

EL ESTADO DE DERECHO: UN (DESESPERADO) LLAMADO DE ACCIÓN

Francisco González de Cossío

There is always an odd chance, an odd chance worth eight hours of your time and mine, that something of what is said may stick long enough to be on hand when the concrete problems do develop before you, on hand to help your thinking when they come.

—Professor Karl Llewellyn¹

SUMARIO

El Estado de Derecho es un elemento de riqueza de las naciones. Las razones, y su importancia, son frecuentemente pasadas por alto. Este ensayo las aborda desde un doble ángulo: el sociológico y el económico.

Con toda su importancia, el Estado de Derecho en México deja que desear. Ello obedece, según el autor, a problemas en la *concepción, diseño y aplicación* de la herramienta que conocemos como 'Derecho'.

En su *concepción*, con frecuencia se le atribuyen límites al Derecho que no tiene porqué tener — y al hacerlo se le amputan las alas. En su *diseño*, se confeccionan normas que — si bien buscan cumplir diversos cometidos tradicionalmente imbuidos en la formación de los abogados (como 'justicia', 'certeza', 'igualdad', 'equidad') — distan de hacer del Derecho una herramienta eficaz. En su *aplicación*, el Derecho sufre problemas que le restan practicidad, en ocasiones a tal grado que el fin que motivó la norma no solo no se logra, sino que se subvierte.

Este ensayo aboga por una visión fresca y más astuta del Derecho.

¹ Karl Llewellyn, THE BRAMBLE BUSH: OUR LAW AND ITS STUDY, Oceana Publications, 1906, pg. 12.

A mi abuelo,
Francisco González de Cossío Rivera,
un verdadero jurista — además de un historiador.
In memoriam.

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	1
II.	LEITMOTIF DEL ESTADO DE DERECHO	2
A.	NOCIÓN	2
B.	FINES SOCIOLÓGICOS.....	3
1.	<i>Organización Social</i>	3
2.	<i>Solución de Controversias</i>	5
3.	<i>Orientación y persuasión social</i>	6
4.	<i>Control Social</i>	7
5.	<i>Legitimador y limitador del Poder</i>	8
6.	<i>Distribución de Cargas</i>	8
C.	FINES ECONÓMICOS	9
1.	<i>Bienes públicos</i>	11
2.	<i>Externalidades</i>	13
3.	<i>Las ‘reglas del juego’</i>	15
4.	<i>Impartición de Justicia</i>	16
5.	<i>Fracasos del mercado</i>	18
a)	Concepto	18
b)	Mercado Competitivo y sus Beneficios.....	20
i)	Eficiencia	21
ii)	Bienestar social.....	24
c)	Competencia Imperfecta.....	26
d)	Conclusión: el Derecho como corrector de ‘fracasos de mercado’	26
D.	CONCLUSIÓN	26
E.	EL DERECHO COMO PRODUCTO Y REFLEJO DE LA SOCIEDAD	28
III.	ESTADO DE DERECHO EN CRISIS	29
A.	LA SOCIOLOGÍA	29
1.	<i>Organización Social</i>	29
a)	La corrupción	30
b)	Congestión legislativa.....	31
c)	Papel del burócrata.....	31
2.	<i>Solución de Controversias</i>	32
a)	El Derecho como una trampa	32
b)	Los juzgadores	32
c)	Responsabilidad	33
e)	El abuso del amparo.....	37
i)	Complejidad.....	37
ii)	Abuso	37
f)	Denegación de Justicia	37
3.	<i>Orientación y persuasión social</i>	41
4.	<i>Control Social</i>	42
5.	<i>Legitimador y limitador del Poder</i>	43
6.	<i>Distribución de Cargas</i>	43
a)	Mal diseño	43
i)	Diseño de un sistema tributario	43
ii)	Un ‘buen’ sistema tributario	43
b)	Incentivos	46
i)	Formalidad e informalidad	46
ii)	Influencia de los impuestos sobre la renta de capital en la asunción de riesgos	46
iii)	Impuesto sobre riqueza o sobre consumo	47
B.	LA ECONÓMICA.....	48

1.	<i>Bienes públicos</i>	48
2.	<i>Externalidades</i>	49
3.	<i>Las 'reglas del juego'</i>	50
4.	<i>Impartición de Justicia</i>	53
5.	<i>Fracasos del mercado</i>	55

INTERMEZZO

IV.	LAS SUGERENCIAS	57
A.	EL ASPECTO SOCIOLOGICO	57
1.	<i>Organización Social, Orientación y persuasión social, Control Social</i>	57
a)	Cada quien lo suyo.....	57
b)	Normas autoequilibrantes.....	60
2.	<i>Solución de Controversias</i>	61
a)	El derecho como una trampa.....	61
b)	Los juzgadores	61
c)	Responsabilidad	62
d)	El amparo.....	63
e)	Fomento del Arbitraje y los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias.....	64
i)	Concepto y (diferente) utilidad.....	64
ii)	Incipiente utilización de los MASC	71
iii)	Entorpecimiento de la utilización del arbitraje.....	72
3.	<i>Legitimador y limitador del Poder</i>	73
4.	<i>Distribución de Cargas</i>	74
a)	Mas impuestos indirectos y menos directos.....	74
b)	Impuesto plano	74
i)	Favorece a los ricos	75
ii)	Implica menos recaudación	76
iii)	Trataría desigual a los contribuyentes.....	76
iv)	Comentario final: a veces menos es más	77
c)	Impuestos sobre consumo y no sobre riqueza.....	77
d)	Atacar la Economía Informal	78
B.	PERSPECTIVA ECONÓMICA	78
1.	<i>Evitar intervencionismo</i>	78
2.	<i>El mercado como una opción</i>	79
a)	Beneficios del mercado	79
b)	Facultades autocorrectivas del mercado	86
c)	Globalización	87
d)	Competitividad	93
3.	<i>Incentivos</i>	94
4.	<i>Comentario final sobre el ángulo económico del Derecho</i>	95
C.	EL ESTADO DE DERECHO COMO UN ELEMENTO DE RIQUEZA Y BIENESTAR	96
1.	<i>Un Modelo Conceptual</i>	96
2.	<i>Conclusión</i>	98
3.	<i>Sugerencias</i>	98
V.	COMENTARIO FINAL	100

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho es un intento de mejorar la realidad. La justicia no existe en la naturaleza. Sin la entelequia que conocemos como ‘Derecho’ la única ley que existiría sería la de la selva.

El objetivo medular de establecer un sistema jurídico es procurar seguridad mediante un Estado de Derecho. Es muy difícil —casi imposible— exagerar su importancia. Tristemente, dicho objetivo ha sido mediocrementemente logrado. Por motivos diversos, el Estado de Derecho no ha tenido el éxito esperado. Sus causas y efectos son varios, y son el objeto de este ensayo. Para lograrlo, abordaré la función del Estado de Derecho (§II), su crisis (§III), procediendo con sugerencias (§IV) para concluir con un comentario final (§V).

Deseo hacer una advertencia preliminar, y es sobre método. A continuación se realizarán observaciones sobre diferentes ramas del árbol jurídico. Es posible (y probable) que el lector denote cierta amplitud y superficialidad. *Amplitud* pues se tocan diferentes aspectos de una multitud de temas que de primera impresión guardan poca relación entre sí. *Superficialidad* pues no se ha analizado exhaustivamente cada uno. No obstante, el hilo conductor de todos los temas, con su respectivo nivel de profundidad, constituye la tesis de este estudio: el instrumento ‘Derecho’ es mal utilizado. Como toda herramienta, es ideal para unas cosas, pero inservible para otras. Hay que saberla utilizar. No es una panacea —y no puede serlo. Tiene (y debe tener) límites. No entenderlo invita a su sub- o sobreutilización. Y así ha ocurrido. Los efectos son visibles en diferentes áreas del sistema jurídico. Visto así, aunque los síntomas están diseminados y afectan áreas distintas, tienen un mismo origen. Y ese es el objeto de este ensayo.

II. LEITMOTIF DEL ESTADO DE DERECHO

A. NOCIÓN

Existe un ‘Estado de Derecho’ cuando los individuos u órganos que conforman una sociedad se encuentran regidos por, y sometidos al, Derecho.² Incluye al Estado, su poder y su actividad.³ Contrasta con todo poder arbitrario y se contrapone a cualquier forma de Estado absoluto o totalitario.⁴ Es decir, en un Estado de Derecho, es el *Derecho* —no el poder— quien manda.⁵ Como dice Hayek:⁶ el Estado de Derecho debe entenderse como el opuesto al estado de estatus.⁷

Uno de los objetivos más importantes del Estado de Derecho es procurar ‘Seguridad Jurídica’ entendida como la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos justos,

2 El concepto ha sido objeto de debate. Sucintamente, hay quien identifica al Estado con el Derecho. Hay quien dice que es una vacua tautología. Por ejemplo, Kelsen sostiene que, en la medida en que un Estado es la personificación de un orden jurídico específico que ha alcanzado cierto grado de centralización, todo Estado es un Estado de Derecho. De hecho, un Estado no sujeto a Derecho es impensable. A mi juicio, el Derecho no es identificable con el Estado. Confundirlo equipararía instrumento con objetivo. Medio con fin.

3 Voz ‘Estado de Derecho’, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, 5ª edición, México, D.F., Editorial Porrúa, S.A. 1992, tomo II, pg. 1328.

4 Como ocurre con el llamado ‘Estado de Policía’ caracterizado por la existencia de facultades discrecionales excesivas.

5 La idea de Estado de Derecho viene desde los griegos y los romanos en la antigüedad y tal parece que se utilizó por primera vez por Roberto Von Mohl (*Rechtsstaat*) en su sentido moderno, durante el tercer decenio del siglo antepasado.

6 F.A. Hayek, THE ROAD TO SERFDOM, Chicago, The University of Chicago Press, 1944, 1994, pg. 87.

7 Sus palabras exactas son: “*the Rule of Law ... should probably be regarded as the true opposite of the rule of status.*”

transparentes, regulares y preestablecidos.⁸ Implica no sólo que el orden social sea eficaz, sino que también sea justo.

Ambos conceptos forman parte de los fines principales del Derecho.⁹ Los motivos son diversos. A continuación se analizarán comenzando por los tradicionalmente aceptados: los sociológicos (§B), para luego indagar sobre una especie que ha recibido menos atención: los económicos (§C).

B. FINES SOCIOLOGICOS

El Derecho es el cemento de la estructura social. Mantiene pegados los diferentes ladrillos del edificio de la sociedad.

Desde la perspectiva sociológica, el Derecho cumple diversos fines. Destacan los que a continuación enunciaré.

1. Organización Social

Mediante el Derecho se organiza una sociedad. Sin el mismo, el caos sería rampante. Dicho objetivo merece atención. La fijación de las directrices que la sociedad debe seguir tiene una utilidad enorme: canaliza las fuerzas sociales en una dirección: la correcta. La deseada. Su logro tiene un resultado que puede comprenderse si se compara con un motor. Si todos los elementos del mismo no funcionan en la forma originalmente diseñada, su fuerza se ve mermada: existe una pérdida de sinergia. El resultado será palpable: no solo transportará menos y más lento, sino que con una utilización mayor de recursos. Es decir, funcionará en forma subóptima.

⁸ Voz 'Seguridad Jurídica', Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, 5ª edición, México, D.F., Editorial Porrúa, S.A., 1992, Tomo IV, pg. 2885.

⁹ Kelsen y Kant postulaban que la Seguridad Jurídica es la característica esencial de lo jurídico.

Para que el motor social funcione en forma óptima, el Derecho juega un papel medular: constituye el árbol de levas que canaliza las diferentes fuerzas sociales.

Y—siguiendo con la misma metáfora— el eje del Derecho lleva como levas a las *instituciones*, cuya importancia es capital. Como lo hace notar el (Premio Nobel de Economía) Douglas C. North,¹⁰ las instituciones son el marco que determina el interactuar en una sociedad. Más formalmente, son las limitantes que moldean el interactuar humano.¹¹ Reducen la falta de certeza proveyendo una estructura a la vida cotidiana. Son una guía del interactuar humano.¹² Un párrafo de su magnífica obra sintetiza su pensar:¹³

Las instituciones proveen la estructura básica mediante la cual los seres humanos a través de la historia han creado orden e intentado reducir la falta de seguridad en su intercambio. Junto con el cambio tecnológico, determinan las transacciones y sus costos y por ende las ganancias y posibilidad de llevar a cabo actividad económica. Conectan el pasado con el presente y el futuro de tal forma que la historia es un anecdotario incremental de evolución institucional en donde la ejecución histórica de las economías puede ser entendida únicamente como parte de una historia secuencial. Y son la clave para entender la relación entre la gente y la economía y las consecuencias de dicha relación para el crecimiento económico (o estancamiento y decrecimiento).¹⁴

¹⁰ Ver, en general, Douglas C. North, INSTITUTIONS, INSTITUTIONAL CHANGE AND ECONOMIC PERFORMANCE, Cambridge University Press, 1990.

¹¹ Las *instituciones* deben diferenciarse de las *organizaciones*, mismas que también proveen una estructura al interactuar humano, pero que son creadas para explotar las oportunidades ofrecidas por las instituciones.

¹² Toman muchas formas, pero hay dos grandes géneros: formales e informales. Las formales son las constituciones, las leyes, los reglamentos y los contratos. Las informales son los códigos de conducta, convenciones sociales, prácticas, costumbres, reglas de etiqueta.

¹³ North, INSTITUTIONS, ob. cit, pg. 118.

¹⁴ Traducción del autor de: “Institutions provide the basic structure by which human beings throughout history have created order and attempted to reduce uncertainty in exchange. Together with the technology employed, they determine transaction and transformation costs and hence the profitability and feasibility of engaging in economic activity. They connect the past with the present and the future so that history is a largely incremental story of institutional evolution in which the historical performance of economies can only be understood as a part of a sequential story. And they are the key to understanding the

Entendida la importancia de las instituciones, una pregunta obligada es qué puede hacer el Derecho para propiciar instituciones eficientes. De nuevo, North nos proporciona una propuesta. En el párrafo final de su interesante obra sobre la trascendencia económica de las instituciones nos indica que:¹⁵

Uno obtiene instituciones *eficientes* mediante un régimen que contenga incentivos que generen y ejecuten derechos de propiedad eficientes.

En otra (brillante) obra North expone:¹⁶

Aun más preocupantes para el buen desempeño es la persistencia de normas ineficientes.

De nuevo, la solución a la incógnita está en el Derecho.

2. Solución de Controversias

El Derecho es una respuesta a un conflicto. De hecho, es su razón genealógica.¹⁷ Provee la infraestructura a través de la cual se resolverán conflictos sociales. Ello tiene una importancia enorme, directamente proporcional a la complejidad y litigiosidad de una sociedad. Entre más se necesita más valiosa es.

Tiene además otro aspecto interesante: entre más exitoso es, menos se utilizará. Para entender porqué basta considerar su utilidad *a priori* y *a posteriori*. La función *a posteriori* es fácil de entender: surgida una controversia hay a quien acudir para que la resuelva en forma neutral, final y vinculatoria.

Su utilidad *a priori* es preventiva: si se conoce el resultado de la controversia, las partes tendrán incentivos para no seguirla. Es decir, la disputa se resuelve antes de nacer. Entre más claro sea el resultado menos probable es

interrelationship between the polity and the economy and the consequences of that interrelationship for economic growth (or stagnation and decline).”

¹⁵ North, *INSTITUTIONS*, ob. cit. pg. 140. (“One gets *efficient* institutions by a polity that has built-in incentives to create and enforce efficient property rights.”)

¹⁶ “*Even more troubling for good performance is the persistence of inefficient norms.*” Fueron sus palabras en *UNDERSTANDING THE PROCESS OF ECONOMIC CHANGE*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2005, pg. 58.

¹⁷ Ramón Soriano, *SOCIOLOGÍA DEL DERECHO*, Ariel Derecho, Barcelona, 1997, pg. 387.

que se busque su determinación coactiva. ¿Para qué? Mejor transigir y ahorrar el costo de su obtención. Mejor hacer de la necesidad una virtud.

3. Orientación y persuasión social

El Derecho es una guía de conducta.¹⁸ Sirve de estrella polar. En palabras del Gaudement “El Derecho es la vida social reglamentada”.¹⁹

Dada la diversidad de toda sociedad, sin un común denominador conceptual de lo que es bueno y correcto, los choques sociales serían constantes. Como lo expone elocuentemente Soriano:

El derecho es mucho más que la imagen que hasta este momento hemos dibujado; no es sólo un instrumento de organización y control social — funciones necesarias para la convivencia social —, sino un instrumento de alentamiento de los valores que presiden el techo de las constituciones de las democracias occidentales.²⁰

El famoso maestro de Harvard de Política y Gobierno, Karl W. Deutsch, decía:²¹

Las tareas principales del Derecho son tres: hacer que las operaciones del gobierno sean predecibles, técnicamente consistentes las unas con las otras y moralmente legítimas —es decir, consistentes con los patrones de valores más aceptados de la comunidad.

El Derecho establece un conjunto de reglas que sirven de orientación y buscan propiciar que las normas sean cumplidas.

¹⁸ Como así lo hacía ver el famoso sociólogo Anthony Giddens. Sus palabras exactas son: “...*law is only a guide to the kind of norms that exist in society ...*”. (Anthony Giddens, Mitchell Duneier & Richard P. Appelbaum, INTRODUCTION TO SOCIOLOGY, Fourth Edition, W. W. Norton & CCompany, Inc. New York/London, 2003, pg. 181.)

¹⁹ Eugene Gaudement, TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES, Tercera Edición, Ed. Porrúa, México, D.F., 2000, pg. 15.

²⁰ Soriano, ob. cit., pg. 394.

²¹ Karl W. Deutsch, POLITICS AND GOVERNMENT. HOW PEOPLE DECIDE THEIR FATE, Third Edition, Houghton Mifflin Company, Boston, 1980, pg. 180. (“The main tasks of law are three: to make the operations of government predictable, technically consistent with each other and morally legitimate —that is, consistent with the main value patterns of the community.”)

4. Control Social

El Derecho es un instrumento de manejo de la sociedad. Sin un timón eficaz, el barco social rápidamente encallaría.

El Derecho es uno de los diversos elementos de lo que constituye el 'Control Social'.²² Ello explica la función represora del Estado.

Irónicamente, con frecuencia se concibe al Derecho como la forma de eliminar la fuerza en una sociedad. Entre más 'Estado de Derecho' menos utilización de la fuerza. La ironía reside en que, sin la fuerza, el Derecho carecería de efectos.²³

Per se, el uso de la fuerza no es desdeñable; es el '*para qué*' lo que lo justifica o censura. Lo que es más, sin el uso de la fuerza, y la apariencia del uso de la fuerza (que no es lo mismo), es muy fácil que el Derecho se convierta en una burla. Y, en lugar de ser la estrella polar del actuar cotidiano, se convierte en el instrumento de fariseos para aventajarse de quienes sí acatan el Derecho.

²² Luis Recasens Siches, SOCIOLOGÍA, Ed. Porrúa, 3a edición, 1960, 2006, pgs. 225 et seq.

²³ De hecho, hay quien *define* al 'Derecho' como "órdenes respaldadas por amenazas". Ello ha motivado una avalancha de estudios por quienes califican a dicha definición de rudimentaria. Destaca la obra de H.L.A. Hart quien concibe al Derecho como la unión entre normas primarias y normas secundarias. Las primarias son las sustantivas, definen lo que la gente debe hacer y no hacer. Las secundarias (que también llama 'reglas de reconocimiento' (*rules of recognition*)) especifican las formas en que las primarias pueden ser conclusivamente determinadas, introducidas, eliminadas, variadas y que permiten determinar si existe un incumplimiento de las primarias. (vid, en general, Hart, H.L.A., THE CONCEPT OF LAW, Clarendon Law Series, Oxford University Press, Second Edition, 1961, 1994.)

El estudio de Hart raya en lo poético. Constituye una monumental obra de filosofía jurídica que busca desvirtuar lo que él considera una forma más burda de concebir el Derecho: "órdenes respaldadas por amenazas" (*orders backed by threats*). En sus palabras "*The union of primary and secondary rules is at the centre of a legal system*" (id. pg. 99, 110, 117). Para quien le interese la polémica, R. M. Dworkin en sus obras *Taking Rights Seriously* (1977), *A Matter of Principle* (1985) y *Law's Empire* (1986) así como Lon Fuller en *The Morality of Law* (1964), 78 *Harvard Law Review*, 1281, (1965) critican su tesis. Y a su vez, Hart refuta dichas críticas en la segunda edición de su obra.

Como lo dice Hart, en su profundo y elegante estudio *The Concept of Law*:²⁴

La función principal del Derecho como medio de control social no es observable en el litigio privado o los procesos penales, que representan aspectos vitales, mas accesorios, del fracaso del sistema. Debe vislumbrarse en las diversas maneras en que el Derecho es usado para controlar, para guiar, y para planificar la vida fuera de tribunales.

5. Legitimador y limitador del Poder

El poder es un fenómeno social que siempre ha existido y existirá. Es un ‘algo’ que está en la naturaleza humana. El Derecho no busca eliminarlo sino canalizarlo (al uso correcto del mismo) y regularlo.

Para ello, existen dos instancias: la *atribución* del poder y el *régimen* del poder. El primero es el conjunto de requisitos que deben darse para determinar quién debe dirigir la orquesta social. El segundo es el conjunto de lineamientos y límites al poder para que el mismo se destine al fin socialmente deseado, y se eviten los vicios que la historia enseña que invita.²⁵

El Derecho legitima y regula al gobernante. De hecho, las instancias en las que el Derecho es más necesario son aquellas en que se enfrenta con el poder, pues lo frena o reencausa.

6. Distribución de Cargas

La vida en colectividad genera mayor beneficio agregado (bonanza) que la nómada o aislada. Pero alguien tiene que pagar la cuenta de los gastos comunes.

²⁴ Hart, ob cit., pg. 40. (“The principal functions of the law as a means of social control are not to be seen in private litigation or prosecutions, which represent vital but still ancillary provisions for the failures of the system. It is to be seen in the diverse ways in which the law is used to control, to guide, and to plan life out of court.”)

²⁵ Evitando que, bajo el lema de Nicolás de Maquiavelo ‘El fin justifica los medios’, se cometan atrocidades.

Al Derecho le corresponde decir quién y en qué proporción.²⁶ Reparte las cargas entre los ciudadanos y grupos de la sociedad.

C. FINES ECONÓMICOS

El Estado tiene un papel *económico* importante. Samuelson y Nordhaus, dos conocidas autoridades en la materia, explican que el papel económico del Estado es:²⁷

1. *Eficiencia*: corregir ‘Fracasos de Mercado’, tales como monopolios y contaminación, para fomentar eficiencia.
2. *Equidad*: implementar programas gubernamentales que promuevan equidad utilizando impuestos y gasto para redistribuir ingresos hacia grupos determinados.
3. *Crecimiento macroeconómico y estabilidad*: utilizando impuestos, gasto y regulación económica, fomentar el crecimiento macroeconómico y estabilidad para reducir el desempleo y la inflación.

Las ideas de Adam Smith al respecto son relevantes. Por principio, postulaba libertad individual y abstención de intervencionismo, explicando que:²⁸

Cada hombre, mientras no viole las leyes de justicia, tiene libertad absoluta para perseguir su propio interés a su manera, y utilizar tanto su capital como industria en competencia con aquellas de cualquier otro hombre, o grupo de hombres. El soberano está completamente descargado de obligación alguna al respecto.

Luego, postulaba un papel reducido del gobierno, argumentando:²⁹

²⁶ Ello es el origen del Derecho Fiscal.

²⁷ Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus, ECONOMICS, 15th edition, New York, McGraw Hill, 1995, pg. 30.

²⁸ Sus palabras son: “Every man, as long as he does not violate the laws of justice, is left perfectly free to pursue his own interest in his own way, and to bring both his industry and capital into competition with those of any other man, or order of men. The sovereign is completely discharged from a duty.”

De conformidad con el sistema de libertad natural, el soberano tiene únicamente tres deberes; tres deberes de gran importancia, y que pueden ser fácilmente entendidos: primero, el deber de proteger a la sociedad de violencia e invasión de otras sociedades independientes; segundo, el deber de proteger, en la medida posible, a cada miembro de la sociedad de la injusticia u opresión de cada miembro de la misma, o el deber de establecer una exacta administración de justicia; y tercero, el deber de erigir y mantener ciertas obras e instituciones públicas que, ya sea por que no son de interés individual realizar, o porque por el número pequeño de individuos o sus ganancias nunca justificarían sus costos aunque beneficien en forma importante a la sociedad, y que de otra manera no podrían ser erigidas o mantenidas.³⁰

Como puede verse, Smith encasillaba los fines del Estado en tres rubros:

1. *Protección externa*: Proteger a la sociedad de violencia e invasión de otras sociedades.
2. *Protección interna*: Proteger a todo miembro de la sociedad de injusticia u opresión de otros miembros de la misma y administrar de justicia.
3. *Bienes públicos*: Erigir y mantener ciertos bienes e instituciones públicas.

²⁹ Adam Smith,, THE WEALTH OF NATIONS, London, Methuen & Col. Ltd., 1930, Book II, Chap. III , Vol. I, pg. 325.

³⁰ Traducción del autor de lo siguiente: “According to the system of natural liberty, the sovereign has only three duties to attend to; three duties of great importance, indeed, but plain and intelligible to common understandings: first, the duty of protecting the society from the violence and invasion of other independent societies; secondly, the duty of protecting, as far as possible, every member of society from the injustice or oppression of every other member of it, or the duty of establishing an exact administration of justice; and, thirdly, the duty of erecting and maintaining certain public works and certain public institutions, which it can never be for the interest of any individual, or small number of individuals, to erect and maintain; because the profit could never repay the expense to any individual or small number of individuals to erect and maintain or small number of individuals, though it may frequently do much more than repay it to a great society.] [According to the system of natural liberty, the sovereign has only three duties to attend to; three duties of great importance, indeed, but plain and intelligible to common understandings: first, the duty of protecting the society from the violence and invasion of other independent societies; secondly, the duty of protecting, as far as possible, every member of society from the injustice or oppression of every other member of it, or the duty of establishing an exact administration of justice; and, thirdly, the duty of erecting and maintaining certain public works and certain public institutions, which it can never be for the interest of any individual, or small number of individuals, to erect and maintain; because the profit could never repay the expense to any individual or small number of individuals to erect and maintain or small number of individuals, though it may frequently do much more than repay it to a great society.”

Un reciente, y agudo, autor comenta el tema:³¹

¿Qué papel debe jugar el Estado para hacer que funcione una economía de mercado? Al nivel más amplio, tiene tres funciones: primero, proveer cosas – conocidas como bienes públicos – que el mercado no puede proveer por sí mismo; segundo, internalizar externalidades o remediar fracasos del mercado; y tercero, ayudar a personas que, por diversos motivos, no sean exitosas en el mercado o sean más vulnerables a lo que sucede dentro de ella, de lo que está dispuesto a tolerar la sociedad.

Como puede verse, aunque en términos distintos, existe consenso.

Sintetizando, económicamente, el Estado cumple una labor importante procurando: (1) bienes públicos, (2) evitar externalidades negativas, (3) establecer las reglas del juego, (4) contar con un sistema de administración de justicia y (5) remediar fracasos del mercado. Explicaré cada uno.

1. Bienes públicos

Un ‘bien público’ es un bien o servicio que, una vez proveído por una persona, está disponible a otras a un costo marginal³² cero y es imposible impedir que otras personas se beneficien del mismo. Puede contrastarse con un ‘bien privado’ en que en éste último el consumo de una persona precluye el consumo de la misma unidad por otra persona.

El bien público muestra una carencia de rivalidad de consumo: el consumo de una persona no reduce su disponibilidad a otra. Su caso extremo (el bien público ‘puro’) tiene la característica de no ser excluible: una vez que se provee es imposible prevenir que otras personas lo consuman.

³¹ Martin Wolf, WHY GLOBALIZATION WORKS, Yale University Press, New Haven and London, 2004, pg. 61. (“So what role does the state have to play to make a market economy work? At the broadest level, it has three functions: first, to provide things – known as public goods- that the market cannot provide for itself; second, to internalize externalities or remedy market failures; and, third, to help people who, for a number of reasons, do worse from the market or are more vulnerable to what happens within it than society finds tolerable.”)

³² ‘Marginal’ significa ‘extra’. Dado un volumen determinado de abasto a un costo determinado, el costo de la unidad marginal será únicamente el que la producción de dicha unidad añade al costo total.

Esta última característica dificulta el que el bien sea proveído por mercados privados puesto que al proveedor del mismo le es imposible asegurar que sólo quienes pagan por el mismo lo obtengan. Dado que puede ser obtenido gratuitamente, nadie está dispuesto a pagar por él. Esta situación es conocida en el argot económico como “*free riding*”.³³

Un ejemplo son las calles y bienes similares que podrían presumiblemente ser procurados mediante intercambios estrictamente voluntarios, sus costos siendo pagados mediante el cobro de una cantidad.³⁴ El costo de recolectar dichas cantidades podría con frecuencia ser más elevado que el costo de la producción misma de los bienes públicos. Por ende, existen ciertos bienes públicos que, no siendo en el mejor interés de un individuo particular el crear y mantener, es del interés general de la sociedad contemplar. Visto de otra manera, hay ciertos bienes públicos que, en ausencia de un órgano que actúe por el interés general, simplemente no existirían.

Existen ejemplos distintos de bienes públicos que el Estado debe procurar. Mencionaré dos: el dinero y un mercado competitivo. Empecemos por el dinero.³⁵ El dinero debe ser sano, estable, pues cumple tres funciones distintas: (i) medio de cambio;³⁶ (ii) unidad de cuenta;³⁷ y (iii) depósito de valor.³⁸ Una

³³ Si bien hay quien traduce el concepto como “problema del polizón” (Stiglitz, Joseph E., LA ECONOMÍA DEL SECTOR PÚBLICO, Barcelona, Antoni Bosch editor, 2000), aludiré al mismo como ‘conducta parasitaria’ o, dado su arraigo en la literatura económica, por su término en inglés: ‘*free riding*’.

³⁴ Por ejemplo, una carretera de cuota.

³⁵ Para un interesante y exhaustivo estudio sobre el régimen jurídico del dinero, ver Charles Procter, MANN ON THE LEGAL ASPECTS OF MONEY, Oxford University Press, Oxford, Sixth Edition, 2005.

³⁶ Es un objeto que se acepta generalmente a cambio de bienes y servicios. Sin el dinero sería necesario recurrir al trueque, lo cual genera dos problemas. El primero es cuánto de X hay que dar por Y. Segundo, lo que se conoce como el problema de la doble coincidencia: la necesidad de que ambas partes deseen lo que ambas producen, respectivamente, lo cual limita las oportunidades de hacer negocios.

moneda será estable cuando el gobierno administre las deudas en forma sostenida y si el banco central es capaz de hacerse a un lado cuando el gobierno sea conducido a un estado de insolvencia. Históricamente, las insolvencias soberanas han sido las causas de problemas económicos serios ya sea porque menosprecian la moneda (v.gr. mediante devaluación o inflación) o porque destruyen la solvencia de las instituciones financieras. Los ejemplos abundan, tanto viejos³⁹ como recientes.⁴⁰ La moraleja es clara: el dinero honesto, el crédito y las finanzas públicas son importantes.⁴¹ Desde la Gran Depresión se acepta que el dinero sano y las finanzas públicas son elementos importantes para calibrar la macroeconomía.

Entendido lo anterior, la necesidad de que ‘alguien’ procure bienes públicos queda en manifiesto. Y el paradigma actual es que ese ‘alguien’ deber ser el Estado.

2. Externalidades

La actividad económica puede generarle a terceros tanto costos como beneficios: ‘externalidades’. Si resulta en perjuicios se tratará de una externalidad *negativa*. Si genera beneficios será una externalidad *positiva*. Por ejemplo, la producción

37 Es la medida acordada para expresar el precio de bienes. Da un ‘algo’ contra qué comparar adquisiciones, lo cual permite sacar mayor provecho a un presupuesto. Permite comparar costos de oportunidad.

38 Permite la conservación e intercambio temporal. Entre más estable sea el valor del dinero, mejor sirve como depósito de valor. Un ejemplo es el peso mexicano después de la crisis de 1982. Como no servía de depósito de valor, quien deseaba ahorrar, lo hacía en moneda dura (dólares) fuera de México.

39 Felipe II de España dañó a un banco importante (Fuggers) al repudiar en 1575 una deuda. William III de Inglaterra creó el Bank of England para administrar las deudas de las guerras con Francia al fin del Siglo XVII.

40 Por ejemplo, la crisis de Argentina de 2001 y México en 1982 y 1994.

41 Tanto que hay quien sostiene que es lo que le dio a Inglaterra una ventaja sobre Francia en la larga serie de guerras de los siglos XVIII y XIX (Paul Kennedy, THE RISE AND FALL OF THE GREAT POWERS: ECONOMIC CHANGE AND MILITARY CONFLICT FROM 1500 TO 2000, New York, Vintage, 1999).

genera contaminación. Si no existe un método para hacer que quien contamina indemnice a las víctimas por la consecuente pérdida económica que sufren, se les estará imponiendo un costo, y el agente económico que contamina estará ‘pagando’ una cantidad subóptima por la actividad.⁴²

En ausencia de un mecanismo u órgano que atribuya el costo a quien lo genera y haga que quien se beneficie resarza a quien afectó, dicha actividad estaría sub- o sobre-regulada.

Y lo mismo ocurre con externalidades positivas. Existen actividades que imponen beneficios a terceros y que, en ausencia de un mecanismo que logre que quien se beneficie pague al beneficiante, existirán menos incentivos para que dichas actividades tengan lugar.⁴³

Dicho de otra manera, una función importante del gobierno (y del Derecho) es vencer el ‘fracaso del mercado’ consistente en la ausencia de indemnización cuando es apropiada, o la falta de atribución de responsabilidad.

⁴² Un ejemplo puede ser ilustrativo. Una fábrica es construida cerca de una casa cuyo valor de mercado, antes del establecimiento de la fábrica, es de dos millones. Si, una vez establecida la fábrica, la contaminación (sea atmosférica o ruido) hace que el valor de mercado de la casa se reduzca a —por ejemplo— un millón, se estará generando una externalidad negativa al propietario. Lo que es más, si existe tecnología que pudiera evitar la contaminación y su costo fuera de 500,000, las circunstancias son tales que, si existiera un mecanismo para que el propietario pudiera exigir que el fabricante instalara la tecnología o le indemnizara el daño (la reducción del precio: un millón) el fabricante instalaría la tecnología y repercutiría ese gasto como parte del precio del producto que vende. Todos estarían contentos. Y el precio tendría un beneficio adicional desde la perspectiva de eficiencia asignativa: la sociedad paga por el bien la cantidad socialmente óptima (pues si resulta que el producto —con su prima ecológica— no tiene éxito, quiere decir que (macroeconómicamente) los recursos empleados en dicha actividad estarían mejor empleados en otra). Pero de no existir un mecanismo que obligue al fabricante a instalar la tecnología, se impondrá un costo al vecino y no se procurará la eficiencia productiva ni la asignativa.

De existir el mecanismo legal (¿responsabilidad civil o ambiental?) que canalice el costo a quien lo genera, presumiblemente se llegaría a un resultado en el que “todos ganan”: el vecino sería indemnizado, y dicha indemnización sería financiada por el incremento de costo (y precio) del producto, el cual a su vez sería premiado (éxito) o sancionado (fracaso, quiebra) por el mercado. En ambos casos el resultado es más eficiente, y todos ganan —aun y cuando el resultado sea fracaso (pues querrá decir que la actividad no debía tener lugar — está siendo ‘financiada’ por el demérito al vecino).

⁴³ En esencia, esto es lo que propicia la existencia de los derechos intelectuales.

Se trata de un ‘fracaso del mercado’ pues las transacciones privadas no permiten distribuir las consecuencias a quien corresponde y ello genera ausencia de actividad económica deseable o costos.

Entendido dicho riesgo, queda claro el beneficio de contar con un órgano (el Estado) y medio (el Derecho) que aborde el problema de las externalidades.

3. Las ‘reglas del juego’

La existencia de las ‘reglas del juego’ es importante. Toda la actividad humana organizada requiere una estructura sobre la cual se ‘juegue el juego’ y que establezca cómo debe ‘jugarse’. Como lo hace ver North:⁴⁴

The structure that humans create to order their political/economic environment is the basic determinant of the performance of the economy.

Ello es el papel de las instituciones. Las instituciones son las reglas del juego, y las organizaciones los jugadores. Para que el juego se juegue bien (eficientemente), el papel de las primeras es crucial. Tanto, que premios Nobel de Economía lo califican de uno de los tres elementos más importantes del cambio y progreso económico.⁴⁵

Debe contarse con un marco bajo el cual las personas puedan realizar actividad económica, y, en caso de presentarse un problema, una infraestructura que asegure que las reglas se harán cumplir. El primero es el Derecho, el segundo son los órganos aplicadores del Derecho.

Es difícil exagerar la importancia de esta actividad. En ausencia de un marco que establezca con claridad a qué se atenderán particulares de decidir llevar a cabo una actividad, lo más probable es que la misma no ocurra, ocurra con menos frecuencia que la deseable, o que su costo incremente como resultado de

44 Douglas C. North, UNDERSTANDING THE PROCESS OF ECONOMIC CHANGE, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2005, pg. 48.

45 Id., capítulo quinto.

la implementación de medidas (sea *de iure*⁴⁶ o *de facto*⁴⁷) que aseguren el resultado deseado.

Pero aun tomadas estas medidas el problema no está resuelto. Ningún intercambio voluntario está libre de ambigüedad. Por más astutas o bien asesoradas que sean las partes es imposible detallar los contratos o la legislación con tal minuciosidad que todos los problemas posibles puedan ser resueltos con anterioridad. Debe existir una infraestructura confiable y eficiente capaz de resolver rápidamente dichas eventualidades. Esto hace relevante a la infraestructura que hace cumplir las ‘reglas del juego’.

4. Impartición de Justicia

Las controversias son inherentes a toda actividad, y la actividad económica no solo no es la excepción, sino posiblemente el mejor ejemplo.

El Estado tiene que procurar una infraestructura que permita la solución de controversias. Existe una correlación positiva entre la confiabilidad, rapidez y eficiencia de dicho sistema y la proclividad a que actividad económica tenga lugar. El motivo es claro: facilita operaciones comerciales mediante reglas confiables.⁴⁸

Una judicatura que reúna los adjetivos citados tendrá el siguiente efecto económico: reduce un costo de la actividad económica: el riesgo.

En la medida en que dicho ideal no es procurado pueden presentarse dos situaciones: que la actividad económica no tenga lugar (por temor al riesgo de

46 Por ejemplo, requerir garantías.

47 Por ejemplo, llevar a acabo conducta estratégica que evite oportunismo.

48 Como así lo enfatiza (el Premio Nobel de Economía), Milton Friedman, FREE TO CHOOSE. A PERSONAL STATEMENT, San Diego, Hartcourt, Inc., 1979, 1990, pg. 30).

una controversia de solución onerosa) o que los agentes económicos incurran en costos⁴⁹ para evitar o solucionar las mismas.

Entre menos oneroso sea utilizar la maquinaria judicial, más operaciones tendrán lugar y menor será el costo de las mismas. La función inversa puede ser más relevante e importante: *entre más oneroso sea ejercer un derecho o hacer cumplir una obligación, menos actividad económica tendrá lugar y más onerosa es la que sí ocurre.*

Para ejemplificar, si hacer valer un derecho tienen un costo de \$1000, dos consecuencias tendrán lugar (a) se incurrirán en medidas para reducir riesgos (y ello tendrá lugar hasta que el costo de las medidas alcance \$1000); y (b) el mismo sólo será ejercido si el beneficio a ser obtenido es igual o mayor a \$1000. Ello necesariamente implica que, entre más cueste utilizar la infraestructura legal, menos será utilizada y mayor será el universo de actividad económica desprotegida. El resultado es doble: mayores costos de transacción y de ejecución. \$1000 representa entonces un riesgo, y por ende un costo, que reducirá el número de operaciones que tengan lugar, o que, para que tengan lugar, los agentes económicos deberán gastar para evitar (presumiblemente estarían dispuestos a gastar hasta \$1000). Si la operación reporta un beneficio de \$1000 o menos, entonces no tendrá lugar. El resultado es menos intercambio —y por ende bienestar social inferior.

Si una operación, suponiendo certeza en su cumplimiento, es lucrativa para quienes incurren en ella, no solo la harán, sino que *deben* hacerla. Pero si existe falta de certeza, quien considere realizarla tendrá que descontarle a las ganancias el consecuente riesgo (que, insisto, es un costo), lo cual se traduce en que ciertas operaciones no tendrán lugar, y las que sí tienen cuestan más, dejando menores utilidades. La moraleja es clara: *en ausencia de un mecanismo eficiente y poco oneroso para hacer valer derechos, hay negocios que no tienen*

⁴⁹ De nuevo dichos costos derivan de las medidas *de jure* o *de facto* que tendrían que tomarse para brindar certeza.

lugar. Y ello implica pérdida de bienestar —tanto para las partes que la hubieran celebrado, como socialmente.

5. Fracazos del mercado

a) Concepto

Un sistema *laissez-faire* privilegia el mecanismo del mercado sobre el regulatorio.⁵⁰ Pero ello no quiere decir que *nunca* deba existir regulación. Ante ello, la pregunta se torna en ¿cuándo es apropiado regular?

Una respuesta ofrecida por el análisis económico es que debe existir regulación cuando la competencia no funciona bien. Es decir, cuando existe un ‘fracaso del mercado’. Y existen dos circunstancias comunes de ello: en industrias donde exista un **monopolio natural** y aquéllas plagadas por **externalidades**.⁵¹ Dado que las externalidades han sido tratadas, me concentraré en el monopolio natural.

Un mercado será un ‘monopolio natural’ cuando, al nivel socialmente óptimo de abasto, el costo de la industria es minimizado únicamente si sólo existe un productor. Es decir, el mercado en cuestión no soporta más de una firma. De

⁵⁰ El motivo es que el mercado tiene un mecanismo autocorrectivo. Es decir, dados los incentivos que propicia en los agentes económicos que participan en el mismo, los problemas de un mercado particular tienden a autocorregirse sin la necesidad de intervención gubernamental. El motivo es claro: el deseo de obtención de rentas incentiva la creatividad para resolver los mismos. La regulación con frecuencia entorpece —más que ayuda— la solución de los problemas de un mercado. Además, la regulación implica monitoreo continuado por una burocracia de los pasos y decisiones tomadas por agentes económicos. Ello invita cuellos de botella, anquilosamiento, retrasos, costos, medidas artificiales y (con frecuencia) subóptimas para resolver problemas económicos, y, en general, reducción de la eficiencia con la que un agente económico ataca un mercado. Por ello, con frecuencia, el mercado —con todos sus bemoles— es superior a la mejor de las intervenciones. (Para abundar véase Pascual García Alba Iduñate, REGULACIÓN Y COMPETENCIA, en COMPETENCIA ECONÓMICA EN MÉXICO, Ed. Porrúa, 2004, pg. 105.)

⁵¹ W. Kip Viscusi, John M. Vernon, Joseph E. Harrington, Jr., ECONOMICS OF REGULATION AND ANTITRUST, The MIT Press, Cambridge Massachusetts, London, England, second edition, 1998, pg. 323.

ser más, existirían deseconomías de escala que encarecerían el abasto. Los motivos pueden ser diversos,⁵² y no serán abordados.⁵³

Fuera de las circunstancias indicadas, son los particulares quienes determinan *qué* hacer, *cómo* y *para quién*. Y el método es el (maravilloso) mecanismo del precio.⁵⁴ Esta verdad ha sido enfatizada no sólo por economistas, sino eruditos diversos, como Karl Popper.⁵⁵

52 Por ejemplo, puede ser que la curva de costo promedio sea siempre decreciente a cualquier nivel de abasto. Otro ejemplo es cuando el mercado sólo puede justificar a un agente económico (generalmente por ser pequeño); otro es cuando existe una inversión inicial fuerte.

53 Existen diversas teorías sobre los orígenes de la regulación económica. Una de las teorías que en forma inicial justificaron que exista regulación económica es la teoría del interés público (“*public interest theory*” o “*normative análisis as a positive theory*”). Pero no es la única. Existe también la Teoría de la Captura (“*capture theory*”) y la teoría económica de la regulación (“*economic theory of regulation*”). En términos generales, la **Teoría del Interés Público** sostenía que debe existir regulación económica para resolver fracasos del mercado. La **Teoría de la Captura** sostiene que la entidad gubernamental que regula una industria es capturada por dicha industria y lo que acaba haciendo es regulándola de tal forma que se logren los intereses de la misma, incluyendo el incremento de rentas. La implicación es que la regulación promueve las ganancias de la industria en cuestión más que el bienestar social (¿suena familiar?).

El peligro de captura no es nuevo. Ya lo hacía ver Madison en sus ensayos *The Federalist* (específicamente, *Federalist Paper* No. 10), donde indicaba que la historia enseñaba que las sociedades tendían a ser capturadas por los intereses especiales, quienes las usaban para su propio interés a expensas del interés general. Este ha sido un dilema universal de las sociedades a lo largo de la historia.

La **Teoría Económica de la Regulación** analiza el impacto que los grupos de interés tienen en la formación de legislación. La misma predice que la regulación beneficiará a grupos de interés pequeños y bien organizados más que a (o a costa de) la colectividad. Ello obedece, *inter alia*, a los incentivos que enfrentan los legisladores y la forma en que los grupos influyen en los mismos. (La descripción dada es genérica. Las teorías son ricas y llenas de escenarios distintos.)

54 El precio cumple tres funciones importantes: (a) trasmite información; y lo hace en dos sentidos. Por un lado, constituye la forma en la que el productor puede tomarle el pulso al mercado para decidir cuánto hacer y a quién venderlo. A su vez, trasmite información en el sentido contrario: el comprador final podrá observar, mediante los movimientos de precios, si es prudente utilizar menos de dicho producto o cambiar de insumo; (b) genera incentivos para producir más eficientemente: al menor costo posible y utilizando los recursos en las actividades en las que más se valoran; (c) determinan a quién dar cuánto de un producto (distribución de ingresos). (Si bien este tema es tratado en múltiples textos, su exposición por (el Premio Nobel de Economía) Gary S. Becker, es particularmente atractiva (TEORÍA ECONÓMICA, Fondo de Cultura Económica, 1977, pgs. 14 et seq. (traducción de su obra en inglés *Economic Theory*))). En esencia el precio

Invito al lector a preguntarse, ¿qué hay en el sistema *laissez-faire* que lo hace tan atractivo?⁵⁶ Intentaré contestar la interrogante mediante una breve descripción de los beneficios de un mercado competitivo.

b) *Mercado Competitivo y sus Beneficios*

El mercado competitivo es otro bien público cuya importancia es fácilmente pasada por alto, y México brinda ejemplos claros al respecto.⁵⁷ En esencia, un mercado competitivo procura eficiencia (productiva y asignativa), incrementa el bienestar agregado de una sociedad,⁵⁸ propicia inversión e innovación tecnológica.⁵⁹ Ello es logrado mediante la política que fomente la competencia.

El fomento de la competencia obedece a que se considera que arroja los siguientes dos efectos positivos: (i) eficiencia; y (ii) propiedades de bienestar social. Abordaré cada una por separado.

determina para quién debe producirse algo. Como lo hacía ver A. Flanagan: “no existe la escasez ni el exceso, sólo el precio”.

55 Karl Popper, THE OPEN SOCIETY AND ITS ENEMIES. A su vez, KARL POPPER - PLL LIFE IS PROBLEM SOLVING, Translation of Patrick Camiller, Routledge, London and New York, 1999, 2005, pg. 101.

56 A tal grado que, por ejemplo hay quien lo concibe como “la mejor esperanza de la humanidad” (Walter Block, EL FUNDAMENTO ECONÓMICO DEL CAPITALISMO LAISSEZ FAIRE, Revista de Economía y Derecho, primavera 2006, vol. 3, No. 12, pg. 81). Añade que “si la raza humana va a sobrevivir y prosperar, poner fin a la hambruna, desesperanza y desempleo debe abrazar los derechos de propiedad privada, el imperio de la ley y la libre empresa. No más debe ser “utilidades” una palabra sucia”. (id.)

57 Existe un monopolio que constituye un gran parásito del desarrollo de la economía mexicana: Teléfonos de México, S.A. de C.V. Encarece un bien de consumo necesario: la comunicación telefónica. Y toda la economía sufre las consecuencias. Mientras el mismo no sea derrumbado, la economía mexicana seguirá cargando con dicho lastre, mermando la competitividad de la industria mexicana.

58 Una obra reciente analiza el *verdadero* bien jurídico tutelado de esta disciplina, que con frecuencia se confunde: REFORMAS A LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA, Ed. ITAM, 2006, Carlos Mena Labarthe y José Roldan Xopa (editores). El capítulo que lo aborda es “Nueva Política de Competencia”. (El énfasis en el adjetivo obedece a que existe confusión —además de diferencia de opinión— sobre dicho tema.)

59 Para abundar sobre porqué, ver Francisco González de Cossío, COMPETENCIA ECONÓMICA, ASPECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS, Ed. Porrúa, 2005, pg. 23 et seq.

i) Eficiencia

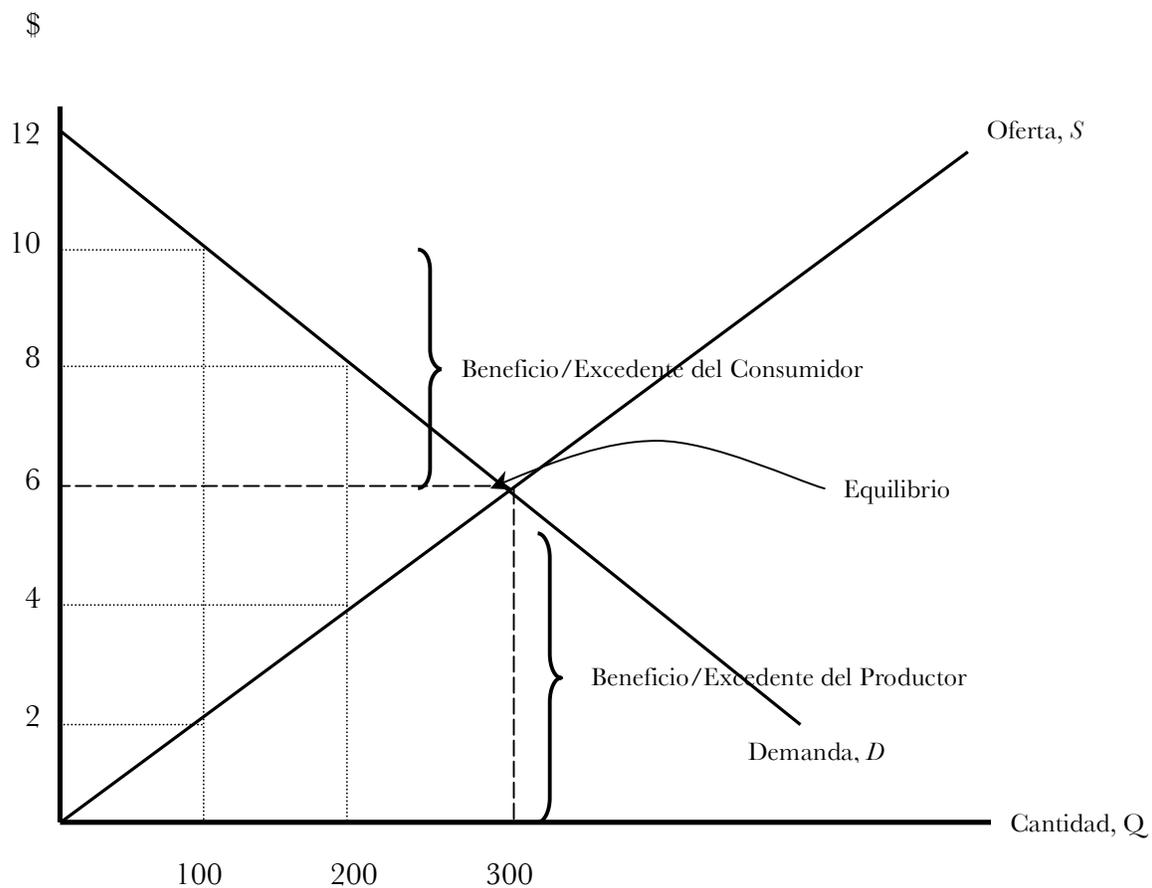
En presencia de un mercado competitivo el precio de un bien⁶⁰ se fija como resultado de la conjugación de dos fuerzas del mercado: la oferta y la demanda. Esta verdad, tan frecuentemente citada, es con frecuencia mal apreciada. Para ver porqué, a continuación se echa mano de una gráfica que identifica una curva de demanda⁶¹ y una curva de oferta.⁶²

⁶⁰ Al hablar de un 'bien' o 'producto' incluyo también servicios.

⁶¹ Aquella con pendiente negativa. El dibujo de una curva de demanda refleja un grupo de puntos que indican la cantidad de dicho bien que un grupo adquirirá a diferentes precios (en un tiempo determinado). Mide las opciones disponibles en un momento determinado y en ciertas circunstancias. Se trata de una abstracción que busca facilitar la observación y asimilación de una tendencia.

⁶² Aquella con pendiente positiva.

FIGURA 1⁶³
Descripción de los Beneficios de la Competencia



Esta gráfica arroja resultados diversos. Disectémoslos tomando un modelo simple de un sólo producto.

⁶³ Tomada de González de Cossío, COMPETENCIA ECONÓMICA, ob. cit., pg. 25.

Del lado de la demanda nos indica que, a precio \$12, cero productos son vendidos. A precio \$10 son 100 las unidades vendidas, a precio \$8 son 200 las ventas, a precio \$6 son 300; y así sucesivamente.

Del lado de la oferta, a precio \$2 el productor sólo estaría dispuesto a hacer 100 unidades. A precio \$4 estaría dispuesto a producir y vender hasta 200. Y así sucesivamente.

Tomando como dadas dichas circunstancias, en este mercado el precio (de mercado) se fija en \$6, y se venden 300 unidades.

El análisis económico nos dice que dicho equilibrio arroja dos eficiencias: de producción y de consumo.⁶⁴ La *eficiencia de producción* se refiere a que los productos son elaborados con el mínimo costo posible; es decir, con la menor erogación de recursos. Consiste en la producción de la ‘mejor’ u óptima combinación de abasto mediante la combinación más eficiente de insumos. No es posible reorganizar los insumos/recursos de una manera que se incremente el abasto sin también reducir el abasto de por lo menos otro producto. La *eficiencia en el consumo* de la cantidad de bienes producidos y consumidos se logra puesto que el valor que el consumidor le otorgará al bien producido es exactamente igual al costo marginal de producirlo.⁶⁵

La *eficiencia asignativa* (‘allocative efficiency’) se logra cuando no es posible reorganizar o producir de una manera tal que alguien esté mejor sin que alguien salga perdiendo.⁶⁶ El abasto ‘óptimo’ puede ser determinado de varias formas. Sin embargo, bajo la óptica de la economía de bienestar (*welfare economics*) implica la combinación de abasto que sería escogida por

⁶⁴ La traducción de los conceptos al español ha sido tomada de Michael Parkin y Gerardo Esquivel, MICROECONOMÍA, Versión para Latinoamérica, Addison Wesley, México, D.F., Quinta Edición, 2001, pgs. 261 et seq.

⁶⁵ La utilización de insumos de esta manera en ocasiones se conoce como la ‘*eficiencia técnica*’.

⁶⁶ Dennis W. Carlton and Jeffrey M. Perloff, MODERN INDUSTRIAL ORGANIZATION, HarperCollins College Publishers, Second Edition, 1994, pgs. 102 y 104.

consumidores individuales respondiendo a los precios de un mercado perfecto que reflejen los verdaderos costos de producción. La combinación eficiente de insumos es aquella que produce un abasto al menor costo de oportunidad.

Bajo condiciones de eficiencia asignativa, la satisfacción o utilidad de una persona puede ser incrementada únicamente mediante la reducción de la utilidad de otra persona.⁶⁷

Visto en forma agregada, un mercado competitivo es eficiente en la medida en que los costos sociales y beneficios sociales coinciden.⁶⁸

ii) Bienestar social

El bienestar social se maximiza mediante la competencia. La competencia maximiza el valor total de los bienes producidos en una sociedad. Los mercados competitivos propician un objetivo importante: proveer al consumidor bienes a su costo marginal de producción. Este beneficio, que se lo debemos a la industrialización, es frecuentemente desapercibido. En términos técnicos, un mercado competitivo tiende a maximizar el 'beneficio del consumidor'.⁶⁹ Dicho concepto merece una explicación.

En un mercado perfectamente competitivo todas las ventas tienden a ser realizadas al mismo precio (el de mercado) no obstante que diferentes grupos de consumidores tienen diferentes 'precios de reserva'.⁷⁰ La diferencia entre el

⁶⁷ Samuelson y Nordhaus, ob. cit., pg. 136.

⁶⁸ Samuelson y Nordhaus, ob. cit., pg. 138. Dicho en términos un poco más técnicos, los beneficios del comercio se maximizan ante el equilibrio competitivo donde $P = UM = CM$ (el precio es igual a la utilidad marginal, que a su vez es igual al costo marginal).

⁶⁹ Por ello, favorecer la competencia es una manera de favorecer la eficiencia. Sin embargo, las consideraciones de eficiencia ignoran juicios de valor en relación con la distribución del ingreso.

⁷⁰ El 'precio de reserva' es la cantidad máxima que una persona estaría dispuesta a pagar por un bien.

precio de reserva y el precio pagado es el ‘beneficio del consumidor’.⁷¹ Es la diferencia entre lo pagado y lo que el consumidor hubiera estado dispuesto a pagar, de ser necesario, para consumir las unidades adquiridas.⁷²

Debe distinguirse del ‘Beneficio del Productor’: que es la diferencia entre el ingreso total al precio competitivo y la suma de los costos del productor.⁷³ Es la cantidad más grande que puede ser restada del ingreso de los proveedores y aún así el proveedor estaría dispuesto a producir el bien en cuestión.⁷⁴

Entendidos ambos conceptos, puede apreciarse el motivo por el cual se desea fomentar la competencia: los conjuga de manera en que (el análisis económico nos enseña) más nos conviene (en forma agregada, social⁷⁵).

Como lo explica el Profesor Samuelson “el mercado perfectamente competitivo es un mecanismo que sintetiza (a) los deseos de las personas con votos monetarios a pagar por bienes en la forma representada por una demanda, con (b) el costo marginal de dichos bienes, en la forma como son representados por la curva de abasto de dicha firma. Bajo ciertas circunstancias, la competencia garantiza eficiencia en la que la utilidad de ningún consumidor puede ser incrementada sin reducir la utilidad de otro consumidor. Lo anterior es cierto aún en un mundo con múltiples factores y productos.”⁷⁶

71 Herbert Hovenkamp, FEDERAL ANTITRUST POLICY, West Publishing Co., St. Paul Minnesota, 1994, pg. 5.

72 Carlton and Perloff, ob. cit., pg. 104.

73 Hovenkamp, ob. cit., pg. 5.

74 Carlton and Perloff, ob. cit., pg. 105.

75 El matiz es importante pues, de la conjugación de dichas fuerzas, puede resultar la salida (quiebra) de participantes del lado de la oferta (productores). Esto ha propiciado (en ocasiones) severas críticas que en términos generales no han prosperado.

76 Samuelson y Nordhaus, ob. cit., pg. 139. Sus palabras fueron: “The perfectly competitive market is a device for synthesizing (a) the willingness of people possessing dollar votes to pay for goods as represented by demand with (b) the marginal costs of those goods as represented by firm’s supply. Under certain conditions, competition guarantees efficiency in which no consumer’s utility can be raised without lowering another

c) *Competencia Imperfecta*

En contraste con la competencia perfecta, los economistas con frecuencia hablan en términos generales de ‘competencia imperfecta’ como un género de circunstancias que distan de reflejar las características de un mercado competitivo.

Existen diversas variedades de competencia imperfecta, que se clasifican en: monopólicos, oligopólicos y competencia monopolística, los cuales no serán abordados.⁷⁷ Lo que vale la pena hacer notar sobre los mismos en este contexto es que privan al consumidor de los beneficios del mercado competido.

d) *Conclusión: el Derecho como corrector de ‘fracasos de mercado’*

Por los motivos indicados, una de las funciones económicas del Derecho es corregir ‘fracasos de mercado’ buscando procurar un mercado competitivo dados los beneficios en eficiencia y bienestar que el mismo procura.

D. CONCLUSIÓN

Por razones sociológicas y económicas, el Estado de Derecho es un pilar esencial en toda sociedad. El Premio Nobel de Economía Amartya Sen lo expone con claridad:⁷⁸

La reforma legal y judicial es importante no solo para el desarrollo legal sino también para el desarrollo en otras esferas, como lo son el desarrollo

consumer’s utility. This is true even in a world of many factors and products.”
(traducción del autor)

⁷⁷ Para abundar puede consultarse González de Cossío, COMPETENCIA ECONÓMICA, ASPECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS, Ed. Porrúa, 2005.

⁷⁸ WHAT IS THE ROLE OF LEGAL AND JUDICIAL REFORM IN THE DEVELOPMENT PROCESS? Conferencia *Comprehensive Legal and Judicial Development Conference*, 5 a 7 de junio de 2000, World Bank, Washington DC, pg. 13. (“Legal and judicial reform is important not only for legal development but also for development in other spheres, such as economic development, political development, and so on, and these in turn are also constitutive parts of development as a whole.”)

económico, político y demás, y estos a su vez son parte constitutiva del desarrollo en su totalidad.

Y no se trata de una cuestión teórica. De ello depende el desempeño de la economía, como así lo hace ver North:⁷⁹

Ultimadamente el desempeño económico es una consecuencia tanto de las reglas económicas generales que están en vigor y sus características de cumplimiento/ejecución (la estructura de derechos de propiedad) y la estructura institucional específica de cada mercado –factores, productos y políticos. Es decir, la estructura de incentivos de cada mercado será distinta de aquella de otro mercado en un momento dado y también cambiará con sus mutantes características. ... las características de cumplimiento de cualquier mercado son una función del conjunto de limitantes impuestos por instituciones (reglas formales –incluyendo aquellas del gobierno–normas informales, y las características de ejecución) que determinan la estructura de incentivos en un mercado. ... El punto crucial a reconocer es que los mercados eficientes son procurados estructurándolos para que tengan bajos costos de transacción...

El Banco Mundial ha encontrado evidencia empírica que entre más desarrollado sea el Estado de Derecho de un país, más comercian con él. En sus palabras:⁸⁰

Los países con mejor ... Estado de Derecho, calidad de régimen regulatorio, eficacia gubernamental y estabilidad política tendían a recibir una porción crecientemente mayor de los flujos internacionales de inversión extranjera en los años noventa.

El Estado de Derecho no es un *lujo*. Es una *necesidad* — tanto sociológica como económica.

79 Douglas C. North, UNDERSTANDING THE PROCESS OF ECONOMIC CHANGE, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2005, pgs. 76-77, donde dice: “*Ultimately economic performance is a consequence of both the general economic rules that are in place and their enforcement characteristics (the property rights structure) and the specific institutional structure of each market –factor, product, or political. That is, the incentive structure for each market will differ from that of another market at a moment of time and also will change with its changing characteristics over them. ... the performance characteristics of any market are a function of the set of constraints imposed by institutions (formal rules –including those by government–informal norms, and the enforcement characteristics) that determine the incentive structure in that market. ...The crucial point is to recognize that efficient markets are created by structuring them to have low costs of transaction ...*”.

80 World Bank, GLOBAL ECONOMIC PROSPECTS 2003, pg. 91. (“Countries with better ... rule of law, quality of the regulatory regime, government effectiveness and political stability – tended to receive an increasing share of total FDI over the 1990s.”)

E. EL DERECHO COMO PRODUCTO Y REFLEJO DE LA SOCIEDAD

El Derecho es un producto social. Dice algo de nosotros. Como lo caracteriza elocuentemente Savigny:

El Derecho es producido espontáneamente por el alma del pueblo o espíritu nacional, y se va desarrollando de un modo plácido insensiblemente y sin dificultad, en forma parecida a lo que sucede con el lenguaje.

Pero la tesis opuesta también merece ser tenida en cuenta. Ihering decía que los principales progresos de la historia del Derecho no se efectúan plácidamente sino como efecto de una lucha, dañando los intereses de quienes no les convenían.⁸¹

Curiosamente, considero que, aunque contrarias, ambas son acertadas. El Derecho es reflectivo del estado de desarrollo de una sociedad, y el contenido del mismo es el resultado de una constante lucha de intereses entre quienes les interesa mantener el statu quo y quienes les interesa cambiarlo en pro de algo mejor. Por ende, cada norma, cada derecho, tiene depositado en él un contenido histórico, cultural y humano. Es con frecuencia terreno ganado a un coto de poder. La victoria sobre una opresión previa.

⁸¹ Rudolf von Ihering, DER KAMPF UMS RECHT, Regensburg, 1872. (La Lucha por el Derecho, Madrid, Lacort, Buenos Aires, 1939). En forma relacionada, Georges Ripert concebía el derecho como el resultado de la pugna de dos fuerzas: las fuerzas *conservadoras* (buscan mantener el Derecho existente) y las *reformadoras* (que desean modificarlo) (Georges Ripert, LES FORCES CRÉATRICES DU DROIT, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1955, pgs. 86 et seq.)

III. ESTADO DE DERECHO EN CRISIS

Con todas sus virtudes, el Derecho es un instrumento subutilizado y empolvado; inclusive oxidado.

Siendo el Estado de Derecho el obsequio máspreciado que la clase burocrática puede dar a su población, se nos ha negado. En mi opinión, existe una importante responsabilidad social de la clase gobernante mexicana frente a la clase gobernada derivada de su falta de cumplir el mandato que se les ha dado. Y el Derecho es una de las facetas que lo demuestra. Creo que la observación es válida tanto en nuestro pasado como en nuestro presente.

Pero no toda la culpa es de la clase gobernante; existe complicidad del gobernado. Es una verdad frecuentemente citada que cada población tiene el gobierno que merece. Y, como suele suceder, un problema rara vez es unilateralmente causado; más bien tiene orígenes bilaterales.

Para ver porqué examinemos cada una de las funciones apuntadas a la luz de la crisis señalada.

A. LA SOCIOLOGÍA

Seis fueron los objetivos sociológicos expuestos que el Derecho busca. Desde el ángulo de cada uno pueden encontrarse deficiencias.

1. Organización Social

Sobre las deficiencias en materia de organización social me gustaría enfatizar los siguientes aspectos: (a) corrupción; (b) congestión legislativo; y (c) papel del burócrata.

a) *La corrupción*

La corrupción es el abuso de un puesto de confianza pública para beneficio personal. La corrupción es una enfermedad pandémica, pero más endémica en países pobres que en ricos.

La corrupción no solo es contraria a la ética y desgasta la moral nacional; obstaculiza el crecimiento económico. Como lo dice Wolf:⁸²

Una sociedad en la que se considera normal que los jueces, burócratas o políticos acepten sobornos genera una trampa para aquellos que deseen lograr reformas. En una sociedad en la que todos engañan y toman o pagan sobornos, existen pocos incentivos para no participar. Es racional que cada individuo participe en este destructivo juego y, dada la prevalencia de dicha conducta, existen pocos incentivos para que cualquiera deje hacerlo dado que las posibilidades de ser atrapados y castigados son pequeñas. Sin embargo, en una sociedad en la que la trampa y los sobornos son raros, existen muchos menos incentivos para actuar deshonestamente, dado que existe una probabilidad mucho más grande de ser atrapado y castigado así como obtener lo que uno desea honestamente. La transición de la primera sociedad a la segunda es sin embargo difícil.

Obviamente, una forma de atacar la corrupción es criminalizándola. Pero existe otra que —por ir a la raíz del problema es más eficiente—: no incentivándola. Y una forma de incentivarla es —paradójicamente— regulando. Cada instancia de control (p.e., un permiso para comerciar) implica una oportunidad de corrupción. Y ello de ambos lados. Del lado del gobierno, genera una oportunidad para cohecho. Del lado del comerciante, una posibilidad para hacer trampa.

No es que regular sea malo, pero el exceso genera las patologías descritas.

⁸² Wolf, ob cit., pg. 73. (“A society in which it is deemed normal for judges, bureaucrats or politicians to accept bribes creates a trap for those trying to achieve reform. In a society in which everyone cheats and takes or pays bribes, there is little incentive not to join in. It is rational for each individual to participate in this destructive game and, given the prevalence of such misbehavior, little incentive for anybody to cease doing so, since the changes of being caught and punished are small. In a society in which cheating and bribery are rare, however, there is far less incentive to act dishonestly, since there is a far greater chance of being caught and punished as well as of obtaining what one wants honestly. Moving from the first sort of society to the second is difficult, however.”)

b) *Congestión legislativa*

Lo mismo ocurre con el exceso de legislación. No es que apoye un Estado de total *laissez-faire* regulatorio. Pero cada regulación, cada requisito, debe establecerse previo un análisis costo-beneficio, tomando en cuenta el riesgo apuntado en la sección anterior. El maestro Jagdish N. Bhagwati lo expone con agudeza:⁸³

Los críticos del mercado y de la integración económica global parecen ignorar por completo que un control, regulación o restricción genera una oportunidad de corrupción. Cuando existe un margen entre el precio de mercado de algo y el precio establecido por el gobierno, existe un incentivo para hacer trampa o corromper. Si el precio del mercado negro de moneda extranjera es el doble que el oficial, la gente corromperá a los funcionarios para permitirles vender en el mercado negro. En forma similar, si las importaciones de bienes específicos son restringidos o sujetos a una tarifa muy alta, los comerciantes corromperán a funcionarios para que dejen tomar los bienes o evadir la tarifa. De nuevo, si uno necesita una enorme cantidad de permisos burocráticos para hacer algún negocio, los funcionarios tendrán una oportunidad para pedir dinero. Pero existe algo peor: una vez que se sabe que el gobierno está dispuesto a crear oportunidades excepcionales, se generará cabildeo para que ello tenga lugar. Entonces no solo existirá corrupción sino también desperdicio de recursos consistentes en “búsqueda de rentas” o “actividades directamente improductivas que buscan rentas”.

c) *Papel del burócrata*

No sería exagerado tildar a la clase burocrática de ‘clase cleptocrática’. Los buenos burócratas existen, pero son excepcionales. Y la gravedad de la conducta criticada fluctúa entre pequeñas instancias de conducta indebida, hasta

⁸³ Jagdish N. Bhagwati, *FREE TRADE TODAY*, Princeton University Press, 2002, pgs. 36-41. (“Critics of the market and of global economic integration seem to be entirely unaware that a control, regulation or restriction creates an opportunity for corruption. Wherever there is a gap between the market value of something and an official price of the price government is prepared to allow, there is an incentive to cheat and to bribe. If the black-market price of foreign currency is twice the official rate, people will bribe officials to let them sell on the black-market. Similarly, if imports of certain much desired commodities are restricted or under a very high tariff, business people will bribe officials to let them take the commodities in or evade the tariff. Again, if one needs a large number of bureaucratic permissions to do something in business, the officials have an opportunity to demand bribes. But there is worse: once it is known that a government is prepared to create such exceptional opportunities, there will be lobbying to create them. Then there is not just the corruption of the government, but the waste of resources in such “rent-seeking” or “directly unproductive profit-seeking activities”.)

corrupción masiva, e inclusive crímenes en contra de sus gobernados. Lo que es más, una buena parte del siglo XX es la historia de crímenes infligidos por aquellos en el poder sobre sus gobernados.

2. Solución de Controversias

Lejos de solucionar, el Derecho (aunado a sus aplicadores) con frecuencia exacerba problemas. Lo que es más, suele motivarlos.

Paradójicamente, el Derecho puede ser la causa misma del conflicto. Para no incurrir en ello, debe ser claro y su aplicación uniforme. De lo contrario, invitará a oportunismo.

El problema tiene varios componentes. A continuación abordaré algunos.

a) El Derecho como una trampa

Cuando el Derecho es poco claro, engorroso u oneroso se convierte en una trampa. Y ello puede resultar en instancias de denegación de justicia.

La justicia tiende a ser lenta, costosa y puede llegar a parecer esotérica al lego. Ello, lejos canalizar la resolución de controversias, la entorpece. Lo que es peor, en vez de purgar frustración, puede magnificarla. En lugar de solucionar divergencias, puede propiciarlas. Y su función como forma de mantener armonía social se ve comprometida. El resultado tiende a ser la justicia privada (por propia mano) e ingobernabilidad. Falta de respeto por la institución, y cinismo.

b) Los juzgadores

La importancia de los jueces y trascendencia de su papel es elocuentemente explicada por Calamandrei al hablar de la fe en los jueces:⁸⁴

... el Estado siente como esencial el problema de la elección de los jueces; porque sabe que les confía un poder mortífero que, mal empleado, puede convertir en justa la injusticia, obligar a la majestad de la ley a hacerse

⁸⁴ Piero Calamandrei, ELOGIO DE LOS JUECES, Ara Editores, Perú, 2006, pg. 32.

paladín de la sinrazón e imprimir indeleblemente, sobre la cándida inocencia, el estigma sangriento que la confundirá para siempre con el delito. ... El juez es el derecho hecho hombre; sólo de este hombre puedo esperar en la vida práctica la tutela que en abstracto me promete la ley; si este hombre sabe pronunciar a mi favor la palabra de la justicia, podré comprender que el derecho no es una sombra vana. ... si el juez no está despierto, la voz del derecho desvaída y lejana, como las inaccesibles voces de los sueños.

El juez es un gran personaje.⁸⁵ Juega un papel central en la sociedad. En esencia, canaliza y cataliza. *Canaliza* intereses opuestos a favor del resultado lícito (y por ende probablemente justo). *Cataliza* pues todo problema (controversia) es una oportunidad de hacer justicia y procurar orden social. Sin las funciones enunciadas la frustración e inseguridad sería el statu quo, lo cual engendraría aun más problemas.

De nuevo, North proporciona una observación aguda —esta vez histórica: el respeto por el Derecho y la honestidad de los jueces ha sido importante en el éxito de otros países.⁸⁶

Dicho papel está devaluado. Las alusiones peyorativas al juzgador son rampantes. Los desacatos frecuentes. Y los cuestionamientos a su autoridad flagrantes.

c) *Responsabilidad*

Considero (y postulo) que una de las instituciones más importantes y trascendentes de todo sistema jurídico es la ‘responsabilidad’.⁸⁷

⁸⁵ Todas las referencias de género que hago son justamente eso: género; no especie. Las alusiones en masculino incluyen al sexo femenino.

⁸⁶ North, ob. cit., pgs. 60 a 69. (Sus palabras son: “...respect for the law and the honesty of judges are an important part [of England’s] success story”)(pg. 60.)

⁸⁷ El lector podría extrañarse que no especifique qué tipo de responsabilidad, pues existen especies. Ello es intencional. En forma inicial, había hecho alusión al término ‘responsabilidad civil’ pero me he percatado que las observaciones que realizaré son aplicables a todas las especies de responsabilidades. Por consiguiente, la alusión al tema en forma genérica es apropiada.

Sociológicamente, es una forma de dar seguridad. Económicamente, atribuye las consecuencias a quien las genera.

Tradicionalmente se dice que la institución de la responsabilidad civil tiene tres funciones: (1) *compensatoria* (determinar cuándo una compensación es necesaria); (2) *sancionatoria* (atribuirá el daño a quien lo genera); y (3) *preventiva* (instrumento de prevención general de incidentes mediante la procuración del nivel óptimo de inversión en seguridad). Sin embargo, el ángulo económico de la comprensión del derecho de la responsabilidad civil ha sido descuidado y, en mi opinión, debe enfatizarse. De ser eficiente el derecho de la responsabilidad no sólo hará que quien incurre en un hecho soporte sus consecuencias, sino que procurará algo importante: quien decida incurrir en una actividad tendrá que sopesar los beneficios de la misma ante sus costos, y la realizará sólo cuando los primeros rebasen los segundos; lo cual implicará que es una actividad socialmente deseable. De pesar más los costos sobre los beneficios, se tratará de una actividad que no debe tener lugar.

Cuando la responsabilidad civil es ineficaz, el análisis económico descrito arroja resultados indeseables. Al fracasar como mecanismo de canalización de costos, el costo *individual* de la actividad no reflejará su verdadero costo *social* (que es soportado por terceros mediante externalidades), y quien considere incurrir en la actividad tendrá incentivos para llevarla a cabo. Después de todo, recibirá beneficios a cambio de un ‘precio’ parcial de la actividad; y el resto de la sociedad pagará la cuenta.⁸⁸ Al no ser responsable de los costos *totales*, pero si beneficiario de sus utilidades, llevará a cabo una actividad que económica y socialmente no debía tener lugar (pues ‘costaba’ socialmente (agregadamente)

⁸⁸ La observación es aplicable a diversas áreas. En ciertos contextos se le alude como el ‘moral hazard’. Como lo explican dos expertos en estrategia: “When you can rely on others to save you later, you have an incentive to distort your priorities by exaggerating your claim and taking advantage of the others’ preferences. You might be willing to gain at the expense of putting something you want at risk, if you can count on someone else bearing the cost of the rescue.” (Avinash K. Dixit y Barry J. Nalebuff, THINKING STRATEGICALLY, W.W. Norton Company, New York/London, 1991, pg. 279.)

más de lo que beneficiaba). Y todo ello por la ausencia de un mecanismo eficaz que canalice consecuencias.

No estoy solo en esta manera de concebir el derecho de la responsabilidad. Al respecto, he encontrado que en un tratadista italiano hace apreciaciones congruentes con dicha forma de entender esta rama:⁸⁹

La tarea de la responsabilidad civil es la traslación de un daño de un sujeto a otro.⁹⁰ ...

El problema de la responsabilidad civil se torna entonces en un problema de organización del derecho privado, coordinando la actividad que, sea por lo que sea, no se desea prohibir. Tal problema se muestra en la determinación del sujeto que debe soportar un determinado costo provocado por tal actividad. Esta es la principal, mas no la única, función de la responsabilidad civil, y hoy por hoy, organizativa: producir una coordinación satisfactoria de las acciones sociales, basadas no en una serie de órdenes centralizadas, sino en una serie de decisiones descentralizadas de los diversos agentes. Seguramente, por lo tanto, las reglas de la responsabilidad civil han tenido un efecto redistributivo. Se comportan como una imposición de una tasa determinante de la actividad, importando un costo eventual que puede trasladarse al generador de un daño potencial, mediante el mercado o de otro modo, a sujetos diversos. Las reglas de la responsabilidad civil distribuyen entre determinados sujetos el costo de su actividad, y de esta manera regulan, o mejor inducen, su regulación espontánea. ⁹¹ (notas suprimidas)

⁸⁹ Pier Giuseppe Monateri, LA RESPONSABILITÀ CIVILE, UTET Giuridica, Wolters Kluwer Italia Giuridica S.r.l., 2006, pg. 16.

⁹⁰ Sus palabras exactas son: “*Il compito della responsabilità civile è quello di traslare un danno da un soggetto ad un altro.*” (id. pg. 16)

⁹¹ Monateri, id, pg. 22. Sus palabras exactas son: “Il problema della responsabilità civile si pone, allora, oggi come problema dell’organizzare tramite il diritto privato, un coordinamento delle attività che, comunque, non si intendono vietare. Tale problema si estrinseca nella scelta del soggetto che deve sopportare un determinato costo provocato da tali attività. Cioè la principale, ma non unica, funzione della responsabilità civile è, oggi, quella organizzativa: produrre un coordinamento soddisfacente delle azioni sociali, basato non su una serie di comandi centrali, ma su una serie di decisioni decentrate dei vari agenti. Sicuramente, pertanto, le regole di responsabilità hanno effetti redistributivi. Esse si comportano come l’imposizione di una tassa su determinate attività, importando costi eventuali, che possono venire traslati dai danneggianti potenziali, tramite il mercato o in altri modi, su soggetti diversi. Le regole di [responsabilità civile] distribuiscono tra determinati soggetti il costo delle loro attività, ed in questo modo regolano, o meglio inducono un loro regolamento spontaneo.”.

Desafortunadamente, el estado de dicha institución es lamentable. El problema no reside en la *lex scripta*:⁹² nuestros códigos contemplan normas suficientes y adecuadas para atribuir responsabilidad a quien la genera/merece. Haciendo eco de una observación emitida por un jurista que admiro (Emilio González de Castilla del Valle):⁹³

El Derecho Común se parece al sentido común: es con frecuencia el menos común (conocido) de todos los derechos

El problema reside en su concepción y aplicación. En su *concepción*, la institución de la responsabilidad necesita reevaluarse. Tomemos como ejemplo la responsabilidad civil. No es noticia alguna que la responsabilidad civil es la obligación de responder por un daño y de reparar sus consecuencias indemnizando a la víctima. Pero estando de acuerdo en su enunciado conceptual, la contundente mayoría de tribunales se quedan en dogmática y no llevan el derecho a sus consecuencias — es aquí donde entra el problema en la *aplicación*: no hacen condenas monetarias, o las que hacen son ridículas.⁹⁴ La excusa⁹⁵ que dan es que la cuantificación es ‘difícil’ o ‘imposible’. O que sería ‘especulativo’. La respuesta me parece inverosímil. El motivo es doble. El estado actual de la ciencia de las finanzas es lo suficientemente rica y sofisticada como para valuar en forma objetiva casi cualquier circunstancia.⁹⁶ Ante ello, considero que la

92 Existe una tendencia a querer solucionar todo problema legal con modificaciones al texto jurídico. Invito a que se eche mano de las otras fuentes del derecho.

93 Espero estarle haciendo justicia a dicho importante jurista mexicano, pues las palabras las tomo de mi (cuestionable) memoria, mismas que le escuché decir en alguna sesión de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C.

94 No es que el dinero se conciba como lo más importante o se desee cuantificar todo en base a ello, o propiciar el mercantilismo más que el humanismo, si no utilizarlo justamente para lo que se creó: como unidad (y depósito) de valor y medio de intercambio.

95 Caracterizo el argumento de ‘excusa’ puesto que considero que no justifica el enunciado/resultado que se le da. De justificar, lo llamaría ‘razón’.

96 El argumento que existe falta de certeza en el quantum también me parece insuficiente. Es cierto que algo hay de especulación por el simple hecho de que el evento valuado no ocurrió. Pero así son todos los modelos conceptuales: sirven de barómetro de algo. No

respuesta de los tribunales a la valuación de daños y perjuicios refleja ignorancia, no imposibilidad. Y la ignorancia es supina: es decir, no es cualquier tipo de ignorancia, sino aquella que descuida algo que debería saberse. En segundo lugar, ¿porqué la dificultad de un problema debe militar en contra de su solución?

e) El abuso del amparo

El Juicio de Amparo es una institución venerable. Sus objetivos y bienes jurídicos tutelados son incuestionables. Su uso desdeñable. Existen dos aspectos particularmente preocupantes: su complejidad y su abuso.

i) Complejidad

La complejidad del amparo —y consecuente onerosidad— hace que el mismo quede fuera de un grupo social importante: los menos favorecidos. ¿Porqué tiene que ser *tan* complejo en su proceso?

ii) Abuso

Con más frecuencia de la que nos gusta admitir, el Juicio de Amparo y la suspensión del acto reclamado se utilizan como medio para lograr justamente lo que la ley o acto impugnado buscan evitar. El resultado: la ineficacia del Derecho.

f) Denegación de Justicia

Las fallas aludidas deben preocuparnos pues podrían constituir denegación de justicia, lo cual es un delito internacional.

La denegación de justicia es una violación al derecho internacional que puede generar responsabilidad internacional del Estado. Su definición es elusiva,

entender esto es ir en contra de algo superado, y amputarle las alas a las facultades de las ciencias de aquilatar efectos distintos.

lo cual ha generado (a veces radicalmente) diferentes definiciones *nacionales* del concepto. Un destacado pensador propone la siguiente:⁹⁷ la ausencia de debido proceso.

La denegación de justicia *siempre* es procesal. Nunca es sustantiva. Dada su naturaleza los tribunales locales (aún el de más alta instancia) están imposibilitados para hacer dicha determinación: por la sencilla razón de que son parte del delito. La denegación de justicia implica un fracaso *sistémico*, cuya asimilación es inconcebible en el plano nacional. Para percibirla es necesario observarla desde fuera. En su totalidad.

El tema no es teórico. Dos desarrollos importantes incrementan su practicidad: el desarrollo de la disciplina de responsabilidad internacional del

97 Para un análisis portentoso sobre el tema, véase Jan Paulsson, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW, Cambridge University Press, 2005. Una reseña bibliográfica fue publicada en el ANUARIO MEXICANO DE DERECHO INTERNACIONAL, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, VII – 2007, pg. 773.

Estado⁹⁸ por conducta de la judicatura,⁹⁹ y la extensión del derecho de acción bajo derecho internacional.¹⁰⁰

Los linderos específicos del ilícito han sido difíciles de deslindar. Así lo concluye el autor citado,¹⁰¹ en respuesta a lo cual hace la siguiente advertencia:¹⁰²

Al examinar reclamaciones de denegación de justicia los tribunales internacionales deben aplicar conceptos que son inherentemente elásticos. Nadie ha logrado definir el delito internacional de denegación de justicia sin utilizar abstracciones como ‘inverosímil’, ‘inaceptable’ o ‘manifiestamente injusto’. Ello es la naturaleza del tema. Los

98 Tanto en el plano nacional como internacional han ocurrido desarrollos importantes con respecto al tema de la responsabilidad del Estado. En el ámbito local, la adopción de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado; (Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 2004 y que entró en vigor el 1º de enero de 2005). En el plano internacional la adopción por la Comisión de Derecho Internacional de los Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Ilícitos (El 9 de agosto de 2001 la Comisión de Derecho Internacional (*International Law Commission*) aprobó el proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Ilícitos (*Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*). Dicho evento concluyó una labor que comenzó hace casi 40 años y constituye una de las más importantes aportaciones a la codificación y desarrollo progresivo de una de las áreas más importantes del derecho internacional.

Ante ello, y como lo he dicho antes (APORTACIÓN DE MÉXICO AL ARBITRAJE DE INVERSIÓN, Revista de Arbitraje Internacional número 6, 2007; y conferencias sobre arbitraje internacional, Lima, Perú, abril de 2007), se avecina un cambio de paradigma importante en la práctica de hacer responsable al Estado por sus actos y omisiones.

99 En épocas pasadas se consideraba que, dada la independencia de la judicatura para con los otros poderes, ésta no podía generar responsabilidad internacional del Estado (identificado con el Ejecutivo). La postura ha sido superada.

100 Tradicionalmente, sólo los Estados y organismos internacionales contaban con *locus standi*. El paradigma se ha relajado para abarcar al individuo. Ello es palpable en dos áreas: derecho humanitario y derecho internacional de las inversiones extranjeras.

101 El capítulo cuarto aborda la definición moderna de denegación de justicia. Realizando un análisis de los casos más recientes e ilustrativos sobre la materia, concluye que es imposible llegar a una definición que, conteniendo todos los elementos del delito, sea satisfactoria. De hacerlo, sería rápidamente superada. Ello explica que no se haya logrado en el pasado, y especula que no se logrará en el futuro.

102 Paulsson, Id. pg. 252. Sus palabras fueron “*When examining claims of denial of justice, international tribunals must ultimately apply concepts which are inherently elastic. No one has been able to define the international delict of denial of justice without using abstractions such as ‘egregious’ or ‘unacceptable’ or ‘manifestly iniquitous’.* Such is the nature of the thing. International adjudicators are not robots. Even if they were, there is no formula according to which they could be programmed to evaluate the facts of all cases in a uniform manner.”.

adjudicadores internacionales no son robots. Y aunque lo fueran, no existe fórmula conforme a la cual podrían ser programados para evaluar los hechos de todos los casos de una manera uniforme.

Dicho párrafo resume la problemática de la denegación de justicia. El tema no es fácil, promete complicarse, y su presencia acentuarse en el foro internacional.

En este contexto vale la pena aludir a las instancias que el Derecho Internacional ha contemplado como denegatorias de justicia. El motivo es claro: apercibirnos que, bajo la lupa internacional, conducta diversa a nivel local puede generar responsabilidad internacional. Para evitarlo, vale la pena aprender de la experiencia ajena mediante la enumeración de los casos que han sido calificados de denegatorios del deber internacional de impartir justicia:¹⁰³

1. La negativa a juzgar;
2. El retraso injustificado en la impartición de justicia;
3. La arrogación ilegítima de jurisdicción;
4. Las violaciones al proceso;
5. La discriminación;
6. Corrupción;
7. La arbitrariedad;
8. La aplicación retroactiva de leyes;
9. La incompetencia manifiesta;
10. Los casos en los cuales mediante el manto de la forma se pretende cobijar una injusticia;

¹⁰³ Esta lista está tomada del rico compendio de casos analizado por Paulsson. En su obra sensibiliza al lector sobre lo que acaba siendo una verdad: no es posible dar una lista exhaustiva de circunstancias que pueden resultar en una denegación de justicia. La realidad inmediatamente la rebasaría. Es a través del conocimiento casuista de situaciones que han ameritado ser calificadas como denegación de justicia que puede degustarse el género de situaciones que lo justifican, y así entenderse el delito. Los ejemplos contemplados en la obra no solo son educativos, sino vastos y en ocasiones sobrecogedores.

11. Denegación de justicia provocada por la inmunidad Estatal;
12. El caso de legislación dirigida a personas específicas;
13. El repudio por un Estado de un acuerdo arbitral;
14. Las interferencias gubernamentales;
15. La manipulación de la composición de cortes;
16. La presión pública excesiva;
17. La negativa a ejecutar sentencias;
18. El establecimiento de medidas inadecuadas en contra de delincuentes cuando la víctima sea extranjera;
19. Medidas de coerción física.

La moraleja en el contexto de este estudio es importante: el deber de contar con un sistema eficaz de impartición de justicia, un Estado de Derecho, es una obligación bajo el derecho internacional. No solo es un cometido y objetivo natural del Estado, es algo a lo que los ciudadanos tienen derecho a aspirar, y exigir, desde la perspectiva internacional. Entre mas rápido lo asimilemos y procuremos *motu proprio*, nos evitaremos que nos lo hagan cumplir coactivamente.

3. Orientación y persuasión social

La ineficacia del Derecho en su objetivo de orientación arroja resultados desastrosos. La sociedad se torna en una embarcación sin quilla. Un vehículo sin volante.

Dado que las normas dan respuestas generales es posible que las circunstancias de un caso particular hagan deseoso el cambiar, matizar o excepcionar la regla. Pero ello no milita a favor de cuestionarla. De hecho, la refuerza. Una regla sin excepciones es una *contradictio in terminis*: es porque puede haber excepciones que se justifica una regla. De lo contrario, sobraría: el flujo normal de eventos lo procuraría. Y la norma jurídica perdería *raison d'être*.

Podría tenerse diferencia de opinión sobre el contenido de una norma jurídica. Ello es bienvenido: después de todo, el Derecho no busca coptar la criticidad. Pero tiene que haber *una* solución a *un* problema, y el Derecho la da esperando que sea la mejor. Si no lo es, aún así tiene que acatarse.¹⁰⁴ De no serlo, de *lege ferenda* habría que cambiarla o matizarla, pero no puede dejarse de observar pues cumple —aunque *in casu* sea subóptima— con una función social importante: resolver. Guiar. Considero y postulo que *una solución subóptima es mejor que una no-solución porque exista otra que pueda ser óptima*. Un detractor podría argumentar que debe buscarse siempre la solución óptima, y conceptualmente estaría de acuerdo. Pero es muy fácil que el punto se utilice como excusa. Además, el que exista una mejor respuesta o es un segundo valor que hay que buscar, pero no a costa de la certeza. El motivo es claro: si no se aplicara *de rigueur* dicho principio se fragilizaría el papel de guía del Derecho. Y el caos reinaría.

En esta coyuntura analítica se torna relevante un aspecto interesante y peligroso del Derecho. Aceptado su papel orientador aún cuando en ocasiones pueda no brindar el mejor resultado, surge la preocupación de la utilización del Derecho como un mecanismo de opresión. Dado el reducido papel del cuestionamiento, ¿qué impide que el mismo sea utilizado para subyugar? ¿Cómo evitar la aplicación farisea o selectiva del Derecho?

4. Control Social

Los defectos del Estado de Derecho le restan efectividad como método de control social. En fechas recientes la vida nacional ha presenciado instancias claras de ello. El uso inefectivo del Derecho es caldo de cultivo de depredadores y parásitos.

¹⁰⁴ Aunque nos recuerde en aforismo: *lex est dura lex*.

5. Legitimador y limitador del Poder

Con frecuencia, lejos de limitar *al* Poder, el Derecho se torna en un elemento *del* Poder; se convierte en un elemento del uso ilimitado del poder.

6. Distribución de Cargas

El sistema fiscal mexicano está en crisis. En resumen, sus problemas son mal diseño y malos incentivos. Abordaré cada uno por separado.

a) *Mal diseño*

El sistema impositivo mexicano está mal diseñado, y por diversos motivos. A continuación se mencionarán los objetivos que un buen diseño de un sistema tributario debe soslayar (§i), para luego mostrar ejemplos de buenos impuestos (§ii).

i) Diseño de un sistema tributario

El sistema tributario óptimo maximiza el bienestar social.

Los impuestos afectan la conducta económica. Al transferir recursos del individuo al Estado alteran su conducta de alguna manera. Sea en trabajo o en consumo: pueden trabajar más (disfrutando menos del ocio) y consumir más; o consumir menos y trabajar menos.

Un incremento de impuestos necesariamente empeora el bienestar de los contribuyentes, independientemente de cómo se adapten al mismo. Ante esta realidad el diseño de un sistema tributario debe (1) propiciar que el esquema que escoge sea uno en el que se impacte lo menos posible; y (2) que el impacto que sí tiene lugar sea justificado ante la cantidad recaudada.

ii) Un 'buen' sistema tributario

Los impuestos son dolorosos. Ello es inevitable. El diseño de un sistema tributario debe tener esto en mente con miras a escoger un esquema que lastime lo menos posible.

Para que un sistema tributario sea 'bueno' debe reunir cinco propiedades: (1) eficiencia económica; (2) sencillez administrativa; (3) flexibilidad; (4) responsabilidad política y (5) justicia.¹⁰⁵ A continuación se tratará cada uno.

1. Eficiencia económica

Debe procurarse que un impuesto no sea distorsionador. No debe interferir en la asignación eficiente de recursos. Si es posible, debe utilizarse para aumentar la eficiencia económica.

Los impuestos distorsionan las señales de los precios y por consecuencia alteran la asignación de recursos. Y a veces en forma importante. La historia nos muestra ejemplos palpables. Por ejemplo, cuando Gran Bretaña creó un impuesto sobre las ventanas en el siglo XVII el resultado fue la construcción de casas sin ventanas. Cuando se gravó los vehículos acorde a sus llantas, se inventaron los vehículos de tres ruedas. Y existen ejemplos presentes: en Estados Unidos las parejas casadas tributan en base a su renta conjunta. Dado que el impuesto sobre la renta es progresivo, la renta del cónyuge que menos gana está sujeta a un nivel más alto que si estuviera soltera. Por consiguiente, incentiva la unión libre (no casarse).

La moraleja es clara: todo sistema tributario influye en la conducta de la gente.¹⁰⁶ Ante ello, debe procurarse diseñar impuestos 'no distorsionadores', o

¹⁰⁵ Joseph E. Stiglitz, LA ECONOMÍA DEL SECTOR PÚBLICO, Ed. Antoni Bosch, Tercera Edición, 2000, pg. 483.

¹⁰⁶ Aunque los impuestos influyen en la *forma* de las transacciones más que en su *esencia*.

también llamados ‘impuestos de cuantía fija’, aquellos ante los cuales no es posible hacer nada para evitar encarar sus obligaciones fiscales.¹⁰⁷

2. Sencillez administrativa

Pagar impuestos debe ser fácil y barato en su administración. Y ello de ambos lados. Tanto del lado del contribuyente como del lado del Estado. De lo contrario, la burocracia creada para ello podría absorber una parte importante de la recaudación o la actividad económica gravada.

En la medida en que no se cumpla lo anterior se genera un segundo impuesto: la carga necesaria para cubrir la carga, o la carga necesaria para cobrar el impuesto.

Como el lector seguramente está pensando, el sistema tributario mexicano hace caso omiso de esta sugerencia. Es difícil y oneroso cumplir con los impuestos. Y el Estado incurre en costos importantes de administración del sistema fiscal.

3. Flexibilidad

El sistema tributario debe poder adaptarse fácilmente a los cambios de las circunstancias. De lo contrario, será vencido por el dinamismo de la actividad económica.

4. Responsabilidad política

El sistema tributario debe ser ‘transparente’: debe ser claro quien se beneficia y quien paga.¹⁰⁸

¹⁰⁷ El impuesto es distorsionador en la medida en que induce al individuo a sustituir el consumo actual por consumo futuro y viceversa, a lo largo de su curva de indiferencia.

¹⁰⁸ Esto argumenta a favor de la utilización del impuesto sobre la renta.

5. Justicia

El sistema tributario debe ser justo en su manera de tratar a diferentes individuos. Para que sea justo, debe tratar en forma similar a los que se encuentran en circunstancias similares y obligar a pagar más impuestos los que puedan soportar más la carga tributaria.

b) *Incentivos*

El sistema tributario mexicano genera malos incentivos. Me concentraré en tres.

i) Formalidad e informalidad

El esquema actual, tanto en su diseño como ejecución, genera incentivos para acudir al mercado informal y no al formal. La evidencia empírica está frente a nuestras narices.¹⁰⁹ Y lo que hacen las autoridades fiscales es tolerar la informalidad y apretar a los formales. Esto es lo peor de los dos mundos. O se es duro parejo, o se es laxo parejo. Y si se escoge ser duro con unos y no con otros, tendría que serse con quienes violan flagrantemente la ley (la economía informal) no quienes se esmeran por cumplir. E —increíblemente— esta última es la ruta tomada por las autoridades fiscales.

El mensaje es claro: es más conveniente acudir a la economía informal que a la formal.

ii) Influencia de los impuestos sobre la renta de capital en la asunción de riesgos

El Estado grava en forma injusta los riesgos. Mientras que grava una buena parte de los frutos del éxito de una inversión (que es insegura/riesgosa) no ayuda a sufragar los gastos de los fracasos. Por consiguiente, en la determinación de la

¹⁰⁹ La cantidad de mercados informales frente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y a la Secretaría de Gobernación no merece un calificativo distinto a surrealista.

decisión de si debe realizarse una inversión —lo cual siempre implica un riesgo—, existe un peso muerto en contra de hacerla: el que menos de la totalidad de los frutos son cosechados por quien la incurre: el inversionista. Ello implica un sesgo en contra de la asunción de riesgos.

Dicho en términos más sencillos, mientras que el Estado participa de las ganancias, no participa de las pérdidas. Ello genera incentivos para hacer menos negocios, o hacerlos de una forma informal. E irónicamente ello también lastima al fisco: significa menos recaudación.

iii) Impuesto sobre riqueza o sobre consumo

La ‘renta’ es el criterio más utilizado como base de los impuestos. No debería. Es cierto que logra el objetivo de ‘equidad’ al hacer que el que más tiene más paga —lo cual se considera que logra el mandato del artículo 31.IV de la Constitución. Pero el precio es muy alto.

En mi opinión, un impuesto indirecto sobre el consumo sería mucho más eficiente, ineludible y también equitativo.¹¹⁰ Después de todo, el que más capacidad económica (y contributiva) tiene, más consume, y más impuestos pagaría. Y *en passant* no se generarían malos incentivos.

Además, a largo plazo (a lo largo de una vida), el consumo es igual a la renta.¹¹¹

Un famoso economista hacía una observación interesante al respecto:¹¹² mientras que la *renta* corresponde a la contribución del individuo a la sociedad

¹¹⁰ Deseo agradecer al Maestro José de Jesús Galván Kirsch (maestro de impuestos de la Universidad Iberoamericana) el haberme hecho ver esto por vez primera. Gracias a su aguda observación, he explorado las implicaciones de dicha opción, convenciéndome de la sabiduría de la misma. Deseo sin embargo aclarar que la actual exposición no cuenta con su retroalimentación, por lo que cualquier error o deficiencia es atribuible únicamente al autor.

¹¹¹ Admito que las herencias son un factor que matiza la aseveración anterior.

¹¹² Irving Fisher, un destacado economista de Estados Unidos, sostenía que era mejor gravar a los individuos en función de lo que obtuvieran de la sociedad (su consumo) que en función de lo que aportaran a la sociedad (medido por medio de su renta). Gravar el

(mediante su producción), el *consumo* es lo que el individuo obtiene de la sociedad. Ante ello, ¿no es más justo gravar a los individuos según lo que obtengan y no según lo que aporten; es decir en función del consumo y no de la renta?

Considero que sí.

B. LA ECONÓMICA

Cuando el Estado de Derecho no se logra se genera una paradoja: personifica el peligro cuya evasión motivó su creación. Me explicaré en base a cada uno de los fines mencionados.

1. Bienes públicos

El que la procuración de bienes públicos tenga beneficios no implica que el Estado debe llevar a cabo *todo* tipo de actividades. Hay actividades que son mejor dejadas al mercado. Ello pues el Estado es un mal administrador. Los motivos son múltiples, dentro de los cuales destaca que no están alineados sus incentivos con su desempeño.

Existen dos circunstancias genéricas que hacen que los funcionarios sean menos eficaces que entes privados: (a) no arriesgaron su peculio personal en la actividad en cuestión; y (b) su retribución no depende de su desempeño. Ante ello, se generan las circunstancias e incentivos para que el funcionario realice las actividades en forma mediocre, sin entusiasmo. ¿Qué diferencia hará la inyección de energía adicional a una actividad cuyos resultados *personales* serán siempre los mismos? Lo que es más, las psicologías que tienden a generarse dentro del personal que forma parte de dicho órgano hacen que el fenómeno se acentúe y autoperpetúe: a los ojos de los demás, se tornará en un paria.

consumo equivale a gravar la renta obtenida a lo largo de toda la vida (haciendo caso omiso de herencias). Con un impuesto sobre el consumo dos personas que obtengan la misma renta a lo largo de su vida tienen la misma carga fiscal.

Existen ejemplos diversos sobre lo anterior. Por ejemplo, electricidad, petróleos, y virtualmente todas las empresas de participación estatal antes de ser privatizadas.¹¹³

2. Externalidades

Si bien es cierto que las actividades que generen externalidades negativas deben ser coptadas o reguladas, el problema reside en definir qué tanta externalidad debe tener lugar para que ello amerite intervención o regulación. Y como tantas cosas en la vida, mientras que la solución en los extremos parece obvia, son las situaciones intermedias, las cuestiones de grado, las de difícil solución. Por si fuera poco, casi todo parece caer en dicha hipótesis.

Casi cualquier actividad puede tener *algún* efecto sobre terceros; aunque sea pequeño y remoto. Por ende, si esta justificación no es interpretada en forma limitada, podría justificar *cualquier* medida gubernamental. Pero existiría una falacia: las medidas gubernamentales también generan externalidades.¹¹⁴ Tales, que la medicina puede ser peor que la patología. En dicho caso, podrían calificarse de ‘fracasos gubernamentales’, mismos que pueden ser importantes.

La lección a derivar no es que la intervención gubernamental siempre es injustificada, sino que la carga de la prueba de su justificación debe estar del lado de quien la propugna, no de quien la desea evitar. Es decir, la regla debe ser no-intervención. La excepción: intervención – sujeta a comprobación.

Existe un riesgo: las frecuentes alusiones a las bondades de ciertas intervenciones. Y son como cantos de sirena. La tentación debe ser resistida. La experiencia muestra que, una vez que el Estado comienza una actividad, su labor tiende al infinito.

¹¹³ Ver Carlos Salinas de Gortari, MÉXICO, UN PASO DIFÍCIL A LA MODERNIDAD, Plaza y Janes Editores, S.A., México, D.F., 2000, pgs. 405-408.

¹¹⁴ Como lo enfatiza Milton Friedman, *ob. cit.*, pg. 31.

Moraleja: el Estado debe ser cauto en las actividades que emprende, privilegiando soluciones de mercado: que la actividad sea realizada por particulares.

3. Las ‘reglas del juego’

Como se indicó, el Estado debe proveer un terreno claro, transparente y eficiente sobre el cual se desenvuelva la actividad económica. Desafortunadamente, es frecuente encontrar que ello no tiene lugar.

Mucho derecho es sobreregulatorio. Una ley debe constreñir la actividad que regula de una manera costo-eficiente, comparada con los fines que desea lograr. De lo contrario, se torna en un lastre, y probablemente lastime la actividad más de lo que la proteja o fomente. Lejos de proveer un terreno apropiado para que cierta actividad ocurra, lo torna sinuoso, complicado y, sobre todo, oneroso. Los ejemplos abundan. Tomemos algunos.

En materia **fiscal** es fácil percibir la inflación regulatoria. El grado y detalle al cual se regulan actividades es tal que se requiere una enorme la burocracia estatal y privada¹¹⁵ para acatarla. Y ello es un costo.¹¹⁶ Es cierto que mucho del derecho fiscal existe para evitar que los contribuyentes no lo eludan, pero la diarrea legislativa no es la solución. El objetivo puede lograrse en forma más eficiente con menos leyes que sean más inteligentes. Se analizarán en la Sección IV.A.4 de este estudio.

En materia **procesal**, el deseo de establecer reglas justas ha dado lugar a una cantidad tal de sobreregulación que el fin que lo motivaba se ve comprometido —si no es que sesgado. Si uno no conoce las (literalmente miles

¹¹⁵ Contadores, fiscalistas, secretarías y personal diverso que implemente las diversas, y en ocasiones ridículas, obligaciones fiscales. A su vez genera otro precio sombra importante: tiempo (y frecuentemente de personas ocupadas).

¹¹⁶ Podría argumentarse que ello genera empleos, pero hay mejores maneras de hacerlo. Si existe una alternativa que requiera menos mano de obra, no seguirla convierte a la media adoptada en ineficiente, y a los empleos generados en parásitos.

de) artimañas, trucos, huecos, fisuras y demás imperfecciones que el exceso de legislación procesal genera, es difícil obtener justicia.¹¹⁷ Y lo que es peor, el fenómeno es autopropagante: si el procedimiento se simplifica la respuesta de muchos será que es lacónico. Un ejemplo es el arbitraje. El éxito del arbitraje se debe, entre otros motivos, a que el derecho arbitral procura ser sencillo, eficiente, poco regulatorio. Sin embargo, los pilares del derecho procesal están contemplados y respetados.¹¹⁸ Y postulo que con igual o superior eficacia que las (literalmente) decenas de reglas que diversos códigos adjetivos contemplan. La ausencia de ‘procesalitis arbitral’ ha motivado que algunos califiquen al derecho arbitral como escueto. Disiento. *Procesalismo* no es igual que *procesalitis*. *Procesalismo* es una ciencia importante. *Procesalitis* es el mal uso o abuso de la misma. Lo que sucede es que un abogado acostumbrado a ver códigos procesales de cientos de artículos, con posiblemente miles de párrafos, y diversas especies de recursos, es proclive a ver con sospecha un procedimiento que carece de dichas características. Pero a veces menos es más. El arbitraje es un ejemplo. Como decía Albert Einstein: todo debe ser hecho de la forma más simple posible, pero no más simple.¹¹⁹

Y el problema es endémico a todo el derecho adjetivo. En esencia subvierte el propósito mismo para el que fue creado.¹²⁰ Es tanta la regulación

¹¹⁷ Dicho sea de paso, el (recurrente) comentario (orientado a justificar el fenómeno) que “para obtener justicia hay que no solo tener la razón, sino saberla pedir” no me merece ningún respeto. Más bien, me parece una racionalización de quien cae en la situación criticada.

¹¹⁸ Ver por ejemplo el artículo 1434 del Código de Comercio que contempla lo que la doctrina arbitral denomina la Carta Magna del arbitraje: igualdad y plena oportunidad para hacer valer derechos.

¹¹⁹ “*Everything should be made as simple as possible, but not simpler*” fueron sus palabras exactas.

¹²⁰ Guillermo Zepeda Lecuona, CRIMEN SIN CASTIGO, PROCURACIÓN DE JUSTICIA PENAL Y MINISTERIO PÚBLICO EN MÉXICO, México, D.F., Fondo de Cultura Económica – CIDAC, 2004, pgs. 367 a 391.

que un resultado peligroso es propiciado: la verdad *legal* con frecuencia no coincide con la verdad *verdadera*. Así lo hacía notar Octavio Paz:¹²¹

El resultado de esta palpable contradicción entre la verdad legal y la verdad verdadera ha sido la aclimatación de la mentira en nuestra vida pública.

El derecho **laboral** también ejemplifica el problema. Con el ánimo de proteger al trabajador, se han generado tantas restricciones al patrón que con frecuencia la reacción es menos contratación. Reducción, en términos agregados, del empleo.¹²² Y no se diga del derecho laboral colectivo. Si bien el *leitmotiv* del sindicato es incuestionable, la forma en que está regulado invita conducta parasitaria,¹²³ y genera incentivos diversos que restan productividad.

Las **formas** también presentan el mismo problema. La ‘forma’ es el conjunto de requisitos que debe reunir la voluntad para tener efectos jurídicos. El razonamiento detrás de la existencia de dichos requisitos es que, siendo la voluntad un acto inherentemente psicológico e interno, en ausencia de un elemento exterior y objetivo que la muestre, sería imposible anclar efectos jurídicos en base a la misma. *Ab initio*, el objetivo es correcto; pero no debe exagerarse. Las formalidades no deben convertirse en formalismos. La exageración sobre el continente con frecuencia descuida el contenido: la voluntad. La observación es aplicable a todo tipo de actos jurídicos (v.gr., contratos, testamentos, asambleas de accionistas, la representación, etcétera), y se pone en relieve gracias a un medio de creciente importancia: el comercio electrónico.

Existe otro problema relacionado con la forma: la onerosidad de la utilización de los fedatarios. La escasez generada por las leyes del notariado tiene

¹²¹ Octavio Paz, LAS ILUSIONES Y LAS CONVICCIONES, EN EL OGRO FILANTRÓPICO: HISTORIA Y POLÍTICA, 1971-1978, México, Joaquín Mortiz, 1979, pg. 82.

¹²² Estudios empíricos así lo demuestran.

¹²³ Piénsese en una de las peores pesadillas de los comerciantes: los sindicatos negros.

como resultado la generación de un poder oligopólico, cuasimonopólico, de los fedatarios; lo cual necesariamente resulta en costos altos por las tarifas supracompetitivas. El problema de ello en el contexto de 'las reglas del juego' es que generan un costo de transacción importante que hace más onerosa la actividad económica, obstaculizando la procuración de la eficiencia asignativa.¹²⁴ Los (exageradamente) altos costos de la fe pública saturan las venas de la economía, haciendo que bienes diversos permanezcan en manos de quien menos los valora dado que los costos de transacción no facilitan su transferencia. Y dicho costo es de difícil evasión o reducción puesto que, por un lado, los fedatarios son, en múltiples actos jurídicos, insumos de consumo necesario, y por otro, sus honorarios están tarifados – lo cual reduce –si no es que evita– competencia.

Es cierto que la fe pública es importante, pero no tiene por qué ser tan onerosa. Y su regulación dista de ser eficiente.

4. Impartición de Justicia

Como se detalló, la procuración de justicia tiene finalidades económicas importantes. Para lograrlos, el mecanismo (la judicatura) debe ser confiable, veloz y eficiente. Desafortunadamente, dichos objetivos son excepcionalmente cumplidos.

¹²⁴ Entendiendo por 'eficiencia asignativa' la canalización de un producto a quien más lo valora. El Teorema de (el Premio Nobel de economía) Ronald Coase se hace relevante en este contexto. Postula que en un mercado eficiente, en ausencia de costos de transacción altos, la asignación inicial de derechos se torna irrelevante pues el bien siempre acabará en manos de quien más lo valora (medido monetariamente: quien más está dispuesto a pagar por el mismo) (Ronald R.H. Coase, THE FIRM, THE MARKET AND THE LAW, University of Chicago Press, 1988, especialmente el capítulo II: The Nature of the Firm, páginas 95-156).

Existe una percepción generalizada que la judicatura no es confiable.¹²⁵ Y ello por motivos tanto sustantivos como adjetivos. En lo sustantivo, es frecuente encontrar que el juzgador no es un experto en la materia o que no le dedica el tiempo suficiente al caso. En cuanto a lo adjetivo, la cantidad de regulación procesal, de requisitos y formalismos y la enorme cantidad de recursos hace oneroso el procedimiento. Es cierto que no todo es culpa de ellos. Por ejemplo, la naturaleza misma del mecanismo genera incentivos para corrupción,¹²⁶ y la saturación no ayuda.

La velocidad de la solución de la controversia también está comprometida. El problema de la duración de los casos es tanto pandémico como conocido. Y ello es grave. Me atrevo a aseverar que una decisión temporalmente atinada es muchas veces superior a una decisión correcta. Claro, lo mejor sería que fuera una decisión tanto sustantiva como temporalmente atinada. Pero lo peor de todas las circunstancias es la indecisión. Y ello es lo que provoca el retraso judicial. Los comerciantes necesitan contar con decisiones rápidas y acertadas para hacer negocios.

La eficiencia también está comprometida. A los ojos de un comerciante, el proceso es como una red que atrapa y exprime a quien cae en ella. Me recuerda el dicho de Solon:

las leyes son como telarañas: si una pobre criatura se encuentra con ellas, quedará atrapada; pero una grande puede romper y atravesarlas librándose de las mismas.

¹²⁵ Me disculpo con los jueces inteligentes y honestos a quienes les es inaplicable esta apreciación. Los hay y debe ser reconocido. Y tengo un enorme respeto por ellos. Sin embargo, considero que la apreciación, como generalización, no es injusta.

¹²⁶ Puesto que la ganancia de la autoridad de hacer cumplir el derecho es generalmente inferior a la pena a ser impuesta al infractor potencial, lo cual siembra las semillas del cohecho: el infractor estaría dispuesto a pagar hasta el monto total de la pena (y posiblemente más, si se toman en cuenta los efectos accesorios) al juzgador con tal de que no la aplique. Dicha *posibilidad* se convierte en *probabilidad* cuando: (a) la compensación recibida es insuficiente (como generalmente ocurre); y (b) cuando la probabilidad de ser aprehendidos por el cohecho es pequeña. Visto desde esta perspectiva, se entiende porqué el cohecho es rampante.

El motivo ha sido comentado:¹²⁷ lo (innecesariamente) complejo del procedimiento.

5. Fracazos del mercado

Lo he dicho antes y lo seguiré diciendo: México es una jungla de prácticas anticompetitivas. Ante ello, la Comisión Federal de Competencia tiene un labor de ‘evangelista’.¹²⁸

Las deficiencias en materia de competencia económica en México no merecen un calificativo distinto a ‘inverosímiles’. Un ejemplo descarado es Teléfonos de México. No sólo se trata de un ejemplo de texto de libro (básico) de economía de lo que es un monopolio, sino que el ejercicio de su dominancia y prácticas exclusionarias contra competidores añade insulto a la ofensa. Otros países —por ejemplo, Estados Unidos— hubieran fragmentado a Telmex hace años. Se trata de un caso kafkiano de captura regulatoria.¹²⁹

Al margen de Telmex, el mercado mexicano está infestado de oligopolios, tanto públicos como privados. En palabras de la OECD, México carece de una ‘cultura de la competencia’.

E, irónicamente, no sólo es el consumidor quien paga las consecuencias. Al tratarse de bienes de consumo necesario, la clase industrial pierde competitividad frente a los productos y mercados foráneos. Todos los

¹²⁷ Traducción del autor. Las palabras exactas son “*laws are but spiderwebs: if some poor creature comes up against them, it is caught; but a bigger one can break through and get away*”.

¹²⁸ CONFERENCIA SOBRE LAS REFORMAS A LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C. el 13 de junio de 2006; y conferencia ante la COPARMEX y el Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional sobre Actualización del Comercio Internacional el 6 de julio de 2006.

¹²⁹ “*A Kafkaesque tale of regulatory capture*” fueron las palabras de *The Economist*, en un estudio de México (*A Survey of Mexico*) 18 de noviembre de 2006, pg. 13.

indicadores lo demuestran: año que pasa México cae escaños en la lista de competitividad.¹³⁰ Como se verá más adelante, ello nos perjudica a todos.¹³¹

INTERMEZZO

El Estado encierra una ironía: siendo creado para evitar conducta parasitaria y depredatoria, se torna en un agente de la misma. La observación aplica también al Derecho.

Pero criticar es fácil. Cualquiera puede hacerlo. De hecho, algo que la vida enseña es que muchos críticos son personas que no tuvieron el valor para *hacer*, sólo *criticar* a los hacedores. Por algún motivo psicológico (que no entiendo), derivan un sentimiento de superioridad (o curan un sentimiento de inferioridad) ante quienes sí hacen, y por ende se equivocan — por que no existe esfuerzo perfecto. Siempre es perfectible, lo cual probablemente es lo que tenía en mente el (anónimo – que yo sepa) autor de la frase “lo ‘mejor’ es el peor enemigo de lo ‘bueno’”.

No es que la crítica no deba existir. Tiene que darse si deseamos progresar. No podemos entender a dónde vamos si desconocemos a dónde hemos estado. Pero la crítica debe ser constructiva y propositiva; no destructiva. Mientras que la segunda es estéril, la primera ha sido una fuerza de progreso.

Propongamos, entonces.

¹³⁰ En 2001 México estaba en el lugar 44, en 2002 en 42, en 2003 en 45, en 2004 en 55, en 2005 en 59 y en 2006 en 58. (Fuente: *Global Competitiveness Index* del *World Economic Forum*.) La vergüenza es doble. No sólo por el lugar en el que se encuentra, sino debajo de quienes: Estonia, Malasia, Tunisia, Barbados, Emiratos Árabes Unidos, Eslovenia, Portugal, Tailandia, Latvia, Eslovaquia, Qatar, Malta, Lituania, Hungría, India, Kuwait, Sudáfrica, Chile, Polonia, Bahrain, Indonesia, Croacia, Jordania, Costa Rica, China, Mauritania, Kazakhsan y Panamá. La comparación no busca denostar a nadie. Busca poner en contexto el dato ante el grado de desarrollo de la economía mexicana y a su posición geopolítica y económica. (Estoy en deuda con Francisco González de Cossío y Martínez (mi padre) por hacerme ver el dato y contexto — y por ende significado).

¹³¹ Sección IV.B.2.(d) de este ensayo.

IV. LAS SUGERENCIAS

El Derecho es un medio, no un fin. Es un ‘algo’ que se justifica en la medida que logra su objetivo. Por las razones indicadas en la sección III de este ensayo, algo está mal con ese ‘algo’.

La aseveración al inicio de este ensayo que el Estado de Derecho ha sido mediocrementemente logrado pone en tela de juicio la *utilización* de la disciplina, más no su *existencia*. De la misma manera que la incurabilidad de una patología no milita en contra de la *existencia* de la ciencia de la medicina, la prognosis negativa de la salud del sistema jurídico mexicano no busca abogar a favor de su eutanasia, sino de la utilización de otras medicinas para mejorar el cuadro clínico.

El fracaso del logro del Estado de Derecho no debe interpretarse en el sentido que todo lo que se ha hecho está mal. Ello sería exagerado y perdería de vista los éxitos que sí han tenido lugar, así como las lecciones que hay que aprender. Esto es el objeto de esta sección.

A. EL ASPECTO SOCIOLÓGICO

1. **Organización Social, Orientación y persuasión social, Control Social**

a) *Cada quien lo suyo*

Las instituciones no son lo que está mal, sino quien las encarna. El problema no es de arquitectura, sino de construcción. El statu quo del derecho escrito mexicano no es malo, si bien perfectible. Claro, mejoras específicas pueden tener lugar.¹³² Ello siempre es el caso — so pena de incurrir en el síndrome del

¹³² Las evaluaciones tienden a ser polares. Creo que ello es un error. Además, refleja un criterio limitado. Si se ve al mundo en su totalidad y se busca situar a México en el mismo, nos daremos cuenta que no estamos hasta abajo de la lista en cuanto a calidad de sistemas jurídicos. Es cierto que tampoco la encabezamos — ello motiva mucho de lo que contiene este estudio. La comparación con los de abajo no busca darnos una falsa

producto terminado. Sin embargo, no existe un riesgo sistémico en el parque legal mexicano. Más bien, el problema consiste en la *aplicación* de lo que ya existe.

Para ser francos, los tres poderes están en deuda con la sociedad mexicana. Con algunas notables excepciones, quienes los han encarnado han incurrido en acciones y omisiones reprochables. En esencia, no han cumplido el mandato que les fue conferido. Sea porque no cumplen con sus obligaciones o facultades, o las emplean orientados a lograr otra agenda: la propia o de su partido. Y considero que ello es la regla, no la excepción.

Pero no toda la culpa es del gobernante. El gobernado también incurre en ello. Es decir, el problema no es de investidura, sino de esencia: por algún motivo que desconozco, el mexicano es deficiente en todas las facetas en las que actúa.¹³³ Sea que se perciba como un complejo de inferioridad (Samuel

palmada en la espalda o procurar conformismo, sino contextualizar el fenómeno. De la misma manera en que creo que hay que aprender de quienes lo han hecho mejor, creo que se pueden derivar lecciones de quienes lo han hecho peor. Nos muestran un cuadro de lo que pasaría si no mejoramos.

¹³³ Ya lo hacía notar en una carta dirigida al periódico REFORMA (22 de octubre de 2004) en la que decía:

“En México el problema no son los políticos, ni los legisladores, ni los criminales. El problema de raíz es el mexicano.

El mexicano encuentra cierto consuelo/satisfacción psicológica en señalar a otros como la fuente de sus problemas. Sin embargo, el problema somos todos.

En México, los políticos no hacen política, sino politiquería; los legisladores no legislan, los doctores violan su pacto hipocrático, los abogados no son éticos, el Ejecutivo no aplica las leyes, el Judicial no resuelve controversias (o no lo hace en forma expedita), el maestro no se prepara, el alumno no estudia, el intelectual no genera conocimiento, el policía no aplica la ley y se corrompe, el profesionista no es profesional, el hombre de negocios evade impuestos, el ciudadano no honra sus contratos.

En general, todos los mexicanos son deficientes en los papeles que deben desempeñar; y la fuente de la deficiencia es, en su origen, la misma: falta de civismo.

En lugar de señalar el defecto en los otros empecemos todos por desempeñar tanto lícita como éticamente los papeles en los cuales nos desenvolvemos. Creo que esto es una mejor medicina para los males endémicos de México que la distribución de culpas.”

Ramos¹³⁴) o un trauma derivado de razones históricas (Octavio Paz¹³⁵), u otras razones,¹³⁶ por motivos que me siguen siendo misteriosos, dentro del subconsciente colectivo mexicano está imbuida una concepción del Derecho que invita los problemas que hoy en día vivimos. Y ello es perceptible a todos los niveles. Sea que la obligación sea nimia (v.gr., acatar un semáforo de tránsito) o importante (pagar impuestos); el mexicano es como regla un cumplidor parco de sus obligaciones.¹³⁷

Posiblemente dicho fenómeno se ponga en relieve comparándolo con otras culturas. Para un sajón, el Derecho es un límite. Se *tiene* que acatar. Para un mexicano, es un punto de partida. Es el principio a partir del cual se las ingeniará para lograr el resultado que en esencia buscaba erradicar la norma burlada. ¡Y ello es aplaudido socialmente! -- Se califica de astuto a quien puede hacerlo, y de ‘cuadrado’ o ‘carente de ingenio’ a quien no.¹³⁸

134 EL PERFIL DEL HOMBRE Y LA CULTURA EN MÉXICO, Colección Austral, México, Décimo Séptima Edición, Espasa-Calpe Mexicana, S.A. 1989.

135 EL LABERINTO DE LA SOLEDAD, El Peregrino en su Patria, Historia y Política de México, OCTAVIO PAZ, OBRAS COMPLETAS, Fondo de Cultura Económica, 1993, pg. 43.

136 Hay quien brinda una razón histórica. Las personas que inicialmente poblaron la Nueva España, no eran la clase conservadora y cívica de la Península, sino aventureros, criminales y gente que no tenía tan sembradas ciertas reglas de conducta (v.gr. los jóvenes). El resultado fue que las ‘normas sociales’ que se generaron en esta nueva sociedad distaron de reflejar una noción estricta del Derecho. (Una ‘norma social’ es un tipo de comportamiento aceptado en un contexto (grupo o sociedad) determinado. Diferentes grupos tienen diferentes normas. Y un grupo puede ser chico (v.gr. una familia), mediano (v.gr. una empresa u organización) o grande (v.gr. una nación), y el principio es el mismo. Para un extraordinario estudio sobre los aspectos sociales y un análisis económico de ello, véase Cass Sunstein, SOCIAL ROLES AND SOCIAL NORMS, Columbia Law Review, 1996, pg. 903. Una traducción al español puede ser encontrada en Cass R. Sunstein, NORMAS SOCIALES Y ROLES SOCIALES, en Eric A. Posner (compilador), LAW AND ECONOMICS, EL ANÁLISIS ECONOMICO DEL DERECHO Y LA ESCUELA DE CHICAGO, LECTURAS EN HONOR A RONALD COASE, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, Perú, 2002, pg. 203.

137 No es mi intención subirme a un atrio y hablar como si careciera de culpa. Como dice el dicho: quien tenga ventanas, que cuide hacia donde arroja sus piedras. Admito desde ahora que soy parte del problema. Afortunadamente, ello no proscribiera la criticidad.

138 En forma interesante, ello tiene un ‘otro lado de la moneda’: ingeniosidad. Es cierto que entender así el Derecho estimula el ingenio. Pero ello merma autoridad y respeto al Derecho.

Expuesto el problema, ¿cuál es la solución? Parecería que la solución a un problema tan grave debe necesariamente ser difícil. Paradójicamente, es simple: que cada quien haga lo que tiene que hacer. Punto.

b) Normas autoequilibrantes

En el diseño del Derecho deben procurarse normas autoequilibrantes.¹³⁹ Por norma 'autoequilibrante' deseo aludir a normas que en su diseño contemplan mecanismos (fácticos o jurídicos) que evitan el abuso del derecho que contemplan, aun sin la necesidad de llegar a la ejecución judicial coactiva del mismo. Se trata de un mecanismo que el análisis económico del Derecho sugiere que tenga lugar para procurar normas eficaces.

Pondré un ejemplo. En caso de que los jueces hagan condenas importantes en costas a partes cuyo **uso** de un derecho se convierte en **abuso** del mismo, se llegará a un resultado que considero sano: suponiendo sofisticación del practicante involucrado, se pensará dos veces el ejercicio de una acción, y la enderezará únicamente cuando considere que tiene cierto mérito, y no como chicana. De lo contrario, podría encarecer la controversia en detrimento de su cliente. Es decir, le haría un contraservicio. Los efectos accesorios son importantes: habrán menos recursos, y tendrán un aura de mayor legitimidad.

La procuración de dichas normas hace relevante la (empolvada) teoría del Abuso del Derecho.¹⁴⁰ Si un derecho es ejercido con el único objetivo de hacer daño, debe perderse. Y no solo eso, puede (y debe) engendrar sanciones adicionales.¹⁴¹

La procuración de este tipo de normas hará más eficaz la aplicación del Derecho y desincentivará el que se use abusivamente.

¹³⁹ El término 'auto-equilibrante' no encuentra, que yo sepa, eco en la literatura. Lo he acuñado con mis alumnos de análisis económico del Derecho.

¹⁴⁰ Louis Josserand, DEL ABUSO DE LOS DERECHOS Y OTROS ENSAYOS, Monografías Jurídicas, Editorial Temis, S.A., Bogotá, Colombia, 1999.

¹⁴¹ La utilización cínica, farisea o selectiva de un derecho debe tildarse de abusiva.

2. Solución de Controversias

a) *El derecho como una trampa*

Cuando es claro, el sistema jurídico se parece a un tablero de ajedrez: establece los lineamientos sobre los que se puede actuar. Y ello genera un resultado positivo: el actuar tiende a ser estratégico, incrementando la observancia y respeto por el Derecho.

Pero si el Derecho no es claro, dista de arrojar los beneficios descritos. Más que un tablero de ajedrez, parecerá arenas movedizas. El resultado será el opuesto: se tornará en un elemento de subdesarrollo. Como lo explica North:¹⁴²

En países desarrollados los sistemas judiciales efectivos incluyen cuerpos legales bien detallados y agentes como abogados, árbitros y mediadores que hacen que uno tenga confianza sobre el fondo de un caso, más que sobre la posibilidad de que los beneficios privados/personales influyan sobre el resultado. En contraste, la ejecución del Derecho en economías del Tercer Mundo es incierta no solo por la ambigüedad de la doctrina legal (que inflinge un costo de medición) sino también por la falta de certeza con respecto a la conducta de los agentes legales descritos.¹⁴³

Por ello, la claridad del sistema jurídico es capital. Para ello, no solo la *lex scripta* debe ser diáfana, sino también su interpretación judicial.

b) *Los juzgadores*

Como se indicó¹⁴⁴ la investidura del juzgador no inculca respeto. Ello tiene que cambiar. Debemos adoptar la noción anglosajona del juez: el juzgador es un

¹⁴² North, ob. cit., pg. 59.

¹⁴³ Traducción del autor de lo siguiente “In developed countries, effective judicial systems include well-specified bodies of law and agents such as lawyers, arbitrators, and mediators and one has some confidence that the merits of a case rather than private payoffs will influence outcomes. In contrast, enforcement in Third World economies is uncertain not only because of ambiguity of legal doctrine (a measurement cost) but because of uncertainty with respect to behavior of the agent.”

¹⁴⁴ Sección III.A.2.b de este estudio.

gran personaje.¹⁴⁵ Debemos tratarlo con respeto. Y la labor debe ser bien remunerada.

Podría (válidamente) decirse que el respeto no se da, se gana. Ello invita una doble observación. Es cierto. Las instancias de conducta judicial que dejan que desear son muchas; y coincido con que se les debe exigir mucho a los juzgadores. La mediocridad siempre es triste, pero es desdeñable y desastrosa cuando recae en una persona que desempeña una función social de tal importancia. Pero —y esto es algo maravilloso de los problemas bilaterales— comencemos con darles respeto, y querrán conservarlo. Si se alude al puesto de Juez con veneración y su remuneración es congruente, su conducta seguirá el ejemplo.

c) *Responsabilidad*

Estoy convencido que la responsabilidad civil es una de las instituciones más importantes de la ciencia jurídica: canaliza (atribuye) las consecuencias de los actos a quien las genera. Entre menos eficaz es, más ‘externalidades negativas’ se generan. Es decir, más costos se tienen que soportar por conducta de otros.

Como se adelantó,¹⁴⁶ la concepción y aplicación de la responsabilidad debe reevaluarse y actualizarse. Las condenas monetarias deben lograr su objetivo: indemnizar a la víctima. Para cuantificar el monto debe echarse mano de los métodos financieros y contables de valuación, implementados por profesionistas especializados en ello.

La dificultad de determinación del monto de valuación no debe ser un óbice. El problema relacionado con la ‘especulación’ como límite señalado con

¹⁴⁵ Ya hacía notar René David que una diferencia entre los países civilistas y los del common law es la percepción del papel del juez. (L'ARBITRAJE DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL, no. 278, pg. 354.)

¹⁴⁶ Sección III.A.2.c.

anterioridad¹⁴⁷ es serio pues la negativa a indemnizar correctamente genera frustración social e invita conducta repudiable. Y los (pseudo)límites del Derecho se utilizan en contra de la víctima de la conducta, no contra quien incurre en conducta ilícita. El resultado debería invertirse, generando riesgo al malhechor en lugar del bienhechor. Un ejemplo es el perjuicio extrapatrimonial: ¿cómo valorar en dinero daños infligidos a bienes no materiales¹⁴⁸ o que siendo materiales tienen un valor sentimental?¹⁴⁹ La regla actual es anacrónica: no se puede. Pregunto, ¿porqué no invertir la regla? ¿Porqué no sostener que se indemnizará con una cantidad apropiada dado el objeto y los sujetos involucrados (y su patrimonio)? Es cierto que existiría un elemento de especulación, pero sería utilizado a favor —no en contra— de la víctima. De adoptar la regla por la que postulo el mensaje sería *caveat delinquent*: si te portas mal, asumes el riesgo de ser responsable por consecuencias imprevisibles de dicha actividad. Mucho mejor derecho, en mi opinión.

d) *El amparo*

El Juicio de Amparo es una gran institución. Para que continúe siéndolo debe simplificarse. Así, la base de personas que lo pueden utilizar no solo serán los más privilegiados —como actualmente sucede. Lo que es más importante, debe sancionarse su abuso mediante condenas en costas, en la forma descrita en las secciones IV.A.1.b y IV.C.2 de este ensayo.

¹⁴⁷ Sección III.A.2.c.

¹⁴⁸ Por ejemplo, lesión a los derechos de la personalidad, la lesión a la afección, la desgracia por muerte de un ser querido, el daño sentimental, el perjuicio estético, el perjuicio sexual (dificultad o imposibilidad de tener relaciones íntimas y de procreación), el perjuicio de desagrado.

¹⁴⁹ Por ejemplo, un bien que, careciendo de valor de intercambio, tiene un valor intrínseco por razones sentimentales de su propietario. Sería ofensivo condenar al pago del precio de mercado del pañuelo que recibió alguien de un ascendiente en su lecho de muerte.

e) *Fomento del Arbitraje y los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias*

El arbitraje y los mecanismos alternativos de solución de controversias tienen una utilidad importante, frecuentemente pasada por alto o entorpecida. Comencemos por lo que son (§i), para luego abordar porqué son pasados por alto (§ii) y entorpecidos (§iii).

i) Concepto y (diferente) utilidad

Comencemos con el arbitraje. El ‘arbitraje’ es un método para resolver controversias alternativo al litigio tradicional y a otros métodos menos formales, común y genéricamente denominados ‘mecanismos alternativos de solución de controversias’ (“MASC”).¹⁵⁰

Si bien con frecuencia se estudian conjuntamente el arbitraje y los MASC, tienen una mecánica, utilidad y objetivos muy distintos.

Deseo hacer eco de una teoría que creo que puede poner en manifiesto su utilidad. Dicha teoría es una abstracción de casos prácticos, inclusive importantes (como lo fue la mediación entre la Federal Trade Commission y Microsoft).¹⁵¹

Los MASC son mecanismos útiles para resolver en forma no legalista¹⁵² diferencias preservando las relaciones de las que derivan.¹⁵³ El arbitraje es un método adversarial que no necesariamente preserva las relaciones.

¹⁵⁰ Entre estos mecanismos destaca la conciliación y la mediación. Para profundizar sobre esto puede acudir a la obra ARBITRAJE, González de Cossío, Ed. Porrúa, México, D.F., 2004, Capítulo II.

¹⁵¹ Puede consultarse en ARS IURIS, número 30, 2003; REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, número 28, 2004; y en el capítulo II de la obra ARBITRAJE.

¹⁵² Muchos MASC toman como punto de partida los *intereses* de las partes y no sus *derechos*. Centrarse en derechos puede tener el resultado de resolver la controversia en forma subóptima. Una parte con frecuencia tiene más interés en algo a lo que no tiene

En esencia, mientras que el arbitraje busca decidir a quién asiste el derecho, los MASC buscan una solución práctica a un problema, mismo que puede no ser compatible con, idéntica a, la respuesta que el derecho aplicable establecería. Es por ello que, mientras que el arbitraje es útil para resolver la controversia rápida y eficientemente, los MASC son útiles para preservar relaciones.

El arbitraje no es para todo. Es un método ideal para resolver controversias en cuatro nichos de mercado:¹⁵⁴ (1) controversias mercantiles;¹⁵⁵ (2) internacionales;¹⁵⁶ (3) controversias técnicas, complejas;¹⁵⁷ o (4) controversias monetariamente importantes.¹⁵⁸ La comprensión de esto es

-
- derecho, y viceversa. Los MASC permiten prescindir de ello y enfocarse en lo que resolverá la controversia.
- 153 Percibo que la formación de los abogados adolece de una deficiencia que trasciende a su práctica: la falta de inculcación de la utilidad de estos mecanismos. Ello con frecuencia resulta en que casos que hubiera sido útil negociar o resolver mediante un MASC se tengan que litigar. Y viceversa: casos que no tenía sentido detener mediante la utilización de un MASC terminan en arbitraje y litigio, dejando la sensación que la etapa de (por ejemplo) conciliación fue una pérdida de tiempo y recursos, lo cual hace autoperpetuante el problema de la percepción de falta de utilidad de los mismos.
- 154 González de Cossío, ARBITRAJE, ob.cit., pgs. 1 y 567.
- 155 El arbitraje es un medio ideal para contratos mercantiles puesto que constituye un medio flexible y poco formalista con pocas normas protectoras, lo cual es congruente con la noción que permea en todo el derecho mercantil que los comerciantes son peritos en negocios y cuentan con asesoría legal sofisticada, por lo cual es innecesario contar con normas protectoras propias de otras áreas, como lo son el derecho civil, penal, laboral, etcétera.
- 156 En materia internacional se considera que el arbitraje es un buen mecanismo de solución de controversias puesto que brinda un elemento de *neutralidad* al no tener una de las partes que litigar su controversia en el foro de la otra parte.
- 157 El valor agregado que el arbitraje brinda a las controversias técnicas o complejas es que permite una conveniente utilización de los recursos técnicos necesarios para correctamente ventilar y resolver una controversia que tiene un elemento técnico importante. Comparado con la opción (el litigio) existe un mejor manejo e inversión del tiempo/esfuerzo que un caso particular pueda necesitar dadas sus características o complejidades particulares.
- 158 Dado el quantum en disputa, se justifica pagar por justicia privada, solicitando que una persona le dedique el tiempo suficiente.

importante pues no es inusual que el fracaso en su utilización obedezca a que se emplea como medicina para corregir el malestar equivocado.

Los MASC ofrecen un valor agregado muy distinto. Existen circunstancias en las cuales lo que las partes en controversia necesitan es que un tercero determine si la *verdadera*¹⁵⁹ postura de las mismas dista de tener un común denominador que pueda ser explotado para encontrar una solución a su disputa, evitando tener que recurrir a un método adversarial para obtener una solución. En estos casos el tercero juega un papel importante puesto que ante él las partes presentarán su punto de vista sobre los hechos y el resultado que la aplicabilidad del derecho conlleva. Realizado lo anterior, el tercero hará ver a las partes los puntos sólidos y los puntos débiles de su postura arribando de esta manera a la ‘verdadera’ postura de la parte en cuestión.

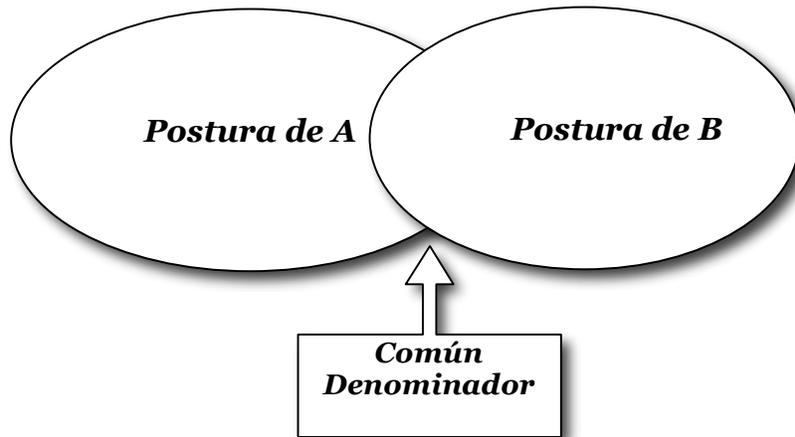
Determinada la ‘verdadera’ postura de las partes, le compete al tercero cotejar las mismas. Si existe un común denominador, el tercero deberá continuar con sus buenos oficios a efecto de procurar avenir a las partes. En caso que el tercero determine que no existe un común denominador que justifique el que las partes continúen con el procedimiento conciliatorio o de mediación, le compete declarar que las posturas de las partes están tan alejadas que proscriben una solución intermedia, por lo cual lo más conveniente es proceder a un medio adversarial para resolver la controversia, ya sea litigio o arbitraje.

Lo anterior puede arrojar tres escenarios que deseo distinguir: (1) que las diferencias sean reconciliables pues existe un común denominador; (2) que las diferencias son reconciliables por no estar tan alejadas que se justifique un método adversarial para solucionarlas; y (3) que las diferencias no sean reconciliables pues no existe común denominador y las posturas distan tanto que es imposible encontrar un punto intermedio.

A continuación las esquematizaré para facilitar su comprensión.

¹⁵⁹ El uso del calificativo “verdadera” obedece a que con frecuencia las partes mantienen una postura exagerada con la finalidad de obtener ventajas psicológicas o de negociación.

ESCENARIO 1: Las diferencias son reconciliables por existir un común denominador.



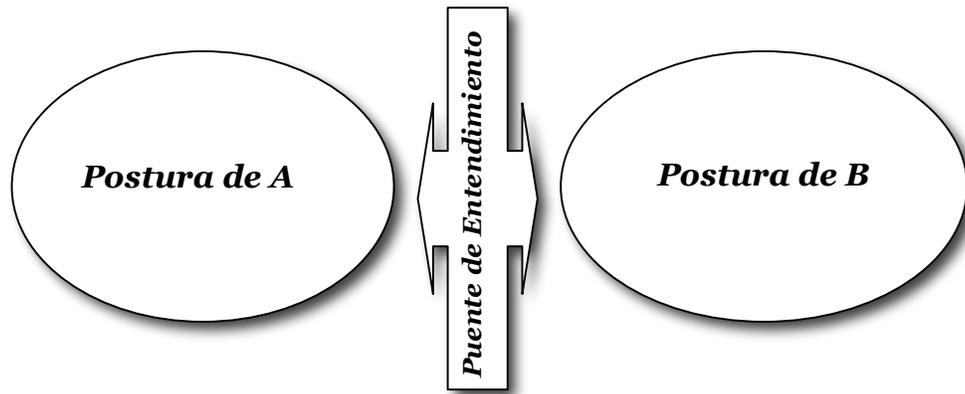
Este escenario muestra un traslape entre las *verdaderas* posturas de las partes en controversia. En estos casos, con la ayuda del tercero, puede buscarse una solución dentro del área comprendida en el común denominador evitando tener que acudir a un medio adversarial suma-cero¹⁶⁰ en el cual habrá necesariamente un ganador y un perdedor. Se llegará a un resultado en que todos ganen,¹⁶¹ evitando el que sólo haya un ganador y necesariamente un perdedor.¹⁶²

¹⁶⁰ El término 'suma-cero' corresponde a la Teoría de los Juegos desarrollada por la microeconomía. Se califica de 'suma-cero' a un juego (o cualquier contienda—para dicho efecto) en que habrá un ganador y un perdedor y cuando lo que gane uno necesariamente tendrá que perder el otro. Es decir, cuando los beneficios del juego que un jugador percibirá mediante una combinación de estrategias seguidas en relación con otro son directamente asociadas con las pérdidas que el otro jugador sufrirá. Matemáticamente, si se suman las ganancias y pérdidas que todos los jugadores percibirán la respuesta siempre será la misma: cero — sin importar el cambio de estrategias. El beneficio de un jugador será directamente proporcional al detrimento sufrido por el jugador contendiente. Es la manera más agresiva de competir.

¹⁶¹ Continuando con el argot de Teoría de los Juegos (en inglés), es un resultado 'win-win'. Lo anterior es en contraposición a un resultado 'win-lose' o 'lose-lose'. En el 'win-lose' uno gana y otro pierde. En el 'lose-lose' ambos pierden.

¹⁶² O dos perdedores, de los cuales uno pierde menos que el otro y a quien podría (cuestionablemente) llamársele el 'ganador'. Un pasaje histórico da un ejemplo. Pyrrhus,

ESCENARIO 2: Las diferencias son reconciliables por no estar tan alejadas que se justifique proceder a un método adversarial.



En este esquema se busca mostrar gráficamente el caso en que, aunque no hay traslape o común denominador en las verdaderas posturas de las partes, las mismas están lo suficientemente cercanas como para llegar a un punto intermedio que, si bien no es el resultado que las partes prefieren, implica un sacrificio menor que el costo que tendría el litigar o arbitrar la controversia. Matemáticamente, podría expresarse mediante las siguientes ecuaciones:

$$X < C \quad = \quad \text{Solución (transacción)}$$

$$X > C \quad = \quad \text{Arbitraje o Litigio}$$

Donde:

$$X \quad = \quad \text{Distancia entre A y B}$$

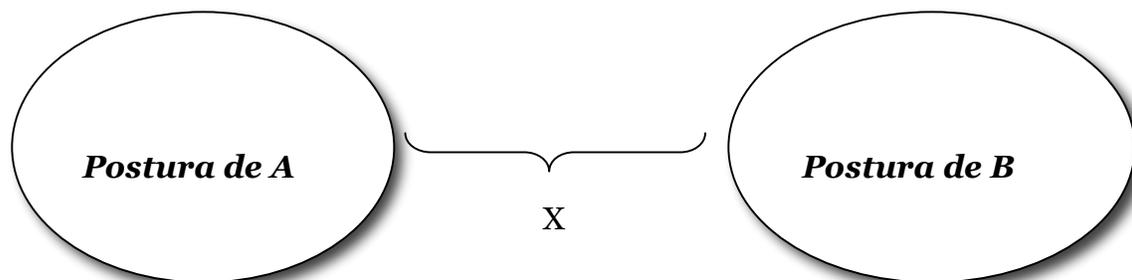
$$C \quad = \quad \text{Costo del Arbitraje o Litigio}$$

Rey de Epirus, venció a los Romanos en Heraclea en 280 A.C. a un costo tal de su armada que motivó su (famosa) exclamación: "Otra victoria como ésta y estaremos perdidos". De allí la frase 'Victoria Pírrica'.

En estas circunstancias también se estará en presencia de un resultado en el que ambas partes ganan¹⁶³ al evitarse los gastos y tiempo que implicaría el tener que llegar a un resultado derivado de un procedimiento adversarial.

¹⁶³ O pierden menos, según se quiera observar.

ESCENARIO 3: Las diferencias no son reconciliables por (i) no existir un común denominador; y (ii) por estar demasiado alejadas.



En este esquema se intentan ilustrar los casos en los que las posturas distan tanto que las diferencias no pueden ser ‘puenteadas’.¹⁶⁴ Estos casos se presentan, por ejemplo, cuando los puntos medulares que una de las partes busca son iguales a los puntos en los que para la contraparte es imposible ceder; son intransigibles.



Podría cuestionarse el valor agregado de todo el ejercicio anterior si el resultado es el escenario 3 ($X > C$). Lo tiene. Gracias al mismo las partes sabrán con certeza que la solución más sensata radica en la consecución de un procedimiento adversarial suma-cero. Se tratará de una decisión informada, y no del curso al que llegó una diferencia en la que se perdió el control.

ii) Incipiente utilización de los MASC

Considero que los MASC son poco utilizados por dos grandes motivos: un defecto de formación de los abogados y como resultado de las psicologías que se generan una vez surgida una controversia.

Hasta fechas recientes, el arbitraje y los MASC no estaban en la lista de materias obligatorias a ser cursadas en la carrera de derecho. Ello ha tenido como resultado que los abogados salgan con una proclividad al litigio. Dicha

¹⁶⁴ Sería un caso de $X > C$.

formación debe ser nutrida con la utilidad de las herramientas de los MASC. De lo contrario, el resultado será —como con frecuencia sucede— que casos que podrían obviar el litigio se resuelven en forma onerosa, destructiva e insensible a las necesidades del caso particular.

En relación con las psicologías, es frecuente observar que una iniciativa de conciliar es percibida como una señal de debilidad al tratar de evitar la ruta adversarial (arbitraje o litigio). La respuesta práctica a esto no es tan sencilla. Un paso que lo puede facilitar es contar con una cláusula que contemple acudir a un MASC antes de proceder con litigio o arbitraje. La utilidad de la misma ha sido objeto de diferencias de opinión. De contemplar utilizarla sugiero que se utilice el Reglamento ADR de la CCI.¹⁶⁵

iii) Entorpecimiento de la utilización del arbitraje

Irónicamente, la utilización del arbitraje es en ocasiones obstaculizada por quien más agradecido debería estar de su existencia: la judicatura. La eficacia de dicho mecanismo ha sido procurada apalancándose en las judicaturas de diferentes jurisdicciones. En el diseño del marco legal que busca dicho resultado, las judicaturas juegan un papel importante — pero limitado. Los motivos son diversos y el alcance de este estudio no justifica su profundización.¹⁶⁶ Lo que es relevante son las conclusiones centrales:

1. Las judicaturas estatales y el arbitraje no compiten, cooperan.

¹⁶⁵ Los motivos son diversos. No los abordaré. Tan solo diré que es un reglamento moderno que ha contado con éxito en el poco tiempo desde que se ha adoptado (julio de 2001).

¹⁶⁶ En caso de desear profundizar sobre este tema, como resultado de un ciclo de conferencias organizadas en junio de 2006 por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México se presentó un estudio denominado “EL ARBITRAJE Y LA JUDICATURA: QUIS CUSTODIET CUSTODES?” en donde se hace un estudio exhaustivo de la naturaleza de la relación entre el árbitro y la judicatura y los problemas que ello ha generado. Otra obra reciente abunda sobre el tema: EL ARBITRAJE Y LA JUDICATURA, Ed. Porrúa, 2007.

2. Los jueces nacionales no son *ad quem* de los árbitros. No existe relación jerárquica entre unos y otros.
3. Las instancias en las que puede intervenir un juez nacional en el arbitraje son excepcionales y de interpretación estricta.
4. La relación entre el juez nacional y el arbitraje no es de control, sino de apoyo. Existe solo una excepción: la nulidad y ejecución del laudo — y dicha facultad es de interpretación estricta.

Lo anterior ha sido comprendido y seguido por las jurisdicciones más avanzadas. A otras les queda entenderlo, asimilarlo y seguirlo. Y de dicha decisión depende mucho.

Actualmente algunas jurisdicciones latinoamericanas (incluyendo México) están en una vía crucis: pueden elegir entre convertirse en una jurisdicción arbitral respetada y socorrida; o pueden unirse a la lista de jurisdicciones internacionalmente criticadas y despreciadas por denostar su papel de procurador del Estado de Derecho, al caer en la tentación de abusar de sus facultadas entorpeciendo procedimientos arbitrales.

Esperemos que nuestra judicatura ejerza buen juicio al momento de elegir entre estos dos caminos.

3. Legitimador y limitador del Poder

Las instancias más importantes de eficacia del Derecho se presentan cuando se enfrenta al poderoso. Después de todo, entre más poder se tiene, más se puede lastimar. Además, es fácil limitar y sancionar a quien carece de poder. Pero lo inverso pone en relieve la eficacia del Derecho.

Y ello es un buen termómetro de la madurez de un sistema jurídico. Entre más sea percibido como ‘algo’ a respetarse, más efectivo será el Derecho.

De nuevo, el dicho de Solon es ilustrativo:

las leyes son como telarañas: si una pobre criatura se encuentra con ellas, quedará atrapada; pero una grande puede romper y atravesarlas librándose de las mismas.¹⁶⁷

El fenómeno debe evitarse. El Derecho debe limitar *especialmente* al poderoso.

4. Distribución de Cargas

Las siguientes medidas efficientarían y harían más fácil la (onerosa) carga del contribuyente:

- a) Utilizar más impuestos indirectos que directos;
- b) Establecer un impuesto plano;
- c) Preferir gravar el consumo que la riqueza; y
- d) Atacar más la economía informal.

Haré un pequeño comentario sobre cada uno.

a) *Mas impuestos indirectos y menos directos*

Los impuestos indirectos son más fáciles de recaudar, menos onerosos y más difíciles de eludir. Por ende, son más astutos. En mi opinión, deberían ser privilegiados.

b) *Impuesto plano*

El impuesto progresivo es problemático. Exista una alternativa que considero que es derecho más eficiente: el impuesto lineal o plano.¹⁶⁸

El impuesto progresivo genera diversos problemas. Para comenzar, el impuesto marginal desincentiva actividad económica.¹⁶⁹ A su vez, su aplicación y

¹⁶⁷ Traducción del autor. Las palabras exactas son “*laws are but spiderwebs: if some poor creature comes up against them, it is caught; but a bigger one can break through and get away*”.

¹⁶⁸ El impuesto plano (*Flat Tax*) es utilizado por muchos países de Europa Oriental; aunque admito que es debatida la conveniencia del mismo.

cumplimiento genera una labor enorme.¹⁷⁰ Lo que es más, encarece la actividad económica.¹⁷¹ La opción parece mucho más sensata: establecer un impuesto único, plano,¹⁷² que grave todos los niveles de ingreso a la misma tasa.¹⁷³

Admito que el impuesto plano no carece de críticas. Tomemos algunas: (i) favorece a los ricos; (ii) implica menos recaudación; y (iii) trataría desigual a los contribuyentes.

i) Favorece a los ricos

Hay quien dice que sólo favorece a los contribuyentes con mayores ingresos, pues los contribuyentes menores no se benefician de un menor impuesto marginal por la simple razón de que no llegan al mismo. Considero que es una manera miope de entender un impuesto. Suponiendo que gravara menos el ingreso nacional *total*,¹⁷⁴ existe más ahorro y actividad económica, lo cual implica más empleo y mejores salarios. Además, no es necesariamente cierto que la ausencia de impuesto marginal beneficia más a la clase alta que a la baja. Más bien depende

¹⁶⁹ El motivo es que a partir de cierto momento más trabajo genera más impuestos que ganancias. Ello genera planeación y en ocasiones la no consecución de actividades productivas. Cualquier norma que desincentive trabajo dista de ser buen derecho.

¹⁷⁰ Por ejemplo, determinar con certeza los ingresos acumulables, la procedencia y monto de las deducciones autorizadas, las pérdidas fiscales, y el cumplimiento de los diversos requisitos aplicables.

¹⁷¹ Hay un aspecto adicional que no quiero dejar de mencionar: el derecho fiscal con frecuencia desincentiva negocios. El motivo es claro: el Estado se convierte en un socio pasivo que no asume el riesgo del fracaso de una actividad, pero sí se beneficia de la misma de ser exitosa —y en forma importante!

¹⁷² El impuesto plano (*Flat Tax* como también se le conoce en la literatura económica) fue introducido por primera vez en Inglaterra por William Pitt para financiar la guerra en contra de Napoleón hace doscientos años. Hoy en día, muchos países de Europa Oriental lo utilizan. Es debatida la conveniencia del mismo. Por un lado están quienes lo defienden argumentando que simplifica los sistemas fiscales, lo cual puede ser particularmente importante en presencia de sistemas jurídicos complejos (¿suena familiar?), y que da lugar a dinamismo económico: incentiva trabajar más puesto que los ingresos marginales no estarán sujetos a un impuesto marginal.

¹⁷³ Por ejemplo, que el Impuesto Sobre la Renta sea de 30% para todos (personas físicas y morales, sin importar el nivel de ingreso).

¹⁷⁴ Algo que depende del nivel del impuesto y el impuesto marginal que substituyó.

de la proporción de la tasa del impuesto fijo y la tasa del impuesto marginal. Si el impuesto fijo es alto y el marginal es pequeño, se incentiva mucho el trabajo. En cambio, si el impuesto fijo es bajo y el impuesto marginal es alto, el resultado es el opuesto: desincentiva laboriosidad.

ii) Implica menos recaudación

Hay quien dice que reduce recaudación, lo cual por sí milita en contra del mismo. Disentiría pues entre más se incentiva actividad económica, más se ‘auto-pagará’ la pérdida del ingreso marginal por los ingresos adicionales que generen las actividades adicionales.¹⁷⁵

iii) Trataría desigual a los contribuyentes

Como resultado del principio de utilidad decreciente del ingreso,¹⁷⁶ ello trataría desigual a los contribuyentes.¹⁷⁷

Disentiría, y por dos motivos: (1) el propósito en verdad no se logra,¹⁷⁸ y (2) ¿por qué no interpretar que el principio de proporcionalidad significa ‘todos pagan el mismo porcentaje’ en vez de ‘en función a su capacidad para contribuir’?¹⁷⁹

¹⁷⁵ Admito que el que ello suceda es empírico.

¹⁷⁶ Dicho principio establece, en esencia, que una persona obtiene una utilidad (satisfacción) decreciente por cada peso adicional. Para ejemplificar, ¿qué se valora más, el primer millón o el segundo?

¹⁷⁷ Lo cual violaría el principio de proporcionalidad contemplado en la fracción IV del artículo 31 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁷⁸ El ideal nunca se logra pues el sistema progresivo se detiene a un nivel determinado, lo cual hace que las personas que exceden dicho nivel de ingresos queden fuera del mecanismo. Y entre más se alejen, más palpable es su ineficacia. Ello implica que los más ricos paguen *proporcionalmente* menos.

¹⁷⁹ Que es la definición actual. La siguiente jurisprudencia es ilustrativa: CAPACIDAD CONTRIBUTIVA. CONSISTE EN LA POTENCIALIDAD REAL DE CONTRIBUIR A LOS GASTOS PÚBLICOS. Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido que el principio de **proporcionalidad** tributaria exigido por el artículo 31, fracción IV, de la

Sé que no es la forma en que se ha interpretado, pero mi observación (de *lege ferenda*) es que interpretarlo así no sería descabellado, y se diseñaría una norma más eficiente.

iv) Comentario final: a veces menos es más

Si bien el mismo no carece de críticas, creo que es mejor pues es más sencillo de administrar, no desincentiva actividad económica y reduce la burocracia pública y privada necesaria para implementarlo.

Y es por ello que su (breve) exposición es relevante dentro del contexto de este estudio: es un caso de mala utilización de la herramienta jurídica. A veces, menos es más. Y el impuesto progresivo es un ejemplo.

c) *Impuestos sobre consumo y no sobre riqueza*

Un impuesto sobre el consumo reduce el exceso de gravamen,¹⁸⁰ elimina la discriminación contra las personas que prefieren consumir más tarde, y elimina distorsiones que introduce el sistema tributario híbrido en el que el tratamiento fiscal varía de unas clases de ahorro a otras.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, **consiste en que los sujetos pasivos de un tributo deben contribuir a los gastos públicos en función de su respectiva capacidad contributiva.** Lo anterior significa que para que un gravamen sea proporcional, se requiere que el hecho imponible del tributo establecido por el Estado, refleje una auténtica manifestación de capacidad económica del sujeto pasivo, entendida ésta como la potencialidad real de contribuir a los gastos públicos. Ahora bien, tomando en consideración que todos los presupuestos de hecho de los impuestos deben tener una naturaleza económica en forma de una situación o de un movimiento de riqueza y que las consecuencias tributarias son medidas en función de esta riqueza, debe concluirse que es necesaria una estrecha relación entre el hecho imponible y la base gravable a la que se aplica la tasa o tarifa del impuesto. (Amparo en revisión 1113/95, Amparo en revisión 2945/97, Amparo en revisión 2269/98, Amparo en revisión 69/98, Amparo en revisión 2482/96.)

¹⁸⁰ El 'exceso de gravamen' es el impacto en el bienestar del contribuyente cuando es superior a la cantidad recaudada.

d) *Atacar la Economía Informal*

No es que abogue por no auditar a los contribuyentes. Pero el actual binomio de tolerancia con quienes incumplen flagrantemente y severidad con los contribuyentes es el peor de todas las opciones. Genera incentivos que hacen que la base de contribuyentes sea pequeña y contradice el principio básico sobre los impuestos: que *todos* contribuyan al gasto público.



El ministro de hacienda francés de Luis XIV, Jean Baptiste Colbert, decía:

El arte de la tributación consiste en desplumar el ganso de tal manera que se le pueda quitar el mayor número de plumas con la menor cantidad posible de ruido.

Las autoridades mexicanas hacen caso omiso de dicha (velada) precaución. No sólo despluman al contribuyente mexicano, sino que lo hacen de una manera salvaje y poco astuta. Es de esperarse que ello cambie.

B. PERSPECTIVA ECONÓMICA

Las observaciones anteriores no quieren decir que el Estado o el Derecho es inútil, o que debe ser desechado. Lejos de ello. Como se explicó, tienen una función económica importante. El que existan problemas no necesariamente milita a favor de desechar la institución, sino de perfeccionarla. Para ello debe entenderse en qué se erró. En mi opinión existen tres políticas que deben orientar las soluciones que se adopten: (1) la intervención como excepción; (2) el mercado como opción; y (3) generar incentivos correctos.

1. Evitar intervencionismo

El Estado tienen funciones que cumplir, pero no todas. La intervención es una tentación que debe evitarse. Debe percibirse como excepción, no como regla. Antes de implementar una medida legal o económica (v.gr., crear una burocracia) debe analizarse si (a) es posible que la actividad sea realizada por particulares; y

(b) si la medicina no es más dañina que la enfermedad. Después de todo, nadie percibe al Estado ni al Derecho como una panacea.

La experiencia muestra que una vez que un gobierno comienza una actividad, casi nunca es concluida. Más aún, tiende a expandirse y tenderá a requerir un presupuesto cada vez mayor, más que a su reducción o abolición.¹⁸¹

El Estado, la maquinaria estatal, es un peso que los ciudadanos tienen que pagar por vivir en una sociedad. Dicho ‘peso’ debe ser aminorado y los derechos de propiedad respetados. La historia enseña que cuando un gobierno puede interferir fácilmente con la propiedad privada, tienden a generarse incentivos y desincentivos que hacen que los demás derechos humanos sean ilusorios.¹⁸²

2. El mercado como una opción

Siempre que la posibilidad exista debe privilegiarse que la actividad sea brindada por particulares fomentando la creación de un mercado competitivo.

Los beneficios del mercado son frecuentemente subestimados. No deben. El mercado es una maravilla. Explicaré porqué y haré una digresión sobre un tema relacionado y de moda: la globalización. Me disculpo ante el lector, pero no aguanto la tentación.

a) Beneficios del mercado

Un mercado es un medio en el que convergen los intereses de quienes desean saciar necesidades u obtener satisfactores y de quienes buscan saciarlos ofreciendo sus productos. Más formalmente, es un mecanismo mediante el cual

¹⁸¹ Esta aguda observación es realizada por Friedman, *ob. cit.* pg. 32.

¹⁸² Esta aseveración puede ser cuestionada y estudiada en un interesante libro (curiosa — ¿o atinadamente?) autorado por un historiador ruso: Richard Pipes, PROPERTY AND FREEDOM, New York, Vintage Books, 1999.

compradores y vendedores interactúan para determinar el precio y cantidad de un bien o servicio.¹⁸³

El mercado es un facilitador de intercambio.¹⁸⁴ Es *un* medio de juntar deseos: de quienes ofrecen y de quienes quieren. No es el único medio, sólo el más apto de las alternativas que a la fecha la humanidad ha explorado. No es perfecto. Sólo el mejor.

Gracias al mercado, todos los días satisfactores son producidos y vendidos al precio más adecuado dadas las circunstancias a las personas que más lo desean. Y las cantidades son impactantes. Diariamente cientos de miles de productos son ofrecidos por decenas de miles de productores y vendedores a millones de consumidores mediante centenas de millones de operaciones. Dicho interactuar no es organizado por nadie. Dicha orquesta no tiene director. Sucede sola. El único motor detrás de la misma es el imán del mercado. El interés privado. Y todas dichas fuerzas se conjugan equilibradamente gracias a un *medio* y un *mecanismo*. El *medio* es el mercado y el *mecanismo* es el de precios.

La metáfora de la mano invisible a de Adam Smith sigue siendo tan vigente como cuando fue ideada. Smith decía que:¹⁸⁵

Cada individuo se ocupa de emplear su capital con miras a producir el mayor valor posible. Por lo general no busca promover el interés público ni sabe cuánto lo está haciendo. Únicamente busca su beneficio particular, su ganancia propia. Y en ello es guiado como por una mano invisible que promueve un fin que no era parte de su intención. Al seguir su interés propio frecuentemente promueve el de la sociedad en forma más efectiva que cuando busca promoverlo.

¹⁸³ Samuelson y Nordhaus, ob. cit., pg 23.

¹⁸⁴ Coase, ob. cit., pg. 7.

¹⁸⁵ Adam Smith, THE WEALTH OF NATIONS, 1776. (“Every individual endeavors to employ his capital so that its produce may be of greatest value. He generally neither intends to promote the public interest, nor knows how much he is promoting it. He intends only his own security, only his own gain. And he is in this led by an invisible hand to promote an end which was no part of his intention. By pursuing his own interest he frequently promotes that of society more effectually than when he really intends to promote it.”)

Pero la mano invisible no puede funcionar en el vacío. El Estado de Derecho constituye el ingrediente necesario para su funcionar. Lo que es más, sin un 'brazo legal' fuerte la mano invisible actuaría artríticamente. Retomando una frase de otro Premio Nobel de Economía, Ronald H. Coase:¹⁸⁶

Quienes operan en ... mercados dependen ... del sistema jurídico del Estado...

En dicho contexto podría preguntarse sobre la ingerencia del Derecho en el mercado y el mecanismo de precios. Es muy sencillo: es un costo. Dicho más apropiadamente, en la medida en que el Estado de Derecho es confiable, menos *costos de transacción* tienen que soportarse para comerciar. Entre menos confiable sea, más sinuoso será el terreno sobre el cual ocurren las operaciones descritas, y serán más riesgosas. Y el riesgo es un costo.

Las ramificaciones del punto son importantes. Se extienden a otras áreas, incluyendo las libertades. Si algo demuestra Friedrich Hayek en sus extraordinarias obras *The Road to Serfdom* y *The Constitution of Liberty* es que la economía de mercado es una condición *necesaria* para la existencia de una democracia duradera. Puede no ser una condición *suficiente*, pero sí *necesaria*. Sin la economía de mercado la concentración de poder que implica la economía centralmente planificada es contraria a la libertad. Y lo que es cierto en los extremos, es cierto en circunstancias intermedias.

Un pasaje de *The Road to Serfdom* es ilustrativo:¹⁸⁷

¹⁸⁶ Coase, ob. cit., pg. 10. ("Those operating in ... markets have to depend ...on the legal system of the State...")

¹⁸⁷ Hayek, ob. cit., pgs. 43 y 45. ("The functioning of a competition not only requires adequate organization of certain institutions like money, markets, and channels of information — some of which can never be adequately provided by private enterprise — but it depends, above all, on the existence of an appropriate legal system, a legal system designed both to preserve competition and to make it operate as beneficially as possible. It is by no means sufficient that the law should recognize the principle of private property and freedom of contract; much depends on the precise definition of the right of property as applied to different things. ... serious shortcomings here, particularly with regard to the law of corporations and of patents, not only have made competition work much less effectively than it might have done but have even led to the destruction of competition in

El funcionamiento de la competencia no sólo requiere una adecuada organización de ciertas instituciones como lo son el dinero, mercados y canales de información — algunos de los cuales nunca pueden adecuadamente ser proveídos por la empresa privada — pero dependen, sobre todo, de la existencia de un sistema legal apropiado, un sistema legal diseñado tanto para preservar la competencia como para hacer que opere en la forma más benéfica posible. No es suficiente que el derecho reconozca el principio de propiedad privada y la libertad contractual; mucho depende de la definición precisa de los derechos de propiedad según sean aplicados a diferentes cosas ... las serias deficiencias en esto, particularmente con respecto al derecho de las sociedades y de patentes no solo ha hecho que la competencia funcione de una manera mucho menos efectiva de lo que podría, sino que también han llevado a la destrucción de la competencia en muchas esferas. ... Un sistema competitivo necesita un marco jurídico inteligente y continuamente ajustado ...

Algunos consideran que el Estado debe guiar la economía. Considero que, con ciertas excepciones, el paradigma debe ser invertido. Ello me recuerda una observación que sobre el papel del Estado y la Economía realizó Marx:

...en la producción social de su vida, los hombres contraen determinadas relaciones necesarias e independientes de su voluntad, relaciones de producción, que corresponden a una determinada fase de desarrollo de sus fuerzas productivas materiales. El conjunto de estas relaciones de producción forman la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la que se levanta la superestructura jurídica y política y a la que corresponden determinadas formas de conciencia social. El modo de producción de la vida material condiciona el proceso de la vida social, política y espiritual en general. No es la conciencia del hombre la que determina su ser, sino, por el contrario, el ser social es lo que determina su conciencia. Al llegar a una determinada fase de su desarrollo, las fuerzas productivas materiales de la sociedad chocan con las relaciones de producción existentes, o, lo que no es más que la expresión jurídica de esto, con las relaciones de propiedad dentro de las cuales se han desenvuelto hasta allí. De formas de desarrollo de las fuerzas productivas, estas relaciones se convierten en trabas suyas. Y se abre así una época de revolución social. Al cambiar la base económica, se revoluciona, más o menos rápidamente, toda la inmensa superestructura erigida sobre ella. Cuando se estudian esas revoluciones, hay que distinguir siempre entre los cambios materiales ocurridos en las condiciones económicas de producción y que pueden apreciarse con la exactitud propia de las ciencias naturales, y, las formas jurídicas políticas, religiosas, artísticas o

many spheres. ... An effective competitive system needs an intelligently designed and continuously adjusted legal framework ...”.)

filosóficas, en una palabra, las formas ideológicas en que los hombres adquieren conciencia de este conflicto y lucha por resolverlo.¹⁸⁸

Este párrafo ha atraído mucha atención. Invito a que se reconsidere.¹⁸⁹

Los comerciantes, la gente emprendedora en general, son lo que hace crecer, desarrollarse y progresar a una sociedad. La historia está repleta de ejemplos.¹⁹⁰ Lo que es más, virtualmente todas las instituciones del derecho mercantil son un resultado de la astucia de los comerciantes. Cada institución del derecho mercantil fue económicamente inventada por comerciantes para procurar una oportunidad de negocio, y la respuesta del Derecho fue (eventualmente) darle efectos legales a lo que los mercaderes ya seguían y hacían cumplir *de facto*. Ello es lo que doctrinarios han calificado de 'lex mercatoria'.

Desde la letra de cambio,¹⁹¹ el pagaré, el cheque, las patentes,¹⁹² la banca,¹⁹³ hasta lo que se ha bautizado de la institución más importante que el

188 Prólogo a la CONTRIBUCIÓN A LA CRÍTICA DE LA ECONOMÍA POLÍTICA, en CARLOS MARX Y FEDERICO ENGELS, OBRAS ESCOGIDAS, Moscú, Ediciones en Lenguas Extranjeras, t. I, pp. 372-373.

189 Podría cuestionarse la cita de Marx (y el giro que le doy) dado el perfil que comúnmente se le atribuye; pero considero (como otros) que las ideas de dicho pensador fueron mal utilizadas. De hecho, se dice que con frecuencia se le escuchaba a Marx decir: 'si ese es el marxismo, yo no soy marxista' (!) (Ver, Jacques Attali, CONFERENCE SUR MARX, Les Rendez-vous de l'histoire, 2005, Editions Pleins Feux, Nantes; transcripción de conferencia dada por Jacques Attali el 15 de octubre de 2005 titulada "*Marx et la mondialisation*", pg. 11.). Marx era un utópico. Sostenía que el mundo estaba encaminado al progreso mediante diversas fases del Comunismo. El capitalismo requería el desarrollo de derechos de propiedad eficientes para ser un motor del progreso que era necesario para este proceso. En esto comulgaba con Adam Smith: ambos concebían al crecimiento como dependiente en el desarrollo de derechos de propiedad eficientes, algo que sus seguidores han olvidado.

190 Un interesante estudio aborda dicho tema desde este ángulo y se centra en una etapa que ha merecido menos atención: los siglos X al XVIII: Douglass C. North & Robert Paul Thomas, THE RISE OF THE WESTERN WORLD. A NEW ECONOMIC HISTORY, Cambridge University Press, New York, 1973, 2006.

191 Que permita la compra de bienes mediante su pago a distancia y mediante moneda extranjera (*Bills of Exchange*) o mediante un pago diferido (*Letter Obligatory*).

192 Las patentes internalizan las externalidades positivas de los inventos. En la medida en que sean correctamente diseñadas y eficazmente hechas cumplir, se fomentará la innovación tecnológica. Como corolario: en la medida en que una industria evite que el

Derecho ha inventado: la sociedad con responsabilidad limitada frente a sus socios,¹⁹⁴ son —en su origen— el resultado de la inventiva empresarial aguijoneada por el interés de lucrar.

Y la postura del Estado y el Derecho frente a ello ha sido, o debería ser, una: procurar diseñarlos eficientemente y hacerlos cumplir enérgicamente. Quienes lo han logrado han cimentado los elementos de la riqueza de su sociedad. Quienes han fracasado lo han pagado caro.

La historia da ejemplos ilustrativos. Uno es particularmente útil: mientras que Francia y España se quedaron detrás en la carrera de dominancia mundial en los siglos XVI a XVIII, Inglaterra y los Países Bajos prevalecieron en esencia por un motivo: la creación de derechos de propiedad que promovían la eficiencia económica.¹⁹⁵

La experiencia es particularmente ilustrativa si se piensa en el caso de los Países Bajos, que era un país diminuto y con pocos recursos económicos. No obstante su desventaja inicial logró un gran éxito económico durante el Siglo XVII gracias a las estructuras institucionales que estableció que protegían los derechos de propiedad.¹⁹⁶ El crecimiento que ello propició no puede calificarse que de precoz.

innovador capture la mayoría de los beneficios que su invento genere, menos recursos serán canalizados a la actividad y mayor secrecía existirá sobre lo que sí tenga lugar, lo cual reduce el beneficio social de las mismas. La industria crecerá más lentamente que si los beneficios (las externalidades) fueran internalizadas por el inventor.

193 Que en esencia une la oferta de capital con la demanda; lo que se conoce como la 'intermediación'. Esta institución muestra un ejemplo histórico de mala regulación. El desarrollo de un mercado de capitales eficiente fue obstaculizado con la prohibición de 1312 del Papa Clemente V de cobrar interés. Lo que es más, la anacrónica prohibición invitó creatividad legal que subrepticamente la evadía, lo cual la hizo en buena medida inefectiva: la celebración de arrendamientos falsos en vez de hipotecas, socios fantasmas en lugar de préstamos, etc. En esencia, se trató de instancias diversas de simulación.

194 En esencia, diversifica el riesgo y reduce las imperfecciones del mercado de capitales.

195 North & Thomas, pgs. 120 a 131.

196 North & Thomas, pgs. 132 a 145.

Al respecto, en un párrafo conclusivo de una extraordinaria obra, North y Thomas aseveran:¹⁹⁷

...la competencia internacional proveyó de un incentivo poderoso para que los países adaptaran sus estructuras institucionales para establecer incentivos equitativos para el desarrollo económico y la propagación de la ‘revolución industrial’. **El éxito fue una consecuencia de la reorganización de los derechos de propiedad** en dichos países. **Los fracasos** — la Península Ibérica y la historia del resto del Mundo Occidental, mucho de América Latina, Asia y África en nuestros tiempos — **ha sido consecuencia de una ineficiente organización económica.**

(énfasis añadido)

La moraleja que deseo derivar es la siguiente: el Estado no es más que un medio. Dicho medio debe procurar ser lo que fue diseñado a ser: un ‘algo’ que se justifique sólo en la medida en que su costo no exceda sus beneficios.

Irónicamente, en la medida en que se adapte este paradigma, mejor será para el Estado. Ello puesto que existe una relación simbiótica entre un buen gobierno y un buen mercado. No sólo necesita un buen mercado a un buen gobierno, sino que lo inverso también es cierto: entre más puede descansar el gobierno en el mercado dejándole actividades, más esbelto puede ser y dedicarse a lo que sí debe de hacer. Como lo expone Wolf:¹⁹⁸

Los buenos gobiernos necesitan también de buenos mercados. Para ser más precisos, entre más se enfoca el gobierno en sus tareas esenciales y menos en la actividad económica y sus regulaciones, más probable es que funcione mejor y mejor funcionará su economía. Los buenos mercados

¹⁹⁷ North & Thomas, pg. 157. Traducción del autor de “...international competition provided a powerful incentive for other countries to adapt their institutional structures to provide equal incentives for economic growth and the spread of the ‘industrial revolution’. **Success has been a consequence of the reorganization of property rights** in those countries. **The failures** — the Iberian Peninsula in the history of the Western World, and much of Latin America, Asia and Africa in our times — **have been a consequence of inefficient economic organization**”.

¹⁹⁸ Wolf, ob. cit., pg. 73. (“Good governments also need good markets. More precisely, the more the government focuses on its essential tasks and the less it is engaged in economic activity and regulations, the better it is likely to work and the better the economy itself is likely to run. Good markets protect governments, just as good governments protect markets. They have a symbiotic relationship.”)

protegen a los gobiernos de la misma manera en que los gobiernos protegen los mercados. Tienen una relación simbiótica.

b) *Facultades autocorrectivas del mercado*

El mercado tiene un mecanismo autocorrectivo. Dados los incentivos que propicia en los agentes económicos que participan en el mismo, los problemas de un mercado particular tienden a autocorregirse sin la necesidad de intervención gubernamental. El motivo es claro: el deseo de obtención de rentas incentiva la creatividad para resolver los mismos. La regulación con frecuencia entorpece — más que ayuda— la solución de los problemas de un mercado.

En términos generales, en un mercado donde rige el principio *laissez-faire*,¹⁹⁹ la regla general es ausencia de regulación económica. Son los particulares quienes determinan *qué* hacer, *cómo* y *para quién*. En forma excepcional, el Estado influye en dicha toma de decisiones. La teoría económica de la regulación nos dice que ello debe tener lugar *grosso modo* sólo en los siguientes casos: en presencia de un monopolio natural²⁰⁰ y cuando existen externalidades²⁰¹ a combatir.

¹⁹⁹ Como dice Richard Epstein, el *laissez-faire* cuenta con el dudoso honor de haber sido rechazado con más frecuencia que cualquier otra teoría jurídica o política. (PRINCIPIOS PARA UNA SOCIEDAD LIBRE, RECONCILIANDO LA LIBERTAD INDIVIDUAL CON EL BIEN COMÚN, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Perú, 2003, pg. 27) En la obra citada este importante pensador y profesor de la Universidad de Chicago se propone a reevaluar dicha corriente discerniendo cómo las preocupaciones por el bien común no necesariamente deben dar lugar a diversas protecciones legales actualmente existentes. Un fragmento es relevante: “El *laissez-faire* se comprende mejor no como un esfuerzo por glorificar al individuo a expensas de la sociedad, sino como el conjunto de principios que, cuando se aplican de forma coherente, funcionarán para ventaja de todos (o casi todos) los miembros de la sociedad, y de forma simultánea.” (id. pg. 29) “El objetivo del *laissez-faire* es maximizar la ganancia social cooperativa de la conducta humana y utilizar la fuerza del Estado cuando (pero sólo cuando) sea necesario para lograr dicho fin.” (id. pg. 385).

²⁰⁰ Un ‘monopolio natural’ existe cuando, al nivel socialmente óptimo de abasto, el costo de la industria es minimizado únicamente si existe un solo productor. Es decir, el mercado en cuestión no soporta más de una firma. En términos más formales: cuando la curva de costo promedio declina siempre, no obstante la cantidad.

²⁰¹ Como se indicó en la Sección II.C.2, una ‘externalidad’ existe cuando la totalidad de los costos de producción de un producto no son reflejados en su precio; alguien tolera un costo sin ser remunerado, o recibe un beneficio sin pagar por el mismo. Existen

Además, la regulación implica monitoreo continuado por una burocracia de los pasos y decisiones tomadas por agentes económicos. Ello invita cuellos de botella, anquilosamiento, retrasos, costos, medidas artificiales y (con frecuencia) subóptimas para resolver problemas económicos, y, en general, reducción de la eficiencia con la que un agente económico ataca un mercado. Por ello, con frecuencia, el mercado —con todos sus bemoles— es superior a la mejor de las intervenciones.²⁰²

Obviamente existen instancias en las que se justifica regular. No deseo insinuar que el liberalismo *total* es *la* solución a *todos* los problemas económicos. Pero tampoco es la regulación la solución a todos los problemas económicos. ¿Cómo distinguir?

El análisis económico del derecho enseña que, para que una regulación se justifique y sea positiva, debe afectar la actividad a la que va dirigida de una manera costo-efectiva. Para determinar si ello sucede, deben sopesarse los costos impuestos por la regulación a la luz de los resultados que se busca que genere, y los que en verdad genera. Si los costos pesan más, o los resultados no se logran, o se logran en una medida inferior a la que se desea, la regulación es inefectiva. Ya sea porque sobre-regula, regula mal o simplemente no se justifica.

c) *Globalización*

Un tema relacionado y de moda es relevante: la Globalización. Mucho se ha dicho sobre ello, y no es el momento para tratarlo en su totalidad. Sin embargo, es relevante mencionar que el Estado de Derecho es una condición necesaria —aunque no suficiente— para la Globalización.

externalidades positivas y negativas. Ejemplos de negativas son el ruido, la contaminación, etcétera.

²⁰² En caso de desear abundar sobre esto, véase Pascual García Alba Iduñate, REGULACIÓN Y COMPETENCIA, en COMPETENCIA ECONÓMICA EN MÉXICO, Ed. Porrúa, 2004, pg. 105.

La Globalización es la integración de actividades económicas a través de mercados, los cuales tienden a rebasar las fronteras. Las fuerzas que la generan y fomentan son los cambios tecnológicos y de políticas (económicas y sociales), la reducción en los costos de transporte y de las comunicaciones, y el creciente apoyo en las fuerzas del mercado.²⁰³

En esencia, los beneficios de la Globalización son que generan mayor eficiencia productiva y bienestar mundial. Ello como resultado del Modelo Ricardiano²⁰⁴ de los beneficios del comercio internacional y la división internacional del trabajo. De hecho, este último es uno²⁰⁵ de los ingredientes que han propiciado el proceso capitalista y el progreso de la sociedad.²⁰⁶ Adam Smith lo exponía de manera elocuente:

²⁰³ Wolf, ob. cit., pg. 119.

²⁰⁴ El nombre obedece a su primer ponente: David Ricardo, quien introdujo el concepto de ventaja comparativa en su obra clásica THE PRINCIPLES OF POLITICAL ECONOMY AND TAXATION de 1817. Según él, el comercio internacional ocurre dadas las diferencias internacionales en la productividad laboral. Su postulado esencial es que el comercio entre dos países puede beneficiar a ambos si cada uno exporta los bienes en los que tiene una ventaja comparativa (una 'comparative advantage'). La ventaja no tiene que ser *absoluta*, sólo *relativa*. Cuando ello sucede, es en el mejor interés de cada país comerciar, pues el monto total de abasto será superior que si cada uno hubiera producido todos sus satisfactores. A ello se le conoce como ganancias del comercio ('gains from trade'). Paul A. Samuelson (Premio Nobel de Economía) decía que la ventaja comparativa tiene implicaciones poderosas. La especialización tiene sentido, según David Ricardo, aún cuando un país fuera más eficiente en *todo* con respecto a sus socios comerciales. Podían especializarse en aquello en lo cual fueran *relativamente* más eficientes. Dicho postulado ha también recibido apoyo de uno de los grandes intelectuales del Siglo XIX, John Stuart Mill, dividía las ganancias del comercio en tres grandes categorías: directas, indirectas e intelectuales y morales. La primera categoría obedecía a las ganancias estáticas y comúnmente conocidas: la explotación de economías a escala y la ventaja comparativa.

²⁰⁵ Como así lo hace ver Fernand Braudel en su magnífica obra THE WHEELS OF COMMERCE, CIVILIZATION & CAPITALISM 15TH-18TH CENTURY, volume 2, Phoenix Press, London, 1982, pg. 601.

²⁰⁶ Los otros dos ingredientes que Braudel identifica son (1) una economía de mercado, y (2) una sociedad que haga propicia la generación de procesos en los cuales riqueza es generada y transmitida de generación en generación. Entender esto pone en relieve la importancia del Derecho de la Propiedad Industrial, cuya ejecución es lamentable. Ello invita conducta parasitaria (la piratería) y al hacerlo golpea a una clase con la que la

Lo que es prudente en la conducta de cada familia difícilmente puede dejar de serlo en un gran reinado. Si un país puede proveernos un bien en forma más barata que lo que podemos hacerlo nosotros, es mejor comprarlo con una parte de lo que produce nuestra industria, de una manera que tengamos alguna ventaja.²⁰⁷

Existen preocupaciones diversas derivadas de la Globalización. Por ejemplo, la industria infante,²⁰⁸ el argumento de soberanía,²⁰⁹ la pérdida de empleos,²¹⁰ el medio ambiente,²¹¹ la ‘carrera al fondo’ regulatoria,²¹²²¹³ la preocupación de que

sociedad está en deuda: los creadores. Ello abarca desde quienes invierten en investigación y desarrollo, hasta los artistas.

207 Sus palabras exactas son: “What is prudent in the conduct of every family can scarce be folly in that of a great kingdom. If a foreign country can supply us with a commodity cheaper than we ourselves can make it, better buy it of them with some part of the produce of our own industry, employed in a way in which we have some advantage.” (Traducción del autor)

208 Hay quien dice que no puede pedirse que industrias pequeñas compitan con grandes. Ello impone costos a consumidores, por lo que las industrias deben limitarse al mercado local. Dichas industrias deben protegerse de la ‘feroz’ competencia internacional hasta que pasen su infancia y lleguen a la madurez. El problema es que el proteccionismo con frecuencia impide justamente eso: salir de la infancia, particularmente en cuanto a calidad.

209 Se dice que la soberanía se vería mermada al actuar en su territorio fuerzas exógenas.

210 También conocido como *Pauper labor Argument*. Postula que la competencia es injusta cuando se enfrenta a industrias extranjeras cuya sola eficiencia deriva de que pagan salarios más bajos.

211 Hay quien considera que el incremento de actividades es pernicioso para el medio ambiente. Es cierto que la actividad económica genera externalidades ambientales, pero la mejor manera de atacar dicho problema es hacer que dichos ‘costos’ (limpieza ambientales o ‘tecnología verde’) se internalicen. Y para ello tanto el Derecho como el mercado son instrumentos para lograrlo. El Derecho canalizaría el costo a quien lo genera, lo cual hace que el precio del producto refleje dicho costo (un resultado de la eficiencia asignativa) y el mercado premiaría o castigaría la actividad.

212 ‘*Race to the bottom*’ como se le conoce en inglés. La idea es que al competir por actividades se generan incentivos a los Estados para reducir la regulación y así atraer la inversión, lo cual implicaría un descuido del bien tutelado por la regulación misma. Ello invita lo que puede calificarse como el contraargumento económico: el ‘arbitraje regulatorio’: una región que tenga una ventaja comparativa ambiental puede producir productos más competitivos y venderlos a quienes tienen una desventaja competitiva ambiental: los que regulan en forma más onerosa. Ello sería proconsumidor, aunque de allí proviene la queja de algunos: los productores. Al margen de ello, muchos consideran que no hay evidencia de que ello sucede. Solo sospecha conceptual, lo cual milita a favor de pensar que el argumento puede más bien provenir de intereses de un grupo particular.

las instituciones pueden ser capturadas por intereses especiales²¹⁴ y la hipocresía de algunos.²¹⁵ Aunque no es el momento para abordar y detenidamente refutar cada una de dichas preocupaciones,²¹⁶ lo que es relevante recalcar es que la globalización es, en forma agregada,²¹⁷ positiva, y que el Estado de Derecho es un ingrediente necesario para que la misma arroje dichos beneficios.²¹⁸ De hecho, el problema que vivimos no es que haya Globalización, *isino que no hay suficiente!*

Como recientemente dijo Kofi Annan: “argumentar contra la globalización es como argumentar contra la ley de la gravedad”.

Ello no quiere decir que no hay nada que hacer al respecto. Pero reside justamente en lo inverso: no se trata de frenar la globalización, sino hacer que todos se beneficien de ella. Desafortunadamente, mucha gente está fuera del mercado mundial en buena medida puesto que las jurisdicciones en las que se encuentran no les ofrecen las condiciones para ingresar y comerciar con el

²¹³ Para abundar sobre este interesante fenómeno, ver Dale D. Murphy, THE STRUCTURE OF REGULATORY COMPETITION, CORPORATIONS AND PUBLIC POLICIES IN A GLOBAL ECONOMY, Oxford University Press, Oxford/New York, 2004.

²¹⁴ Por ejemplo, dicen que las trasnacionales gobiernan el mundo; o que la OMC y el FMI fuerzan a los países a hacer cosas que prefieren no hacer.

²¹⁵ Comparto la aseveración, mas no el objetivo para el que se cita. Muchos paladines del comercio internacional son profundamente proteccionistas. Estados Unidos es un ejemplo. Dicha postura debe denunciarse, mas no utilizarse como excusa para no beneficiarnos del comercio internacional.

²¹⁶ Para ello se recomienda la extraordinaria obra de Martin Wolf, WHY GLOBALIZATION WORKS (Yale University Press, 2004) en donde de una manera preparada, informada y cabal se abordan los temas por una persona con la autoridad para hacerlo (en su formación, el autor es Economista y Periodista, y funge como Editor y Comentarista Económico de uno de los periódicos más importantes del mundo: el *Financial Times*).

²¹⁷ El matiz es importante pues, como todo fenómeno económico histórico, hay a un grupo a quien no le conviene. Sin embargo, a la sociedad en general sí. Ver Odile Castel HISTOIRE DES FAITS ECONOMIQUES, LES TROIS ÂGES DE L'ECONOMIE MONDIALE, Sirey, 1988. Una obra que en dicho contexto no puede dejar de ser mencionada es THÉORIE DE L'ÉVOLUTION ÉCONOMIQUE, Recherches sur le profit, le crédit, l'intérêt et le cycle de la conjuncture, de Joseph Schumpeter, Dalloz, 1999.

²¹⁸ Dicho sea de paso, una manera de entender dichas críticas es como aun otra afronta a la economía de mercado. Y es la menos impresionante o sólida de las instancias.

mercado mundial. Ello implica, inter alia, apertura y un Estado de Derecho que permita hacer cumplir los contratos o hacer responsable a quien los incumpla.

La teoría de la ventaja competitiva nunca ha sido más relevante que ahora. La postura mercantilista²¹⁹ de muchos debe ser reevaluada. No solo son las exportaciones lo deseable. Las importaciones son también positivas: benefician al consumidor. El premio del comercio internacional no está en exportar, isino en importar!

Como decía Montesquieu: “el efecto natural del comercio es llevar a la paz.”²²⁰ Y no se trata de romanticismo. La historia muestra episodios dramáticos de la falta de toma de conciencia de esta observación. Tomaré uno.

El error más grave en materia de relaciones internacionales que un Presidente Estadounidense ha cometido fue la firma de la Smoot-Hawley Tariff Act de junio de 1930 que elevó los aranceles de Estados Unidos en forma importante. El efecto que tuvo fue nada menos que desastrozo. Invitó retorsión de economías extranjeras llevando, lo que de otra manera hubiera sido un declive económico normal, a una depresión mundial. La reducción drástica en el comercio internacional y la actividad economía redujo la influencia de los moderados frente a los nacionalistas en Japón y pavimentó la victoria de los Nazis en Alemania en 1932. Japón invadió China en 1931, estableciendo el clima que llevó a la Segunda Guerra Mundial.²²¹ Como lo explica un experto:²²²

²¹⁹ Que postula que es mejor exportar que importar, y que las importaciones son el ‘costo’ exportar.

²²⁰ L’ESPRIT DES LOIS, XX, pg. 2. (“L’effet naturel du comerce est de porter à la paix”.)

²²¹ John H. Jackson, William J. Davey y Alan O. Sykes, Jr., LEGAL PROBLEMS OF INTERNATIONAL ECONOMIC RELATIONS, Third Edition, West Publishing Co., St. Paul Minn. 1995, pgs. 4 y 38.

²²² Richard N. Cooper, TRADE POLICY AND FOREIGN POLICY, U.S. TRADE POLICIES IN A CHANGING WORLD ECONOMY, Robert Stern Ed., The Massachussets Institute of Tecnology, 1987, pgs. 291 – 292. (“Valuable lessons were learned from the Smoot-Hawley tariff experience by the foreign policy community: the threat of tariff retaliation is not always

La experiencia de los aranceles Smoot-Hawley enseñó lecciones importantes a la comunidad política internacional: la amenaza de retorsión arancelaria no siempre es vacua; los aranceles influyen negativamente sobre los flujos de comercio; una reducción de comercio puede deprimir economías nacionales; una depresión genera tierra fértil para (pseudo) soluciones políticas radicales; y los radicales políticos con frecuencia buscan aventuras (militares) para distraer la atención de sus fracasos en la economía nacional. Las semillas de la Segunda Guerra Mundial, tanto en el Lejano Oriente como en Europa, fueron sembradas con la firma de los aranceles Smoot-Hawley.

En un discurso el (entonces) Director de la Oficina de Asuntos Económicos del Departamento de Estado de Estados Unidos (Director of the Office of Economic Affairs of the Department of State) Harry Hawkins expuso:²²³

Hemos aprendido que, cuando un país es hambreado económicamente, su gente está más que dispuesta a seguir al primer dictador que surja y les prometa a todos empleos. Los conflictos comerciales invitan no-cooperación, sospecha, amargura. Las naciones que son enemigos económicos son improbables a permanecer como amigos por mucho tiempo.

Si deseamos seguir la (aguda) advertencia del gran historiador Jorge Santayana²²⁴ y evitar revivir las historia, debemos entender que el comercio internacional, y su fenómeno de moda – la Globalización – es positiva tanto por razones económicas como sociales.

merely a bluff; tariffs do influence trade flows negatively; a decline in trade can depress national economies; economic depression provides fertile ground for politically radical nostrums; and political radicals often seek foreign (military) adventures to distract domestic attention away from their domestic economic failures. The seeds of World War II, in both Far East and in Europe, were sown by Hoover's signing of the Smoot-Hawley tariff.”)

²²³ U.S. Department of State, Commercial Policy Series 74, pg. 3 (Pub. No. 2104, 1944). (“We’ve seen that when a country gets starved out economically, its people are all too ready to follow the first dictator who may rise up and promise them all jobs. Trade conflict breeds noncooperation, suspicion, bitterness. Nations which are economic enemies are not likely to remain political friends for long.”)

²²⁴ Conocido por su lema: “quien desconoce la historia está condenado a revivirla”.

Y de nuevo, el Estado de Derecho juega un papel importante. Como lo hacía notar North:²²⁵

La imposibilidad de las sociedades de desarrollar un método efectivo y no oneroso de ejecución de contratos es la fuente más importante de estancamiento histórico y subdesarrollo contemporáneo del Tercer Mundo.

d) Competitividad

Un tema relacionado es la ‘Competitividad,’ sobre la que existen diferentes concepciones. Unos la conciben como la prontitud con la que productos llegan a importarse,²²⁶ otros califican de competitivo al país que presenta un crecimiento sostenido en los niveles de producto interno bruto per cápita,²²⁷ otros como el grado en el que una nación puede, bajo libre comercio y condiciones justas de mercado, producir bienes y servicios que cubran las exigencias de los mercados y mantener y expandir los ingresos reales de su gente en el largo plazo;²²⁸ otros como la habilidad de un país para atraer y retener inversiones,²²⁹ el IMD de Lausanne, Suiza, lo define como la habilidad para crear y mantener un clima que permita competir a las empresas que radican en él, y el Banco de la Reserva Federal de San Francisco califica a un país de competitivo cuando sistemáticamente son más ricos (en términos de PIB y productividad) y crecen más rápido que otros.

Si bien mi preferencia personal es por las últimas dos nociones, un común denominador de todas es que el Estado de Derecho es un elemento de competitividad. Es un requisito indispensable para cualquier economía que

²²⁵ North, *INSTITUTIONS*, ob. cit., pg. 54. (“...the inability of societies to develop effective, low-cost enforcement of contracts is the most important source of both historical stagnation and contemporary underdevelopment in the Third World.”)

²²⁶ Postura de la Universidad de California en Berkeley.

²²⁷ World Economic Forum.

²²⁸ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.

²²⁹ Instituto Mexicano de la Competitividad.

busque un desarrollo económico eficiente pues establece las reglas que regirán un mercado. Cuando las mismas son claras, confiables y objetivas generan certidumbre en los participantes de una economía y reducen los costos de transacción. La ausencia de reglas predecibles genera ineficiencias y distorsiones en los mercados. Ello a su vez disminuye la inversión.²³⁰ Como se indica en un interesante y reciente estudio:²³¹

La debilidad del Estado de Derecho es característica de diversos países en vías de desarrollo, en donde el cumplimiento de las leyes y los contratos con frecuencia es pobre y las tendencias a los contratos autoejecutantes pueden llevar a negociaciones frecuentes.

Y de nuevo, México (vergonzosamente) ejemplifica el postulado: no sólo está en un lugar bajo (lugar 58 en 2006),²³² sino que constantemente desciende en los índices mundiales correspondientes.²³³

3. Incentivos

Los incentivos son medios para hacer que la gente haga más de algo bueno y menos de algo malo. Un incentivo es una llave con un poder asombroso para cambiar una situación.²³⁴

²³⁰ Para un estudio interesante al respecto ver Instituto Mexicano para la Competitividad, A.C., HACIA UN PACTO DE COMPETITIVIDAD, situación de la Competitividad de México, 2004, pgs. 41 a 58.

²³¹ Paulina Beato and Jean Jacques Laffont (editors), COMPETITION POLICY IN REGULATED INDUSTRIES, APPROACHES FOR EMERGING ECONOMIES, Inter-American Development Bank, Washington, D.C., 2002, pg. viii. (“Weakness of the rule of law is ... characteristic of many developing countries. Legal and contractual enforcement are often poor, and biases toward self-enforcing contracts can lead to frequent renegotiations.”)

²³² Fuente: *Global Competitiveness Index* del *World Economic Forum*.

²³³ En 2001 México estaba en el lugar 44, en 2002 en 42, en 2003 en 45, en 2004 en 55, en 2005 en 59 y en 2006 en 58.

²³⁴ Existen diferentes tipos de incentivos: económicos, sociales y morales. Los económicos generan consecuencias financieras; los sociales implican el deseo de no ser percibido como alguien que hace algo reprochable; y los morales consisten en no hacer cosas malas.

La importancia de los incentivos no debe ser subestimada. Sus efectos son tanto sociales como económicos: los incentivos son los determinantes del desempeño económico.²³⁵

Cuando los incentivos se diseñan bien pueden ser muy efectivos. Mal manejados pueden generar el resultado inverso.²³⁶

Para cierto tipo de conducta, los incentivos sociales son muy eficaces. Piénsese por ejemplo en el caso de conducta ilícita. Es sabido que el derecho penal tiene un alto grado de falibilidad. Ante ello, ¿porqué no existe más crimen?

El Derecho genera incentivos. Desafortunadamente, muchas veces no genera los correctos. El motivo radica, de nuevo, en una mala concepción y utilización del Derecho. Al diseñar normas jurídicas deben tomarse en cuenta los incentivos que generan. En mi experiencia, este ingrediente es totalmente pasado por alto. Tanto a nivel legislativo, como contractual como en la administración de instituciones y gestión de organizaciones.²³⁷

Y no sólo se trata de tomarlos en cuenta. Deben también ser esbeltos: deben provocar la conducta deseada al menor costo posible. Para ello, los mecanismos de mercado deben también ser tomados en cuenta pues con frecuencia son más efectivos.

4. Comentario final sobre el ángulo económico del Derecho

En su entrenamiento al abogado se le inculcan conceptos como ‘justicia’, ‘igualdad’, ‘seguridad’, mas no cuestiones como ‘eficacia’ o ‘eficiencia’. Ello resulta en cuerpos normativos onerosos y con frecuencia engorrosos, que

²³⁵ North, *INSTITUTIONS*, ob. cit. pg. 135. (“...incentives are the underlying determinants of economic performance”.)

²³⁶ Por ejemplo, una multa pequeña puede invitar, más que desalentar, la conducta en cuestión.

²³⁷ Es cierto que el diseño de incentivos es difícil y engañoso. En esencia, involucra un punto medio entre dos extremos. Y con frecuencia no es claro: es necesario palparlo empíricamente. Pero ello no milita en contra de su utilización, sino a favor de su continuado estudio.

descuidan un análisis costo-beneficio. Considero que ello tiene que cambiar. El diseño del Derecho debe incluir, como parte de sus ingredientes, la evasión del intervencionismo, la preferencia de la utilización del mercado y los incentivos (evitando malos incentivos y propiciando buenos incentivos).

C. EL ESTADO DE DERECHO COMO UN ELEMENTO DE RIQUEZA Y BIENESTAR

1. Un Modelo Conceptual

Las relaciones jurídicas son un conjunto de vínculos que unen a toda la sociedad y a todas las cosas dentro de la sociedad.²³⁸ Significan tanto cargas como créditos, y los mismos tienen un valor — tanto económico como social.

Del lado del acreedor significan un haber: tienen frente a su deudor derecho a algo. Su valor es determinado por dos variables: el monto monetario (de existir) y la probabilidad de que se cumpla, ya sea espontáneamente o coactivamente. Este último se llama riesgo. Lo expondré mediante una función:

$$D = O \times E$$

Donde:

D	=	Derecho
O	=	Obligación
E	=	Ejecutabilidad (Riesgo).

Por su cuenta $E = PE \times CE \times T$ donde:

PE	=	Probabilidad de Éxito ²³⁹
T	=	Tiempo
CE	=	Costo de Ejecución, que a su vez es el resultado de:

²³⁸ No hago distinción entre derecho personal y real pues, para efectos de este análisis, es indiferente. La descripción social y económica aplica a ambos.

²³⁹ La *PE* es función del aspecto sustantivo del caso.

$$CE = CL \times T$$

$$CL = \text{Costos legales}$$

E es un costo. Si se cumple espontáneamente es cero. Si se tiene que recurrir a la mecánica legal para hacerlo cumplir, tendrá un costo determinable en base a tres variables: el costo de ejecución (CE), la probabilidad de éxito (PE) y el tiempo (T). El Costo de Ejecución es a su vez función de costos legales (CL) multiplicado por el tiempo (T).

Del lado del deudor significa una carga: una obligación a hacer algo. Y de nuevo, ello tiene un valor, pero ahora cobra una cara distinta. El deudor la cumplirá sólo si el costo de incumplirla es mayor al costo de cumplirla. Matemáticamente se puede representar con la siguiente función:

$$O = C \times E$$

Donde:

$$O = \text{Obligación}$$

$$C = \text{Costo}$$

$$E = \text{Ejecutabilidad (Riesgo}^{240}\text{)}$$

Si el deudor sabe que puede ser coactivamente obligado a cumplir con la obligación, su respuesta natural será cumplirla: hará de la necesidad una virtud. Pero si no existe certeza de ello, tendrá incentivos para incurrir en mora. Y entre menos certeza exista, más probable es que no se cumpla. Dicho de otra manera, *el cumplimiento espontáneo de una obligación es inversamente proporcional al costo de ejecución coactiva de la misma.*

²⁴⁰ La transformación de la falta de certeza en “riesgo” es un gran paso. La ‘falta de certeza’ es la condición en la que uno no puede determinar la probabilidad de un evento y por ende no puede determinar una forma de asegurarse contra su ocurrencia. Por otro lado, ‘riesgo’ implica la habilidad de hacer una determinación actuarial de la probabilidad de que un evento tenga lugar y por ende asegurarse en contra del mismo – y a un costo adecuado.

Existe una correlación positiva entre la eficacia del mecanismo legal y el cumplimiento espontáneo de las obligaciones. Lo cual encierra una ironía: *entre más exitoso es el Derecho para hacer cumplir obligaciones, más probable es que no se use.*

2. Conclusión

El modelo conceptual que he descrito arroja una conclusión: *una manera de incrementar el bienestar de todos los habitantes de una sociedad es mejorando la eficacia del Derecho.* Al hacerlo, los derechos incrementan su valor (y por ende el patrimonio de su acreedor) en la medida en que la eficacia del mismo sea incrementada. Es por ello que el *Estado de Derecho es un elemento importante de la riqueza de una sociedad.*

Así debe entenderse, defenderse y utilizarse.

3. Sugerencias

Existen dos pasos inmediatos que mejorarían radicalmente la eficiencia del Estado de Derecho:

1. Condenas en costas; y
2. Reducción del Tiempo

Las condenas en costas importantes generan incentivos para cumplir espontáneamente las obligaciones. Actualmente, la práctica de las condenas en costas es lamentable. No solo son improbables, sino que siempre son lacónicas. En la medida en que se incremente su frecuencia y monto se reducirá el incentivo de deudores de incumplir con sus obligaciones. Y ello es natural. Si existe un margen de improbabilidad de ejecución coactiva de una obligación, y el costo de hacerla cumplir coactivamente no es repercutido a quien lo genera, la postura natural del deudor es jugársela: no pago y a ver cómo me va. Se invita una psicología de lotería.

Con respecto al tiempo, es imperativo mejorar el tiempo de obtención de sentencias; y deben generarse intereses (compuestos)²⁴¹ por el tiempo que transcurra entre la fecha de cumplimiento y la fecha de efectiva de pago. De lo contrario, de nuevo se generan incentivos para incumplir.

Existen ejemplos de ello: la materia fiscal y laboral. Con respecto a los créditos fiscales, dada su onerosidad, los contribuyentes prefieren cumplir de inmediato. (No hay dinero más caro que el adeudado al fisco.) En materia laboral, el incremento exponencial de los salarios caídos tiene un efecto similar.

Es de esperarse que dicha práctica sea emulada en otras áreas.

²⁴¹ El 'interés compuesto' es aquél que reinvierte cada pago de interés sobre dinero invertido para ganar más interés. Se distingue del 'interés simple' en que éste último se calcula sólo sobre la inversión inicial. La diferencia es casi imperceptible por un periodo pequeño de inversión, es trivial para un periodo medio, e impactante para un periodo que excede de 20 años. Legalmente, guarda relevancia con la institución de la indemnización. Aunque muchas autoridades (doctrinales y precedentes) tienden a preferir el interés simple sobre el compuesto, postulo que para lograr el objetivo *restitutio in integrum*, tiene que preferirse el interés compuesto. Lo contrario subindemnizaría. (Mucho podría decirse sobre esto, mas no lo haré por el contexto. Obviamente existen excepciones, pero como regla la aseveración es válida — aunque contra la corriente.)

V. COMENTARIO FINAL

El Estado de Derecho es el obsequio más importante y valioso que la clase gobernante puede (y debe) hacer a su sociedad. Seguimos en espera del mismo.

El Derecho tiene funciones sociales y económicas importantes. Para que se logren es necesario diseñarlo de una manera más astuta y hacerlo cumplir enérgicamente. Entre más eficaz sea, más armónica y próspera será una sociedad.

Considero que un Estado de Derecho que reúna dichas características constituirá un elemento de riqueza de las naciones. En mi humilde opinión, dentro de los diversos factores que, en su extraordinaria obra *The Wealth and Poverty of Nations*,²⁴² el historiador David S. Landes analiza sobre qué hace que unos sean prósperos y que otros no, existe un vacío importante: el papel del Estado de Derecho.²⁴³ Merece ser complementada con dicho elemento: un Estado de Derecho eficaz es un factor de riqueza de una nación. Hará que quienes lo tengan sean más prósperos que quienes carezcan del mismo.

Las anteriores líneas tienen como propósito hacer un llamado enérgico, desesperado, a que se conciba así y a remediar las deficiencias existentes.

Me uno a las palabras del gran jurista y amparista Fabián Aguinaco Bravo sobre la necesidad de Radicalizar el Estado de Derecho con justicia.²⁴⁴ No sólo por las razones sociales elocuentemente indicadas por dicho pensador, sino también por las económicas, con respecto a las cuales deseo aplaudir y hacer eco de lo que bien podría calificarse como la aportación más importante del gran

²⁴² David S. Landes, THE WEALTH AND POVERTY OF NATIONS: WHY SOME ARE SO RICH AND SOME SO POOR, W.W. Norton & Company, New York – London, 1999.

²⁴³ Para ser justos, en ciertas partes (v.gr., pgs. 32, 42, 44) hace apreciaciones sobre el papel del Derecho.

²⁴⁴ Artículo publicado en *El Universal* el 5 de diciembre de 2006, pg. A-28.

Juez y Maestro Richard Posner al pensamiento económico y jurídico:²⁴⁵ el Derecho debe ser, además de todo lo que ya es, un mecanismo que fomente el bienestar económico de la sociedad.²⁴⁶

Es mi sincero deseo que estas líneas en algo fomenten dicho ideal.

²⁴⁵ Richard A. Posner, THE ECONOMICS OF JUSTICE, Cambridge, Massachusetts, and London, England, Harvard University Press, 1981, 1983, pg. 5; y, en general, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, fifth edition, New York, Aspen Law and Publishers, 1998.

²⁴⁶ “...Common law is best explained as if judges were trying to maximize economic welfare... common law adjudication brings the economic system closer to the results that would be produced by effective competition — a free market operating without significant externality, monopoly, or information problem” son sus palabras exactas. Aunque el párrafo está —por razones que no abordaré— ligeramente sacado de contexto, diversos intercambios de opiniones entre el Juez Posner y el autor confirman que el postulado, como lo he manejado, es acertado.

BIBLIOGRAFIA

1. Attali, Jacques, CONFERENCE SUR MARX, Les Rendez-vous de l'histoire, Editions Pleins Feux, 2005, Nantes.
2. Beato, Paulina y Jean Jacques Laffont (editors), COMPETITION POLICY IN REGULATED INDUSTRIES, APPROACHES FOR EMERGING ECONOMIES, Inter-American Development Bank, Washington, D.C., 2002.
3. Becker, Gary S., TEORÍA ECONÓMICA, Fondo de Cultura Económica, 1977.
4. Bhagwati, Jagdish N., FREE TRADE TODAY, Princeton University Press, 2002.
5. Bhagwati, Jagdish N., WHAT IS THE ROLE OF LEGAL AND JUDICIAL REFORM IN THE DEVELOPMENT PROCESS? Conferencia *Comprehensive Legal and Judicial Development Conference*, 5 a 7 de junio de 2000, World Bank, Washington DC.
6. Block, Walter, EL FUNDAMENTO ECONÓMICO DEL CAPITALISMO LAISSEZ FAIRE, Revista de Economía y Derecho, primavera 2006, vol. 3, No. 12.
7. Braudel, Fernand en su magnífica obra THE WHEELS OF COMMERCE, CIVILIZATION & CAPITALISM 15TH-18TH CENTURY, volume 2, Phoenix Press, London, 1982.
8. Calamandrei, Piero, ELOGIO DE LOS JUECES, Ara Editores, Perú, 2006.
9. Carlton, Dennis W. and Jeffrey M. Perloff, MODERN INDUSTRIAL ORGANIZATION, HarperCollins College Publishers, Second Edition, 1994.
10. Castel, Odile, HISTOIRE DES FAITS ECONOMIQUES, LES TROIS AGES DE L'ECONOMIE MONDIALE, Sirey, 1988.
11. Coase, Ronald R.H., THE FIRM, THE MARKET AND THE LAW, University of Chicago Press, 1988.
12. David, René, L'ARBITRAGE DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL, No. 278.
13. Deutsch, Karl W., POLITICS AND GOVERNMENT. HOW PEOPLE DECIDE THEIR FATE, Third Edition, Houghton Mifflin Company, Boston, 1980.
14. Dixit, Avinash K. y Barry J. Nalebuff, THINKING STRATEGICALLY, W.W. Norton Company, New York/London, 1991.

15. Epstein, Richard A., PRINCIPIOS PARA UNA SOCIEDAD LIBRE, RECONCILIANDO LA LIBERTAD INDIVIDUAL CON EL BIEN COMÚN, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Perú, 2003. (Traducción de *Principles for a Free Society, Reconciling Individual Liberty with the Common Good.*)
16. Friedman, Milton, FREE TO CHOOSE. A PERSONAL STATEMENT, San Diego, Hartcourt, Inc., 1979, 1990.
17. García Alba Iduñate, Pascual, REGULACIÓN Y COMPETENCIA, en COMPETENCIA ECONÓMICA EN MÉXICO, Ed. Porrúa, 2004.
18. Gaudement, Eugene, TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES, Tercera Edición, Ed. Porrúa, México, D.F., 2000.
19. Giddens, Anthony, Mitchell Duneier & Richard P. Appelbaum, INTRODUCTION TO SOCIOLOGY, Fourth Edition, W. W. Norton & CCompany, Inc. New York/London, 2003.
20. González de Cossío, Francisco, APORTACIÓN DE MÉXICO AL ARBITRAJE DE INVERSIÓN, Revista de Arbitraje Internacional número 6, 2007.
21. González de Cossío, Francisco, ARBITRAJE, González de Cossío, Ed. Porrúa, México, D.F., 2004.
22. González de Cossío, Francisco, COMPETENCIA ECONÓMICA, ASPECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS, Ed. Porrúa, 2005.
23. González de Cossío, Francisco, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW, ANUARIO MEXICANO DE DERECHO INTERNACIONAL, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, VII – 2007, pg. 773.
24. González de Cossío, Francisco, EL ARBITRAJE Y LA JUDICATURA, Ed. Porrúa, México, D.F., 2007.
25. González de Cossío, Francisco, EL ARBITRAJE Y LA JUDICATURA: QUIS CUSTODIET CUSTODES?, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciclo de Conferencias de junio de 2006.
26. González de Cossío, Francisco, MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. NOTA SOBRE SU DESARROLLO, en ARS IURIS, número 30, 2003.
27. González de Cossío, Francisco, MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. NOTA SOBRE SU DESARROLLO, en REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, número 28, 2004.

28. Hart, H.L.A., THE CONCEPT OF LAW, Clarendon Law Series, Oxford University Press, Second Edition, 1961, 1994.
29. Hayek, F.A. THE ROAD TO SERFDOM, Chicago, The University of Chicago Press, 1944, 1994.
30. Hovenkamp, Herbert, FEDERAL ANTITRUST POLICY, West Publishing Co., St. Paul Minnesota, 1994.
31. Ihering, Rudolf von, DER KAMPF UMS RECHT, Regensburg, 1872. (La Lucha por el Derecho, Madrid, Lacort, Buenos Aires, 1939).
32. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, 5ª edición, México, D.F., Editorial Porrúa, S.A. 1992.
33. Instituto Mexicano para la Competitividad, A.C., HACIA UN PACTO DE COMPETITIVIDAD, situación de la Competitividad de México, 2004.
34. Jackson, John H., William J. Davey y Alan O. Sykes, Jr., LEGAL PROBLEMS OF INTERNATIONAL ECONOMIC RELATIONS, Third Edition, West Publishing Co., St. Paul Minn. 1995.
35. Josseland, Louis, DEL ABUSO DE LOS DERECHOS Y OTROS ENSAYOS, Monografías Jurídicas, Editorial Temis, S.A., Bogotá, Colombia, 1999.
36. Kennedy, Paul, THE RISE AND FALL OF THE GREAT POWERS: ECONOMIC CHANGE AND MILITARY CONFLICT FROM 1500 TO 2000, New York, Vintage, 1999.
37. Landes, David S., THE WEALTH AND POVERTY OF NATIONS: WHY SOME ARE SO RICH AND SOME SO POOR, W.W. Norton & Company, New York – London, 1999.
38. Llewellyn, Karl, THE BRAMBLE BUSH: OUR LAW AND ITS STUDY, Oceana Publications, 1906.
39. Marx, Carlos y Federico Engels, prólogo a la CONTRIBUCIÓN A LA CRÍTICA DE LA ECONOMÍA POLÍTICA, en CARLOS MARX Y FEDERICO ENGELS, OBRAS ESCOGIDAS, Moscú, Ediciones en Lenguas Extranjeras, t. I.
40. Mena Labarthe, Carlos y José Roldan Xopa (editores), REFORMAS A LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA, Ed. ITAM, 2006.

41. Monateri, Pier Giuseppe, LA RESPONSABILITÀ CIVILE, UTET Giuridica, Wolters Kluwer Italia Giuridica S.r.l., 2006.
42. Murphy, Dale D., THE STRUCTURE OF REGULATORY COMPETITION, CORPORATIONS AND PUBLIC POLICIES IN A GLOBAL ECONOMY, Oxford University Press, Oxford/New York, 2004.
43. North, Douglas C., INSTITUTIONS, INSTITUTIONAL CHANGE AND ECONOMIC PERFORMANCE, Cambridge University Press, 1990.
44. North Douglas C. & Robert Paul Thomas, THE RISE OF THE WESTERN WORLD. A NEW ECONOMIC HISTORY, Cambridge University Press, 1973, 2006.
45. North, Douglas C., UNDERSTANDING THE PROCESS OF ECONOMIC CHANGE, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2005.
46. Paz, Octavio LAS ILUSIONES Y LAS CONVICCIONES, EN EL OGRO FILANTRÓPICO: HISTORIA Y POLÍTICA, 1971-1978, México, Joaquín Mortiz, 1979.
47. Paz, Octavio EL LABERINTO DE LA SOLEDAD, El Peregrino en su Patria, Historia y Política de México, OCTAVIO PAZ, OBRAS COMPLETAS, Fondo de Cultura Económica, 1993.
48. Parkin, Michael, y Gerardo Esquivel, MICROECONOMÍA, Versión para Latinoamérica, Addison Wesley, México, D.F., Quinta Edición, 2001.
49. Paulsson, Jan, DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW, Cambridge University Press, 2005.
50. Pipes, Richard, PROPERTY AND FREEDOM, New York, Vintage Books, 1999.
51. Popper, Karl, THE OPEN SOCIETY AND ITS ENEMIES.
52. Popper, Karl, KARL POPPER - ALL LIKE IS PROBLEM SOLVING, Translation of Patrick Camiller, Routledge, London and New York, 1999, 2005.
53. Posner, Eric A. (compilador), LAW AND ECONOMICS, EL ANÁLISIS ECONOMICO DEL DERECHO Y LA ESCUELA DE CHICAGO, LECTURAS EN HONOR A RONALD COASE, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, Perú, 2002.
54. Posner, Richard A., THE ECONOMICS OF JUSTICE, Cambridge, Massachussets, and London, England, Harvard University Press, 1981, 1983.

55. Posner, Richard A., ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, fifth edition, New York, Aspen Law and Publishers, 1998.
56. Procter, Charles, MANN ON THE LEGAL ASPECTS OF MONEY, Oxford University Press, Oxford, Sixth Edition, 2005.
57. Ramos, Samuel, EL PERFIL DEL HOMBRE Y LA CULTURA EN MÉXICO, Colección Austral, México, Décimo Séptima Edición, Espasa-Calpe Mexicana, S.A. 1989.
58. Recasens Siches, Luis, SOCIOLOGÍA, Ed. Porrúa, México, D.F., 31^a edición, 2006.
59. Ricardo, David, THE PRINCIPLES OF POLITICAL ECONOMY AND TAXATION, 1817.
60. Ripert, Georges, LES FORCES CREATRICES DU DROIT, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1955.
61. Salinas de Gortari, Carlos, MÉXICO, UN PASO DIFÍCIL A LA MODERNIDAD, Plaza y Janes Editores, S.A., México, D.F., 2000.
62. Samuelson, Paul A. y William D. Nordhaus, ECONOMICS, 15th edition, New York, McGraw Hill, 1995.
63. Schumpeter, Joseph, THEORIE DE L'ÉVOLUTION ÉCONOMIQUE, Recherches sur le profit, le crédit, l'intérêt et le cycle de la conjuncture, de, Dalloz, 1999.
64. Smith, Adam, THE WEALTH OF NATIONS, London, Methuen & Col. Ltd., 1930, Book II, Chap. III, Vol. I.
65. Soriano, Ramón, SOCIOLOGÍA DEL DERECHO, Ariel Derecho, Barcelona, 1997.
66. Stiglitz, Joseph E., LA ECONOMÍA DEL SECTOR PÚBLICO, Ed. Antoni Bosch, Tercera Edición, 2000.
67. Sunstein, Cass R., SOCIAL ROLES AND SOCIAL NORMS, Columbia Law Review, 1996, pg. 903.
68. Sunstein, Cass R., NORMAS SOCIALES Y ROLES SOCIALES, en Eric A. Posner (compilador), LAW AND ECONOMICS, EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y LA ESCUELA DE CHICAGO, LECTURAS EN HONOR A RONALD COASE, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, Perú, 2002, pg. 203.

69. Viscusi, W. Kip, John M. Vernon, Joseph E. Harrington, Jr., ECONOMICS OF REGULATION AND ANTITRUST, The MIT Press, Cambridge Massachussets, London, England, second edition, 1998.
70. Wolf, Martin, WHY GLOBALIZATION WORKS, Yale University Press, New Haven and London, 2004.
71. World Bank, GLOBAL ECONOMIC PROSPECTS 2003.
72. Zepeda Lecuona, Guillermo, CRIMEN SIN CASTIGO, PROCURACIÓN DE JUSTICIA PENAL Y MINISTERIO PÚBLICO EN MÉXICO, México, D.F., Fondo de Cultura Económica – CIDAC, 2004.