

LA CONSTITUCIÓN Y LOS DERECHOS PRIVADOS DE PROPIEDAD

Isaac M. KATZ*

RESUMEN: La garantía de efectividad del respeto a los derechos privados de propiedad es determinante para el desarrollo pleno de la economía mexicana. Con esta hipótesis central, el autor hace un análisis de los artículos 27 y 28 de la Constitución en el que destacan tres elementos. El primero tiene que ver con una Constitución que no define ni protege los derechos privados de propiedad sobre los recursos y sobre el ingreso derivado de su utilización. El segundo es aquél que otorga al gobierno un amplio poder para intervenir discrecionalmente en la economía. Finalmente, el tercero constituye el marco legal que no genera las condiciones para que haya igualdad de acceso a los mercados. En opinión del autor, estos contenidos constitucionales son una fuente que atenta contra los derechos privados, lo que finalmente desalienta la inversión privada y anula el crecimiento de la economía, por lo que sugiere la eliminación de las disposiciones que le permiten al gobierno intervenir de forma arbitraria y atentar en contra de la propiedad privada.

ABSTRACT: An effective guarantee of respect for the rights of private ownership is essential for a full development of the Mexican economy. Taking this as his central hypothesis, the author makes an analysis of articles 27 and 28 of the Constitution in which three elements are outstanding. The first concerns a Constitution which neither defines nor protects private ownership rights over resources and over the revenue obtained from their use. The second is that which confers a broad power on the government to interfere in the economy as it seems to fit, while the third represents the legal framework which fails to provide for marketing access under equal conditions. In the author's opinion these provisions contained in the Constitution represent a violation of private rights, discouraging private investment at long term and nullifying the growth of the economy, and he therefore proposes that the provisions which allow the government to intervene arbitrarily and violate private ownership be eliminated.

* Departamento de Economía, Instituto Tecnológico Autónomo de México.

I. INTRODUCCIÓN

México, a pesar del potencial de crecimiento que tiene por los recursos naturales que posee así como por su privilegiada posición geográfica junto a la economía más grande del mundo, es sin embargo una economía subdesarrollada, con un ingreso por habitante apenas cercano a los 4,000 dólares anuales, el cual, además, se encuentra inequitativamente distribuido, absorbiendo el 10% más rico de la población casi el 40% del ingreso nacional, mientras el 20% más pobre únicamente absorbe el 4%. Además, entre 1983 y 1999 el nivel de ingreso real por habitante prácticamente se ha estancado, mientras que la tasa de inflación acumulada para el mismo periodo ha sido de casi 25,000%.

La explicación del pobre desempeño de la economía mexicana se encuentra en dos elementos íntimamente relacionados. El primero es la ausencia de mecanismos efectivos para que el gobierno asuma una actitud socialmente responsable, con un sistema eficiente de rendición de cuentas, en la utilización de los recursos que posee y que le extrae a la sociedad con el fin de que se maximice el bienestar presente, pero sobre todo futuro, de la población. El segundo es la deficiente definición de los derechos privados de propiedad así como la deficiencia en la garantía y protección de éstos por parte de un Poder Judicial imparcial e independiente que obligue al cumplimiento de los contratos entre particulares y, más aún, entre éstos y el gobierno.

El propósito de este trabajo es analizar las implicaciones que tiene el diseño de la Constitución, tal como está expresado en los artículos 27 y 28, sobre los incentivos para asignar eficientemente los recursos y para incentivar el crecimiento económico. Al respecto destacan tres elementos esenciales. El primero es que se trata de una Constitución que no define ni protege los derechos privados de propiedad sobre los recursos y sobre el ingreso derivado de su utilización, por lo que el riesgo expropiatorio es elevado. El segundo es que la Constitución le otorga al gobierno un amplio poder para intervenir discrecionalmente en la economía y en donde, por tratar al gobierno como si fuese el Estado, es imposible asignar responsabilidades de Estado por los actos de gobierno. El tercero se constituye como un marco legal que no genera las condiciones para que haya igualdad de acceso a los mercados, principalmente

el educativo y el laboral, los dos más importantes para determinar el éxito de una economía.

La conclusión que se obtiene es que el diseño constitucional es, desde un punto de vista económico, deficiente y, por lo mismo, no sienta las bases institucionales para que la economía asigne eficientemente los recursos y crezca de manera sostenida, en donde además los beneficios de este crecimiento se distribuyan equitativamente.

II. EL MARCO INSTITUCIONAL

En cualquier país, pero sobre todo en aquéllos en vías de desarrollo, las deficiencias de carácter institucional pueden constituirse como una barrera significativa en el proceso de desarrollo económico. Las instituciones económicas, que comprenden a las organizaciones económicas y al marco legal, juegan un papel muy importante para proveer un ámbito adecuado en el cual las transacciones entre los diferentes agentes económicos se llevan a cabo y que es crucial en el proceso de desarrollo económico al reducir los costos de transacción y promover la especialización en el trabajo.¹

Uno de los principales objetivos del marco legal es definir los derechos de propiedad sobre los recursos que cada uno de los agentes económicos posea y que permite a éstos apropiarse del flujo neto de ingresos que se deriva de la utilización de dichos recursos, ya sean físicos o humanos. Un segundo objetivo es determinar las condiciones de entrada y el nivel de competencia que existe en cada mercado y un tercero es contribuir a la creación de nuevos mercados.

Sin duda, la principal función del marco legal es la definición de los derechos de propiedad, entendiendo a éstos como las relaciones de comportamiento, sancionadas legalmente, entre los agentes económicos, que surgen de la existencia de bienes y que atañen a su utilización. Estas relaciones especifican las normas de comportamiento respecto a los bienes que cada agente económico debe observar en su interacción con los otros agentes económicos que componen la sociedad. Es importante señalar que el término “bien” se utiliza para definir cualquier cosa (ma-

¹ North, Douglas C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

terial o inmaterial) que brinda satisfacción o ingreso al agente económico que lo posee (satisfacción o utilidad en el caso de los consumidores o ingreso en el caso de los poseedores de un recurso productivo, ya sea capital físico, tierra o capital humano). En este contexto, el concepto de derechos de propiedad se aplica a todos los bienes escasos y que por lo tanto tienen un precio positivo.²

En la definición de instituciones y de un marco legal eficientes, el lugar más importante le corresponde a la Constitución, en la cuál, además de establecer la estructura y las reglas generales de operación del Estado, se definan los derechos privados de propiedad así como los mecanismos legales para protegerlos. Para ello, se requiere que la Constitución, como ley suprema de cualquier Estado, sea un conjunto de preceptos generales, básicos y permanentes que definan el contrato social y normen en lo general las relaciones entre los diversos agentes privados y las de éstos con el gobierno.

En general, una economía experimentará un menor nivel de desarrollo económico si la Constitución, en lugar de ser este conjunto de preceptos generales, abarca detalles específicos de diversos aspectos de las relaciones políticas, económicas y sociales que por su naturaleza son ámbito de las leyes secundarias. A medida que la Constitución entra en detalles que generalmente corresponden a leyes secundarias, se incrementan los elementos de decisión centralizada y, por lo mismo, se generan deficiencias en la asignación de recursos. Si además la Constitución experimenta continuas modificaciones, se introduce un alto grado de incertidumbre sobre la permanencia del marco legal, así como sobre la garantía de los derechos de propiedad de los recursos y de los flujos de ingresos que de ellos se derivan.

Un elemento esencial en lo que al marco institucional se refiere, además de la definición misma de los derechos de propiedad, es la protección jurídica de éstos. En un verdadero Estado de derecho, lo que en la tradición anglosajona se conoce como *the rule of law*, además de la existencia de una clara y precisa división de poderes, las garantías individuales, así como los derechos de propiedad sobre los recursos y los

2 Para un análisis de la importancia de una apropiada definición de los derechos de propiedad para lograr una eficiente asignación de recursos en la economía, véase Furubotn, Eirik G. y Pejovich, Svetozar, *The Economics of Property Rights*, Ballinger Publishing Company, 1974, así como Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Law and Economics*, Harper Collins Publishers, 1988.

ingresos derivados de su utilización, están definidas legalmente con precisión. Además, existe un Poder Judicial independiente que vela por la protección de esos derechos, de forma tal que si estos derechos son violados por alguno de los poderes de la Unión, principalmente el Poder Ejecutivo, el agraviado siempre tendrá el recurso de acudir a un tribunal independiente en la defensa de esos derechos y ampararse en contra de la acción del gobierno.

De esta manera, en un Estado de derecho, los derechos individuales y de propiedad están definidos legalmente, mientras que la procuración y la administración de justicia son imparciales y eficientes, y garantizan el cumplimiento de los contratos, tanto entre particulares como entre éstos y el gobierno. Al respecto, North señaló que: "...la inhabilidad de las sociedades para desarrollar un sistema eficiente y de bajo costo para garantizar el cumplimiento de los contratos, es la fuente más importante tanto del estancamiento que históricamente ha afectado a los países del Tercer Mundo así como del actual subdesarrollo de estos países".³

Por otra parte, tal como lo señala Hayek,⁴ en un Estado de derecho se restringe al gobierno únicamente al ámbito coercitivo y el gobierno puede violar la esfera privada sólo como castigo a la violación de una ley establecida y anunciada. De ahí que la Constitución implique no solamente la división de poderes, sino también una estructura jerárquica del conjunto de leyes, en donde aquellas que poseen un mayor grado de generalidad tienen preponderancia por sobre leyes más específicas.

En este marco constitucional es de esperarse que el gobierno, al ser el ejecutor de las decisiones del Estado, con el propósito explícito de generar las condiciones que lleven a la sociedad a la maximización del bienestar individual y colectivo, garantice que los derechos privados de propiedad no serán violados, ya que esta es una condición para que los agentes económicos asignen eficientemente los recursos de los cuales son propietarios. En este sentido, la asignación eficiente de los recursos implica que cada agente económico dará a sus recursos (capital físico y humano) aquel uso que maximice el ingreso que se deriva de su utilización. El que cada agente económico asigne sus recursos a la actividad más productiva, especializándose en aquella actividad en la cual tiene

3 North, Douglass C., *op. cit.*, nota 1.

4 Hayek, Friederich A., *The Constitution of Liberty*, Chicago, The University of Chicago Press, 1960.

ventaja comparativa para obtener un ingreso que le permita, a través del intercambio, adquirir los bienes que va a consumir y que por lo mismo le derivan satisfacción, hace que el ingreso de la sociedad se tienda a maximizar.⁵

Adicionalmente, desde un punto de vista del crecimiento económico, éste se deriva principalmente de tres fuentes: acumulación de capital físico por trabajador, la acumulación de capital humano y el cambio tecnológico. Naturalmente, entre mayores sean las tasas de acumulación de capital y del cambio tecnológico, mayor será también la tasa de crecimiento económico. Sin duda, para que los agentes económicos privados estén dispuestos a sacrificar parte de su ingreso para ahorrar e invertir, el rendimiento esperado de la inversión debe ser relativamente alto, sobre todo por que el beneficio que se deriva de la inversión se obtiene a largo plazo.

Dado lo anterior, el agente económico que sacrificó consumo presente y ahorró para invertir en la acumulación del acervo de capital de la economía, y en consecuencia ampliar la capacidad de producción, requiere contar con la garantía de que sus recursos y el ingreso que se derive de su utilización no serán expropiados y que, en caso de que los bienes sean sujetos a la misma, que la indemnización que reciba el propietario a cambio, sea aquella que reconozca el valor de éstos en el mercado. Esta garantía, además de que tiene que estar establecida legalmente, también requiere la existencia de un Poder Judicial independiente de quien ejerza el Poder Ejecutivo, de forma que proteja la garantía de inviolabilidad de los derechos privados de propiedad y que además sea imparcial y sin ningún interés personal en la disputa para que pueda actuar como árbitro en la resolución de las mismas y pueda obligar a las partes a cumplir con los contratos.⁶

5 Obviamente, un individuo puede decidir utilizar su capital para actividades consideradas ilegales, como el robo, que al ser una transferencia involuntaria de riqueza del asaltado al ladrón, se constituye como una violación a los derechos privados de propiedad y por lo mismo, tiene que ser penalizado.

6 Olson, Marcus, "Dictatorship, Democracy and Development", *American Political Science Review*, vol. 87, núm. 3, septiembre de 1993.

III. LOS DERECHOS DE PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN

Existen en la Constitución diversos artículos que tocan, ya sea explícita o implícitamente, el tema de los derechos de propiedad y que, aunque jurídicamente sean consistentes entre sí, desde un punto de vista económico presentan contradicciones e incongruencias que se traducen en una asignación ineficiente de los recursos en la economía y, en consecuencia, en menores niveles de ingreso y de bienestar. Al respecto destacan los artículos 27 y 28 constitucionales.

1. *El artículo 27*

Desde un punto de vista económico, uno de los mayores problemas que México tiene es que no existe a nivel constitucional, tal como está redactado en el artículo 27 de la Constitución, la garantía sobre la inviolabilidad de los derechos privados de propiedad. Más aún, la protección judicial que se supone otorga la propia Constitución contra la violación de las garantías individuales a través del amparo y el papel asignado al Poder Judicial encabezado por la Suprema Corte de Justicia, como el órgano supremo de defensa de la propia Constitución⁷ y como el agente que obligue a las partes en conflicto al cumplimiento de los contratos, no ha sido el que se requiere para efectivamente contar con el marco jurídico necesario para que la economía mexicana se desarrolle a lo largo de una senda de crecimiento alto y sostenido.

Los antecedentes del artículo 27 de la Constitución de 1917, en la parte que trata sobre la garantía e inviolabilidad de los derechos privados de propiedad, se remontan al Estatuto de Gobierno decretado por el presidente Ignacio Comonfort en 1856, así como al artículo 27 de la Constitución de 1857.

La Revolución de Ayutla tuvo como fundamento una filosofía liberal, tanto en lo político como en lo económico, partiendo del hecho de que la libertad política y la libertad económica van juntas y, en última instancia, son las dos caras de una misma moneda. De esta manera, se planteó la necesidad de que al triunfo de dicha revolución se estableciese en lo político un régimen democrático, mientras que en el ámbito eco-

⁷ Cossío, José Ramón y Pérez de Acha, Luis (comps.), *La defensa de la Constitución*, México, Fontamara, 1997, serie Doctrina Jurídica Contemporánea, núm. 1.

nómico se tenía que garantizar la propiedad privada de los medios de producción, tanto a nivel constitucional, como en el aspecto procesal de procuración y administración de justicia.

Esta garantía a los derechos privados de propiedad, como requisito *sine qua non* para el desarrollo económico, quedó establecida de manera muy precisa en el Estatuto de Gobierno del presidente Comonfort que señalaba:

Artículo 62. Todo habitante de la República tiene libertad para emplear su trabajo o capital en el giro o profesión honesta que mejor le pareciere, sometiendo a las disposiciones generales que las leyes establezcan para asegurar el buen servicio público.

Artículo 63. La propiedad es inviolable, sea que consista en bienes, derechos o en el ejercicio de alguna profesión o industria.

Artículo 64. Los empleos o cargos públicos no son propiedad de las personas que lo desempeñan; sobre el tiempo de su duración y la manera de perderlos, se estará a lo que dispongan las leyes comunes.

Artículo 65. La propiedad podrá ser ocupada en caso de exigirlo así la utilidad pública, legalmente comprobada, y mediante previa y competente indemnización.

Artículo 66. Son obras de utilidad pública, las que tienen por objeto proporcionar a la nación usos o goces de beneficio común, bien sean ejecutadas por las autoridades, o por compañías o empresas particulares, autorizadas competentemente. Una ley especial fijará el modo de probar la utilidad de la obra, los términos en que haya de hacerse la expropiación, y todos los puntos concernientes a ésta y la indemnización.

Artículo 67. Quedan prohibidas todas las contribuciones conocidas con el nombre de préstamos forzosos, y todas las que, como ellas, se impongan sobre personas determinadas. Todo impuesto a las personas o a las propiedades debe establecerse sobre bases generales.

Artículo 68. No habrá otros privilegios para el uso y aprovechamiento de la propiedad, que los que se concedan, según las leyes, por tiempo determinado, a los inventores y perfeccionadores de algún ramo de industria, y a los autores de obras literarias y artísticas. A los introductores solo se podrá conceder privilegio exclusivo por el Gobierno General, cuando la introducción sea relativa a procedimientos de la industria que no hayan caído en el extranjero en el dominio público, y siempre que el introductor sea el mismo inventor.

De estos siete artículos señalados, destacan el 63, el 65 y el 66, que claramente establecían la inviolabilidad de la propiedad privada. Se per-

mitía su ocupación, y por lo mismo expropiación, únicamente en casos en que los recursos fuesen utilizados para la provisión de bienes de uso común, es decir, bienes públicos; una de las funciones básicas del gobierno. Destaca también la disposición que establecía que la indemnización por la expropiación debería ser hecha a precios de mercado. Estas disposiciones, sustento primero de una economía que le asigna la mayor importancia a la libertad individual, se vieron sin embargo disminuidas por el Congreso Constituyente de 1856. La presión a la que se vieron sujetos los liberales como Arriaga, Ramírez y Vallarta por parte de las fuerzas conservadoras que buscaban el restablecimiento de la Constitución de 1824, obligó a los liberales a moderar su posición.⁸ De esta manera, desde el punto de vista de los derechos privados de propiedad, la inviolabilidad de éstos y la justificación para la expropiación, lo que se plasmó en la Constitución de 1857, quedó muy lejos de otorgar la plena garantía establecida en el Estatuto. Así, la Constitución señaló

Artículo 4. Todo hombre es libre de abrazar la profesión, industria o trabajo que le acomode, siendo útil y honesto, y para aprovecharse de sus productos. Ni lo uno ni lo otro se le podrá impedir, sino por sentencia judicial cuando ataque los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando ofenda a la sociedad.

Artículo 27. La propiedad de las personas no puede ser ocupada sin su consentimiento, sino por causa de utilidad pública y previa indemnización. La ley determinará la autoridad que deba hacer la expropiación y los requisitos con que ésta haya de verificarse.

De esta manera, aunque la propia Constitución señalaba la libertad que tenía cada individuo para utilizar sus recursos en aquella actividad que mejor le pareciere y apropiarse del ingreso derivado de su utilización, en el artículo 27, al no establecerse con precisión y al nivel constitucional lo que se entendía por “causa de utilidad pública”, como sí lo estableció el Estatuto, permitía la acción arbitraria del gobierno al decidir la expropiación. Además, y nuevamente a diferencia del Estatuto, únicamente se estableció que debería mediar una indemnización por los recursos expropiados, sin especificar que ésta debería hacerse a precios de mercado.

⁸ Sayeg Helú, Jorge, *El constitucionalismo social mexicano. La integración constitucional de México (1808-1988)*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

Basándose en el artículo 27 de la Constitución de 1857, el correspondiente a la Constitución de 1917 señalaba en su redacción original y en la parte correspondiente a los derechos de propiedad:

La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.

Las expropiaciones solo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización.

La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular el aprovechamiento de los recursos naturales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su conservación...

Como puede notarse, la Constitución de 1917 considera todos los recursos naturales (tierra, agua y subsuelo) como propiedad originaria de la nación, pudiendo ser transferida en su dominio a los particulares para constituir la propiedad privada. Sin embargo, al igual que la que le antecedió, esta Constitución señala la prerrogativa que tiene el gobierno para expropiar la propiedad privada, con sólo considerarla como de utilidad pública, sin especificar lo que tiene que entenderse por “utilidad pública”.⁹ A lo anterior es necesario agregar lo señalado en el tercer párrafo de este artículo que indica que “la nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público... para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública...”.

Esta disposición constitucional, al no definir con precisión los derechos privados de propiedad y con la propiedad privada sujeta a la expropiación prácticamente arbitraria, con sólo señalar que se hace por causa de “utilidad pública”, así como sujetar este tipo de propiedad a

9 Al reglamentarse esta parte del artículo 27 constitucional mediante la Ley de Expropiaciones de 1936, en el artículo 1o. que hace las consideraciones sobre la “utilidad pública”, en la fracción I se señala: “El establecimiento, explotación o conservación de un servicio público”. No tener definido con precisión lo que se entiende por “servicio público”, que debe ser aquél en el cual se cumplen las condiciones de “no rivalidad” y “no excluibilidad” en el consumo, ha dado lugar a que se considere como bien o servicio público cualquier bien que ofrece el gobierno a través de empresas gubernamentales, aunque aquéllos sean bienes privados.

las “modalidades que dicte el interés público”, nuevamente sin definir qué es lo que se puede entender por esto, y que por lo mismo derivan en que el llamado “interés público” se constriña al interés y preferencias del presidente de la república, implican que el gobierno puede violar, constitucionalmente, los derechos privados de propiedad, por lo que el riesgo expropiatorio para la inversión privada es relativamente alto. La existencia de este riesgo tiene el efecto de inhibir el ahorro y la propia inversión que pudiera realizar el sector privado, lo que va en detrimento del desarrollo económico.

El que la Constitución permita la acción arbitraria del gobierno en materia de expropiaciones, como fue la de la banca comercial en 1982, se conjuga con una modificación muy importante que se introdujo en la Constitución de 1917 respecto a lo dispuesto por la de 1857, cambio que está íntimamente ligado con los derechos privados de propiedad, y es lo relativo a la indemnización por la expropiación. Mientras que en la Constitución de 1857 se señalaba que la expropiación de la propiedad privada podía hacerse “previa indemnización”, en la de 1917 se especificó que la expropiación podía llevarse a cabo “mediante indemnización”.

Esta modificación, que cambió “previa” por “mediante” y que en apariencia no debería tener mucha importancia, es, sin embargo, crucial para el inversionista privado. En la redacción del artículo 27 el Constituyente, al especificar “mediante”, buscó que no quedase una laguna legal respecto a que por toda expropiación de la propiedad privada “mediara” una indemnización. Aunque una expropiación fuese hecha efectivamente con el objeto de proveer un bien o servicio público y por lo tanto fuese justificable, al señalarse constitucionalmente que ésta será “mediante indemnización”, en lugar de “previa indemnización”, permitió al gobierno dar una interpretación temporal a la palabra mediante.¹⁰

Esta particular interpretación de la frase “mediante indemnización”, tomó cuerpo en la Ley de Expropiaciones promulgada en 1936, que en el artículo 20 señala: “La autoridad expropiante fijará la forma y los plazos en que la indemnización deberá pagarse, los que no abarcarán nunca un periodo mayor de diez años”. Así, esta interpretación permite

¹⁰ Blanco, Víctor, *Análisis del decreto por el que se expropia por causa de utilidad pública los inmuebles propiedad particular que se señalan*, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 11 de octubre de 1985, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1985.

que el gobierno pueda diferir el pago de la misma e inclusive sujetarlo a la situación particular que tengan las finanzas públicas en el momento de la expropiación, tal como sucedió durante la expropiación petrolera en 1938 y la bancaria de 1982. Por ejemplo, en la jurisprudencia dictada por la Suprema Corte de Justicia, ante el amparo interpuesto por la Compañía Mexicana de Petróleo “El Águila”, S. A. en contra del decreto de expropiación de la industria petrolera, se sentó que “cuando el Estado expropie con el propósito de llenar una función social de urgente realización, y sus condiciones económicas no permitan el pago inmediato de la indemnización, como debe hacerse en los demás casos, puede, constitucionalmente, ordenar dicho pago dentro de las posibilidades del erario”.¹¹

Además, en el propio artículo 20 de la Ley de Expropiación, al darle al gobierno la libertad para determinar la forma mediante la cual se pagará la indemnización por la expropiación, se atenta nuevamente contra los derechos privados de propiedad. Esto es así ya que el propio gobierno puede establecer que el pago sea hecho en algún tipo de bono especial de deuda pública, como los Bonos de la Deuda Agraria que estaban contemplados por la propia Constitución en el inciso *e* de la fracción XVII del artículo 27 (ya derogada) o los Bonos de Indemnización Bancaria emitidos por el gobierno en 1982, valores que generalmente han pagado una tasa de interés real negativa. Esto mismo tiene sustento en lo que la propia Constitución señalaba en el inciso *d* de la fracción mencionada, que indicaba que el valor de las fracciones, cuando el propietario fraccionaba el excedente sobre el máximo permitido de tierra, “será pagado en anualidades que amorticen capital y réditos, a un tipo de interés que no exceda el tres por ciento anual”. Entre 1925 y 1998, únicamente durante cuatro años, la inflación anual ha sido menor al 3%, por lo que esta disposición constitucional implicó siempre tasas reales de interés negativas.

Por otra parte, en lo que corresponde a la indemnización misma, la Constitución establece en la fracción VI, segundo párrafo, del artículo 27:

Las leyes de la Federación y de los Estados en sus respectivas jurisdicciones, determinarán los casos en que sea de utilidad pública la ocupación de la

11 *Idem.* Además, como el mismo Blanco señala, en esta jurisprudencia y posteriores, la Suprema Corte no distinguió entre “utilidad pública”, “utilidad social” y “utilidad nacional” como causa justificable de expropiación.

propiedad privada, y de acuerdo a dichas leyes la autoridad administrativa hará la declaración correspondiente. El precio que se fijará a la cosa expropiada, se basará en la cantidad que como valor fiscal de ella figure en las oficinas catastrales o recaudadoras, ya sea que este valor haya sido manifestado por el propietario o simplemente aceptado por él de modo tácito por haber pagado sus contribuciones con esta base. El exceso de valor o el demérito que haya tenido la propiedad particular por las mejoras o deterioros ocurridos con posterioridad a la fecha de la asignación del valor fiscal, será lo único que deberá quedar sujeto a juicio pericial y a resolución judicial. Esto mismo se observará cuando se trate de objetos cuyo valor no esté fijado en las oficinas rentísticas.

A diferencia del Estatuto de Gobierno de Comonfort, en el cual se especificaba el monto de la indemnización como “competente”, en esta disposición constitucional, al basar la indemnización en el valor fiscal o catastral del activo sujeto a la expropiación, no se reconoce la apreciación que pudo tener el valor del activo por condiciones propias del mercado, principalmente en los casos de la tierra en las zonas urbanas así como en el de las tierras para uso agrícola. En el caso particular de las tierras de carácter urbano, a medida que en una economía el ingreso por habitante aumenta, se presenta simultánea y naturalmente un proceso de migración de las zonas rurales a las urbanas, por lo que la demanda por vivienda y por tierra se incrementa, lo que lleva a un alza de su precio. Aunque este aumento en el precio de la tierra urbana debería reflejarse en un incremento en su valor fiscal o catastral, no está en el interés del propietario hacer tal manifestación, sobre todo si considera muy baja la probabilidad de que su predio sea expropiado, ya que ello implicaría un mayor pago de impuestos y un menor rendimiento neto sobre el activo.

Por otra parte, debido a que cualquier aumento en el valor del activo por arriba del fiscal debido a las mejoras que se le hubiesen hecho a la propiedad está sujeto a dictamen pericial y a resolución judicial, los costos de transacción implícitos en tales procesos inhibe por sí mismo que se le hagan mejoras a la propiedad. Esto último es muy trascendente para explicar el históricamente bajo nivel de inversión que se ha hecho en mejorar la productividad de la tierra para uso agrícola mediante obras de infraestructura tales como canales y riego, principalmente en la pequeña propiedad.

Finalmente, al poder imponer sobre la propiedad privada las modalidades para lograr una “equitativa distribución de la riqueza pública”, la propia Constitución entra en conflicto con el concepto de un verdadero Estado de derecho, en el cual uno de sus elementos principales es que exista la igualdad de oportunidades y no la igualdad de resultados. Al especificarse constitucionalmente que lo que se busca es la igualdad de resultados, se traduce en que el marco institucional en lugar de ser el requerido para generar riqueza, sea uno que reparte pobreza.

2. *El artículo 28*

Además de esta inadecuada definición de los derechos privados de propiedad en el artículo 27 aunada a la discrecionalidad mediante la cual el gobierno puede expropiar la propiedad privada, el artículo 28 en dos de sus partes se constituye como una fuente que atenta contra los derechos privados de propiedad. La primera es la prerrogativa que la Constitución le otorga al gobierno para imponer precios máximos. La segunda es lo referente a las áreas de actividad económica consideradas como estratégicas y que por lo mismo son explotadas monopólicamente por el gobierno. Por otra parte, en dos de sus fracciones este artículo busca proteger los derechos privados de propiedad, una referida a la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda y la otra, la referida a los derechos de autor e invención.

En lo que respecta al primer punto, el artículo 28 señala: “En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria”.

Así, la Constitución prohíbe la existencia de monopolios y de prácticas monopólicas y le otorga al gobierno la facultad de controlar a los monopolios.¹² En este ámbito, la acción gubernamental puede llevarse a cabo de dos maneras. La primera es eliminar las barreras de entrada al mercado, generalmente de carácter regulatorio, para hacer posible la existencia de un mayor número de empresas y generar las condiciones para que éste sea uno de competencia. Si por alguna razón, por ejemplo de

¹² Esta facultad es la base legal de la Comisión Federal de Competencia así como de la Ley Federal de Competencia Económica.

carácter tecnológico o por la existencia de altos costos fijos de entrada, estas barreras no se pueden eliminar, entonces el papel del gobierno es regular la operación del monopolio, mediante el establecimiento de precios máximos de venta, para inducirlo a operar como si estuviese en un mercado competitivo, siendo éste un caso en el cual se justifica la imposición de precios máximos.¹³

Sin embargo, con el argumento de que es papel del gobierno proteger al consumidor de la acción de las empresas, el artículo 28 en su tercer párrafo, introducido en su presente forma en la modificación que se hizo a este artículo constitucional el 3 de febrero de 1983, indica que¹⁴

Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias primas o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar intermediaciones innecesarias o excesivas que provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.

El argumento que comúnmente se utiliza para la imposición de precios máximos es que si se permite que los mercados actúen libremente, el precio que regiría en el mercado dejaría fuera a la población de menores ingresos. Este argumento carece de validez teórica y, más aún, de validez empírica, de forma tal que la imposición de precios máximos en mercados que son competitivos, al constituirse como una distorsión, resultan en una pérdida en el bienestar de los consumidores y de los productores.

El error que se comete al afirmar que los precios máximos benefician a los consumidores, se deriva de no tomar en consideración el efecto que tiene sobre la producción la imposición de un precio por debajo del

13 De manera paralela al monopolio, se encuentra el caso del monoposonio, que se refiere a aquella situación en la cual una sola empresa es la que demanda el bien o servicio. Un ejemplo de ello, puede ser el caso de una empresa minera, aislada geográficamente, que es la única que demanda servicios laborales. En este caso, si se le deja actuar libremente, el salario que pagará la empresa será menor que si el mercado fuese competitivo, y por lo mismo, es el único caso en el cual se justifica la imposición de un salario mínimo.

14 La facultad que la Constitución otorga al gobierno para la imposición de precios máximos se introdujo en dicha Constitución en 1983. En la versión original de la Constitución, esta facultad no se consideraba y lo único que se prohibía eran las prácticas monopólicas, ya fuera en la producción o en la distribución de los bienes, y que resultaran en un alza en los precios.

que regiría si el mercado fuese libre. Al imponerse un precio máximo los consumidores estarán dispuestos a adquirir una cantidad mayor que la que hubieran demandado si el precio fuese libre, pero simultáneamente, a ese precio, los productores estarán dispuestos a producir y vender una menor cantidad del bien. El incremento en la cantidad demandada y la reducción en la cantidad ofrecida resultan en un exceso de demanda por el bien es decir, la imposición de un precio máximo genera desabasto y, en consecuencia, un incremento en el precio efectivo que pagan los consumidores.

Además de que la imposición de un precio máximo perjudica a los consumidores, a quienes paradójicamente se les quería ayudar, este tipo de medidas tiene una implicación muy importante sobre las decisiones de inversión por parte de las empresas. En primer lugar, la imposición de precios máximos se constituye, para efectos prácticos, como una violación a los derechos privados de propiedad, no sobre el recurso productivo mismo pero sí sobre el ingreso que se deriva de su utilización, ya que la determinación exógena del precio por parte del gobierno reduce la tasa de rentabilidad sobre el capital invertido en las empresas. En segundo lugar, esta reducción en el rendimiento no solamente se traduce en que los incentivos para invertir nuevos recursos en estos sectores son menores, sino que inclusive induce a los productores a extraer recursos productivos, principalmente capital, de los sectores con precio controlado para canalizarlos hacia otras áreas de la economía.

Estos dos efectos en su conjunto implican que el monto de recursos productivos que se destinan para producir bienes cuyo precio está sujeto a control tiende a caer, por lo que el número de empresas paulatinamente se reduce, lo cual a su vez tiene dos efectos. El primero es que la diferencia entre la cantidad demandada por los consumidores y la cantidad ofrecida por los productores aumenta, es decir, el desabasto tiende a aumentar. El segundo es que al reducirse el número de empresas privadas, el grado de competencia en el mercado tiende a reducirse, esto es, el control de precios induce que los mercados se oligopolicen y en el extremo se monopolicen. Así, los controles de precios que la propia Constitución le permite al gobierno imponer, generan las estructuras de mercado y las prácticas monopólicas que el propio artículo 28 prohíbe.

En este mismo artículo de la Constitución, existe un segundo elemento que le permite al gobierno atentar contra los derechos privados de pro-

piedad y que se enmarca en la parte referida a las áreas estratégicas para el desarrollo nacional y que se reservan al gobierno para ser explotadas monopólicamente. El artículo 28 señala:

No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: Correos, telégrafos, radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión...

Aunque sea el gobierno quien produzca de manera exclusiva, y por lo tanto monopólicamente, los bienes privados señalados implica una utilización ineficiente de los recursos y un atentado en contra de los derechos de los consumidores,¹⁵ lo importante para la definición y protección de los derechos privados de propiedad lo constituye la frase que afirma "...y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión...".

Que la propia Constitución establezca que una ley expedida por el Congreso es suficiente para que a cualquier actividad económica se le considere como "estratégica" para el desarrollo nacional, y por lo mismo pasar a ser explotada monopólicamente por el gobierno, introduce un alto riesgo sobre la inversión llevada a cabo por el sector privado. Si en algún momento el Congreso decreta una ley que define como estratégica alguna área particular de actividad económica y ésta es promulgada por el presidente de la república, automáticamente los recursos privados que se destinan a la producción del bien o servicio en cuestión, son sujetos de expropiación. Naturalmente, este riesgo hace que, *ex-ante*, el precio por invertir en México sea alto, lo que inhibe el ahorro, la acumulación de capital y el propio crecimiento económico.

En relación con los aspectos con que el artículo 28 busca proteger los derechos privados de propiedad, el primero se refiere al objetivo que la misma Constitución le asigna al Banco de México. Al respecto

15 Un bien privado, aunque sea producido por el gobierno, tiene como características la "rivalidad" y la "excluidabilidad" en el consumo. La primera se refiere a que si un individuo o empresa consume una unidad particular de un bien, nadie más la puede consumir. Por su parte, la segunda se refiere a que si no se paga por el bien, no hay manera de tener acceso al mismo. Como se ve, todos los bienes referidos en este párrafo del artículo 28 son bienes privados. Al respecto, véase Lindsay, Cotton M., "A Theory of Government Enterprise", *Journal of Political Economy*, vol. 84, núm. 5, octubre de 1976.

se señala que: “El Estado tendrá un banco central que será autónomo en el ejercicio de sus funciones y administración. Su objetivo prioritario será procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional...”.

Una de las formas más comunes mediante la cual el gobierno atenta contra los derechos privados de propiedad es a través de la depreciación del valor real de la moneda de curso legal, es decir, a través de la inflación, misma que se constituye como un impuesto expropiatorio a través del cual el gobierno obtiene ingresos para el financiamiento de sus gastos. Al respecto, John Maynard Keynes en su libro *Las consecuencias económicas de la paz* (1920) escribió: “No hay manera más sutil y segura de destruir las bases de la sociedad que minar el poder adquisitivo de la moneda”.

Cuando el gobierno incurre en un déficit fiscal y recurre al crédito primario del banco central para su financiamiento, total o parcialmente, el efecto de esta política es generar un proceso inflacionario que reduce el valor adquisitivo del dinero y como el público mantiene parte de su riqueza en este activo, este proceso implica para ellos una pérdida parcial de la misma. De ahí que la inflación efectivamente se constituye como un atentado contra los derechos privados de propiedad. Solamente en los últimos 15 años, la inflación acumulada en México ha sido de casi 25,000%, fenómeno que ha implicado un “robo” cometido por el gobierno a la sociedad, violando efectivamente sus derechos de propiedad.

Finalmente, este mismo artículo constitucional destina su última parte a la protección de los derechos de autor. Al respecto se señala: “Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora”.

La importancia de proteger los derechos de propiedad sobre el trabajo intelectual, pero sobre todo las invenciones tecnológicas, radica en que la explotación monopólica por tiempo determinado de estas obras genera el incentivo para que los individuos y las empresas (incluyendo universidades y centros de investigación) estén dispuestos a dedicar recursos a la investigación en el desarrollo de nuevas tecnologías y procesos de producción. Si el producto (ingreso) que se deriva de este trabajo no

estuviera legalmente garantizado y protegido, no existiría el incentivo para la investigación.

IV. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS PRIVADOS DE PROPIEDAD

Además de que es necesario que los derechos privados de propiedad estén eficientemente definidos para que los recursos en la economía puedan ser asignados eficientemente, también se requiere que estos mismos derechos estén protegidos y garantizados por un Poder Judicial independiente e imparcial. En las relaciones entre el gobierno y los agentes económicos privados, sean empresas o personas físicas, el papel del Poder Judicial es proteger y amparar a estos últimos de acciones que se constituyan como un atentado y/o que violen las garantías y derechos individuales.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esta protección que otorga el Poder Judicial a los agentes privados de acciones del gobierno que violen sus garantías está señalada en los artículos 103, fracción I, y 107, mismos que tienen su antecedente directo en los artículos 101 y 102 de la Constitución de 1857.¹⁶ El artículo 103 de la Constitución vigente señala:

Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

- I. Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales;
- II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencia del Distrito Federal;
- III. Por leyes o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.

La fracción I de este artículo constituye, junto con el artículo 107, la base constitucional del juicio de amparo como el medio disponible para que los individuos se protejan de las acciones de las autoridades federales y estatales y de los poderes Ejecutivo y Legislativo, que sean un atentado contra las garantías individuales garantizadas por la misma Constitución. En particular, el artículo 107 señala que:

¹⁶ Para un extenso análisis del amparo, véase Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, UNAM, 1993.

Todas las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas de orden jurídico que determine la ley, de acuerdo con las bases siguientes:

I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada;

II. La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en caso especial sobre el que versa la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motive.

Al igual que la reforma que promovió Mariano Otero a la Constitución de 1824 y como quedó establecido en la Constitución de 1857, la Constitución de 1917 únicamente contempla que los efectos del amparo sean individuales y descarta simultáneamente que los tribunales federales realicen algún tipo de declaración general sobre actos de autoridad o sobre una ley que constituya un atentado contra las garantías individuales.

Aunque obviamente hay casos en los cuales el amparo si tiene, y debe tener, aplicación individual, como por ejemplo cuando el Poder Ejecutivo busca ejercer acción penal en contra de algún individuo, hay otros, sobre todo los que versan sobre aspectos administrativos y de carácter fiscal, en donde el amparo debería ser sujeto de aplicación general, ya que la propia Constitución tiene, por principio, carácter de aplicación general. Desde el punto de vista económico, quizás el más importante es el amparo otorgado por la demanda de inconstitucionalidad de alguna disposición de carácter fiscal.

Cuando un individuo o empresa en lo particular busca y obtiene un amparo definitivo en materia fiscal, ya no está obligado ni puede ser obligado a cumplir con la disposición contra la cual obtuvo la protección del Poder Judicial. Cinco amparos otorgados por la misma causa sientan jurisprudencia; a partir de ahí, el amparo se otorga automáticamente a quién lo solicite, siguiendo el procedimiento establecido en la Ley de Amparo. Sin embargo, aunque se haya sentado jurisprudencia, esto no le da aplicación generalizada, por lo que aquéllos que no hubiesen solicitado y obtenido el amparo estarán obligados a seguir cumpliendo con las disposiciones relativas. Desde el punto de vista del gobierno, es obvio que está en su interés que el amparo no tenga aplicación general, ya que la probabilidad de que se amparen todos los que tengan que cumplir con una disposición fiscal es prácticamente nula y a pesar de que una disposición sea declarada como inconstitucional para quien buscó y ob-

tuvo el amparo, el beneficio para el gobierno en términos de la recaudación lograda a través de una disposición inconstitucional es positivo.

Por ello mismo, para imponer un efectivo límite al Poder Ejecutivo e inclusive al Poder Legislativo en materia económica, principalmente la de carácter fiscal, es necesario eliminar la “Cláusula Otero”, de forma tal que sea posible que el amparo tenga aplicación general.

Por otra parte, no existe a nivel constitucional un mecanismo para que el Poder Judicial de la Federación pueda proteger al sector privado cuando el Poder Ejecutivo y/o el Poder Legislativo toman la decisión de expropiar la propiedad privada, ya sea por que a ésta se le considere como de “utilidad pública” o cuando la actividad desarrollada por el sector privado pase a ser considerada como “estratégica” para el desarrollo nacional, ya que son acciones que la propia Constitución permite.

V. CONCLUSIONES

La definición, garantía y protección de los derechos privados de propiedad, tal como están tratados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es deficiente y no otorga los incentivos adecuados para que la economía mexicana pueda aprovechar íntegramente el potencial de desarrollo que tiene. Sin duda, la principal deficiencia al respecto se encuentra en el artículo 27, la cual subordina a la propiedad privada al “interés público”, término que por principio es imposible de definir y delimitar, lo que se traduce, como lo ha sido en el pasado, en que el interés público refleja únicamente las preferencias de los gobernantes y no, como debería ser, las preferencias de la sociedad.

Además, en este mismo artículo, la amplia y extraordinaria facultad que la propia Constitución le otorga al gobierno para expropiar la propiedad privada por considerarla como de “utilidad pública”, sin haberla definido, como sí lo estaba en el Estatuto de Gobierno de 1856, le permite al gobierno expropiar, de manera prácticamente arbitraria, cualquier propiedad privada. Esta facultad se complementa con la reforma que se le hizo en 1983 al artículo 28 al facultar al Congreso de la Unión para decretar cualquier actividad económica como “estratégica para el desarrollo nacional”.

La ausencia de un efectivo límite a la intervención gubernamental *vis a vis* los derechos privados de propiedad se ha traducido en que el riesgo expropiatorio percibido por el sector privado, ya sea sobre los recursos

productivos o sobre el ingreso que se obtiene de su utilización, sea relativamente elevado, lo que ha inhibido la inversión de este sector y, en consecuencia, el crecimiento económico.

De ahí que sea indispensable, para generar los incentivos eficientes que se traduzcan en un proceso de desarrollo económico sostenido, eliminar estas disposiciones que le permiten al gobierno intervenir de forma arbitraria y atentar en contra de la propiedad privada. ©