

ESTADO, DERECHO Y CAPITAL.

Los análisis económicos del derecho*

State, Law and Capital: an economic analysis of law

Eduardo Rodríguez Martínez**

RESUMEN

El presente artículo tiene un doble objetivo: de un lado, quiere entender las conceptualizaciones que sobre el derecho manejan los campos neoliberales y neo institucionales y, de otro lado, entender como estos dos campos constituyen un noviazgo indisoluble en lo que respecta a la organización del mercado, el papel de las instituciones y el funcionamiento del Estado como marco de regulación social. La hipótesis que esta investigación maneja es que el derecho y el sistema legal cumplen un papel protagónico en la organización del mercado, en la medida en que deben asegurar la predecibilidad y el cumplimiento de los contratos, elementos esenciales de los costos de transacción. A partir de estos postulados, en las conclusiones se sugieren algunos debates sobre el tema de las crisis del capital, que nos haría dudar de estos esfuerzos del mercado por obtener su equilibrio.

Palabras clave: Derecho, globalización, economía, instituciones, crisis.

ABSTRACT

This article is twofold: on one hand, it tries to understand the insights of law entrenched by neoliberal and neo-institutional fields and, on the other hand, to grasp how these two fields constitute an indissoluble relationship in regard to market organization, the role of institutions and the mapping of the State as the framework of social regulation. The hypothesis of this research

Fecha de recepción: 2 de mayo de 2013. Fecha de aceptación: 27 de marzo de 2014.

* Este artículo es resultado del proyecto de investigación titulado “Significación Social y Política de las conceptualizaciones sobre el Derecho Natural” que se desarrolló dentro del marco institucional de la Facultad de Derecho de la Universidad La Gran Colombia.

** Abogado. Magíster en sociología. Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad La Gran Colombia. Profesor asociado de la Universidad Nacional de Colombia.

is that the law and the legal system have a key role in market organization, as they must assure predictability and contract compliance, which are essential elements of transaction costs. These postulates pave the way for some conclusions in which some debates of capital crisis are suggested. The debates foster questions about the efforts made by the market so as to obtain equilibrium.

Keywords: Law, globalization, economics, institutions, crisis.

INTRODUCCIÓN

En el campo de la teoría jurídica de finales del S.XX se advierte un cambio profundo en las transformaciones de los ordenamientos legales como nuevas conceptualizaciones sobre el carácter y naturaleza del derecho dentro del orden social productivo, más próximo al fenómeno de la globalización o mundialización del derecho¹. En primer lugar, advertimos una crisis recurrente del derecho positivo², particularmente de corte kelseniano; de otro lado, la pos modernidad enfrenta serios problemas de legitimación y eficacia del derecho.

De suerte, que los problemas que enfrenta la teoría jurídica contemporánea está sin duda asociada a los requerimientos que le impone el escenario de las nuevas relaciones sociales productivas, a la revolución científico técnica, a la aparición del trabajo inmaterial como tendencia hegemónica del trabajo vivo³ y, sin duda, al impacto que el nuevo orden global produce al Estado Nación y, especialmente, al concepto de soberanía jurídica heredadas del liberalismo jurídico y político⁴.

De allí, que podemos apreciar los esfuerzos de pensadores como Habermas y Luhmann que pretenden reconstruir el sistema de derechos bajo la perspectiva de dotarle al sistema jurídico nuevos sistemas de legitimación. En la

1 RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto y otros. *Globalización del Derecho Administrativo Colombiano*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2011, págs. 3-40.

2 RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Eduardo. "¿Por qué el derecho positivo está en crisis?" en *Revista Iusta*, No. 35. Bogotá: Facultad de Derecho. Universidad Santo Tomás. 2011, págs. 101-125.

3 MONCAYO, Víctor Manuel. "Las ciencias sociales desafiadas por el capitalismo". En *Revista Ciencia Política*, No. 10. Departamento de Ciencia Política. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2010.

4 NEGRI, Antonio y HARDT, Michael. *Imperio*. Bogotá. Ediciones desde abajo. 2001, págs. 49-60. Ver también: NEGRI, Antonio. *La fábrica de porcelana. Una nueva gramática de la multitud*. Barcelona: Paidós. 2008, págs. 79-99.

perspectiva de Habermas⁵, la producción jurídica debe apelar al concepto de opinión pública para que esta esfera se comprometa parcialmente con los procesos de producción del derecho. Esta situación compromete o requiere una crítica al sistema de la representación política propia al de la democracia liberal desde la formulación de lo que él considera la democracia deliberativa o democracia radical. En la perspectiva de Luhmann⁶ se advierte el reconocimiento que se le da al entorno del derecho como elemento que vuelve más complejo la interpretación y aplicación del derecho. A pesar que los sistemas legales tienen una capacidad de adaptación a los requerimientos de su entorno, gracias a que son autopoieticos y autorreferenciales, éstos buscan la simplificación de las demandas del entorno incorporando principios básicos de racionalización que se encuentran presentes en las demandas por derechos. De la misma manera, encontramos las tesis formuladas por Teubner quien caracteriza el derecho de la globalización como un derecho suave o *Soft Law* debido en parte a las transformaciones que vienen operando en la reconfiguración del Estado mediante los desarrollos de la gobernanza.

Sin embargo, a mi juicio existe una corriente que rápidamente se ha venido abriendo camino como es el caso de la denominada escuela de estudios económicos del derecho. Podríamos afirmar que las reformas a la administración de justicia en Colombia han tenido su inspiración en estos desarrollos. Como bien lo analiza el Profesor Jaime López de Mesa⁷, las reformas a la justicia en la década de los 90´ están organizadas dentro de una matriz abiertamente neoliberal, bajo los principios de la eficiencia económica de la justicia y el derecho. Al analizar la aparición de mecanismos contemporáneos de resolución de conflictos se puede advertir que las nuevas figuras como la conciliación, el arbitramento, los jueces de paz, la vigencia de la denominada *Lex Mercatoria*, etc., están parcialmente diseñados para operar como contra tendencias que permitan superar los obstáculos que les puede presentar la conflictividad social.

En otras palabras, algunos diseños institucionales de las transformaciones del derecho y la justicia pretenden acelerar los ciclos productivos gracias a la elaboración de mecanismos legales que promuevan la desaceleración de las dinámicas sociales. Estas tendencias sin duda están inaugurando un nuevo modelo o paradigma jurídico. Todavía no es muy claro que estas transformaciones a la

5 HABERMAS, Jurgen. *Facticidad y Validez*. Madrid: Editorial Trotta. 1998, págs. 407 y ss.

6 LUHMANN Niklas. *Sociología del Derecho*. Universidad Libre. Facultad de Filosofía. Bogotá. 2012.

7 LÓPEZ DE MESA, Jaime. "Las raíces neo institucionales de las reformas a la justicia en Colombia". En: RODRÍGUEZ MARTÍNEZ. José Eduardo. *De crisis en Crisis; limitaciones de los cambios a la justicia en Colombia*. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia - SUI. 2012, págs. 183 y ss.

justicia, organizadas por la variable eficientista, puedan atentar contra algunos principios esenciales propios del derecho y el estado liberal. Pensemos hasta qué punto pueden atentar contra principios como el de la seguridad jurídica, el debido proceso, entre otros. Pero, adicionalmente, esta corriente pretende suministrar caminos frente a las nuevas tendencias de la reconfiguración del Estado Nación y a las necesidades de la empresa transnacional. De hecho, los estudios económicos del derecho establecen una relación muy importante entre derecho y desarrollo económico.

Es en este terreno que esta investigación pretende rastrear las raíces conceptuales de este paradigma jurídico. Aquí las encontramos parcialmente en los aportes teóricos del cuerpo conceptual que viene desarrollando la denominada escuela neo institucionalista⁸ y el pensamiento neo liberal⁹. Sin duda, podemos observar en este estudio que estos aportes provienen de contribuciones originadas de tiempo atrás, en contextos sociales y políticos totalmente distintos, pero que han sido actualizados a los tiempos de la globalización. Estas contribuciones vienen haciendo carrera en el pensamiento jurídico contemporáneo sin que hasta el momento existan reacciones analíticas y críticas sobre el significado social y político de estos entendimientos, como tampoco, sobre los límites que pueden tener dentro del desarrollo real de las sociedades. Estos corrientes que se cristalizan en los estudios económicos del derecho parecen constituir nuevos mecanismos de legitimación de los órdenes jurídicos, queriendo evadir la discusión sobre la naturaleza del derecho dentro de la organización social productiva contemporánea y su necesaria participación como forma social de dominación que es el derecho¹⁰. Este estudio es una tentativa de ofrecer herramientas analíticas y críticas para poder encarar el estudio de las transformaciones del derecho y la justicia dentro del escenario de la globalización del derecho.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Para efectos de esta investigación el problema lo concretamos mediante la formulación de una pregunta, a saber:

1. ¿Las tendencias de la globalización del derecho constituyen un paradigma orientado por los estudios económicos del derecho?

8 WILLIAMSON, Oliver E. *Las Instituciones Económicas del Capitalismo*. México: Fondo de Cultura Económica. 1989.

9 HARVEY, David. *Breve historia del neo liberalismo*. España: Akal. 2007, págs. 47-73.

10 MONCAYO, Víctor Manuel. "Sobre la naturaleza del derecho como forma social de la dominación". *Rev. Jurisprudencias. ILSA*. Bogotá. 1990.

METODOLOGÍA

Si es que podemos aproximarnos a una descripción de una metodología para la elaboración de este artículo podríamos sintetizarla diciendo que se trata de un trabajo analítico deductivo, desarrollado desde un enfoque teórico crítico. En este sentido, se realizó un trabajo de análisis de textos, dentro de un ejercicio comprensivo de los posibles impactos de las tendencias contemporáneas de renovación del derecho, sobre fuentes basadas más en los aportes del conocimiento científico y técnico, que en la racionalidad inherente o propia de los sistemas legales.

RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN

1. Friedman y el Neoliberalismo¹¹

1.1. Milton Friedman y la Crisis del 29'

El modelo clásico colapsó a finales de la década de los 20' y tuvo su mayor forma de expresión con el denominado crack de la bolsa de Nueva York. Este modelo clásico preveía que si se cumplían con sus presupuestos básicos era posible un crecimiento económico ad infinitum sin descaracterizar las condiciones de libertad e igualdad pregonadas. A pesar de ello, las condiciones históricas en que se desarrolló el modelo fueron totalmente diferentes a las presagiadas por el modelo. La hiperinflación, la monopolización y el desorden de los precios de mercado fueron expresiones que mostraron que era necesaria una intervención del mercado. Estas características en las que degeneró el modelo clásico sirvieron a Keynes para hablar de la regulación del mercado por parte del Estado¹². El mercado no logró para el keynesianismo ser un distribuidor de la riqueza y privilegió la libertad económica con relación con la igualdad social. De la misma manera, en un estadio de desarrollo tecnológico importante la oferta y la demanda requieren para obtener el equilibrio perfecto la intervención de un agente externo que logre la regulación de los precios.

Friedman responde a los críticos del modelo clásico que en realidad la crisis del 29' no se debió a contradicciones insuperables del modelo sino a las malas políticas de la reserva federal de los Estados Unidos. En realidad para M.

11 FRIEDMAN, Milton. La Libertad de elegir. Ed. Grijalbo. 1980. También del mismo autor: Capitalismo y Libertad. México: Ed. S. XXI. 1985.

12 GAVIRIA C., Fernando. Moneda, Banca y teoría monetaria. Biblioteca Banco Popular. Bogotá. 1981, págs. 19-45.

Friedman las medidas de la reserva federal fueron precipitadas y no dejaron que las mismas fuerzas del mercado lograran estabilizarlo. De otra forma, se podría decir que se pretendió buscar más la igualdad económica que propiamente dejar predominar los criterios de la libertad de mercado indispensable para el funcionamiento del modelo.

Para M. Friedman estas circunstancias históricas no eran suficientes para abandonar el modelo clásico y renegar plenamente del potencial del mercado como reasignador de recursos y contribuir a incrementar el nivel de libertad económica de la sociedad. La intervención de un agente externo al mercado, como es el caso del papel nuevo que va a jugar el Estado Intervencionista, perturba y desnaturaliza la función que debe cumplir el mercado. El poder del mercado no puede ser sustituido por cualquier agente económico. Lo que Friedman va a defender es la necesidad de desmontar el papel del estado interventor y en su defecto propiciar por un estado que garantice y guarde la libertad económica.

1.2. Milton Friedman y el fenómeno del Monopolio

Dentro del contexto de Friedman la estructura económica mostraba señales importantes de un alto grado de monopolización. Para él el mercado monopolístico es plenamente nocivo para establecer una economía en equilibrio perfecto en la medida en que éste impide el libre acceso de los agentes económicos a las diferentes ramas de la producción, restringiendo ampliamente la libertad económica que defiende. De la misma manera la estructura monopolística no permite la mano invisible del mercado opere eficientemente como determinador de los precios de las mercancías y, por el contrario, son los agentes particulares que se encuentran en situación de monopolio los que fijan los precios en detrimento del resto de agentes que participan de la producción y del mercado.

Ante de continuar con el tema es necesario precisar que para Friedman existe una relación interna básica entre la libertad económica y la libertad política. Se podría decir que la libertad económica impacta y subordina la libertad política. Con estas premisas Friedman advierte que la intervención del Estado es una especie de monopolio que desnaturaliza plenamente la dinámica del mercado.

El Estado al intervenir en la economía monopoliza la producción de bienes y servicios, fija los precios de las mercancías y evita la libre movilidad de los agentes económicos limitándoles ostensiblemente la libertad de éstos. La situación estratégica del Estado permite la monopolización de los bienes y servicios y solo sería posible su actuación en algunos casos en donde éste fuera estrictamente necesario, por ejemplo, tratándose de producciones que requieren enormes y

masivas inversiones de capital en donde los particulares no podrían por sí solos hacerlo. En estos casos se podría pensar en la intervención del Estado aunque fuera tan solo momentáneamente para luego devolverlo a la esfera privada quien de forma natural es la que debe asumir la producción material.

De forma sintética puedo señalar entonces lo siguiente, a saber:

- El monopolio desnaturaliza los precios fijándolos artificialmente.
- El monopolio no redistribuye el ingreso ni la propiedad material sino que la concentra.
- La libertad económica y la libertad política están íntimamente asociadas. Si no hay libertad económica tampoco habrá libertad política.
- El Estado es una forma de monopolio que no permite el libre acceso de los productores a la generación de bienes y servicios.
- Su presencia debe ser efímera. Solo en los casos en que sea estrictamente necesario para luego devolverlos nuevamente a los particulares.

La libertad económica es la base del modelo que Friedman defiende. Por ello es un defensor de lo que se denomina las leyes antitrust o antimonopólicas. La propiedad debe estar distribuida racionalmente entre los diferentes agentes económicos para que la mano invisible opere en beneficio de la comunidad. Existen varias formas de monopolios. El sindicalismo es una de ellas. Se podría decir que para Friedman el sindicalismo es una forma de organizar monopólicamente el mercado laboral que destruye la libre movilidad de la oferta y demanda laboral, distorsionando las formas naturales de fijación de los salarios. Luego el sindicalismo es nocivo para los propios trabajadores porque gracias a ellos el patrón no va a tener mas remedio que hacer recortes de personal y no podrá aumentar la planta de trabajadores ni aumentar o regular los salarios ya que la estructura monopólica que construye el sindicato no permite la fijación natural de éstos.

1.3. Milton Friedman y el Estado

En realidad para Friedman la existencia del Estado de Bienestar es perversa pues no solo distorsiona el mercado y no deja operar a la mano invisible sino porque restringe la libertad política. En este sentido el Estado debe estar lo mas alejado posible de la economía y volver a su espacio natural como la de ser guardián o Estado Gendarme. El estado debe intervenir básicamente en las siguientes actividades, a saber:

- Organizando la defensa externa de la sociedad mediante la manutención del ejército.
- Organizando la seguridad ciudadana a través del mantenimiento de los cuerpos de policía.
- Asegurando la provisión pronta y eficiente de la administración de justicia.
- En casos excepcionales debe proveer algunos bienes y servicios que por su naturaleza no pueden ser asumidos por los particulares. Una vez organizada la actividad debe trasladar su provisión a éstos para que asuman su control.

Con relación a los impuestos no es muy claro si el Estado debe mantener una política fuerte, amplia y de base impositiva amplia. Sin embargo, los impuestos deben servirle al Estado de un lado, para cubrir sus necesidades básicas de intervención mínima dentro de la sociedad y, de otro lado, para efectuar algunos gastos en sectores claves del desarrollo social en la forma de subsidios.

Con relación a la provisión de servicios como la salud y la educación Friedman es partidario que estos servicios sean generados de manera liberal y por los particulares. No solo porque esa división del servicio entre público y privado crea una odiosa diferenciación entre ricos y pobres pensado en que el Estado solo presta servicios a los pobres debilitando la libertad y libre elección de los ciudadanos y permitiendo en muchas de las veces que los servicios del Estado sean de mala calidad. Pensemos en la educación pública.

En realidad para Friedman no debería existir educación provista por el Estado ya que un hecho así va en detrimento de la calidad de la educación, de la cobertura, de la libertad de elegir las instituciones y el tipo de instrucción y finalmente en distorsionar y hasta encarecer los precios de la misma. Lo que el Estado debería hacer es la de conceder subsidios a la comunidad para que con esos dineros se logran financiar en la esfera de los particulares la educación que mas se desee. Así las cosas es preferible que la educación sea generada por los particulares quienes podrían mediante el fenómeno de la competencia ofrecer mejores precios con mayor calidad y una mejor y generosa cobertura para toda la sociedad.

En el caso de la vivienda ocurre algo similar. Friedman no es partidario que el Estado construya vivienda social pues no es especialista en este campo y no puede cumplir eficientemente con este encargo. El Estado en ningún caso debe ser productor de bienes y servicios sino en su defecto debe dar las pautas y lineamientos para que estas actividades se realicen dentro de la esfera privada

de la actividad económica. Otra vez, en el caso de la vivienda el Estado podría generar una política de subsidios para que las personas de mas escasos recursos accedieran a la vivienda de manera tal que pudieran elegir en donde quieren vivir y como quieren vivir.

2. Douglas North, Las Tesis Neoinstitucionalistas y el Derecho¹³

2.1. Planteamientos Generales

Como se dijo más arriba la base fundamental de las investigaciones neoinstitucionales es la de construir un puente entre Derecho y desarrollo económico.¹⁴ En gran medida la hipótesis central es la de advertir que en las sociedades en donde ha existido un sistema legal fuerte, en donde las reglas de juego son claras para los agentes económicos, las posibilidades de que el mundo de los negocios se desarrolle y prospere son muy altas.

De forma general y sintética podríamos presentar algunas hipótesis neoinstitucionales de la siguiente manera, a saber:

- El derecho se constituye como un orientador de la acción social en donde los agentes económicos pueden establecer con claridad las reglas de juego donde realizan sus acciones.
- Si bien es cierto que el mercado es volátil es posible mediante el derecho controlar muchas variables de esa “mano invisible” que permiten no dejar las inversiones y las utilidades al libre juego de la oferta y la demanda.
- La incertidumbre es uno de los mayores obstáculos de las empresas para realizar su planeación y adecuar sus estructuras de costos a la de sus competidores. Por tal motivo, existe un determinante clave para el éxito en los negocios que es el de la Predecibilidad de la acción económica.¹⁵ La acción predecible es una manera de facilitar la inversión y motivar a las empresas a que “controlen” los riesgos de las inversiones.

13 NORTH, Douglas C. Instituciones, cambio institucional y desempeño económico. México: Fondo de Cultura Económica. 2001.

14 WILLIAMSON, Oliver E. Las Instituciones Económicas del Capitalismo. México: Fondo de Cultura Económica. 1989.

15 BURGOS, Germán. Crecimiento Económico Sin Estado de Derecho. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2006, págs. 15-41.

- Como correlato de la acción predecible los neoinstitucionalistas han acuñado, especialmente North¹⁶, el concepto de costos de transacción que significa que las instituciones se encuentran en una red de empresa y corporaciones, en donde hay demandante y oferentes, proveedores y clientes que constituyen uno de los activos hoy en día mas valorados por las empresas. En la actualidad, con los procesos de reconversión industrial y la flexibilización laboral las corporaciones hablan en la planeación estratégica de clientes internos y clientes externos como activos de alta valorización. Los costos de transacción vendrían siendo de un lado, un ahorro muy importante de las empresas cuando existe estabilidad interinstitucional y de otro lado, cuando existe en épocas de turbulencia económica y social cierto grado de control sobre sus proveedores y clientes de manera que los pleitos o incumplimientos no logren romper con el punto de equilibrio de las empresas que las afectan en sus niveles de competitividad.
- De otra forma, podemos decir que los niveles de incumplimiento de los arreglos sociales e interinstitucionales repercuten en las capacidades de las empresas en temas relativos a su ampliación y crecimiento. De esta forma, los neoinstitucionalistas han insistido en la necesidad de tener un buen sistema judicial que de manera ágil y oportuna resuelva y tramite los conflictos sobre bases relativamente sólidas y estables de las normas legales. El sistema judicial debe ser previsible de suerte que las empresas logren tener parámetros claros para realizar sus contratos y saber cual es la forma clásica de resolver los conflictos. La estabilidad del sistema legal y de la jurisprudencia se constituyen hoy en día en un elemento que está internalizado en los costos de las corporaciones, en la capacidad de planeación de las mismas y en sus posibilidades de crecimiento y desarrollo.
- Es necesario que existan reglas de juego claras entre el Estado y la sociedad civil. Entre esas reglas de juego claras está la capacidad del Estado de proteger firmemente la propiedad privada de suerte que con un sistema legal claro y coherente se permite a los inversionistas tener seguridad sobre sus capitales y no tener sobresaltos y desconfianza en sus inversiones. La claridad frente al sistema legal y la capacidad del Estado en proteger la propiedad privada constituyen hoy por hoy un valioso activo de las corporaciones.
- Una de las debilidades que tuvo la economía clásica, que para muchos llevó a su crisis en el 29, fue lo que los economistas denominan las fallas del mercado. Estas consisten en que no todos los agentes económicos disponen del mismo nivel de información de las condiciones de sus competidores ni un conocimiento igualmente similar de las características de sus demandantes y oferentes. Estas fallas del mercado son de tal carácter perverso que llegan a desnaturalizar el sistema clásico y a

16 NORTH, Douglas C. Op. cit.

imponer quiebras y rupturas de las empresas al favorecer el mercado a las corporaciones que disponen de mayor información. Con el sistema legal pasa algo similar. Si no existe seguridad jurídica o la jurisprudencia es muy volátil las empresas no logran introducirse al mercado en los mismos términos de libertad e igualdad que el mercado de competencia perfecta requiere, generando ventajas “comparativas” a ciertas empresas que tienen la suerte o la capacidad de imponer sus propias condiciones. Un sistema legal apropiado, eficiente, estable, coherente y conocido por todos, reduce las fallas del mercado y posibilita que el mercado de competencia perfecta funcione como teórica y materialmente fue pensado y vivido al no permitir distorsiones de los precios por mala comunicación con el sistema legal.

2.2. *Douglas North, el Papel de las Instituciones y el Derecho*

North es considerado como uno de los principales animadores de la corriente neoinstitucional contemporánea al advertir de igual manera el papel que juegan el sistema de cooperación, de organización y de seguridad institucional en el desarrollo y crecimiento económico. Podemos en unas breves líneas presentar algunas ideas básicas o hipótesis más relevantes de North en esta materia, así.

Para North la sociedad está constituida básicamente por instituciones. Allí participan los individuos con intereses personales y egoístas pero su acción se desempeña en el orden de las redes que establecen unos con otros dentro de las instituciones. Ellas son ante todo un cuerpo de leyes producidas por un órgano central y especializado que establecen las reglas de juego dentro de las cuales se mueven los individuos. En este sentido es muy Weberiano al concebir las instituciones como un sistema de relaciones formalmente racionalizadas y organizadas a través del derecho¹⁷. Este tipo de redes de organización de las conductas individuales las caracteriza North como de instituciones formales a diferencia de las denominadas instituciones informales que analizaremos a continuación.

Las instituciones informales son igualmente normas que regulan la conducta humana aceptadas socialmente, producto de la cultura y que constituyen un producto social espontáneo que cambian gradualmente. Para North las instituciones informales terminan “institucionalizándose” en la medida en que tarde o temprano se convierten en instituciones formales. De la misma manera que las formales las instituciones informales son redes de normas pero a diferencia de las anteriores no tienen el carácter general y abstracto del derecho moderno sino que se ocupan o rigen para grupos particulares, de manera transitoria y no acomodándose al sistema racional formal.

17 WEBER, Max. *Sociología del Derecho*. España: Editorial Comares. 2001, págs. 25-43.

En realidad las instituciones, sean estas formales o informales, tienen como función básica las de permitir los niveles de cooperación entre los individuos permitiendo que del apoyo mutuo y la confianza se logre producir empresa y generar riqueza y bienestar. Aquí podemos ver nuevamente su proximidad con Weber al entender las instituciones como normas y concederles a éstas, como sistemas legales, funciones claramente definidas en los procesos de organización de la actividad humana y en la cooperación del trabajo.

Para que las instituciones pueden sobrevivir es necesario el reconocimiento de sus derechos de propiedad, es decir, que la sociedad les conceda suficientes garantías que protejan su patrimonio. Esta situación permite que los individuos se involucren en la actividad económica, que puedan invertir, que puedan vincularse al sistema financiero, solicitar créditos y en general tener un impulso por desarrollar iniciativas y empresa. La garantía y existencia del derecho de propiedad es la base fundamental de las instituciones.

Otro componente básico del desarrollo de las instituciones y por ende de la sociedad es el cumplimiento forzoso de los contratos. Es decir, debe existir seguridad de que los contratos se van a cumplir y de no llevarse a cabo esta tarea de existir un órgano especializado que posibilite su cumplimiento. Aún en las instituciones informales este cumplimiento forzoso de los contratos constituye una de las características y requisitos sine qua non de los mismos.

North es muy temeroso de la acción del Estado especialmente por la posibilidad de que existan gobiernos autoritarios que no se rijan por la moralidad de la propiedad privada y los negocios. El gobierno debe velar, esa es su función, por el mejor desarrollo de la iniciativa privada razón de su existencia. Es decir, el gobierno debe estar al servicio de la sociedad y no ser la sociedad. Así las cosas el Estado deben ceñirse y subordinarse al cumplimiento estricto de las normas jurídicas. El Estado no puede actuar por voluntad propia sino de conformidad a los acuerdos y arreglos establecidos por la ley.

Como desarrollo de lo anterior el Estado debe perfeccionar y establecer un aparato judicial que defienda los acuerdos entre los particulares. La base de la vida de las instituciones radica en la operabilidad, eficiencia y eficacia del sistema judicial en donde los contratos se cumplan o el estado logre hacerlos cumplir. Estas características que deben existir entre las instituciones y entre lo público y lo privado determinan el progreso y salud económica de las sociedades. Sin estas bases los costos de transacción o son muy elevados (un sistema judicial imperfecto o los individuos se niegan a hacer empresa y generar riqueza.

En este sentido, para North el derecho no tiene impacto o relación de exterioridad con la economía sino que constituye base y fundamento para la

actividad económica. Es posible que en algunos países predominen las instituciones informales pero a pesar de ello estas tienden a formalizarse y hacer parte del sistema legal formal. Luego sus conclusiones se basan en señalar que en las sociedades en donde se dan estos requisitos hay posibilidades más que proporcionales para que exista crecimiento económico y desarrollo social.

3. Estado, Derecho y Crisis

Ahora bien, es necesario a partir de aquí pensar más detenidamente la relación entre derecho y desarrollo económico tal como nos lo sugieren los neoinstitucionalistas para efectos de comprender de mejor forma el carácter y naturaleza del derecho y sus instituciones dentro de la sociedad. De manera preliminar podríamos hacer las siguientes apreciaciones, a saber:

- En realidad los postulados neoinstitucionales conciben la estructura jurídica como un espacio relativamente autónomo e independiente del mundo económico pero íntimamente interrelacionado. La economía está regulada por una dinámica y leyes propias a su objeto que guardan distancia y tienen plena autonomía del sistema legal. La economía es un mundo auto céntrico y auto referente que encuentra su dinamismo en la acción de los productores y en la red de relaciones que establecen los oferentes y demandantes de mercancías. El derecho constituye una realidad de naturaleza similar que se comunica como un subsistema (en los términos de Niklas Luhmann y que cuya función es la de generar el marco general, el contexto dentro del cual se desarrollan los acuerdos y contratos. Se podría decir que frente al mundo de la realidad económica el derecho se encuentra en un lugar periférico.
- La visión clásica y neoliberal del modelo económico se fundamenta en que como sistema tiene la capacidad de crecer y expandirse de manera ilimitada gracias a la dinámica inherente o propia contenida en su propia lógica de funcionamiento. De allí que unos de los postulados básicos del modelo es que existe plena correspondencia entre oferta y demanda. Todo lo que se produce se consume, todo lo que se ofrece se demanda. De allí las tesis de la denominada ley de Say. Adicionalmente, este modelo está ausente de contradicciones. Su dinamismo no se basa en las contradicciones del sistema económico sino en leyes de la producción y en la ley del valor. El sistema legal igualmente es auto referente y autopoietico en el sentido en que tiene capacidad de crecimiento y regulación interna gracias a su racionalidad formal de corte Kelseniano, positivista, dogmático y formalista.
- La habilidad de North fue la de haber encontrado uno de los elementos fundamentales de la relación interna entre estos dos subsistemas. El derecho si bien no produce valor tiene la condición de generar un espacio de seguridad y confianza para la vida de los negocios que muchas veces éstos no poseen. Gracias a su naturaleza

de técnica de control social o de ser monopolio legítimo de la violencia¹⁸ (como nos lo recuerda Weber permita que los procesos de racionalización social sean posibles o por lo menos duraderos. De esta medida se establece un sistema de cooperación entre los distintos actores de la sociedad necesaria para que las redes y los flujos del trabajo puedan ser generados.

- La cooperación que produce el derecho o su estabilidad al sistema económico se puede constituir en un valioso activo que North intentó medir. Aquí estamos refiriéndonos a los llamados *Costos de Transacción* que no son otra cosa que la expresión de las condiciones de seguridad de la cooperación interinstitucional necesarias para el funcionamiento de las empresas. La red de proveedores, las estructuras de comunicación con los clientes, la generación y efectividad de los contratos, la responsabilidad en los suministros a tiempo, la velocidad en la distribución de los productos, etc. constituyen por decirlo de alguna forma ahorros importantes en la reducción de los costos de producción de las mercancías y un ahorro importante en la rotación del capital. El tiempo en que el capital está ocioso repercute negativamente en los costos y por ende en la capacidad de las empresas de imponer precios de mercado competitivos.
- El derecho no es considerada propiamente una variable económica. Pero tiene impacto significativo en el sistema económico. La garantía y protección de la propiedad privada, el cumplimiento de los contratos, el buen funcionamiento del sistema judicial, entre otros constituyen las condiciones generales básicas para el buen funcionamiento del sistema económico. Se podría decir que la normalidad jurídica institucional y por qué no decirlo, la vigencia y realización de los principios de la democracia son base del éxito empresarial y de las empresas. Milton Friedman trabajo y construyó una asociación inversa. Para él la condición básica para obtener democracia, libertad política, etc., es la presencia y vigencia de la libertad económica. La libertad económica, su funcionamiento y dinámica constituyen la conditio sine qua non para la libertad política, para la libertad de elegir. El neoliberalismo ve el impacto de la normalidad económica sobre la normalidad política. El neoinstitucionalismo ve el impacto de la normalidad jurídico política sobre el éxito y buen desempeño de la actividad económica.

Ahora bien, con relación a las posibles respuestas de la Teoría Crítica frente a los desarrollos precedentes es posible presentar anticipada y brevemente algunas de sus reacciones, particularmente frente a la relación entre derecho y desarrollo económico de la siguiente manera, a saber:

18 Weber, Max. *Economía y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica. 1977, págs. 170-180.

- La Teoría Crítica¹⁹ no entiende que el derecho sea una realidad separada y autónoma del mundo económico. De la misma manera no entiende el mundo económico separado e independiente del mundo jurídico. En realidad no comparte cierto estructuralismo funcionalista de corte Parsoniano sino, por el contrario, comprende el mundo de la realidad social, y dentro de él el de la producción, como una totalidad. El derecho es concebido como una relación social de producción que constituye y permite el accionar del mundo separado entre la esfera de la circulación y la esfera de la producción. La primera es el reino de la libertad y la igualdad, tanto económica como política, necesarios para el desdoblamiento de la mercancía. La segunda es el reino de la producción inmediata lugar privilegiado de la producción y obtención de valor, del excedente productivo. El derecho no tiene relación de exterioridad con el mundo económico sino que éste lo constituye y produce. Tiene la capacidad, mediante el ejercicio de la violencia, física o simbólica, de constituir los agentes o sujetos de la circulación mercantil mediante la constitución o apelo a la ciudadanía y sus derechos. El derecho hace posible el trabajo asalariado y el mantenimiento de la propiedad privada. A través de sus mecanismos de ejercicio de la violencia social permite que los dispositivos del poder reproduzcan las relaciones sociales en esas mismas condiciones de exterioridad y extrañeza del sujeto con sus condiciones materiales requieren. De allí que la sociedad moderna solicita para su vigencia y reproducción la existencia del derecho, la juridización de las relaciones sociales en la medida en que éstas no son dadas o naturales sino sociales y expresan un producto social que permanentemente debe ser repuesto.
- El derecho produce las condiciones básicas del mercado. De allí el apelo de North por insistir en la importancia del derecho y sus instituciones en la estabilidad de éste. Los procesos de la racionalidad tanto material como formal de que tanto nos habla Weber se constituyen mediante el apelo a la violencia. De allí que para él las formas de dominación son o tienen signo positivo, no son cuestionables sino animadas. Sin embargo, la racionalización que produce el derecho, los sistemas de cooperación que éste establece, constituyen tan solo formas históricas nacidas del proceso técnico y social del trabajo pero no constituyen las únicas formas de cooperación de éste en la historia de la producción. Son formas de cooperaciones históricas y socialmente construidas.
- De lo anterior se puede deducir que los llamados subsistemas sociales como lo son el económico y el jurídico no son autónomos, a pesar de las múltiples vinculaciones de reciprocidad que se les aducen. También su crecimiento y capacidad auto referente y autopoietico no son ilimitadas sino que ambos “subsistemas” están abocados a llevar la misma suerte. Las crisis de uno constituyen las formas y

19 PASHUKANIS, Eugeny. Teoría General del Derecho y el Marxismo. Medellín: Ed. La Pulga. 1976.

modalidades de las crisis del otro. Podríamos expresar que no existe para la Teoría Crítica crisis de uno u otro subsistema sino que como totalidad social lo que se presenta en el mundo moderno es crisis de las relaciones sociales de producción.

- Con relación a las virtudes que se aducen del modelo clásico de economía la Teoría crítica ha insistido que se trata de relaciones sociales que entrañan en su seno contradicciones esenciales que le otorgan su dinámica evolutiva. En ese sentido, podemos decir en primer lugar que la pretendida fórmula de equilibrio entre oferta y demanda teórica e históricamente no se ha podido realizar. Ya desde muy temprano se viene advirtiendo que en las sociedades de acumulación ampliada, como lo es la moderna, existe un permanente desequilibrio entre ambos términos de la ecuación. Esto conlleva a la imposibilidad de un desarrollo y crecimiento permanente y ad-infinitum. Su evolución se da básicamente como un recorrido que señala permanentes ciclos que expresan tensiones, tendencias y contradicciones que pretenden adecuar o impedir su fractura o resquebrajamiento. Existe una crisis permanente de las relaciones sociales.

Una primera crítica al modelo clásico proviene de las tesis sobre la monopolización de los mercados. A pesar de la existencia de los mercados de competencia perfecta que fijan los precios de equilibrio de conformidad al dinamismo de la oferta y la demanda y la estabilidad que puede suministrarles el recurso de la mano invisible, las diferencias de productividad van señalando diferencias en la composición orgánica del capital que genera necesariamente procesos de sanción de la ley del valor. Las empresas con mayor productividad logran apropiarse cada vez más de sumas adicionales de la ganancia socialmente producida generando un paulatino desarrollo de los procesos de concentración y centralización del capital. Esta circunstancia tiene efectos desintegradores de los mercados de competencia perfecta con la aparición de mercados monopólicos. Los monopolios desnaturalizan el mercado en un doble sentido, a saber: de un lado, por apropiarse de una ganancia extraordinaria por poder establecer sus puntos de equilibrio por debajo de los mercados de competencia perfecta; de otro lado, por fijar ellos de manera autónoma los precios de mercado permitiendo que el mercado y su dinamismo pierdan dicha capacidad. La mano invisible y el mercado pierden su capacidad de asignador de los recursos productivos.

Otra vertiente de la teoría crítica es la formulada por los teóricos circulacionistas²⁰ que establecen que la crisis del modelo se establece como crisis de

20 ROLDOSKY, R. Génesis y Estructura Lógica de El Capital de Marx. México: Fondo de Cultura Económica. 1978, págs. 491-538. Ver también, Grossmann Henryk. Ensayos sobre la teoría de las crisis. Cuadernos de pasado y presente No. 79. México. 1979, págs. 9-38.

realización de las mercancías. De un lado están las contribuciones de Lenin, para quien el desequilibrio entre oferta y demanda es generado por la crisis de sobreproducción de mercancías propia o resultado de la acumulación y valorización de capital. La única manera de solventar esta crisis es mediante la penetración de otros mercados internos para dar salida a la sobreoferta de mercancías. Esta tesis le sirve para plantear sus tesis sobre el imperialismo como respuesta, temporal y transitoria, a la crisis de realización. De otro lado, están las contribuciones de Rosa Luxemburgo, para quien la crisis del modelo es igualmente de realización pero debido a la debilidad del fondo general de salarios. Existe una crisis de subconsumo que no logra establecer el equilibrio entre oferta y demanda. La salida propuesta es la necesidad de la sociedad de encontrar en lo que ella denomina el tercer sector nuevos demandantes. Se trata específicamente de las poblaciones no vinculadas al circuito moderno de la economía como es el caso de las producciones no capitalistas.

Por último están las contribuciones de Marx para quien si bien es cierto que es posible que afloren crisis de realización la verdadera o más protuberante crisis del modelo está en lo que él denominó la ley de la baja tendencial de la tasa de ganancia²¹. El proceso de trabajo tiende cada vez más a elevar la composición orgánica de capital y esta medida trae como consecuencia la sustitución de trabajo vivo por trabajo muerto²². La producción social cada vez tiene mayores dificultades para producir nuevo valor. Se presenta una crisis de rentabilidad de la producción en la medida en que para obtener las mismas cantidades de valor la producción debe introducir masas cada vez mayores de capital. Esta situación detiene o retarda la valorización y acumulación ampliada del capital. La producción cada vez más se desvaloriza y el fin último de ésta se pierde en la dinámica de producir sumas cada vez mayores de valor.

CONCLUSIONES

1. Friedman es partidario de la plena libertad económica como presupuesto de la libertad de elegir. De la misma manera solo mediante la libertad de elegir es posible que el mercado se autorregule y que fije los precios de mercado de conformidad a una política natural de asignación justa de los recursos productivos.

La mano invisible es la mejor forma de conseguir el equilibrio perfecto en la economía y esto no solo es posible sino mediante la libertad que garantiza a su turno niveles de justicia. Claro está que el tema de la justicia como igualdad no es la

21 MARX, Karl. *El Capital*. F.C.E. Bogotá. 1977.

22 MARX, Karl. *Progreso técnico y desarrollo capitalista*. México: Ed. Cuadernos de pasado y presente. 1982, págs. 7-75.

preocupación central de Friedman. Los monopolios son una práctica antinatural y perversa que distorsiona el mercado y no permite llegar a puntos de equilibrio y a una sana actividad libre en la economía. El Estado no debe intervenir en la economía. El constituye un monopolio natural y acarrea los mismos efectos perversos de cualquier monopolio. Debe limitarse a sus actividades básicas y fundamentales para que el mercado pueda funcionar como debe ser.

El Estado tampoco debe ser productor de bienes y servicios. A lo máximo debe compensar a los más pobres con una política decidida de subsidios para dinamizar la actividad privada y no limitar la libre elección de los particulares.

Existe una asociación íntima entre libertad económica y libertad política. Las sociedades solo pueden lograr un modelo democrático liberal clásico si logran internalizar en su seno la libertad económica. La democracia, la libre elección y la individualización solo son posibles gracias al predominio de la libertad de mercado.

El Estado debe luchar contra los obstáculos que pueden presentar la limitación de la capacidad de elegir y la movilidad de la elección en el mercado. En este sentido, debe ser celoso en la prohibición de la monopolización de la economía, democratizar el mercado, permitir su libre acceso y generar leyes antitrust que debilitan la libertad económica. El mercado laboral debe tener libre movilidad y en ese sentido no se deben mantener políticas que limiten los precios de los salarios. Por eso no es partidario del salario mínimo ni de la organización sindical pues es una especie de monopolio que perturba la forma natural de regulación del salario.

La economía debe estar guiada por la mano invisible como ley natural de las sociedades. Esta situación va a generar necesariamente la prevalencia de la democracia liberal y de la libertad de elegir. Con un mercado libre siempre se llegará a la misma conclusión: la democracia y libertad política.

2. Ahora bien. De la misma manera puedo afirmar que el neo institucionalismo de North no indaga sobre las razones que pueden llevar a los diferentes actores económicos y sociales a incumplir los contratos, ni tampoco reacciona para entender como los ciclos productivos se encuentran íntimamente articulados a los procesos de incumplimientos de los contratos o de las quiebras empresariales, etc. Puedo decir que en North no se encuentra implícita la sentencia que consistiría en aceptar que la dinámica de los costos de transacción impone al Estado recuperar la eficacia represiva del Derecho. Sin embargo, pienso que North apela definitivamente al uso de la violencia del derecho como recurso expedito que tiende a recuperar un "equilibrio" de excepción frente a la imposibilidad del propio mercado de proporcionarse su propio equilibrio general.
3. De lo anterior podemos señalar como los postulados del modelo clásico han sido cuestionados en el sentido de que no se trata de un sistema lineal y sin

contradicciones. El sistema legal y la normalidad de las instituciones, la predecibilidad de la acción del Estado y de los agentes económicos, en otros términos, la capacidad de los costos de transacción pueden servir para morigerar las crisis y ser un paliativo importante para reducir los costos pero todavía no es suficientemente comprobado su capacidad para contribuir como contra tendencia eficaz a la crisis ya sea de monopolización de los mercados, de la crisis de realización de las mercancías o de la baja tendencial de la tasa de ganancia.

4. Las tesis neoliberales aducen permanentemente que las fallas del mercado están básicamente centradas en la falta de información y comunicación de los agentes económicos. La oportuna y eficaz información puede lograr una asignación más racional de los recursos económicos y permitir que la mano invisible logre cumplir con sus propósitos. La predicibilidad jurídica haría parte de esos sistemas de información oportunos necesarios para que las empresas lograran tener todo el acervo disponible para realizar sus inversiones. El neoinstitucionalismo se presenta como un cuerpo teórico coherente a disposición de esas pretensiones del modelo neoliberal. Es posible que esa combinación o matrimonio logre en ciertos momentos generar espacios de crecimiento económico. Los costos de ese crecimiento económico todavía son impredecibles aunque ya los grupos y comunidades vienen descifrando en carne propia sus secuelas. Se apela hoy en día a la distinción entre crecimiento económico y desarrollo social. Que en términos del derecho puede hacerse la traducción entre derecho formal y derecho material. Tensiones que solo el tiempo nos dirán como se irán resolviendo.

BIBLIOGRAFÍA

BURGOS, Germán. «Crecimiento Económico sin Estado de Derecho». Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. 2006.

FRIEDMAN, Milton. «La Libertad de elegir». Ed. Grijalbo. 1980.

_____. «Capitalismo y Libertad». México: Ed. S. XXI. 1985.

GAVIRIA, C., Fernando. «Moneda, Banca y teoría monetaria». Bogotá: Biblioteca Banco Popular. 1981.

GROSSMANN, Henry. «Ensayos sobre la teoría de las crisis». México: Cuadernos de pasado y presente No. 79. 1979.

HABERMAS, Jurgen. «Facticidad y Validez». Madrid: Editorial Trotta. 1998.

HARVEY David. «Breve historia del neo liberalismo». España: Akal. 2007.

HOBBSAWM, Eric. «Breve Historia del Siglo XX». Barcelona: Grijalbo. 1998.

- CADENA AFANADOR, Walter. «Nueva Lex Mercatoria. La transnacionalización del derecho». Bogotá: Universidad Libre. 2002.
- LÓPEZ DE MESA, Jaime. Las raíces neo institucionales de las reformas a la justicia en Colombia. En: Rodríguez Martínez José Eduardo. «De crisis en Crisis; limitaciones de los cambios a la justicia en Colombia». Bogotá: Universidad Autónoma. SUI. 2012.
- LUHMANN, Niklas. «Sociología del Derecho». Universidad Libre. Facultad de Filosofía y Doctorado en Derecho. Bogotá. 2012.
- MARX, Karl. «El Capital». Bogotá: Fondo de Cultura Económica. 1997.
- _____. «Progreso técnico y desarrollo capitalista». México: Ed. Cuadernos de pasado y presente. 1982.
- MONCAYO Víctor Manuel. Las ciencias sociales desafiadas por el capitalismo. En «Revista Ciencia Política», No. 10. Departamento de Ciencia Política. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. 2010.
- _____. Sobre la naturaleza del derecho como forma social de la dominación. En: «Rev. Jurisprudencias». Bogotá: ILSA. 1990.
- NEGRI, Antonio y HARDT, Michael. «Imperio». Bogotá: Ediciones desde abajo. 2001.
- _____. «La fábrica de porcelana. Una nueva gramática de la multitud». Barcelona: Paidós. 2008.
- NORTH, Douglas C. «Instituciones, cambio institucional y desempeño económico». México: Fondo de Cultura Económica. 2001.
- PASHUKANIS, Evgeny. «Teoría General del Derecho y el Marxismo». Medellín: Ed. La Pulga. 1976.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Eduardo. ¿Por qué el derecho positivo está en crisis? En: «Revista Iusta», No.35. Facultad de Derecho. Bogotá: Universidad Santo Tomás. 2011.
- ROLDOSKY, Roman. «Génesis y Estructura Lógica de El Capital de Marx». México: Fondo de Cultura Económica. 1978.
- WEBER, Marx. «Economía y Sociedad». México: Fondo de Cultura Económica. 1977.
- _____. «Sociología del Derecho». España: Editorial Comares. 2001.
- WILLIAMSON, Oliver E. «Las Instituciones Económicas del Capitalismo». México: Fondo de Cultura Económica. 1989.