

TEORÍAS DEL CAMBIO. LA GOBERNANZA DE LAS TRANSACCIONES DE NEGOCIOS EN LAS ECONOMÍAS GLOBALIZADAS*

I. LAS INSTITUCIONES Y EL PAPEL DEL ESTADO

1. *Los debates sobre la coordinación de mercado: las instituciones formales contra las informales, las endógenas contra las exógenas*

De acuerdo con diversos estudios de caso,¹ la mayor parte de la bibliografía que se ocupa de la coordinación del mercado gira alrededor de dos cuestiones: por un lado, la cuestión de las instituciones formales en comparación con las informales, y por otro, la cuestión de las formas endógenas (elección racional) de gobernanza en comparación con las exógenas (*embedded*). Antes de examinar el cumplimiento de los contratos y la protección de los derechos de propiedad (otro par de estructuras de gobernanza), haremos un resumen de los debates sobre los otros dos pares controvertidos.

a) Max Weber es el autor más prominente en subrayar la regulación de todo poder coercitivo “legítimo” por una sola institución coactiva universal (el derecho formal racional) y la desintegración de todas las estructuras particularistas basadas en el estatus y otras estructuras coercitivas. De acuerdo con él, la vida económica moderna ha destruido estas otras asociaciones:²

* Este ensayo se publicó con el título “Theories of Change – The Governance of Business Transactions in Globalising Economies”, en Gessner (ed.) (2009a, 175-213).

¹ Richman (2009), Konradi (2009), Flood/Skordaki (2009), Dietz/Nieswandt (2009) y Sosa (2009).

² Weber (1968, 336-337 y *passim*).

La empresa capitalista moderna descansa principalmente 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, del mismo modo como se espera el desempeño de una máquina.³

Como se ha señalado con frecuencia, esta imagen de la máquina no hace justicia al enfoque de Weber como sociólogo del derecho.⁴ La teoría de la evolución institucional de Weber se formó en el periodo temprano de sus estudios académicos y se basaba en hipótesis darwinianas sobre el 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, y concibe entonces las estructuras formales más bien como una jaula de hierro en las que las actividades individuales y colectivas se ven atrapadas sin esperanza. Para poder actuar de manera socialmente responsable, no sólo debemos preguntar qué hay que hacer, sino también cómo hacerlo correctamente. A pesar de la ambivalencia de su propia actitud, Weber

³ Weber (1968, 1394).

⁴ Scheuerman (1999) ofrece una brillante interpretación del centralismo jurídico de Weber, pero no menciona otros pasajes más ambivalentes de su obra que muestran un menor grado de “afinidad electiva” entre el capitalismo y el derecho formal. Heydebrand (2007, 110) resume a Weber de la siguiente manera: “El resultado (*upshot*) del análisis de Weber es que la racionalidad jurídica formal es ‘indispensable’ cuando promueve la competencia económica y los intereses contractuales corporativos en la etapa temprana del desarrollo capitalista. Pero el derecho y la justicia formales se convierten en obstáculos para el crecimiento y el desarrollo económicos cuando los intereses económicos se ven constreñidos o subordinados por la reglamentación formal en etapas posteriores de la concentración corporativa y económica. Esta relación crecientemente contradictoria entre el legalismo formal y la economía política fue reconocida no sólo por Weber, sino por muchos otros historiadores del derecho y la economía en ambos lados del Atlántico, inclusive cuando no compartían el esquema marxista”. De acuerdo con Heydebrand (p. 112): “A pesar de su admiración por los logros de la racionalidad jurídica formal... Weber previó su declive e hizo comentarios extensos sobre el surgimiento del antiformalismo en el derecho”.

parece hacer finalmente las paces con este arreglo, puesto que la racionalidad formal deja en general alguna libertad (limitada) para la prosecución de objetivos racionales.

De este modo, Weber reconoce claramente que las normas e instituciones informales ofrecen calculabilidad y seguridad jurídica que es equivalente a la coerción del derecho. Su creencia de que las normas no jurídicas y las instituciones no estatales habían dejado de ser relevantes en una economía moderna se formó antes de que los enfoques del “realismo jurídico” empezaran a cuestionar el centralismo jurídico y comenzaran a evaluar empíricamente las instituciones jurídicas⁵ —llegando nuevamente a conclusiones sesgadas en algún grado—. Existe evidencia abundante de la existencia de los ordenamientos privados y el pluralismo jurídico, pero el derecho formal es parte de la estructura institucional que se ofrece a la coordinación económica. Aun cuando los economistas neoinstitucionalistas tienden a poner énfasis en las estructuras informales de gobernanza,⁶ la mayoría parece al menos estar de acuerdo con North cuando dice:

Por “instituciones” entiendo tres cosas: (1) las reglas formales del juego que son definidas en términos jurídicos; (2) las normas de conducta informales que complementan y modifican las instituciones, y (3) la efectividad de los mecanismos de ejecución y cumplimiento. Es la mezcla de las tres que determina la efectividad de las instituciones en influir sobre los costos de transacción.⁷

Sin embargo, en su análisis histórico, North va más allá de esta visión equilibrada, argumentando que no hay equivalencia entre la acción del Estado y las normas (y convenciones) sociales espontáneas. El papel del Estado es más significativo.⁸ Hernando de Soto⁹ propone un fuerte argumento a favor de las estructu-

⁵ Gessner (2007).

⁶ Ellickson (1991), Dixit (2004) y Williamson (2005, 3).

⁷ North (1999, 7).

⁸ Fiani (2004).

⁹ De Soto (1986).

ras formales de soporte cuando describe y critica enérgicamente las ineficiencias de los mecanismos informales del mercado (en Perú). Si tomamos los libros de texto como indicadores del estado presente de los debates sobre la importancia relativa de las estructuras formales e informales de coordinación, es este también el argumento que se ofrece a la generación actual de estudiantes de economía y negocios.¹⁰

b) Un debate relacionado, pero más amplio y teóricamente más ambicioso, se refiere al segundo par de las formas de gobernanza: las instituciones endógenas contra las exógenas; las primeras son creadas por los actores económicos, y las segundas son ofrecidas o impuestas por el entorno social. La investigación institucional ofrece un rango muy amplio de enfoques, desde el individualismo metodológico hasta el determinismo sociológico. Aunque las posiciones intermedias parecen prevalecer en las publicaciones recientes, la escala de opiniones sigue siendo tan amplia como siempre. Cuando inicia su libro diciendo “En mi análisis, las instituciones emergen como resultado de las acciones maximizadoras de los individuos”,¹¹ Barzel sigue la metodología de la elección racional de la economía clásica, con la única excepción de que los actores eligen entre instituciones más que entre mercancías. El otro extremo de la escala está representado por los enfoques que entienden la economía esencialmente en términos de cultura.¹² Las posiciones intermedias son más interesantes desde el punto de vista interdisciplinario. Aquí, la gama va desde los economistas neoinstitucionalistas (Williamson, Greif, North) a los antiguos economistas institucionalistas de la primera parte del siglo XX (Veblen, Commons y Mitchell en los Estados Unidos, así como Menger, Weber y Hayek en Europa) hasta los actuales sociólogos de la economía (Granovetter, Nee, Whitley,

¹⁰ Kasper/Streit (1998).

¹¹ Barzel (2002, 9).

¹² Por ejemplo, Hofstede (1980; 1983); dentro la misma categoría están todos los estudios sobre los “valores asiáticos” y, por supuesto, el clásico estudio de Weber sobre *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*.

Hollingsworth, Boyer y Soskice). En lo que sigue delineamos brevemente sus posiciones.

La nueva economía institucionalista, en particular Williamson,¹³ permanece cercana a la economía clásica excepto por la idea de que la racionalidad maximizadora es “limitada” (las preferencias y las oportunidades económicas son configuradas por procesos políticos y sociales colectivos) y por la relevancia que se atribuye a la confianza institucional. Tanto North como Greif¹⁴ —este último emplea modelos de la teoría de juegos— remiten a la importancia de la cultura, por los modelos mentales de percepción, y a las normas sociales, por su relevancia en la reducción de la incertidumbre. Los críticos consideran que este es un reconocimiento necesario pero insuficiente del ambiente institucional (exógeno) en la economía de los costos de transacción. Las creencias y las normas son relegadas a la caja negra de las restricciones informales.¹⁵ El enfoque es todavía más problemático por su desatención al poder y a las dependencias en las transacciones económicas.¹⁶ La antigua economía institucionalista ofrecía un conocimiento complementario: antes de Coase¹⁷ eran desconocidos los costos de transacción como mecanismo de regulación y los autores se apoyaban en hipótesis conductistas y en demandas de protección estatal. La relación entre los niveles de la acción y el sistema —todavía en la actualidad el núcleo de la investigación institucionalista— no sólo sigue sin resolverse (lo que es fundamentalmente cierto en la actualidad) —sino que— con la excepción de Hayek—¹⁸ sigue sin ser abordada.¹⁹ La sociología económica afirma examinar la manera en que las instituciones formales e informales se interrelacionan a fin de configurar el desempeño

¹³ Williamson (1985).

¹⁴ North (1990) y Greif (2005).

¹⁵ Nee (2005, 52).

¹⁶ Küpper/Felsch (2000, 315-332).

¹⁷ Coase (1937).

¹⁸ Hayek (1949).

¹⁹ Rutherford (1994).

de los actores económicos, al facilitar, motivar y constreñir su comportamiento.²⁰ Esto es lo que hacen también los economistas neoinstitucionalistas con un poder de explicación superior por lo que se refiere a la toma de decisiones macroeconómicas, pero la sociología económica (ya desde Weber y Polanyi) describe mejor el contexto (relacional, organizacional, comunitario y societal) en el que operan estas instituciones. Ambos enfoques son claramente compatibles y complementarios, en particular mediante el uso de un enfoque comparativo, como en la corriente denominada de las “variedades del capitalismo” y en los estudios sobre el desarrollo y la transformación.²¹

2. Ejecución de los contratos y protección de los derechos de propiedad

En la mayoría de los casos el cumplimiento de los contratos²² está garantizado por la reciprocidad y el interés mutuo en continuar las relaciones de negocios. Solamente más allá de estos aspectos bilaterales del contrato, muy debatidos, emergen los enfoques institucionales sobre la coordinación del mercado. Las instituciones son elementos externos a los actores y la estabilización de expectativas es lo que todas tienen en común. Esta estabilización es examinada en la investigación sociológica como problema del orden social y en la investigación económica como problema de los costos de transacción. Ambos enfoques muestran una imagen compleja de cómo se produce la coordinación, soporte y control de las transacciones de negocios en el mercado. Algunos de los elementos de tal estructura de soporte del mercado son nor-

²⁰ Nee (2005, 55-56).

²¹ Ogun (2004), con mayores referencias.

²² El cumplimiento de los contratos se encuentra en el centro de la mayoría de los capítulos de este volumen. A fin de evitar repeticiones, hacemos referencia a la bibliografía citada y analizada en ellos. El examen económico más influyente sobre la ejecución de los contratos es el de Williamson (1985; 2005), Greif (2005) y Dixit (2004). En su obra más reciente, Greif va más allá de una perspectiva estrecha sobre la ejecución de los contratos (Greif, 2006).

mas y estándares informales, rutinas, la reputación en comunidades estrechas, instituciones de resolución informal de conflictos, las normas jurídicas, los tribunales y los abogados. La sociología enfatiza cómo estos elementos están imbricados (*embedded*) en el entorno social del actor de negocios; la investigación económica subraya la elección racional entre ellos y elabora modelos de la teoría de juegos; la sociología jurídica aporta conocimiento empírico de cómo trabajan estas instituciones (resolución alternativa de conflictos, tribunales, abogados), cuáles dificultades se le plantean al individuo o actor de negocios para tener acceso a ellas, y si el soporte ofrecido se distribuye equitativamente entre los actores poderosos o sin poder. La sociología económica complica el cuadro al mostrar las variaciones entre los sistemas sociales de producción e intercambio. De acuerdo con estas disciplinas, las instituciones “son importantes”, y en lo particular son determinantes para el desempeño económico. Las instituciones pueden crear confianza y seguridad jurídica, o no hacerlo; impiden o facilitan las transacciones; pueden ser formales o informales, inestables o dependientes de su trayectoria (*path dependent*).

Este tipo de conocimiento ha sido producido recientemente, en particular en el contexto de las transformaciones en Europa del sur y del este, así como en Asia central. Si bien cualquier evaluación resulta difícil, la investigación pretende medir la calidad de las instituciones y con frecuencia prescribe reformas institucionales específicas. No está confinada a los discursos académicos, pero puede ser descubierta en las publicaciones de las organizaciones internacionales y de las instituciones de soporte a donadores. El Banco Mundial²³ ofrece un sitio Web sobre Instituciones Jurídicas de la Economía de Mercado, que no sólo cubre todos estos aspectos, sino que también defiende enfoques complejos de la reforma y recomienda realizar más investigación para abordar varias cuestiones difíciles y no resueltas. El sitio confiesa que en esta etapa es virtualmente imposible resolver la compleja y contingente relación entre los diferentes componentes de las institu-

²³ Véase <<http://go.worldbank.org/9OTC3P5070>>

ciones del mundo real. Previene contra la simple utilización de las características fácilmente observables de las instituciones formales (como el “derecho en los libros”). De acuerdo con el Banco Mundial, desatender las instituciones informales no sólo puede limitar el dominio de estudio, sino que también puede sesgar gravemente las conclusiones. En vez de promover una especie de optimismo del “Estado de derecho” que uno pudiera esperar del Banco Mundial, muchas páginas están dedicadas a informar de las experiencias con las estrategias de reforma: “lo que funciona y lo que no ha funcionado...”. Y si uno lee los estudios de caso, parece que la mayoría no ha funcionado...

Los estudios sobre ejecución de los contratos que subrayan el nivel de la acción seleccionan un aspecto (importante) de la estabilización de expectativas. Los actores pueden firmar o no contratos formales, hacer negocios dentro o más allá de las redes sociales, pueden comprar o fabricar bienes, recolectar o no toda la información disponible antes o durante la transacción, emplear a los abogados o evitar a toda costa hablar de derecho, ir a tribunales o retirar la demanda (“abandono”).

El segundo elemento examinado como prerrequisito para un mercado funcional es la protección de los derechos de propiedad, un aspecto insuficientemente estudiado y ampliamente subestimado como estructura de soporte para la estabilización de expectativas.²⁴ Este elemento tiene que ser explicado o especificado

²⁴ Buena parte del discurso sobre los derechos de propiedad está dedicado a los cambios históricos en las sociedades agrarias, donde los recursos naturales pasaron de la propiedad común a la individual (internalizando así las “externalidades”, como las actividades depredatorias) (véase por ejemplo, las contribuciones a Anderson/McChesney, 2003). No conozco enfoques más complejos que tengan en cuenta las estructuras de protección de los derechos de propiedad en una sociedad moderna y globalizada. Todavía poco específica pero más o menos cercana a lo que trato de demostrar en este ensayo es la siguiente definición: “Los derechos de propiedad se refieren a las relaciones de comportamiento sancionadas entre los agentes económicos en el uso de recursos valiosos. Estos derechos van desde el acceso y uso de los recursos naturales a la definición de la natu-

como seguridad jurídica, un término cuyo uso se justifica más adelante en este ensayo.

Además de las estrategias empleadas en la relación de negocios a fin de asegurar hasta donde sea posible las expectativas contractuales específicas (ejecución del contrato), el actor se apoya en estructuras complejas, y frecuentemente no percibidas u ocultas, que establecen la confianza impersonal.²⁵ El control social es efectivo en la acción económica más allá de las instituciones de ejecución contractual, la jerarquía y las relaciones sociales. En la medida en que las múltiples normas y las formas organizacionales del control social del riesgo y la desconfianza se vuelven relevantes, la elección racional es desplazada hacia el fondo. Lo que sigue es un intento de reseñar la bibliografía que explica el control social y el soporte de las transacciones de negocios, así como la parte del Estado y sus instituciones en su control y soporte.

La “organización social de la desconfianza” que señala Shapiro utiliza la teoría de la agencia²⁶ y se enfoca en la confianza. El artículo es una respuesta a Granovetter²⁷ y muestra que, además de la confianza personal, la acción económica se apoya fuerte-

mente del intercambio de mercado y a las relaciones de trabajo dentro de las empresas. Pueden asignar la propiedad a los particulares, grupos, o al Estado. Independientemente de la naturaleza de la asignación, los derechos de propiedad deben estar claramente especificados y deben ser respetados para ser efectivos, y el grado de especificidad depende del valor del activo al que cubren... Para los activos de valor relativamente bajo o en los casos en los que el número de partes es pequeño y donde hay una historia de interacción, las normas informales y las costumbres locales son suficientes para definir y proteger los derechos de propiedad. Tratándose de activos de elevado valor en los que el número de competidores es alto y en los que las nuevas entradas son comunes (de modo que las partes son heterogéneas y no tienen antecedentes de interacción o éstos son escasos), se hacen necesarias estructuras de gobernanza más formales, tales como derechos de propiedad definidos jurídicamente. En este último caso, el poder del Estado es necesario para complementar las restricciones informales sobre el acceso y el uso” (Libecap, 2003, 144).

²⁵ Shapiro (1987; 2005).

²⁶ Véase también Greif (2006, 10-11).

²⁷ Granovetter (1985).

mente en la confianza impersonal. La diferenciación social significa que todos los actores (los “principales”) en la sociedad hacen que otros (los “agentes”) desempeñen la mayoría de sus tareas por su cuenta. Las responsabilidades se dividen entre los miembros de una familia; los padres encomiendan sus hijos a profesionales tales como los maestros y mayordomos; los empleadores transfieren la custodia de su propiedad a los empleados. El dinero de uno se deposita en una cuenta de banco; los activos y las propiedades son encargados a los expertos, como los corredores de bolsa; la salud propia se pone en manos de los médicos; las incertidumbres futuras, en las de las compañías de seguros y los fondos de pensiones. Tanto los diarios como los científicos son agentes encargados de la producción de conocimiento; el mecánico es un agente que cuida de la seguridad de nuestro automóvil. Esta diferenciación social requiere una organización compleja de la protección contra el riesgo, así como mercados de producción de confianza, más allá de la estabilización de expectativas creadas por las relaciones sociales cercanas o el intercambio contractual. Junto con las organizaciones privadas y las profesiones, los gobiernos se encuentran entre los guardianes de la confianza que sustituyen al parentesco y la amistad cuando tratamos con extraños. Los contratos son la estrategia habitual por la cual los principales pueden asumir algún control sobre el comportamiento de quienes actúan por cuenta de ellos. Sin embargo, proporcionan solamente un control limitado sobre la relación de agencia, sobre las contingencias futuras y sobre el incumplimiento. Los agentes, más que los principales, establecen la agenda normativa: típicamente, los principales son “jugadores de un solo tiro” (“*one-shotters*”), mientras que los agentes son “jugadores habituales” (“*repeat players*”), con experiencia y poder. Susan Shapiro y otros²⁸ conciben la confianza como una construcción social. El control social de la confianza impersonal no es esencialmente jurídico ni se basa solamente en elecciones racionales por actores en busca de beneficios. Sin embargo, al explicar particularmente el comportamiento económico, los enfoques

²⁸ Zucker (1986), Luhmann (1979).

jurídicos y los económicos contribuyen a la comprensión de las estructuras y los mercados de producción de confianza. Además, hay que tomar en cuenta las variaciones culturales de la organización social de la desconfianza.

Algunos aspectos de la “organización social de la desconfianza” de que habla Shapiro son mencionados en la nueva economía institucional en términos de instituciones que reducen los costos de transacción; en la “vieja” economía institucional como instituciones que establecen orden y solidaridad orgánica; en la teoría de sistemas como estructuras que tienen el objetivo de reducir la complejidad del mercado; en la sociología jurídica como garantía jurídica que asegura el intercambio de mercado. Recientemente, los politólogos discuten la confianza institucional como prerrequisito de las democracias estables.²⁹ Pero observando esta bibliografía parece que la confianza impersonal recibe menos atención que la confianza personal. En términos muy generales, Williamson habla de “estructuras de derechos de propiedad jurídicamente sancionadas”,³⁰ Greif³¹ examina los “resultados tentativos” que indican que derechos de propiedad más seguros, un Estado de derecho más fuerte, y más confianza, están correlacionados con mejores resultados económicos”, y North se mantiene igualmente vago cada vez que menciona los derechos de propiedad:

Toda actividad organizada de los seres humanos implica una estructura que defina el “modo de jugar el juego”, ya sea una actividad deportiva o el funcionamiento de una economía. Esa estructura está hecha de instituciones – reglas formales, normas informales, y sus características de ejecución.³²

Las teorías existentes son sorprendentemente pobres, sin ninguna referencia a las múltiples maneras en que una economía desarrollada encuentra soporte en las instituciones (principal

²⁹ Hartmann/Offe (2001).

³⁰ Williamson (1985, 27).

³¹ Greif (2006, 6).

³² North (2005, 48).

pero no exclusivamente jurídicas).³³ Hay numerosos ejemplos, pero ningún esfuerzo sistemático para integrar este concepto en la sociología o la economía. Las razones de esta desatención son, como se ha observado frecuentemente,³⁴ que los economistas dan por sentada la infraestructura institucional que soporta a la economía de mercado. En todos los intentos para crear economías de mercado en los países en transformación de Europa oriental y Asia, los expertos occidentales³⁵ tenían que aprender que sin estructuras de soporte para el establecimiento y el ejercicio de los derechos de propiedad, las economías de mercado simplemente no pueden funcionar.

Sobre la base de esos ejemplos dispersos que ofrece la bibliografía,³⁶ es posible proponer la siguiente lista de elementos que

³³ Sin embargo, véase el análisis de Hadfield sobre el entorno jurídico de fondo que es necesario para el ordenamiento privado (Hadfield, 2009).

³⁴ Riese (1996, 422), Stiglitz/Walsh (2002, 494), Dixit (2004, 2).

³⁵ Como especulan Göhler y Kühn (1999, 18), este parece ser particularmente un problema de los expertos de los Estados Unidos. Los europeos tienen una larga tradición de teorización sobre el Estado y están más conscientes de la relevancia de la infraestructura estatal.

³⁶ El registro catastral es mencionado por Barzel (2002, 186) y Ogus (2004, 7); la protección y registro de los derechos de propiedad intelectual, las patentes, marcas y los derechos de autor, por Barzel (2002, 186), Riese (1996, 431), Ogus (2004, 2) y Swedberg (2003, 201, 204); la protección de secretos comerciales, por Riese (1996, 431); las hipotecas, los documentos de transacción y transporte, por Swedberg (2003, 201); las corporaciones como personas jurídicas, por Swedberg (2003, 201), Ogus (2004, 5) y Dietz (2002, 69); los procedimientos de quiebra, por Carruthers y Halliday (2007), Webb (1999, 167) y Ogus (2004, 5); los principios efectivos de responsabilidad, por Ogus (2004, 4); las instituciones privadas como los bancos, las compañías de seguros, por Dietz (2002, 69), los burós de crédito, las compañías de tarjetas de crédito, por Greif (2006, 49); la garantía estatal de los depósitos bancarios, por Webb (1999, 167); los organismos reguladores de las operaciones del mercado de valores, por Whitley (2003b, 20). Sin duda, sería fácil producir más ejemplos a partir de una investigación bibliográfica más amplia. El punto es que ninguno de los autores de la bibliografía económica o sociológica intenta ofrecer un cuadro complejo de la infraestructura institucional que requiere la economía de mercado. La si-

son necesarios para la protección social de los derechos de propiedad en cualquier transacción de negocios moderna:

- Garantías (constitucionales) contra la expropiación.
- Protección de la propiedad intelectual.
- Sistemas monetarios confiables.
- Sistemas bancarios y crediticios.
- Sistemas para la creación de sociedades mercantiles.
- Sistemas de valores.
- Regímenes de quiebra.

guiente lista, ofrecida por Ogus (2004, 8), es relativamente comprehensiva, aunque en un nivel más abstracto:

- Reglas publicadas y fácilmente accesibles.
- Reglas que sean razonablemente ciertas, claras y estables (lo que excluye decisiones de discrecionalidad no acotada).
- Mecanismos que aseguren la aplicación no discriminatoria de las reglas.
- Resoluciones obligatorias de un poder judicial independiente.
- Plazos limitados en los procedimientos judiciales.
- Sanciones judiciales efectivas.
- Cumplimiento y responsabilidad del gobierno y sus funcionarios en relación con las reglas relevantes.

Un consultor del Banco Mundial es el que más se aproxima a lo que queremos decir con el término de “infraestructura institucional para la protección de los derechos de propiedad” (Webb 1999, 162-163):

...mejoramiento de la capacidad y calidad de las escuelas de derecho; mejoramiento de los procedimientos para el licenciamiento de los abogados; desarrollo de sistemas de información jurídica; mejoramiento de la capacidad de elaboración de proyectos legislativos de los gobiernos; mejoramiento del arbitraje y de otros mecanismos alternativos de resolución de controversias; y mejoramiento de la comprensión pública del papel del derecho en una economía moderna. También damos bastante importancia al desarrollo y fortalecimiento de las instituciones que ofrecen, por un lado, servicios de registro público, como los registros comerciales, catastrales o de la propiedad personal, o que, por el otro, regulen las actividades comerciales privadas, como las comisiones de valores y los organismos reguladores de la competencia económica.

- Regímenes de responsabilidad contra daños a la propiedad.
- Instituciones de seguros.
- Protección penal contra el fraude, el robo, etcétera.
- Servicios profesionales (abogados, notarios, contadores, etcétera).
- Reglas sustantivas y procesales transparentes (por ejemplo, derecho contractual, procedimiento civil).
- Control de consistencia de las reglas (ciencia jurídica).
- Instituciones para la actualización permanente de las reglas (gobiernos, parlamentos, asociaciones).
- Instituciones de intermediación accesibles, competentes y confiables (burocracia, registros comerciales y catastral, oficinas de aduanas).

Por tanto, la gente de negocios necesita expectativas estables respecto de su derecho de propiedad (y del derecho de sus socios), del valor de la moneda, del acceso al crédito, de la confiabilidad de las transferencias bancarias, de las responsabilidades de las corporaciones, de la distribución de activos en caso de insolvencia, de la asegurabilidad de los riesgos, de las sanciones contra las conductas delictivas, de la asesoría competente de los profesionales, y de reglas adecuadas, consistentes, justas y eficientes. La gente de negocios depende también de la confianza en las licencias, los títulos profesionales, los estándares de calidad y los certificados públicos. Todo esto va mucho más allá de las expectativas contractuales que habitualmente se examinan en la bibliografía sobre cumplimiento de los contratos. Las expectativas contractuales pueden ser respetadas o hacerse cumplir, pero el intercambio puede descomponerse debido a la falta o las fallas de las estructuras de protección de los derechos de propiedad.³⁷

³⁷ Véase Berman (2005, 519): “el gobierno se encuentra siempre en el trasfondo, creando y haciendo cumplir las reglas de propiedad, de los contratos, de la responsabilidad civil o del trabajo, etcétera. Estas reglas

Finalmente, ¿cuál es la teoría institucional de la ciencia jurídica? Los juristas quieren que el derecho sea confiable, relativamente estable, que garantice autonomía y asegure las expectativas de cómo otros sujetos jurídicos se comportarán en el futuro. Esta es una postura normativa que a lo largo de la historia se ha basado en una amplia gama de suposiciones empíricas, políticas o ideológicas,³⁸ cuyas fuentes se encontraban en el conocimiento de las ciencias sociales en competencia. La competencia entre estas fuentes radica principalmente en diferentes explicaciones sobre el surgimiento de las estructuras protectoras de los derechos de propiedad y, en mucho menor medida, en sus hipótesis sobre la relevancia que tienen en la economía moderna. Nuevamente, la división se establece, por un lado, entre los economistas neoinstitucionalistas, quienes piensan que la información incompleta y la limitada capacidad mental de los seres humanos constituyen un problema para lograr mercados eficientes. Puesto que la información es costosa, las instituciones se forman para reducir la incertidumbre y para inducir a los actores a adquirir la información esencial que los conduzca a tomar opciones racionales. Por el otro lado, en la vieja economía institucional y en la sociología, el énfasis reside en la integración social y el establecimiento del orden. Una representante particularmente vigorosa de este último aspecto es la Escuela del Ordoliberalismo de Friburgo (Böhm, Eucken) antes, durante y después de la Segunda Guerra Mundial,³⁹ y que más tarde ejerció gran influencia en el surgimiento de la economía de mercado alemana y en los discursos sobre el derecho económico alemán. Ptak⁴⁰ cita a Franz Böhm con una vigorosa afirmación en este sentido: “Cuando hay un conflicto entre la libertad y el orden, entonces hay que dar preferencia incondi-

regulan inevitablemente la vida social al establecer y mantener el tipo de relaciones ‘privadas’ que se considere adecuadas o deseables. Y, por supuesto, dicha regulación siempre estará dirigida a la consecución de metas públicas”.

³⁸ Arnauld (2006).

³⁹ Ptak (2004).

⁴⁰ Ptak (2004, 99).

cional al orden”.⁴¹ Así, de acuerdo con la dogmática jurídica alemana de la actualidad,⁴² la libertad de la economía es conferida solamente bajo las condiciones impuestas u otorgadas por las disposiciones constitucionales o legislativas. El derecho (privado) es constitutivo para la economía, y se asume la correspondencia entre el sistema de mercado y la constitución jurídica de la economía.⁴³ Esta correspondencia se refiere en particular a la libertad de llevar a cabo actividades económicas, por un lado, y la protección y delimitación de los derechos de propiedad, por el otro.⁴⁴

Cualesquiera que sean los fundamentos teóricos, éstos no se hacen explícitos en los discursos jurídicos.⁴⁵ En general, se supone que el derecho debe ofrecer una estructura institucional compleja y coherente para una economía de mercado funcional. El derecho facilitador se encuentra en el núcleo de la educación jurídica, las controversias basadas en cuestiones de “derecho privado”

⁴¹ “Bei einem Konflikt zwischen Freiheit und Ordnung kommt dem Gesichtspunkt der Ordnung unbedingter Vorrang zu”. De acuerdo con Ptak, para Böhm, el régimen nacionalsocialista era una garantía bienvenida para el establecimiento de tal orden. Sin embargo, no es posible generalizar sobre las inclinaciones políticas de Böhm. Friedrich Hayek, quien fue también representante del ordoliberalismo, define el orden de un modo con el que podría estar de acuerdo cualquier institucionalista moderno: “un estado de cosas en el que una multiplicidad de elementos de diversas especies están relacionados entre sí de tal manera que podamos aprender, a partir del conocimiento de alguna parte espacial o temporal del todo, a formar expectativas correctas sobre el resto” (citado por Fleetwood 2001, 141). De hecho, como lo enfatiza Cubbedu (2002, 135), Hayek apenas se aparta de Coase y de North en las cuestiones teóricas sobre los costos de transacción y la incertidumbre. La diferencia es que Hayek agrega objetivos éticos que se consideran superiores a los procesos de la economía de libre mercado.

⁴² Badura (2005, 1-3).

⁴³ Mestmäcker (1978, 10, 13).

⁴⁴ Esta idea de un fuerte orden constitutivo de la economía es, sin duda, una perspectiva alemana particular, pero véase, por ejemplo, a James M. Buchanan como ejemplo de un enfoque estadounidense y la idea clásica de Adam Smith de que el derecho y las instituciones son la base de la sociedad (Buchanan 1976, 271, 273).

⁴⁵ Por ejemplo, Badura (2005).

forman la mayor parte de la carga de trabajo en los tribunales y son responsables de la “explosión de los litigios” en la mayoría de los países occidentales. Al menos desde un punto de vista jurídico y sociojurídico, la protección de los derechos de propiedad en el rango de la lista de elementos arriba citada se traduce mejor como garantía estatal de la seguridad jurídica. Incluso aquellos elementos que son organizados por actores económicos no estatales (como los bancos, las compañías de seguros, las profesiones jurídicas y otras, las cámaras de industria y del comercio), producen confianza principalmente gracias a la protección y supervisión por el Estado. La coherencia de las instituciones jurídicas es constantemente controlada por los juristas académicos, quienes escriben comentarios y producen propuestas para la reforma jurídica. En la medida en que crea seguridad jurídica, la coherencia es el resultado de la dogmática jurídica y la jurisprudencia, con variaciones entre culturas jurídicas respecto de su importancia relativa. Si las partes relevantes de la estructura institucional están “imbricadas” (*embedded*) en las relaciones sociales, cuando las comunidades y la costumbre (éste es el elemento de la cultura jurídica) se crean u organizan de modo privado, éstas permanecen fuera de esta supervisión dogmática de la consistencia, lo cual puede poner en peligro la seguridad. Esta ha sido una observación frecuente respecto de la estructura institucional de los países en desarrollo⁴⁶ o respecto de la práctica del arbitraje comercial.

3. Conclusiones provisionales

La estructura institucional que tiene por objetivo la coordinación del mercado consiste en elementos tanto formales como informales, tanto endógenos como exógenos. La coordinación de mercado puede lograrse en parte a través de las instituciones de ejecución contractual, además de un complejo conjunto de instituciones de protección de derechos de propiedad. Estas instituciones confor-

⁴⁶ Ogus (2004), North (2005).

man la infraestructura de un mercado, un marco que es constitutivo para cualquier intercambio antes, durante y después de que tiene lugar la transacción específica. A diferencia de la ejecución contractual, en la que predominan las instituciones privadas, los derechos de propiedad son un bien colectivo,⁴⁷ y como tales, están protegidos colectivamente. En una economía moderna de mercado, esta protección se logra predominantemente a través de una infraestructura *jurídica*, aunque las instituciones culturales tienen influencia y los patrones informales de implementación (de cultura jurídica) dan soporte u obstaculizan a las instituciones jurídicas en la creación de la confianza que requieren las relaciones de mercado. La importancia del derecho como elemento constitutivo significa que el Estado es un jugador central en el establecimiento del marco institucional de los mercados. Esta era al menos la situación antes de que los mercados se globalizaran cada vez más y de que emergieran nuevos actores y nuevas instituciones globales que reemplazaran o complementaran la infraestructura jurídica tradicional. En lo que sigue examinaremos lo que se sabe o se especula sobre una posible situación novedosa y sobre el papel que el Estado desempeña en ella.

II. TEORÍAS DEL CAMBIO

1. *Definición y límites del debate*

“Derecho y globalización” se ha convertido en un tema popular, pero la bibliografía se refiere en su mayor parte al derecho regulador, que no es objeto de este ensayo. Las teorías del cambio de las *estructuras de soporte* (jurídicas y no jurídicas) del mercado emergen lentamente y utilizan indicadores que son interpretados por la mayoría de los autores de la misma manera que en el campo de la regulación, es decir, en dirección al paradigma del “Estado débil”. Este será el primer debate que abordaremos, dejando

⁴⁷ Olson (1965).

la búsqueda de una teoría general del derecho facilitador (*enabling law*) y la globalización para el apartado final de este trabajo.

Este apartado tendrá que abordar dos problemas: explicar qué es lo que supone exactamente el cambio, y cómo se mide el supuesto cambio.

La bibliografía que hemos reseñado más arriba ofrece una buena idea del papel del Estado en el soporte del mercado. Este soporte es modesto en la ejecución contractual (con variaciones entre las culturas jurídicas) y elevada en la protección de los derechos de propiedad. Tomados conjuntamente ambos elementos de infraestructura institucional, los Estados desempeñan un papel importante en la creación de seguridad jurídica para las economías nacionales. En los países desarrollados y altamente industrializados, el Estado constituye, de manera directa o solamente “en la sombra”, el actor central en el establecimiento de las instituciones que ayudan al mercado a funcionar de manera ordenada y con reducción de costos de transacción. Este escenario puede haber cambiado con la globalización. El Estado nacional puede ofrecer menos soporte para las transacciones transfronterizas, debido a los límites del poder legislativo más allá del territorio del Estado. La teoría del cambio entonces se refiere a los intercambios globales, a una estructura institucional o cultura jurídica emergentes del mercado global. El Estado pierde poder en el soporte de las transacciones de exportación pero se mantiene como jugador clave en la economía nacional. Más ambiciosas son las teorías que suponen una transformación del Estado inclusive en el escenario tradicional de las economías nacionales. Las organizaciones internacionales, públicas o privadas, o los actores globales, como las empresas multinacionales, pueden ejercer influencia o presión sobre las instituciones internas, de manera que también hay cambios dentro de las fronteras del Estado nacional. Las teorías del derecho regulatorio se refieren en su mayoría a este último escenario, las teorías del derecho facilitador, al primero. Esta distinción será observada en la discusión que sigue. A menos que se señale lo contrario, nuestras teorías tratan de expli-

car los límites y los posibles cambios en el soporte jurídico de los intercambios transfronterizos. Las especulaciones sobre las repercusiones en los escenarios nacionales parecen extremadamente ambiciosas en la etapa actual de las investigaciones. Heydebrand y otros señalan que, una vez establecidas, las reglas transnacionales pueden influir en los arreglos jurídicos en el nivel nacional.⁴⁸ Cualquiera que sea la evidencia, las hipótesis parecen plausibles en el sentido de que los cambios observados y examinados en el contexto global deberían afectar al Estado en su función de soporte del mercado. Este enfoque va más allá de los estudios sobre fenómenos aislados comunes en la bibliografía de la ejecución contractual.

La medición del cambio no es problemática en el campo regulatorio. Cualquier regla, norma, estándar o directiva promulgada por organizaciones o regímenes globalmente activos, cualquier decisión adoptada por una administración o tribunal globales, debilita el poder soberano (westfaliano) del Estado nacional. A fin de describir los cambios, resulta suficiente contar las reglas globales y mantener un ojo en su efectividad. El cuadro es diferente en el área del soporte del mercado. Una nueva institución para el mercado global puede afectar, o no, las estructuras internas de soporte, puede privar o no de sus facultades legislativas al Estado nacional, puede sustituir el soporte estatal, o agregarle algo. Muchas de las nuevas estructuras de soporte globales son informales, discrecionales y de creación autónoma, pero sus equivalentes nacionales pueden compartir las mismas características. ¿En dónde está el cambio, entonces? En consecuencia, las instituciones que se supone que constituyen una nueva infraestructura global tienen que ser estudiadas una por una, y comparadas con el modo en que su función de soporte se realiza dentro de las economías nacionales. Un problema de medición relacionado, pero adicional, que hay que evitar a toda costa es la comparación de un modelo idealizado de infraestructura nacional con el modelo empírico identificado en el mercado global. Este frecuente error

⁴⁸ Heydebrand (2007).

típicamente conduce a hipótesis falsas sobre el papel del derecho, el cual, como nos indica la sociología jurídica, también es ambiguo, limitado y socialmente construido en el plano nacional. ¿Dónde está el cambio cuando la gente de negocios redacta un contrato complejo con una empresa extranjera del mismo modo que lo hacen dentro de las fronteras nacionales? ¿Se vuelve más autónoma la creación de normas cuando una rama industrial, con sus costumbres y bonos relacionales, se eleva al plano global? Finalmente, las instituciones que sean usadas como indicadores del cambio tienen que sobrevivir el examen de la protección de los derechos de propiedad. Puede ser que parezcan globales, pero que una inspección más próxima nos revele que son tan dependientes del soporte estatal como sus predecesoras nacionales.

2. *Indicadores*

En una etapa temprana de la formación de la teoría, se utilizan comúnmente los indicadores individuales para el desarrollo de hipótesis que más tarde se pueda falsificar o generalizar. Este es el estado del arte en el debate sobre la transformación del Estado, en general, y de los debates sobre derecho y globalización, en particular. Uno de los debates gira, como se señala más arriba, en torno a la transformación del soporte institucional para la economía global. Los indicadores usados con mayor frecuencia son los contratos, la abogacía internacional, la resolución de controversias, la *lex mercatoria* y el arbitraje. Sería fácil extender esta lista, pero será suficiente aquí para demostrar algunos de los problemas que enfrentan estos indicadores para la evaluación del papel del Estado en los negocios internacionales.

Los contratos son utilizados como indicadores centrales en el debate sobre la globalización del derecho, pero con propósitos opuestos. Por un lado, tenemos el contrato autoejecutable, “increíblemente detallado y plenamente investigado”⁴⁹ que tiene el objetivo de lograr un máximo de independencia frente al soporte

⁴⁹ Shapiro (1993, 44).

institucional, en general, y al soporte estatal y judicial, en particular. Las únicas estructuras de soporte son los despachos internacionales de abogados. Aunque por razones diferentes, los autores que creen en las relaciones y las redes de negocios también alegan el autocumplimiento contractual.⁵⁰ El contrato relacional es tan autosuficiente como el contrato complejo. Otra versión del paradigma del “Estado débil” es la hipótesis de la “compresión del espacio y el tiempo” de Scheurman,⁵¹ la cual niega que el Estado de derecho tenga gran importancia en los campos económicos de elevada concentración de capital (empresas multinacionales) y la rápida comunicación facilitada por las innovaciones tecnológicas.⁵² Por el otro lado, para los economistas neoinstitucionalistas, el contrato que goza del soporte de las instituciones formales (en particular, el derecho y los tribunales estatales) se considera la estructura de coordinación más eficiente⁵³ y, por tanto, la expectativa es que prevalezca también en la economía global. Martín Shapiro⁵⁴ está del lado de esta postura desde una perspectiva socio-jurídica. Shapiro observa una tendencia hacia una sociedad contractual (es decir, una tendencia que se aleja, “por razones que no creo entender”,⁵⁵ de las formas no jerárquicas de coordinación) que es dependiente de los abogados, jueces y el litigio. Su visión del futuro es la “americanización” del derecho,

⁵⁰ Whitley (2001), Appelbaum (1998).

⁵¹ Scheurman (1999; 2001).

⁵² Los trabajos de Scheurman parecen ser directamente relevantes para el tema de la “transformación del Estado”, por ejemplo, cuando escribe que “la globalización económica florece precisamente cuando dichas formas jurídicas (protecciones jurídicas mínimas) están ausentes” (Scheurman 1999, 264). Pero su argumento cubre solamente las incertidumbres de espacio y tiempo y no se ocupa de los problemas del oportunismo, que es la principal preocupación de los economistas institucionalistas. Además, se refiere principalmente a los contratos internacionales de una selección de jugadores globales, como las empresas multinacionales, los bancos y los corredores de divisas.

⁵³ North (1999).

⁵⁴ Shapiro (1993).

⁵⁵ Shapiro (1993, 40).

una economía global basada en el *common law* y en los procedimientos civiles contradictorios de estilo estadounidense. Whitley, en un ensayo más reciente,⁵⁶ apoya este punto de vista desde la posición de la sociología económica, al enfatizar las instituciones globales emergentes para la ejecución contractual. Finalmente, las instituciones financieras globales realizan grandes esfuerzos para el establecimiento de la seguridad jurídica contractual en las sociedades en desarrollo o en transformación, así como en las economías mundiales.⁵⁷ Sin embargo, no parece existir evidencia empírica convincente para cualquiera de estas controvertidas posturas. Todos los autores alegan con ejemplos seleccionados de acuerdo con sus necesidades. Un intento reciente para elaborar una perspectiva equilibrada, aunque con base en una pequeña muestra de empresas, no ofrece apoyo claro a ninguna de estas posturas.⁵⁸

A diferencia de las controversias contractuales, hay casi unanimidad y suficiente evidencia empírica en relación con el papel del (mega) despacho internacional de abogados. Se trata de un actor global relativamente nuevo, un actor central en los negocios y las finanzas internacionales, en fusiones y adquisiciones, e incluso en el derecho global emergente. Estos despachos asesoran a los gobiernos y en ocasiones redactan los proyectos de nuevas leyes comerciales.⁵⁹ Las burocracias son manipuladas, las legislaturas son objeto de cabildeo, y los tribunales estatales son obligados a resolver casos paradigmáticos. En la práctica jurídica cotidiana predo-

⁵⁶ Whitley (2003a).

⁵⁷ World Bank (2005).

⁵⁸ Sosa (2007).

⁵⁹ Véase, por ejemplo, Cooper (2000, 439): “la *American Bar Association* (ABA) tiene un Comité especial sobre Programas Internacionales de Asistencia Técnica Jurídica. El acento se pone en la redacción de nuevas leyes, códigos modelo para las operaciones comerciales, las quiebras e insolvencias, los impuestos y la protección de accionistas. La ABA ha tenido algún éxito en el campo, con su Iniciativa para el Derecho de Europa Central y del Este, por la cual unos cinco mil jueces y abogados han estado implicados en asistencia *pro bono* para la redacción no sólo de nuevos códigos civiles, sino también de códigos penales y constituciones.

minan los contratos complejos y autoejecutables, las coinversiones (*joint ventures*), los asuntos corporativos y fiscales transfronterizos, y los convenios de licencias y distribución.⁶⁰ Las sofisticadas transacciones del mercado global de capitales, las privatizaciones y el financiamiento de proyectos son llevados a cabo casi como si se tratara de una rutina. Cada vez más despachos medianos de abogados ingresan en el mercado internacional y muestran también cierta independencia ante el derecho y la cultura jurídica de sus países de origen.⁶¹ Todo eso es indicativo de un cambio, pero no necesariamente en dirección a la hipótesis del Estado débil. Existe una clara tendencia hacia la americanización del ejercicio profesional internacional, también una tendencia hacia el derecho como gran negocio, hacia la abogacía creativa, el uso estratégico y agresivo del derecho en las relaciones de negocios, hacia enfoques altamente comerciales y pragmáticos. La bibliografía, escrita frecuentemente por abogados postulantes, enfatiza este estilo estadounidense del ejercicio profesional en todo el mundo, tanto en las filiales de los despachos de los Estados Unidos, como en los británicos y los continentales. Todo ello parece afectar las prerrogativas estatales, pero lo que sucede probablemente es una transformación de los modelos continentales, latinoamericanos y asiáticos hacia el modelo de Estado, más descentralizado, de los Estados Unidos. Los despachos internacionales de abogados no parecen ser un buen indicador de una transformación general del Estado nacional hacia el pluralismo jurídico global. Lo que indican es el poder del *common law* y la hegemonía de los Estados Unidos en el mercado global.

La resolución de controversias tiene una larga tradición como indicador de las cualidades de un sistema jurídico, y ha auxiliado a los antropólogos a entender el orden normativo de las comunidades tribales. Los sociólogos del derecho también la han utilizado para comprender al “derecho en acción”, y sirve a los economistas como *pars pro toto* para analizar la generación de costos de

⁶⁰ Silver (2000), Flood (2001).

⁶¹ Sosa (2009).

transacción y la eficiencia de las instituciones. Los debates recientes sobre el derecho y la globalización también siguen esta tradición, al estudiar, por ejemplo, los procedimientos de resolución de controversias en la Unión Europea, la OMC o el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) en lo que se refiere a controversias regulatorias, y los múltiples modos de resolución de conflictos en las transacciones comerciales en lo que hace al cumplimiento de los contratos. Si bien la evidencia proporcionada por este indicador resulta dudosa (una controversia es un evento relativamente raro e incluso excepcional en la práctica social y jurídica cotidiana), no parece haber muchos esfuerzos en los debates actuales para investigar el mecanismo del orden (en oposición al conflicto) en la vida diaria y a sacar conclusiones a partir de este cuadro, menos dramático, de la vida social. Las teorías del cambio y la transformación del Estado comparan las tendencias ya sea en dirección de la resolución formal de controversias (judicialización) o en la dirección opuesta hacia la resolución informal (formas alternativas de resolución de conflictos, o RAC), llegando en ocasiones a conclusiones sobresimplificadas sobre el Estado de derecho, debido al limitado valor del indicador. Cuestionar estos enfoques no nos llevaría muy lejos. En cambio, hemos escogido dos enfoques representativos para ilustrar el alcance teórico de los indicadores de resolución de controversias. Uno es la compleja teoría socio-jurídica de Heydebrand⁶² sobre el ascenso del informalismo procesal, que será contrastada con las teorías sobre las economías emergentes, las cuales alegan que la única ruta viable para tener éxito en la competencia de la economía global es la adopción de las instituciones judiciales (occidentales).

Heydebrand representa la afinidad de la sociología del derecho con los elementos informales, no estatales, del orden social, mientras que las teorías sobre las economías emergentes son representativas del fuerte movimiento epistémico y práctico que observa y promueve un cambio de las instituciones de so-

⁶² Heydebrand (2003; 2007).

porte de mercado, de lo relacional a lo formal. Ambos enfoques ofrecen un acervo impresionante de evidencia empírica en su favor, mostrando las tendencias históricas que apuntan en la dirección de sus hipótesis, y utilizando los métodos comparativos. Al mismo tiempo, ninguno de ambos enfoques analiza los datos que apuntan en la dirección opuesta. Heydebrand observa un cambio desde el Estado nacional basado en el derecho hacia una gobernanza basada en la racionalidad procesal negociada, en estrategias informales, privatizadas, pragmáticas y oportunas para la solución y el manejo *ad hoc* de las crisis. Sus ejemplos y sus datos provienen predominantemente de los sistemas jurídicos nacionales, pero dichos cambios y tendencias son presentados como una consecuencia de las tendencias globales hacia la justicia sustantiva, la racionalidad procesal, la lógica de la negociación, el “*soft law*”, los procedimientos suaves, la regulación suave o la autorregulación, que han surgido a partir de los años ochenta y noventa. Los procedimientos suaves (*soft procedures*) han estado surgiendo en las redes transnacionales de tipo social, político, económico y jurídico. Dichas redes regulan los intercambios y la economía globales, y se encuentran específicamente vinculados a la nueva globalidad, “en la que va en aumento la necesidad de gestionar la indeterminación global”.⁶³ La visión de Heydebrand se apoya en la transición histórica entre el Estado centrado en el ejecutivo del siglo XX hacia el Estado desnacionalizado y el “derecho” informal y privatizado de la actual ronda de la globalización.⁶⁴ Un cuidadoso estudio que confirma esta tendencia en el campo del cobro transfronterizo de créditos ha sido llevado a cabo por Budak.⁶⁵ Si bien esta tendencia es interpretada generalmente como expresión del debilitamiento del Estado, Heydebrand hace referencia también a las “funciones

⁶³ Heydebrand (2003, 329).

⁶⁴ Heydebrand (2003, 339); pero véase su discusión de la evidencia contraria en Heydebrand (2007, notas 4 y 5).

⁶⁵ Budak (1999).

latentes” de la justicia informal de las que habla Richard Abel,⁶⁶ las cuales consisten en la gestión del conflicto, la denegación de reparación, la redistribución de los recursos estatales, el impulso a los intereses de los profesionistas, y la legitimación del Estado y del capital. A diferencia de la mayoría de las interpretaciones, Abel identifica la expansión, más que la reducción, del control del Estado a través de los procedimientos informales de resolución de controversias. Estado fuerte o débil a través del informalismo —los datos de Heydebrand sugieren el ascenso del procesamiento alternativo de conflictos, pero él utiliza principalmente estadísticas de los juicios en los Estados Unidos para el estudio de las tendencias correlativas en la judicatura—. La RAC puede haberse incrementado en algunas áreas, los asuntos judiciales en otros (o ambos pueden haberse incrementado al mismo tiempo). Las generalizaciones con base en la experiencia de los Estados Unidos parecen problemáticas. La mayoría de los países se queja de las elevadas cargas de trabajo judiciales e informan sobre tasas litigiosas crecientes (recientemente inclusive en el este y el sureste asiáticos). La observación de Heydebrand en el sentido de que “en la cuna del derecho civilista (Italia, Francia y Alemania), las tendencias al informalismo pueden ser más débiles que en Escandinavia, el Reino Unido y las sociedades reformadas de Europa del este y el sureste que recibieron la influencia del *common law* de los Estados Unidos después de 1989”,⁶⁷ se interpreta como “inercia institucional”.⁶⁸ Esta perspectiva es cuestionada por el Banco Mundial y los expertos jurídicos occidentales, quienes montan iniciativas que tratan de contrarrestar los efectos duraderos y presuntamente corruptores de los informalismos. El movimiento de “derecho y economía”, los economistas institucionalistas, y en algún grado también los sociólogos de la economía, defienden las ventajas económicas de la orientación normativa. La “inercia institucional” se atribuye, en dichos enfoques, a

⁶⁶ Abel (1982).

⁶⁷ Heydebrand (2007, 118-119).

⁶⁸ Heydebrand (2007, 111).

las tradiciones culturales, que resisten o socavan el surgimiento de estructuras judiciales, procedimientos y burocracias formales que sean observantes del Estado de derecho.

Nichols propone una teoría de las economías emergentes, las cuales define como sociedades en las que las instituciones comerciales están transitando desde una orientación relacional hacia una formal.⁶⁹ Las nociones contractuales son utilizadas como indicador de la orientación de diversos sistemas jurídicos entre estas dos variables. Este enfoque se basa en North y otros neo-institucionalistas, quienes creen firmemente en los mecanismos formales de soporte al mercado y, particularmente, en los tribunales estatales como la forma más confiable y predecible de resolución de controversias y de creación de seguridad jurídica. Ello legitima a una industria completa de expertos que estudian los sistemas de administración de justicia débiles, corruptos e ineficientes, y proponen cambios para su mejoramiento.⁷⁰ La economía global, como otra economía emergente, también ha atraído alguna curiosidad. Además de los enfoques doctrinales (en los campos del derecho internacional privado y el derecho uniforme), hay algunos estudios sobre el uso de la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías,⁷¹ y de los tribunales nacionales para la resolución de controversias transfronterizas,⁷² los cuales describen la relevancia de la resolución formal (judicial) de conflictos, pero no predicen explícitamente un cambio hacia un papel más activo de los tribunales en las controversias transfronterizas. Esta última hipótesis es desarrollada por Slaughter⁷³ y Whitley.⁷⁴ Slaughter menciona a los candidatos obvios (el Tribunal Europeo de Justicia, el Tribunal

⁶⁹ Nichols (1999).

⁷⁰ Buscaglia (1997), Sáez García (1998), Cooper (2000), Nagle (2000). Véase un panorama en Fix-Fierro (2006).

⁷¹ Bonell (1990), Twibell (1997), Bailey (1999), Gordon (1998).

⁷² Gessner (1996b), Freyhold (1996), Stammel (1998).

⁷³ Slaughter (2000).

⁷⁴ Whitley (2003a).

Europeo de Derechos Humanos), pero también ofrece ejemplos de cooperación entre tribunales de distintas jurisdicciones en casos de quiebras, de reuniones y redes internacionales entre jueces, y llega a una “visión de una comunidad global de derecho, establecida no por la Corte Internacional de La Haya, sino por los tribunales nacionales colaborando conjuntamente alrededor del mundo”,⁷⁵ un diálogo entre los cuerpos judiciales de la comunidad mundial. Sin embargo, la evidencia empírica es escasa, a pesar de esta visión (compartida por generaciones de juristas) y no obstante algunos ejemplos dispersos que pueden dar soporte a la teoría del cambio hacia la futura emergencia de estructuras de resolución de conflictos más formales para las transacciones de negocios en la economía global.

La *lex mercatoria* como estructura autónoma (no estatal) de soporte⁷⁶ para la economía global ha tenido un glorioso pasado antes de la llegada del Estado nacional,⁷⁷ pero es una cuestión controvertida determinar si puede observarse su resurgimiento junto con la globalización de la economía y como consecuencia de la misma. En el campo de los escépticos se encuentran los juristas académicos, las organizaciones internacionales y los abogados activos en la unificación del derecho, aunque sin hacer intentos de evaluación empírica,⁷⁸ y en la elaboración de una doctrina del derecho global. Un reciente esfuerzo empírico muestra

⁷⁵ Slaughter (2000, 1114).

⁷⁶ La mayoría de los autores hacen referencia a la *lex mercatoria* como estructura de *sopORTE* para los negocios internacionales. El término de “derecho transnacional” es más amplio, en la medida en que se refiere también a los elementos *regulatorios* de las normas globales. El debate gira en torno a la autonomía de las instituciones de la *lex mercatoria* frente al Estado nacional y no debe malentenderse como debate sobre la existencia de una multitud de órdenes normativos globales. Resulta engañoso llamar a los escépticos de la *lex mercatoria* “tradicionalistas”, partidarios de las nociones westfalianas de centralidad estatal. La mayoría está consciente de que está surgiendo un mosaico de normas globales y solamente articulan dudas sobre por qué dar el estatus de derecho a algunos elementos de este mosaico

⁷⁷ Greif (2006).

⁷⁸ Wiener (1999).

que las normas de la *lex mercatoria* tienen escasa o nula relevancia en los contratos internacionales.⁷⁹ Quienes están a favor de este argumento,⁸⁰ mencionan normas formales (como las promulgadas por la Cámara de Comercio Internacional u organizaciones comerciales) y colecciones de principios contractuales universales (como los Principios Lando), pero también contratos (contratos autoejecutables, formas estándar, condiciones generales), comunidades estrechas de comerciantes (como los comerciantes de diamantes) e incluso convenciones internacionales (como la CCIM y otras convenciones de UNCITRAL). Teubner⁸¹ se refiere a una sustancia normativa indeterminada de la *lex mercatoria* que surge de “los procesos comunicativos en un campo social dado que observan la acción social bajo el código binario legal/ilegal”.⁸² Obviamente, los elementos que en la discusión se mencionan como parte de un sistema jurídico autónomo son extraños compañeros de viaje. Algunos de estos elementos emergen simplemente de la garantía de la libertad contractual por parte del Estado, algunos son relacionales (y, por tanto, difíciles de definir como *lex*) y otros son de origen estatal (las convenciones internacionales). Las normas comerciales (formales e informales) son las que más se aproximan a una estructura autónoma de soporte, pero su existencia tampoco es nada novedosa y son reconocidas como jurídicamente relevantes en la mayoría de las leyes comerciales de los estados.⁸³

⁷⁹ Drahozal/Naimark (2005, 249-250).

⁸⁰ Berman/Kaufman (1978), Berger (1996; 2001), con mayores referencias.

⁸¹ Teubner (1997b).

⁸² Teubner (1997b, 14).

⁸³ El artículo 2 del Uniform Commercial Code (UCC) de los Estados Unidos dispone que los usos comerciales, el comportamiento en el curso de los tratos y la ejecución, “otorgan significado particular y complementan o califican los términos de un acuerdo”. El artículo 9 de la Convención sobre el Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías (CCIM) dispone, de manera similar, que “las partes están obligadas por cualquier uso que hayan acordado o por cualesquiera prácticas que hayan establecido entre ellas”, incluyendo cualquier “uso de que tengan conocimiento las partes o que debieran haber conocido y que sea ampliamente conocido

A diferencia de la mayoría de los demás elementos⁸⁴ de lo que este enfoque denomina *lex mercatoria*, estas normas comerciales son bien conocidas y están bien documentadas (en las publicaciones comerciales). Menos conocida es su relación con el derecho estatal, al cual pueden complementar o sustituir, o ser aplicadas solamente de modo ocasional.⁸⁵ Los procesos comunicativos globales de que habla Teubner parecen difíciles de distinguir respecto del habla sobre actos legales/ilegales en el ámbito nacional. Todo lo que es en verdad nuevo en este campo de la estructura pluralista de soporte comercial es su promoción por una gran comunidad de académicos⁸⁶ como una especie de sistema jurídico “sin Estado”.⁸⁷ A pesar de sus problemas de definición y la casi completa carencia de evidencia empírica sobre su autonomía respecto del derecho estatal, existe una avalancha de estudios que,

en el comercio internacional y regularmente observado por las partes en los contratos del tipo implicado en el comercio particular de que se trate”. Conforme a tales disposiciones codificadas, los jueces buscan directamente lo que sea costumbre en el comercio o entre las partes al resolver cualquier controversia. Una estipulación similar puede encontrarse en el § 356 del Código de Comercio alemán.

⁸⁴ Las comunidades estrechas también están bien documentadas (Bernstein 1992; Richman 2006; Landa 1981). Su fuerza como estructura de soporte deriva principalmente de los mecanismos de reputación y, en mucho menor medida, de las normas autónomas. El término *lex mercatoria* puede ser engañoso como herramienta analítica para la interpretación de estos fenómenos. Además, algunas publicaciones recientes (como el semanario *Der Spiegel*, núm. 20, 2006, 136) indican que la supervivencia de las comunidades estrechas es incierta bajo la presión de la competencia y el cambio en las estructuras de mercado.

⁸⁵ Berger (1996).

⁸⁶ No queremos especular sobre sus motivaciones, pero suponemos que hay un trasfondo político común (neoliberal). Resulta significativo que los sociólogos de la economía no parezcan estar participando activamente en esta construcción social de la *lex mercatoria*. Lo que más conocen es la pluralidad de orientaciones normativas y sus variaciones entre culturas. La idea de un conjunto *autónomo* de normas dentro de la sociedad es ajeno a la sociología económica y probablemente lo sea también para las demás disciplinas sociológicas.

⁸⁷ Teubner (1997a).

“de manera contrafactual, le dan existencia hablando de ella”,⁸⁸ lo que por sí mismo puede inducir un cambio hacia el desarrollo y reconocimiento de estructuras globales autónomas.⁸⁹

Una definición más amplia y precisa de *lex mercatoria* es la que utiliza un grupo de juristas académicos dentro de los llamados *Critical Legal Studies* (CLS), la cual se abstiene de dar por supuesta su autonomía y apunta hacia el papel activo de las empresas privadas que construyen instituciones o al menos ejercen influencia en su práctica.⁹⁰ Además de las empresas privadas, en particular las empresas transnacionales, la autoridad privada sobre la creación de derecho y la solución de controversias es ejercida por abogados particulares y sus asociaciones, las empresas de asesoría fiscal y contable, los bancos, las aseguradoras, los representantes de organizaciones internacionales y los funcionarios de gobierno, lo que conduce a “diversos espacios jurídicos superpuestos, interpenetrados y mixtos en nuestras mentes tanto como en nuestras acciones”.⁹¹ Si la “interlegalidad es la clave de la concepción postmoderna del derecho”,⁹² la ficción de un derecho comercial autónomo es sustituida por una concepción neomarxista de un orden creado por una clase gerencial transnacional.⁹³ Los estados, las burocracias y los funcionarios estatales son parte de esta estructura hegemónica, cooperando con los actores privados en la constitución de un ambiente favorable al mercado. La transformación que observa esta escuela es la opuesta del paradigma del Estado débil que suponen los enfoques sobre la *lex mercatoria* arriba citados. Es la transformación que lleva del Estado de bienestar hacia el Estado hiperliberal.⁹⁴ El problema de este enfoque

⁸⁸ Calliess (2002, 207).

⁸⁹ Las religiones se construyen socialmente de igual manera. Por tanto, Zumbansen (2004, 198) se refiere correctamente al debate como una guerra religiosa.

⁹⁰ Santos (1995), Cutler (2003), Robé (1997), Muchlinski (1997).

⁹¹ Santos (1987, 297).

⁹² Santos (1987, 300).

⁹³ La escuela de CLS hace referencia a Cox (1987).

⁹⁴ Cox (1987).

es que compara la realidad de una sociedad con el tipo ideal de otra. El papel activo de las empresas y organizaciones comerciales, así como la intervención política de la “mercadoocracia” (Cutler) en los procesos legislativos y de generación de normas en todos los niveles es un fenómeno común en todos los sistemas jurídicos estatales y no debería sorprender en la economía global y los negocios internacionales. Ciertamente hay diferencias (más y diferentes actores, nuevas formas de cooperación estatal-privada, nuevas formas de derecho), pero Cutler, quien describe tan bien la interlegalidad global emergente, utiliza un modelo sorprendentemente idealizado para describir el derecho en el Estado nacional.⁹⁵ El derecho comercial de la manera definida por Cutler es un fenómeno tan ubicuo que no parece ser un buen indicador de la transformación del Estado.⁹⁶

Si el negocio del arbitraje internacional es utilizado como ejemplo de un emergente “derecho global sin Estado”, resulta importante hacer notar que son extremadamente raras las cláusulas arbitrales en las que las partes escogen la *lex mercatoria* como derecho aplicable,⁹⁷ y sólo se conocen unos cuantos casos en que los laudos han recurrido a la *lex mercatoria* como derecho aplicable cuando las partes no han pactado en tal sentido.⁹⁸ Pero el arbitra-

⁹⁵ Cutler (2003, 18, 141-178). Véase en Berman (2005) una visión socio-jurídica del derecho en el contexto del Estado nacional. Cuando habla de la visión del siglo XIX del Estado nacional soberano, agrega: “en la medida que en realidad haya existido”.

⁹⁶ Las posturas críticas de Cutler se beneficiarían de la observación de las diferencias cruciales entre las funciones de regulación y de soporte del derecho. Los problemas regulatorios que surgen en relación con la elite comercial son innegables. Pero, ¿qué hay de malo en facilitar la vida económica y reducir las incertidumbres del mercado? Las estructuras de soporte tienen principalmente por objetivo a las empresas medianas y pequeñas. Las compañías transnacionales no requieren el derecho comercial representado por los contratos estandarizados, el crédito documentario o el derecho uniforme, como la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Su comercio global se lleva a cabo principalmente como comercio interno entre sus filiales.

⁹⁷ Drahozal (2000), Drahozal/Naimark (2005, 249-250).

⁹⁸ Los siete casos están listados en Drahozal (2000, nota 229).

je internacional es utilizado *per se* como indicador de las teorías sobre la transformación del Estado:

En buena medida, las partes en las transacciones internacionales escogen someter a arbitraje sus eventuales controversias no porque el arbitraje sea más simple que el litigio judicial, ni porque sea más barato, así como tampoco porque sea “definitivo y obligatorio” y, por tanto, sustancialmente irrecusable, ni porque los árbitros cuenten con mayores conocimientos especializados y relevantes que los jueces nacionales, aunque cada uno de estos factores puede ser de interés; recurren al arbitraje sencillamente porque ninguna de ambas partes desea que sus derechos y obligaciones sean declarados por los tribunales del Estado nacional de la otra parte. Así, el arbitraje internacional es en buena medida un sustituto del litigio ante los tribunales nacionales.⁹⁹

Un primer matiz de esta afirmación se refiere a las decisiones tomadas por las partes. La mayoría de las controversias internacionales llevadas antes los tribunales nacionales no tienen origen contractual¹⁰⁰ y, por tanto, en la práctica no son susceptibles de arbitraje.¹⁰¹ El arbitraje es escogido típicamente a través de cláusulas compromisorias que parecen ser usadas con mucha frecuencia en los contratos internacionales.¹⁰² Puesto que el arbitraje es confidencial y, por lo general, no se publican los laudos, no hay cifras confiables. Se supone que el arbitraje “general” que ofrecen las instituciones de arbitraje —este arbitraje institucional es formal y cercano al tipo de resolución que produciría el litigio judicial— está limitado a unos pocos conflictos complejos con

⁹⁹ Drahozal (2000, 95), citando a un abogado y árbitro internacional.

¹⁰⁰ Freyhold (1996, 73-74), Gessner (1996b, 164).

¹⁰¹ Esto explica en parte la confusión sobre la frecuencia de los asuntos arbitrados. El número de cláusulas arbitrales en los contratos no se refleja en las cargas de trabajo de los tribunales judiciales o arbitrales. Se puede especular que las controversias contractuales son llevadas con más frecuencia a los tribunales arbitrales, mientras que los asuntos no contractuales son litigados ante los tribunales internos.

¹⁰² Drahozal (2006, nota 1).

elevadas cuantías. Además de los procedimientos formales ante las instituciones arbitrales, existe un número desconocido de arbitrajes ofrecidos por organizaciones comerciales a través de procedimientos menos formales, en los cuales se resuelven controversias con cuantías menos elevadas. Tomadas conjuntamente, parece justo estimar que ha habido un incremento considerable en el número de asuntos arbitrados en las últimas décadas,¹⁰³ si bien parecen bastante exageradas las estimaciones en la bibliografía, en el sentido de que el arbitraje internacional constituye actualmente “el” método ordinario y normal para la resolución de controversias en el comercio internacional.¹⁰⁴ Resulta difícil determinar si estos casos arbitrados son “desviados” de las jurisdicciones nacionales, o si nunca habrían sido planteados ante los tribunales estatales. Lo que se sabe es que los tribunales nacionales resuelven un número sorprendentemente elevado y posiblemente en aumento de casos internacionales.¹⁰⁵ La información

¹⁰³ Drahozal (2006, 233). Pero véase Konradi (2009), quien informa de un decremento dramático de arbitrajes en la industria de la madera.

¹⁰⁴ Tres mil solicitudes de arbitraje presentadas ante la Cámara de Comercio Internacional en un periodo de diez años no parece constituir una carga de trabajo muy impresionante. Pero Cutler (2003, 26) hace referencia a otras 120 instituciones privadas de arbitraje (aunque menos importantes).

¹⁰⁵ Sobre Alemania, véase Gessner (1996b); sobre los Estados Unidos: Freyhold (1996); sobre Italia: Olgiati (1996). Los tres países comparados en este proyecto muestran una proporción similar —de dos a tres por ciento— de asuntos internacionales en las cargas de trabajo de los tribunales nacionales. Si bien estas cifras son bajas en comparación con las tasas de exportación de los tres países, resultan sorprendentemente elevadas respecto de las estimaciones que se encuentran en los estudios promocionales del arbitraje. Los estudios de expedientes judiciales citados sí establecieron una diferencia entre asuntos comerciales y no comerciales. Entre los asuntos comerciales en Alemania, diez por ciento eran de carácter internacional. Se estimó en 1996 que, sumando todos los asuntos civiles de primera instancia en los quince estados integrantes, cada año se inician entre 100 y 200 mil demandas en la Unión Europea (Freyhold, Gessner y Olgiati 1996, 269). Hay razones para sospechar que están sesgadas las elevadas estimaciones sobre el número de asuntos arbitrales, a fin de promover el lucrativo negocio del arbitraje.

que se requiere para sustentar sobre terreno sólido la hipótesis de la transformación implica la comparación cualitativa y cuantitativa entre las controversias de negocios internacionales ante los tribunales arbitrales y ante las jurisdicciones nacionales.¹⁰⁶ A pesar de las deficiencias que existen a este respecto en el conocimiento empírico,¹⁰⁷ el arbitraje internacional ha surgido como el argumento estándar a favor de alguno de ambos paradigmas: el Estado débil¹⁰⁸ o el Estado hiperliberal fuerte.¹⁰⁹

3. *Alcance limitado de los indicadores*

Todos los indicadores de una transformación del Estado que se han examinado arriba son altamente controvertidos. Algunas veces se controvierte el supuesto cambio, pero lo más frecuente es la falta de evidencia empírica, y hay una tendencia general a describir los fenómenos jurídicos globales sin ofrecer un cuadro realista de cómo funciona el derecho en el ámbito nacional. Al comparar los fenómenos sociales observables *tanto* a nivel global como nacional el “cambio” puede resultar menos drástico o desaparecer del todo. Por tanto, no existe un consenso teórico general ni suficiente evidencia empírica de que el soporte de la economía por el Estado nacional esté cambiando de modo significativo en virtud de las prácticas contractuales de los negocios

¹⁰⁶ Los estudios promotores del arbitraje evitan cualquier referencia a los asuntos judiciales internacionales referidos en la bibliografía jurídica. Un reciente manual sobre el derecho del comercio internacional hace referencia en 33 páginas a no menos de mil 300 asuntos internacionales ante las jurisdicciones inglesas solamente (Chuah, 2005).

¹⁰⁷ La información recopilada por Dezalay y Garth (1996) tiene un foco diferente. Los autores están interesados en las luchas de poder entre los árbitros, quienes, a la vez que compiten entre sí por los asuntos arbitrados, promueven cooperativamente el creciente uso del arbitraje y convencen a los actores estatales para aceptar el uso del arbitraje, en lugar de recurrir a los tribunales.

¹⁰⁸ Zürn (2001), Berger (2001b), Lehmkuhl (2003).

¹⁰⁹ Cutler (2003, 225-240).

internacionales, de las actividades de los despachos internacionales de abogados, de la resolución informal de controversias, del pluralismo jurídico global, o del recurso a los árbitros internacionales. Las especulaciones en dirección hacia los paradigmas del Estado débil o del Estado hiperliberal fuerte son excesivamente ambiciosas, resultan prematuras o carecen de fundamento en la actualidad.

Además —y este es el punto principal de este ensayo—, tales especulaciones subestiman las complejidades de los sistemas sociales, en general, y de los sistemas sociales de producción, en particular. Los elementos particulares, como los examinados más arriba, están imbricados (*embedded*) en una red socioestructural que no necesariamente cambia en la misma dirección. Por el contrario, con la inherente dependencia de su trayectoria (*path dependency*), el ambiente estructural intentará ya sea reducir la velocidad del cambio, o crear nuevas estructuras que compensen la pérdida de un factor coordinador.

Los indicadores arriba analizados son, sin excepción, indicadores de la ejecución de los contratos. Como lo hemos mostrado, se trata de un aspecto importante, aunque no único, del soporte institucional de la economía. El segundo aspecto lo constituyen esas estructuras invisibles que la mayoría de las veces se dan por descontadas, pero que son indispensables para el funcionamiento de la economía: las estructuras de protección de los derechos de propiedad. Como quiera que sea que se celebren, se cumplan o se hagan cumplir, los contratos se apoyan en expectativas estables en relación con el estatuto jurídico de las partes, sus títulos de propiedad, y su legitimación para la compraventa. Además, las expectativas se basan en infraestructura no jurídica, como los bancos, las oficinas postales, las cámaras de comercio, los organismos de normalización, etcétera. Estas estructuras de soporte actúan conjuntamente con la ejecución contractual como si fueran vasos comunicantes: si la ejecución contractual goza de un bajo nivel de soporte, la protección de los derechos propiedad puede elevarse a fin de alcanzar un nivel suficiente de certeza y

confianza, o a la inversa. La economía italiana parece ofrecer un buen ejemplo de una deficiente ejecución contractual (desde los tiempos romanos), pero una fuerte protección (más social que jurídica) de los derechos de propiedad. En los estados en transformación de Europa, pero también en América Latina, observamos la situación opuesta: las importaciones occidentales han establecido toda suerte de instituciones modernas de ejecución contractual, pero las economías sufren todavía de incertidumbre y falta de confianza porque se ha prestado escasa atención a otros elementos institucionales modernizadores, como los registros, el derecho societario, el derecho de la responsabilidad civil, el control de la delincuencia, los seguros, el mercado de valores, etcétera, que tienen el propósito de proveer la infraestructura necesaria. Similares efectos comunicativos son discernibles en la economía global, pero no hay investigaciones que examinen ambos tipos de instituciones de soporte: la ejecución contractual y la protección de los derechos de propiedad.¹¹⁰ Tomemos el arbitraje: esta forma privada de ejecución contractual no sólo tiene el soporte del derecho estatal (reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales) y en varios países está organizada a través de instituciones de arbitraje públicas o semipúblicas (Rusia, China) o de tribunales de reclamaciones (Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos), sino que también goza del soporte de la doctrina jurídica que se esfuerza vigorosamente por introducir los principios de *ordre public* y generar mayor transparencia y consistencia en este campo del derecho. Los laudos utilizan argumentos jurídicos desarrollados en la comunicación jurídica nacional, al tiempo que dan por sentada toda la infraestructura jurídica y no jurídica que se menciona más arriba. ¿Dónde está la transformación del Estado si fuera cierto que la gente de negocios prefiere el arbitraje al litigio judicial?

Sin embargo, la transformación del Estado debido a los cambios que se producen en la economía global es una hipótesis ge-

¹¹⁰ Ambos aspectos son al menos mencionados en Shihata (1997) y, *en passant*, en Cutler (2003, 35).

neral que no debemos descartar en este capítulo. La evidencia es fuerte en el campo de la regulación, pero escasa en el ámbito de la seguridad jurídica. Cualquier hipótesis en este último campo de conocimiento requiere cubrir tanto la ejecución contractual como las instituciones de protección de los derechos de propiedad. La parte restante de este ensayo se ocupará de las teorías que parecen ser suficientemente complejas para satisfacer nuestra curiosidad.

III. HACIA LA FUSIÓN DE LAS SOCIOLOGÍAS ECONÓMICA Y JURÍDICA

Tanto la sociología económica como la sociología jurídica contribuyen a los debates actuales sobre la transformación del Estado y los aspectos del ordenamiento jurídico y privado, la primera al observar el contexto, la segunda al agregar la sustancia. Se encuentran en el centro entre los enfoques económicos (incluyendo la nueva economía institucional) con sus paradigmas de la racionalidad y el mercado, y los enfoques jurídicos con su estrecho foco en la coordinación a través del derecho y las burocracias estatales. Ambos han desarrollado una serie de herramientas de investigación, a saber, enfoques empíricos, comparados, culturales, micro y macroeconómicos, así como históricos y políticos (que se refieren a las luchas de poder sobre la constitución y el cambio de las instituciones). Y alcanzan un nivel suficiente de complejidad en relación con nuestro interés al distinguir entre regulación y soporte, ejecución contractual y protección de los derechos de propiedad, elección racional y obligación, mercado y jerarquías, y cuando mantienen a la vista todos los actores relevantes que pueden tomar parte, o no, en la coordinación de la economía.

La Figura 5 en la página 302 se basa en el conocimiento de la sociología económica,¹¹¹ complementado por lo que los sociólogos del derecho conocen sobre la práctica del derecho y el ordena-

¹¹¹ Hollingsworth/Boyer (1997a).

miento privado. La figura ilustra las múltiples formas de coordinación económica en los sistemas sociales de producción e intercambio y los ubica dentro del campo regulatorio. Cada uno de estos mecanismos de coordinación tiene su propia lógica, sus propias normas e ideologías. El propósito de Hollingsworth y Boyer es demostrar la interrelación de todos los modos de coordinación y explicar las variaciones de esas constelaciones en las sociedades capitalistas. Ellos desalientan los enfoques que buscan tendencias hacia un arreglo institucional universal o una convergencia hacia el modelo estadounidense. Una clasificación frecuentemente utilizada para describir el papel del Estado en los sistemas de negocios es la que distingue entre Estados regulatorios, Estados desarrollistas dominantes, Estados corporativos de negocios y Estados corporativos incluyentes,¹¹² cada uno de los cuales desarrolla formas distintivas de organizar el entorno institucional de la economía. Si bien desde el punto de vista democrático o distributivo es posible defender las preferencias entre estos modelos, de acuerdo con la sociología económica no tienen apoyo las hipótesis en el sentido de que es posible acomodarlos en escalas de eficiencia y racionalidad. No parece existir un único modo óptimo para lograr el crecimiento económico,¹¹³ no al menos si tomamos como variables las categorías arriba citadas. Otros estudios de sociología económica tienen más éxito en explicar el crecimiento económico mediante el uso de variables más específicas, como los lazos sociales que vinculan al Estado con la sociedad,¹¹⁴ o el grado de incorporación de las características weberianas de las estructuras burocráticas (reclutamiento meritocrático y carreras predecibles para los servidores públicos). En una muestra de 35 países en desarrollo se encontró evidencia de que el crecimiento es promovido por una burocracia estatal weberiana.¹¹⁵

¹¹² Whitley (2003b), Hall/Soskice (2001).

¹¹³ Boyer/Hollingsworth (1997).

¹¹⁴ Evans (1995).

¹¹⁵ Evans/Rauch (1999).

Si bien el Estado es representado sólo por un cuadro en la Figura 5,¹¹⁶ y su relevancia para la economía varía, como todos los demás elementos del modelo, la sociología económica (más que la sociología jurídica) enfatiza no sólo su importancia actual en todos los sistemas sociales de producción e intercambio, pero también en el futuro de una economía cada vez más globalizada. Para Whitley,¹¹⁷ el entorno internacional de los negocios es solamente otro modelo de un entorno particularista, con su peculiar infraestructura institucional que consiste de organismos nacionales, regionales o globales, asociaciones de comercio transfronterizo, grupos *ad hoc* de grandes empresas, intermediarios financieros, despachos internacionales de servicios a los negocios, asociaciones profesionales y técnicas, y ONG militantes. “Cuando tienen éxito, estos esfuerzos pueden generar un sistema común de reglas y procedimientos que rigen las actividades económicas a través de todo el mundo capitalista industrializado”.¹¹⁸ Estas reglas supuestamente rigen los contratos a través de las fronteras nacionales y establecen estándares técnicos y estándares que gobiernan los derechos de propiedad, el control corporativo y el comportamiento competitivo. Son administradas por comunidades epistémicas que incluye a funcionarios de gobierno, a fin de desarrollar las “mejores prácticas internacionales”.¹¹⁹ Whitley habla de la expansión de los organismos reguladores internacionales y de una tendencia internacional hacia reglas y procedimientos más formales, pero tiene cuidado de no tomar posición en el debate entre los para-

¹¹⁶ Esto puede resultar sorprendente para los enfoques que suponen, erróneamente, que el “Estado débil” y las formas de ordenamiento privado son consecuencia de la globalización. Que el Estado nacional es el único coordinador del comportamiento económico (o de cualquier otro) siempre ha sido una ficción. También la invención jurídica de una *nueva lex mercatoria* en el comercio global está perdiendo plausibilidad si la coordinación comercial no estatal a través de obligaciones es común en los sistemas nacionales de producción e intercambio.

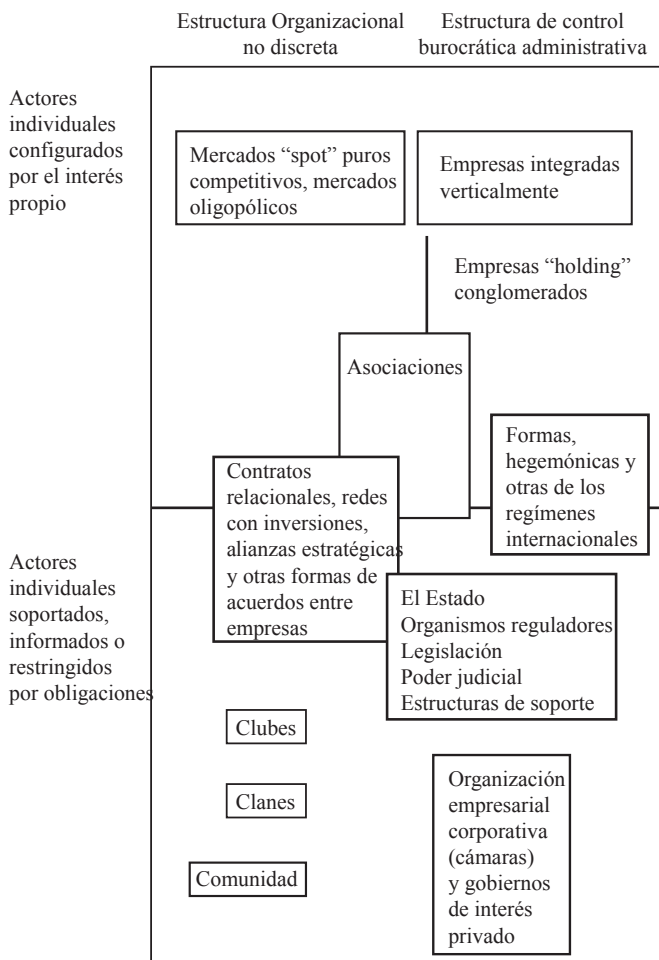
¹¹⁷ Whitley (2003a).

¹¹⁸ Whitley (2003a, 113).

¹¹⁹ Whitley (2003a, 117).

digmas del “Estado débil” y el “Estado fuerte hiperliberal”. Lo que espera como futuro del entorno internacional de los negocios podría ser —al menos en buena medida— consecuencia de las actividades del Estado nacional.

Figura 5
Modos de coordinación del mercado



En cambio, Fligstein¹²⁰ adopta una clara posición a favor de la continuación del papel dominante del Estado nacional en la economía globalizada. Si bien hay que tener en mente que el modelo de Estado de Fligstein es la estructura descentralizada y relativamente débil del gobierno de los Estados Unidos, esta obra reciente es, por mucho, el estudio más elaborado que existe sobre el marco institucional de los mercados y logra superar las barreras disciplinarias entre los enfoques económicos, sociológicos y politológicos.

La posición de Fligstein difiere de los enfoques económicos en cuanto sostiene que los actores económicos “son totalmente dependientes de los arreglos sociales para obtener ganancias” y que “sin leyes, sin estados y sin la capacidad de encontrar métodos legales, no depredatorios, de competencia, las empresas no pueden existir”.¹²¹ Difere de la mayoría de los enfoques politológicos al argumentar que la idea de que la globalización socava el control estatal de los mercados es una hipótesis dramática que todavía tiene que ser sometida a comprobación. “No hay evidencia de que se esté reduciendo la provisión, por el Estado, de condiciones estables e institucionales a los actores del mercado”.¹²² Existen cuatro tipos de reglas que son relevantes para la producción de estructuras sociales de los mercados: los derechos de propiedad, las estructuras de gobernanza, las reglas de intercambios, y las concepciones del control. El término de estructuras de gobernanza se refiere a las reglas generales en una sociedad que definen la competencia y la cooperación y el cómo deben organizarse las empresas. Las concepciones del control son patrones culturales —en su mayoría específicos de las industrias— sobre “cómo las cosas funcionan en un ámbito particular del mercado”.¹²³ Fligstein denomina su enfoque como “político-cultural”, porque la creación de esas “reglas de interacción

¹²⁰ Fligstein (2002).

¹²¹ Fligstein (2002, 23).

¹²² Fligstein (2002, 192).

¹²³ Fligstein (2002, 35).

estable”¹²⁴ se encuentran influidas por la cultura y porque las diferencias actuantes en distintas sociedades reflejan los arreglos de poder particulares que existen cuando las sociedades entran en el proceso de industrialización.¹²⁵

A diferencia de la mayoría de los otros enfoques (incluyendo los debates sobre la globalización del derecho en la sociología jurídica), Fligstein es escéptico sobre la globalización, pues cree que a pesar de las fuerzas globalizadoras, las economías se organizan principalmente a través de empresas que permanecen radicadas en un sistema nacional particular de derechos de propiedad y gobernanza.¹²⁶ Este sistema produce estabilidad y, por tanto, riqueza para los propietarios y administradores de las empresas, personas que todavía recurren a la ayuda de las autoridades nacionales. Fligstein presenta también alguna evidencia estadística contra la hipótesis de la globalización: en 1996, el 83 por ciento del producto mundial total de 35 billones de dólares era nacional, no internacional. La expansión del comercio mundial es lenta: en 1914, la proporción del comercio en la economía mundial era de 14 por ciento, y de 16.9 por ciento en 1996. “Existen miles (¡y quizá cientos de miles!) de mercados en el mundo, y resulta difícil imaginar que todos ellos fueran atropellados de repente por participantes de todas las sociedades capitalistas”.¹²⁷ La actual inestabilidad en los intercambios globales es un fenómeno de un mercado en formación. “La ‘empresa en red que aprende’ (*networked, learning firm*) es un problema para tratar estos problemas. En esencia, hace de un vicio una virtud”.¹²⁸

Fligstein evita las falacias de las teorías sobre la transformación del Estado arriba examinadas. Su enfoque es complejo en la medida en que apoya sus argumentos en elementos estructurales de los sistemas sociales de producción que otros sencillamente dan

¹²⁴ Fligstein (2002, 61).

¹²⁵ Fligstein (2002, 65).

¹²⁶ Fligstein (2002, 213).

¹²⁷ Fligstein (2002, 192).

¹²⁸ Fligstein (2002, 225).

por descontados. Y habla de las estructuras de poder y el interés de las elites políticas por dominar la economía, un aspecto que visiblemente está ausente en la mayoría de los demás enfoques. Se podría argumentar en contra de su manera de matizar las tendencias globalizadoras y se podría apuntar hacia los campos de interacción económica global que muestran una proporción globalizada superior al 16.9 por ciento de la actividad económica. Aún así, su afirmación en el sentido de que las actuales incertidumbres son transitorias y típicas de los mercados emergentes siguen siendo motivo de reflexión. El “Estado débil” puede ser un proyecto neoliberal, ideológico o estadounidense,¹²⁹ o una exageración bajo la impresión de los problemas regulatorios en contraste con los de la infraestructura. En el campo del soporte institucional de la economía, resulta llamativo que Fligstein subraye que las estructuras estatales son cruciales y no tienen alternativa. En lugar de dar prematuramente la espalda a la infraestructura del Estado nacional para la economía y estudiar las configuraciones no estatales alternativas, merece la pena intentar primero buscar los elementos de adaptación producidos por los gobiernos para enfrentar los desafíos globales. Las formas alternativas de coordinación pueden seguir siendo relevantes, particularmente en los ámbitos más globalizados de la actividad económica. Los datos agregados de Fligstein sobre la baja importancia de los intercambios globales no pueden ocultar el hecho de que algunas ramas (por ejemplo, las actividades basadas en la Internet) han perdido en buena medida sus raíces nacionales; que algunos actores, como los despachos internacionales de abogados, han surgido como actores clave en los negocios internacionales, y que la tecnología de la información en algunas ramas globalmente activas ha transformado radicalmente la organización empresarial y la supervisión de las relaciones de intercambio. Su dependencia de la infraestructura y la seguridad jurídicas provistas por el Estado no es comparable a las empresas nacionales ni al comercio ex-

¹²⁹ Fligstein (2002, 220).

terior tradicional. Pero Fligstein probablemente advertiría contra la generalización de estas observaciones.

La discusión y la investigación futuras tendrán que tomar en cuenta la “radicación” de los actores económicos en las estructuras de coordinación del Estado nacional que Fligstein da por supuestas sin ofrecer mayor evidencia. Las cifras de intercambios económicos que ofrece, según las cuales el 83 por ciento es predominantemente nacional, no son suficientes, ya que esto no se refleja en el comportamiento económico de cada uno de los actores económicos. Algunas empresas son obviamente muy globales, otras lo son menos o no lo son para nada. Los discursos sobre la globalización se enfocan solamente en las primeras, y estas empresas globales pueden haber perdido en buena medida sus raíces nacionales. Fligstein hace referencia al total de intercambios económicos, los que entonces parecen menos globalizados y más radicados en la estructuras del Estado nacional. Los investigadores futuros deberían señalar más explícitamente el tipo de empresa de la que hablan y ofrecer alguna evidencia del grado de globalidad (comercio exterior) en las actividades de esa empresa. Si existen, como lo suponen los “globologistas” (Fligstein), un gran número de empresas con actividades exclusiva o predominantemente globales, la siguiente pregunta de investigación tendría que ser determinar si forman una comunidad global de negocios (o varias de ellas) con sus propias estructuras, estilos de comunicación y patrones de comportamiento. Desde un punto de vista empírico, hay que operacionalizar los tres aspectos, de manera que la radicación o la globalidad de una empresa y la formación de una comunidad global de negocios se vuelven mensurables a través de los indicadores apropiados.

La sociología jurídica tiende a examinar de manera más cuidadosa que la sociología económica cómo se implementan las políticas de los estados, cómo trabajan las burocracias y los jueces, y cómo se negocia y se hace cumplir el derecho de los contratos. El análisis de Fligstein les otorga más peso a estos análisis socio-jurídicos y supera así la brecha entre la sociología económica y los estudios jurídicos tanto teóricos como empíricos. Puesto que

la historia del derecho es una historia de transformaciones, resulta obvio observar más transformaciones y utilizar para este efecto a la investigación sociojurídica, la cual no ha hecho otra cosa durante casi un siglo. Existe conocimiento teórico que también puede aplicarse a las transformaciones que se producen como reacción a la globalización y, por supuesto, existen teorías de gran alcance, con sus ambiciosas afirmaciones. Lo preferible es que el conocimiento sea más específico y que esté empíricamente validado. Por lo que se refiere a la transformación de la infraestructura estatal para el soporte de los procesos de intercambio globalizados, en lugar (o además) de estudiar el ordenamiento privado, se puede buscar aquellos procesos de lenta adaptación que se producen dentro de las infraestructuras jurídicas. La economía evolutiva parece ser una buena candidata, y la investigación en esta dirección, en cooperación con los enfoques socioeconómicos, ya parece estar en marcha.¹³⁰ Desde la sociología jurídica, se puede utilizar dos teorías de alcance intermedio como ejemplos en apoyo de la hipótesis de Fligstein, en el sentido de que el Estado nacional, al estar reaccionando continuamente a los nuevos desafíos, permanecerá como estructura central de soporte de la economía global. La primera es la teoría de Kagan¹³¹ sobre la estabilización sistémica, es decir, el desarrollo de instituciones económicas y sociales de gran escala para mejorar las condiciones que producen conflictos individuales o para ofrecer soluciones administrativas colectivas, en lugar de soluciones caso por caso. La evidencia empírica ha sido tomada del campo del cobro de créditos, que se ha estabilizado en los Estados Unidos en un largo proceso histórico, a través de reformas al sector bancario, la oferta de seguros tanto a los deudores como a los acreedores, la diversificación del mercado crediticio y la disponibilidad de procedimientos concursales. Como consecuencia de la reforma de las leyes y los cambios fundamentales en el sistema económico y social (llamada racionalización jurídica), los litigios para el cobro

¹³⁰ Freiling (2009).

¹³¹ Kagan (1984).

de créditos han declinado de manera dramática. Parece posible observar procesos similares de racionalización en los campos del intercambio económico y la resolución de controversias globales. El segundo ejemplo es la teoría de Edelman sobre la internalización organizacional del derecho,¹³² la cual se agrega a los actuales debates sobre la creación autónoma de normas en las grandes organizaciones y las empresas transnacionales, un aspecto no irrelevante en nuestro contexto que encaja en el enfoque estatocéntrico de Fligstein. Estas grandes empresas crean sus propios órdenes jurídicos privados, al utilizar el procesamiento alternativo de controversias como internalización de los procedimientos judiciales, y al emplear abogados internos como expertos jurídicos cuasi-neutrales. Al “legalizar” sus propias relaciones externas e internas, amplían el imperio del derecho (distinguiendo entre lo “legal” y lo “ilegal”) y contribuyen (en su propio interés) a la eficiencia del sistema jurídico. Edelman agrega alguna evidencia adicional a las proposiciones político-culturales de Fligstein.

IV. CONCLUSIONES

Los estudios de caso en el volumen coordinado por Gessner¹³³ ofrecen ejemplos interesantes del paradigma del ordenamiento privado y parecen indicar que el papel crucial del Estado en la provisión de seguridad contractual parece estar desapareciendo. Los megadespachos internacionales de abogados trabajan conjuntamente con los abogados, los contadores y agencias calificadoras locales para la estructuración de inversiones inmobiliarias que jamás se crearían conforme al derecho local.¹³⁴ Los despachos internacionales medianos de abogados escogen entre diferentes soluciones jurídicas con base en distintos sistemas jurídicos y las combinan con diversos elementos no jurídicos, creando para sus clientes de mediano tamaño un nivel de confianza y predeci-

¹³² Edelman (1999).

¹³³ Gessner (2009a).

¹³⁴ Flood/Skordaki (2009).

bilidad que ellos difícilmente lograrían en el contexto de una pluralidad de órdenes jurídicos estatales en competencia.¹³⁵ Puesto que los tribunales estatales son incapaces de hacer cumplir confiablemente los contratos de venta de diamantes, las redes étnicas, en las que predominan los comerciantes judíos, logran todavía en buena medida —a pesar de las actuales presiones— ofrecer certeza contractual, porque sus instituciones comunitarias son capaces de hacer efectiva la gobernanza extrajurídica.¹³⁶ El comercio de la madera se apoya en sanciones relacionales, pero también en sofisticados contratos estandarizados y en arbitrajes que relegan la asesoría jurídica y el litigio a los eventos excepcionales.¹³⁷ Los intercambios internacionales en la industria del *software* se rigen principalmente por las tecnologías de la información y la comunicación. Su capacidad y velocidad de transferencia se ha incrementado a tal punto, que las empresas pueden monitorear la mayoría de las acciones de sus contrapartes en tiempo real. Además, los estándares de calidad ofrecen una referencia normativa para las controversias, de modo que el derecho y el litigio pasan a un segundo lugar.¹³⁸

Estos estudios de caso se han escogido a propósito como ejemplos de las actividades con una elevada proporción en el comercio mundial. No representan, ni pretenden hacerlo, al comerciante o profesional promedio que —como enfatiza Fligstein— está radicado predominantemente en las instituciones normativas nacionales y que solamente de manera ocasional se aventura en el mercado global. Como puede esperarse, los actores de los estudios de caso forman una comunidad global de negocios (de hecho, varias de ellas) con sus propias estructuras, estilos de comunicación y patrones de comportamiento. Sin embargo, más allá de su falta de representatividad, estas observaciones difícilmente pueden utilizarse como evidencia de una economía global emer-

¹³⁵ Sosa (2009).

¹³⁶ Bernstein (1992), Richman (2006; 2009).

¹³⁷ Konradi (2009).

¹³⁸ Dietz/Nieswandt (2009).

gente sin soporte jurídico institucional. La ejecución contractual sigue estando, en un grado sorprendentemente elevado, estructurada por el derecho estatal y, en una medida menor, por los tribunales estatales como una especie de sanción remota en la sombra. Algunos órdenes supuestamente autónomos están legalizando de hecho las ramas comerciales mediante la imitación del derecho estatal. Y todos los actores económicos observados dependen de la protección estatal de sus derechos de propiedad. En lugar de ofrecer evidencia de un derecho transnacional o comercial emergente, los estudios de caso sencillamente proponen algunos ejemplos más de las variedades del capitalismo, ejemplos que son o también podrían ser generados en los sistemas de intercambio internos. Sin embargo, cuestionar algunas de las variantes extremas de la hipótesis del orden privado no necesariamente nos conduce a rechazar el paradigma del Estado débil. El potencial institucional del derecho estatal observado en nuestros cinco estudios de caso no deriva de actividades estatales o las reformas al derecho internacional privado,¹³⁹ o innovaciones en los sistemas judiciales, sino de las decisiones adoptadas por los abogados internacionales, las asociaciones empresariales, los árbitros y las empresas globales, quienes hacen uso del derecho estatal de una manera no sistemática, guiadas no por valores superiores sino por los intereses económicos. El derecho sigue siendo importante, pero el Estado pierde el control de su aplicación, implementación y adaptación a las nuevas circunstancias.

Como se ha señalado antes, esta descripción de un perfil relativamente bajo del Estado en los cambios jurídicos globales se asemeja a la cultura jurídica de los Estados Unidos. Desde el punto de vista de los ciudadanos del mundo del *common law*, no hay nada fundamentalmente nuevo en la gobernanza del comercio internacional. Las europeas continentales y otras culturas jurídicas romanistas están enfrentando cambios hacia estructuras más complejas, es decir, más plurales y menos jerárquicas, y un menor soporte o influencia del Estado en sus intercambios globales.

¹³⁹ Wai (2005).