

LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA ECONOMÍA*

Francisco González de Cossío

I.	INTRODUCCIÓN.....	1
II.	DIAGNÓSTICO	2
III.	LA FUNCIÓN ECONÓMICA DEL ESTADO.....	2
IV.	LA FUNCIÓN ECONÓMICA DEL ESTADO DE DERECHO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA.....	4
A.	ESTADO DE DERECHO Y SEGURIDAD JURÍDICA.....	4
B.	ECONOMÍA DETRÁS DEL ESTADO DE DERECHO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA	5
1.	Bienes públicos.....	5
2.	Externalidades.....	6
3.	Las ‘reglas del juego’	8
4.	Impartición de Justicia.....	9
V.	LA <u>DEFUNCIÓN</u> ECONÓMICA DEL ESTADO	10
A.	EL DIAGNÓSTICO	10
1.	Bienes públicos.....	10
2.	Externalidades.....	11
3.	Las ‘reglas del juego’	12
4.	Impartición de Justicia.....	17
5.	Conclusión	18
B.	LA MORALEJA	18
1.	Evitar intervencionismo	18
2.	El mercado como una opción.....	19
VI.	COMENTARIO FINAL: el bienestar económico como un fin del derecho	20
VII.	PREGUNTAS PARA EL CONGRESO.....	21

I. INTRODUCCIÓN

Desde una perspectiva económica, el Derecho, el Estado de Derecho y su resultado: la Seguridad Jurídica, cumplen una función importante. Dicha función será comentada. Para ello, se realizará un diagnóstico (§II), trataré el papel económico del Estado (§III),

* Ponencia ante X Congreso de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., Campeche 2007.

el Estado de Derecho (§IV), los problemas propiciados (§V), y se hará una propuesta de solución a los mismos (§VI).

II. DIAGNÓSTICO

En este estudio se realizará un breve comentario de la importancia económica del Estado de Derecho y de la Seguridad Jurídica. Entendida la misma se realizará una prognosis de las deficiencias que, bajo el ángulo de estudio indicado, existen en el sistema actual, para proceder a elaborar sugerencias que sirvan de guía para corregir esta situación.

III. LA FUNCIÓN ECONÓMICA DEL ESTADO

El papel del Estado ha sido objeto de diferencias de opinión. Y las mismas han variado —a veces drásticamente— en el tiempo y espacio. En este estudio me concentraré en el papel *económico* del Estado.

Samuelson y Nordhaus, dos conocidas autoridades en la materia, explican que el papel económico del Estado es:¹

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 desempleo e inflación.

¹ Samuelson, Paul A. y William D. Nordhaus, *Economics*, 15th edition, New York, McGraw Hill, 1995, pg. 30.

Sobre el papel del gobierno, Adam Smith explica:²

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.

Fuera de lo anterior, Smith postulaba libertad individual y abstención de intervencionismo.³

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 independientes.
2. *Protección interna*: Proteger a todo miembro de la sociedad de injusticia u opresión de cualquier otro miembro de la misma y administrar de justicia.
3. *Bienes públicos*: Erigir y mantener ciertos bienes e instituciones públicas.

Deseo vincular las ideas plasmadas con la noción de Estado de Derecho y Seguridad Jurídica.

² Smith, Adam, *The wealth of nations*, London, Methuen & Col. Ltd., 1930, Book II, Chap. III , Vol. I, pg. 325.

³ Como queda en evidencia si se observa la oración que antecede el texto citado: “*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.*”

IV. LA FUNCIÓN ECONÓMICA DEL ESTADO DE DERECHO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA.

A. ESTADO DE DERECHO Y SEGURIDAD JURÍDICA

Una de las funciones más importantes del Estado es propiciar el Estado de Derecho y brindar Seguridad Jurídica. Desde la perspectiva económica, la observación no solo es constante, sino creciente. Explicaré porqué.

Los términos están relacionados, mas son distinguibles.

El significado del concepto ‘Estado de Derecho’ ha sido objeto de debate.⁴ No entraré al mismo. Para efectos de este estudio, deseo adoptar la siguiente noción: es la situación en la que diversos individuos u órganos se encuentran regidos por el derecho y sometidos al mismo. Incluye al Estado, su poder y su actividad.⁵ Contrasta con todo poder arbitrario y se contrapone a cualquier forma de Estado absoluto o totalitario.⁶ Es decir, en un Estado de Derecho, es el *Derecho* —no el poder— quien manda.⁷ Como dice Hayek:⁸ el Estado de Derecho debe entenderse como el opuesto al estado de status.⁹

4 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.

5 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.

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

7 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.

8 Hayek, F.A. *The Road to Serfdom*, Chicago, The University of Chicago Press, 1944, 1994, pg. 87.

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

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 de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos justos, transparentes, regulares y preestablecidos.¹⁰ Implica no sólo que el orden social sea eficaz, sino que también sea justo.

Ambos conceptos forman parte de los fines principales del derecho.¹¹ Los motivos, desde la perspectiva de la ciencia del derecho, son diversos.¹² No los abordaré. Lo que deseo es añadir una razón adicional: tienen fines económicos importantes.

B. ECONOMÍA DETRÁS DEL ESTADO DE DERECHO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

Económicamente, el Estado cumple una labor importante procurando: (1) ‘bienes públicos’, (2) evitar ‘externalidades’ negativas, (3) establecer las ‘reglas del juego’, y (4) contar con un sistema de administración de justicia. Cada uno será abordado.

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 marginal¹³ 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’)

¹⁰ 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.

¹¹ Kelsen y Kant postulaban que la Seguridad Jurídica es la característica esencial de lo jurídico.

¹² Justicia, equidad, sana convivencia, felicidad, etcétera.

¹³ ‘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.

tiene la característica de no ser excluible: una vez que se provee es imposible prevenir que otras personas lo consuman.

Esta última característica evita 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 el mismo. Esta situación es conocida en el argot económico como “*free riding*”.¹⁴

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.¹⁵ 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.

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 generar a terceros tanto costos como beneficios: ‘externalidades’.

Si resulta en perjuicios se tratará de una externalidad *negativa*. Una actividad que genera beneficios a terceros será una externalidad *positiva*. Por ejemplo, la producción genera contaminación. Si no existe un método para hacer que quien

¹⁴ 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 por su término en inglés (*free riding*) o como ‘conducta parasitaria’.

¹⁵ Por ejemplo, una carretera de cuota.

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.¹⁶

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 beneficia pague al beneficiante, existirán menos incentivos para que dichas actividades tengan lugar.¹⁷

Dicho de otra manera, una función importante del gobierno es vencer el ‘fracaso del mercado’ de procurar indemnización cuando ello es apropiado, o atribución de responsabilidad: las transacciones privadas no permiten atribuir las consecuencias correspondientes y ello genera ausencia de actividad económica deseable o costos.

¹⁶ 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).

¹⁷ En esencia, esto es lo que propicia la existencia de los derechos intelectuales.

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

3. Las ‘reglas del juego’

Establecer las ‘reglas del juego’ es una función elemental del gobierno. Tanto *a priori* como *a posteriori*. Debe contarse con un marco de reglas bajo las cuales las personas puedan realizar actividad económica, y, en caso de presentarse un problema, establecer 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 la implementación de medidas (*sea de iure*¹⁸ o *de facto*¹⁹) 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. Es por esto que el papel *a posteriori* cobra importancia: debe existir una infraestructura confiable y eficiente capaz de resolver rápidamente dichas eventualidades. De lo contrario, se generará un riesgo. Y el riesgo es un costo. Entre más cueste la actividad, menos probable es que tenga lugar.

Por ejemplo, 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

¹⁸ Por ejemplo, requerir garantías.

¹⁹ Por ejemplo, llevar a cabo conducta estratégica que evite oportunismo.

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

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.²⁰

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 una controversia de solución onerosa) o que los agentes económicos incurran en costos²¹ 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

²⁰ Como así lo enfatiza Milton Friedman (Friedman, Milton, *Free to Choose. A Personal Statement*, San Diego, Hartcourt, Inc., 1979, 1990, pg. 30).

²¹ De nuevo dichos costos derivan de las medidas *de jure* o *de facto* que tendrían que tomarse para brindar certeza.

tendrá lugar hasta que las medidas alcancen \$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.

V. LA DESFUNCIÓN ECONÓMICA DEL ESTADO

A. EL DIAGNÓSTICO

Las funciones del Estado generan una paradoja: el Estado 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 y los 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.

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

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 a 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.²² Tales, que la medicina puede ser peor que la patología. En dicho caso, podrían calificarse como “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.

En este contexto existe un riesgo: las frecuentes alusiones a las bondades de ciertas intervenciones. Y son como cantos de sirena.

²² Como lo enfatiza Milton Friedman, *ob. cit.* 20, pg. 31.

La tentación debe ser resistida. La experiencia muestra que, una vez que el Estado comienza una actividad, su labor tiende al infinito.

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 en el cual se desenvuelva la actividad económica. Desafortunadamente, es frecuente encontrar que ello no tiene lugar.

Mucho derecho es sobrerregulatorio. 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 privada²³ para acatarla. Y ello es un costo.²⁴ 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. Y por varios motivos. Para

²³ Contadores, fiscalistas, secretarías y personal diverso que implemente las diversas, y en ocasiones ridículas, obligaciones fiscales.

²⁴ 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.

comenzar, el impuesto marginal desincentiva actividad económica.²⁵ 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.²⁶ La opción parece mucho más sensata: establecer un impuesto único, plano,²⁷ que grave todos los niveles de ingreso a la misma tasa.²⁸ Podría argüirse que, como resultado del principio de utilidad decreciente del ingreso,²⁹ ello trataría desigual a los contribuyentes.³⁰ Disentiría, y por dos motivos: (1)

²⁵ 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.

²⁶ 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!

²⁷ 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. 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 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.

²⁸ Por ejemplo, que el Impuesto Sobre la Renta sea de 30% para todos (personas físicas y morales, sin importar el nivel de ingreso).

²⁹ 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?

³⁰ Lo cual violaría el principio de proporcionalidad contemplado en la fracción IV del artículo 31 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

el propósito en verdad no se logra,³¹ 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’?³²

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.

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.³³ 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

³¹ 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.

³² 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.** 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.)

³³ 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.

procesal están contemplados y respetados.³⁴ 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.³⁵

Y el problema es endémico a todo el derecho adjetivo. En esencia subvierte el propósito mismo para el que fue creado:³⁶ la verdad *legal* con frecuencia no coincide con la verdad *verdadera*. Así lo hacía notar Octavio Paz:³⁷

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.³⁸ 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,³⁹ y genera incentivos diversos que restan productividad.

³⁴ 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.

³⁵ “*Everything should be made as simple as possible, but not simpler*” fueron sus palabras exactas.

³⁶ Zepeda Lecuona, Guillermo, *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.

³⁷ Paz, Octavio, *Las ilusiones y las convicciones*, en *El Ogro Filantrópico: historia y política, 1971-1978*, México, Joaquín Mortiz, 1979, pg. 82.

³⁸ Estudios empíricos así lo demuestran.

³⁹ Piénsese en una de las peores pesadillas de los comerciantes: los sindicatos negros.

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, 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 como resultado la generación de un poder oligopólico, cuasimonopólico, de los fedatarios; lo cual necesariamente resulta en costos supracompetitivos. 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.⁴⁰ 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.

⁴⁰ 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) (Coase 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). 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.

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.

Existe una percepción generalizada que la judicatura no es confiable.⁴¹ 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,⁴² 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 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:

⁴¹ 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.

⁴² 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 encuentra con ellas, quedará atrapada; pero una grande puede romper y atravesarlas librándose de las mismas.⁴³

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

5. Conclusión

Como puede verse, en su perfil económico el Estado encierra una ironía: siendo creado para evitar conducta parasitaria y depredatoria, se torna en un agente y una fuente de la misma.

B. LA MORALEJA

Las observaciones anteriores no quieren decir que el Estado es inútil, o que debe ser desechado. Lejos de ello. Como se explicó, tiene 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 dos políticas que deben orientar las soluciones que se adopten: (1) la intervención como excepción; y (2) el mercado como opción.

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; (b) si la medicina no es más dañina que la enfermedad.

⁴³ 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*”.

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.⁴⁴

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.⁴⁵

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.

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

⁴⁴ Esta aguda observación es realizada por Friedman, *ob. cit.* 20 pg. 32.

⁴⁵ 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).

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 filosóficas, en una palabra, las formas ideológicas en que los hombres adquieren conciencia de este conflicto y lucha por resolverlo.⁴⁶

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, vivir 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 solo en la medida en que su costo no exceda sus beneficios.

VI. COMENTARIO FINAL: EL BIENSTAR ECONÓMICO COMO UN FIN DEL DERECHO

William O. Douglas decía que las ideas han mostrado ser las fuerzas más peligrosas en la historia de la humanidad.⁴⁷ Coincido parcialmente. Creo que el adjetivo ‘peligrosas’ debe ser cambiado por ‘importantes’: *las ideas han sido las fueras más importantes de la historia.*

En el contexto del foro sobre Seguridad Jurídica de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, deseo aplaudir y hacer eco de lo que bien podría calificarse como la aportación más importante del gran juez y pensador Richard A. Posner al pensamiento

⁴⁶ *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.

⁴⁷ Brenner, Reuben, *Betting on Ideas. Wars, Interventions, Inflation*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1985.

económico y jurídico: ⁴⁸ el derecho debe ser, además de todo lo que ya es, un mecanismo que fomente el bienestar social, económico, de la sociedad.⁴⁹

VII. PREGUNTAS PARA EL CONGRESO

Propongo las siguientes preguntas durante el X Congreso Anual de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C.:

1. ¿Existen motivos distintos a los tratados en este ensayo para darle un papel económico distinto al aquí propuesto al Estado?
2. ¿Existen contra-argumentos sobre la desfunción económica del Estado?
3. ¿Qué se opina sobre el postulado realizado al final de este estudio sobre el papel económico del Derecho?

⁴⁸ 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.

⁴⁹ “...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.