990s: Leading policymakers speak from experience*, (New York: World Bank/Oxford University Press, 2005) at 33-61. El consenso de Washington fue adoptado por varios países latino americanos, y más cautelosamente por países en desarrollo. V. Bulmer-Thomas, *The Economic History of Latin America since Independence* Vol. 2 (Cambridge: Cambridge University Press, 2003). For criticisms, see Moises Naim, “Washington Consensus or Washington Confusion?” (2000) *Foreign Policy* at 87-103 and Dani Rodrik, “Growth strategies,” in Philippe Aghion and Steven Durlauf (eds.), *Handbook of Economic Growth*, (Cambridge: Elsevier, 2005). Chapter available at: www.ksg.harvard.edu/rodrik/.

¹⁴ Trubek & Santos, *New Law and Economic Development*, *supra* nota 8, pp. 5-6.

segunda visión (el derecho en el Estado neoliberal) ha triunfado por sobre la primera (el derecho en el Estado desarrollista), que fue a su vez superada por la tercera visión presentada debajo,¹⁵ que actualmente es de gran influencia en la mayoría de los académicos del Derecho y Desarrollo.

1.2 Derecho como desarrollo

A diferencia de la visión instrumental descrita anteriormente, algunos académicos consideran las reformas legales y el Estado de derecho como fines en sí mismos.

“Desde una perspectiva deontológica, como la adoptada por Sen, en la cual la libertad, en sus varias dimensiones, es a su vez el medio y el fin del desarrollo, varias libertades, como la libertad de no ser torturados y otros abusos a las libertades civiles por mandatarios tiránicos, la libertad de expresión, de asociación política, de oposición política y disenso, son características normativas definitorias del desarrollo; el Estado de derecho, en la medida que garantice estas libertades, tiene un valor intrínseco, independiente de sus efectos en otras medidas de desarrollo y no necesita justificarse exclusivamente en términos instrumentales.”¹⁶

Mientras que los dos grupos descriptos más arriba (derecho en el Estado desarrollista y el derecho en el Estado neoliberal) están focalizados en gran medida en el crecimiento económico, medido por el PBI per capita, derecho como desarrollo está intrínsecamente relacionado con la concepción del desarrollo como libertad, propuesta por el premio Nobel Amartya Sen. La concepción del desarrollo como libertad de Sen se ha alejado del enfoque en el crecimiento económico, que había sido el objeto de los estudios sobre desarrollo por gran parte del período posterior a la segunda guerra mundial. Sen sostiene

“Generalmente tenemos buenas razones para querer mejor ingreso o riqueza. Esto no es porque el ingreso o la riqueza sean deseables en sí

¹⁵ Ibid., pp. 6-7.

¹⁶ Para un detallado debate sobre los distintas concepciones del estado de derecho (diferenciando entre concepciones extensivas y amplias) ver Michael J. Trebilcock and Ronald J. Daniels, *Rule of Law Reform and Development: Charting the Fragile Path of Progress* (Edward Elgar, 2008) at 4-5. Ver también Alvaro Santos, “The World Bank’s Uses of the ‘Rule of Law’ Promise in Economic Development”, in Trubek & Santos, *New Law and Economic Development*, *supra* note at 256-266

mismos, sino porque, típicamente, son medios objetivos excelentes para tener más libertad para conducir el estilo de vidas que tenemos razones para valorar.”¹⁷

Basado en esta idea de que la riqueza no es un fin en sí misma, sino un medio para tomar más decisiones y por consiguiente tener más libertad, Sen explica la distinción entre los fines y los medios del desarrollo.¹⁸ De esta manera, el crecimiento económico es importante porque nos permite vivir las vidas que tenemos una razón para valorar, que es el fin del desarrollo. Pero la riqueza únicamente no garantiza que seremos libres. Efectivamente, hay una serie de libertades instrumentales que directa o indirectamente permiten elegir a las personas vivir la vida como quieran. Según Sen, el desarrollo como libertad requiere libertad política, facilidades económicas, oportunidades sociales, garantías transparentes, y seguridad protectora.¹⁹

Esta concepción del desarrollo ha inspirado al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) a una serie anual de Informes de Desarrollo Humano desde el año 1990 en adelante para concebir un Índice del Desarrollo Humano (IDH).²⁰ Este índice está basado en los tres fines del desarrollo: longevidad medida como la esperanza de vida al nacer; conocimiento medido por un ponderado promedio de adultos alfabetizados y años de escolaridad; y el estándar de vida medido por el ingreso per cápita verdadero.²¹ Si bien hay una fuerte correlación positiva entre ingreso per cápita, estatus de salud y educación, esta correlación no es perfecta y, efectivamente, rankings de países en desarrollo cambian frecuentemente de manera significativa, cambiando hacia arriba o hacia abajo. Esto significa que el ranking de un país puede cambiar cuando la salud y la educación son incorporadas como variables en el índice, junto con una variable de ingreso per cápita. Por ejemplo, Vietnam, Chile y Cuba están mejor posicionadas en un ranking de desarrollo humano que en un ranking de ingreso, mientras que Bahrain, Angola y Estados Unidos están peor en el ranking de IDH que en

¹⁷ Amartya Sen, *Development as Freedom* (New York: Anchor Books, 1999) p. 14.

¹⁸ *Ibidem* en el capítulo 2.

¹⁹ *Ibidem* en el capítulo 38

²⁰ United Nations Development Programme, “Origins of the Human Development Approach,” *Human Development Reports* (Retrieved May 15, 2009) <http://hdr.undp.org/en/humandev/origins/>

²¹ *Ibidem*.

un ranking de PBI per cápita.²² En síntesis, el índice ha mostrado que no necesariamente hay una correlación fuerte entre riqueza y estos otros objetivos del desarrollo.

Además de alejarse de un enfoque exclusivo en el crecimiento económico, otra postura importante en el trabajo de Amartya Sen es que las libertades instrumentales están interconectadas. Por ejemplo, con mayor riqueza se puede alcanzar mayores niveles de educación y mejor salud.²³ De manera similar, el rendimiento en la escuela o en el trabajo depende de la salud de las personas. Por esta razón, no debería haber una lista de prioridades entre estos objetivos, sino, más bien, deben ser promovidos simultáneamente. Identificando esta interconexión, Sen sugiere que muchos aspectos del *derecho en el desarrollo* y el *derecho como desarrollo* no son tan diferentes como uno podría asumir a simple vista. Un compromiso de proteger las libertades garantizadas por el Estado de derecho como fines en sí mismos puede, de manera concomitante, servir como un instrumento para alcanzar otros objetivos de desarrollo.²⁴

2. Las metodologías del Derecho y Desarrollo

¿Qué clase de metodología usan los académicos del Derecho y Desarrollo para tratar los problemas del desarrollo? Nuevamente, depende del académico. No existe una metodología homogénea en la disciplina, sino una pluralidad de metodologías y enfoques. Esto puede estar relacionado con el hecho de que el campo de estudios sobre desarrollo en sí mismo es un campo de estudio interdisciplinario. La economía del desarrollo ciertamente ha tenido un papel central en los estudios sobre desarrollo, pero no ha estado sola. Otras ciencias sociales (tales como la ciencia política, la sociología y la antropología) han tenido un papel en el campo del desarrollo que ha influenciado

²² *Ibidem*. Estas discrepancias persisten desde 1990. ver UNDP, “Defining and Measuring Human Development”, *Human Development Report* (1990), pp. 14-16.

²³ *Ibidem*. p. 40-41.

²⁴ Sen, A. “What is the Role of Legal and Judicial Reforms in the Development Process”, discurso en la Conferencia del Banco Mundial , June 5 2000.

algunos de sus vaivenes.²⁵ Como resultado, no hay una única disciplina que haya influenciado el Derecho y Desarrollo y, por consiguiente, las múltiples metodologías usadas en cada una de estas disciplinas pueden ser encontradas en los trabajos académicos de Derecho y Desarrollo.

Estas diferencias metodológicas pueden convertirse fácilmente en desacuerdos sustantivos sobre la disciplina. Por ejemplo, los académicos del Derecho y Desarrollo pueden diferir en qué tan efectiva puede ser una ley para cambiar un comportamiento no deseado y por ende promover el desarrollo. Algunos académicos son más fieles a la presunción de que los individuos son actores racionales que responden a incentivos. En este sentido, como ya ha sugerido el análisis económico del derecho, sugieren que se puede incentivar a un comportamiento más productivo reduciendo costos y aumentando los resultados.²⁶ Como Cooter y Ulen explican en el contexto del análisis económico del derecho:

“La economía provee una teoría científica para predecir los efectos de las sanciones legales en el comportamiento. Para los economistas, las sanciones son como precios, y, supuestamente, las personas responden a estas sanciones de la misma manera que responden a los precios. Las personas responden a los precios altos consumiendo menos del bien más caro. Entonces, supuestamente, las personas responden a las sanciones más severas realizando menos esas acciones sancionadas. La economía tiene teorías matemáticamente precisas (teoría de los precios y teoría de los juegos) y métodos empíricamente sólidos (estadísticas y econometría) para analizar los efectos de los precios en el comportamiento.”²⁷

²⁵ Para un análisis de como la antropología a contribuido a la disciplina, ver R. D. Grillo, “Antropologists and Development”, en Vandana Desai and Robert Potter (eds.), *The Companion to Development Studies* (great Britain: Hodder Arnold, 2002).

²⁶ Douglass C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance* (Cambridge: Cambridge University Press, 1990). Julio Faundez, *Good Governance and Law: Legal and Institutional Reform in Developing Countries* (New York: St. Martin's Press, 1997).

²⁷ Thomas Ulen and Robert Cooter, *Law and Economics*, 3rd ed. (Addision Wesley, 2000) p. 3. Para un ejemplo de aplicación de estas ideas en el context del Derecho y Desarrollo, ver Robert Cooter and Hans Bernd Schaefer, “Academic Scribblers and Defunct Economists”, *University of Toronto Law Journal* Volume 60, Issue 2 (2010), pp. 467- 489.

El razonamiento aquí es que el derecho tiene el potencial de cambiar el comportamiento de las personas. Si un incremento de costos disuade a las personas de actuar, una reducción de costos los puede incentivar para actuar de una determinada manera. En el contexto del Derecho y Desarrollo esto se ha traducido como, por ejemplo, políticas prescriptivas para países en desarrollo para atraer inversión extranjera directa (IED). La reforma legal y la modernización tanto de la creación como la implementación del derecho han sido sostenidas como beneficiosas para el IED.²⁸ Estas prescripciones asumen que es de crucial importancia para los inversores extranjeros que el país anfitrión no viole, o proteja inadecuadamente, los derechos de propiedad. Otro componente importante de un sistema legal propicio para el IED es uno que asegure bajos niveles de corrupción y tenga predecibles y efectivos niveles de ejecución de la ley. Las leyes pueden promover la eficiencia con la solución efectiva de conflictos y con regulación que haga más fácil hacer negocios. Este es el razonamiento del “Doing Business Report”, un proyecto del Banco Mundial que apunta a investigar “el alcance y formas de regulaciones que aumentan la actividad económica y de aquellas regulaciones que disminuyen la actividad comercial”²⁹

En cambio, hay estudios que analizan el comportamiento de las personas desde una perspectiva sociológica. Estos “Doing Business Reports”, por ejemplo, han sido rotundamente criticados por distorsionar y sobre-simplificar información presentando problemas legales intrínsecamente complejos y de difícil medida.³⁰ Una de las críticas es que, mirando sólo la regulación y el derecho, las investigaciones pasan por alto las fuerzas normativas o culturales de la actividad comercial. Amanda Perry, por ejemplo, sostiene que hay poca evidencia empírica de que las firmas se vean atraídas por los sistemas legales como los descritos más arriba.³¹ Esto es apoyado por el ejemplo de la

²⁸ Agnes Benassy Quere, Maylis Coupet and Theirry Mayer, “Institutional Determinants of Foreign Direct Investment,” (2007) 30 *The World Economy* 5.

²⁹ World Bank, *Doing Business in 2004: Understanding Regulation* (2004) (Washington, DC: World Bank), p. viii.

³⁰ Kevin Davis and Michael B. Kruse, “Taking the Measure of Law: The Case of the Doing Business Project,” (2007) 32 *Law & Social Inquiry* 4 at 1095-1119.

³¹ Amanda Perry, “Effective Legal Systems and Foreign Direct Investment: In Search of the Evidence,” (2000) 49 *International and Comparative Law Quarterly* at 779-799.

IED en China, la cual es muy alta a pesar del impredecible sistema legal.³² Perry sugiere que esto es así porque ciertos inversores extranjeros son insensibles al sistema legal de los países anfitriones. Por ejemplo, los inversores de occidente suelen, con mayor probabilidad, ser sensibles a sistemas legales que tienen un débil compromiso con el Estado de derecho, mientras que los inversores asiáticos suelen ser menos sensitivos a estos factores ya que confían más en compromisos informales y en relaciones.³³ Las firmas que están orientadas a la exportación pueden tener menos interacción con la ejecución del derecho doméstico y por consiguiente son menos sensibles al régimen legal del país anfitrión. Perry pide que se investigue más estas conclusiones, pero también advierte a países en desarrollo contra gastar recursos escasos en reformar el sistema legal para seducir a inversores extranjeros que son insensibles a los sistemas legales domésticos.

Hay algunos todavía que asumen una posición cultural más fuerte rechazando todo tipo de racionalidad del comportamiento individual. Lawrence Harrison, por ejemplo, argumenta que las leyes y las instituciones formales no cambian la cultura. Es necesario modificar la cultura antes de promover las instituciones formales y legales.³⁴ Harrison argumenta, por ejemplo, que sociedades que se resisten al progreso tienen las siguientes características: tienen creencias religiosas que alimentan la irracionalidad, inhiben el progreso material, y son utópicas; sus visiones del destino están informadas por fatalismo, resignación y brujería; sus miembros están enfocados en el presente o en el pasado, creando dificultad con el planteamiento y la puntualidad; la riqueza es concebida como un recurso imprescindible y la asignación de recursos es un juego de suma cero. El conocimiento es abstracto, teórico y cosmológico, entre otras cosas. Su argumento es que estas sociedades no se desarrollarán a menos que cambien alguno de estos rasgos culturales.³⁵

³² *Ibidem* en 789.

³³ *Ibidem* en 793.

³⁴ Lawrence E. Harrison, *The Central Liberal Truth* (Oxford: Oxford University Press US, 2006).

³⁵ *Ibidem.*; ver también Samuel P. Huntington, Lawrence E. Harrison, *Culture Matters: how values shape human progress* (New York: Basic Books, 2000). Para una visión general de cómo la cultura ha influido la literatura del Derecho y Desarrollo, ver Amy J. Cohen, "Thinking with Culture in Law and Development", (2009) *Buffalo Law Review* 57 (2) at 511-586.

Si bien Harrison parece rechazar totalmente la idea de que alguna ley pueda promover el desarrollo, hay algunos académicos del Derecho y Desarrollo que adhieren a una versión más concisa y contextualizada de la afirmación de Harrison. Por ejemplo, Katharina Pistor, Antara Haldar, y Amrit Amirapu en un trabajo reciente muestran que el estatus de las mujeres en una sociedad está débilmente asociado con varios índices del Estado de derecho y que en países pobres esa asociación desaparece por completo. Sugieren que esto ocurre porque el estatus de la mujeres en la sociedad está determinado principalmente por las normas sociales sobre igualdad de género y que estas normas están sólo débilmente afectadas por las instituciones legales.³⁶ A diferencia de la afirmación de Harrison, sin embargo, el trabajo de Pistor y los demás puede aún ser reconciliado con la idea de que el derecho puede promover el desarrollo si consideramos que algunos problemas como el estatus de la mujer en la sociedad puede estar influenciado por normas informales y sociales, mientras que normas relacionadas con el debido proceso no están tan fuertemente influenciadas por normas informales. De esta manera, las reformas a las instituciones formales pueden con más probabilidad modificar y cambiar reglas y normas informales en ciertos casos, pero pueden ser un instrumento limitado en algunos casos.

Estos ejemplos muestran cómo la economía y las ciencias sociales pueden influir al Derecho y Desarrollo en varias formas, brindando diversidad metodológica y conceptual entre los académicos de la disciplina.

Además, teorías pos-modernas y pos-coloniales que han influenciado las ciencias sociales, han hecho lo mismo con los estudios sobre desarrollo para crear lo que es conocido como pos-desarrollo

“Junto con el “anti-desarrollo” y el “más allá del desarrollo”, el pos-desarrollo es una reacción radical a los dilemas del desarrollo. La perplejidad y el extremo descontento con la usual y estándar retórica y práctica del desarrollo....Son partes de esta perspectiva. El desarrollo es rechazado por ser “la nueva religión de occidente”.....es la imposición de la ciencia como poder.....no funciona.....significa la occidentalización cultural y homogenización.... Y trae destrucción al medio ambiente. Es rechazada no sólo por sus resultados sino por también

³⁶ Katharina Pistor, Antara Haldar, Amrit Amirapu, “Social Norms, Rule of Law, and Gender Reality”, in James Heckman, Robert Nelson and Lee Cabatongian (eds.), *Global Perspectives on the Rule of Law* (London: Routledge, 2010).

por sus intenciones, su visión del mundo y su pensamiento. El pensamiento económico implica una visión reduccionista de la existencia. Por estas razones '.....no es el fracaso del desarrollo lo que debe ser temido, sino su éxito.'"³⁷

La deconstrucción del concepto de desarrollo y el discurso sobre el desarrollo no implica necesariamente que debamos estar preparados para aceptar cualquier estándar de vida, de esta manera convirtiéndonos en relativistas radicales. Rechazar las visiones de los países desarrollados sobre los países en desarrollo no es una objeción al continuo uso del análisis crítico sobre el subdesarrollo. Efectivamente, este ejercicio deconstructivo, en el cual se enfrenta concepciones del desarrollo presentados por el mundo occidental, pueden ayudar a formar una concepción alternativa del desarrollo, no basado en valores occidentales (o por lo menos no exclusivamente).

Alternativamente, también puede funcionar para preguntarse por la existencia de estrategias alternativas para lidiar con problemas de desarrollo (medios de desarrollo) que no estén necesariamente basadas en imitar las instituciones occidentales ni la cultura occidental.

Dichos enunciados críticos están ejemplificados por lo que se conoce como el "Método Asiático", lo que refiere a uno de dos enunciados. Una versión del "Método Asiático" ofrece una alternativa a las concepciones tradicionales de desarrollo, al aceptar un valor occidental (la modernización económica), pero rechazando otros, tales como los vinculados a las democracias liberales.³⁸ Otra versión del "Método Asiático" no rechaza, en principio, los valores occidentales, pero cuestiona que las instituciones occidentales sean la única manera legítima de alcanzar y proteger esos valores. Por

³⁷ J. Nederveen Pieterse, "After post-development", (2000) *Third World Quarterly* 21(2) 175 at 175. Arturo Escobar, por ejemplo, sostiene que la naturaleza imperialista del discurso sobre el desarrollo lo hace comparable al discurso sobre las colonias: "Las producción de discurso bajo condiciones de desequilibrio de poder es lo que Mohanty y otros refieren como "el movimiento colonial". (...) Aunque alguno de los terminos de esta definición sean más aplicable a un context colonial estrictamente hablando el discurso sobre el desarrollo está controlado por los mismos principios: ha creado un extremadamente eficiente aparato para producir conocimiento sobre, y como ejercer el poder sobre, el Tercer Mundo." Arturo Escobar, *Encountering Development: The Makind and Unmaking of the Third World* (Princeton: Princeton University Press, 1995) at 9.

³⁸ Inoue Tatsuo, "Liberal Democracy and Asian Orientalism," en Joanne R. Bauer, Daniel A. Bell, (eds.) *The East Asian challenge for Human Rights*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1999) 28. Por ejemplo, líderes asiáticos tales como el singapurense Lee Kuan Yew argumentaron que ciertas libertades civiles y políticas son incompatibles con valores incrustados en la cultura asiática. Ver Fareed Zakaria, "A Conversation with Lee Kuan Yew", *Foreign Affairs* 73 (2) March/April 1994.

ejemplo, Daniel E. Bell propone una democracia representativa bicameral, en la cual una de las cámaras esté compuesta por miembros elegidos por examen. Esta propuesta apunta a combinar la democracia con el ideal confuciano de que deben gobernar los virtuosos. La asunción de Bell es que las instituciones adaptadas a valores asiáticos tendrán mejores perspectivas de éxito en alcanzar estos ideales.

Estos ejemplos no ofrecen una lista abarcadora de todas las metodologías posibles en este campo, pero sí ilustran que el Derecho y Desarrollo no es un campo de estudio uniforme y cohesivo. Los académicos difieren en sus concepciones acerca del desarrollo, no se ponen de acuerdo sobre cómo el derecho se desarrolla con el desarrollo, adoptan distintas metodologías para analizar los problemas del desarrollo, pero, sin embargo, pueden ser agrupados bajo el mismo nombre, “Derecho y Desarrollo”. ¿Qué junta a todas estas diferentes perspectivas y aproximaciones? El problema del desarrollo. Siguiendo las huellas de los estudios del desarrollo, el Derecho y Desarrollo utiliza muchas disciplinas disponibles para tratar de explicar por qué hay pobreza persistente y sistemática e inequidad en ciertas regiones del mundo. Así, a pesar de estas diferencias metodológicas, los académicos se encuentran unidos por una única preocupación: cómo puede el derecho resolver o paliar el problema del desarrollo.

3. Una tendencia reciente: Derecho, Instituciones y Desarrollo

Las secciones anteriores mostraron que los académicos del Derecho y Desarrollo no adoptan un único concepto de desarrollo, pueden estar en desacuerdo acerca de la relación entre Derecho y Desarrollo y no adoptan una única metodología en sus estudios. Dada esta diversidad conceptual y metodológica, es casi imposible brindarle al lector una sencilla y rápida descripción de las principales cuestiones y preguntas abarcadas por el estudio del Derecho y Desarrollo, capturando la riqueza de todas las diferentes perspectivas agrupadas bajo el mismo nombre. Por lo tanto, cualquier lector en busca de una rápida introducción al campo debe tener presente que cualquier presentación va a adoptar una perspectiva particular que no necesariamente va a ser compartida o suscripta por todos los académicos del Derecho y Desarrollo. Hecha esta aclaración, presentaré una de estas perspectivas, que ha ganado creciente importancia en la última década.

Surgida en la década del 90, una perspectiva institucional del desarrollo se ha vuelto crecientemente prominente para pensar el desarrollo. Esta perspectiva institucional se basó fuertemente en el trabajo de nuevos economistas institucionales, quienes asumen que las personas responden a incentivos y que muchos de estos incentivos son creados por instituciones. Estos nuevos economistas institucionales frecuentemente adoptan la definición de instituciones de Douglass North, que es la siguiente:

“Las instituciones son las reglas del juego de una sociedad o, más formalmente, son las restricciones ideadas humanamente que estructuran las interacciones humanas. Están compuestas de reglas formales (ley, common law, regulación), restricciones informales (convenciones, normas de comportamiento y códigos de conducta autoimpuestos) y de las características para poner en práctica ambas. Las organizaciones son los jugadores: grupos de individuos vinculados por un propósito común de alcanzar objetivos. Éstas abarcan organismos políticos (partidos políticos, el senado, una municipalidad, una agencia regulatoria), organismos económicos (sociedades, sindicatos, granjas familiares, cooperativas), organismos sociales (iglesias, clubes, asociaciones deportivas) y organismos educativos (colegios, universidades, centros de formación vocacional).”³⁹

Esta definición distingue a las instituciones de las organizaciones, las cuales crean, aplican y ponen en práctica las “reglas del juego”. Así, conforme esta definición, los derechos de propiedad serían una institución, mientras que el registro de la propiedad y la policía serían organizaciones.

Basándose en esta definición, North (uno de los fundadores de la nueva economía institucional) ha argumentado que las economías en desarrollo y en transición tienen problemas porque sus instituciones crean incentivos incompatibles con el crecimiento económico: “Los países del Tercer Mundo son pobres porque sus restricciones institucionales determinan un set de *payoffs* para actividades políticas y económicas que no incentivan la actividad productiva.”⁴⁰ Estas asunciones han sido probadas y una cantidad de autores ha concluido que existe fuerte sustento empírico

³⁹ Douglass C. North, ‘The New Institutional Economics and Third World Development’ en *The New Institutional Economics and Third World Development* (London: Routledge, 1995), editado por John Harriss, Janet Hunter y Colin M. Lewis, en 23.

⁴⁰ Douglass North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance* (Cambridge: Cambridge University Press, 1990), p. 110.

para apoyar la idea de que las instituciones importan para el desarrollo.⁴¹ En el campo del desarrollo, estas asunciones de la nueva economía institucional fueron representadas por los slogans “Las Instituciones Importan” o “La Gobernanza Importa”. El Grupo de Gobernanza del Banco Mundial ha realizado análisis econométricos sistemáticos a través de los países del impacto de la calidad institucional en el desarrollo. Los resultados de este enfoque empírico están vertidos en un estudio particularmente influyente denominado “La Gobernanza importa”. Este estudio realizado a través de los países fue llevado a cabo por Kaufmann, Kraay y Zoido-Lobaton, todos relacionados con el Banco Mundial. Este estudio regularmente actualizado es parte de la investigación en marcha realizada por el Banco Mundial sobre la gobernanza, que ya cubre casi 200 países.⁴²

La idea de que “las instituciones importan” ha provocado un surgimiento masivo de ayuda en el desarrollo para proyectos de reforma institucional en países con economías en desarrollo y en transición, que involucra muchos millones de dólares. Desde 1990, el Banco Mundial ha invertido \$2.900 millones de dólares para apoyar 330 proyectos de estado de derecho. “Las instituciones importan” es, por lo tanto, una de las ideas más influyentes en el pensamiento actual del Derecho y Desarrollo. Esto no significa, de cualquier manera, que el enfoque académico del Derecho y Desarrollo

⁴¹ Dani Rodrik, Arvind Subramanian, & Francesco Trebbi, “Institutions Rule: The Primacy of Institutions over Geography and Integration in Economic Development” (2004) 9 J.Econ.Growth págs 131 a 141; A. Acemoglu, S. Johnson y J. A. Robinson, “The Colonial Origins of Comparative Development: An Empirical Investigation”, *American Economic Review* (2001); A. Acemoglu, S. Johnson, y J.A. Robinson, “Reversal of Fortune: Geography and Institutions in the Making of the Modern World Income Distribution”, *Quarterly Journal of Economics* 2002.

⁴² Daniel Kaufmann, Aart Kraay, y Pablo Zoido-Lobaton, “Governance Matters”, World Bank Policy Research Working Paper No. 2196 (Washington DC: World Bank, 1999) version en línea: <http://www.worldbank.org/research>; Daniel Kaufmann, “Rethinking Governance: Empirical Lessons Challenge Orthodoxy” Discussion Draft 11 March 2003 (Washington DC: World Bank, 2002) version en línea: http://www.worldbank.org/wbi/governance/pdf/rethink_gov_stanford.pdf; see also Daniel Kaufmann, Aart Kraay, y Massimo Mastruzzi, “Governance Matters IV: Governance Indicators for 1996-2004” World Bank Policy Research Group Working Paper No. 3630 World Bank 2005, version en línea: http://www.worldbank.org/wbi/governance/pdf/GovMatters_IV_main.pdf; Daniel Kaufmann, Aart Kraay, y Massimo Mastruzzi, “Governance Matters VII: Aggregate and Individual Governance Indicators, 1996-2007” World Bank Policy Research Working Paper No. 4654 (Washington DC, World Bank, 2008), version en línea: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1148386; World Economic Forum, Daniel Kaufmann, “Governance Redux: The Empirical Challenge” in Xavier Sala-i-Martin, ed., *The Global Competitiveness Report 2003-2004*, (New York: Oxford University Press, 2004). See also World Bank, *Where is the Wealth of Nations? Measuring Capital for the 21st Century* (Washington DC: World Bank, 2007).

influenciado por esta idea no tenga problemas. La siguiente sección describe tres de estos problemas, como los describe Pranab Bardhan.⁴³

3.1 ¿A qué nos referíamos con “instituciones”?

El primer problema es de naturaleza semántica: no hay consenso respecto de cómo deben entenderse ciertas instituciones. Sabemos que las instituciones importan, que el Estado de derecho importa y que la protección de los derechos de propiedad importa, pero qué significa cada uno de estos conceptos no está claramente definido. Como explica Bardhan

“lo que frecuentemente se ignora en este tipo de literatura es que el “Estado de derecho” involucra un haz completo de derechos y que necesitamos “deshacerlo”. Incluso respecto de la protección de los derechos de propiedad, diferentes grupos sociales pueden estar interesados en diferentes aspectos de estos derechos. Por ejemplo, los pobres pueden estar mayormente interesados en derechos simples tales como títulos de propiedad de la tierra y, en un grado muy importante, en la protección contra los inspectores gubernamentales corruptos y los ladrones locales; para ellos este es el aspecto más relevante de la protección de los derechos de propiedad. Para los inversores más ricos, sin embargo, un amplio rango de otras cuestiones tales como la protección de los accionistas minoritarios en las sociedades, la supervisión de los mercados de capitales para evitar el abuso de las personas con información privilegiada, las leyes de quiebra, etc. ocupan una posición mayor; estas son las cuestiones sobre las cuales los inversores hacen énfasis cuando hablan de la protección de los derechos de propiedad.”⁴⁴

Bardham no es el único que expresa esta preocupación. Muchos académicos también han señalado la falta de precisión del término “Estado de derecho”. Dani Rodrik se pregunta: “¿soy el único economista culpable de utilizar el término [Estado de derecho] sin tener una clara idea de qué significa realmente? (...) Bueno, quizás soy el

⁴³ Pranab Bardhan, “Law and Development”, in A.K. Dutt and J. Ros (eds.), *International*

Handbook of Development Economics, vol. II (Cheltenham, UK; Massachusetts, USA: Edward Elgar, 2008). Para un análisis más detallado, ver Davis y Trebilcock, supra citados en 8.

⁴⁴ Ibid. p. 2

primero que lo admite.”⁴⁵ Es importante destacar que este no es un mero problema conceptual: sin saber qué es lo que estamos buscando, es muy difícil diseñar reformas efectivas para el desarrollo.

3.2 ¿Por qué los países en desarrollo no cambian las malas instituciones?

El segundo problema es el mantenimiento de las malas instituciones en los países en desarrollo. Como explica Bardhan,

“Una cuestión central en la economía del desarrollo es luego la persistencia de regulaciones e instituciones disfuncionales durante largos períodos de tiempo (...) En particular, la historia del subdesarrollo está plagada de casos donde aparecen formidables impedimentos institucionales como resultados estratégicos de conflictos distributivos. (...) El ejemplo clásico de reglas e instituciones ineficientes que persisten como resultado de disputas distributivas se relaciona con la evolución histórica de los derechos de propiedad sobre la tierra en los países en desarrollo. En la mayoría de estos países, la evidencia empírica sugiere que las economías de escala en la producción agrícola son insignificantes (excepto en algunos cultivos) y que la pequeña granja familiar es frecuentemente la unidad de producción más eficiente. Sin embargo, la violenta y tortuosa historia de las reformas agrícolas en muchos países sugiere que hay numerosos bloqueos en el camino de una redistribución más eficiente de los derechos de propiedad sobre la tierra, sostenidos por intereses personales durante generaciones.”⁴⁶

El mantenimiento de malas instituciones en estos países también se torna evidente en el fracaso de diversos intentos de promover el Estado de derecho y las reformas institucionales en países en desarrollo en décadas recientes. Michael Trebilcock y Ron Daniels muestran cómo intentos de reformar han hasta el momento cosechado resultados de mixtos a decepcionantes en intentos de reformas en África, Asia, América Latina y Europa del Este.⁴⁷ Ellos no están solos: otros han destacado el hecho de que significativos recursos se han utilizado para promover la buena

⁴⁵ The Economist, *Order in the jungle: The rule of law has become a big idea in economics. But it has had its difficulties*, 13 de Marzo de 2008.

⁴⁶ Bardhan, supra citado en 44, págs. 7-8.

⁴⁷ Trebilcock y Daniels, supra n. 15.

gobernanza en países desarrollados, pero que no hay significantes muestras de mejoría.⁴⁸

Entre los posibles motivos para los resultados decepcionantes hasta el momento, se encuentran tres principales obstáculos a las reformas.⁴⁹ En primer lugar, a pesar de la voluntad política de promover las reformas, los países pueden carecer de los recursos financieros, tecnológicos o humanos para implementar los cambios. En segundo lugar, una serie de valores sociales, normas, actitudes y prácticas, que Trebilcock y Daniels califican vagamente como factores socio-culturales-históricos, pueden constituir un ambiente hostil para implementar reformas.⁵⁰ En tercer lugar, existen impedimentos político-económicos, descritos por Bardhan. Grupos de interés se opondrán a reformas que eliminen sus privilegios, no fomenten sus intereses o no les ofrezcan ganancias (materiales o de otro tipo). Podemos describir a la mayoría de estos obstáculos y a los mecanismos autorreforzantes que los sostienen como “dependencias del camino”. Lidar con esto es difícil, pero la dependencia del camino debe ser superada para que las reformas institucionales para el desarrollo comiencen a producir resultados significantes.⁵¹

Estos obstáculos no solo dificultan llevar a cabo las reformas, sino que además siembran dudas acerca de la utilidad de llevar a cabo estas reformas. Podría darse el caso de que los costos generados por las reformas institucionales en términos de alteraciones sociales, costos políticos y utilización de recursos financieros superen los beneficios de cambiar de un marco institucional “menos funcional” a uno “más funcional”. La formalización de los derechos de propiedad, por ejemplo, ha ganado

⁴⁸ Thomas Carothers, ‘The End of the Transition Paradigm’ (2002) 13 *J. Democracy* 5; Thomas Carothers, ‘The Rule of Law Revival’ (1998) 77 *For. Aff.* 95; Bryant Garth & Yves Dezalay, ‘Introduction’ en Yves Dezalay & Brian Garth, eds., *Global Prescriptions: The Production, Exportation and Importation of a New Legal Orthodoxy* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 2002); Brian Tamanaha, *On the Rule of Law: History Politics, Theory* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004); Tamanaha, *Primacy of Society*, *supra* citado en 2.

⁴⁹ Trebilcock y Daniels, *supra* citado en 15, págs 39-40.

⁵⁰ *Ibidem* en 39. (puede haber “factores socio-culturales-económicos que hayan producido un set de valores sociales, normas, actitudes o practices que son inhóspitas hacia incluso una concepción limitada del estado de derecho”).

⁵¹ Mariana Prado & Michael Trebilcock, “Path Dependence, Development, and the Dynamics of Institutional Reform”, 2009 *University of Toronto Law Journal* 59 (3) at 341-380.

mucha adhesión recientemente, mayormente debido al trabajo de Hernando de Soto.⁵² Pero el argumento a favor de la formalización no es tan fuerte como parece, porque los costos de crear un régimen formal de derechos de propiedad en algunos casos superan los beneficios derivados de ese mismo régimen.⁵³

En última instancia, los nuevos economistas institucionales pueden tranquilamente sostener que las instituciones importan para el desarrollo, pero ellos no saben cómo reformarlas. La incapacidad de promover reformas institucionales exitosas es, en consecuencia, uno de los principales problemas que está confrontando con la agenda del desarrollo.

3.3 ¿El significado de “buena gobernanza” es igual para todos los países?

El tercer problema identificado por Bardhan es que la literatura

“puede necesitar cambiar o volverse más flexible para ser aplicada a países en desarrollo. Uno se relaciona con la escala de la actividad económica. En las pequeñas comunidades de campesinos donde la escala de la actividad económica no es grande, las relaciones contractuales informales pueden ser más eficientes que contratos basados en reglas, apoyados por elaborados procedimientos jurídico-legales. Los incumplimientos de relaciones contractuales son a menudo observables por otros miembros de la comunidad aun cuando no pueden ser verificados por tribunales y el castigo es generalmente a través de sanciones sociales y mecanismos de reputación. Otra ventaja es la flexibilidad y la facilidad de renegociación. Pero cuando la escala de la actividad económica se expande, dado que la necesidad de financiación externa se vuelve imperativa y dado que los costos hundidos aumentan la tentación de las partes de renunciar (y dado que la mayor movilidad y la mayor integración aumentan el mundo exterior, mejoran las opciones de salida), las relaciones contractuales y los incentivos de reputación se vuelven más débiles.”⁵⁴

Las preocupaciones de Bardhan están ilustradas por el así llamado “Enigma Chino” y el “Milagro del Este Asiático”. En ambos casos, grandes tasas de crecimiento

⁵²Hernando de Soto, *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*, (New York: Basic Books, 2003).

⁵³ Michael Trebilcock y Paul-Erik Veel, “Property Rights and Development: The Contingent Case for Formalization”, 2008 *University of Pennsylvania Journal of International Law* 30 (2) at 397- 481.

⁵⁴ Bardhan, *supra* note 44, at 11.

económico han sido alcanzadas, a menudo en ausencia de un fuerte y formal derecho contractual y de un régimen de aplicación. Esto puede sugerir que puede alcanzarse mucho desarrollo económico a través de mecanismos contractuales informales⁵⁵. Esto no quiere decir que los contratos no sean importantes. Trebilcock y Leng sostienen que

“a niveles bajos de desarrollo económico, los mecanismos informales de aplicación contractual pueden ser sustitutos razonablemente buenos de mecanismos formales de aplicación contractual, pero se vuelven crecientemente sustitutos imperfectos a mayores niveles de desarrollo económico que involucren inversiones grandes, de larga duración, de activos altamente específicos o de bienes y servicios intercambiados crecientemente complejos, especialmente dejando de lado las relaciones de intercambio extendidas en el tiempo.”⁵⁶

Sin embargo, muchos países en desarrollo pueden no estar en esta etapa y consecuentemente no encontrar tantos beneficios económicos en el derecho contractual como los nuevos institucionalistas a veces sugieren.

Los economistas pueden, en general, ser acusados de no prestar suficiente atención a la cultura como factor relevante en el comportamiento humano y de no tomar en cuenta su relevancia para el proceso de desarrollo.⁵⁷ Paradójicamente, existe una importante excepción dentro de este grupo: los nuevos economistas institucionales,⁵⁸ quienes siguen mayormente la definición de instituciones de Douglass North, que incluye reglas formales (leyes, common law, regulaciones) y restricciones informales (convenciones, normas de comportamiento y códigos de conducta autoimpuestos).⁵⁹ Los contratos informales y relaciones descriptos por Bardhan se encuentran capturados dentro de lo que North llama instituciones informales. Así, conforme los nuevos economistas institucionales, estas normas informales (también llamadas cultura), junto con instituciones formales, influyen el comportamiento humano y estructuran las interacciones sociales.

⁵⁵ Michael J. Trebilcock and Jing Leng, “The Role of Formal Contract Law and Enforcement in Economic Development” *Virginia Law Review*, Vol. 92, pp. 1517-1580, 2006.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Amartya Sen, “How Does Culture Matter?” in Rao & Walton (eds.), supra note 4 at 37.

⁵⁸ And according to Sen they are not the only ones. Adam Smith, Jonh Stuart Mill and Alfred Marshal can also be cited as examples.

⁵⁹ North, supra note 40 y su texto. Otro ejemplo es el libro más reciente de North, Douglass C. North *Understanding the Process of Economic Change* (Princeton: Princeton University Press, 2005).

El problema es que los economistas institucionales no van mucho más lejos a la hora de tomar en cuenta que la cultura influye el comportamiento humano. No es claro cómo, cuándo y por qué la cultura lo hace. El resultado es que la cultura es comúnmente tratada como una caja negra en los análisis institucionales.⁶⁰ Nosotros no sabemos, por ejemplo, hasta qué punto la existencia de instituciones formales, tales como el Estado de derecho y la responsabilidad democrática dependen de ciertos valores culturales subyacentes, tales como el individualismo y la falta de estructuras jerárquicas.⁶¹ Tampoco sabemos si las instituciones formales pueden cambiar la cultura y vice-versa.⁶² Y si estos cambios son posibles, no sabemos cuándo y bajo qué circunstancias es probable que ocurran.

Esto plantea un gran obstáculo para el avance de nuestro entendimiento del problema del desarrollo. Como he mostrado, las teorías institucionales del desarrollo se han vuelto prominentes en la última década y muchos esfuerzos de desarrollo están actualmente motivados por la asunción de que las instituciones importan para el desarrollo. Sin embargo, sin una evaluación cuidadosa del rol que ocupa la cultura en la estabilidad institucional y en el cambio institucional, las reformas pueden tener éxito limitado o resultados no deseados. La cultura es un factor importante, que actualmente está ausente en el rompecabezas de la reforma institucional.

Conclusión

Este artículo presentó una breve introducción al “Derecho y Desarrollo” mediante el análisis de tres aspectos de este campo: (i) cómo relacionan los académicos el derecho con el desarrollo, (ii) qué tipo de metodologías adoptan estos académicos y (iii) tendencias recientes.

⁶⁰ Acemoglu, D. and Johnson, “Unbundling Institutions,” (2005) 113 *Journal of Political Economy* 5.

⁶¹ Para un análisis que sugiere que hay evidencia empírica en apoyo de la idea de que la cultura tiene una influencia significativa en la gobernanza, ver Amir Licht, Chana Goldschmidt, and Shalom Schwartz, “Culture Rules: the Foundations of the rule of law and other norms of governance,” (2007) 35 *Journal of Comparative Economics*, p. 659-688.

⁶² Harrison, por ejemplo, sostiene que las instituciones formales no cambian a la cultura. Es necesario modificar la cultura antes de promover reformas institucionales. Lawrence E. Harrison, *The Central Liberal Truth* (Oxford University Press US, 2006).

En primer lugar, con respecto a la relación entre el derecho y el desarrollo, este artículo sugirió que los académicos pueden dividirse principalmente en dos grupos: aquellos que ven al derecho como un instrumento para promover el desarrollo (*derecho en el desarrollo*) y aquellos que ven al derecho (Estado de derecho) como un fin en sí mismo y uno de los objetivos que deberían ser perseguidos por las reformas del desarrollo (*derecho como desarrollo*). El primer grupo puede ser adicionalmente subdividido en dos grupos: aquellos que apoyan una fuerte intervención estatal en la economía, concibiendo al derecho como un instrumento para implementar políticas gubernamentales (*derecho en el estado del desarrollo*) y aquellos que apoyan las teorías neoliberales del desarrollo y creen que el derecho sólo debería crear las condiciones para que la mano invisible haga su trabajo mágico, forzando el cumplimiento de los contratos y protegiendo los derechos de propiedad (*derecho en el estado neoliberal*).

La principal distinción entre derecho en el desarrollo y derecho como desarrollo es el concepto de desarrollo adoptado por estas teorías. Mientras que la primera está fuertemente unida a la idea de desarrollo como crecimiento económico, la segunda está influenciada por el concepto de Amartya Sen de desarrollo como libertad. Al sugerir que la ley puede ser tanto un fin como un medio para alcanzar el desarrollo, este concepto acerca a los dos grupos, lo que implica que la distinción presentada arriba puede ser demasiado estricta.

En segundo lugar, respecto de las metodologías adoptadas por los académicos del Derecho y Desarrollo, este artículo ha sugerido que hay muchas y que es difícil presentar una lista inclusiva de todas ellas. Tanto como el campo interdisciplinario de los estudios del desarrollo, el Derecho y Desarrollo ha sido influenciado por la economía y las ciencias sociales, tales como la sociología y la antropología. Estas diferencias metodológicas pueden fácilmente convertirse en desacuerdos sustantivos en el campo. Por ejemplo, los académicos que adoptan asunciones económicas fuertes (los individuos son actores racionales auto-interesados que responden a incentivos) tienden a creer que el derecho es una herramienta muy efectiva para modificar el comportamiento humano. Por otro lado, los académicos que son más abiertos a las ciencias sociales y consecuentemente creen que la dinámica social y el comportamiento individual no están únicamente guiados por la racionalidad económica se preguntan acerca del potencial del derecho para promover efectivamente el cambio social.

En tercer lugar, respecto de las tendencias recientes, este artículo introduce la idea de que “las instituciones importan” o que “la gobernanza importa”. Estos mantras capturan una de las asunciones más prominentes en el pensamiento del desarrollo hoy en día, informando buena parte de las inversiones en reformas promovidas por organizaciones multilaterales tales como el Banco Mundial. A pesar de tomar en cuenta el marco teórico robusto de la nueva economía institucional, y de estar apoyada por una cantidad significativa de información empírica (estudios cuantitativos), esta tendencia institucional del “Derecho y Desarrollo” tiene problemas. En primer lugar, el campo debe proveer diferentes significados y aspectos de cada institución que sostiene que es conducente para el desarrollo. Por ejemplo, el significado de protección de los derechos de propiedad para los ricos puede ser muy diferente a la agenda de derechos de propiedad para los pobres. En segundo lugar, aun si aceptamos la conclusión de que las instituciones importan, no sabemos cómo cambiarlas. Los países en desarrollo están todavía plagados de malas instituciones, las que persisten a pesar de esfuerzos significativos de cambiarlas. Encontrar métodos para tratar la dependencia del camino y otros obstáculos para reformar es uno de los desafíos más punzantes para la perspectiva institucional. En tercer lugar, instituciones diferentes pueden ser necesarias para diferentes niveles de desarrollo. Instituciones informales pueden ser más relevantes para niveles menores e instituciones formales pueden tornarse relevantes únicamente a partir de un cierto umbral de desarrollo. Si este es el caso, la perspectiva institucional necesita desarrollar una mejor comprensión de cómo funcionan estas reglas informales, qué rol juegan y cómo interactúan con las instituciones formales a través del tiempo. Al no abrir la caja negra de la cultura, esta perspectiva institucional parece carecer de una pieza importante en el rompecabezas del desarrollo.

En resumen, los académicos del Derecho y Desarrollo no adoptan una única concepción del desarrollo, pueden no estar de acuerdo en la relación entre derecho y desarrollo, no adoptan una única metodología en sus estudios. Incluso si estos académicos parecen estar actualmente convergiendo de algún modo en un consenso alrededor de la idea de que “las instituciones importan”, queda todavía mucho trabajo por realizar en esta área para que esta perspectiva institucional se transforme en una efectiva y viable. Sin una respuesta a los tres problemas identificados arriba, uno se queda sin una respuesta en la búsqueda de una solución para terminar la pobreza global.

Hasta que esa respuesta sea encontrada, los académicos del Derecho y Desarrollo seguirán buscando, estando abiertos a cualquier cosa que pueda ser potencialmente útil para asegurar que cada individuo pueda elegir vivir la vida que tenga una razón para valorar.