

Reseña de Hernando de Soto, *El misterio del capital: Por qué el capitalismo triunfa en Occidente y fracasa en el resto del mundo* (Nueva York: Basic Books, 2000), pp. 276.

Por Ruben Alvarado

Por fin, Hernando de Soto nos ha proporcionado una continuación de su inigualable tour-de-force *El Otro Sendero*, que describía con despiadado detalle y analizaba con frío juicio la asombrosa situación a la que se enfrentan los pobres del Tercer Mundo, que de hecho tienen que librar una ardua batalla contra sus propios gobiernos, siendo la única ayuda que reciben de Occidente las limosnas por goteo. Porque, según reveló De Soto, no era la falta de energía o de capacidad empresarial ni una invencible estupidez popular lo que producía la pobreza en el Tercer Mundo, sino los gobiernos, tanto nacionales como extranjeros, que se negaban a reconocer en sus propios ciudadanos el espíritu empresarial, sus esfuerzos por superarse, sus ahorros, sus propiedades acumuladas, sino que los tachaban de gentuza de barriada cuya única esperanza era el control de la natalidad. De Soto desveló este mundo y cambió para siempre nuestra forma de ver a los pobres del Tercer Mundo. Y ahora ha publicado el desarrollo posterior de ese libro, pretendiendo proporcionar un fundamento filosófico para el fenómeno del capital, diciéndonos de nuevo por qué es la última esperanza de los pobres, en el plano material, para el futuro.

El gran mérito de este libro es que De Soto profundiza en el modo en que los derechos de propiedad fijos, establecidos y seguros, allanan el camino para el desarrollo del capital propiamente dicho, es decir, la propiedad como medio para obtener crédito con el fin de generar más inversiones.¹ La propiedad genera así un efecto multiplicador que produce un crecimiento económico compuesto. Esta función de la propiedad fue reconocida con mayor profundidad por Marx, argumenta De Soto, y proporcionó la base para la crítica marxista del capitalismo. Pero, dice De Soto, Marx lo tenía exactamente al revés: es precisamente esta función, sucintamente capturada en el término *capitalismo*, la que ha demostrado ser la salvación de las clases bajas de la sociedad. Porque cuando ellas también pueden ver reconocida su propiedad ante la ley, también pueden entrar en la ecuación capitalista y beneficiarse de la prosperidad material. Esta es una lección que se aprendió en Occidente durante la Revolución Industrial, y una lección que debe aprenderse hoy en el Tercer Mundo. Porque allí se está produciendo el mismo tipo de revolución que se produjo en Occidente hace un siglo.

Pero hay más. De Soto pretende enseñarnos una gran lección en este libro, más allá de lo que presentó en *El Otro Sendero*; y es que la extralegalidad, el sector informal de la propiedad no reconocida y las instituciones judiciales que lo acompañan, es un *fenómeno universal* que sólo fue superado en Occidente en el siglo XIX. Como dice (p. 52):

... La razón por la que el capitalismo ha triunfado en Occidente y ha flaqueado en el resto del mundo es porque la mayoría de los bienes de las naciones occidentales se han integrado en un sistema formal de representación.

1 De Soto enumera otros beneficios proporcionados por los derechos de propiedad fijos, como el modo en que crean ciudadanos responsables y comprometidos, el modo en que, en el caso de la propiedad inmobiliaria, proporcionan la base para el suministro de servicios públicos (los proveedores de servicios públicos tienen ahora el conocimiento seguro de que la propiedad existe de hecho, es de su propiedad, etc., y por tanto puede facturarse). Pero el elemento del crecimiento impulsado por la inversión me parece el más importante de su argumento.

Esta integración no se produjo de forma casual. A lo largo de décadas en el siglo XIX, políticos, legisladores y jueces reunieron los hechos y normas dispersos que rigen la propiedad en ciudades, pueblos, edificios y granjas y los integraron en un sistema. Este "tirón" de las representaciones de la propiedad, un momento revolucionario en la historia de las naciones desarrolladas, depositó toda la información y las normas que rigen la riqueza acumulada de sus ciudadanos en una sola base de conocimientos. Antes de ese momento, la información sobre los bienes era mucho menos accesible. Cada granja o asentamiento registraba sus activos y las normas que los regían en libros de contabilidad rudimentarios, símbolos o testimonios orales. Pero la información estaba atomizada, dispersa y no estaba disponible para ningún agente en un momento dado. Como sabemos muy bien hoy en día, una abundancia de hechos no es necesariamente una abundancia de conocimiento. Para que el conocimiento sea funcional, las naciones avanzadas tienen que integrar en un sistema global todos sus datos sueltos y aislados sobre la propiedad.

Las naciones en desarrollo y las ex comunistas no lo han hecho....

Fue este desarrollo "revolucionario" en el siglo XIX el que desencadenó la Revolución Industrial, el progreso económico que es el sello de la sociedad occidental.

Así pues, De Soto sostiene que fue la orientación hacia el derecho consuetudinario de la sociedad europea premoderna la que constituyó el núcleo del problema de la extralegalidad, y que la superación de este enfoque del derecho consuetudinario, como se logró en el siglo XIX en la Europa continental mediante la codificación del derecho privado, es la clave para resolver el problema de la extralegalidad en el Tercer Mundo actual, y desencadenar así en él una revolución capitalista que sostenga el crecimiento económico y ponga a las economías del Tercer Mundo en consonancia con Occidente.

Pero, ¿es justo De Soto al culpar al derecho consuetudinario de la extralegalidad y la informalidad? Observa cómo se desarrolla su argumento (página 53):

Puede sorprender al lector occidental que la mayoría de las naciones del mundo aún no hayan integrado los acuerdos de propiedad extralegales en un sistema jurídico formal. Para los occidentales, supuestamente sólo hay una ley, la oficial. Sin embargo, la dependencia de Occidente de los sistemas de propiedad integrados es un fenómeno de, como mucho, los últimos doscientos años. En la mayoría de los países occidentales, los sistemas de propiedad integrados aparecieron hace sólo unos cien años; la integración de Japón se produjo hace poco más de cincuenta años. Como veremos en detalle más adelante, los diversos acuerdos informales de propiedad fueron una vez la norma en todas las naciones. El pluralismo jurídico fue la norma en la Europa continental hasta que se redescubrió el derecho romano en el siglo XIV y los gobiernos reunieron todas las corrientes del derecho en un sistema coordinado.

El argumento de De Soto se basa, pues, en equiparar la integración de los sistemas de propiedad con el establecimiento de códigos jurídicos unificados. Sin embargo, ambos están lejos de ser idénticos. De hecho, uno de ellos—un sistema de propiedad integrado—puede existir con total independencia del otro—un sistema jurídico unificado y administrado de forma centralizada—. El primero proporciona información sobre la propiedad a la que se puede acceder de forma centralizada. El otro proporciona la protección de la propiedad. La información y la protección no son lo mismo, aunque la protección—la seguridad—de la propiedad proporciona la base para una información válida sobre la propiedad. Sin la

seguridad de la propiedad, no puede haber información precisa sobre la propiedad, porque la propiedad, la fuente de información sobre la propiedad, no está establecida.

¿Pero qué tiene que ver esto con la extralegalidad? La seguridad de la propiedad no es el descubrimiento de los últimos cien o doscientos años; sin embargo, es esto, o la falta de ello, lo que ha creado la situación de extralegalidad en el Tercer Mundo. Los propietarios no pueden conseguir el reconocimiento de su propiedad ante la ley y ante los tribunales de su propio país: éste es el problema. El problema no es que los propietarios no puedan conseguir que sus propiedades se anuncien adecuadamente, o que no puedan publicar adecuadamente la información sobre sus propiedades para los posibles compradores. Pero son precisamente estas dos categorías las que De Soto une en su argumento.

Así, la "extralegalidad" que critica De Soto en el pasado occidental no es la extralegalidad que se vive actualmente en el Tercer Mundo. De hecho, no es una extralegalidad en absoluto. Es otra forma de legalidad, la del derecho consuetudinario en lugar de la legislación centralizada. Pero De Soto nunca hace esa distinción. Simplemente argumenta que como no había legislación centralizada ni derecho codificado, entonces había extralegalidad. Pero eso está muy lejos de los sistemas jurídicos en los que los derechos de propiedad se convierten en grandes obstáculos de los que sólo pueden aprovecharse las personas adineradas y bien situadas; en los que grandes franjas de la población están excluidas por completo del sistema jurídico. Ese es el tipo de orden jurídico excluyente que caracteriza al Tercer Mundo, que hace de la extralegalidad una necesidad para la supervivencia, y que no es producto de la costumbre, sino de la legislación, la codificación y los códigos de leyes.

Para hacer valer su argumento, De Soto acude a los libros de historia. Pero sólo se refiere a un conjunto específico de ejemplos, de los Estados Unidos de la época colonial y del siglo XIX. Aquí describe la situación en la que los colonos no podían obtener un título claro sobre sus tierras porque éstas habían sido concedidas previamente a grandes terratenientes por decreto, por asambleas coloniales o por gobernadores, etc. De Soto afirma que el derecho común no "proporcionaba orientación sobre cómo los tribunales debían tratar los casos de personas que habían comprado o heredado tierras de dudosa titularidad" y que, "lo que es más importante, el derecho común inglés de la propiedad era a menudo poco adecuado para tratar los problemas a los que se enfrentaban los colonos".² Pero el hecho de que no hubiera precedentes que ayudaran a tratar la nueva situación no significa que el derecho común no proporcionara soluciones a la situación. Es precisamente en este tipo de situaciones donde el enfoque del derecho común demuestra su valía, ya que proporciona un mecanismo para tratar las situaciones tal y como surgen sobre el terreno. A través del desarrollo de precedentes, estas nuevas situaciones se abren paso en el derecho, en lugar de tener que esperar a que el legislador escriba una ley para tratar esas situaciones específicas. De hecho, De Soto responde a su propia pregunta, citando a König: "los tribunales a menudo recurrían a las costumbres locales de los pueblos y las transformaban en un nuevo cuerpo legal que estabilizaba los tratos con la tierra".³ Este es precisamente el punto.

Ciertamente ha habido casos en la historia europea y americana del tipo de extralegalidad que ahora caracteriza al Tercer Mundo. Pero De Soto describe y analiza mucho mejor esta extralegalidad en su anterior libro, *El Otro Sendero*. Allí demostró que fue el enfoque mercantilista, y antes de eso, la

2 p. 111.

3 David Thomas König, "Community Custom and the Common Law: Social Change and the Development of Land Law in Seventeenth-Century Massachusetts," en *Land Law and Real Property in American History: Major Historical Interpretations*, ed. Kermit Hall (New York: Garland Publishing, 1987), p. 339. Citado en página 112.

mentalidad gremial, lo que condujo al surgimiento de la industria y los negocios informales y extralegales, que empujaron a personas que de otro modo serían respetuosas de la ley, especialmente las que se encontraban en los escalones más bajos de la sociedad, fuera del sector formal y legal. Esta mentalidad cree que el progreso debe ser coordinado desde arriba, y que la legislación es la herramienta para lograr ese objetivo. Para la mentalidad mercantilista, el derecho consuetudinario es un obstáculo que hay que superar.

Pero en *El Misterio del Capital*, De Soto ha abandonado el paradigma mercantilista como la clave para entender lo que hay detrás de la extralegalidad. En su lugar, ha abrazado la idea de la codificación como solución. Pero al hacerlo, está adoptando una de las principales herramientas utilizadas por los mercantilistas; porque la codificación es el medio por el que la legislación ha sustituido al derecho consuetudinario en los tiempos modernos. Porque, como De Soto demostró magistralmente en su anterior libro, fue la legislación mercantilista la que produjo la extralegalidad entonces, y es la legislación neomercantilista la que la está produciendo ahora. La extralegalidad no es el derecho consuetudinario per se, aunque evoluciona hacia él: allí donde no se reconoce el derecho consuetudinario, hará su aparición espontánea de cualquier manera.

Por lo tanto, la lectura de este libro es extremadamente desconcertante, al menos para los lectores familiarizados con *El Otro Sendero*. Lo que De Soto ha decidido hacer, aparentemente, es culpar en cierta medida a la tradición del derecho común de la extralegalidad, y defender el orgullo de la tradición del derecho civil, la codificación, como la solución a la extralegalidad.⁴ Esto a pesar de que De Soto cita a varios defensores del enfoque de derecho consuetudinario/derecho común, como Hayek, Leoni y Benson. Hayek y Leoni en particular (me declaro ignorante respecto a Benson, ya que no lo he leído) argumentan con fuerza que la legislación sólo tiene un papel limitado en el ámbito del derecho privado, y que el enfoque del derecho común es el adecuado para un régimen de derechos de propiedad. El propio De Soto defendió un enfoque basado en el derecho consuetudinario en su obra *El Otro Sendero*. ¿A qué se debe este cambio de filosofía?

Creo que la respuesta puede leerse entre las líneas de *El Misterio del Capital*. De Soto parece un librecambista desilusionado, desilusionado por la experiencia de ver cómo los antiguos países comunistas se vuelven cada vez más corruptos y más desesperados justo en el momento en el que Occidente interviene para ayudar a estos países a construir economías de libre mercado. Parece creer que el problema radica en la propia ideología del libre mercado, que parece sugerir que es lo mismo que las prescripciones políticas del FMI y el Banco Mundial. Esto en sí mismo es alucinante. Los defensores del libre mercado siempre han argumentado que las soluciones macroeconómicas no son soluciones en absoluto, y que las soluciones deben encontrarse precisamente en el ámbito micro del establecimiento del estado de derecho, los derechos de propiedad, los derechos contractuales y similares. Pero, tras convencerse de que los defensores tradicionales del libre mercado nunca entendieron la importancia de estas cosas, recurre a una solución bastante anticuada, la de la codificación. Así como legiones de filósofos del derecho argumentaron en contra de la codificación desde el momento en que se planteó la idea hasta el momento en que se puso en práctica, los historiadores del derecho contemporáneos, como Manlio Bellomo, reconocen ahora la quiebra de la codificación y abogan por un nuevo comienzo.⁵

4 Sobre la oposición common-law/civil-law como paradigma para entender el desarrollo de la civilización occidental, véase mi *A Common Law: The Law of Nations and Western Civilization* (Aalten, Países Bajos: Pietas Press, 1999).

5 See Manlio Bellomo, *The Common Legal Past of Europe 1000-1800*, trad. Lydia G. Cochrane (Washington DC: the Catholic University of America Press, 1995).

Por lo tanto, parece que De Soto ha echado su suerte con el enfoque del derecho civil. Quiere que la legislación resuelva los problemas que la legislación ha producido. Quiere que los políticos resuelvan los problemas que los políticos han producido. Lo que tiene que entender es que el problema es precisamente la legislación y la política. La legislación y la política sólo tienen un papel limitado en el desarrollo del derecho privado. La legislación y la política son instituciones de derecho público por excelencia. Como he escrito en otro lugar:

El derecho privado, al ser expresión de la justicia conmutativa, tiene su propia lógica interna, su propia estructura que debe ser respetada en la elaboración de leyes de cualquier forma. En la actualidad, la legislación es la principal fuente de derecho, tanto público como privado. El problema es que la legislación está dirigida principalmente por consideraciones de justicia distributiva y no conmutativa. Esto se debe a que el poder legislativo está orientado hacia el derecho público, históricamente ha sido moldeado históricamente por el derecho público, y ve su misión en términos de derecho público. A esto hay que añadir el socialdemócrata moderna a favor del derecho público como derecho "social" que lo engloba todo, y se empieza a ver el peligro de la legislación para el régimen de derecho privado.⁶

El papel principal de la legislación en el ámbito del derecho privado ha sido introducir el derecho "social", orientado a socavar los resultados, por lo demás totalmente justos, aunque políticamente incorrectos o indeseables, que necesariamente se producen cuando se deja a las personas libres organizar sus propios asuntos por su cuenta. Esta legislación social encaja perfectamente en la categoría neomercantilista que utilizó De Soto en *El Otro Sendero*. Es este tipo de regulación el que distorsiona el régimen de derecho privado y crea las anomalías que a su vez generan la actividad informal, por ejemplo, el mercado negro.

Hay otro libro que me gustaría que De Soto hubiera escrito; tiene que ver con otro paralelismo entre el siglo XIX y el Tercer Mundo de hoy: el fenómeno de los barrios de chabolas, del floreciente crecimiento de las ciudades, incontrolado, fuera de la "pantalla de radar" de la oficialidad, objeto de lástima e indignación, la prueba A en el juicio del "capitalismo desenfrenado", el enemigo del hombre común, que sólo fue salvado por el surgimiento del glorioso estado de bienestar. Ojalá De Soto hubiera seguido la pista proporcionada por Hayek, primero en su *El capitalismo y los historiadores* y más tarde en su *La atracción fatal*, de que el fenómeno de las barriadas, lejos de ser un signo de pobreza absoluta, era en realidad un presagio de crecimiento económico y prosperidad para las masas que, atadas a la tierra y a la existencia agotadora de la agricultura de subsistencia, nunca habían podido participar en el progreso de la ciudad. Las barriadas, nos dice ahora De Soto, esconden en realidad una riqueza de enorme magnitud, que sólo hay que aprovechar, y el medio para hacerlo no es otro que el Estado de Derecho, la disponibilidad de una justicia barata pero fiable, la disponibilidad de notarios y tribunales a través de los cuales los bienes de los pobres se hacen visibles para el gran mercado, el comprador y el vendedor, el inversor. Para conseguirlo, los gobiernos tienen que olvidarse de sus planes de proveer a su pueblo y más bien permitir que su pueblo se provea a sí mismo proporcionando lo único que los gobiernos saben hacer, la justicia civil. Y es precisamente esta tarea, aparentemente sencilla y siempre directa, la que se les escapa por completo tanto a los gobiernos del Tercer Mundo como a sus

⁶ Ruben Alvarado, An Outline of the Common Law: I. The Private-Law Nature of the Common Law (Christian Cultural Studies Page, WordBridge Publishing: <http://www.wordbridge.net/ccsp>, 2000).

benefactores en Occidente, tan deseosos de defender la situación de los pobres pero tan poco dispuestos a hacer algo fundamental al respecto.