

EL FINANCIAMIENTO PARA EL DESARROLLO COMO CAMPO DE PRÁCTICA, DE ESTUDIO Y DE INNOVACIÓN.¹

Por KEVIN E. DAVIS²

El acceso al capital financiero constituye un factor importante para las perspectivas de desarrollo de los países pobres. En este breve ensayo sostendré que puede darse tratamiento a los aspectos legales del financiamiento para el desarrollo como un importante campo de estudio. El ensayo comienza describiendo los tipos de transacciones que podrían ser de interés y resalta el rol que el derecho y que los abogados cumplen en delinear los términos que las gobiernan. Como próximo paso se argumenta a favor de un enfoque integral del tema. Ello implica resistirse a los esfuerzos por fragmentar el campo a través de —por ejemplo— realizar marcadas distinciones entre transacciones que involucren partes públicas en lugar de privadas, o entre transacciones comerciales por un lado, y obras de beneficencia y asistencia, por otro lado. El resto del ensayo ofrece una discusión un tanto especulativa de una posible agenda de investigación. La discusión cubre tanto los posibles temas de investigación —que van desde la gobernanza de instituciones financieras internacionales a los acuerdos de préstamo utilizados por las instituciones de microcrédito— como los métodos para abordarlos.

¹ Publicado originalmente en *Acta Juridica*, octubre de 2008. Traducción al español del texto original en inglés por LUCIANA T. RICART (LL.M. 2007 *New York University School of Law*.)

² Profesor Beller Family de Derecho Comercial (*Business Law*), *New York University School of Law*. Agradezco a NIKHIL DUTTA, MATTHEW HAAR y a BENEDICT KINGSBURY por sus valiosos comentarios a una versión anterior de este artículo y a Heather Sims por su excelente ayuda en la investigación. Estoy también agradecido por el apoyo de los Fondos de Investigación *Filomen D'Agostino* y *Max E. Greenberg* de NYU School of Law.

1. Introducción

Existe un debate en curso respecto del papel que desempeña el capital extranjero en los países en desarrollo en sus esfuerzos para reducir la pobreza y promover el desarrollo. En teoría, los países en desarrollo deberían siempre poder darle un buen uso al capital extranjero. En la práctica, sin embargo, gran parte de ello depende de los términos en los que se otorgue dicho capital. Ello es cierto ya sea que la transacción en cuestión involucre un préstamo del Fondo Monetario Internacional (“FMI”) o ayuda bilateral o financiación de proyectos (Finanproyecto o *Project Financing*).³ En cada caso, el gran desafío es encontrar términos que sean lo suficientemente atractivos para inducir a los financiadores a desprenderse de sus fondos, pero que a la vez sean compatibles con las necesidades sociales y económicas de la población de los países en desarrollo. En 2002, cincuenta líderes mundiales reconocieron que estos desafíos están inter-relacionados y, como parte del Consenso de Monterrey, aprobaron la siguiente afirmación: “[e]s indispensable adoptar un enfoque integral respecto de los problemas nacionales, internacionales y sistémicos, relacionados entre sí, de la financiación para el desarrollo [...] en todas partes del mundo.”⁴

Aunque no sea inmediatamente obvio, el Derecho desempeña un papel importante en la definición de los términos bajo los cuales el capital financiero fluye a los países en desarrollo. En síntesis, en lo que respecta al financiamiento para el desarrollo, el derecho es importante. Además, las herramientas conceptuales que han sido desarrolladas para estudiar otras áreas del derecho pueden ser útiles para echar luz sobre cómo se ejerce o debería ejercerse el financiamiento para el desarrollo. De este modo, tanto las consideraciones prácticas como las conceptuales pesan a favor de tratar a los aspectos legales del financiamiento para el desarrollo como un importante campo de estudio.

El propósito de este ensayo es justificar y luego examinar las implicancias académicas que tiene tratar a los aspectos legales del financiamiento para el desarrollo como un campo integrado de práctica, de estudio y de innovación.⁵ La primera parte describe el ámbito de la práctica, incluyendo algunas de las formas de las transacciones utilizadas en el financiamiento para el desarrollo,

³ *Nota de traducción*: La expresión original en inglés, habitualmente también utilizada en textos en español, es “*Project financing*”. La traducción adaptada del vocablo inglés —que usualmente se encuentra en la literatura especializada y que es la que utilizaremos en este artículo— es “financiación de proyectos” o “finanproyecto.”

⁴ Naciones Unidas, *Documento final de la Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo*, 18/22-III-02, Monterrey, México. A/Conf. 198/11.

⁵ Asimismo, existen repercusiones en la currícula universitaria. Para un ejemplo de un curso dedicado al Financiamiento para el Desarrollo, ver <http://www.iilj.org/courses/FinancingDevelopmentCourse.asp> (Último acceso: 7-VIII-08.)

la importancia de los términos que rigen esas transacciones, y el rol desempeñado por el derecho en definir sus términos. La segunda parte define el campo de estudio y evalúa el papel que los conceptos legales pueden desempeñar en su estudio. La tercera parte aporta más detalles al exponer cuatro maneras de estudiar y estimular la innovación en los aspectos jurídicos del financiamiento para el desarrollo.

2. La práctica del financiamiento para el desarrollo

2.1. El financiamiento es importante

Las transferencias financieras transnacionales a los países en desarrollo adoptan una serie de formas y pasan a través de una serie de canales.

La categoría de flujo de capital más destacada es quizás la ayuda extranjera, es decir, el financiamiento otorgado para usos no comerciales bajo la forma de donaciones, subvenciones o alivio de la deuda. Por ejemplo, el Proyecto del Milenio de las Naciones Unidas afirma que los habitantes de los países ricos pueden terminar con la pobreza extrema otorgando Ayuda Oficial al Desarrollo (“AOD”) equivalente a menos del 0.7 por ciento de su PBI. Incluso los escépticos sobre la efectividad de la ayuda financiera están de acuerdo en que ésta cumple un papel importante en el desarrollo. Por ejemplo, WILLIAM EASTERLY no cree que la ayuda extranjera o cualquier otro tipo de intervención extranjera pueda terminar con la pobreza en el mundo en desarrollo, pero aún así sigue creyendo que si la ayuda extranjera se canaliza adecuadamente puede “aliviar el sufrimiento de muchas personas desesperadas.”⁶

La ayuda extranjera circula tanto a través del sector público como del privado. En 2007, los desembolsos de AOD ascendieron a U\$S 103.7 billones⁷ y la AOD de EE.UU. ascendió a U\$S 21.8 billones.⁸ Por otro lado, el monto registrado de remesas de dinero enviadas por los inmigrantes a sus amigos y familiares en países en desarrollo ascendió a U\$S 251 billones y las remesas

⁶EASTERLY, WILLIAM, *The White Man's Burden: Why The West's Efforts to Aid the Rest Have Done So Much Ill and So Little Good*, Nueva York, Penguin Press, 2006, p. 383.

⁷Nota de traducción: Cabe destacar que la cifra “un billón” en Estados Unidos equivale a un uno seguido de nueve ceros. Por lo tanto, 103.7 billones es 103.700.000.000.

⁸Estas dos cifras incluyen grandes cantidades de ayuda dirigida a Irak y a Afganistán. Por ejemplo, en 2007 los EE.UU. dedicaron casi U\$S 5.3 billones de ayuda a estos dos países. “Debt Relief is Down, Other ODA Rises Slightly,” *Organization for Economic Cooperation and Development*, 4 abril 2008, disponible online en: http://www.oecd.org/document/8/0,3343,en_2649_33721_40381960_1_1_1_1.00.html. (Último acceso: 1-VIII-08.)

de residentes en EE.UU. al resto del mundo fue estimada en U\$S 44 billones.⁹ Las donaciones privadas de ONG de países ricos a los habitantes de países pobres probablemente exceden los U\$S 10 billones anuales.¹⁰

El financiamiento otorgado bajo términos más comerciales, como préstamos ofrecidos a tasas de interés de mercado, también se percibe como desempeñando un rol importante en el desarrollo. Sin embargo, existe un debate en curso sobre si ese rol es positivo o negativo. Por ejemplo, en el contexto de la deuda pública existe un debate vigoroso sobre si los préstamos del FMI han empeorado los problemas de los países en desarrollo prestamistas del Fondo o si los han salvado de un destino incluso peor. Además, desde la crisis de la deuda de los ochenta se ha entendido que el default de la deuda pública en los países en desarrollo podía causar crisis financieras ruinosas que amenazaran la estabilidad del sistema global financiero en su totalidad.

Más recientemente, los flujos financieros al sector privado han capturado la atención de los expertos en desarrollo. Ello es así en parte porque para los países en desarrollo en su totalidad los flujos de capital al sector privado eclipsan los flujos al sector público —un total de U\$S 380 billones de IED (Inversión Extranjera Directa) ingresó a los países en desarrollo en 2006,¹¹ haciendo parecer pequeña la cantidad de AOD. Además, existe una creciente sensación de que las transacciones que son aparentemente privadas en su totalidad son en realidad temas de amplio interés público. En consecuencia, los activistas y los académicos dedican gran cantidad de energía a publicitar las consecuencias sociales, económicas y ambientales de financiar grandes proyectos de infraestructura.¹² De modo similar, pero del otro lado del espectro de flujos al sector privado en términos de escala, algunos analistas sostienen que las innovaciones en microfinanzas pueden tener efectos de largo alcance sobre la lucha contra la pobreza.¹³

Si bien las publicaciones académicas a menudo intentan aislar y concentrarse en los métodos individuales de financiamiento para el desarrollo, es en

⁹ Banco Mundial, *Remittance Data*, julio 2008, <http://econ.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTDEC/EXTDECPROSPECTS/0,,contentMDK:21122856~pagePK:64165401~piPK:64165026~theSitePK:476883,00.html>. (Último acceso 1-VIII-08.)

¹⁰ STANDLEY, SCOTT / ROODMAN, DAVID, "Tax Policies to Promote Private Charitable Giving in DAC Countries," *Center for Global Development*, Working Paper No. 82, 2006.

¹¹ *World Investment Report 2007: Transnational Corporations, Extractive Industries, & Development*, UNCTAD, 2007, p. 251.

¹² LIKOSKY, MICHAEL "Law, Infrastructure, and Human Rights," Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

¹³ ROBINSON, MARGUERITE, *The Microfinance Revolution: Sustainable Finance for the Poor*, Washington DC, The World Bank, 2001.

general difícil, e incluso poco útil establecer distinciones tajantes de este tipo. Por ejemplo, la distinción entre transacciones comerciales y no comerciales se vuelve sutil cuando se consideran no sólo los préstamos y subsidios simples sino también los préstamos sin interés, préstamos otorgados a tasas de interés inferiores a la tasa de mercado, préstamos que serán probablemente condonados en caso de crisis, o préstamos que son aparentemente otorgados a tasas de interés de mercado pero que están garantizados o asegurados por agencias públicas. De modo similar, es difícil trazar una distinción tajante entre transacciones públicas y privadas cuando actores privados otorgan financiamiento a actores públicos, como en el contexto de la deuda pública; actores públicos como la Corporación Financiera Internacional (“CFI”) financia a actores enteramente privados; algunos actores obtienen financiamiento tanto del sector público como del privado; las entidades públicas y privadas se unen para proveer financiamiento, como en el caso en donde se otorgan créditos fiscales por las donaciones a organizaciones benéficas extranjeras; o cuando se otorga financiamiento a entidades híbridas, como sociedades público-privadas. Es también inútil trazar distinciones tajantes entre diferentes categorías de transacciones en la medida en que se sustituyen la una a la otra. Por ejemplo, para un tipo determinado de financiamiento a tasas de interés comerciales debería existir un subsidio equivalente —aunque mucho menor. Tal vez más obvio, el financiamiento de actores públicos puede a menudo servir como sustituto del financiamiento provisto por actores privados.

Un enfoque suficientemente holístico del financiamiento para el desarrollo ya se ve reflejado en alguna medida en la forma en que se practica dicho financiamiento. Por ejemplo, el Grupo del Banco Mundial utiliza muchos tipos distintos de instrumentos financieros en la consecución de su mandato de otorgar financiamiento al desarrollo, que van desde préstamos a tasas de interés de mercado a los actores del sector privado hasta donaciones a gobiernos, y reflexiona mucho sobre la interacción entre las diversas formas de financiamiento.¹⁴ Es natural asumir que los receptores de ayuda en los países en desarrollo están al tanto del posible costo de oportunidad y complementación entre formas alternativas de financiamiento. Los expertos también han aprovechado oportunidades para transferir ideas inicialmente asociadas con una forma de financiamiento para el desarrollo y aplicarlas en otros contextos. Varias innovaciones recientes en el financiamiento para el desarrollo incluyen el trasplante de cláusulas desarrolladas para su uso en transacciones del sector comercial privado hacia otros contextos. Por ejemplo, los Pactos de la Corporación del Desafío del Milenio (acuerdos de financiamiento) incorporan representaciones y garantías

¹⁴ Banco Mundial, *Quiénes somos – Operaciones*, 2008, <http://go.worldbank.org/1YXPMBND00>. (Último acceso: 1-VIII-08.)

que se asemejan a las utilizadas en las ofertas de obligaciones negociables por las sociedades. La *International Finance Facility* permite a una ONG internacional recaudar fondos para vacunas e inmunizadores respaldados por las promesas de los donantes, usando la misma estructura básica de securitización empleada por sociedades.¹⁵ Mientras tanto, otras ideas sobre el financiamiento para el desarrollo se han desplazado desde el sector sin fines de lucro al sector comercial privado. Por ejemplo, algunas de las formas innovadoras de microcréditos que en gran medida se originaron en el sector sin fines de lucro están siendo rápidamente adoptadas por instituciones financieras con fines de lucro.¹⁶

2.2. Importancia de los términos

De vez en cuando, se puede observar a los analistas tratando de responder a preguntas del estilo: “¿Es efectiva la ayuda?” O: “¿La IED estimula el crecimiento?” Sin embargo, un tratamiento más sofisticado de este tipo de temas revela que estas categorías de transacciones son demasiado rudimentarias y que es necesario un análisis minucioso que eche luz sobre las consecuencias de los flujos financieros internacionales.

No todos los flujos de capital hacia países en desarrollo se crean del mismo modo. Por el contrario, se deben formular una gran cantidad de preguntas para determinar el impacto total de una transacción financiera en particular. Por ejemplo, ¿la transacción (en particular mientras sigue siendo sólo una promesa) representa un compromiso vinculante por parte del inversor? ¿Se exige al receptor comprar productos o servicios del país de origen del donante? ¿Se exige al receptor comprar productos o servicios a proveedores locales? ¿Se exige al receptor cumplir con estándares internacionales laborales y ambientales? ¿El receptor es un actor público o privado? Si el receptor es un actor público, ¿los habitantes del país receptor deberán responder incluso si no obtuvieron beneficio alguno de la transacción? Si el receptor es un actor privado, ¿es una entidad con o sin fines de lucro? ¿Bajo qué circunstancias podrán excusarse o modificarse las obligaciones del receptor? Etcétera.

La cuestión aquí consiste en que los términos bajo los cuales se otorga el financiamiento para el desarrollo tienen en general una importancia crucial para determinar su impacto. Una razón es porque esos términos definen el

¹⁵ HM Treasury, *The International Finance Facility*, 2005, http://www.hm-treasury.gov.uk/media/F/B/IFF_proposal_doc_080404.pdf. (Último acceso: 1-VIII-08.)

¹⁶ Ver, por ejemplo, el desarrollo del modelo de banco comercial por la red institucional Acción Internacional y la posterior transformación del Banco Sol de Bolivia desde una institución sin fines de lucro al primer banco comercial privado dedicado exclusivamente a las micro-finanzas. BRUCK, CONNIE, “Millions for Millions,” *The New Yorker*, 30-X-06, p. 62.

equilibrio que se ha establecido entre los intereses potencialmente encontrados de los diferentes actores involucrados en la transacción, a saber: inversores, intermediarios, destinatarios últimos de los fondos, y otros residentes de los países en desarrollo. Por ejemplo, el interés de los inversores puede consistir en que se les devuelva el préstamo con intereses o en incrementar las exportaciones, ambos tangibles e intangibles. Al mismo tiempo, los intereses de los intermediarios pueden consistir en maximizar el volumen de los fondos que pasan por sus manos, ya sea para justificar su existencia o para que sea más fácil llevarse lo mejor para sí. Por su parte, los residentes pueden llegar a estar interesados en satisfacer sus necesidades de consumo de corto plazo en lugar de asegurarse beneficios a largo plazo para su comunidad. Los términos bajo los cuales las partes se involucran en una transacción también pueden ser de importancia, dado que envían señales importantes a otros actores respecto de las partes de la transacción.¹⁷ Por ejemplo, los actores pueden hacer un esfuerzo especial para adoptar términos innovadores y de esta forma demostrar al mundo que son competentes, agresivos e innovadores en una serie de dimensiones.¹⁸

2.3. *Importancia del Derecho*

Esto por supuesto conduce a la pregunta: ¿Cómo se definen los términos del financiamiento para el desarrollo? La respuesta es que se definen de modo bastante similar a los de cualquier otra transacción financiera: A través de la combinación del acuerdo de las partes relativo a la transacción y de las normas jurídicas y no jurídicas aplicables que determinan el significado —tanto en términos simbólicos como prácticos— del acuerdo. Cuando están involucrados múltiples inversores e intermediarios, los términos pueden estar contenidos en una serie de acuerdos y pueden estar en juego normas provenientes de varias fuentes diferentes. Además, los términos bajo los cuales algunos de los actores participan —en particular actores organizacionales como gobiernos, instituciones financieras y organizaciones de beneficencia— estarán influenciados por una variedad de normas que determinan sus mandatos y poderes. Por lo tanto, el financiamiento para el desarrollo puede ser analizado como un proceso contractual en el cual los términos se establecen en acuerdos entre un subconjunto de actores relevantes como así también de los variados tipos de regulación que dan forma al contenido, interpretan, invalidan o complementan dichos acuerdos y determinan cómo se harán cumplir.

¹⁷ SUCHMAN, MARK C., “The Contract as Social Artifact,” *Law and Society Review*, 37, 2003, pp 91-142.

¹⁸ GELPERN, ANNA / GULATI, GAURANG M., “Public Symbol in Private Contract: A Case Study,” *Washington University Law Quarterly*, 84, 2007, pp. 1627-1715.

Esta perspectiva sobre el financiamiento para el desarrollo recalca el rol potencial que tienen los contratos y la regulación para fijar los términos y determinar su eventual impacto. En síntesis, resalta el rol del Derecho. Ello no quiere decir, sin embargo, que otros factores sean irrelevantes. De hecho, una gran variedad de factores adicionales pueden entrar en juego. En primer lugar, ciertos factores que pueden ser descritos en términos generales como normas culturales podrían influenciar cómo los miembros de una sociedad determinada se comportan en respuesta a un tipo determinado de contrato. Por ejemplo, las actitudes predominantes hacia el pago de deudas y la fuerza de los lazos sociales han demostrado ser factores importantes de la efectividad de las técnicas de microfinanzas como ser el préstamo grupal.¹⁹ La geografía y tecnología de las comunicaciones también pueden resultar relevantes. Por ejemplo, *globalgiving.com* ahora permite que donantes individuales alrededor del mundo hagan pequeñas donaciones para respaldar proyectos específicos del mundo en desarrollo, un tipo de transacción que era muy poco práctica antes de la llegada de Internet. Concentrarse sobre el rol del derecho no significa que se ignoren estos factores.

3. El posible campo de estudio

El desafío para los académicos es entender los términos bajo los cuales ocurre el financiamiento para el desarrollo, a fin de poder explicar y orientar la práctica.

3.1. El alcance material del campo de estudio

La importancia de estudiar los métodos específicos del financiamiento para el desarrollo ya está ampliamente aceptada, en particular en lo que hace a las técnicas como deuda pública, ayuda extranjera, financiación de infraestructura y microfinanzas. La importancia de desarrollar una comprensión acabada de los términos empleados en dichos instrumentos financieros también se reconoce como cada vez más importante. De hecho, se han dedicado asombrosos esfuerzos en los últimos años para analizar temas arcanos como el rol de las cláusulas de acción colectiva en acuerdos de deuda pública,²⁰ condicionamientos de la

¹⁹ LASHLEY, JONATHAN, "Microfinance and Poverty Alleviation in the Caribbean: A New Strategic Overview," *Journal of Microfinance*, 6, 2004, pp. 83-94; CASSAR, ALESSANDRA / CROWLEY, LUKE / WYDICK, BRUCE, "The Effect of Social Capital on Group Loan Repayment: Evidence from Field Experiments," *The Economic Journal*, 117, 2007, pp. 85-106; KARLAN, DEAN, "Social Connection and Group Banking," *The Economic Journal*, 117, 2007, pp. 52-84.

²⁰ Ver CHOI, STEPHEN / GULATI, G. MITU, "Innovation in Boilerplate Contracts: An Empirical Examination of Sovereign Bonds," *Emory Law Journal*, 53, 2004, pp. 929-996; WEINSCHELBAUM, FEDERICO / WYNNE, JOSÉ, "Renegotiation, Collective Action Clauses and Sovereign Debt Markets," *Journal of International Economics*, 67, 2005, pp. 47-72; BECKER, TORBJORN / RICHARDS,

ayuda extranjera,²¹ estándares ambientales en préstamos de finanproyectos,²² y responsabilidad grupal en los micro-créditos.²³

A pesar de ser adecuado a veces, este tipo de enfoque por partes del estudio del financiamiento para el desarrollo no es compatible con los aspectos claves del fenómeno. Por un lado, como ya hemos visto, en la práctica es difícil distinguir estos tipos de transacciones unas de otras. Además, existen también vínculos conceptuales fundamentales. Específicamente, los diversos métodos de financiación para el desarrollo son conducidos por factores económicos y políticos parecidos, sirven como complemento o reemplazo los unos a los otros y pueden estar gobernados por instituciones relacionadas. Todo ello sugiere que lo que en una primera aproximación parecerían ser distintos métodos de financiamiento para el desarrollo, deberían ser analizados usando herramientas conceptuales similares. Entonces, por ejemplo, los términos bajo los cuales los gobiernos de los países en desarrollo piden préstamos del FMI no deberían ser analizados sin tener en cuenta los términos bajo los cuales ellos o sus habitantes reciben ayuda extranjera o de lo recaudado por finanproyectos. De modo similar, las iniciativas como las diseñadas para reconstruir la arquitectura financiera internacional, reinventar la ayuda extranjera o aplicar el concepto de responsabilidad social empresaria a los inversores de proyectos de infraestructura, no deberían ser formuladas o implementadas aisladamente unas de otras. En otras palabras, para tomar en serio el desafío planteado por el Consenso de Monterrey, el financiamiento para el desarrollo debe ser tratado como un campo de estudio integrado.

ANTHONY / THAICHAROEN, YUNYONG, "Are Collective Action Clauses Costly?," *Journal of International Economics*, 61, 2003, pp. 127-161.

²¹ SVENSSON, JAKOB, "Why Conditional Aid Does Not Work and What Can Be Done About It?," *Journal of Development Economics*, 70, 2003, pp. 381-402 (quien argumenta que la mayoría de los acuerdos de ayuda condicional carecen de cualquier tipo creíble de amenaza de no desembolso y son por lo tanto inefectivos); EASTERLY, "What Did Structural Adjustments Adjust? The Association of Policies and Growth With Repeated IMF and World Bank Adjustment Loans," *Journal of Development Economics*, 76, 2005, pp. 1-22 (quien no encuentra efecto positivo alguno sobre las políticas o el crecimiento de los préstamos de ajuste repetidos.)

²² HUNTER, DAVID, "Civil Society Networks and the Development of Environmental Standards at International Financial Institutions" *Chicago Journal of International Law*, 8, 2008, 437; SCHOLTENS, BERT / DAM, LAMMERTJAN, "Banking On The Equator: Are Banks That Adopted The Equator Principles Different From Non-Adopters?," *World Development*, 35, 2007, pp. 1307-1328; THOMAS, WILLIAM / LAWRENCE, ROBERT, "Equator Principles and Project Finance: Sustainability in Practice?," *Natural Resources & Environment*, 19, 2004, p. 20.

²³ GINEÉ, XAVIER / KARLAN, DEAN, "Group Versus Individual Liability: A Field Experiment in the Philippines," *World Bank Policy Research*, Working Paper 4008, 2006; GHATAK, MAITREESH / GUINNANE, TIMOTHY, "The Economics of Lending With Joint Liability: Theory and Practice," *Journal of Development Economics*, 60, 1999, pp. 195-228; ARMENDARIZ DE AGHION, BEATRIZ / GOLLIER, CHRISTIAN, "Peer Group Formation in an Adverse Selection Model," *The Economics Journal*, 110, 2000, pp. 632-643.

3.2. *Herramientas conceptuales*

El próximo tema a considerar es qué tipo de herramientas conceptuales deberían ser incorporadas a este campo de estudio. Las herramientas tradicionalmente utilizadas por los *cientistas sociales* como los economistas y politólogos tienen mucho para ofrecer. Pero, como veremos, también hay lugar para algunas herramientas conceptuales que probablemente sean más conocidas para los abogados.

Principal-Agente

Los economistas utilizan a menudo algún tipo de modelo del Principal-Agente para analizar los efectos de adoptar diferentes términos de financiación.²⁴ El enfoque habitual de la literatura es definir a cualquier actor que otorgue financiamiento —ya sea el inversor original o un intermediario— como el principal y al destinatario de los fondos —de nuevo, ya sea un intermediario o el destinatario último de los fondos— como el agente. Se cree que este esquema proporciona una forma útil de analizar las transacciones financieras (así como otras transacciones económicas) porque está diseñado especialmente para resaltar los potenciales conflictos de intereses entre las diversas partes de la transacción y los modos en que los términos de la transacción pueden ser estructurados para hacer frente a esos conflictos.

Sin embargo, existen problemas fundamentales al emplear el modelo del Principal-Agente como la principal herramienta conceptual para analizar el financiamiento para el desarrollo. En primer lugar, la idea de que debe dársele primacía a los intereses del actor catalogado como el principal por sobre los del actor que representa el papel de agente está implícita en los términos “principal” y “agente.” El problema a resolver en el modelo del Principal-Agente es cómo alinear los intereses del agente con los del principal, y no a la inversa. En el contexto del desarrollo, sin embargo, no está tan claro que los intereses de los inversores deban tener privilegio por sobre los de los destinatarios. En los ojos de algunos miembros de la comunidad del desarrollo, la fuente de muchos de los problemas del mundo en desarrollo ha sido la tendencia a través de la historia de privilegiar los intereses de los inversores occidentales por sobre los intereses de los habitantes de los países en desarrollo. Desde este punto de vista el problema real a ser resuelto al establecer los términos de la financiación para el desarrollo es reordenar los intereses de los inversores, no de los destinatarios.

²⁴ Ver, por ejemplo, BOURGUIGNON, FRANÇOIS / SUNDBERG, MARK, “Aid Effectiveness: Opening the Black Box,” *American Economics Review*, 97, 2007, pp. 316-321.

Una segunda dificultad con el modelo del Principal-Agente es que tiende a estar asociado con el análisis económico y, más específicamente, con la presunción de los economistas que los intereses básicos de los actores (preferencias) son fijos y que sólo pueden ser reordenados respondiendo a dichos intereses a través de sistemas de sanciones y recompensas. En general, se hace caso omiso de la posibilidad de cambiar los intereses o las preferencias.²⁵ Muchos entienden que este enfoque es excesivamente restrictivo.

El bagaje conceptual asociado con el modelo del Principal-Agente es un factor que influye a favor de adoptar un marco alternativo para analizar el financiamiento para el desarrollo, en particular, uno que esté relacionado con presunciones menos discutibles sobre la naturaleza e importancia relativa de los intereses de las partes.

*Gobernanza*²⁶

Otra forma de caracterizar al financiamiento para el desarrollo y los términos bajo los cuales se lleva a cabo es como un aspecto de gobernanza (global).²⁷ Este punto de vista resalta los roles que desempeñan diversas organizaciones locales e internacionales en establecer los términos bajo los cuales se desenvuelve el financiamiento para el desarrollo. Por motivos prácticos, situarse en la perspectiva de la gobernanza tiende a poner de relieve las conexiones existentes entre la gobernanza de las transacciones financieras *simpliciter* y la gobernanza en curso de las organizaciones o proyectos que están siendo financiados, en particular en los casos en los que el financiamiento a largo plazo esté siendo provisto a entidades altamente complejas como las que administran grandes proyectos de infraestructura o a los gobiernos de naciones soberanas. Además, muchas organizaciones que financian el desarrollo –tener en cuenta,

²⁵ STIGLER, GEORGE / BECKER, GARY, “De Gustibus Non Est Disputandum,” *American Economic Review*, 67, 1977, pp. 76-90.

²⁶ *Nota de traducción:* Hasta hace poco no existía una palabra en castellano que reflejara exactamente la acepción de “*governance*” en inglés. Sin embargo, recientemente la Real Academia Española ha aceptado el uso del término “gobernanza” para referir a este concepto. Si bien en la literatura esta expresión todavía no está del todo difundida, la utilizaremos a lo largo de la presente traducción de acuerdo a la definición dada por la Real Academia Española en la vigésimo segunda edición del Diccionario de la Lengua Española. Así, la definición de gobernanza consiste en el “arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía” y en la “acción y efecto de gobernar o gobernarse.” Disponible online en http://buscon.rae.es/draef/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=gobernanza. (Último acceso, 1-XII-08.)

²⁷ ORR, RYAN / METZGER, BARRY, “The Legacy of Global Projects: A Review and Reconceptualization of the Legal Paradigm,” *Proceedings of the 1st General Counsels’ Roundtable*, 21-22 January, 2005, Stanford, CA, Stanford CRGP, pp.1-51. Disponible online en: <http://crgp.stanford.edu/news/gcr.html>. (Último acceso: 6-VIII-08.)

por ejemplo, al FMI o a un gran banco de financiación de proyectos— tienen otras responsabilidades conjuntamente con el otorgamiento de financiamiento al desarrollo. Como resultado, es probable que el marco de gobernanza acentúe las conexiones entre la gobernanza del financiamiento para el desarrollo y la gobernanza de actividades que no tienen necesariamente que ver ni con las finanzas ni con el desarrollo.

En términos más conceptuales, utilizar un marco de gobernanza nos permite incorporar herramientas desarrolladas para estudiar otras formas de gobernanza que son relevantes para el financiamiento para el desarrollo. Por ejemplo, puede ser útil recurrir a la literatura general de las relaciones internacionales para examinar el papel que cumple el poder estatal en determinar los términos sobre los cuales tanto los actores públicos como privados participarán en el financiamiento para el desarrollo.²⁸ Entre tanto, referirse a la literatura más específica relativa a la provisión de bienes públicos globales podría ayudar a identificar los obstáculos estratégicos a la cooperación internacional en el financiamiento para el desarrollo y los modos de superarlos.²⁹

El marco de gobernanza también destaca los mecanismos jurídicos que se utilizan para implementar la gobernanza. Esto a su vez apunta hacia las herramientas conceptuales que han evolucionado para analizar los aspectos legales característicos de la gobernanza global. Para citar el ejemplo más reciente y destacado, la literatura sobre el Derecho administrativo global hace hincapié en el papel que los principios del derecho administrativo, como la transparencia, participación y la equidad procedimental básica, desempeñan en la gobernanza global.³⁰ Entender hasta qué punto estos principios se aplican no sólo a las instituciones como el Banco Mundial sino también, quizás, a instituciones privadas como bancos de finanproyectos es una parte importante del desafío de determinar cómo financiar el desarrollo.

Sin embargo, ver al financiamiento para el desarrollo exclusivamente como una forma de gobernanza proporciona sólo una visión parcial. La razón principal de ello es que el enfoque de gobernanza tiende a ocultar la importancia

²⁸ WOODS, NGAIRE, *The Globalizers: The IMF, the World Bank and Their Borrowers*, Ithaca, Cornell University Press, 2006.

²⁹ KAUL, INGE / GRUNBERG, ISABELLE / STERN, MARC (eds.) *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1999; KAUL *et al.* (eds.) *Providing Global Public Goods: Managing Globalization*, New York, Oxford, Oxford University Press, 2003.

³⁰ KINGSBURY, BENEDICT *et al.* (eds.), “The emergence of global administrative law,” *Law and contemporary problems*, 68(3-4), 2005; KINGSBURY / KRISCH, NICO (eds.), “Introduction: Global governance and global administrative law in the international legal order,” *European Journal of International Law*, 17(1), 2006.

de las interacciones descentralizadas y no coordinadas entre los actores privados, quienes por sí mismos definen los términos que gobernarán su interacción. El marco de gobernanza podría decirse que será propenso a ver estas situaciones como carentes de gobernanza y por lo tanto pasará por alto rasgos interesantes como ser las variaciones de los términos formuladas por los actores privados. Estos tipos de términos son exactamente aquellos que son el centro de análisis en el marco contractual que discutiremos en la próxima sección.

Contratos

Muchas formas de financiamiento pueden ser convincentemente caracterizadas, tanto legalmente como en sentido figurado, como contratos. Utilizar un marco contractual para analizar el financiamiento para el desarrollo tiene muchas virtudes, incluyendo todas las virtudes asociadas con el modelo del Principal-Agente. Se reconoce que los contratos son una de las formas de alinear los intereses de los principales y los agentes y, por lo tanto, con frecuencia se recurre a los modelos de Principal-Agente para analizar las consecuencias de adoptar diversos tipos de términos contractuales. Sin embargo, a diferencia del modelo del Principal-Agente, el marco contractual no está necesariamente asociado con la visión de que los intereses de los inversores son de importancia capital o de que los intereses de las partes son inalterables.

Caracterizar al financiamiento para el desarrollo como un proceso contractual también abre la puerta para transferir otras herramientas conceptuales (además de los modelos del Principal-Agente) del estudio de los contratos. Por ejemplo, observar este fenómeno desde una lente contractual llevará naturalmente a explorar los papeles que el derecho de los contratos y las doctrinas jurídicas relacionadas cumplirán en el financiamiento para el desarrollo. Entre los ejemplos de la gran gama de temas jurídicos que pueden ser explorados se incluyen: La circunstancias bajo las cuales las promesas de los donantes son ejecutables jurídicamente; el papel que cumplen las doctrinas habituales del derecho de los contratos (como el orden público y el incumplimiento de autoridad) en determinar la ejecutabilidad de los contratos de financiación; si las doctrinas que protegen a los terceros beneficiarios se extienden a los miembros de sociedades en desarrollo que son afectadas por el financiamiento de infraestructuras; si los contratos de financiamiento que estipulan la solución de conflictos ante tribunales extranjeros o arbitrales son ejecutables; si en caso de silencio o ambigüedad se aplican a los contratos de financiamiento las doctrinas interpretativas especiales diseñadas para proteger o promover el interés de las

partes más débiles; y, si existe alguna restricción a la capacidad de los inversores de ejecutar forzosamente sus reclamos contra los bienes de los destinatarios.³¹

Algunos conceptos de la literatura sobre contratos también pueden resultar útiles en el estudio del financiamiento para el desarrollo. Por ejemplo, el concepto de contrato relacional puede ayudar a caracterizar correctamente a una serie de transacciones financieras complejas y como tales, las ideas desarrolladas en la literatura sobre la contratación relacional pueden ser relevantes para el financiamiento para el desarrollo.³² De modo similar, la literatura reciente sobre las dimensiones simbólicas de la contratación³³ o el reciente aluvión de publicaciones sobre las cláusulas contractuales predispuestas³⁴ también permiten hacerse una idea general que puede ayudar a entender el fenómeno del financiamiento para el desarrollo.

A pesar de tener muchas virtudes, el marco contractual también tiene limitaciones como método para entender el financiamiento para el desarrollo. La raíz del problema radica en que una vez que se caracteriza un fenómeno como un contrato, ello hace concentrar la atención automáticamente en los contratos entre las partes y excluye otros aspectos del fenómeno. Esto significa que los hechos que son previos o posteriores a la vigencia de cualquier contrato o los actores que no son partes de ningún contrato se vuelven secundarios más que centrales a este campo de estudio. Por lo tanto, por ejemplo, los factores como la regulación de las instituciones financieras y las consecuencias sociales más amplias de financiamientos a gran escala pueden ser difíciles de analizar en forma exitosa utilizando un marco exclusivamente contractual.

Marcos híbridos

Este último punto pone de relieve el valor que tiene la utilización de más de un marco conceptual, o incluso de marcos híbridos, para analizar el financiamiento para el desarrollo. Los puntos fuertes de un modelo a menudo compensarán las limitaciones de otros. Entonces, por ejemplo, algunos con-

³¹ Muchos de estos temas están tratados en la bibliografía reciente sobre la doctrina de la “deuda odiosa.” Ver, por ejemplo, BUCHHEIT, LEE / GULATI, GAURANG M. / THOMPSON, ROBERT, “The Dilemma of Odious Debts,” *Duke Law Journal*, 56, 2007, pp. 1201-1262.

³² Ver, por ejemplo, MACNEIL, IAN, “Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law,” *Northwestern University Law Review*, 72, 1978, pp. 854-905; GOETZ, CHARLES / SCOTT, ROBERT E., “Principles of Relational Contracts,” *Virginia Law Review*, 67, 1981, pp. 1089-1150; SCOTT, “A Relational Theory of Secured Financing,” *Columbia Law Review*, 86, 1986, pp. 901-977.

³³ SUCHMAN, MARK C., “The Contract as Social Artifact,” *Law & Society Review*, 37, 2003, pp. 91-142; GELPERN / GULATI, “Public Symbol in Private Contract...,” *op. cit.*

³⁴ BEN-SHAHAR, OMRI (ed.) *Boilerplate: The Foundation of Market Contracts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

ceptos extraídos de la literatura sobre el suministro de bienes públicos globales pueden ser combinados satisfactoriamente con conceptos de la literatura sobre cláusulas contractuales predispuestas para analizar el proceso de creación de términos innovadores en el contexto del financiamiento internacional.

4. Indicaciones específicas para la investigación

Existen al menos cuatro propósitos distintos que el estudio del financiamiento para el desarrollo desempeña. Un primer propósito sería describir una práctica particular o una serie de prácticas. Un segundo propósito podría ser analizar las consecuencias de adoptar dichas prácticas. Un tercer propósito podría ser determinar qué causa el surgimiento de una práctica y no de otra. Finalmente, un cuarto propósito podría ser generar una evaluación normativa de una práctica en particular, en otras palabras, decir si debe ser elogiada o condenada, o fomentada o desalentada. A pesar de que estos propósitos eruditos sean conceptualmente distintos, están siempre conectados estrechamente en la práctica porque una descripción precisa es un útil precursor para profundizar cualquier tipo de análisis, y el análisis de causas y consecuencias es un requisito previo a muchas formas de análisis normativo.

Como veremos, sin importar el propósito por el cual se estudia el financiamiento para el desarrollo, lo más probable es que sea útil prestar atención a las dimensiones jurídicas de la práctica.

4.1. Descripción

Los términos bajo los cuales se concreta el financiamiento para el desarrollo se encuentran a menudo en documentos que nunca llegan a ver la luz del día. O, incluso si los documentos se hacen públicos, los términos importantes están enterrados en la letra chica.

A menudo —si bien no siempre— habrá valor en el solo hecho de describir el contenido de esos documentos, aunque más no fuera por el propósito de proporcionar nuevas ideas a los profesionales.³⁵ Consideremos, por ejemplo, el impacto potencial de mostrar a los profesionales cómo suministrar un seguro contra el mal tiempo a los pequeños granjeros, o cómo usar la securitización para reducir los costos de capital para las instituciones de microfinanzas. Con tan sólo crear un centro de intercambio de informaciones accesible públicamente para los documentos utilizados en el financiamiento para el desarrollo y las

³⁵ Difundir información sobre términos novedosos hace correr el riesgo de desincentivar la innovación. Como sugerimos más adelante, si y en qué medida la difusión genera costos y beneficios son también temas que vale la pena estudiar.

regulaciones aplicables se avanza en gran medida hacia estos propósitos. Sin embargo, un enfoque más complejo puede involucrar comparaciones, a través de tanto el tiempo como el espacio, y entre diversos documentos. Este tipo de trabajo descriptivo no sólo es un estímulo a la innovación sino también un pre-requisito indispensable para el trabajo académico sobre las causas y consecuencias de adoptar un conjunto determinado de términos. Tengamos en cuenta, por ejemplo, qué tan útil sería saber cuántos bancos comerciales incorporan y hacen cumplir estándares ambientales en sus acuerdos de financiamiento de proyectos antes de ponernos a analizar ya sea la popularidad o las ventajas de los Principios de Ecuador.

En cierto sentido será difícil evitar los aspectos legales del financiamiento para el desarrollo al describir sus términos. Muchas de las cláusulas están plasmadas en documentos tales como contratos, tratados, legislación o regulaciones que se pretende que sean vinculantes jurídicamente. Pero la dimensión legal de estos documentos también es importante en otro sentido. La mayoría de los abogados insistirá en registrar no sólo variaciones a las cláusulas operativas de estos tipos de documentos, sino también variaciones en sus consecuencias legales. Entonces, por ejemplo, distinguirían entre un pacto ambiental contenido en un contrato de préstamo vinculante y un pacto de idéntica redacción contenido en un documento bajo la forma de “código de conducta.” Recolectar este tipo de datos legales prepara el campo para pensar porqué el derecho del financiamiento para el desarrollo varía de lugar a lugar o de tiempo en tiempo, y qué diferencia tiene cuando varía.

4.2. *Causas*

Los factores económicos, políticos y sociológicos cumplen sin dudas un papel en entender porqué ciertos métodos particulares de financiamiento para el desarrollo surgen en lugares y tiempos determinados. Sin embargo, es probable que factores intrínsecamente legales también desempeñen su papel.

Por ejemplo, la literatura sobre Derecho administrativo global se ocupa en parte por explorar mecanismos legales para que las organizaciones que realizan operaciones transnacionales puedan rendir cuentas a los grupos afectados. Es natural extender este marco de análisis a las organizaciones que proporcionan financiamiento para el desarrollo.³⁶ Está comenzando a surgir un programa de investigación entero alrededor de la cuestión de cómo diversas

³⁶ DANN, PHILIPP, “Accountability in Development Aid Law: The World Bank, UNDP and Emerging Structures of Transnational Oversight,” *Archiv für Völkerrecht*, 44, 2006, pp. 381-404.

formas de *accountability*³⁷ dan forma a los términos bajo los cuales se otorga el capital a países en desarrollo a través de organizaciones como las agencias bilaterales de ayuda, bancos de financiación de proyectos y bancos multilaterales de desarrollo.³⁸ Esta investigación complementa a la investigación en curso realizada sobre la relación entre la *accountability política de organizaciones como el FMI y el Banco Mundial y los términos bajo los cuales éstas prestan dinero a los países en desarrollo*.³⁹ Algunos ejemplos de las cuestiones que caen dentro del alcance de estos programas de investigación que están íntimamente relacionados son: ¿Qué diferencia existe si las organizaciones que proporcionan financiación para el desarrollo rinden cuentas ante los tribunales locales, ante las agencias locales de regulación, ante tribunales arbitrales internacionales, ante instituciones internacionales nuevas o ya existentes, o sólo a un ombudsman interno? ¿Importa qué remedios se proporcionan y para quiénes? ¿Es relevante hasta qué punto puede evadirse cualquier régimen legal valiéndose de sociedades constituidas en jurisdicciones extranjeras o cláusulas de elección del derecho aplicable?

Entre tanto, algunas ideas extraídas de la literatura sobre derecho de los contratos pueden echar luz sobre por qué los términos de las transacciones individuales pueden llegar a variar incluso cuando los aspectos más generales que gobiernan las organizaciones de financiamiento para el desarrollo permanecen constantes. Por ejemplo, los juristas han dedicado gran parte de su atención al tema de cómo las normas que regulan las relaciones contractuales supletoriamente —lo cual significa que pueden ser dejadas de lado por la autonomía de la voluntad de las partes— influyen los términos de los contratos que en última instancia se firman.⁴⁰ También resulta relevante la literatura sobre los factores no legales que influyen la popularidad de ciertos términos en particular, en otras palabras, sobre la difusión de cláusulas contractuales predispuestas.⁴¹

³⁷ Nota de traducción: No existe una palabra en español que refleje acabadamente el significado de “*accountability*.” El concepto que mejor refleja la acepción de “*accountability*” es “rendición de cuentas.” Por la familiaridad del término en inglés en las publicaciones sobre teoría democrática hemos dejado el término original en la traducción. Sin embargo, en otras formas del concepto a lo largo del texto en inglés, como “*be held accountable*” o “*accountability mechanisms*” a veces se utilizarán variaciones de la expresión “rendición de cuentas.”

³⁸ DANN, *op. cit.*; LIKOSKY, MICHAEL, *Law, Infrastructure, and Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; RICHARDSON, BENJAMIN J., *Socially Responsible Investment Law: Regulating the Unseen Polluters*, Nueva York, Oxford University Press, 2008.

³⁹ WOODS, *The Globalizers: The IMF...*, *op. cit.*

⁴⁰ Para una reseña crítica de alguna de esta bibliografía ver SCHWARTZ, ALAN, “The Default Rule Paradigm and the Limits of Contract Law,” *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 3, 1994, pp. 389-419.

⁴¹ Ver en general, KAHAN, MARCEL / KLAUSNER, MICHAEL, “Standardization and Innovation in Corporate Contracting (or «The Economics of Boilerplate»),” *Virginia Law Review*, 83, 1997, pp. 713-770; DAVIS, KEVIN E., “The Role of Non-Profits in the Production of Boilerplate,” *Michigan Law Review*, 104, 2006, 1075.

Esta recopilación de doctrina tomada en su conjunto da cuenta de una amplia gama de factores que podrían influenciar los términos bajo los cuales el financiamiento para el desarrollo ocurre. Entre los ejemplos de indicaciones para investigaciones adicionales podemos incluir: ¿Las presunciones interpretativas a favor de los destinatarios de la ayuda financiera compensan las desigualdades en el poder negociador o son contra-productivas? ¿Cómo influyen las leyes de propiedad intelectual en los costos de las copias no autorizadas de contratos innovadores y, con el tiempo, en los incentivos en invertir en la innovación? ¿Qué papel cumplen las ONG en producir modelos de contratos que tengan en cuenta las necesidades sociales y que pueden eventualmente convertirse en contratos de cláusulas predispuestas? ¿Qué papel cumplen los abogados particulares y su formación, valores y preferencias en dar forma a los términos de las transacciones concluidas por sus clientes?

4.3. Consecuencias

Un aspecto central en cualquier agenda de investigación sobre financiamiento para el desarrollo debería ser analizar las consecuencias de adoptar términos específicos. Las consecuencias que se examinarán pueden estar limitadas a los intereses puramente económicos de las partes en los acuerdos pertinentes. Pero debe prestarse atención a los efectos sobre los intereses económicos de los actores que no son parte en acuerdo alguno y los efectos en las dimensiones no económicas. Normalmente, tendrá sentido comparar las consecuencias de desplegar diferentes métodos de financiamiento. Entonces, por ejemplo, el análisis del *Project Finance* como método de financiación de infraestructura puede involucrar tener que comparar los beneficios económicos de las partes en obtener un seguro de riesgo político de la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (*Multilateral Investment Guarantee Agency*) en lugar de un asegurador privado, o de obtener el financiamiento principal de un banco en lugar del mercado de capitales, o de adoptar uno u otro tipo de pactos financieros. Un análisis más amplio tendría en cuenta los efectos en la comunidad en la cual se emplazará el proyecto, incluyendo no sólo los efectos económicos sino también el impacto ambiental y los efectos en la capacidad institucional de canalizar el financiamiento a través de los actores gubernamentales locales en lugar del sector privado o de una sociedad público-privada. Un análisis más detallado tratará de localizar el nexo causal no sólo con miras al futuro entre concretos términos de la transacción y sus consecuencias, sino también hacia el pasado en los tipos de factores causales analizados en la sección anterior, como la participación de ONG o la posible participación de los tribunales locales.

En algunos aspectos, implementar esta agenda de investigación debería resultar simple para académicos con la formación adecuada. Enfocándose

solamente en los aspectos legales de la financiación para el desarrollo, en el plano teórico los académicos podrán utilizar la abundante recopilación de bibliografía en derecho, economía, ciencia política y administración sobre cómo diversos tipos de mecanismos de *accountability* impactan sobre el rendimiento organizacional. Hay también al menos la misma cantidad de bibliografía sobre cómo cláusulas contractuales específicas —debe pensarse en técnicas como declaraciones y garantías, opciones o cláusulas de la nación más favorecida— pueden ser utilizadas para mejorar el bienestar de las partes de las transacciones financieras al atenuar los problemas como la información asimétrica, la incertidumbre acerca del futuro y la incapacidad de las partes de realizar compromisos creíbles. Finalmente, existe un cuerpo de conocimientos que está creciendo rápidamente respecto de cómo debe llevarse a cabo el trabajo empírico que rastrea las relaciones causales entre los fenómenos legales por un lado y los resultados sociales y económicos por el otro.

El mayor desafío en llevar a cabo este tipo de investigación no recae probablemente en contestar las preguntas sobre las consecuencias de adoptar métodos específicos de financiamiento, sino en decidir qué tipos de preguntas se deben hacer. Ello es en parte cierto porque estudiar los efectos de las técnicas de financiamiento existentes es una cosa, pero otra cosa muy distinta es decidir qué técnicas se estudiarán, especialmente cuando algunas de éstas todavía no han sido inventadas. La tarea es particularmente difícil si uno cree, como lo hacen muchos académicos respetados, que los efectos de adoptar instituciones legales tienden a ser altamente dependientes del contexto.⁴² Esta perspectiva implica que las investigaciones más valiosas sobre los aspectos jurídicos del financiamiento para el desarrollo tenderán a ser aquellas que exploren las consecuencias de la innovación, ya sea que ello implique crear instituciones completamente nuevas o adaptar las instituciones existentes para que se acomoden a las nuevas circunstancias. Habitualmente, esta tarea deberá ser llevada a cabo sin poder contar con las lecciones de la experiencia pasada. No está para nada claro que este tipo de trabajo intelectual sea mejor llevado a cabo por los académicos en lugar de los profesionales del derecho. De hecho, quizás sería más fructífero para los académicos concentrar su atención en los procesos por los cuales el derecho del financiamiento para el desarrollo se adapta y produce innovaciones más que sobre los resultados específicos de ese proceso.

Existe una segunda razón por la cual es difícil formular preguntas de investigación en esta área. Ya sea que estemos discutiendo la adopción de técnicas

⁴² RODRIK, DANI, *One Economics, Many Recipes: Globalization, Institutions, and Economic Growth*, Princeton, Princeton University Press, 2007; SABEL, CHARLES F., “Bootstrapping Development: Rethinking the Role of Public Intervention in Promoting Growth,” en NEE, VICTOR / SWEDBERG, RICHARD (eds.), *On Capitalism*, Stanford, Stanford University Press, 2007, p. 305 y ss.

de financiación existentes o innovadoras, siempre se plantea el interrogante de cuáles son los efectos que vale la pena examinar. En otras palabras, ¿sobre qué consecuencias nos deberíamos preocupar? Por ejemplo, ¿debería la investigación sobre ayuda al desarrollo concentrarse en los resultados que priorizan los donantes o los destinatarios? O, en las transacciones que involucran actores gubernamentales, ¿la atención debería estar concentrada en los resultados que interesan al gobierno o al pueblo al que supuestamente representa? Para que sea de interés general, la investigación sobre las consecuencias del financiamiento para el desarrollo tendrá que estar relacionada con teorías bastante convincentes sobre qué tipos de resultados son deseables o indeseables. En otras palabras, debería ilustrarnos sobre la relación entre las finanzas y una forma de cambio social que sea considerada como desarrollo. Sin embargo, hay tantas concepciones contrapuestas de lo que se puede considerar como desarrollo y sobre cómo lograr el desarrollo, que a menudo este principio del sentido común poco podrá hacer para limitar el número de resultados que califiquen para ser tenidos en consideración. Ello implica que los académicos que busquen maximizar el atractivo de su trabajo deberán evaluar los impactos de los métodos específicos del financiamiento para el desarrollo, o por lo menos los modos de generar esos métodos de financiamiento, en la más amplia gama posible de resultados sociales y económicos.

4.4. *Afirmaciones normativas*

En el mejor de los casos, la investigación sobre el financiamiento para el desarrollo puede ayudar a los legisladores y a los profesionales a contestar preguntas como: ¿se debe fomentar que los países ricos aumenten la AED o en lugar deberían concentrarse en estimular las donaciones privadas a organizaciones benéficas extranjeras? Si los gobiernos de los países ricos quisieran tomar prestado contra promesas de proporcionar ayuda futura en el futuro para proporcionar fondos inmediatos para proyectos del desarrollo, ¿deberían tomar prestados ellos mismos o usar un intermediario como un banco de desarrollo o la *International Finance Facility*? ¿Deberían ser responsables los bancos comerciales cuando los proyectos que financian violan estándares ambientales en temas que están bajo la jurisdicción del banco? ¿Qué puntos de referencia deben actuar como pre-requisitos para el alivio de la deuda pública? ¿Deberían los micro-prestamistas sin fines de lucro estar sujetos a las mismas formas de regulación prudente que las instituciones que tienen fines de lucro? ¿Deberían los inversores ser incentivados a utilizar instrumentos como “derivados de crédito” (*credit derivatives*) para reasignar los riesgos asociados con el desarrollo sin tener miedo de socavar sus incentivos de prestar prudencialmente? En este sentido, la investigación sobre el financiamiento para el desarrollo probable-

mente ayudará a definir los términos bajo los cuales se transfiere el capital a los países en desarrollo en los años venideros.

Sin embargo, por más prometedores que parezcan, no hay ninguna garantía de que alguno de estos proyectos de investigación vaya a tener los resultados esperados. Si utilizáramos como guía el curso de las investigaciones sobre otros aspectos de la relación entre el derecho y el desarrollo, nos encontraremos con que será difícil que el análisis teórico o empírico genere prescripciones definitivas y factibles para la acción.⁴³ Ya hemos desarrollado los modos en los que la falta de consenso sobre los resultados esperados o la incapacidad para extraer generalizaciones de la experiencia pasada pueden llegar a limitar el valor de cualquier proyecto de investigación determinado. Existe asimismo la posibilidad de que los factores económicos o políticos puedan tener mucha mayor influencia en la práctica que los así llamados factores legales. Deberíamos estar preparados para arribar a la conclusión de que, al fin y al cabo, el Derecho no importa tanto.

5. Conclusión

Existen abundantes justificaciones para no sólo tratar al financiamiento para el desarrollo como un campo importante e integrado de práctica, de estudio y de innovación, sino también para examinar las dimensiones legales de la práctica utilizando herramientas conceptuales que han sido desarrolladas para estudiar otros fenómenos jurídicos. La importancia del capital financiero para los países en desarrollo está sujeta a los términos bajo los cuales se proporciona el capital y dichos términos parecen estar determinados de modo significativo por el derecho. El Derecho del financiamiento para el desarrollo no tiene los mismos límites que el Derecho de los contratos o el Derecho de la gobernanza global o de cualquier otra rama reconocida del derecho, sino que existen superposiciones significativas. Esta superposición es lo que hace que los aspectos legales del financiamiento para el desarrollo constituyan un campo que valga la pena explorar. No está claro qué resultará de este programa de investigación, pero por el momento las perspectivas son prometedoras.

⁴³ DAVIS, KEVIN E. / TREBILCOCK, MICHAEL, "Optimists versus Skeptics: The Relationship between Law and Development" *American Journal of Comparative Law*, 56, 2008, pp. 895-946.