

# COMENTARIOS SOBRE PROBLEMAS EN LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA Y POSIBLES SOLUCIONES

*Francisco González de Cossío\**

I.	INTRODUCCIÓN.....	2
II.	EL PAPEL ECONÓMICO DEL DERECHO Y LA JUDICATURA EN LA PROCURACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA .....	3
	A. IMPORTANCIA DEL ESTADO DE DERECHO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA .....	3
	B. EL DERECHO.....	4
	C. LA JUDICATURA .....	5
	D. EL DERECHO Y LA JUDICATURA COMO DOS PILARES DE LA MISMA INFRAESTRUCTURA.....	6
III.	PROBLEMAS .....	8
	A. EL DERECHO.....	8
	B. LA JUDICATURA .....	13
	C. CONCLUSIÓN .....	15
IV.	SUGERENCIAS.....	15
	A. FOMENTO DEL ARBITRAJE Y LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS .....	15
	1. Concepto y (diferente) utilidad.....	16
	2. Incipiente utilización de los MASC .....	22
	3. Entorpecimiento de la utilización del arbitraje .....	23
	B. EVITAR INTERVENCIONISMO .....	24
	C. EL MERCADO COMO UNA OPCIÓN .....	25
V.	COMENTARIO FINAL.....	26

---

\* González de Cossío Abogados, S.C. Profesor de Arbitraje y Derecho Económico, Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. Deseo agradecer las observaciones realizadas por Gilberto Hernández Oseguera (LL.M., Universidad de Chicago). Cualquier error es atribuible únicamente al autor.

## I. INTRODUCCIÓN

Uno de los papeles más importantes del Estado es proveer un sistema de impartición de justicia neutral y eficaz. Ello está fuera de cuestionamiento. Si bien el papel del Estado ha sido objeto de diferencias de opinión, y las mismas han variado —a veces drásticamente— en el tiempo y espacio, la necesidad de proveer un sistema de impartición de justicia nunca ha sido cuestionada.

La importancia de esta función es enorme. La misma es exigida no sólo por razones de justicia y sana convivencia social, sino también económicas: la actividad económica no puede tener lugar en ausencia de reglas del juego que brinden seguridad y certeza.

Esta función está en crisis. Y el problema es pandémico. El paquete social que los poderes judiciales han tenido que enfrentar ha rebasado su capacidad para resolverlo adecuadamente. Y el problema se agudiza en forma creciente.

A continuación se comentará brevemente este problema comenzando con una explicación del perfil económico del Estado de Derecho y la Seguridad Jurídica (§II), problemas relacionados con ello (§III), para proceder a realizar algunas sugerencias (§IV) y concluir con un comentario final (§V).

Al realizar lo anterior haré alusiones a la experiencia mexicana por ser la jurisdicción de la que tengo mejor pulso. Además, el lector notará observaciones económicas en las explicaciones ofrecidas. El motivo de ello es que observo que, si bien las explicaciones de índole legal y social son fácilmente entendidas y asimiladas por los abogados, con frecuencia se ignoran los motivos económicos que apoyan el argumento en cuestión —a veces en forma más contundente.

## II. EL PAPEL ECONÓMICO DEL DERECHO Y LA JUDICATURA EN LA PROCURACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

### A. IMPORTANCIA DEL ESTADO DE DERECHO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

Una de las funciones más importantes del Estado es propiciar el Estado de Derecho y brindar Seguridad Jurídica. Los términos están relacionados, mas son distinguibles.

El significado del concepto ‘Estado de Derecho’ ha sido objeto de debate.<sup>1</sup> Para efectos de este estudio, deseo adoptar la siguiente noción: es la situación en la que los individuos y órganos se encuentran regidos por el derecho y sometidos al mismo. Incluye al Estado, su poder y su actividad.<sup>2</sup> Contrasta con todo poder arbitrario y se contrapone a cualquier forma de Estado absoluto o totalitario.<sup>3</sup> En un Estado de Derecho, es el *Derecho* —no el poder— quien manda.<sup>4</sup> Como dice

---

<sup>1</sup> 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. Además, con frecuencia el término ‘Estado de Derecho’ se utiliza como un ideal a ser procurado, al margen de que exista un sistema jurídico. Por ejemplo, un *sólido* Estado de Derecho, a diferencia de uno incipiente.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Como ocurre con el llamado ‘Estado de Policía’ caracterizado por la existencia de facultades discrecionales excesivas.

<sup>4</sup> 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 XIX.

Hayek:<sup>5</sup> el Estado de Derecho debe entenderse como el opuesto al estado de status.<sup>6</sup>

La noción ‘Seguridad Jurídica’ también ha sido objeto de diferencias de opinión. La que me persuade la concibe como la certeza que tiene el individuo que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos justos, transparentes, regulares y preestablecidos.<sup>7</sup> Implica no sólo que el orden social sea eficaz, sino que también sea justo.

Ambos conceptos forman parte de los fines principales del derecho.<sup>8</sup> La procuración de los mismos descansa en dos instituciones que juegan un papel distinto, pero complementario: el derecho (§b), y la judicatura (§c). Descrita cada una comentaré su papel (§d).

## B. EL DERECHO

Establecer las ‘reglas del juego’ es una función elemental del gobierno. Ello se procura mediante la codificación de una serie de reglas creando lo que todos conocemos como el Derecho.<sup>9</sup>

La existencia de una marco transparente, neutral y confiable juega un papel importante: establece la cancha sobre la cual tendrá lugar el partido

---

<sup>5</sup> F.A. Hayek, THE ROAD TO SERFDOM, The University of Chicago Press, Chicago, 1944, 1994, pg. 87.

<sup>6</sup> Sus palabras exactas son: the Rule of Law ... should probably be regarded as the true opposite of the rule of status.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> Kelsen y Kant postulaban que la Seguridad Jurídica es la característica esencial de lo jurídico.

<sup>9</sup> Sobre la Codificación, se recomienda Bruno Oppetit, ESSAI SUR LA CODIFICATION, Presses Universitaires de France, 1998.

económico. Es el cimiento legal del edificio económico que los comerciantes construirán.

Los tres adjetivos son importantes. El marco legal debe ser conocido por todos para dar la predecibilidad necesaria para diseñar la estrategia que se seguirá. Debe no estar tildado de un lado y debe saberse que el mismo existirá y podrá acudir a él en cualquier momento.

El papel que juega es supletorio y complementario. Si bien distinguibles,<sup>10</sup> su utilidad genérica debe quedar clara: Si bien las partes podrían contractualmente confeccionar los resultados que desean procurar, ningún intercambio voluntario está libre de ambigüedad. Por más astutas o bien asesoradas que sean las partes es imposible detallar sus contratos con tal minuciosidad que todos los problemas de posible materialización puedan ser resueltos con anterioridad. E intentar detallar es oneroso. Por ende, cada operación comercial que descansa en un sistema jurídico particular se apalanca *gratuitamente* de una infraestructura de reglas (tanto escritas como no escritas: la interpretación que a lo largo de la historia la judicatura en cuestión les ha dado en casos particulares) que brindan certeza sobre qué pasará si una eventualidad sucede o no.

Entre más rico sea dicho cuerpo normativo, más valioso es, más certeza da y menos riesgosa será la actividad económica que se cimienta en él.

### C. LA JUDICATURA

Las controversias son inherentes a toda actividad humana. El Estado debe procurar una infraestructura que permita su solución. Y debe ser una solución no solo correcta en el fondo sino rápida y derivada de un proceso que no sea engorroso. Es decir, la solución de los problemas debe ser positiva en tres

---

<sup>10</sup> La supletoriedad cubre los aspectos que las operaciones comerciales de las partes debieron haber contemplado. La complementariedad busca dar los elementos adicionales que sean convenientes.

hemisferios: fondo, forma y tiempo. La ausencia de procuración de uno de los mismos implica un costo que desincentiva la existencia de actividad económica.

Podría argumentarse que mientras que el fondo sea correcto, la forma y tiempo pasan a un segundo plano. Disentiría. Una decisión correcta pero tardía puede también ser dañina. Lo que es más, bien podría ser fútil. A su vez, si para arribar a una decisión correcta hay que seguir un procedimiento engorroso, se desincentiva la procuración de la misma, forzando la absorción de un costo que reducirá la actividad económica.

Existe una correlación positiva entre la confiabilidad, rapidez y eficiencia del sistema de impartición de justicia y la proclividad a que actividad económica tenga lugar. El motivo es claro: facilita operaciones comerciales mediante reglas confiables.<sup>11</sup>

#### D. EL DERECHO Y LA JUDICATURA COMO DOS PILARES DE LA MISMA INFRAESTRUCTURA

El Derecho y la Judicatura son dos pilares que sostienen un edificio conceptual importante: el Estado de Derecho y la Seguridad jurídica.

En la edificación de dicha infraestructura los pilares descritos tienen una función *a priori* y una *a posteriori*. *A priori* el Derecho establece las reglas del juego que regirán la actividad que tenga lugar. *A posteriori* la Judicatura resuelve qué pasa si no se siguen. Y su efecto es uno: fomentar la consecución de actividad económica reduciendo su costo.

En la medida en que el Derecho y la Judicatura reúnan los adjetivos descritos se producirá el siguiente efecto económico: reduce riesgos. Y el riesgo es un costo. Entre más cueste la actividad, menos probable es que tenga lugar.

---

<sup>11</sup> Como así lo enfatiza Milton Friedman (Friedman, Milton, FREE TO CHOOSE. A PERSONAL STATEMENT, San Diego, Hartcourt, Inc., 1979, 1990, pg. 30).

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, y un foro que resuelva los problemas que puedan suscitarse, lo más probable es que la misma no ocurra (por temor al riesgo de una controversia de solución onerosa), ocurra con menos frecuencia que la deseable, o que su costo incremente como resultado de la implementación de medidas (sea *de iure*<sup>12</sup> o *de facto*<sup>13</sup>) que aseguren el resultado deseado.

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 ocurren cuestan más, dejando menores utilidades.

Para ejemplificar, si hacer valer un derecho tiene un costo de \$1000, dos consecuencias resultan (a) se incurrirán en medidas para reducir riesgos (y ello tendrá lugar hasta que las medidas alcancen \$1000); y (b) el derecho 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 que se materialice (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.

---

<sup>12</sup> Por ejemplo, requerir garantías.

<sup>13</sup> Por ejemplo, llevar a cabo conducta estratégica que evite oportunismo.

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.*

La moraleja es clara: *en ausencia de un mecanismo eficiente y poco oneroso para hacer valer derechos, hay actividad que no tiene lugar. Y ello implica pérdida de bienestar —tanto para las partes que la hubieran conllevado, como socialmente.*

### **III. PROBLEMAS**

Tanto el diseño del marco legal como el de la infraestructura que lo implementa adolece de problemas. Los trataré por separado.

#### **A. EL DERECHO**

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

Mucho derecho es sobrerregulatorio. Lo he dicho antes y lo repetiré:<sup>14</sup> *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.

---

<sup>14</sup> LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA ECONOMÍA, ponencia presentada ante el X Congreso de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C.

En materia **fiscal** es fácil percibir la inflación regulatoria. El grado y detalle con el cual se regulan actividades es tal que se requiere una enorme burocracia estatal y privada<sup>15</sup> para acatarla. Y ello es un costo.<sup>16</sup> 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. Un ejemplo es el impuesto progresivo. Los motivos son varios. Para comenzar, el impuesto marginal desincentiva actividad económica.<sup>17</sup> A su vez, la necesidad de hacer los cálculos correspondientes a qué parte del ingreso tributa bajo qué tasa, así como 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, genera una labor enorme. Lo que es más, encarece los costos indirectos de la actividad económica.<sup>18</sup> La opción parece mucho más sensata: establecer un impuesto único, plano,<sup>19</sup> que grave todos los niveles de

---

<sup>15</sup> Contadores, fiscalistas, secretarías y personal diverso que implemente las diversas, y en ocasiones ridículas, obligaciones fiscales.

<sup>16</sup> 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 medida adoptada en ineficiente, y a los empleos generados en parásitos.

<sup>17</sup> El motivo es que a partir de cierto punto 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.

<sup>18</sup> 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!

<sup>19</sup> 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. La conveniencia del mismo es debatida. 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. Quienes están en contra sostienen que es una medida 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. Tengo tres respuestas. En primer lugar, la crítica mencionada pasa por alto que, al gravar menos el ingreso nacional *total*, existe más

ingreso a la misma tasa.<sup>20</sup> Podría argüirse que, como resultado del principio de utilidad decreciente del ingreso,<sup>21</sup> ello trataría desigual a los contribuyentes.<sup>22</sup> Disentiría, y por dos motivos: (1) el propósito en verdad no se logra,<sup>23</sup> 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’?<sup>24</sup>

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.

- 
- ahorro y actividad económica, lo cual implica más empleo y mejores salarios. En segundo, entre más se incentiva actividad económica, más se “auto-pagará” la pérdida del ingreso marginal por los ingresos adicionales que generen las actividades adicionales. Y en tercer lugar, no es necesariamente cierto que la ausencia de impuesto marginal beneficia más a la clase alta que a la baja. Más bien depende 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, es resultado es el opuesto.
- <sup>20</sup> Por ejemplo, que el Impuesto Sobre la Renta sea de 30% para todos (personas físicas y morales, sin importar el nivel de ingreso).
- <sup>21</sup> 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?
- <sup>22</sup> Lo cual violaría el principio de proporcionalidad contemplado en la fracción IV del artículo 31 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- <sup>23</sup> El ideal no se logra pues el sistema progresivo se detiene a un nivel determinado (v.gr. 29% — artículo 113 de la Ley del Impuesto sobre la Renta), lo cual hace que las personas que excedan dicho nivel de ingresos queden fuera del mecanismo que procura hacer ‘proporcional’ el impuesto que pagan. Y entre mayores sean sus ingresos más palpable será la ineficacia del mecanismo pues —siguiendo con el principio de utilidad marginal decreciente— menos valorarán el impuesto que pagan.
- <sup>24</sup> 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 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.** ... [P]ara que un gravamen sea proporcional, se requiere que ... refleje una auténtica manifestación de capacidad económica del sujeto pasivo, entendida ésta como la potencialidad real de contribuir a los gastos públicos. (...) (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.)

En materia **procesal**, el deseo de establecer reglas justas ha dado lugar a una cantidad tal de sobrerregulación que el fin que lo motivaba se ve comprometido —si no es que sesgado. Si uno no conoce las (literalmente miles de) artimañas, trucos, huecos, fisuras y demás imperfecciones que el exceso de legislación procesal genera, es difícil obtener justicia.<sup>25</sup> Y lo que es peor, el fenómeno es auto-perpetuante: 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.<sup>26</sup> 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. 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.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> Ver por ejemplo el artículo 1434 del Código de Comercio de México que contempla lo que la doctrina arbitral denomina la Carta Magna del arbitraje: igualdad y plena oportunidad para hacer valer derechos.

<sup>27</sup> “Everything should be made as simple as possible, but not simpler” fueron sus palabras exactas.

El problema es endémico a todo el derecho adjetivo. En esencia subvierte el propósito mismo para el que fue creado:<sup>28</sup> la verdad *legal* con frecuencia no coincide con la verdad *verdadera*. Así lo hacía notar Octavio Paz:<sup>29</sup>

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.<sup>30</sup> 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<sup>31</sup> 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 intachable; 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, etcétera), y se pone en relieve gracias a un medio de creciente importancia: el comercio electrónico.

---

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> Octavio Paz, LAS ILUSIONES Y LAS CONVICCIONES, en EL OGRO FILANTRÓPICO: HISTORIA Y POLÍTICA, 1971-1978, México, Joaquín Mortiz, 1979, pg. 82.

<sup>30</sup> Estudios empíricos así lo demuestran.

<sup>31</sup> Piénsese en una de las peores pesadillas de los comerciantes: los sindicatos negros.

Existe otro problema relacionado con la forma: la onerosidad de la utilización de los fedatarios. La escasez generada por las leyes del notariado tiene como resultado la generación de un poder oligopólico, cuasimonopólico, de los fedatarios; lo cual necesariamente resulta en costos supracompetitivos. El problema de ello es que generan un costo de transacción importante que hace más onerosa la actividad económica, obstaculizando la procuración de la eficiencia asignativa.<sup>32</sup> 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 valoran 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.

### C. LA JUDICATURA

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

---

<sup>32</sup> 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 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.<sup>33</sup> 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 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,<sup>34</sup> 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 endémico como conocido. Y ello es grave. Me atrevo a aseverar que una decisión temporalmente atinada es frecuentemente más importante que 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:

---

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> 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.

las leyes son como telarañas: si una pobre criatura se topa con ellas, quedará atrapada; pero una grande puede romper y atravesarlas librándose de las mismas.<sup>35</sup>

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

#### D. CONCLUSIÓN

Como puede verse, en su perfil económico el Derecho y la Judicatura encierran una ironía: siendo creados para evitar conducta parasitaria y depredatoria, se tornan en un agente y una fuente de la misma.

### IV. SUGERENCIAS

El que existan problemas no necesariamente milita a favor de desechar las instituciones, sino perfeccionarlas. Para ello debe entenderse en qué se erró.

En mi opinión existen tres políticas que ayudarían en la solución de los problemas descritos: (a) el fomento del arbitraje y los mecanismos alternativos de solución de controversias; (b) la intervención como excepción; y (c) el mercado como opción.

#### A. FOMENTO DEL ARBITRAJE Y LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

El arbitraje y los mecanismos alternativos de solución de controversias son métodos con una utilidad importante, frecuentemente pasada por alto o entorpecida. Comencemos con lo que son (§1), para luego abordar porqué son pasadas por alto (§2) y entorpecidas (§3).

---

<sup>35</sup> 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”.

## 1. 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*).<sup>36</sup>

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

Los MASC son mecanismos útiles para resolver en forma no legalista<sup>37</sup> diferencias preservando las relaciones de las que derivan.<sup>38</sup> El arbitraje es un método adversarial que no necesariamente preserva las relaciones.

En esencia, mientras que el arbitraje busca decidir a quien asiste el derecho, los MASC buscan una solución práctica a un problema, mismo que puede no ser compatible con 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.

---

<sup>36</sup> Para profundizar sobre esto puede acudirse a la obra ARBITRAJE, González de Cossío, Ed. Porrúa, México, D.F., 2004, Capítulo II. Entre estos mecanismos destaca la conciliación y la mediación.

<sup>37</sup> 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 derecho, y viceversa. Los MASC permiten prescindir de ello y enfocarse en lo que resolverá la controversia.

<sup>38</sup> Percibo que la formación de 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 auto-perpetuante el problema de la falta de percepción de la utilidad de los mismos. Ante dicha problemática he propuesto 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). Puede consultarse en ARS IURIS, número 30, 2003; REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, número 28, 2004; y en el capítulo II de la obra ARBITRAJE.

El arbitraje no es para todo. Es un mecanismo especializado no apto para todo tipo de problemas. Lo he dicho antes y lo seguiré diciendo: el arbitraje es un método ideal para resolver controversias en cuatro nichos de mercado:<sup>39</sup> (1) controversias mercantiles;<sup>40</sup> (2) internacionales;<sup>41</sup> (3) controversias técnicas, complejas;<sup>42</sup> o (4) controversias monetariamente importantes.<sup>43</sup> La comprensión de esto es 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*<sup>44</sup> 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

---

<sup>39</sup> Como así se hace hincapié en la obra ARBITRAJE, pgs. 1 y 567.

<sup>40</sup> 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 hombres de negocios 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.

<sup>41</sup> 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.

<sup>42</sup> 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.

<sup>43</sup> Dado el quantum en disputa, se justifica pagar por justicia privada, solicitando que una persona le dedique el tiempo suficiente.

<sup>44</sup> 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.

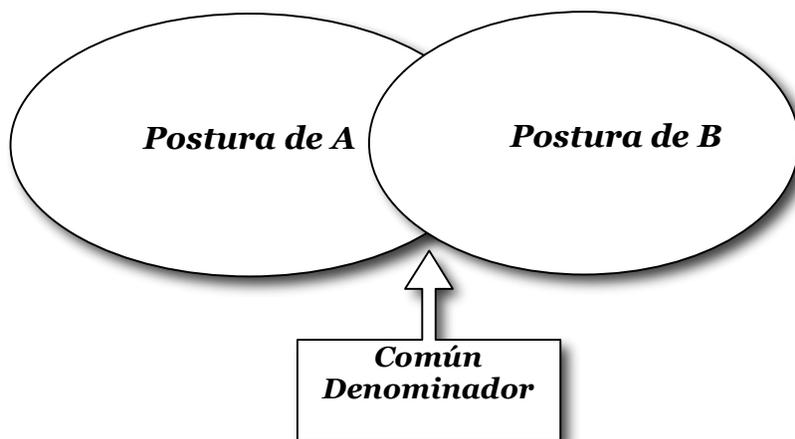
puntos sólidos y los puntos débiles de su postura arribando de esta manera a la 'verdadera' postura de la parte en cuestión.

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: (a) que las diferencias sean reconciliables pues existe un común denominador; (b) que las diferencias son reconciliables por no estar tan alejadas que se justifique un método adversarial para solucionarlas; y (d) las diferencias no son 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.

a) **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-cero<sup>45</sup> en el cual habrá necesariamente un ganador y un perdedor. Se llegará a un resultado en que todos ganen,<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> 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.

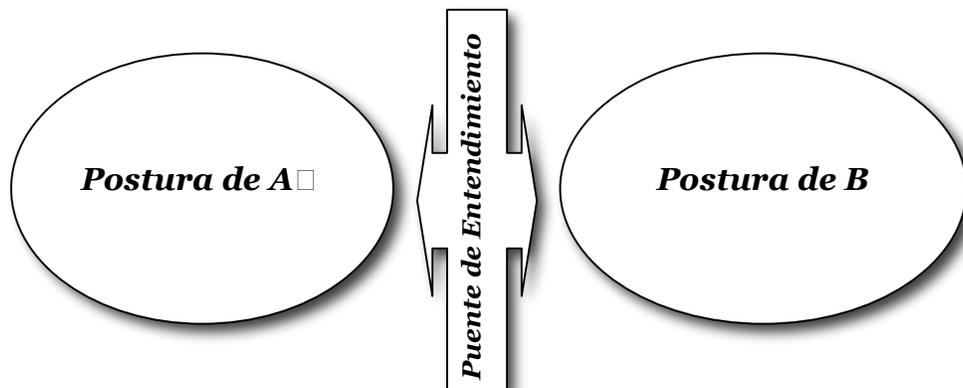
<sup>46</sup> Utilizando términos de Teoría de los Juegos (en inglés), es un resultado “win-win”. Lo anterior es en contraposición a un resultado “win-lose” o “lose-lose”. En el “win-lose” uno gana y otro pierde. En el “lose-lose” ambos pierden.

evitando el resultado en que sólo habrá un ganador y necesariamente un perdedor.<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> 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, 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 esta y estaremos perdidos”. De allí la frase ‘Victoria Pírrica’.

- b) **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 de preferencia de las partes, implica un sacrificio menor que el costo que tendría el litigar o arbitrar la controversia. Matemáticamente, podría expresarse mediante las siguientes ecuaciones:

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

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

Donde:

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

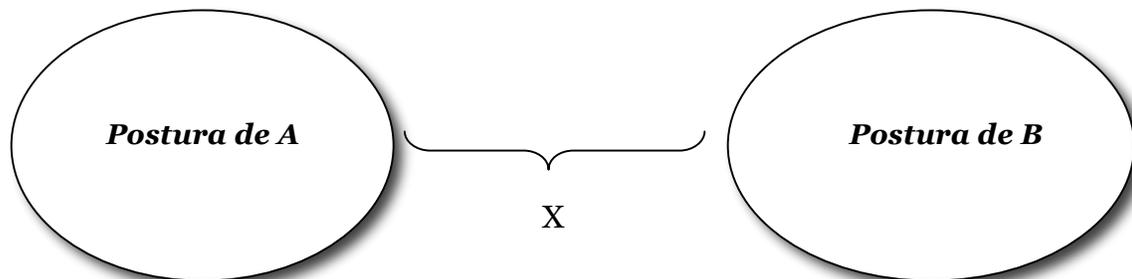
$$C = \text{Costo del Arbitraje o Litigio}$$

En estas circunstancias también se estará en presencia de un resultado en el que ambas partes ganan<sup>48</sup> al evitarse los gastos y tiempo que implicaría el tener que llegar a un resultado derivado de un procedimiento adversarial.

---

<sup>48</sup> O pierden menos, según se quiera observar.

- c) **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’.<sup>49</sup> Estos casos se presentan, por ejemplo, cuando los puntos medulares que una de las partes busca son iguales a los puntos que para la contraparte 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.

## 2. 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 formación debe ser nutrida con la utilidad de las herramientas de los MASC. De

---

<sup>49</sup> Sería un caso de  $X > C$ .

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.<sup>50</sup>

### **3. Entorpecimiento de la utilización del arbitraje**

Paradójicamente, 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.<sup>51</sup> Lo que puede decirse son las conclusiones centrales:

- a) Las judicaturas estatales y el arbitraje no compiten, cooperan.
- b) Los jueces nacionales no son *ad quem* de los árbitros. No existe relación jerárquica entre unos y otros.

---

<sup>50</sup> 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).

<sup>51</sup> 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 el autor 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.

- c) Las instancias en las que puede intervenir un juez nacional en el arbitraje son excepcionales y de interpretación estricta.
- d) 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 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 facultades entorpeciendo procedimientos arbitrales.

#### B. EVITAR INTERVENCIONISMO

El Estado tiene 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 (1) es posible que la actividad sea realizada por particulares; (2) si la medicina no es más dañina que la enfermedad.

La experiencia muestra que una vez que un gobierno comienza una actividad casi nunca es concluida. Más aún, tiende a expandirse y a requerir un presupuesto cada vez mayor, más que a su reducción o abolición.<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> Esta aguda observación es realizada por Milton Friedman (FREE TO CHOOSE. A PERSONAL STATEMENT, San Diego, Harcourt, Inc., 1979, 1990, pg. 32).

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.<sup>53</sup>

### C. EL MERCADO COMO UNA OPCIÓN

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

Algunos consideran que el Estado debe guiar la economía. Considero que 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

---

<sup>53</sup> Esta aseveración puede ser cuestionada y estudiada en un interesante libro (curiosamente) autorado por un historiador ruso: Richard Pipes (PROPERTY AND FREEDOM, New York, Vintage Books, 1999).

filosóficas, en una palabra, las formas ideológicas en que los hombres adquieren conciencia de este conflicto y lucha por resolverlo.<sup>54</sup>

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

Los comerciantes, la gente emprendedora en general, son lo que compone una sociedad, lo que la hace crecer, desarrollarse y progresar. El Estado no es mas 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.

## V. COMENTARIO FINAL

William O. Douglas decía que las ideas han mostrado ser las fuerzas más peligrosas en la historia de la humanidad.<sup>55</sup> Coincido parcialmente. Creo que el adjetivo ‘peligrosas’ debe ser cambiado por ‘importantes’: *las ideas han sido las fueras más importantes de la historia.*

La idea por la que deseo abogar en el contexto del análisis de los sistemas de impartición de justicia es que, en el diseño de un sistema legal y judicial eficiente en el logro de los objetivos para los que fue concebido, debe procurarse confeccionar ‘normas eficientes’, entendiendo por estas las que constriñen la actividad que buscan regular en forma costo-efectiva en comparación con los fines a los que se desea llegar. Para ello sugiero que el arquitecto legal descansa en dos políticas:

1. El Estado no es para todo. La libertad debe ser la regla y la intervención la excepción, y una opción es el mercado.

---

<sup>54</sup> 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.

<sup>55</sup> Brenner, Reuben, BETTING ON IDEAS. *Wars, Interventions, Inflation*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1985.

2. Debe fomentarse la utilización del arbitraje y los mecanismos alternativos de solución de controversias, comprendiendo el papel de colaborador —no controlador— que la judicatura nacional tiene en dicho esquema.

Deseo hacer eco y aplaudir lo que bien podría calificarse como la aportación más importante del gran juez y pensador Richard A. Posner al pensamiento económico y jurídico:<sup>56</sup> el derecho debe ser, además de todo lo que ya es, un mecanismo que fomente el bienestar social, económico, de la sociedad.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> 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.

<sup>57</sup> “...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.