

LA CORRUPCIÓN HEREDADA: PASADO COLONIAL, SISTEMA LEGAL Y DESARROLLO ECONÓMICO EN COLOMBIA.

Luis Eduardo Fajardo*

Resumen

Este ensayo discute el impacto de la herencia colonial en los actuales índices de corrupción del sistema legal colombiano. También explora los posibles nexos entre la corrupción judicial y el desarrollo económico en distintos momentos de nuestra historia.

Abstract

This essay discusses the impact of the colonial inheritance in the present indices of corruption of the Colombian legal system. Also it explores the possible nexuses between the judicial corruption and the economic development at different moments from our history.

Introducción

La teoría económica ha reconocido de tiempo atrás que el grado y la velocidad del desarrollo económico de un país pueden estar influidos por la calidad y eficiencia de su sistema legal. Ya desde la época de Adam Smith se subrayaba la importancia de los derechos legales de propiedad en el desarrollo capitalista. Más recientemente, estudios como los de Barro¹ y Keefer y Knack² han relacionado el crecimiento económico moderno en varios países con la calidad de sus instituciones, en particular con el grado de protección a los derechos de propiedad. En Colombia, Rubio³ y otros autores han empezado a cuantificar el impacto económico de la ineficiencia y corrupción en el sistema legal colombiano. Las consecuencias de la corrupción en el sistema judicial se revelan en aspectos tan variados como la oferta de crédito y la prevalencia de valores de *entrepreneurship* en nuestras sociedades. Hernando de Soto⁴ ha demostrado cómo la

inseguridad jurídica en torno a los derechos de propiedad en el Perú, producto de la corrupción e ineficiencia judicial, imponía grandes costos de transacción a los microempresarios, impidiéndoles ejercer adecuadamente el papel de *entrepreneurs* y obligándolos a refugiarse en una precaria informalidad. De Soto⁵ estima que el mejoramiento de los sistemas de matrícula legal de las microempresas en el Perú ha generado en los últimos años 105.000 empresas y 500.000 empleos nuevos.

Argumentos similares establecen una poderosa conexión entre la protección legal de los derechos de propiedad y el desarrollo de los sistemas financieros. Castelar y Cabral⁶ han demostrado el vínculo entre la calidad del sistema judicial en Brasil y el adecuado funcionamiento de los sistemas de crédito en ese país. Dicho estudio examina los niveles de ineficiencia, politización y corrupción de la rama judicial en los distintos estados brasileños. Sus resultados revelan que los sistemas judiciales corruptos o lentos en la resolución de conflictos particulares generan desconfianza entre los agentes proveedores de crédito y los llevan a reducir la oferta del mismo. Una adecuada oferta de crédito requiere que exista un sistema judicial capaz de garantizar que en caso de incumplimiento, respalde el repago de las deudas o la resolución del conflicto de manera imparcial y transparente. Este renovado énfasis en la calidad institucional como un requisito para el crecimiento económico moderno ha sido adoptado por las principales agencias multilaterales de desarrollo. El Banco Interamericano de Desarrollo afirmaba: "el desarrollo de mercados competitivos y eficientes plantea como condición necesaria...la construcción de un marco institucional que...defina con precisión y garantice los derechos de propiedad y el cumplimiento de los contratos"⁷.

Una explicación histórica

¿Por qué algunos países tienen sistemas legales más eficientes que otros? Estudios recientes han llegado a la conclusión de que una de las variables que explica las variaciones en eficiencia de la justicia en distintas partes del mundo radica en la herencia colonial.

* Profesor, Facultad de Economía, Universidad del Rosario.

- 1 Robert Barro, "Economic Growth in a cross-section of Countries", *Quarterly Journal of Economics*, No. 106, 1991, pág. 106.
- 2 P. Keefer y S. Knack, "Institutions and Economic Performance. Cross-Country Test Using Alternative Institutional Measures", *Economics and Politics*, 7, November 1995.
- 3 Mauricio Rubio, "La Justicia y el Desarrollo Económico", *Desarrollo y Sociedad*, No. 41, Marzo 98, Bogotá, CEDE, 1998.
- 4 Hernando De Soto, "La Protección del derecho de propiedad y la sociedad civil", en: Carrillo, F. y Jarquin, E. (eds.) *La Economía Política de la Reforma Judicial*. Washington, BID, 1997.

5 *Ibid.*, pág. 41.

6 Armando Castelar Pinheiro y Célia Cabral, "Credit Markets in Brazil: The Role of Judicial Enforcement and other Institutions". *Interamerican Development Bank, Office of the Chief Economist, Working Papers Series R-368*, junio 1999.

7 Banco Interamericano de Desarrollo, *La Economía Política de la Reforma Judicial*, Carrillo, F. y Jarquin, E. (eds.), Washington, D.C., BID, 1997, pág. xiii.

Buena parte de las naciones en desarrollo heredaron sus sistemas legales de las antiguas potencias coloniales. La Porta *et. al.*⁸ analizaron la rama judicial en una muestra de 49 países de todo el mundo, y encontraron una correlación fuerte entre las características de sus actuales sistemas legales y la tradición colonial a la que pertenecen. Los países de la esfera colonial anglosajona, que comparten el sistema jurídico denominado *common law*, muestran grados más altos de protección a los inversionistas y menos corrupción que los países colonizados por Francia y España, como Colombia, quienes comparten el sistema legal continental.

Para efectos del citado estudio⁹, construyeron un índice de calidad del sistema judicial, y le asignaron a cada país una calificación del uno al diez, siendo las notas altas indicativas de mejores sistemas judiciales. Dicho índice parte de cinco parámetros para evaluar la calidad del sistema legal: eficiencia, imperio de la ley, riesgo de corrupción, riesgo de expropiación y riesgo de incumplimientos contractuales por parte del Gobierno. En las cinco categorías evaluadas, los países de herencia legal franco-española obtienen peor puntaje que sus contrapartes de herencia anglosajona, alemana y escandinava.

Colombia aparece con puntajes particularmente mediocres en todas las categorías descritas anteriormente. En corrupción, obtiene una calificación de 5.00, frente a un promedio de 5.84 para las naciones de herencia franco-española, 7.06 para las de herencia anglosajona y 6.9 para el total de la muestra. En cuanto a riesgo de expropiación, Colombia es calificada con 6.95, frente a 7.46 para el promedio de las naciones con sistema franco-español, y 8.05 para el total de la muestra.

En la categoría "imperio de la ley", el promedio de calificación en el total de la muestra es de 6.85 sobre 10. El promedio para las naciones con sistema legal anglosajón es de 6.46, mientras que el correspondiente a las naciones con herencia legal hispano-francesa es de 6.05. Colombia aparece con 2.08, el peor índice de toda la muestra de 49 países.

El estudio citado no sólo encuentra graves deficiencias en la aplicación de la ley por parte de los funcionarios judiciales en los países de herencia legal franco-española, sino en la misma naturaleza de las normas vigentes en estos países.

Comparado con los resultados de países con herencia anglosajona, el estudio le otorga bajos puntajes a los países

hispanos en general, y a Colombia en particular, por la ausencia de normas de protección legal de los inversionistas y acreedores¹⁰. En un ensayo subsiguiente, los mismos autores comprobaron que las naciones colonizadas por anglosajones tienen en promedio mercados de capitales más amplios y desarrollados que aquellas colonizadas por franceses y españoles, sugirieron, además, que la baja calidad de los sistemas legales en estos últimos había actuado como una limitación para el desarrollo de mecanismos modernos de financiación externa para sus empresas¹¹. La falta de un sistema legal eficiente y respetado en Colombia y Latinoamérica asusta a los inversionistas y ha influido en el escaso desarrollo de nuestro mercado de capitales.

Una pregunta obvia que surge del anterior análisis es: ¿Por qué algunas naciones han aceptado permanecer con un sistema legal inferior en calidad, que produce resultados económicos deficientes frente a otras alternativas disponibles, como la del modelo legal anglosajón?

España contra Inglaterra

Para entender por qué la herencia legal de la colonia español parece inferior a la anglosajona, hay que entender el origen de esos sistemas en la metrópoli colonial.

En su obra *Rise of the Western World*, North y Thomas¹² relataron la aparición del capitalismo moderno en Europa, basados en una explicación institucional. Según North y Thomas, "El éxito (de los países anglosajones) ha sido la consecuencia de la reorganización de los derechos de propiedad en estos países. Los fracasos, -de la península Ibérica en la historia del mundo occidental, y de buena parte de Latinoamérica, Asia y África en nuestros tiempos-, han sido consecuencia de organizaciones económicas ineficientes"¹³.

Tal vez el punto central de su análisis consistía en explicar por qué España, que había sido la superpotencia económica al comienzo del desarrollo moderno de Europa, sufrió un severo declive mientras que Inglaterra, que había comenzado relativamente más pobre, se erigió después del siglo 18 como

8 Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer y Robert W. Vishny, *Law and Finance*, NBER Working Paper 5661, Boston, NBER, 1996.

9 *Ibid.*

10 *Ibid.*, pág. 40.

11 Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer y Robert W. Vishny, *Legal Determinants of External Finance*, NBER Working Paper 5879. Boston: NBER, 1997.

12 Douglass North y R. Thomas, *The Rise of The Western World*, Cambridge, Cambridge University Press, 1973.

13 *Ibid.*, pág. 157.

la nación líder en el desarrollo capitalista del mundo occidental.

Para estos autores, una parte sustancial de la respuesta puede encontrarse al mirar de cerca los sistemas legales de ambos países. El comercio de larga distancia y otras operaciones de mercado que caracterizaron el tránsito al capitalismo moderno sólo se consolidaron cuando un sistema legal sofisticado garantizó los derechos de propiedad privada. Una vez las instituciones legales redujeron los costos de transacción asociados con dichas prácticas comerciales, los individuos tuvieron incentivos para invertir y participar en las actividades cada vez más complejas e impersonales del mercado moderno¹⁴.

Las instituciones de defensa de los derechos de propiedad son esenciales para la actividad económica moderna. Por lo tanto, el tipo de sistema legal adoptado por una sociedad particular puede determinar su trayectoria de desarrollo. Inglaterra surgió como una potencia industrial al tener un sistema legal más pro-capitalista que España.

El sistema legal inglés está basado en el llamado "derecho común" o *common law*. La ley inglesa está "formada primariamente por jueces que tratan de resolver disputas específicas". España recibió en cambio, las influencias del derecho romano, francés y continental, un sistema legal fundamentalmente distinto del anglosajón. El derecho "continental" vigente en España intenta proveer reglas de conducta generales y generalmente fue redactado por legisladores¹⁵. Por lo tanto, se fundamenta en leyes codificadas y decretos.

El derecho anglosajón, por el contrario, le da prominencia a la jurisprudencia. Los fallos específicos formulados por jueces sirven de derrotero y referencia para fallos posteriores.

El derecho anglosajón parece apropiado para resolver los casos específicos que surgen de disputas comerciales entre particulares. El derecho continental, por el contrario, ha sido históricamente asociado con estados burocráticos y dirigistas y "con el triunfo de la idea de las economías planificadas y el creciente rol del estado en todas las áreas"¹⁶.

No es ningún accidente que el derecho continental haya sido adoptado por España y Francia y no por Inglaterra. Tal como lo discuten North y Thomas¹⁷ los estados francés y español evolucionaron hacia grandes burocracias centralizadas con

políticas fiscales frecuentemente confiscatorias. Por el contrario, Inglaterra tenía un sector público pequeño y descentralizado y un arraigado respeto por la propiedad privada.

Inglaterra desarrolló un derecho orientado hacia la actividad comercial y la protección al empresario individual. En España, donde el estado era controlado por una pesada burocracia y monopolios privados buscadores de rentas, se desarrolló en cambio un sistema legal de corte administrativista, burocrático e ineficiente que desincentivaba la competencia privada y hacía más fácil al Estado erigirse como el gran repartidor y en ocasiones expropiador de la riqueza de la nación¹⁸.

Corrupción e Imperio

Si aceptamos el argumento de North y Thomas sobre las deficiencias en el sistema legal español durante la época del despegue capitalista en Europa, el siguiente paso en nuestro análisis sería intentar comprobar si ese mismo sistema se reprodujo en sus colonias, entre ellas Colombia. Los estudios anteriormente mencionados de La Porta, *et. al.*¹⁹ parecen sugerir que sí existe una fuerte correlación entre la herencia colonial de 49 países y el estado actual de su sistema legal. En particular, las ex - colonias españolas tienen hoy en día un sistema legal corrupto, ineficiente y con poca protección al inversionista privado, comparado con el de sus contrapartes de herencia anglosajona.

¿Qué nos dicen las fuentes históricas sobre el real estado de la administración judicial en épocas coloniales? La precariedad de la administración colonial española en América hace difícil encontrar los registros estadísticos que detallen con gran rigurosidad la gestión de sus tribunales. Esto en marcado contraste con otros imperios como el británico, del cual sobrevive información estadística mucho más abundante y sofisticada. La búsqueda y el análisis detallado y sistemático de la información restante en archivos colombianos y españoles sobre el desempeño del sistema judicial de la Nueva Granada es, por lo tanto, una tarea que aún aguarda su realización.

Sin embargo, un recorrido inicial por algunos documentos coloniales más conocidos sugiere claramente las limitaciones y vicios de la administración de justicia en esta colonia.

14 *Ibid.*, pág. 156.

15 R. David y J. Brierly, *Major Legal Systems in the World Today*, Londres, Stevens and Sons, 1985, pág. 14.

16 *Ibid.*, pág. 85.

17 D. North y R. Thomas, 1973, *op. cit.*, pág. 130.

18 *Ibid.*, pág. 31.

19 Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer y Robert W. Vishny, 1996, *op. cit.*; Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer y Robert W. Vishny, 1997, *op. cit.*

Obviamente, es difícil encontrar una institución judicial en cualquier parte del mundo que se encuentre totalmente libre de corrupción. Sin embargo, los tribunales coloniales españoles eran notorios por la regularidad de esta situación. Los historiadores del periodo colonial parecen tener una opinión casi unánime acerca del grado de ineficiencia y corrupción de las cortes españolas en América. "Se esperaba que el servicio colonial, armado con amplios poderes discrecionales, trabajara de cerca con los intereses locales para fortalecer el status quo, manipulando los códigos legales coloniales. Para la élite, la ley se convirtió en una norma que se honraba rompiéndola. Para los pobres, la ley era arbitraria y extraña, y por lo tanto, no poseía fuerza moral"²⁰.

Las colonias latinoamericanas de España, entre ellas Colombia, heredaron buena parte de las deficiencias institucionales de la metrópolis. La potencia colonial intentó establecer un sistema legal uniforme en sus posesiones americanas. Sin embargo, el diseño formal de las leyes y tribunales coloniales se estrelló rápidamente con la realidad de un imperio atrasado y desintegrado física y políticamente, en donde la ley se acataba pero no se cumplía. "No sólo los mandatos reales especiales, sino las normas y regulaciones generales eran frecuentemente ignoradas en la práctica por funcionarios coloniales, quienes contando con la distancia y el aislamiento a su favor, esperaban poder hacerlo con impunidad"²¹.

Más aún, las élites coloniales buscaron adueñarse de las posiciones en la burocracia judicial de la colonia como una manera de capturar rentas. En la primitiva economía del virreinato, ocupar un puesto en el sistema judicial y abusar de él era una de las pocas actividades lucrativas disponibles para los miembros de las clases dominantes. "En el siglo XVII los hombres más destacados buscaron la administración colonial por la oportunidad que ésta representaba de crear fortunas para ellos mismos, para los miembros de sus familias extendidas y para su clientela. Se infiere que en lugar de buscar soluciones, ellos preferían la búsqueda de consensos entre los grupos en conflicto basándose en sobornos, no en consideraciones de equidad. La venalidad y la corrupción se volvieron generalizadas, institucionalizadas y legitimadas al tiempo que el empleo en la burocracia colonial se convirtió en una fuente principal de ingreso y posición social para la aristocracia española"²².

Por todas estas razones, los reclutados para administrar el aparato de justicia no fueron los mejores. "La ignorancia y la ineficacia de los funcionarios es una de las continuas quejas de virreyes y visitadores reales. Sumado a factores como la corrupción, que propiciaba por igual las bajas remuneraciones, la inexistencia del espíritu de servicio y la escasa preparación, que a veces llegaba hasta la falta de saber leer y escribir, constituyeron los varios motivos de la ineficiencia de la administración colonial"²³.

El subdesarrollo en los tribunales coloniales

La institución más importante del sistema legal colonial en la Nueva Granada era la Audiencia, un tribunal nombrado por el Rey y basado en Santa Fe, que tenía simultáneamente responsabilidades administrativas y judiciales. Este arreglo institucional ha sido criticado ampliamente, pues al no prever una separación de poderes, estaba dejando un campo amplio para los abusos. "La imprecisión misma en la delimitación de las funciones del más alto tribunal colonial, al mismo tiempo legislativas, ejecutivas, judiciales y fiscales, hacía que sus miembros se comportaran habitualmente como magistrados inmunes a cualquier crítica y a todo control"²⁴.

La estructura del aparato judicial de la Colonia tenía tres niveles. La autoridad legal local estaba en manos de un funcionario judicial menor llamado Corregidor. La Real Audiencia de Santa Fe, como máximo tribunal, estaba encargada de recibir las apelaciones provenientes de los tribunales locales. Adicionalmente, para los casos de mayor cuantía era posible apelar las decisiones de la Real Audiencia ante el Consejo de Indias, una corte especial localizada en España que tenía jurisdicción sobre todo el imperio²⁵. La Real Audiencia de Santa Fe fue escenario continuo de escándalos relacionados con el comportamiento de sus miembros. Eran frecuentes las acusaciones acerca de conflictos de interés y de mezcla de actividades públicas y privadas. Igualmente constantes eran las denuncias sobre el irrespeto a la norma que prohibía a los Oidores (magistrados) de la Audiencia casarse y emparentarse con familias locales²⁶. Un ejemplo de los frecuentes conflictos de intereses y violaciones a las inhabilidades e incompatibilidades propias de

20 S. Stein y B. Stein, *The colonial heritage of Latin América: essays on economic dependence in perspective*, Oxford, Oxford University Press, 1970, pág. 701.

21 C. H. Haring, *The Spanish Empire in América*, New York, Oxford University Press, 1947, pág. 123.

22 S. Stein y B. Stein, 1970, op. cit., pág. 701.

23 Jaime Jaramillo Uribe, "La administración colonial", *Nueva Historia de Colombia*, Bogotá, Planeta, 1979, pág. 177.

24 Germán Colmenares, "Factores de la vida política colonial: el Nuevo Reino de Granada en el siglo XVIII", en *Nueva Historia de Colombia*, Bogotá, Planeta, 1979, pág. 204.

25 E. Schaefer, *El Consejo Real y Supremo de Indias*, Sevilla, Carmona, 1935.

26 Germán Colmenares, 1979, op. cit., pág. 203.

su cargo se encuentra en un incidente ocurrido en Santa Fe en el año de 1729: "(Un funcionario colonial) había escrito al Consejo de Indias sobre los manejos de los Oidores José Martínez Malo y José Quintana. Estos Oidores no solo se ocupaban abiertamente en asuntos comerciales, sino que habían logrado convertirse en intermediarios entre algunos mineros del Chocó y la Casa de la Moneda de Santa Fe"²⁷. Una fuente interesante de información oficial acerca del estado del sistema judicial en la Nueva Granada puede encontrarse en las Relaciones de Mando, los detallados informes que los gobernantes coloniales rendían al Rey al final de su gestión. En su informe a Madrid en 1729, el Mariscal de Campo Antonio Manso, presidente de la Audiencia de Santa Fe, se quejaba de la tendencia de los Oidores a emparentarse con familias locales, por lo que sugería la necesidad de una frecuente rotación de éstos a fin de garantizar la integridad de la justicia. Afirmaba además, que la mediocre administración judicial era una de las causas de la pobreza en el Virreinato, y terminaba advirtiendo que si sus vasallos no podían obtener justicia de las autoridades coloniales, sobrevendría una "ruina fatal" sobre el reino. Concluía el informe: "Y, pues, no estando la administración de justicia en el lugar en que debe, ya consta a Vuestra Majestad que no se puede conservar el reino"²⁸. El reporte del Virrey Manuel Guirior en 1776 aseguraba: "La administración de justicia en el Virreinato, que depende en mucha parte de los gobernadores y corregidores: y como éstos no han ganado sueldo, dirigen sus anhelos a la negociación, sin perdonar arbitrios, por ilícitos que fueran, sacando su alimento y fondo de la miseria de los indios y pobres, quedándose las más veces los delincuentes sin castigo y los desórdenes sin remedio"²⁹. En su relación de mando de 1789, el Virrey Caballero se quejaba también de que los funcionarios judiciales locales o "corregidores" tenían dificultades para sobrevivir sin recurrir a los sobornos y frecuentemente abusaban de su poder para convertirse en monopolistas del comercio regional³⁰. El Virrey Caballero manifiesta en su informe que desearía encontrar los recursos para garantizar que las oficinas judiciales no fueran ocupadas por sujetos que sólo esperaban tomar ventaja de cualquier situación que les rindiera ganancias personales³¹.

En 1796 el informe de su sucesor, el Virrey Ezpeleta, se refiere a la necesidad de nombrar otro corregidor para la administración judicial de Santafé, pero aclara que si no se le garantizaban recursos para su sueldo era mejor no crear la plaza, pues temía que el funcionario nombrado recurriera a buscar su subsistencia "por medios indecentes"³². En esa época era usual que el único ingreso de los funcionarios judiciales fueran las tarifas que cobraban a los particulares por resolver pleitos. Ezpeleta reportó que en su gobierno había suprimido las posiciones de nueve corregidores, pues encontró que ellos mismos fomentaban pleitos en sus comunidades para poder cobrar por su resolución. En otras ocasiones, agregaba Ezpeleta, estos funcionarios habían recurrido a medios "aún más indecentes y ofensivos" para ganarse la vida³³. El informe del Virrey Mendinueta en 1803, vuelve sobre temas familiares, y sugiere que en vísperas de la independencia, los españoles aún no habían podido construir un sistema judicial viable. Además de quejarse por la sobrecarga de trabajo de la Real Audiencia en Santa Fe, llama la atención sobre las dificultades encontradas para el nombramiento, ordenado por el anterior virrey, de funcionarios judiciales en Antioquia y Mompós. Mendinueta le pidió a las autoridades en Madrid que no accedieran al nombramiento de nuevos corregidores, pues alegó que resultaba difícil sostenerlos decentemente sin que la precariedad de su situación económica los llevara a buscar medios ilegales de ingresos. Agrega Mendinueta:

*"Nada es mas difícil que la elección de sujetos para los pequeños destinos - corregidores, recaudadores, escribanos, etc.,- porque careciendo de aliciente justo y permitido, hay el recelo de que se haga un abuso de autoridad para existir a expensas del público y en perjuicio suyo"*³⁴.

Estas impresiones sueltas de distintos gobernantes de la Nueva Granada dejan ver las limitaciones recurrentes de la administración judicial en esta colonia. En muchos casos los altos funcionarios judiciales de la Audiencia de Santa Fe violaban las inhabilidades e incompatibilidades propias de sus cargos, y se enriquecían aprovechando su posición e influencia en la sociedad local. Mientras tanto, los funcionarios judiciales menores, asignados a poblaciones

27 *Ibid.*, pág. 204.

28 Germán Colmenares (ed.), *Relaciones e Informes de los gobernantes de Nueva Granada*, Bogotá, Biblioteca Banco Popular, 1989, Tomo I, pág. 29.

29 *Ibid.*, pág. 305.

30 *Ibid.*, pág. 406.

31 *Ibid.*

32 *Ibid.*, Tomo I, pág. 197.

33 *Ibid.*, Tomo II, pág. 201.

34 *Ibid.*, Tomo III, pág. 51.

alejadas a duras penas podían lograr su subsistencia cometiendo actos triviales pero constantes de corrupción. ¿Por qué se conformó la sociedad neogranadina con un sistema legal tan deficiente? Las instituciones legales modernas en Europa surgieron a medida que la economía abandonó su estructura tradicional para volverse más comercial, impersonal, cosmopolita y capitalista, lo que requería normas legales más eficientes y transparentes. La Nueva Granada, por el contrario, no necesitaba mucho de tales avances legales pues su economía, en general, permanecía atada a esquemas precapitalistas. Es más, si la acumulación de riqueza en el Virreinato provenía frecuentemente de los favores y dádivas otorgados por la administración a sus amigos, existían incentivos entre los grupos dominantes para continuar con un sistema legal ambiguo y corrupto, pues así se facilitaría la manipulación y el desconocimiento de los derechos de propiedad privada por parte de las autoridades en provecho de sus aliados poderosos en la sociedad colonial³⁵.

El consulado de Cartagena y la privatización de la justicia colonial

La venta de posiciones en el sistema judicial fue otro aspecto de la corrupción institucionalizada en la época colonial. Esta sección analiza el caso de un grupo de comerciantes españoles que compró el derecho a operar el Consulado de Cartagena, principal tribunal encargado de resolver las disputas comerciales de la plaza.

El análisis contemporáneo de la corrupción en el Tercer Mundo ha descrito en términos metafóricos la “compra” de puestos públicos por funcionarios buscadores de rentas: “La naturaleza permanente de las oportunidades de ingresos en estos puestos públicos implica la creación de derechos de propiedad intangibles dentro de estos sistemas...”³⁶. En la administración colonial española esta “venta” no tenía un carácter metafórico, sino que estaba plenamente institucionalizada.

En otras colonias españolas en América fue usual la venta de posiciones para Oidores de la Real Audiencia³⁷. Incluso se tienen registros de niños de 9 años que fueron nombrados

por este mecanismo como magistrados de los más altos tribunales coloniales³⁸. Este caso en particular no se dio en la Audiencia de Santa Fe. Sin embargo, a finales del siglo XVIII la Corona vendió a particulares el derecho de organizar y administrar el tribunal comercial más importante de la Nueva Granada: el Consulado de Cartagena. Esta corte tenía una importancia particular por representar los intereses de uno de los pocos grupos sociales de la Nueva Granada integrados a la naciente economía global.

El gremio de los comerciantes ultramarinos radicados en Cartagena era prácticamente la única comunidad en el Virreinato con vínculos fuertes y directos a la economía mundial. A diferencia de las elites del interior, que obtenían ingresos principalmente de la agricultura tradicional para el consumo interno, la pequeña minería y las rentas de la burocracia virreinal, un grupo de comerciantes españoles de Cartagena prosperaba con el comercio entre España y América. Este comercio requería capitales sustanciales invertidos a largo plazo en la peligrosa empresa de las travesías transoceánicas de los galeones. “El incumplimiento de un agente podía arruinar a su patrocinador, porque la recuperación de una deuda acarrea dilataciones y costosos trámites judiciales que podían lesionar la reputación y la liquidez de un comerciante”³⁹.

Las particularidades de este comercio interoceánico exigían un sistema legal confiable, como el que no se encontraba en el resto del Virreinato. Por esto mismo, el poderoso y bien conectado gremio de los comerciantes españoles de Cartagena pidió y obtuvo de la Corona en 1795 el derecho a organizar su propio tribunal judicial, denominado el “Consulado de Cartagena”⁴⁰.

Los comerciantes más acaudalados le compraron al Rey el derecho a formar un tribunal cuyos miembros eran escogidos entre ellos mismos. Formar parte del Consulado no era un privilegio barato. Sus fundadores le pidieron al Rey que limitara su membresía a los dueños de buques de más de 100 toneladas y mercaderes con un capital no inferior a los 16000 pesos⁴¹. El tribunal comercial más importante de la Colonia se convirtió así en una fraternidad cerrada al resto de la sociedad neogranadina y en un mecanismo mediante el cual los poderosos, con sanción oficial, capturaron para defender sus intereses privados una institución que normalmente debería

35 S. Mosk, “Latin América Vs The United States”, en Morgan Betz (ed.), *Readings in Economic Development*. Choudry, Greenwood Press, 1963.

36 Jagannathan Vijay, “Corruption, delivery systems and property rights”, *World Development* Vol. 14 No. 1, 1986, pág. 127.

37 M. A. Burkholder y D. S. Chandler, “Creole appointments and the sale of Audiencia positions in the Spanish Empire under the early Bourbons (1701-1750)”. *Journal of Latin American Studies*, Vol. 4, No. 2, 1972.

38 E. Schaefer, 1935, op. cit., pág. 53.

39 Anthony McFarlane, “Colombia antes de la independencia. Economía, sociedad y política bajo el dominio Borbón”, Bogotá, Banco de la República, 1997, pág. 273.

40 *Ibíd*, pág. 276.

41 *Ibíd*, pág. 277.

tener un carácter público. “Desempeñar un cargo en el Consulado se convirtió en algo así como un asunto de familia, en el cual los lazos de sangre y de matrimonio reforzaban la identidad de los intereses económicos”⁴². En los años finales del mandato español, los comerciantes de Santa Fe y de Antioquia, que estaban aumentando su influencia económica y política, también pidieron a la Corona el derecho a organizar un nuevo “consulado” en la capital del Virreinato. Los comerciantes del interior alegaban que siendo ellos en su mayoría deudores de los comerciantes de Cartagena, no podrían esperar un juicio justo del consulado de Cartagena, dominado y literalmente comprado por estos últimos. “Todos (los comerciantes del interior) aceptaban que no deberían depender de una corte lejana y potencialmente perjudiciada en Cartagena.”⁴³. La petición les fue negada. La creación del Consulado de Cartagena y la negativa de la Corona de otorgar derechos semejantes a los comerciantes del interior demuestra que ciertas elites en el virreinato buscaron y obtuvieron un sistema judicial separado y “privatizado”, mediante el cual pretendían evadir la ineficiencia imperante en el resto de los tribunales de la Nueva Granada.

A diferencia de otras potencias coloniales como Inglaterra, España no ofreció la justicia como un servicio público disponible sin costo a toda la sociedad colonial, sino como una valiosa prerrogativa subastada por la Corona a sus favoritos. En la Nueva Granada colonial, la pugna por el acceso a la justicia era un mecanismo más de clientelismo.

El subdesarrollo en las normas coloniales

El subdesarrollo legal de la Colombia colonial y la corrupción inherente a su sistema judicial se expresaba de muchas maneras. Ya hemos expuesto las limitaciones del aparato burocrático de administración de justicia. Pero los vicios del sistema se extendían a la normatividad y no sólo a su aplicación. Las normas legales de la Colonia, por su carácter primitivo y antitécnico, desalentaban la iniciativa empresarial, privilegiaban el monopolio, y en general servían para mantener ambigüedad en los derechos de propiedad privada, al facilitar el predominio del Estado como el principal asignador de rentas en la economía colonial.

Una de las más notorias limitaciones de la normativa colonial era la debilidad de los derechos de propiedad sobre la tierra.

Los derechos del Rey guardaban primacía sobre todos los demás. La Colonia no fue una empresa privada sino un esfuerzo público emprendido con el auspicio del Rey, quien a través de sus capitulaciones delegaba en los conquistadores las funciones de toma de posesión de las nuevas tierras⁴⁴. La propiedad privada en la América hispana tenía entonces un carácter marcadamente subsidiario y frágil frente a las pretensiones del Estado.

Los títulos legales del Rey sobre tierras americanas implicaron, por supuesto, una masiva expropiación de las tierras indígenas. Fue sólo hasta 1595, cuando la población original de Colombia había sido reducida en un 90% y los españoles enfrentaban una grave escasez de mano de obra, que no se tomó la determinación de entregar a algunas comunidades indígenas títulos legales sobre la tierra para evitar su extinción definitiva⁴⁵.

Los indígenas no fueron las únicas víctimas de un sistema legal que mantenía inciertos los derechos de propiedad sobre la tierra. La historia colonial de América Latina abunda en instancias en las que la Corona, agobiada por problemas fiscales, intentó resolverlos al confiscar tierras de órdenes religiosas o de individuos españoles sin que éstos tuvieran mayores recursos legales para la defensa de sus derechos⁴⁶. Una vez más, la existencia de un régimen legal débil de propiedad sobre la tierra y un sistema judicial profundamente corrupto eran las circunstancias apropiadas para mantener el poder clientelista de la Corona sobre esta sociedad colonial. Al manipular e irrespetar casi a su antojo los derechos de propiedad privada, la autoridad virreinal podía cimentar su poder político al confiscar la propiedad de sus enemigos para repartirla a sus amigos o para aliviar sus propios problemas fiscales. La consecuencia de esta debilidad jurídica, además de inaugurar en nuestro país el rol de un Estado intervencionista y clientelista, fue, por supuesto, desincentivar casi por completo la iniciativa empresarial privada en la Nueva Granada colonial.

El sistema legal español no podía garantizar los derechos privados sobre la tierra y era todavía más inadecuado para sostener las formas asociativas cada vez más complejas que se unen con el surgimiento del capitalismo moderno. El ejemplo paradigmático de la evolución legal que acompañó

44 J. C. González, *Influencia del Derecho Español en América*, Santiago, Mapfre, 1992, pág. 80.

45 William McGreevey, *An Economic History of Colombia*, Cambridge, Cambridge University Press, 1971, pág. 51.

46 OTS y José María Capdequí, *El Estado español en las Indias*, México, Fondo de Cultura Económica, 1957, pág. 148.

42 *Ibíd.*, pág. 279.

43 *Ibíd.*, pág. 240.

el capitalismo moderno en Europa y Norteamérica fue tal vez el surgimiento de la sociedad por acciones, que derivó en la sociedad anónima. Mientras que en 1776, más de media docena de corporaciones empresariales habían sido constituidas en las colonias británicas de este hemisferio, ninguna fue creada jamás por empresarios privados en la Nueva Granada para el comercio, la industria o la colonización⁴⁷. Excepto por un puñado de empresas mineras fracasadas, en todo el periodo colonial español no se registró la creación legal de ninguna empresa comercial mas allá de sociedades simples entre unos cuantos hacendados o mineros⁴⁸.

*"Colombia no podía encontrar nada en su herencia española ni en su propia experiencia colonial que fuera útil para el desarrollo de sociedades empresariales sustanciales después de la independencia"*⁴⁹.

La venalidad imperante en el sistema judicial colonial, así como su ineficiencia y las limitaciones técnicas de sus normas, actuaron como una barrera que impidió el surgimiento de empresas capitalistas como las que caracterizaron a otras colonias europeas a partir del siglo XVIII. La mala calidad de la justicia colonial fue un factor explicativo del subdesarrollo en que vivió la Nueva Granada hasta la Independencia, del mismo modo que la actual corrupción e ineficiencia del sistema judicial colombiano sigue obstaculizando el crecimiento moderno de la Nación.

Conclusiones

La calidad de los sistemas judiciales es un determinante del desarrollo económico. Las diferencias en la eficiencia económica de los sistemas legales pueden explicarse, por lo menos parcialmente, con razones históricas. Estudios como los de La Porta *et. al.* revelan la influencia de la herencia colonial en los sistemas legales predominantes en buena parte del mundo. Los países colonizados por España tienen en promedio sistemas legales más corruptos y con menos protección de los inversionistas que los países colonizados por otras potencias europeas como Inglaterra.

North y Thomas han dicho que las particularidades de la economía política en España e Inglaterra durante la época de surgimiento del capitalismo se reflejaron en las diferencias entre sus sistemas legales. Mientras el sistema legal franco-español favoreció las aspiraciones de un estado clientelista y burocratizado, la tradición legal anglosajona fortaleció el surgimiento del empresario capitalista. Un sistema consolidó la decadencia relativa de España mientras que el otro consagró el predominio de Inglaterra en la economía moderna.

Una revisión inicial de algunas fuentes históricas sobre el sistema legal colonial en la Nueva Granada parece sugerir que los patrones observados en la metrópoli española se replicaron en las colonias americanas. La burocracia colonial encargada de administrar justicia era mal paga y corrupta. Las normas que aplicaban eran ambiguas y antitécnicas. Era un sistema legal que en vez de favorecer el surgimiento de empresarios capitalistas como ocurrió en varias de las colonias británicas, desincentivó la inversión privada y fortaleció el predominio de un aparato estatal clientelista que fue el gran distribuidor de riqueza en el Virreinato.

El reconocimiento de la influencia del pasado colonial en la situación actual de nuestro sistema judicial no pretende llegar a un determinismo simplista. Colombia no estaba condenada al subdesarrollo permanente por cuenta de la herencia legal española. La supervivencia, casi dos siglos después de la Independencia, de instituciones legales claramente ineficientes e inapropiadas para el desarrollo económico moderno, ha sido el resultado de decisiones conscientes por parte de los grupos dominantes.

En palabras de Buscaglia⁵⁰: "En todos los casos en los que se han propuesto reformas judiciales exhaustivas, los obstáculos para el mejoramiento de la judicatura normalmente residen en la existencia de sólidos intereses creados que en el pasado, y ciertamente en el presente, se han beneficiado precisamente de esta ausencia del Estado de derecho". La Porta *et. al.*⁵¹ anotan al respecto: "¿Es una coincidencia que estos países (de herencia colonial franco-española) tengan leyes hostiles a los inversionistas privados? ¿O es que dichas leyes han sido diseñadas para mantener a los inversionistas relativamente débiles, y para asegurar a las firmas familiares y al Estado un rol más grande en el desarrollo económico?"

47 R. C. Means, *Underdevelopment and the development of the law, Corporations and Corporation law in nineteenth century Colombia*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1980, pág. 35.

48 *Ibíd.*, pág. 10.

49 *Ibíd.*, pág. 44.

50 Eduardo Buscaglia, "Los principales obstáculos a la reforma judicial", en Carrillo, F. y Jarquin, E. (eds). *La Economía Política de la Reforma Judicial*, Washington, D.C., Banco Interamericano de Desarrollo, 1997, pág. 35.

51 Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer y Robert W. Vishny, 1997, *op. cit.*, pág. 20.

La economía colombiana, caracterizada históricamente por la interacción entre *rent-seekers* privados y el Estado clientelista, ha mantenido una relación de mutua conveniencia con un sistema legal débil y corrupto. Esta relación empezó en la Colonia y prosigue hasta nuestros días.

Bibliografía

- Banco Interamericano de Desarrollo, *La Economía Política de la Reforma Judicial*, Carrillo, F. y Jarquin, E. (eds.), Washington, D.C., BID, 1997.
- Barro, Robert, "Economic Growth in a cross-section of Countries", *Quarterly Journal of Economics*, No. 106, 1991.
- Burkholder, M. A. y Chandler, D. S., "Creole appointments and the sale of Audiencia positions in the Spanish Empire under the early Bourbons (1701-1750)". *Journal of Latin American Studies*, Vol. 4 No. 2, 1972, págs. 187 – 206.
- Buscaglia, Eduardo, "Los principales obstáculos a la reforma judicial", en Carrillo, F. y Jarquin, E. (eds.), *La Economía Política de la Reforma Judicial*, Washington, D.C., Banco Interamericano de Desarrollo, 1997.
- Castelar Pinheiro, Armando y Cabral, Céla, "Credit Markets in Brazil: "The Role of Judicial Enforcement and other Institutions"". *Interamerican Development Bank, Office of the Chief Economist, Working Papers Series R-368*, junio 1999.
- Colmenares, Germán (ed.), *Relaciones e Informes de los gobernantes de Nueva Granada*, Bogotá, Biblioteca Banco Popular, 1989.
- Colmenares, Germán, "Factores de la vida política colonial: el Nuevo Reino de Granada en el siglo XVIII", en *Nueva Historia de Colombia*, Bogotá, Planeta, 1979.
- David R. y Brierly, J., *Major Legal Systems in the World Today*, Londres, Stevens and Sons, 1985.
- De Soto, Hernando, "La Protección del derecho de propiedad y la sociedad civil", en: Carrillo, F. y Jarquin, E. (eds.), *La Economía Política de la Reforma Judicial*. Washington, BID, 1997
- González, J.C., *Influencia del Derecho Español en América*, Santiago, Mapfre, 1992.
- Haring, C.H., *The Spanish Empire in América*, New York, Oxford University Press, 1947.
- Jaramillo Uribe, Jaime, "La administración colonial", *Nueva Historia de Colombia*, Bogotá, Planeta, 1979.
- Keefer, P. y Knack, S., "Institutions and Economic Performance. Cross-Country Test Using Alternative Institutional Measures", *Economics and Politics*, 7, November 1995, págs. 201 - 227.
- La Porta, Rafael, Lopez-de-Silanes, Florencio, Shleifer, Andrei y Vishny, Robert W., *Law and Finance*, NBER Working Paper 5661, Boston, NBER, 1996.
- La Porta, Rafael, Lopez-de-Silanes, Florencio, Shleifer, Andrei y Vishny, Robert W., *Legal Determinants of External Finance*, NBER Working Paper 5879. Boston: NBER, 1997.
- McFarlane, Anthony, "Colombia antes de la independencia. Economía, sociedad y política bajo el dominio Borbón", Bogotá, Banco de la República, 1997.
- McGreevey, William, *An Economic History of Colombia*, Cambridge, Cambridge University Press, 1971.
- Means, R.C., *Underdevelopment and the development of the law, Corporations and Corporation law in nineteenth century Colombia*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1980.
- Mosk, S., "Latin América Vs The United States", en Morgan Betz (ed.), *Readings in Economic Development*. Choudry, Greenwood Press, 1963.
- North, Douglass y Thomas R., *The Rise of The Western World*, Cambridge, Cambridge University Press, 1973.
- OTS y Capdequí, Jose María, *El Estado español en las Indias*, México, Fondo de Cultura Económica, 1957.
- Rubio, Mauricio, "La Justicia y el Desarrollo Económico", *Desarrollo y Sociedad*, No. 41, Marzo 98, Bogotá, CEDE, 1998.
- Schaefer, E., *El Consejo Real y Supremo de Indias*, Sevilla, Carmona, 1935.
- Stein, S. y Stein, B., *The colonial heritage of Latin América: essays on economic dependence in perspective*, Oxford, Oxford University Press, 1970.
- Vijay, Jagannathan, "Corruption, delivery systems and property rights", *World Development* Vol. 14 No. 1, 1986, págs. 127-132.