

## *Un libro de derecho del siglo XVII*

### *Controversia 8*

Si otros individuos resultan afectados por los costos emergentes de nuestra actividad en ámbitos en los que válidamente ostentan derechos de propiedad exclusivos, es obvio que ellos se disgustarán, y acudirán incluso al recurso trágico de la violencia para tratar de evitar que desarrollemos tal actividad.<sup>A</sup> Sergio Almaraz Paz (1928-1968) exclama en 1964: «Nuestro primitivismo responde a otros resortes porque somos un pueblo ofendido que empieza el camino de la venganza».<sup>B</sup> Las personas sólo consentirán en desistir de todo acto de violencia o venganza si les proporcionamos una compensación satisfactoria. Vázquez de Menchaca nos dice que quien goza de los frutos de una empresa, debe soportar los daños, «*incommoda expensamque cuiusque rei eum sequi debere quem commoda sequuntur*».<sup>C</sup> Como tenemos expuesto hasta aquí, el gobierno de la mayoría

---

<sup>A</sup> La ley del talión: «que paffe lo que fizo», surgió en los albores de la civilización, como alternativa un poco más humana a la venganza ilimitada. El Estagirita, *Ἠθικῶν Νικομαχείων* lib. 5 (330 A. de J.C.); véase el título sobre restitución en fray Tomás de Mercado (1530-1576), *Summa de tratos, y contratos* (1571).

<sup>B</sup> Véase el capítulo La Violencia en Bolivia en Mariano Baptista Gumucio (1933-), *La violencia en Bolivia* (1976).

<sup>C</sup> *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium* lib. 1 tit. 5.

permite que podamos resarcir a todos de una sola vez, por medio de un número determinado de retribuciones políticas otorgadas en favor del gobierno; éste, por su parte, asegura a aquéllos que soportan los costos de nuestras actividades —de las actividades de toda la sociedad— una compensación de dimensión satisfactoria.

¿Cuál es la función del gobierno?, ¿acaso es la caja negra idónea en la que escondemos las transacciones que realizamos? El gobierno percibe dinero producto del trabajo, al mismo tiempo que los recursos y obras son proporcionados también por el gobierno. Todo esto nos obliga a reflexionar sobre su funcionamiento. El gobierno es el único instrumento de coerción utilizado para organizar y regular la obtención de un beneficio externo, el cual sería imposible adquirir mediante transacciones de cooperación voluntaria o por medio del uso del esfuerzo individual, sin afectar de manera negativa a otro individuo.<sup>A</sup> Sin embargo, no es

---

<sup>A</sup> La posición de negociación, en la que nos encontramos con respecto del gobierno, es menos ventajosa que la que tendríamos si empleáramos medios voluntarios, ya sea cooperativos o individuales. Esta afirmación no es un subterfugio lingüístico. Allá por 1871, el empresario boliviano Félix Avelino Aramayo (1846-1916) hacía escuchar su queja: «Nosotros habíamos continuado progresando rápidamente en el comercio, hasta que llegamos a esa altura de la que a nadie es permitido pasar, porque no se puede seguir aumentando la fortuna sin correr los riesgos consiguientes en un país sin

económicamente viable emplear el sistema político para aprehender cualquier beneficio que nos propongamos. Cabe resaltar que deberemos pagar sumas de dinero para aplacar la violencia o insatisfacción de la comunidad, y cabe destacar también que dichos montos guardan relación con la sumatoria a que ascienden los costos dispersos que ha sufrido la propiedad de los demás a consecuencia de nuestra actividad —externalidades negativas— y de los costos de transacción para resarcirlas por medio del gobierno.

Precisamente, entre los aspectos más relevantes a los que se tendrá que enfrentar una política redistribuidora de riqueza está la anomalía cíclica propuesta por Condorcet; la no reducida posibilidad del surgimiento de nuevas coaliciones de personas predetermina que no haya ni vencedores, ni vencidos. Todos pierden frente a esta situación de riesgo de un gobierno inestable e imprevisible, fuertemente marcado por los cambiantes movimientos de la política o de la irrupción de la violencia. Esto es lo que explica

---

instituciones financieras y sujeto a la arbitrariedad de gobiernos, que pretenden saber todo y quieren dirigir todo, sin más ciencia que la de su autoridad», *Apuntes sobre el estado industrial, económico y político de Bolivia* pág. 9. La amargura en la expresión de Aramayo es muy válida. Muchas veces se vio enfrentado a la arbitrariedad de los gobiernos altopperuanos del siglo XIX. Desdichadamente, en Iberoamérica, mucho de esto no ha cambiado: nuestros gobiernos siguen procediendo según su arbitrio.

en buena medida —más allá de normatividades obsoletas— la ligereza exasperante de la vida política. Y así, la precariedad organizativa de las coaliciones de personas en la democracia hace impráctica la aplicación de las políticas redistributivas.

Nada sale a coste cero. ¿Cuál es el precio que nos exige el gobierno? Sabemos que el precio está vinculado a la estructura del gobierno mayoritario. En un debate parlamentario, el intelectual y reconocido estadista boliviano Ricardo Anaya (1907-1997) nos instruye que la democracia, lejos de eliminar la violencia, la reemplaza con el voto: «La democracia no ha eliminado la lucha de clases, simplemente se ha limitado a reducir la violencia de la lucha de clases a los términos del sufragio universal».<sup>A</sup>



¿Qué significado tiene el sistema político mayoritario para aquella persona que emprende una actividad productiva? Dicha persona podría adquirir todas las propiedades a las que alcanzase la dispersión de los costos externos de su actividad. Asegurar esto implicaría deshacerse del problema social, ya que ese

---

<sup>A</sup> *Democracia y revolución* 31 (1943).

individuo soportaría todos los daños sobre su propiedad y nadie esgrimiría razón alguna a objetarle bajo tales circunstancias. Pero, evidentemente, la propiedad es escasa, y los costos externos de la actividad, en algunos casos, se dispersan de modo plausible mucho más allá de lo que a ella le es posible asegurar el resarcimiento a los titulares de las propiedades afectadas. Por este motivo, acordar una transacción resultaría oneroso. Por otro lado, la persona podría intentar iniciar negociaciones con otros propietarios de terrenos adyacentes, para así pagar los costos dispersos de la actividad. Se haría responsable de los costos de negociación con estas personas; costos que, reiteramos, son desmesuradamente elevados aun sin enfrentarse con comportamientos exigentes.<sup>A</sup>

Hasta aquí hemos desarrollado una idea sobre cómo acometer alguna empresa que va a tener éxito en el sentido alchiano. Tomando en cuenta que nuestra actividad repercute en costos externos dispersos sobre la propiedad ajena, y que los costos de transacción, así como los costos de información y de incentivos, para llegar a un acuerdo son elevados, no nos encontramos en una posición adecuada para convencer a otras personas de abstenerse de buscar venganza. Por esta razón, no queda más alternativa que recurrir al auxilio del gobierno, con la pretensión, en todo caso, de

---

<sup>A</sup> Cfr. Lloyd Cohen (1947-), Holdouts and Free Riders, *The Journal of Legal Studies* lib. 20 pág. 351 (1991).

conseguir una regulación a cambio de un precio político que permita desarrollar nuestra actividad. La idea que hemos planteado para una actividad factible puede concebirse en tres sentidos. Primero, puede tratarse de una mejora según el concepto de Pareto.<sup>A</sup> Este tipo de actividad dispersa mayores montos de beneficio que de costo sobre la propiedad de cada persona afectada dentro de la comunidad. En el contexto del sistema mayoritario, si indagamos acerca del precio político que implica construir un nuevo arreglo institucional, u obtener una regulación por parte del gobierno que permita realizar una actividad, para procurar una mejora según el concepto paretiano, descubrimos —para nuestra sorpresa!— que resulta nulo. El precio político es cero puesto que nadie va a oponerse. Por el contrario, cualquier persona afectada levantará la voz de protesta si nos viéramos enfrentados a una negativa del gobierno. Las mejoras,

---

<sup>A</sup> Vilfredo Pareto (1848-1923), Il massimo di utilita dato dalla libera concorrenza, *Giornale degli Economisti lib.* 9 pág. 48 (1894); Enrico Barone (1859-1924), Il Ministro della Produzione nello Stato Collettivista, *Giornale degli Economisti lib.* 37 pág. 267 (1908); Harold Hotelling (1895-1973), The general welfare in relation to problems of taxation and of railway and utility rates, *Econometrica lib.* 6 pág. 242 (1938). Cfr. Cooter, The Best Right Laws: Value Foundations of the Economic Analysis of Law, *Notre Dame Law Review lib.* 64 págs. 817, 818-22 (1989).

según el concepto de Pareto, no implican precio político alguno en la democracia.

Segundo, la idea que planteamos para una actividad productiva puede ser una mejora según el criterio de Kaldor-Hicks.<sup>A</sup> En una medida como ésta, los beneficios que se aprehenden entre todos los individuos son mayores que los costos que se dispersan. Como hemos visto, aquellos individuos que aprehenden los beneficios netos tienen la capacidad de redistribuirlos entre aquéllos cuya propiedad sufre costos netos, e incluso logran obtener utilidades de tal manera. Luego de efectuada la redistribución, la medida pasa a ser una mejora según el concepto de Pareto y se logra satisfacer el interés general. Por lo

---

<sup>A</sup> Nicholas Kaldor (1908-1986), Welfare propositions in economics and interpersonal comparisons of utility, *Economic Journal* lib. 49 pág. 549 (1939); Hicks, The Foundations of Welfare Economics, *Economic Journal* lib. 49 pág. 696 (1939). Tibor de Scitovsky (1910-2002), A note on welfare propositions in economics, *Review of Economic Studies* lib. 9 pág. 77 (1941); Simon Smith Kuznets (1901-1985), On the valuation of social income—reflections on Professor Hick's article, *Economica* lib. 15 pág. 116 (1948); Ian Malcolm David Little (1918-1984), *A Critique of Welfare Economics* (1950); Paul Samuelson (1915-2009), Evaluation of real national income, *Oxford Economic Papers* lib. 1 pág. 1 (1950); William Gorman, (1923-2003) The Intransitivity of certain criteria used in welfare economics, *Oxford Economic Papers* lib. 7 pág. 25 (1955). Cfr. Antoni Casahuga (1942-1983), *Fundamentos normativos de la acción y organización social* (1985).

tanto, el precio político de que una legislatura, tribunal o entidad del gobierno adopte una mejora según el criterio de Kaldor-Hicks, es igual a las externalidades negativas netas de la actividad que permite realizar, más los costos de transacción así como los costos de información y de incentivos que implica la redistribución por el gobierno de los beneficios de la misma para resarcirlas.<sup>A</sup> Si la condición del criterio de Kaldor-Hicks no logra alcanzar sus resultados, ninguna redistribución de los beneficios aprehendidos que se lleve a cabo va a ser suficiente para aplacar la presión de aquéllos cuya propiedad soporta los costos de cierta actividad dispersa. Por ello, es necesario matizar el concepto promovido por Kaldor-Hicks;<sup>B</sup> lo cierto es que esta compensación deberá hacerse efectiva en el ámbito político, aunque sea de manera colateral, puesto que la gente no tendrá paciencia ni tiempo para mantenerse en espera de una compensación hipotética. Precisamente la posibilidad

---

<sup>A</sup> Steven Shavell (1946-), Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income, *The Journal of Legal Studies* lib. 23 pág. 667 (1994); A Note on Efficiency vs. Distributional Equity in Legal Rulemaking: Should Distributional Equity Matter Given Optimal Income Taxation?, *American Economic Review* lib. 71 pág. 414 (1981).

<sup>B</sup> El propio Hicks concede que su propuesta requiere de «*more patience, perhaps, than we ought to ask,*» The Rehabilitation of Consumer Surplus, *The Review of Economic Studies* lib. 33 pág. 108, III (1940).

de inducir a confusión al lector acá es una de las razones de peso para aclarar el significado de la nomenclatura de referencia. Aunque es común sostener que una actividad es potencialmente Pareto superior, o dirigida hacia una mejora según el criterio de Kaldor-Hicks, si los que salen ganando pueden compensar a los perdedores; es decir, basta con que potencialmente pudiera efectuarse la compensación, que sería meramente hipotética; nuestro estudio empleará dicha nomenclatura de una manera distinta: se reconocerá el derecho de los recurrentes a una compensación adecuada y efectiva, sólo que ésta se asegurará en forma colateral.

Alcanzado un acuerdo sobre la base de una compensación efectiva, recién podrá pensarse en evaluar una política. De tal forma que, ¿cuál sería la interrogante vital de la teoría política? La interrogación implica, cuando se origina una pérdida de bienestar o valor a otra persona y, por tanto, se generan efectos externos, ¿cómo diferenciar entre las actividades dirigidas hacia una mejora según el concepto de Pareto, las que logran ser mejoras según el criterio de Kaldor-Hicks, y aquéllas que no son mejoras según este último criterio? Las mejoras según el concepto de Pareto son fácilmente reconocibles, puesto que ningún individuo podrá esgrimir una razón para objetarlas. Sin embargo, un aspecto más obtuso para nosotros es cómo diferenciar entre los movimientos que son mejoras según el criterio de

Kaldor-Hicks de aquéllos que no lo son. Por una parte, con una mejora según el criterio de Kaldor-Hicks, se espera poder efectuar una redistribución con la cual las personas afectadas queden satisfechas. No obstante, cuando las personas afectadas consideran tal redistribución insatisfactoria, no hay modo de determinar si la actividad fue en verdad una mejora según el criterio de Kaldor-Hicks, dado que somos incapaces de hacer comparaciones interpersonales en lo que respecta a utilidades: «*nous ne pouvons ni comparer ni sommer celles-ci car nous ignorons le rapport des unités en lesquelles elles sont exprimées*». <sup>A</sup> En contrario, suponemos que se trata de una actividad inejecutable según este criterio.

¿Deberíamos creer que el gobierno constantemente redistribuye beneficios a cada individuo de la comunidad con el fin de cubrir las externalidades que resultan de cada actividad? <sup>B</sup> Consideramos que los políticos poseen la habilidad para lograr implementar varias medidas que son mejoras según el criterio de Kaldor-Hicks, que se compensarán una con otra. Si la

---

<sup>A</sup> Pareto, *Cours d'Economie Politique* vol. 1, pág. 93 (1896). Daniel Salamanca (1865-1935), *Apuntes para una teoría del Valor* pág. 21 (1935).

<sup>B</sup> La razón que damos para hacer esta re-distribución difiere de la conjeturada por Harold Hochman (1936-), Pareto Optimal Redistribution, *American Economic Review* lib. 59 pág. 542 (1969).

legislatura, el tribunal o la entidad del gobierno emprende varias mejoras, cada grupo podrá obtener compensación colateral por los costos en que ha incurrido su propiedad —la «*average reciprocity of advantage*» a la que alude un caso de jurisprudencia estadounidense<sup>A</sup>— y cosechar adicionalmente una utilidad. La comunidad acumula una cantidad considerable de dinero y, por añadidura, suprime los costos de transacción que involucra el tener que redistribuir los beneficios que rinde cada mejora según el criterio de Kaldor-Hicks, para compensar a aquellas personas cuyos bienes han sufrido los costos de esa medida.<sup>B</sup> Al ofrecer compensación en forma colateral, el sistema político-jurídico depara nuevas oportunidades económicas y genera riqueza social.<sup>C</sup>

---

<sup>A</sup> *Pennsylvania Coal Company versus Mahon, United States Reports lib. 260 pág. 393, 415 (1922).*

<sup>B</sup> No todos los beneficios son enajenables. Empero, la compensación colateral no presupone que ellos lo sean. Las transacciones, que son mejoras según el criterio de Kaldor-Hicks, se miden en el mercado político-jurídico por: «*what people are willing to pay for something or, if they already own it, what they demand [no necesariamente en dinero] to give it up*», el mismo criterio que Richard Posner establece para la maximización de la riqueza, *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory* en pág. 119.

<sup>C</sup> Beneficio que la re-distribución mediante un sistema tributario no ofrecería.

Vale la pena considerar el modelo de Buchanan.<sup>A</sup> Parece justo hablar del «mercado político» o del «mercado de la política». A menudo, los políticos efectúan trueques en el mercado político en forma similar a la gente que compra y vende en el mercado económico: ambos realizan actividades de negocios. *Gli attori politici ragionano come qualunque altro agente economico.* La diferencia esencial consiste en que los políticos negocian con la violencia de la comunidad.<sup>B</sup> En el mercado económico la información se disemina por medio del precio; en el mercado político, por medio del voto. El brillante jurista peruano, Alfredo Bullard González (1964-), articula la lógica pura y simple de los mercados político y económico, propicios para el suministro de bienes públicos y privados, con una sencillez cristalina y una efectividad impecable en su libro *Derecho y Economía: El Análisis Económico de*

---

<sup>A</sup> The relevance of Pareto optimality, *The Journal of Conflict Resolution* lib. 6 pág. 341 (1962); *The Calculus of Consent* (1962). Cfr. Francesco Parisi (1962-), *The Market for Votes: Coasian Bargaining in an Arrowian Setting* (1998).

<sup>B</sup> La realidad es que la amenaza de violencia existe ya en un ambiente político. Es creíble, real y hace temer que miles de personas resulten muertas. No procede de la clase política, muy al contrario de lo propuesto en el esquema explicativo de la extracción de rentas de McChesney, Rent Extraction and Rent Creation in the Economic Theory of Regulation, *The Journal of Legal Studies* lib. 16 pág. 101 (1987).

*las Instituciones Legales* (2006).<sup>A</sup> Plantea el problema con una interrogante: ¿por qué no votar por los refrigeradores y comprar a los congresistas? Los bienes públicos puros benefician por igual a todos los ciudadanos —seguridad ciudadana, asuntos exteriores— ya que en ellos, como afirma Bullard González, no se dan los principios de exclusión y de rivalidad en el consumo. Cabe acotar que los bienes públicos puros son los que en un principio justifican el establecimiento del estado. Otros bienes —sanidad, servicios sociales, pensiones y educación—, que refuerzan la cohesión social, son bienes privados financiados públicamente, porque se cree que el mercado no funciona eficientemente en su suministro, aunque esto es rebatible. Los restantes bienes que los entes públicos suministran son bienes privados y deberán financiarse con la renta de los individuos por medio del mercado y ser producidos por el sector privado.

Al matizar los bienes públicos, Cooter ofrece una salvedad. Considera que debe plantearse un distingo entre bienes públicos puros; bienes públicos localizados y sujetos a congestión; y bienes públicos cuyos costos o beneficios externos se propagan de una jurisdicción territorial a otra. En su aleccionador manual *The*

---

<sup>A</sup> Cfr. págs. 855-896; *Votando por refrigeradores y comprando congresistas: ¿por qué no?*, *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies* lib. 1 (2006).

*Strategic Constitution* (2000), esclarece, de manera práctica, una cuestión tan difícil como la distribución de competencias entre los órganos de gobierno. Si el federalismo es una manera de repartir el poder, el ejercicio de los recursos fiscales debe acercarse adonde se atienden las necesidades de la población. Por ello, Cooter atribuye la capacidad de decisión sobre los bienes públicos puros al gobierno central; las competencias gubernamentales sobre la provisión de bienes y servicios públicos localizados y sujetos a congestión a los estados federados, o a los órganos de estructura horizontal mayormente vinculados a la comunidad, como el municipio; y el suministro de los bienes públicos cuyas externalidades se extienden de una jurisdicción territorial a otra a jurisdicciones especializadas. Así, el federalismo permite al ciudadano sustraer el suministro de un conjunto de bienes públicos de las manos de una burocracia centralizada, distante y desprovista de información.<sup>A</sup>

¿Cuándo debe tomar a su cargo el estado una actividad y cuándo debe dejarla a la iniciativa privada? Al respecto, Coase nos demuestra, en su trabajo *The Lighthouse in Economics* (1974), que la iniciativa privada es capaz de organizar con éxito cualquier

---

<sup>A</sup> *The Strategic Constitution* cap. 5. Ya veremos más adelante que el control jurisdiccional dirime la flexible imbricación de estas competencias entre una pluralidad de centros de poder territorial en el federalismo.

actividad, inclusive aquellas que se consideran por tradición dentro de la esfera del estado, como la administración de los faros de navegantes.<sup>A</sup> Sin embargo, cabe precisar que, para llevar a cabo estas tareas, se requiere el derecho de obligaciones que cimenta las expectativas de ayuda recíproca entre las personas que se van a beneficiar con ellas. Como contrapartida, el derecho de bienes también debe establecer la posibilidad de excluir de los beneficios a aquellos que dejan de contribuir a su producción o provisión,<sup>B</sup> así como de convertir la información privada en pública en aras de reducir las asimetrías que perjudican el desenvolvimiento del mercado.

Otro ejemplo de la sustitución del estado por el mercado es el bono educativo propuesto por Milton Friedman (1912-2006) hace media centuria.<sup>C</sup>

---

<sup>A</sup> *Journal of Law and Economics* lib. 17 pág. 357. Sus haces de luz, visibles desde muy lejos, benefician a todos los navegantes; no importa de dónde provengan. A nadie se le puede impedir verlos; por el hecho de que un timonel los divise, otro no lo hará menos. Indivisible y no excluyente, el faro parecería casar bien con los criterios que en el debate académico definen a un bien público. Pero Coase nos demuestra lo contrario.

<sup>B</sup> David Van Zandt (1953-), *The Lessons of the Lighthouse: Government or Private Provision of Goods*, *The Journal of Legal Studies* lib. 22 pág. 47 (1993).

<sup>C</sup> *The Role of Government in Education, in Economics and the Public Interest* págs. 123-44 (1955).

Friedman continuaría el subsidio del estado para la educación del siglo XX, pero los recursos no se asignarían a la oferta —las escuelas— sino a la demanda —los alumnos—. Cuando esto ocurre, se abre un mercado de la educación, el que otorga una inmejorable oportunidad a los que sienten la misión educativa como propia de volverse emprendedores. El traspaso de la producción educativa al sector privado, a la vez que conserva la financiación pública, reduce los costes del servicio y mejora la calidad de la educación.

Mientras el derecho privado siga adoleciendo de anquilosamiento, el aparato del estado seguirá procurando tales empresas. Como trabajadores del mercado político, los políticos deberán poseer una habilidad singular. El jurista del Siglo de Oro, Jerónimo Castillo de Bobadilla (1547-1605), precisa: «La astucia y sagacidad son necessarias a los que gobiernan Republicas, porque todos los que negocian con ellos, pretenden engañarlos».<sup>^</sup> Lo que hacen los políticos es calcular las medidas que pueden constituir mejoras según el criterio de Kaldor-Hicks, entre grupos dentro de los cuales los beneficios de ciertas medidas van a compensar a los mismos por los costos

---

<sup>^</sup> *Política para corregidores y señores de vasallos lib. I tit. 9* (1597). En una nota al pie de página en *Du contrat social ou Principes du droit politique* (1762), Rousseau sostiene que, mientras que el Diabólico Florentino profesaba aleccionar a los reyes, era en realidad al pueblo a quien instruía.

en que han incurrido a causa de otras medidas, lo cual asegura la compensación colateral. Observamos que, cuando el tamaño de los grupos que se benefician con las actividades es reducido, y los costos de la actividades son soportados por grandes grupos, posiblemente por la comunidad entera, la aritmética político-jurídica resulta simple. Se alterna un gran número de mejoras según el criterio de Kaldor-Hicks, y en promedio, éstas van a compensarse unas con otras en forma colateral. Por otra parte, cuando el tamaño de los grupos que se benefician de las ganancias es más grande, y el tamaño de los grupos que incurren en costos es menor, el lograr componer un conjunto de medidas que se compensen unas con otras se convierte en una operación más delicada. Por lo tanto, en algún momento se espera que el gobierno asuma la tarea de efectuar una redistribución de los ingresos. Cuando no se puedan hallar medidas que intercambien compensaciones en forma colateral, para efectuar algunas mejoras en términos de Kaldor-Hicks, el gobierno debe brindar una compensación monetaria a quienes sufren perjuicio a consecuencia de ellas.<sup>A</sup> Los

---

<sup>A</sup>La actividad reguladora cumple propósitos de compensación. Es más, existen valoraciones político-jurídicas a las que debemos llegar antes de des-regular. Así, Richard Posner indica el fenómeno de la deliberada y continuada prestación de muchos servicios en la sociedad «*at lower rates and in larger quantities*» que los ofrecidos por un mercado competitivo no regulado o, *a fortiori*, por un mercado monopolista no

precios políticos que implica obtener una mejora, según el criterio de Kaldor-Hicks, de una legislatura, tribunal o entidad del gobierno varían conforme a la capacidad de hallar otras medidas destinadas a compensarla. Los políticos procuran evitar este tipo de medidas cuando no les es posible idear medidas compensatorias para ellas. Si fuese de otro modo, nadie percibiría, si se trata de una mejora según el criterio de Kaldor-Hicks, y ningún individuo cuya propiedad incurriese en costos se preocuparía solícitamente; la población insatisfecha votaría en contra de ellos, y si no fuese posible destituirlos de sus funciones, reaccionaría con violencia.

Un sistema político debe sustentarse en una amplia base de representación<sup>A</sup> o, de lo contrario, el sistema no logrará evitar en forma legítima toda la violencia existente en potencia dentro de la sociedad, y

---

regulado, *Taxation by regulation*, *Bell Journal of Economics and Management Science* lib. 2 pág. 22 (1971).

<sup>A</sup> Dado que es importante ampliar la base de representación del sistema político iberoamericano, a más del voto universal, podemos referirnos a Federico Díez de Medina (1882-1952) quien expuso, a fines del siglo XIX, un sistema electoral que aseguraba la representación tanto de las mayorías, como de las minorías. *Las minorías en Bolivia* (1878); *Nóciones comparadas de derecho público político* cap. 6 (1903). Cfr. el aporte más reciente de Pippa Norris (1953-), *Choosing Electoral Systems: Proportional, Majoritarian and Mixed Systems*, *International Political Science Review* lib. 18 pág. 297 (1997).

cualquier individuo que negocie en el mercado político va a invertir con cautela; en palabras del Doctor Angélico, «*ut omnes aliquam partem habeant in principatu: per hoc enim conservatur pax populi*». <sup>A</sup> Para sintetizar, el sistema político representativo ofrece — a los sujetos económicos — medidas de regulación pública de los derechos de propiedad, y asegura — a los terceros — compensación por los valores que se detraen.

La expropiación forzosa garantiza también la indemnización de los bienes y valores que son objeto de despojo por parte del estado, de suerte que cabe plantear la cuestión: ¿qué distinción existe entre la expropiación y una mera disposición o afectación legal? En ambos casos, el estado desapodera o produce una merma en los valores que legalmente pertenecen a los particulares. Así por ejemplo, mediante una disposición o afectación legal, el estado puede declarar un área donde poseemos tierras como zona industrial — por medio de la <zonificación> — y hacer que el valor de las tierras disminuya en forma considerable, sin que llegue a tratarse de una expropiación por parte del gobierno. Cualquiera de estas medidas nos priva del capital, máxime si se trata de una disposición o afectación legal por la cual no recibimos indemnización alguna, dado que en este caso el estado ejerce solamente su potestad regulatoria.

---

<sup>A</sup> *Summa Theologiæ tertia quest. 105.*

Si las dos contribuciones decisivas del mundo romano a la cultura occidental, como tenemos dicho, fueron el derecho y la plomería, la mayor obra de ingeniería que dejaron —el acueducto romano del siglo I— nos resulta ilustrativa en este sentido. Roma ha sido fuente de inspiración y aprendizaje de políticos, escritores, artistas e ingenieros durante veinte siglos. Su cultura sigue irradiando luz desde un pasado lejano y el elemento fundamental en el desarrollo urbano romano fue el acarreo de agua. Hoy se conservan estos acueductos en buen estado, llenos de agua; sus arcos de medio punto y sus sillares de piedra blanca aún despiertan la admiración. Ya en época romana, en el primer siglo de nuestra era, Sexto Julio Frontino (40-103) había confesado ser admirador de la ejecución humana de una obra en tal medida transformadora de la naturaleza —de una enorme utilidad para la vida cotidiana— que sólo parecía comparable a las pirámides de Egipto —las que no dejaban de ser faraónicos proyectos inútiles para la vida práctica—: «*Tot aquarum tam multis necessariis molibus pyramidas uidelicet otiosas compares*».<sup>A</sup> Las ciudades romanas en crecimiento por aquella época necesitaban ingentes cantidades de agua para su subsistencia, «*incrementum urbis exigere uidebatur ampliorem modum aquæ*». De ahí que, en ocasiones, la fundación de éstas en un espacio determinado se viera claramente condicionada por la abundancia de agua. La

---

<sup>A</sup> Cfr. *De aquis urbis Romae lib. I* (95).

sociedad de aquella época llegó a desarrollar, con alto grado de eficacia, su ingeniería para garantizar el abastecimiento confiable de agua potable, de día y de noche, sin ningún tipo de interrupción, «*sine intermissione diebus noctibusque aqua fluat*»,<sup>A</sup> con redes de almacenamiento, distribución, uso y evacuación. Los alcalareños, que levantaban sus casas sobre ellas, aseguraban un suministro constante de agua de gran pureza y calidad. Aún pueden apreciarse con nitidez los lugares en los que los romanos apoyaban los lucernarios para iluminar la construcción de estos acueductos, presas, canales y sifones. Pero, cabe destacar que no hubiera sido posible la ingeniería hidráulica romana sin el derecho romano.

Es aún objeto de controversias si los romanos articularon una doctrina de expropiación forzosa, pero es incontrovertible que al menos la pusieron en práctica y que preconizaron este desarrollo jurídico. Cuando en el siglo XIX Caspar Rudolf von Ihering (1818-1892) quiso poner en claro el espíritu de respeto estricto e incondicional que cultivaron los romanos por la propiedad privada, indicó que no era raro que se renunciara completamente a una obra pública ante la negativa de los propietarios de ceder su propiedad.<sup>B</sup> Sin embargo, de ser así, no se hubieran construido los

---

<sup>A</sup> Cfr. *De aquis urbis Romae lib. 2.*

<sup>B</sup> *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung lib. 2 (1865).*

nueve grandes conductos que abastecían Roma durante el siglo I y por los que circulaba doce millones de ánforas de agua al día.<sup>A</sup> El ejemplo de Ihering pone de relieve un aspecto clave del análisis económico de la doctrina de expropiación forzosa: sin este límite a la propiedad e instrumento jurídico efectivo en manos del estado, la resistencia estratégica del propietario a negociar la extinción de su dominio, a fin de procurar un beneficio particular desmedido, podría detener la ejecución de obras de utilidad pública e interés social. Frontino aporta, posiblemente, la referencia más curiosa, y a la vez más directa, a la práctica del pago de una indemnización adecuada cuando se expropian los terrenos, «*Multo magis autem maiores nostri admirabili æquitate ne ea quidem eripuerunt priuatis quæ ad modum publicum pertinebant, sed cum aquas perducerent, si difficilior possessor in parte uendunda fuerat, pro toto agro pecuniam intulerunt*».<sup>B</sup> Vázquez de Menchaca formuló la doctrina, en 1563, de la necesidad de una indemnización previa y justa cuando el estado expropia bienes de propiedad privada, «*ut et si fiat ob publicam utilitatem adhuc tamen non destinat recompensatio aut remuneratio domino illius rei*».<sup>C</sup> La indemnización

---

<sup>A</sup> Rodolfo Amedeo Lanciani (1845-1929), *I Commentari di Frontino sulle acque e gli acquedotti* pág. 362 (1880).

<sup>B</sup> Cfr. *De aquis urbis Romæ* lib. 2.

<sup>C</sup> *Controuersiarum illustrium aliarumque usu frequentium* lib. 1 tit. 5; sin dar la fuente, Julio Alberto d'Avis (1912-) cita otro

que se paga debe ser conmensurada con el valor de la propiedad que va a ser expropiada, «*remuneret res publica si potest ex integro... quod si nec etiam ex parte potest... quod deest ut quum primum venerit ad pinguiorem fortunam suppleat par est*». Por ende, la ley establece la diferencia entre la expropiación, para la que se prescribe una indemnización satisfactoria, y otras disposiciones o afectaciones legales, para las que no se reconoce indemnización alguna.

Pero, ¿cómo se explica una diferencia tan arrolladora en la ley?<sup>A</sup> Podemos determinarla si partimos del

---

lenguaje: «se dé congrúa y merecida recompensa», *Curso de Derecho Administrativo* pág. 190 (1960); Kris Kobach (1966-) pretende atribuir su origen a Grocio, quien tomó el sistema fundamental de Vázquez de Menchaca. *The Origins of Regulatory Takings: Setting the Record Straight, Utah Law Review* lib. 47 pág. 1215, 1235 (1996).

<sup>A</sup> La razón que damos es distinta de la que aporta Thomas Miceli (1959-), *Regulatory Takings: When Should Compensation Be Paid, The Journal of Legal Studies* lib. 23 pág. 749 (1994). Así, nos apartamos de la cuestión sobre la eficiencia de la regulación; antes bien tomamos la compensación colateral como la medida. Otras explicaciones vinculan la necesidad del justiprecio con razones de eficacia en la asignación de recursos o de prevención del riesgo moral a largo plazo, e incluso con una especie de seguro por cuenta del estado frente a las desviaciones que pudieran producirse en la cobertura del riesgo político. Lawrence Blume (1952-), *Compensation for Takings: An Economic Analysis, California Law Rev* lib. 72 pág. 569 (1984); William Fischel (1945-), 196

análisis que hemos efectuado, puesto que una razón válida la sustenta: por una disposición legal no obtenemos ninguna indemnización porque, como vimos, la compensación se da en forma colateral.<sup>A</sup>

En *Takings, private property and the power of eminent domain* (1985), Richard Allen Epstein (1943-) reproduce el análisis concebido con antelación por Vázquez de Menchaca. El paralelismo que se puede trazar entre ambos autores es sorprendente. Ambos afirman que los derechos de propiedad deberían constituir un mecanismo de control sobre los actos del gobierno y que, al marcar el límite entre el dominio público y privado, la doctrina de la expropiación sería la clave del derecho público. Aunque cuatro siglos separan a Vázquez de Menchaca de Epstein, ambos

---

*International Review of Law and Economics* lib. 9 pág. 115 (1989); Louis Kaplow (1956-), *An Economic Analysis of Legal Transitions*, *Harvard Law Review* lib. 99 pág. 509 (1986); Saul Levmore (1953-), *Just Compensation and Just Politics*, *Connecticut Law Review* lib. 22 pág. 285 (1990); Daniel Farber (1950-), *Economic Analysis and Just compensation*, *International Review of Law and Economics* lib. 12 pág. 125 (1992); Heller, *Deterrence and Distribution in the Law of Takings*, *Harvard Law Review* lib. 112 pág. 997 (1999).

<sup>A</sup> Véase un análisis económico temprano de esta paradoja en Frank Michelman (1936-), *Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of <Just Compensation> Law*, *Harvard Law Review* lib. 80 pág. 1165, 1218, 1225 (1967).

autores se enfrentan a la prerrogativa por la que el gobierno tiene el ejercicio de la función regulatoria sobre la esfera de los derechos de propiedad. Epstein descarta la posibilidad de la compensación colateral entre distintas medidas que son mejoras en términos de Kaldor-Hicks. «*No evidence suggests that the crazy quilt of regulation will balance out*», dice.<sup>A</sup> Cabe destacar que el pensamiento de Vázquez de Menchaca es más radical que el de Epstein al no conceder al estado ningún derecho de regular arbitrariamente el ejercicio de la propiedad privada, «*non poterit homini legitimatatis et integræmentis impedire liberum usum rerum suarum*»<sup>B</sup>, y como única justificación posible de una afectación legal arbitraria, forma un concepto inverso del óptimo paretiano: donde la propiedad y la libertad privadas infringen perjuicio a otra persona sin beneficiar a nadie, «*iure et libertate nostra uti non possumus, cum id nemini prodest, et alteri nocet*».<sup>C</sup>

Entonces nos preguntamos: ¿en qué consiste el imperio de la ley? El modo de reunir una mayoría es formar coaliciones de minorías que compartan los mismos intereses. Sin embargo, la combinación de todos los intereses Pareto-potenciales en coaliciones

---

<sup>A</sup> *Takings* en pág. 279.

<sup>B</sup> *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium lib. I tit. 17.*

<sup>C</sup> *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium lib. I tit. 46.*

constituye un problema que atañe al gobierno mayoritario y que fundamentalmente se resuelve por medio de los tribunales. En tercer lugar, la idea que formulamos para emprender una actividad productiva puede ser un movimiento que no guarda afinidad con el criterio de mejora, según se entiende a partir de la concepción de Kaldor-Hicks. O, para tomar el extremo, puede satisfacer el criterio del concepto inverso del óptimo paretiano formado por Vázquez de Menchaca —una medida que perjudique a alguien sin redundar en beneficio de nadie—.

¿Cuál es el precio político que importa la arbitrariedad de iniciar una disposición o afectación legal, ya sea una medida no dirigida hacia una mejora según el criterio de Kaldor-Hicks o dirigida a ella pero sin dar compensación a aquellos cuyos derechos válidos y excluyentes se transgreden?<sup>A</sup> Tal medida tiene un precio elevado dentro el marco de un sistema político mayoritario, porque un mismo grupo puede resultar beneficiario de las utilidades producto de diferentes medidas arbitrarias, en un repetido número de veces. No obstante, un grupo en particular no puede soportar los costos en forma indefinida, puesto que sus

---

<sup>A</sup> Gustav Radbruch (1878-1949) afirma, con un criterio racionalista, que la arbitrariedad y el derecho son una contradicción en los términos, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, *Süddeutsche Juristenzeitung* págs. 105-108 (1946).

recursos tenderán a agotarse.<sup>a</sup> Al generarse un precio político como resultado de una medida arbitraria, se debe tener en consideración la externalidad negativa que se reproducirá a través del tiempo, conforme se repita paulatinamente la misma medida, y al margen de cuán pequeño resulte ser el grupo que sufre pérdidas mediante la actividad inicial; el tamaño del grupo que sufre los costos de todas las externalidades negativas, adquiere, a través del tiempo, una dimensión extraordinaria; en la mayoría de los casos, su tamaño es aun mayor que el del grupo que inicialmente obtiene ventajas, puesto que un mismo grupo puede recibir beneficios en innumerables oportunidades. Por medio de este análisis, estamos calculando las dimensiones *a través del tiempo*, y la razón que aducimos para ello es que las externalidades persisten en el tiempo como reconoce la doctrina jurídica. Las acciones que llevamos a cabo hoy pueden repercutir en daño a otras personas días, años o incluso siglos después.<sup>b</sup> Bajo este

---

<sup>a</sup> Ciertos tipos de capital, como las tierras, son renovables. Sin embargo, a lo largo del tiempo todo capital se agota. Julián Prudencio (1815-1885), *Principios de economía política aplicados al estado actual y circunstancias de Bolivia cap. 3* (1845).

<sup>b</sup> Sin ir más lejos, las personas que acentúan la arbitrariedad de la reforma agraria iniciada en Bolivia hace 50 años deberían recordar la usurpación de tierras comunales casi un siglo atrás, a la cual José María Santiviáñez (1815-1893) se opuso tenazmente, *Reivindicación de los terrenos de comunidad* (1871). Así, muchas de las disparidades que la historiografía —de

enfoque, el concepto de la arbitrariedad encarna el problema del cálculo mayoritario, diacrónico, de la eficiencia. Con las restricciones señaladas y según los parámetros de Kaldor-Hicks, las ganancias producto de una medida de mejora para la que no se establece ninguna compensación, requerirán ser sumamente cuantiosas, o los costos externos deberán ser sumamente pequeños, a fin de que tal medida se justifique políticamente. No importa cuán grande sea el grupo que inicialmente obtiene ganancias, ya que el tamaño de aquél, que eventualmente pierde, será mayor con el devenir del tiempo. De tal forma, resulta necesario que las ganancias y costos promedio sean equilibrados, de manera que el accionar del gobierno no resulte habitualmente arbitrario dentro del sistema político mayoritario.



---

influjo extranjerizante— atribuye a la Colonia son hijas más bien del siglo XIX en Iberoamérica.