

LA JURIDIFICACIÓN Y LAS VARIEDADES DEL CAPITALISMO*

I. INTRODUCCIÓN

Como secuela de la crisis asiática de 1997, la atención se ha desplazado de los supuestos beneficios de los arreglos institucionales del este asiático a sus costos. Las recientes crisis financieras asiáticas “destrozaron la credibilidad de un modelo de crecimiento económico, supuestamente distintivo de Asia del Este, o japonés, basado en la cooperación entre los conglomerados —*keiretsu* del Japón, *chaebol* de Corea del Sur, *konglomerat* de Indonesia— y astutos funcionarios de gobierno”.¹ La discrecionalidad administrativa, que con frecuencia se convierte en guía administrativa y que anteriormente constituía el núcleo del modelo asiático del Estado desarrollista,² ha quedado desacreditada. El Estado asiático oriental es visto ahora como un Estado capturado, corrupto y opaco. Un cambio similar se ha observado en las relaciones comerciales. Tradicionalmente, el papel de los contratos escritos en la gobernanza de una relación era muy diferente ahí en comparación con occidente. En un breve periodo, las prácticas comerciales modernas, particularmente en las transacciones internacionales, han tendido a asemejarse a las prácticas occidentales.³ Las relaciones del tipo del *guanxi* chino se consideran ahora inapropiadas para los intercambios de mercado.

* Este ensayo apareció con el título “Legalization and the Varieties of Capitalism” en Antons / Gessner (eds.) (2007, 28-52).

¹ Emmerson (1998).

² Ginsburg (2001, 585-586).

³ McConnaughay (2001).

Este rápido cambio de opinión nos deja un tanto incómodos. ¿Debemos renunciar a las hipótesis teóricas tanto pronto aparecen signos de ineficiencia económica en los discursos públicos? Al menos para los sociólogos del derecho, los Estados desarrollistas asiáticos y los estilos asiáticos de intercambio económico, han representado y representan un desafío constante a las teorías en el marco del debate sobre derecho y desarrollo. La evidencia asiática parecía causar preocupaciones sobre la corrección de la teoría de la modernización y, en particular, sobre las hipótesis de Max Weber respecto del estrecho vínculo entre la racionalización del derecho y el ascenso del capitalismo. Este ensayo examinará estas preocupaciones y dará apoyo a aquellas posturas que toman a Asia como evidencia empírica de las llamadas “variedades del capitalismo”.

II. LA JURIDIFICACIÓN EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN

La diferencia entre el Estado de derecho (*rule of law*) y la juridificación es una cuestión de grado, siendo esta última un intento para reducir la regulación autónoma y juridificar tan ampliamente como sea posible las actividades públicas y privadas. Las últimas dos décadas se caracterizan por un fuerte movimiento hacia la juridificación. En la esfera nacional, se dice que algunos países, como los postcomunistas, carecen en general de un Estado de derecho, mientras que se piensa que otros, como los latinoamericanos, tienen un sistema judicial débil. En el ámbito internacional, las reglas jurídicas son desarrolladas para las áreas de política pública como el comercio, el ambiente, el trabajo, el lavado de dinero, el derecho de autor, así como la ejecución de los contratos.⁴ De acuerdo con Bonell,⁵ incontables convenciones internacionales, leyes uniformes, códigos y reglas de conducta intentan regular los aspectos más variados de los tratos globales a

⁴ Wiener (1999).

⁵ Bonell (1990).

través de normas uniformes. En el campo del derecho comercial, el primer objetivo es la predecibilidad y la estabilidad de las relaciones comerciales internacionales a través del establecimiento de normas universales y la reducción de los riesgos jurídicos del comercio global. Por tanto, los esfuerzos de unificación se han concentrado en el derecho contractual y en la resolución de controversias contractuales. Las estrategias de desarrollo enfatizan la seguridad jurídica como un prerrequisito de la economía de mercado. En palabras de uno de los vicepresidentes del Banco Mundial:

Tan pronto empezaron a moverse en masa hacia las economías de mercado, los países en desarrollo y en transición adoptaron estrategias para alentar la inversión privada local y extranjera. Existe amplia evidencia de que el establecimiento del Estado de derecho atrae la inversión privada, en la medida de que crea un clima de estabilidad y predecibilidad, en el que los riesgos de los negocios pueden ser evaluados racionalmente, los derechos de propiedad son protegidos y las obligaciones contractuales se cumplen. De modo más general, la experiencia sustenta la proposición de que el Estado de derecho se necesita para dar credibilidad a los compromisos de parte de los gobiernos, así como confiabilidad y cumplimiento a las reglas aplicables. Por su parte, ello conlleva menores costos de transacción, mayor acceso al capital y el mantenimiento de campos de juego parejos. Como resultado de esta experiencia, los estudios recientes sobre el desarrollo económico han puesto mayor énfasis en la economía institucional, principalmente en cuanto a la preservación de la calidad de las instituciones a través del establecimiento y conservación de un marco jurídico apropiado y funcional.⁶

El Banco Mundial ofrece créditos para financiar proyectos de reforma jurídica y judicial, y ha otorgado fondos para los estudios iniciales que se requieren para este propósito. Igualmente activas han estado USAID (Agencia de los Estados Unidos para el Desa-

⁶ Shihata (1997).

rrollo Internacional) y la Comisión de la Unión Europea, través de los programas PHARE y TEMPUS, dirigidos a los estados de Europa central y oriental, así como a los gobiernos nacionales. La mayoría de las facultades de derecho de los países occidentales tienen algunos miembros o inclusive departamentos enteros activos en la promoción del Estado de derecho en los países en desarrollo, en los países en transición de las economía planificada a la economía de mercado, o en la arena global, en la que los intercambios transfronterizos carecen de calculabilidad y certidumbre.

Se acusa a estas actividades de ingenuidad, de reflejar actitudes imperialistas o simplemente de servir al interés propio de los abogados y académicos participantes. Pero también pueden ser discutidas en un nivel más teórico, enfocando las hipótesis que subyacen a la vasta bibliografía, los programas y los proyectos respectivos. Un enfoque señala que los procesos de modernización conducen de manera natural a estructuras jurídicas similares a las observadas en las sociedades occidentales y también que el surgimiento de las estructuras globales seguirá el mismo modelo. Otra teoría prominente a la que se hace frecuente referencia como justificación de la juridificación es la economía institucional, en la que las reglas y las instituciones son consideradas como mecanismos para evitar efectivamente los costos de transacción. Una tercera teoría, también aducida frecuentemente como justificación, es el proceso de racionalización jurídica propuesto por Max Weber, el cual lleva de las formas irracionales tradicionales a las formas formales, burocráticas de dominación legal. Este ensayo intentará, en primer término (III, *infra*), desarrollar argumentos en el sentido de que estas teorías no necesariamente dan apoyo a los programas de exportación del modelo europeo de derecho a otros entornos sociales. En segundo lugar (IV, *infra*), apuntará hacia algunas observaciones empíricas de cómo las interacciones sociales, y las transacciones económicas en particular, pueden ser aseguradas por medios racionales, pero sin acudir al derecho racional formal. Lo que no podemos dar por descontado

es que la racionalización jurídica sea nuestro “destino” (Weber) ni que las reglas e instituciones informales estén necesariamente caducas. Las nuevas situaciones sociales fuera del ámbito del Estado nacional occidental pueden exigir una reevaluación de las hipótesis teóricas establecidas.

En la actualidad, dos posturas intermedias entre la promoción del modelo europeo de derecho y el reconocimiento de formas más desordenadas de regulación autónoma son discutidas e implementadas por el nuevo movimiento de derecho y desarrollo, así como por las actividades relativas al derecho y la globalización. Una postura reconoce las diferencias estructurales y defiende un enfoque cauteloso respecto de la creación de derecho formal en un contexto no occidental o global.⁷ Otra postura distingue entre el derecho bueno que protege los derechos de propiedad, y el derecho malo, que regula el mercado.⁸ Estas posturas intermedias tienen mucho sentido y ejercen gran influencia en la elaboración de las políticas de las organizaciones internacionales. Desde un punto de vista académico, constituye un desafío más grande discutir primero algunas hipótesis teóricas básicas y buscar la evidencia empírica. Por supuesto, las posturas intermedias pueden derivarse de tal ejercicio.

Este ensayo no se ocupará de otro debate que gira en torno de la viabilidad o imposibilidad de las exportaciones de derecho hacia otra cultura jurídica. Alan Watson, historiador del derecho, señala que el derecho siempre ha sido fácilmente transferido de una cultura jurídica a otra y que nunca ha sido rechazado por razones culturales.⁹ Muchos comparatistas están de acuerdo, pero los sociólogos del derecho tienden a estar fuertemente en desacuerdo. La afirmación de Friedman,¹⁰ en el sentido de que la postura de Watson es ridícula, debería poner fin al debate. El derecho debe ser observado en su contexto social y no puede ser

⁷ Véase, por ejemplo, Seidman/Seidman (1996).

⁸ Véase, por ejemplo, De Soto (1986).

⁹ Watson (1985).

¹⁰ Friedman (2001). Véase también Cotterrell (2001).

tratado como un instrumento técnico para un pequeño grupo de abogados en una sociedad que “recibe” un código extranjero, una institución jurídica extranjera, un principio jurídico extranjero. Una transformación o un cambio jurídicos deben ser observados en el nivel de la acción, la práctica jurídica, si es que han de tener alguna relevancia sociológica.

III. ANÁLISIS TEÓRICOS DEL MODELO EUROPEO DE REGULACIÓN JURÍDICA

1. *Ideas centrales de las teorías de la juridificación*

El concepto de “modernidad” ha surgido a partir de varias dicotomías, como las de homogeneidad contra diferenciación (Herbert Spencer), solidaridad mecánica contra solidaridad orgánica (Émile Durkheim), comunidad contra sociedad (Ferdinand Tönnies), *estatus* contra contrato (Henry S. Maine). Las estructuras normativas varían desde los tipos de regulación religiosa a la secular, y de la particularista a la universalista (Talcott Parsons). Las culturas jurídicas modernas —de acuerdo con Friedman—¹¹ se pueden caracterizar por la continua adaptación del derecho a las cambiantes condiciones sociales (rechazo de la idea de que el derecho es “natural”), por una amplia cobertura de la mayoría de los sectores de la sociedad por el derecho, por la legitimación instrumental del derecho (solamente es legítimo el derecho que sirve para lograr algún propósito aceptable), por la institucionalización del control constitucional y político de los organismos reguladores, y por su foco en el individuo (y no en algún colectivo como “el pueblo”, la “clase trabajadora”, etcétera). Debido a la globalización de la economía, a la tecnología moderna, la comunicación moderna, la urbanización y la diferenciación de la sociedad, las culturas jurídicas del mundo tienden a modernizarse y a converger. De ahí se deduce que las culturas jurídicas que “to-

¹¹ Friedman (1994).

davía no” han sido modernizadas se encuentran en una desventaja comparativa: son internamente ilegítimas, incapaces de competir en la economía mundial, al tiempo que contribuyen poco al desarrollo de las estructuras de regulación global (cooperación internacional). Si bien es considerada como una tendencia histórica, la modernización también puede ser acelerada por la educación jurídica y el apoyo a las medidas legislativas y la reforma judicial. “Derecho y desarrollo” fue un fuerte movimiento en los años sesenta y se hizo todavía más poderoso después de la caída del Muro de Berlín. Las culturas jurídicas nacionales en todo el mundo se encuentran actualmente en el proceso de modernización y juridificación. Los teóricos de la modernización observan también el surgimiento de una cultura jurídica transnacional,¹² basada en el modelo de las experiencias históricas del Estado nacional.

En los actuales debates económicos, la economía institucional sostiene la idea de la juridificación. Esto se remonta al análisis de los costos de transacción. En su crítica del pensamiento económico clásico, en su famoso artículo sobre el problema del costo social,¹³ Ronald Coase siguió la tradición hobbesiana de que en una sociedad sin soberano todo sería un caos. Coase supuso que los gobiernos tienen el monopolio en la creación de reglas. Otra de las obras clásicas en “derecho y economía” y en “derecho y costos de transacción”¹⁴ considera al Estado como única fuente del orden social. El análisis de costos de transacción ha sido desarrollado aún más por Douglass North,¹⁵ quien explica el desempeño económico como variable dependiente de las instituciones eficientes. “Los costos de transacción son sólo dos cosas: (1) los costos de medición de las dimensiones de cualquier cosa que sea producida o intercambiada, y (2) los costos de cumplimiento”.¹⁶

¹² Friedman (1996).

¹³ Coase (1960).

¹⁴ Calabresi/Melamed (1972).

¹⁵ North (1990).

¹⁶ North (1999).

Si la medición de la calidad, el análisis y la comparación de los precios, la ejecución de los contratos, etcétera, son la causa de los costos de transacción, los actores económicos pueden ser beneficiados, y en la realidad lo son la mayoría de las veces, por el soporte que les dan las instituciones, las cuales reducen la inversión necesaria en las situaciones de elección. North postula que la racionalidad, en el sentido en el que hablan de ella los economistas, funciona mejor cuando las opciones de los jugadores están más limitadas. Por tanto, los mercados tienen que estar estructurados por reglas e instituciones. En su estudio empírico, Wallis y North observaron que, en un periodo de cien años, en los Estados Unidos aumentaron los gastos públicos en la elaboración de reglas y en la construcción de instituciones.¹⁷ Sin embargo, las economías en los países en desarrollo carecen de soporte institucional, y también carece de una estructura institucional semejante para la economía global.¹⁸

Una tercera fuente de soporte para la juridificación es la teoría del desarrollo económico y la racionalización jurídica de Max Weber. El conflicto de voluntades egoístas es una parte inherente del capitalismo, lo que potencialmente conduce a un mundo de incertidumbre radical. Pero el intercambio en el mercado, el uso generalizado del dinero, la contabilidad racional del capital, la organización racional del trabajo en la producción, la separación de la empresa respecto de la economía familiar, todos requieren de calculabilidad. Después de un largo desarrollo a partir de las formas tradicionales, irracionales, patrimoniales y carismáticas de dominación, es la forma jurídica de la coerción la que garantiza la predecibilidad del comportamiento económico en las sociedades modernas. Un sistema de gobierno a través de reglas ofrece mayor certeza que cualquier otro medio para estructurar la coerción. Las reglas son creadas a través de procesos lógicos y sistemáticos que conducen al formalismo jurídico, el cual permite al sistema jurídico funcionar como una

¹⁷ Wallis/North (1986).

¹⁸ North (1999).

máquina técnicamente racional e incrementa la posibilidad de predecir las consecuencias jurídicas de la acción propia. Al mismo tiempo, las burocracias racionales y los tribunales independientes, los juristas académicos y la profesión jurídica colaboran a fin de alcanzar el objetivo de una sociedad organizada de manera racional.¹⁹ Y la calculabilidad es crucial para la empresa capitalista:

La moderna empresa capitalista se sustenta primariamente en el *cálculo* y presupone un sistema jurídico y administrativo cuyo funcionamiento pueda predecirse racionalmente, al menos en principio, en virtud de sus normas generales fijas, igual al desempeño esperado de una máquina.²⁰

La teoría de la evolución institucional de Weber se basó, en los primeros tiempos de su labor científica, en las hipótesis darwinistas del aprendizaje social: las instituciones formales racionales son seleccionadas en la lucha por la supervivencia. Más tarde reconoció las tensiones entre la racionalidad formal y la material, por lo que concibe las estructuras formales más como una jaula dorada en la que las actividades individuales o las colectivas están irremediabilmente atrapadas. Para poder actuar de manera socialmente responsable, no sólo hay que preguntar *qué* hay que hacer, sino también *cómo* hay que hacerlo correctamente. A pesar de su propia actitud ambivalente, Weber finalmente parece hacer las paces con este arreglo, puesto que la racionalidad formal es la que deja alguna libertad (limitada) para perseguir fines y propósitos racionales.

2. *Más allá del centralismo jurídico*

Estas ideas en el núcleo de la teoría sociológica y económica sobre el derecho son aceptadas generalmente por el lugar central que ocupa el razonamiento jurídico en las sociedades occidentales y parecen dar soporte a las iniciativas jurídicas en los países en

¹⁹ Trubek (1972).

²⁰ Weber (1968, 1394).

desarrollo, en las sociedades en transformación, en los esfuerzos para crear estructuras para los intercambios globales, en China y —desde la reciente crisis— en los estados desarrollistas asiáticos. Sin embargo, el cuadro está incompleto si sobreestimamos el papel del derecho en la teoría de la modernización, en la economía internacional y en la escuela basada en la obra de Weber sobre economía y sociedad. Lo que muchas veces no se aprecia plenamente es que todos estos enfoques discuten o incluso enfatizan el papel que los sistemas no jurídicos desempeñan en el logro del orden y la predecibilidad sociales. Dichos enfoques reconocen que estos órdenes son complementarios, o alegan que su papel es limitado, debido a las circunstancias históricas en determinadas sociedades (occidentales). Ninguna de estas teorías nos permite generalizar la tesis de la centralidad del derecho en las sociedades no occidentales, en la sociedad mundial o inclusive en las tendencias futuras de nuestra propia cultura (occidental). Como lo señala Douglass North²¹ frente al transfondo de sus estudios históricos y su experiencia como asesor de la reforma jurídica en los países en desarrollo: “lo que funciona hoy no va a funcionar mañana”.

La teoría de la modernización ha producido un vasto acervo de investigación sobre las instituciones jurídicas y no jurídicas en los países en desarrollo, como las formas tribales de solución de conflictos, la banca islámica, las relaciones de negocios en China (*guanxi*), las normas de reciprocidad entre los “paracaidistas” latinoamericanos, las asociaciones de crédito taiwanesas, etcétera. El mensaje general es que las instituciones no jurídicas funcionan en un contexto tradicional específico, pero que entran en tensión con las estructuras estatales y las expectativas de una población afectada por los valores y hábitos occidentales. Se supone que la convergencia no se produce necesariamente debido a las importaciones o la imposición, sino a causa de los cambios estructurales. La educación, la industrialización, la movilidad, conducen a la conciencia de los derechos, al uso de los tribunales del Estado,

²¹ North (1999).

a la legislación, la constitucionalización y a los reclamos de protección de los derechos humanos. Existe un sesgo claro hacia la promoción del modelo occidental del *Rechtsstaat* o del *rule of law* al estilo de los Estados Unidos, pero al analizar las culturas jurídicas no occidentales, la teoría de la modernización no padece ciertamente del centralismo jurídico. La teoría de la modernización reconoce también los aspectos del orden social que dependen de la “sociedad civil”, es decir, las responsabilidades regulatorias que asumen los actores no estatales en el modelo occidental del Estado nacional. El énfasis en el individualismo entre la mayoría de los representantes de este enfoque conduce más a la desregulación que al centralismo jurídico, como objetivo preferido de política. Las posturas críticas dentro de la teoría de la modernización han apuntado desde hace tiempo a la coexistencia de elementos tradicionales e instrumentales, particularistas y universalistas, irracionales y racionales, en las sociedades “modernas”, así como a la frecuencia con la que se producen cambios regresivos en la historia (el nacionalsocialismo, el fascismo, el fundamentalismo, el comunitarismo), lo que genera serias dudas sobre la hipótesis de la evolución lineal de la modernidad.²²

La economía institucional reconoce la importancia de las instituciones no jurídicas como límites —inclusive en las economías desarrolladas— a las elecciones individuales.

Las instituciones definen la estructura de la interacción humana. Por “instituciones” entiendo tres cosas: (1) las reglas formales del juego que se definen en términos jurídicos, (2) las normas informales de comportamiento que complementan y modifican a las instituciones, y (3) la efectividad de los mecanismos de ejecución. La mezcla de estas tres es la que determina la efectividad de la influencia de las instituciones en los costos de transacción. Y obviamente es importante el efecto de las instituciones en los costos de transacción.²³

²² Wehler (1975).

²³ North (1999).

Las normas informales de comportamiento son las costumbres y las convenciones, los estándares, las reglas y los valores, que definen y limitan las preferencias de los actores económicos, ya sea de manera general o dentro de grupos específicos (minorías, ocupaciones, industrias geográficamente confinadas, grupos de edad, etcétera). Estas normas complementan las reglas formales, compiten con ellas o las niegan. Dentro de la escuela de la economía institucional, hay algunos que sostienen que los actores maximizadores del bienestar utilizan más bien las reglas informales.²⁴ Pero el ámbito de la cooperación está limitado a los grupos estrechamente vinculados. El movimiento de los mercados personales a los impersonales lleva a la formalización y la institucionalización: cuando hay un desplazamiento de un mundo de intercambios personales a uno de intercambios impersonales, para utilizar una analogía de la teoría de juegos, el movimiento se da desde un mundo en el que a los jugadores les conviene cooperar a un mundo en el que está en su interés desertar.²⁵ Las instituciones cooperativas son reemplazadas por instituciones coercitivas, a fin de enfrentar el problema del comportamiento oportunista (*free-rider behavior*). En ausencia de otras formas de coerción, o estando éstas limitadas a determinados grupos o situaciones, las instituciones jurídicas demuestran ser las más eficientes en limitar las elecciones y reducir la incertidumbre.

La centralidad del derecho en la teoría de Weber tiene que ser matizada no tanto a causa de su “problema inglés”, sino en virtud de las hipótesis empíricas que no resultan verificadas ni para los países en desarrollo o en transformación, así como tampoco para las estructuras que crea la economía en proceso de globalización. La observación de que Inglaterra, cuna del capitalismo, parecía carecer del sistema jurídico calculable, lógicamente formal, que Weber consideraba indispensable para el desarrollo capitalista, era fuente de preocupación para él.²⁶ Su discusión de esta cues-

²⁴ Ellickson (1991).

²⁵ North (1999).

²⁶ Weber (1964, 719, 724, 1036).

ción se considera con frecuencia ambigua y contradictoria.²⁷ Sin duda, Inglaterra es un caso atípico en una teoría de la racionalidad formal legal, pero no necesariamente en una teoría de la centralidad del derecho en la sociedad moderna. Weber criticó el *common law* inglés por su carencia de racionalidad formal y su sesgo de clase, pero reconoció su importancia para la economía inglesa. Debido a los fuertes vínculos entre la clase capitalista y los abogados ingleses, así como al crucial papel de éstos en la generación de precedentes, el sistema jurídico inglés funcionó de manera predecible para las elites sociales y económicas.²⁸

Las hipótesis empíricas de Weber que lo condujeron a su tesis sobre la centralidad del derecho están formuladas del modo siguiente:

Para ningún fenómeno económico fundamental, es imprescindible, desde un punto de teórico, la garantía “estatal” del derecho. También la ayuda del clan proporciona la protección a la propiedad... No obstante, un orden económico de estilo moderno no se puede llevar a cabo sin un orden jurídico de características muy particulares, tales como las que prácticamente hacen posible un orden “estatal”. La economía moderna descansa sobre probabilidades obtenidas por contratos. Por muy lejos que lleguen el *interés* particular por la “legalidad contractual” y los intereses comunes de los propietarios por la defensa mutua de la propiedad, y por mucho que la convención y la costumbre determinen actualmente en el mismo sentido a los particulares, sin embargo, el influjo de estos poderes ha perdido extraordinariamente su importancia a causa de la sacudida de la tradición —de un lado por la conmoción de las relaciones establecidas por ella, y por otro por la pérdida de la fe en su santidad— ...la economía moderna ha destruido por su peculiaridad las demás asociaciones que eran portadoras de derecho y, por tanto, garantía del mismo. Esta es la obra del desarrollo del mercado. El poderío universal de la sociedad que constituye el *mercado* demanda, por un lado,

²⁷ Trubek (1972, 747), Treiber (1989b, 376).

²⁸ Weber (1964, 1049), Treiber (1989b, 374), Francis (1983).

un funcionamiento del derecho *calculable* según reglas racionales. Y por la otra, la extensión del mercado... favorece, en virtud de sus consecuencias inmanentes, el monopolio y reglamentación de toda fuerza coactiva “legítima” por medio de *un* instituto coactivo universal, destruyendo todas las estructuras coactivas particulares, que descansan, las más de las veces, en monopolios económicos, estamentales o de otra clase.²⁹

La hipótesis es que la “economía moderna” ha destruido las convenciones y las costumbres en las estructuras particularistas que anteriormente garantizaban el cumplimiento de los contratos y la protección de la propiedad. La ampliación de los mercados ha reemplazado la regulación a pequeña escala por la coerción universalista. Así, Weber reconoce claramente a las normas y las instituciones informales como equivalentes a la coerción jurídica en la provisión de calculabilidad y seguridad jurídica, aunque solamente cree que estas normas e instituciones no jurídicas han cesado de tener relevancia en una economía moderna.

Resulta ya cuestionable pensar que esta hipótesis sea correcta respecto de las economías occidentales modernas. La sociología y la antropología jurídicas han producido ejemplos numerosos de estructuras regulatorias particularistas en nuestro entorno, así como de reglas universalistas informales. Pero no es posible, definitivamente, suponer que la regulación no estatal en general, y la regulación de la economía en particular, estén ausentes o sean irrelevantes en los países en desarrollo o en transición. Por tanto, la tesis principal de Weber sobre el papel central del derecho no ha comprobado ser universalmente aplicable. Si la calculabilidad fuera el único problema de los actores económicos —lo que resulta dudoso—, el derecho no es la única solución en la mayoría de las sociedades.

²⁹ Weber (1968, 336-337; se cita la traducción española de la obra original en alemán, pp. 271-272).

3. *Regulación y ejecución contractual*

La economía institucional y el enfoque de Weber suponen que, en principio, las instituciones no jurídicas son equivalentes a las jurídicas. La teoría de la modernización muestra una clara preferencia por las instituciones jurídicas que se han desarrollado históricamente en las sociedades occidentales, pero también reconoce las estructuras emergentes de la “sociedad civil” en los estados modernos. Por tanto, las ciencias sociales no apoyan en general una estrategia legalista en las reformas de modernización, racionalización o maximización del bienestar. Los nuevos entornos, como los que encontramos en los países en desarrollo o en transformación, o en la economía global, pueden requerir en ocasiones la continuación de formas tradicionales o la invención de nuevos modelos para las instituciones sociales y económicas.

Resulta preciso hacer una importante distinción entre la protección de los bienes públicos y la protección de las expectativas contractuales. En el primer caso, las instituciones jurídicas tienden a desempeñar un rol más importante que en el segundo.

Tradicionalmente, los bienes públicos han sido regulados también por las instituciones no jurídicas: en cuanto instituciones universales, la educación y la regulación ofrecen protección contra el comportamiento delictivo, el daño ambiental, la corrupción y la explotación. Las normas y estándares particularistas se hacen cumplir a través de instituciones como la familia, las corporaciones, las comunidades profesionales, los grupos de pares, etcétera. Pero las expectativas relativas a la protección de los bienes públicos se han incrementado con la industrialización, la comunicación, la emancipación y muchos otros factores, y no pueden verse satisfechas solamente a través del control social informal. Existe alguna evidencia dispersa de una autorregulación exitosa en campos tales como los estándares laborales, los derechos humanos, el ambiente, la corrupción, la pornografía en la Internet.³⁰ La estandarización de los productos, que también po-

³⁰ Furger (2001).

dríamos considerar un bien público, sin duda es regulada exitosamente por las instituciones no estatales. Pero en su mayoría, estos son ámbitos de regulación del derecho público en los que la autorregulación se establece como escudo contra la intervención del Estado y que son débilmente vigilados. El derecho público y las sanciones jurídicas son preferibles cuando la autorregulación sufre del problema del oportunismo, cuando las necesidades de regulación van más allá de los intereses de grupo, cuando se generan costos mayores en la preparación y control de las reglas y los estándares, y cuando se requiere de legitimación democrática.

La protección de las expectativas contractuales es de crucial importancia en la sociedad contractual moderna, en la que las relaciones jerárquicas son sustituidas por relaciones horizontales.³¹ En el mundo de las unidades de producción verticalmente integradas, las relaciones económicas están determinadas por las órdenes internas. El socialismo no era el único ejemplo de integración vertical. La integración vertical era también la característica dominante de las corporaciones capitalistas, en las que no solamente los trabajadores, sino también los proveedores y los clientes primarios eran mantenidos “en casa”, a fin de coordinar las decisiones económicas y evitar la incertidumbre de los mercados. Todo ello ha cambiado, el socialismo se ha desvanecido, y la corporación occidental se ha desplazado hacia las estructuras descentralizadas, en las que las directivas internas son reemplazadas por tratos, acuerdos y contratos. Los “*spin-offs*”, las franquicias, los contratistas independientes, las coinversiones, etcétera, son características de estas estructuras contractuales, y la nueva economía, con toda clase de servicios de *software*, marcha en la misma dirección. Existe alguna evidencia de tendencias similares en la administración pública, las universidades y las empresas públicas.

Consecuentemente, el cumplimiento y la calculabilidad de los contratos son nuevamente cruciales —como en las épocas observadas por Max Weber— para la economía y exigen soporte

³¹ Shapiro (1993).

institucional. Este soporte es ofrecido por el derecho contractual, los abogados y los tribunales, así como por instituciones no jurídicas, como las reglas de la *lex mercatoria*, el arbitraje y los vínculos sociales. A diferencia de la protección de los bienes públicos, la ejecución de los contratos goza, en grado significativo, del soporte de las normas (y sanciones) de la cooperación y la reciprocidad. En los negocios grandes y pequeños, en el comercio local o a gran distancia, en las economías occidentales o asiáticas, la regulación comunitaria y el control social a través de mecanismos de reputación, son fenómenos comunes. Las situaciones experimentales en la teoría de juegos han mostrado que en la transición de un mundo de intercambios personales a un mundo de intercambios impersonales, uno se mueve de un mundo de cooperación hacia un mundo de sanciones.³² Pero es la sociología, más que la teoría de juegos, la que determina la importancia real de los lazos comunitarios y el intercambio personal.

4. *Comparación de las instituciones formales y las informales*

No existe una respuesta general a la pregunta de si son preferibles las instituciones formales o las informales. Los costos de transacción, la eficiencia, la flexibilidad, la legitimidad, la imparcialidad, la racionalidad, son algunos de los criterios aplicados en la comparación, y una medición válida depende siempre de los caracteres específicos de las instituciones y su entorno.

Las instituciones jurídicas formales tienden a ser universalistas, las informales, particularistas. La institución más formal y universalista es el código. Las codificaciones europeas, como el Código Napoleón francés, el BGB alemán, el Código Civil español, han sido copiadas en muchas partes del mundo y se les tiene en alta estima por su racionalidad. Su universalismo —apoyado en la investigación doctrinal y la educación jurídica— ha dado origen a sistemas jurídicos altamente unificados. En la actualidad

³² North (1999).

hay fuertes tendencias a la elaboración de un código civil semejante para la Unión Europea, a fin de aprovechar el potencial de unificación de la idea codificadora. Aparte de su racionalidad, el código probablemente alcanza también elevadas notas en cuanto a su eficiencia interna para la comunidad de abogados y jueces que utilizan las herramientas, altamente sofisticadas y calculables desde el punto de vista técnico, de los derechos y los recursos judiciales. Más dudosa resulta la eficiencia externa del código, ya que las normas abstractas y universales no necesariamente toman en cuenta los problemas de comprensión por la población en general, de preferencias y valores alternativos dentro de algunos sectores de esta población, o de la existencia de otras barreras a la implementación. Por lo que se refiera a muchos otros criterios, como la flexibilidad, legitimidad, imparcialidad o creatividad, los códigos tienen poco que ofrecer y se encuentran en clara desventaja frente al sistema del *common law*, basado principalmente en precedentes y en decisiones *ad hoc* por parte de jueces y jurados. Hasta donde llega mi conocimiento, hasta ahora no han sido estudiados sistemáticamente los costos de transacción originados por ambos sistemas.

En lo relativo al uso de los criterios de los costos de transacción y la eficiencia en la comparación de las normas jurídicas con las no jurídicas, muchos estudiosos, influidos por los enfoques de “derecho y economía”, tienen una clara preferencia por la autorregulación.³³ La medición de la eficiencia de los estándares acordados es más fácil para los mismos actores, quienes pueden decidir también la inversión en reglas de vigilancia y en los beneficios producidos por las sanciones. Estos actores calculan los costos del oportunismo y la gobernanza, y eligen la estructura de reglas que minimiza los costos. Sin embargo, los economistas institucionalistas están en fuerte desacuerdo, señalando que los costos de transacción son menores cuando los patrones preferidos de comportamiento son institucionalizados, en vez de ser creados *de novo* en

³³ Cooter (1996), Furger (2001).

cada situación particular. Como apunta North:³⁴ “Los mercados tienen que estar estructurados”. En los mercados impersonales, las instituciones tienden a ser jurídicas.

La cuestión de si los mercados impersonales desalientan la creación de redes de negocios o relaciones estrechas entre las empresas también resulta controvertida. En la economía clásica, los intercambios mutuamente ventajosos son coordinados por el mecanismo de los precios: las transacciones continúan si el precio es aceptable, dadas las condiciones del mercado, y se suspenden si la mercancía es vendida a un precio menor en otra parte. El derecho contractual asegura y hace cumplir estas transacciones discretas.

Sin embargo, la teoría de los contratos relacionales ha desarrollado un enfoque diferente.³⁵ Se dice que los intercambios de negocios van desde los mercados, en los que los compradores y los vendedores no tienen relación de dependencia entre sí y en los que la identidad de las partes es irrelevante, a través de los contratos relacionales, es decir, las “diversas formas, a largo plazo, de contratación, comercio recíproco, regulación, franquicias y otras semejantes”,³⁶ hasta la jerarquía (la empresa coaseana, con sus estructuras de mando encaminadas a evitar costos). Una mayor inseguridad en las economías complejas, causada por la información y la racionalidad limitadas, así como por el oportunismo, conduce a crecientes costos de transacción que hacen menos eficiente el mecanismo de los precios y más eficientes los modelos relacionales y jerárquicos. Como consecuencia de la crítica de Coase y Williamson a la economía clásica, la integración social de las relaciones de negocio se ha convertido en un foco principal de la investigación en varias disciplinas. La investigación en mercadeo y administración discute los arreglos innovadores, así como los factores determinantes de la orientación de largo plazo en las relaciones entre compradores y vendedores; los psicólogos

³⁴ North (1999).

³⁵ Williamson (1975; 1979; 1981; 1985).

³⁶ Williamson (1991, 280).

descubren que la confianza genera ganancias, y los estudiosos del derecho reconocen la importancia del comportamiento cooperativo que va más allá de las obligaciones puramente contractuales.

5. *El derecho y otras formas de racionalidad*

De lo dicho anteriormente se desprende que el énfasis en las instituciones jurídicas que ponen la teoría de la modernización, la economía institucional y el análisis weberiano de la relación entre economía y sociedad, resulta engañoso en la medida en que el derecho parezca ser la única vía hacia la modernidad y la prosperidad. Es cierto que el derecho se considera una variable clave para explicar el desarrollo occidental hacia el gobierno racional y la certeza del mercado. El derecho tuvo éxito en proporcionar racionalidad. Pero si la racionalidad es el objetivo último, es posible imaginar alternativas al derecho, si no en las sociedades occidentales circundadas por las fronteras estatales, entonces posiblemente en las sociedades en desarrollo o transición, o en la economía en proceso de globalización. Al discutir las alternativas potenciales hacia la racionalidad, hay que evitar los sesgos etnocéntricos o ideológicos del centralismo jurídico. Algunos o todos los elementos principales de la racionalidad jurídica, como la legitimidad, la calculabilidad, la universalidad o el soporte y control científicos, pueden lograrse en otros entornos sociales por medios distintos a la legislación, la doctrina jurídica y la burocracia formal. Numerosos ejemplos de instituciones racionales no jurídicas son señalados en las ciencias sociales, desde el clan corporativo chino,³⁷ el comisionado polaco de los derechos civiles,³⁸ las instituciones mexicanas para la solución de controversias económicas y laborales,³⁹ las asociaciones taiwanesas de crédito rotatorio.⁴⁰ Todas las clases de instituciones sociales han

³⁷ Ruskola (2000).

³⁸ Jaster (1996).

³⁹ Gessner (1976; 1984).

⁴⁰ Kaufman Winn (1994).

sido creadas a fin de promover la seguridad jurídica para las transacciones transfronterizas.⁴¹ Sin pretender más de lo que dichos estudios han hecho anteriormente, el siguiente apartado de este ensayo resumirá brevemente el conocimiento existente sobre las instituciones creadas de manera particular para la economía global y que proveen un elevado grado de racionalidad, a saber, los contratos relacionales en el negocio de la exportación, las reglas de la *lex mercatoria*, y los megadespachos de abogados.

IV. ALTERNATIVAS RACIONALES AL DERECHO EN LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL

1. *Lazos sociales*

Las tradiciones y costumbres de los lazos sociales comúnmente se contrastan con el derecho formal, y se consideran como importantes barreras para la prosperidad económica. Las sociedades y las economías “maduran” en la medida en que logran pasar de las orientaciones relacionales a las formales legales. En un estudio reciente,⁴² este factor es tomado como variable clave para una “teoría jurídica de las economías emergentes”, una elección problemática en vista de otras observaciones y discusiones que enfatizan la racionalidad detrás de los contratos relacionales en las economías asiáticas tanto como en las occidentales.

Los lazos sociales como alternativa al derecho son todavía muy comunes, particularmente entre las comunidades de negocios asiáticas.⁴³ Los estudios sobre las prácticas de negocios chinas enfatizan la existencia de redes estrechamente articuladas y denominadas *guanxi*, vinculadas por obligaciones mutuas a través del sentimiento, más que a través del cálculo puramente instrumental.⁴⁴ Con el fin de lograr este modo informal de integración,

⁴¹ Gessner/Budak (1998).

⁴² Nichols (1999).

⁴³ Appelbaum (1998).

⁴⁴ Yang (1994).

basada en la dependencia y la confianza mutuas, los negocios se llevan frecuentemente a cabo sobre la base de las relaciones familiares. Las relaciones de negocios chinas implican lo que se conoce como la lógica *guanxi*: en una mezcla de elementos normativos, instrumentales y afectivos, las relaciones *guanxi* “equilibran la obligación y la sanción, por un lado, y la flexibilidad y la instrumentalidad, por la otra”.⁴⁵ En este sentido, *guanxi* permea en un alto grado la actividad económica china, promoviendo la cooperación y la predecibilidad. Las alianzas entre empresas se basan en relaciones y obligaciones personales, más que en las conexiones más formales, como los vínculos jurídicos y contractuales. Fuera de las comunidades asiáticas, resulta muy sugestivo el análisis de Bernstein⁴⁶ sobre el comercio de los diamantes, en el cual los vendedores y los corredores deciden “salirse del sistema jurídico”, al crear una comunidad normativa completamente autónoma, con reglas comerciales, listas negras, bonos reputacionales y, en última instancia, el arbitraje.

Los comerciantes de diamantes pueden ser una tribu más bien excepcional, debido a la existencia de vínculos muy particulares entre ellos, de carácter social, económico e incluso religioso. Por otro lado, los lazos sociales y el *guanxi* pueden tomarse simplemente como sinónimos de las redes de relaciones personales que son comunes entre la gente de negocios en todo el mundo. Los mercados bien pueden ser no tan impersonales como lo suponen nuestros enfoques teóricos. Una mirada más cercana al mecanismo regulador en las redes de negocios, y un análisis del papel del derecho en los contratos y la solución de controversias, parecen ser campos prometedores para la investigación. En general, se tiende a sobreestimar la autonomía de estas comunidades, debido a que persisten los efectos del derecho del Estado. Esto lo demostró Bernstein⁴⁷ en otro estudio, en el que observó la práctica del arbitraje en la *US National Grain and Feed Association*. Los laudos arbitrales nunca toman

⁴⁵ Chung/Hamilton (2001).

⁴⁶ Bernstein (1992).

⁴⁷ Bernstein (1996).

en cuenta las normas y usos autónomos de esta industria, y aplican de manera estricta el derecho contractual y aún más formalmente que los tribunales del Estado. Bernstein desarrolla una interesante hipótesis para explicar sus observaciones: las normas autónomas son utilizadas para preservar la relación, mientras que las normas jurídicas ofrecen soluciones para terminarla. Macaulay quien fue el primero en apuntar a las relaciones no contractuales entre los hombres de negocios en los Estados Unidos,⁴⁸ y desde entonces enfatiza fuertemente el enfoque relacional, está muy en desacuerdo con Bernstein. Macaulay afirma que después de una larga relación de negocios regida por la costumbre, a los comerciantes les parece injusto regresar al trato original en el papel —el contrato—. Además, dados los costos del litigio y las dificultades de hacer ejecutar las sentencias, es frecuente que el derecho contractual sea en buena medida simbólico.⁴⁹

No obstante esta controversia en la interpretación de las observaciones empíricas, los lazos sociales se han convertido en un mecanismo principal para crear relaciones de negocios estables y confiables, tanto nacional como internacionalmente. Las redes de relaciones sociales penetran diferentes sectores de la vida económica.⁵⁰ Cuando las transacciones económicas están imbricadas (*embedded*) en los lazos sociales, disminuyen los riesgos del oportunismo y se hacen innecesarias las elaboradas estructuras de la gobernanza formal. Bradach y Eccles⁵¹ demuestran el frecuente uso instrumental de la confianza en las relaciones económicas, como por ejemplo, entre los transportistas ferroviarios de carga y los transportistas de automóviles, los agentes de ventas y sus clientes, los contratistas generales y los subcontratistas, los banqueros de inversión y las empresas. Señalan la presencia de consideraciones altamente racionales en la elección ya sea de las ventajas de los mecanismos de confianza o de las estructuras je-

⁴⁸ Macaulay (1963).

⁴⁹ Macaulay (2000).

⁵⁰ Granovetter (1985).

⁵¹ Bradach/Eccles (1989).

rárquicas, como las franquicias, o de las relaciones contractuales, como las coinversiones, las coaliciones globales y otras formas de cooperación jurídica. Otro ejemplo muy discutido es el de los *keiretsu* japoneses, que son grandes grupos empresariales en los que los negocios son mantenidos en lo posible dentro de la familia y se espera un elevado nivel de toma y daca.⁵²

El uso de las relaciones entre empresas basadas en la confianza es un tema muy debatido en la investigaciones internacionales sobre administración empresarial. Si bien estas relaciones son observadas con más frecuencia entre socios nacionales que entre las empresas de diferentes naciones,⁵³ y en consecuencia la importancia relativa de los arreglos contractuales formales es mayor en las transacciones de negocios internacionales,⁵⁴ esta importancia relativa de los contratos formales escritos en el comercio mundial no indica necesariamente una fuerte influencia de las doctrinas tradicionales del derecho contractual en este campo. En cambio, aquí parece haberse desarrollado una nueva forma de racionalidad que todavía no ha sido explicada plenamente desde el punto de vista teórico. El sistema internacional ha sido reinterpretado como una “sociedad relacional”⁵⁵ y como un “régimen”, más que una estructura institucional.⁵⁶ Se ha empezado a percibir como bastante inadecuados los enfoques jurídicos tradicionales para explicar los patrones de comportamiento de los estados nacionales, las organizaciones internacionales, tanto gubernamentales como no gubernamentales, así como de los actores de los negocios. La conducta de estos actores se encuentra muy alejada de las demandas del orden jurídico formal, y se guía principalmente por las prácticas relacionales. La mayoría de las convenciones de derecho internacional público pueden caracterizarse mejor como un régimen de reglas, procedimientos, precedentes y prác-

⁵² Dore (1983).

⁵³ Gulati (1995, 95, 105).

⁵⁴ Kiedaisch (1997, 171-184).

⁵⁵ Gottlieb (1983).

⁵⁶ Krasner (1983).

tics autóctonos que surgen de una relación sostenida entre dos o más actores. Los regímenes se ocupan de las interacciones en el tiempo, y desalientan la asignación de un peso exclusivo a los documentos formales y a las intenciones originales de las partes. Gottlieb⁵⁷ apunta a los convenios crediticios internacionales, en los que la ejecución forzosa por los bancos simplemente está fuera de cuestión.

2. *Lex Mercatoria*

En la economía globalizada, las normas jurídicas de origen estatal, o excepcionalmente transnacional como el derecho de la Unión Europea, compiten con las reglas autónomas creadas por la comunidad de actores de negocios. Esta así llamada *lex mercatoria*, entendida en su sentido más amplio, puede ser consuetudinaria, convencional, no convencional, contractual, codificada o no codificada, o puede derivarse de los principios generales del derecho o de los usos del comercio. Las diferentes categorías de los principios y las reglas que constituyen el *corpus* de la *lex mercatoria* son de origen y carácter transnacional, y resultan aplicables a las transacciones transfronterizas, según el cuadro de la página siguiente:⁵⁸

⁵⁷ Gottlieb (1983).

⁵⁸ Gessner (1996c).

El orden normativo de la *lex mercatoria*

1. Normas universales, como p.ej.
 - Reglas de York-Antwerp sobre responsabilidad en colisiones de buques (International Law Association)
 - Reglas de Varsovia sobre contratos CIF (International Law Association)
 - Lineamientos para el crédito documentario (Cámara de Comercio Internacional)
 - Reglas para la adaptación de los contratos (Cámara de Comercio Internacional)
 - Reglas uniformes para los contratos comerciales internacionales (UNIDROIT)
2. Interpretaciones universalmente armonizadas de cláusulas contractuales, como p.ej.
 - INCOTERMS (Cámara de Comercio Internacional)
 - Cláusulas estándar para los contratos internacionales (por ejemplo, selección de derecho aplicable, foro, arbitraje, fuerza mayor (ECE))
3. Jurisprudencia de tribunales arbitrales, como p.ej.
 - Derecho procesal
 - Violación de contrato
 - Adaptación del contrato
4. Normas comerciales, como p.ej.
 - Condiciones estándar
 - Cláusulas estándar para ramas particulares
 - Normas sobre los productos
5. Códigos de conducta, como p.ej.
 - Para las empresas multinacionales (ONU, ECOSOC, OCDE, OIT)
 - Para la transferencia de tecnología (UNCTAD)
 - Para los contratos de inversión (Cámara de Comercio Internacional)
 - Contra la corrupción (ONU)
6. Órdenes privados de las “terceras culturas”, como p.ej.
 - Negocio de los seguros (“Clubes de P & I”)
 - Sector bancario
 - Transporte (marítimo, aéreo, carretero, ferroviario)
 - Mafia
 - Comercio de diamantes

La naturaleza jurídica de la *lex mercatoria* es controvertida. La mayoría de los enfoques la conciben como un sistema no nacional y autónomo de reglas articuladas por la comunidad internacional de negocios para regular sus actividades. Otros enfoques, a la vez

que reconocen sus fuentes autónomas y no nacionales, como las asociaciones comerciales y el arbitraje, incluyen las convenciones internacionales y definen a la *lex mercatoria* como la armonización del derecho comercial internacional con el nacional. Pero el discurso jurídico revela también: a) que las reglas de la *lex mercatoria* son en parte universales, pero en ocasiones también muy específicas y particularistas; b) que son imperfectas e incompletas y, por tanto, requieren frecuentemente, de manera adicional, una cláusula de derecho aplicable en la contratación internacional; c) que su identidad es vaga debido a las controversias sobre su definición; d) que no existen reglas imperativas; e) que debido a la falta de un razonamiento suficiente en muchos laudos arbitrales y a la infrecuente publicación de las resoluciones (en su mayoría confidenciales), el estado del arte carece en buena medida de transparencia; f) que la aplicación de este cuerpo de reglas es rara vez tolerada en los tribunales nacionales y resulta excepcional inclusive en el arbitraje; y g) que su legitimidad es dudosa, debido a la insuficiencia de la participación y el control democráticos.⁵⁹

Los estudios de la ciencia social que tratan de dar una respuesta a la cuestión de la capacidad de la *lex mercatoria* para solucionar problemas ofrecen un mosaico (*patchwork*) de conocimientos teóricos y empíricos y, en general, valoran positivamente la aceptación y la eficiencia de este mecanismo.⁶⁰ En la perspectiva sociológica, no la jurídica, las reglas de la *lex mercatoria* son complementarias del derecho de los contratos, pues hacen uso de la autonomía contractual que confiere el derecho del Estado. La controversia doctrinal sobre su calidad como derecho encubre el hecho de que las normas de la *lex mercatoria* forman parte de un discurso jurídico y, por tanto, no constituyen un buen ejemplo de pluralismo jurídico.⁶¹

⁵⁹ Gessner/Appelbaum/Felstiner (2001).

⁶⁰ Gessner (1996c), De Ly (2001), Teubner (1997a).

⁶¹ Gessner (2002).

Las reglas de la *lex mercatoria* carecen de algunos de los elementos de la racionalidad jurídica, en particular sus elementos formales. Por otro lado, debido al reconocimiento de la voluntad de las partes, ofrecen un elevado grado de racionalidad material. Los valores autónomos y las necesidades y sabidurías específicas de las comunidades de negocios tienen influencia en la configuración de este conjunto de normas. Lo más importante es que los laudos arbitrales expresan las costumbres y los estándares del comercio internacional, los cuales pueden ser, en muchos casos, muy diferentes a los de carácter nacional. La vaguedad de algunos de sus principios se concibe frecuentemente como una ventaja en comparación con la falta de flexibilidad del derecho nacional y con los obstáculos doctrinales que plantea el derecho internacional privado. La cultura de las transacciones de negocios globales exige una racionalidad diferente a la de los intercambios nacionales.

3. *Megadespachos de abogados*

Los despachos de abogados no parecen ser un buen ejemplo de las instituciones informales. La profesión jurídica ha sido tratada por Max Weber, así como por otras teorías de la modernización y la economía institucional, como parte de los sistemas formales legales. Los procedimientos judiciales y administrativos requieren la representación jurídica. Las relaciones privadas y las de negocios están estructuradas jurídicamente con asistencia profesional. Los abogados negocian contratos, redactan testamentos, asesoran a los acreedores y los deudores, y ofrecen protección contra la interferencia ilegal por el Estado. En su rol tradicional, controlado estrictamente por las barras de abogados, la profesión jurídica es crucial para la implementación de las reglas jurídicas formales. Al promover la uniformidad y la estandarización del derecho, favorece la legitimidad del carácter universal del derecho del Estado.

Por razones que todavía no son cabalmente comprendidas todavía, este rol tradicional ha cambiado, primero en el mundo del *common law*, y actualmente en la economía mundial. Puesto que el mundo del *common law* carece de la burocracia de carrera bien desarrollada que poseen otras naciones, los abogados han tenido que asumir cargos administrativos clave y se han convertido en poderosos hacedores de políticas públicas. En esta nueva función han auxiliado a las corporaciones de negocios a socavar la autoridad regulatoria del Estado. Gradualmente, los despachos pequeños se han transformado en despachos corporativos, los cuales se han convertido en organizaciones semiburocráticas con conocimiento experto en todas las áreas de la política pública, adaptado a las necesidades de las grandes empresas.⁶² La economía globalizada ofrece actualmente oportunidades similares para los despachos corporativos todavía más grandes y poderosos, los cuales nuevamente aprovechan la falta de estructuras gubernamentales. Estos abogados no forman parte integral —a diferencia de su rol tradicional— de un sistema de instituciones jurídicas coordinadas (legislatura, tribunales, burocracia, academia y educación jurídicas, etcétera), sino que son actores clave en el proceso de establecer estructuras globales de carácter político, económico y financiero.⁶³

No hay ningún elemento de racionalidad formal, transparencia, legitimidad o debido proceso en sus actividades, pero estos megadespachos de abogados satisfacen muchas de las características de la modernidad, la efectividad y la racionalidad. Se trata de lo que Weber llama “racionalidad con arreglo a fines”: utilizan los contratos y las normas de modo instrumental, y ofrecen calculabilidad y certeza a sus clientes (de negocios). Los megadespachos han participado en las operaciones internacionales relacionadas con valores, en la asesoría de transacciones que implican financiamiento con eurodólares, en deuda soberana y en el otor-

⁶² Lipartito (1990).

⁶³ Trubek *et al.* (1994).

gamiento de créditos por instituciones internacionales, así como en la oferta pública internacional de valores extranjeros. Estos despachos han acumulado conocimientos respecto de las finanzas internacionales y de las operaciones especializadas iniciadas por bancos, y utilizan tales conocimientos para vender sus servicios a clientes extranjeros. El valor de los despachos para sus clientes deriva más de su experiencia con operaciones similares bajo distintos regímenes jurídicos nacionales que de su conocimiento sobre el derecho local, especialmente en los casos en que este derecho es ambiguo o inexistente.⁶⁴ La asistencia de un despacho creativo que estructure y reestructure el entorno de negocios es una necesidad para la mayoría de las estrategias de negocios globales. Así, se redactan contratos que son esencialmente independientes de cualquier derecho estatal; se crean corporaciones bajo formas hasta entonces inéditas; las operaciones financieras evitan el control estatal; se descubren paraísos fiscales y se aprovechan las lagunas en el sistema del derecho comercial, o bien se explotan las estructuras regulatorias locales. Ben Heineman, vicepresidente senior, abogado general, y secretario en General Electric, aprecia el valor de este conocimiento local:

Una buena parte del ejercicio profesional del derecho fuera de los Estados Unidos consiste en entender el sistema económico y político, no sólo el jurídico. Creo que no debemos circunscribirnos a una visión estrecha del derecho. No puedes simplemente ejercer el derecho en un país a menos que cuentes con gente ahí que entienda su historia y su cultura. Si echamos una mirada alrededor del mundo, los arreglos jurídicos están bien, pero en su mayoría los países carecen de sistemas jurídicos que sean muy duraderos, que ofrezcan bastante certeza. Ese es quizá uno de los grandes desafíos que enfrentamos: ¿cómo estructuramos los arreglos en los países en los que el sistema jurídico está subdesarrollado en buena medida? Es por esa razón que necesitas gente con conocimiento de la cultura y la historia de la sociedad.⁶⁵

⁶⁴ Silver (2000).

⁶⁵ Citado en Silver (2000, 1104).

Debido a su específico pragmatismo en el enfoque de las cuestiones de negocios y de derecho, con independencia del derecho aplicable, este estilo de abogacía es considerado generalmente como particularmente estadounidense. Es creativo y altamente comercial. En las áreas comerciales importantes, sirviendo a grandes clientes como los bancos y las empresas transnacionales, unos 50 a 70 despachos estadounidenses, junto con unos cuantos ingleses, están “reestructurando” actualmente la economía global. Es poco lo que los estados nacionales, las organizaciones internacionales o los ONG pueden hacer en esta forma altamente sofisticada y sin precedentes de “gobernanza sin gobierno”.

V. VARIEDADES DEL CAPITALISMO

La juridificación ha mostrado ser un enfoque sesgado, etnocéntrico, ahistórico y sociológicamente desinformado. Primero, este enfoque malentende aquellas teorías que son comúnmente citadas como elaboraciones principales del surgimiento del Estado de derecho. Ni Max Weber ni la teoría de la modernización, así como tampoco la economía institucional, han subestimado la regulación informal ni los mecanismos informales de cumplimiento contractual. Y segundo, tampoco está bien informada sobre las tendencias fuera de los estados nacionales occidentales, altamente desarrollados y, sin duda, también altamente estructurados por el derecho. Si utilizamos la racionalidad, calculabilidad, aversión al riesgo y la confiabilidad como criterios comunes de la eficiencia económica y la innovación estructural, no resulta difícil encontrar toda clase de instituciones en las sociedades occidentales, pero particularmente en las no occidentales, que tienen algunas pocas propiedades jurídicas, o ninguna, pero que estén bien adaptadas a las necesidades económicas.

La observación de que el derecho puede ser, y con frecuencia lo es, sustituido por otros mecanismos de coordinación quizá no sea compartida por los estudiosos occidentales del derecho, pero es una hipótesis central para un grupo de economistas y sociólo-

gos de la economía que discuten la imbricación social (*embeddedness*) de las instituciones,⁶⁶ los sistemas sociales de producción,⁶⁷ y las variedades del capitalismo.⁶⁸ Sus teorías no se basan en el paradigma neoclásico del mercado como el arreglo institucional más eficiente para coordinar la actividad económica, ni en la noción de que la intervención del Estado y otras formas de coordinación colectiva hacen más daño que bien. La coordinación por el mercado se considera eficiente, pero sólo para las transacciones instantáneas en las que no se toma en cuenta las identidades de las partes y sus estrategias futuras, una situación mucho menos frecuente de la supuesta en el modelo económico. En consecuencia, el derecho que permite las transacciones de mercado (derechos de propiedad, derecho contractual, derecho de la competencia, derecho corporativo, etcétera) contribuye a la eficiencia económica solamente en este sector específico del comportamiento en un mercado “spot”. La teoría que explica la coordinación en un mercado “spot”, así como también todas las demás actividades económicas, es por necesidad más compleja, pues toma en cuenta todos los elementos estructurales y culturales de los sistemas sociales de producción (instituciones, organizaciones, valores y normas sociales, principios morales, reglas y derecho), los cuales tienden a integrarse mutuamente en un sistema completo con su propia lógica. Los modos horizontales de coordinación son los mercados y las comunidades, los modos verticales, las empresas y el Estado. Además, y ubicados entre los modos horizontal y vertical, las redes y las asociaciones contribuyen al sistema regulatorio.⁶⁹ Tanto el modo horizontal como el vertical hacen uso de dos incentivos diferentes (llamados motivos para la acción): las acciones económicas se guían ya sea por el interés propio (mercados y empresas) o por obligaciones (comunidades y Estado). Los autores apuntan a numerosos ejemplos de cómo las variedades

⁶⁶ Granovetter (1985).

⁶⁷ Hollingsworth/Boyer (1997b).

⁶⁸ Whitley (1999).

⁶⁹ Hollingsworth/Boyer (1997b, 9, 12).

de modos de coordinación son implementadas en distintas sociedades, rechazando con firmeza la idea de que pueden difundirse con facilidad entre sociedades o de que pueden convergir hacia el modelo occidental o estadounidense. Los estados y las sociedades asiáticos funcionan con base en principios de organización radicalmente distintos. Mientras que en occidente las leyes regulan las acciones de la gente, las sociedades de Asia enfatizan la regulación a través de los roles. Las instituciones chinas se apoyan en las relaciones y no en jurisdicciones, en la obediencia a los roles y no en estructuras de comando burocráticas.⁷⁰

Estos estudios de las instituciones y de su configuración en sistemas sociales de producción, tienen, como lo enfatizan Hollingsworth y Boyer,⁷¹ el potencial de facilitar ampliamente la integración de las ciencias sociales. Este potencial está obviamente emparentado con los discursos sobre las variedades de culturas jurídicas en la sociología del derecho, en la que se utilizan terminologías similares, pero en la que la elaboración de modelos para las comparaciones interculturales se encuentra rezagada. Asimismo, la distinción entre los motivos de la acción basados en el interés propio o en la obligación puede traducirse fácilmente a la distinción que hace Luhmann entre expectativas cognitivas y expectativas normativas,⁷² una traducción que introduce valiosas ideas sociojurídicas en los debates económicos arriba reseñados. Las expectativas pueden mantenerse en el caso de que los actores no cumplan (expectativas normativas), o bien, pueden ser adaptadas a la nueva e “inesperada” situación (expectativas cognitivas). Esta adaptación es un proceso de aprendizaje, logrado principalmente a través de la comunicación racional.⁷³ La organización social se logra en todas las sociedades tanto a través de expectativas normativas como cognitivas,⁷⁴ si bien en grados variables: las

⁷⁰ Hamilton (1994).

⁷¹ Hollingsworth/Boyer (1997b).

⁷² Luhmann (1969).

⁷³ Habermas (1981).

⁷⁴ Gessner (1996d).

sociedades más estables de modo predominante a través de las primeras, las sociedades más dinámicas y complejas principalmente a través de las segundas. Las sociedades occidentales desarrollan cada vez más estructuras cognitivas (en oposición a las estructuras jurídicas formales), a fin de resolver los problemas del orden y el cambio.⁷⁵ Por tanto, también en la concepción socio-jurídica, el énfasis excesivo en las expectativas normativas reduce la capacidad de aprendizaje en los niveles micro y macro de las sociedades, lo que conduce al estancamiento, la falta de flexibilidad e innovación. La juridificación en los términos en los que es transmitida desde Occidente a Asia del sur y del este puede destruir las estructuras cognitivas, tradicionales o modernas, que tanto se necesitan en un entorno global dinámico y complejo.

⁷⁵ Willke (1983).