

HACIA UN MARCO TEÓRICO DE LA SEGURIDAD CONTRACTUAL EN EL COMERCIO GLOBAL*

I. REGULACIÓN Y SOPORTE DEL COMPORTAMIENTO ECONÓMICO

Resulta obvio que la economía global sufre enormes problemas: divide al mundo en “ricos” que tienen todo (“*haves*”) y que dominan las cimas industriales, tecnológicas y financieras, y “pobres” (“*have nots*”) que nada tienen; explota al máximo los recursos naturales y se resiste a la regulación ambiental; viola los derechos humanos al desatender los problemas de salud, tanto en la producción como en el consumo. Preocupaciones similares se plantean en la actual crisis de los mercados financieros que se ha iniciado en agosto de 2007, cuando millones de inversionistas institucionales y particulares se han dado cuenta de los riesgos que implica confiar en los gerentes de sus bancos. El deficiente sistema formal de vigilancia del mercado financiero de los Estados Unidos ha tenido consecuencias desastrosas para la mayoría de las instituciones financieras a nivel mundial. Las condiciones excesivamente generosas de que han gozado las hipotecas en los Estados Unidos, así como las innovaciones financieras encaminadas a esconder estos riesgos, rápidamente se han traducido en el declive de las tasas de crecimiento en el mundo.

Si bien esta lista de pecados podría ampliarse fácilmente, la virtud igualmente obvia de la economía mundial es su dramáti-

* Versión editada y reducida del ensayo publicado con el título “Towards a Theoretical Framework for Contractual Certainty in Global Trade”, en Gessner (ed.) (2009a, 3-27).

co crecimiento en las décadas recientes.¹ Los negocios globales interaccionan de manera eficiente, a pesar de la heterogeneidad de las culturas sociales, económicas y jurídicas que, de acuerdo con supuestos difundidos, causa inseguridades e incertidumbres. La violación de los contratos puede ocurrir con más frecuencia y las relaciones de negocios pueden terminarse en más ocasiones en el comercio internacional que en el nacional. Pero la mayor parte de la gente de negocios que participa en la importación y exportación de bienes y servicios parece actuar en un entorno suficientemente predecible que permite aventurarse exitosamente en el mercado global.

Los debates actuales sobre el declive del Estado nacional, la importancia de las empresas multinacionales, el fenómeno de los códigos de conducta y la participación de las ONG en toda clase de regímenes regulatorios, se refieren todos a la cara (fea, según la gente de negocios) de la gobernanza regulatoria. A ésta se le reprocha ser irrelevante para el pleno empleo, dañina para la asignación de los recursos y el crecimiento, contraproducente en el mercado globalizado y negativa para la distribución del ingreso.² La desregulación, privatización y “minimización del Estado” son estrategias que se recomiendan, a la manera de recetas, a fin de reducir el papel excesivo del gobierno en la economía. Al mismo tiempo, un debate diferente surge en la literatura económica, así como en los informes de las instituciones financieras internacionales respecto de las responsabilidades públicas (estatales) en el soporte y aseguramiento de los intercambios económicos.³ Este estilo de gobierno, la función de coordinación (soporte) de las

¹ En términos globales, la tasa anual compuesta promedio de crecimiento entre 1913 y 1950 fue de menos de 1 por ciento. El siguiente periodo de 23 años atestiguó una fuerte expansión del comercio internacional, con una tasa de crecimiento anual compuesta que en promedio alcanzó 7.9 por ciento, la que después se redujo a 5.1 por ciento durante el periodo de 25 años que media entre 1973 y 1998 <<http://www.globalmarketbriefings.com>>.

² Shipman (1999).

³ Webb (1999), Shihata (1997).

instituciones tiene por objetivo crear certidumbre y confianza, así como reducir los costos de transacción.

Este cuadro aparentemente paradójico de diversidad cultural/institucional y eficiencia contractual de las transacciones transfronterizas de negocios se ha convertido en un interesante tema de investigación al que trataremos de hacer una contribución. La diversidad cultural e institucional ha conducido a un número incontable de iniciativas de actores estatales o privados para establecer regímenes jurídicos e informales hacia la responsabilidad social corporativa en el sistema económico global. Se trata de actividades que tratan de abordar los problemas sociales arriba mencionados, causados o agravados por la globalización de la economía. Cuando tienen éxito, limitan por un lado la libertad de hacer negocios, pero reducen también, por el otro, algunas de las incertidumbres en un mundo de múltiples reguladores. Todas las demás incertidumbres de los intercambios económicos, a pesar de las intervenciones regulatorias, continúan afectando a la gente de negocios y se consideran en buena medida parte de su modo de vida: las oportunidades de negocios, innovaciones, mercados, etcétera. Algunos estados nacionales (“desarrollados”) intervienen también en este reino “privado” de los negocios, tratando de facilitar el cumplimiento de los contratos. A través del derecho privado, el Estado ofrece un conjunto de normas y procesos de trasfondo que pueden ser usados por las partes privadas para hacer reclamaciones entre sí. El derecho internacional privado (que consiste en reglas internas que se ocupan principalmente del derecho aplicable, de la competencia de los tribunales, y el reconocimiento y ejecución de las sentencias en controversias civiles con los aspectos que cruzan las fronteras jurisdiccionales) y el derecho privado unificado (como la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías) tratan de extender este soporte para el cumplimiento de los contratos transfronterizos. El uso real de estos instrumentos “facilitadores” o “permissivos” varía entre las culturas jurídicas, entre industrias y estratos sociales, conduciendo a debates jurídicos sobre las mejores soluciones (que es des-

de los tiempos romanos la justificación de la doctrina jurídica) y las iniciativas jurídicas para difundir estas mejores soluciones en todo el mundo (lo que también tiene una larga tradición y es practicada actualmente por el Banco Mundial y muchas otras instituciones internacionales, estatales o privadas).

Más recientemente, los debates han ido más allá de los detalles de las mejores soluciones, al cuestionar la hipótesis subyacente de que, para ser exitosa (medida en tasas de crecimiento) y eficiente, una economía requiere este soporte jurídico. Muchos sociólogos (del derecho y de la economía), así como economistas, toman parte en estos debates, mientras que la ciencia jurídica y la economía neoclásica permanecen sin sentirse afectadas en sus fuertes posturas a favor o en contra de esta hipótesis. Tanto para los juristas académicos como para los que están en el ejercicio profesional, el derecho es constitutivo de la sociedad en general y de la economía en particular (*ubi societas, ibi ius*). Consecuentemente, el comercio mundial “necesita” un derecho comercial internacional.⁴ Por el contrario, la economía neoclásica supone que los actores económicos no tienen necesidad de orientación normativa al tomar decisiones racionales en los mercados. Sus preferencias son claras y consistentes, y estos actores son capaces de juzgar la probabilidad de los resultados futuros. La economía neoclásica, apoyada en el paradigma de la mano invisible, no requiere instituciones para lograr mercados eficientes.⁵ Ninguna de estas dos posiciones extremas explica la variación en el comportamiento económico dentro de las sociedades, y mucho menos en una comparación de las culturas económicas y en la economía mundial. Los sociólogos y los economistas que en la actualidad están estudiando el papel del derecho en la economía, con metodologías más analíticas y sobre todo empíricas, utilizan las ideas de Max Weber sobre el tema, de la economía neoinstitucionalista y la economía evolutiva, así como los estudios antropológicos sobre el papel de las relaciones interpersonales y las redes. Es-

⁴ Gopalan (2004), World Bank (2005).

⁵ Shipman (1999, 429); véase la crítica de North (2005, 13).

tas disciplinas confluyen en la investigación sobre las “variedades del capitalismo” y sobre “derecho y desarrollo económico” y han producido en la última década conocimiento de elevada relevancia tanto para la teoría como la práctica. Al estudiar el papel del derecho en la economía global (la cual puede caracterizarse como economía “en desarrollo”) parece una buena opción tomar este conocimiento como marco de referencia.

II. DEBATES ACTUALES SOBRE DERECHO Y DESARROLLO ECONÓMICO

En la mayoría de los sistemas sociales de producción e intercambio, la función de *coordinación (soporte)* de las instituciones ocupa una posición importante, mientras que los aspectos regulatorios desempeñan de hecho un papel menor. En algunos sectores de la ciencia económica y en la sociología es ya una noción común el que los intercambios económicos no están organizados solamente por los contratos, sino que están imbricados (*embedded*) en relaciones sociales y que, además, dependen en buena medida de la coordinación externa (gobernanza). En esta perspectiva, el derecho del Estado es una, pero no la única, de las estructuras de coordinación y, en este sentido, resultan relevantes los debates actuales sobre los modos público o privado de regulación.⁶ Algunos estados han establecido tales estructuras, o están en proceso de crearlas, y otros estados, ya sea de manera deliberada o por falta de recursos, se abstienen de construir estructuras para los intercambios de mercado. La sociología económica comparada⁷ ofrece numerosos ejemplos de las diferencias culturales en la organización de los mercados. En algunas culturas, las estructuras de soporte son establecidas predominantemente de modo horizontal, mientras que en otras lo son a través de modos verticales de coordinación. Los modos horizontales de coordinación son los mercados y las comunidades, los verticales son las em-

⁶ Grande/Pauly (2005).

⁷ Hollingsworth/Boyer (1997a).

presas y el Estado. Además —situadas entre los modos horizontales y los verticales— las redes y las asociaciones contribuyen al sistema de gobernanza. Los Estados regulatorios, los Estados desarrollistas dominantes, los Estados corporativos empresariales y los Estados corporativos incluyentes⁸ desarrollan sus modos distintivos de organizar el entorno institucional de la economía. La frecuente suposición de que estos modelos pueden ordenarse en escalas de eficiencia y racionalidad no encuentra apoyo en la investigación económica comparada. No parece existir una sola vía óptima hacia el crecimiento económico.⁹ Las “variedades del capitalismo”¹⁰ emergen adicionalmente en los sistemas globalizados de intercambio que desarrollan sus propias culturas y estructuras. Esto puede tener entonces repercusión en las economías de todos los estados nacionales que participan en los regímenes globales de comercio y la globalización puede conducir a nuevos arreglos institucionales.

La investigación sobre derecho y desarrollo económico utiliza enfoques complejos y comparados similares, a fin de entender cómo el comportamiento económico es coordinado en situaciones de incertidumbre. Más que en la sociología económica comparada, se pone mayor atención en el papel específico del derecho como estructura potencial de soporte para la economía. Su interés central gira en torno a la cuestión de si requieren matizarse las tesis de Max Weber, en el sentido de que el derecho “moderno”, caracterizado por la racionalidad formal legal, responde de modo particular a las demandas del capitalismo, y de si la relativa informalidad que con frecuencia se dice que caracteriza a las relaciones de negocios sugiere que las instituciones sociales pueden ofrecer al menos una parte sustancial del grado de estabilidad y predictibilidad que requiere el desarrollo capitalista. El cuadro idealizado que pinta Weber sobre el funcionamiento del derecho en Alemania, su “problema inglés” y, en la actualidad,

⁸ Hall/Soskice (2001).

⁹ Boyer/Hollingsworth (1997a).

¹⁰ Hollingsworth/Boyer (1997b).

las nociones estrechas de los promotores del Estado de derecho —sesgadas nuevamente por un cuadro idealizado de cómo el derecho funciona en los Estados Unidos— se encuentran nuevamente bajo escrutinio. La teoría económica contribuye también a este debate a través de la creciente influencia de la nueva economía institucional, la cual reintroduce en el cuadro las estructuras y procesos institucionales, incluyendo el derecho de manera explícita.

Nosotros distinguimos y desarrollamos cinco enfoques que contribuyen al debate sobre el papel del derecho en el desarrollo económico: (1) sociología clásica del derecho; (2) derecho y desarrollo; (3) sociología económica; (4) economía institucional; y (5) los discursos sobre el capital social.

1. Max Weber es la referencia clásica para el argumento de que el derecho racional formal, una burocracia políticamente independiente y una judicatura predecible constituyen prerrequisitos para una economía moderna organizada a través de mercados anónimos.¹¹ Un sistema jurídico racional legal debe ser autónomo de otras estructuras sociales; estar compuesto de normas observables de manera sistemática y reglas que sean interpretadas sistemáticamente. Tales normas y reglas deben ser aplicadas por principio de modo consistente, a fin de producir un sistema de derecho formal, racional, predecible y sistemático que sea autónomo de consideraciones políticas o religiosas imperantes. La actual discusión apunta en direcciones un tanto diferentes: no sólo se ve al propio Max Weber como más abierto hacia el soporte institucional, informal y discrecional, para la economía,¹² pero su premisa sobre la calculabilidad y predictibilidad se considera menos relevante para el desarrollo económico.¹³ A semejanza de Peerenboom,¹⁴ la mayoría de los participantes

¹¹ Trubek (1972).

¹² Treiber (1989b), Gessner (2007), Dorbeck-Jung (2009).

¹³ Heydebrand (2007), Scheurman (1999), Teubner (1997a), Dorbeck-Jung (2009).

¹⁴ Peerenboom (2002).

en la reformulación de los enfoques weberianos, en lugar de insistir exclusivamente en el soporte por el Estado y la legislación, buscan la “adecuada combinación del ordenamiento privado y público”. Estas nuevas perspectivas no intentan demostrar que Weber estaba equivocado, sino que simplemente toman en cuenta los dramáticos cambios que han ocurrido en todas las sociedades, desarrolladas o en desarrollo, y sus economías.

2. “Derecho y desarrollo”¹⁵ —originalmente un movimiento académico que más tarde se transformó en un programa masivo de ayuda de las instituciones financieras internacionales— dio inicialmente prioridad al papel del Estado en la economía y al desarrollo de los mercados internos. La perspectiva sobre el derecho como instrumento de la intervención y la regulación efectivas por el Estado se desplazó en los noventa hacia un enfoque más interesado en la seguridad jurídica y en las estructuras jurídicas que facilitan los intercambios de mercado. Trubek¹⁶ —quien ha sido y sigue siendo uno de los más prominentes activistas del movimiento— describe críticamente estas dos fases consecutivas como ineficientes e incluso contraproducentes, debido a su aplicación de un concepto occidental idealizado del Estado de derecho, una fuerte convicción sobre modelos institucionales universales para los intercambios de mercado y la posibilidad de los trasplantes jurídicos impuestos desde arriba. Trubek percibe y defiende actualmente una tercera fase, que considera el contexto y las instituciones locales, evita el enfoque “unitalla” e incorpora una agenda social en las recomendaciones de política. El desarrollo económico exige la protección de los derechos humanos, además de un sistema efectivo de propiedad, contratos, trabajo, quiebras, códigos comerciales, leyes sobre derechos personales y otros elementos de un sistema jurídico comprehensivo que es administrado de manera eficaz, imparcial y limpia, por un sistema jurídico y judicial operativo, imparcial y honesto. El papel del or-

¹⁵ Trubek/Galanter (1974), Gardner (1981), Carty (1992), Cao (1997), Larson-Rabin (2007).

¹⁶ Trubek (2006).

denamiento privado en la tercera fase no se hace explícito, pero no parece ser considerado particularmente relevante. “Derecho y desarrollo” es —al menos predominantemente— una agenda jurídica con recomendaciones para los tomadores de decisiones de política pública y las instituciones internacionales de ayuda al desarrollo.

3. La sociología económica tiene como principal fuente intelectual a Karl Marx, Max Weber y Karl Polanyi, quienes examinaron los elementos jurídicos en las estructuras económicas, pero durante algunas décadas se perdió el interés en el derecho como elemento constitutivo de los fenómenos económicos en la sociedad moderna.¹⁷ El principal campo de investigación era las organizaciones, empresas, asociaciones, redes, relaciones económicas personalizadas y las normas y reglas informales. Al contrario de la economía clásica y su modelo ficticio del *homo economicus* racional y bien informado, los sociólogos de la economía enfatizaron que el comportamiento económico se encuentra imbricado (*embedded*) en estructuras sociales, patrones culturales y relaciones estrechas. Este enfoque en el ordenamiento privado sólo ha sido amalgamado recientemente con los enfoques de la sociología económica¹⁸ y la sociología del derecho,¹⁹ junto con las investigaciones sobre las variedades del capitalismo,²⁰ y esta últimas cubren las tres disciplinas adecuadamente. El sociólogo de la economía Neil Fligstein²¹ ha sido quien ha mostrado de manera más explícita su interés en el derecho y en las estructuras de la gobernanza pública, más que en las privadas, al afirmar abiertamente que sin el derecho, los estados y la capacidad de encontrar métodos jurídicos no depredatorios de competir, las empresas no pueden existir.

¹⁷ Swedberg (2003).

¹⁸ Zafirovski (2000), Nee (2005).

¹⁹ Swedberg (2003).

²⁰ Hollingsworth/Boyer (1997a).

²¹ Fligstein (2002).

4. La economía institucional se encuentra entre los enfoques que poseen una visión bastante equilibrada sobre las estructuras formales e informales de la gobernanza. Douglass North²² explica al desempeño económico como variable dependiente de la eficiencia de las instituciones. Si la medición de la calidad de lo que es producido o intercambiado, el análisis y comparación del precio, el cumplimiento de los contratos, etcétera, causan costos de transacción, los actores económicos pueden contar, y en realidad cuentan generalmente, con el soporte de las instituciones que reducen los costos en las situaciones de elección. North sostiene que la racionalidad, en el sentido en el que los economistas se refieren a ella, funciona mejor cuando las opciones de los jugadores están más limitadas. Como señala el propio North:²³ “Los mercados tienen que estar estructurados”. Mientras que las reglas privadas informales estructuran a los grandes sectores de la economía, estas instituciones tienden a ser instituciones jurídicas en mercados impersonales. Esta visión equilibrada se pierden un poco en la bibliografía, en la que los seguidores de North tienden a poner atención en las instituciones formales²⁴ y también se pierde en el curso de la investigación comisionada por los tomadores de decisiones y las instituciones internacionales del desarrollo. Por definición, el ordenamiento privado y las reglas privadas no son susceptibles de “ingeniería”; no pueden ser creadas, impuestas o legisladas. Esta es la razón por la que la economía institucional parece estar sesgada a favor de las instituciones jurídicas. La economía institucional también tiene la reputación de ser neoliberal, porque en el contexto de las políticas es utilizada con más frecuencia para crear oportunidad para las empresas (derecho facilitador) que para establecer restricciones a los negocios (derecho regulador).

5. Si bien son similares y se traslapan con los discursos sobre las instituciones informales en la economía institucional, los enfo-

²² North (1990).

²³ North (1999).

²⁴ Véase un examen crítico en Knowles (2005), Evans (1995).

ques del capital social tienen su propia tradición de investigación a través de las disciplinas académicas.²⁵ Se ha observado que niveles más elevados de capital social —definido como el grado de confianza, normas cooperativas y membresías asociativas o redes en una sociedad— influyen en el desempeño económico, ya sea que lo mejoren al incrementar el número de transacciones mutuamente benéficas, al solucionar problemas de acción colectiva, al reducir los costos de monitoreo y transacción, y al mejorar los flujos de información,²⁶ o, por el contrario, al impedir que el mercado funcione bien. Pueden resultar ruinosos no sólo para la sociedad en general (por ejemplo, comunidades mafiosas), sino también para los miembros de asociaciones cooperativas y redes impersonales. Como lo señala Dasgupta, si bien las redes y los mercados con frecuencia se complementan, “no hay nada bueno ni malo en las redes interpersonales: *ceteribus paribus*, es el *uso* que sus miembros dan a una red lo que determina su calidad”.²⁷ A fin de evaluar estos usos, se ha llevado a cabo un buen número de estudios, en particular bajo el paraguas del Banco Mundial (que ofrece su propio sitio Web sobre capital social). El capital social se ubica en algún punto entre el individuo y el Estado; este último crea un marco positivo o negativo para su organización e influencia en el intercambio económico. Los estados efectivos crean entornos gobernados por reglas que fortalecen las organizaciones e instituciones locales; los inefectivos pueden causar la atomización de la sociedad, al no dejar espacio para la autoorganización de base. Los más relevantes son los discursos sobre la cooperación sinérgica entre las instituciones públicas y privadas,²⁸ en la que, los organismos estatales, más que limitar las iniciativas locales, forman densas redes de lazos que conectan al Estado con el capital social, asegurando que la *embeddedness* no degenera en clientelismo, corrupción y rentismo. El capital social se considera, par-

²⁵ Bourdieu (1986), Coleman (1988), Putnam *et al.* (1994), Lin (2001). Véase un panorama en Woolcock (1998).

²⁶ Knowles (2005).

²⁷ Dasgupta (2005, 12).

²⁸ Evans (1997).

ticularmente en las comunidades del Tercer Mundo, un recurso disponible, al menos de manera latente, para el desarrollo económico. Los vínculos entre el Estado y las redes sociales parecen haber desempeñado un rol central en la transformación de las economías de Asia oriental, pasando de una economía agraria de baja productividad a una de las regiones industriales con más rápido crecimiento en el mundo.

6. Existe una rica bibliografía *empírica* producida en todos los discursos arriba examinados, o a la que éstos hacen referencia. Para mencionar solamente algunos ejemplos, los estudios sobre la coordinación a través de la confianza²⁹ han llevado a importantes discursos teóricos sobre la contratación relacional.³⁰ Igualmente importante es la investigación empírica sobre las redes como sustituto del soporte institucional impersonal por un tercero que garantiza el cumplimiento de los contratos y la propiedad privada. Los estudios sobre el papel del derecho en el desarrollo económico se han llevado a cabo en Asia, África, así como en Europa occidental y oriental. Feenstra y otros se ocupan de los grupos empresariales taiwaneses y sudcoreanos;³¹ Fafchamps, de las redes étnicas y las instituciones de mercado indígenas en el África subsahariana;³² Kali, de las redes de negocios en Europa del Este;³³ Aoki y Patrick,³⁴ del sistema de banco principal de Japón;³⁵ Milhaupt, de manera más general de la gobernanza corporativa en Japón;³⁶ Kirman, del mercado del pescado en Marsella;³⁷ Padgett, del sistema bancario florentino durante el Renacimiento;³⁸

²⁹ Macaulay (1963), Burt (2001), McMillan/Woodruff (1999).

³⁰ Por ejemplo, Williamson (1985).

³¹ Feenstra *et al.* (2001).

³² Fafchamps (2004).

³³ Kali (2001).

³⁴ Aoki/Patrick (1994).

³⁵ Véase una discusión crítica en Miwa/Ramseyer (2002) y Milhaupt (2002).

³⁶ Milhaupt (2001).

³⁷ Kirman (2001).

³⁸ Padgett (2001).

Greif, de los comerciantes mediterráneos del siglo XI, conocidos como los magrebíes,³⁹ y nuevamente Greif, del comercio medieval.⁴⁰ Finalmente, la compensación de un sistema judicial débil por instituciones de resolución endógena de controversias ha sido estudiada por Gessner en México,⁴¹ y por Hendrix⁴² y Hendley⁴³ en Rusia. Dixit hace uso de estos y otros datos empíricos similares para el estudio del derecho y la economía y para su teoría de las consecuencias conductuales de la ausencia de derecho.⁴⁴

Recientemente Trebilcock y Leng han hecho un esfuerzo sumamente útil para resumir el conocimiento empírico respecto de si la existencia de un régimen formal de derecho y ejecución de los contratos contribuye de manera significativa al crecimiento económico.⁴⁵ Su conclusión es que la evidencia empírica existente sobre la correlación entre el crecimiento económico de un país y la ejecución jurídica sugiere que tal correlación es fuerte solamente en el sector financiero. Resulta entonces que tanto los proponentes del formalismo como los del informalismo contractual ofrecen cuerpos de teoría y evidencia empírica en apoyo de su perspectiva, pero que ambos corren el riesgo de exagerar, o al menos de sobresimplificar, sus afirmaciones. Al evaluar la bibliografía desde el punto de vista del desarrollo, estos autores concluyen que “en niveles bajos de desarrollo económico, los mecanismos informales de cumplimiento de los contratos pueden funcionar como sustitutos razonablemente buenos de los mecanismos formales. Pero a niveles más elevados de desarrollo, la ejecución contractual informal puede hacerse cada vez más imperfecta como sustituto, debido a la presencia de inversiones grandes, de largo plazo, y con activos muy específico, así como a la prevalencia de

³⁹ Greif (1993).

⁴⁰ Greif (2006).

⁴¹ Gessner (1976; 1984).

⁴² Hendrix (1997).

⁴³ Hendley (2001).

⁴⁴ Dixit (2004).

⁴⁵ Trebilcock/Leng (2006).

un comercio crecientemente complejo de bienes y servicios que ocurren con frecuencia fuera de las relaciones de intercambios repetidos”.⁴⁶

Aun estos cautos intentos de generalizar a partir de la investigación empírica se ven cuestionados por las historias exitosas de las economías de Asia oriental. Japón, Corea del Sur, Taiwán y, en particular, China, con tasas de crecimiento económico desconocidas en los países industrializados occidentales en la segunda mitad del siglo XX.

no han puesto a la judicatura ni a los abogados que resuelven problemas en el centro del proceso de la gobernanza; no han logrado servir como foros convenientes para el litigio privado encaminado a hacer cumplir los derechos de propiedad y de los contratos; no se han ocupado de proteger a los accionistas minoritarios; no han tomado muy en serio los derechos de propiedad intelectual, el derecho de la competencia o el derecho concursal, y han omitido juridificar las relaciones entre el Estado y el sector privado a través del derecho constitucional y administrativo.⁴⁷

La mayoría de los expertos sobre el derecho asiático está de acuerdo en que el “milagro asiático” se ha logrado en buena medida sin soporte jurídico en los niveles del derecho privado, administrativo o constitucional. Las explicaciones se han buscado en las particularidades del sistema político,⁴⁸ en la ausencia del conflicto social debido a la homogeneidad de la población,⁴⁹ en los enfoques sobre racionalidad sustantiva que conducen a elecciones y compromisos razonables,⁵⁰ en preferencias culturales a favor de las relaciones extrajurídicas.⁵¹

⁴⁶ Trebilcock/Leng (2006, 1519).

⁴⁷ Ohnesorge (2007, 290).

⁴⁸ Trebilcock/Leng (2006), sobre China.

⁴⁹ Trebilcock/Leng (2006), sobre Japón.

⁵⁰ Ohnesorge (2007).

⁵¹ Upham (1987).

De acuerdo con Ohnesorge⁵² y Mayeda,⁵³ las economías del Este asiático no deben ser tratadas como casos excepcionales. Por el contrario, deben ser vistas como alternativas al modernismo occidental y abrir nuestros ojos a diferentes sistemas normativos que promueven y coordinan los sistemas sociales de producción e intercambio siguiendo trayectorias alternativas. En la medida en que no puedan acomodar la experiencia del noreste asiático, las teorías jurídicas, sociológicas o económicas sobre el papel del derecho en la economía serán consideradas inadecuadas. El cuidadoso examen de Ohnesorge del conocimiento actual sobre el derecho y el desarrollo económico conduce a la conclusión de que no existe ninguna teoría general que exija o que rechace al derecho como institución constitutiva para el funcionamiento de la economía. El “problema inglés” de Max Weber es hoy el “enigma de China”.

Una cuestión que no es ampliamente abordada en la bibliografía sobre el cumplimiento de los contratos y el desarrollo económico es el papel del derecho, de la coordinación de negocios y la ejecución contractual en el comercio internacional contemporáneo. Puesto que el comercio internacional posee una infraestructura jurídica igualmente débil, así como tasas de crecimiento similares a las de las economías del Este asiático, este fenómeno del “milagro del comercio mundial” merece igual atención y debe ser considerado un desafío teórico similar al que plantea el enigma de China.

III. INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS MERCADOS Y SEGURIDAD CONTRACTUAL

El propósito de nuestra actual investigación es continuar desarrollando este ejercicio interdisciplinario, (1) agregando alguna evidencia empírica adicional a los debates actuales respecto a las

⁵² Ohnesorge (2007).

⁵³ Mayeda (2006).

estructuras facilitadoras para el comercio *internacional*, y (2) revisando y discutiendo críticamente algunas de las propuestas en la bibliografía que contienen hipótesis interesantes sobre los efectos de la *internacionalización* de los mercados en las instituciones de coordinación. Si bien la bibliografía que hemos examinado más arriba es una rica fuente para la teoría y las prácticas empíricas, sus enfoques y observaciones no pueden generalizarse fácilmente hacia el campo internacional, porque los actores y el contexto social difieren en varias formas importantes. En la economía internacional no hay un “Estado desarrollista” como las economías nacionales asiáticas y escasas interferencias por las instituciones financieras internacionales. Los actores económicos tienden a ser fuertes y a tener experiencia. La ausencia de derecho no siempre es compensada por las normas sociales existentes, y la cultura es menos relevante para impedir, o para dar soporte, a las instituciones de mercado eficientes. Estas y otras diferencias entre el contexto nacional y el global tendrá que examinarse en los estudios empíricos sobre el comercio internacional.

La orientación teórica para los estudios sobre la internacionalización de los mercados es escasa. Desde la sociología económica, Whitley apunta hacia las instituciones globales emergentes para la ejecución de los contratos.⁵⁴ Teubner, como prominente representante de la teoría de sistemas, toma el derecho comercial y los procesos del arbitraje comercial internacional como ejemplos de cómo los sistemas funcionales globales están generando un “derecho global sin Estado”,⁵⁵ y Hadfield sostiene, desde una perspectiva económica, que a fin de lograr la eficiencia del mercado, el derecho comercial y corporativo tiene que ser privatizado.⁵⁶ Se defiende la competencia de diversos regímenes jurídicos privados como la mejor solución. En la dirección opuesta van los proponentes del derecho comercial,⁵⁷ quienes recomiendan

⁵⁴ Whitley (2003a).

⁵⁵ Teubner (1997b).

⁵⁶ Hadfield (2001; 2002).

⁵⁷ Berger (2001a).

que los tribunales estatales reconozcan las normas comerciales autónomas. Nuestra pregunta de investigación de si el derecho explica el “milagro del comercio mundial” sólo es abordada de manera marginal por estos debates teóricos. No hay mucho que informar cuando uno busca investigación empírica sobre la coordinación de los intercambios de negocios en los mercados mundiales. Dezalay y Garth ofrecen información útil sobre la labor de los árbitros internacionales y su resistencia a crear una *lex mercatoria* autónoma.⁵⁸ Trebilcock y Leng,⁵⁹ en su evaluación de los estudios empíricos —después de quejarse de que los estudiosos de la nueva economía institucional han prestado insuficiente atención a la investigación del impacto de los mecanismos de ejecución de los contratos que ha traído consigo la expansión del comercio mundial y la creciente tendencia hacia la globalización económica— mencionan algunos estudios sobre las redes comerciales internacionales y el creciente uso del trueque tanto en el comercio internacional como en las economías en transición, lo cual los autores consideran una respuesta institucional óptima a los problemas del cumplimiento contractual en ambos contextos. Berkowitz, Moenius y Pistor presentan evidencia de que las instituciones jurídicas internas de un país tienen un fuerte poder explicativo respecto de su integración en los mercados internacionales.⁶⁰ Los países que ocupan lugares más altos en las escalas del Estado de derecho experimentan flujos comerciales internacionales más grandes.

Varias de las contribuciones empíricas derivan de la Unidad de Investigación Colaborativa “Transformación del Estado” en la Universidad de Bremen, Alemania.⁶¹ La función de soporte de los tribunales internos (Alemania, Italia y los Estados Unidos) para los intercambios transfronterizos fue el objeto de nuestra

⁵⁸ Dezalay/Garth (1996).

⁵⁹ Trebilcock/Leng (2006, 1541).

⁶⁰ Berkowitz/Moenius/Pistor (2004).

⁶¹ <<http://www.sfb597.uni-bremen.de?SPRACHE=en>>.

curiosidad inicial,⁶² seguida de una investigación empírica sobre el cobro transfronterizo de créditos, las demandas de alimentos transfronterizas, las reclamaciones de seguridad social de los trabajadores migratorios europeos, las controversias internacionales en el mercado de reaseguros de Londres, las transferencias monetarias transfronterizas en el sector bancario europeo y el soporte ofrecido por los consulados y cámaras de comercio (alemanes) en el extranjero.⁶³ La tercera publicación en la serie⁶⁴ ofrece —además de los debates más teóricos— atisbos empíricos sobre los despachos internacionales de abogados, las redes de negocios chinas (*guanxi*) y el arbitraje internacional. La tesis doctoral más reciente que ha derivado del proyecto “Transformación del Estado” en la Universidad de Bremen ofrece un cuadro equilibrado del papel del derecho contractual en los intercambios internacionales de negocios.⁶⁵

El libro sobre *Contractual Certainty in International Trade* (Seguridad Contractual en el Comercio Internacional)⁶⁶ aporta investigación sobre la coordinación de los negocios internacionales en la industria del diamante, en el comercio de la madera, en la industria del *software*, la que está cargo de los despachos internacionales de abogados, medianos y grandes, así como de los despachos de contadores.

Una evaluación cuidadosa de este conocimiento empírico emergente es útil a fin de llegar a una mejor comprensión del derecho global y de las instituciones no jurídicas globales en las variedades mundiales del capitalismo.⁶⁷ Dicha evaluación contribuye a evitar el uso selectivo de los datos para adecuarse a los propósitos del autor, una falacia particularmente evidente

⁶² Gessner (1996a).

⁶³ Gessner/Budak (1998). Durante esta fase del proyecto fueron redactadas varias tesis doctorales con valiosos datos empíricos por Budak (1999), Grotheer (1998), Stammel (1998) y Vial (1999).

⁶⁴ Appelbaum/Felstiner/Gessner (2001).

⁶⁵ Sosa (2007).

⁶⁶ Gessner (2009a).

⁶⁷ Gessner (2007).

en los discursos sobre la globalización del derecho. Resulta fascinante especular sobre la “sociedad mundial” o sobre el “derecho global”, pero esto hay que complementarlo con investigación empírica, asentada en tierra y, en general, menos espectacular, en las áreas afectadas por la globalización, particularmente en la economía. Una comprensión compleja de las instituciones de coordinación de las economías modernas permite la construcción de teorías sobre los cambios actuales o futuros en la coordinación de los mercados causados por los procesos de globalización.⁶⁸

Como los intercambios internos estudiados por los autores de la investigación en derecho y desarrollo económico, los intercambios globales se caracterizan por una mezcla de experiencias positivas y negativas con las estructuras de soporte institucionales. La construcción teórica refleja este cuadro controvertido y, dado el estado actual del conocimiento, apenas puede considerarse en exceso ambicioso. Las variedades del capitalismo nos impiden formular una teoría universal.

⁶⁸ El derecho comparado, la teoría y la historia del derecho también se ocupan, desde sus perspectivas, de nuestro tópico (Michaels/Jansen, 2006; Jansen/Michaels 2007) y participan en seminarios con títulos similares (“Beyond the State? Rethinking Private Law”, Hamburgo, 12-13 de julio de 2007). A pesar de ser complementarios, estos discursos jurídicos deberían desarrollarse aparte de los enfoques de las ciencias sociales en las fases iniciales de la reflexión.