

LAS TEORÍAS EXISTENTES SOBRE EL SERVICIO PÚBLICO

CHRISTIAN GUZMÁN NAPURÍ

ABOGADO ESPECIALISTA EN DERECHO PÚBLICO.

PROFESOR DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA
UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ EN LAS ÁREAS DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO.

PROFESOR ASOCIADO DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA.

Sumario: Introducción 1.- La teoría subjetiva 2.- La teoría objetiva 3.- La teoría funcional Los límites de la decisión estatal 3.1.- El Principio de Legalidad: Origen, La aplicación a la doctrina del servicio público, El uso de decretos de urgencia 3.2.- El respeto a los Derechos Fundamentales: El contractualismo, El imperativo kantiano, El individualismo liberal, La teoría de las titularidades 3.3.- La Necesidad pública de la regulación administrativa A manera de conclusión.

Introducción

Las diversas teorías existentes sobre el servicio público han intentado explicar la naturaleza del mismo, a partir de las diversas consideraciones que se elaboran en relación con el papel que el Estado juega en su prestación, la naturaleza de las actividades que se realizan y el mecanismo empleado para su definición.

Lo que ocurre es que la conceptualización adecuada del denominado servicio público en el derecho público moderno resulta ser sumamente conflictiva, dado el nuevo rol del Estado en la economía y las concepciones respecto a la regulación económica que se manejan en el derecho público moderno.

1. La teoría subjetiva

La tesis inicial sobre la naturaleza de los servicios públicos se basaba en la consideración de que el servicio público era aquel prestado única y directamente por el Estado, como parte de la función o actividad prestacional del mismo¹. De hecho, algunos autores han afirmado incluso que toda actividad estatal, de naturaleza administrativa, configura servicio público.

Ahora bien, en tanto existe una naturaleza prestacional de la labor del Es-

tado, debía entenderse que el servicio público es tal si es prestado en forma directa por las diversas entidades de la Administración Pública. Ello tiene su origen en la famosa Sentencia Blanco², que a su vez dio lugar a la concepción francesa del servicio público, que manejaban juristas como Duguit³ que de alguna manera se conserva hasta el momento, incluso en la jurisprudencia francesa.

Cuando se hizo patente la aparición del Estado de Bienestar (y por ende, del Estado Social de Derecho) se generó, como resultado inmediato, la necesidad de la existencia de una Administración Pública prestadora de servicios⁴. Dichos servicios debían ser prestados por el Estado en forma directa, a través de mecanismos de gestión. Paulatinamente, conforme las necesidades de la población aumentaban, fue necesario que el Estado creara entes especializados en la prestación de dichos servicios.

Seguidamente, y como los mecanismos de la administración pública resultaban inefectivos para ello, fue necesario inclusive tomar prestados conceptos de administración privada para hacer eficiente la gestión de los servicios públicos. Como resultado, aparecieron las llamadas *empresas públicas*, personas jurídicas de derecho privado, pero que per-

tenecían de manera directa al Estado.

Sin embargo, el hablar de empresa pública implica, de alguna manera, una *contradictio in terminis*, dado que en principio las empresas son entes creados para la producción de lucro, entendido éste como la ganancia de sus dueños. Asimismo, el Estado, por definición, no produce lucro. Tal contradicción, aunado al hecho de que los representantes del Estado en las juntas de las empresas estatales carecen de incentivo económico (los dividendos), incentivo que sí poseen los socios de una empresa privada⁵, ha sido la que ha generado la conocida ineficiencia de las empresas públicas en la mayoría de las naciones del Planeta⁶.

Por otro lado, la empresa pública genera distorsiones en la economía, al crear entes económicos que no están sometidos al mercado. En primer lugar, las empresas públicas utilizan fondos públicos para su funcionamiento, que a su vez se sustentan mediante el sistema impositivo. Asimismo, no son susceptibles de incurrir en insolvencia, dado que el Estado nunca quiebra. Finalmente, las empresas públicas emplean infraestructura del Estado. Como resultado de ello, y aun si las empresas públicas operasen en el mercado con-

curriendo con entes privados, generarían competencia desleal, la misma que perjudica a la economía en su conjunto.

Asimismo, la década de los 50 y 60 se había caracterizado por la existencia de bonanza económica en los países más adelantados y cierta mejoría en los demás países del orbe, que les permitía el manejo directo de determinadas actividades, muchas de ellas reservadas al Estado⁷. Sin embargo, la crisis energética de la década de los setenta afectó el manejo económico de las naciones, situación en la cual se comenzó a pensar seriamente en la necesidad de transferir a manos privadas el manejo de determinadas actividades, sean servicios públicos o no.

En consecuencia, y como resultado inmediato de la ineficiencia de las empresas públicas –y del Estado en general– se generó dos efectos en la economía mundial: En primer lugar, la privatización de aquellas empresas públicas que no producen utilidades, privatización que también generaría el ingreso de importantes fondos para el Estado para corregir el déficit en el sector público y controlar los presupuestos⁸.

Por otro lado, se generó también la necesidad de generar inversión en servicios públicos, la misma que obligó al Estado a permitir el ingreso de capital privado a la administración de fondos y bienes públicos y la prestación de servicios públicos, a través particularmente de mecanismos de privatización y de otorgamiento de concesiones.

Lo indicado en los párrafos precedentes se dio mediante diversos mecanismos, en especial los relacionados con los permisos, las licencias y las concesiones. Y además generó la aparición de los llamados organismos reguladores o supervisores, como lo son, en el caso peruano, por ejemplo, OSINERG, OSIPTEL, OSITRAN, SUNASS y otros.

Como resultado, se hizo necesario que los servicios públicos comenzaran a ser prestados por los particulares. A esto la teoría subjetiva respondió de manera indebida considerando que en realidad la prestación la seguía realizando el Estado, pero de manera indirecta a través de terceros⁹. Según esta concepción, la realización del servicio por parte de los particulares ocurre como una suerte de delegación. Esta ficción, sin embargo, nos lleva a la necesidad de establecer otro nivel de caracterización que resulte más eficiente.

Y es que, la teoría subjetiva a la que nos estamos refiriendo no resuelve el problema generado una vez que el Estado de Bienestar (welfare estate) entró en crisis, cuando el sistema estatal ya no podía mantener los servicios públicos y estos debieron empezar a ser privatizados. Las empresas estatales comenzaron a ser transferidas a manos privadas y ya el Estado no podía establecer mecanismos de reserva de actividades económicas, lo cual incluía evidentemente a los servicios públicos. En este orden de ideas, se hizo posible que los particulares pudiesen prestar servicios públicos de manera directa y estableciéndose esquemas en los cuales ya no podía hablarse de titularidad estatal.

2. La teoría objetiva

La Teoría Objetiva señala, a diferencia de la teoría subjetiva, descrita en el acápite precedente, que la calificación de una actividad como servicio público depende de la naturaleza del servicio que sea prestado. Es decir, no importa quien sea el ente encargado de la gestión del servicio, sino más bien las características de la actividad en particular.

En general, se entiende dentro de la teoría objetiva que los servicios públicos son aquellas actividades que resultan indispensables para la colectividad al nivel de necesidades primordiales¹⁰. El servicio público implica la satisfacción de necesidades colectivas de interés general y de carácter material¹¹.

Como corolario de lo antes señalado, el Estado debe necesariamente regular de manera directa la prestación del servicio público para asegurar la satisfacción de dichas necesidades básicas, a través de la prestación directa o de la regulación de los prestadores del servicio, legal y/o administrativamente.

Aparentemente, la teoría objetiva resolvería el problema conceptual que se presenta en el ámbito de la posibilidad de que el servicio pueda ser prestado por particulares, que podrían o no concurrir con el Estado. Sin embargo, la teoría objetiva no explica como es que distintas sociedades en distintos momentos consideran servicios públicos a actividades diversas sin que exista una razón objetiva que justifique la diferencia.

Es posible, en consecuencia, que consideremos que ciertas actividades puedan ser consideradas indispensables para toda sociedad. Sin embargo, existen ciertas actividades que pueden re-

sultar indispensables para ciertas sociedades y para otras no. De hecho, se puede comprobar que ciertas actividades (como por ejemplo la televisión) son servicios públicos en algunos países y en otros no.

Por otro lado, la teoría objetiva supone erróneamente que el Estado mantiene la titularidad sobre la prestación del servicio –dada su naturaleza– y más bien es la gestión la que se transfiere a los particulares. Sin embargo, el concepto de titularidad estatal ya no se sostiene¹², dado el nuevo modelo de Estado regulador que se encuentra vigente en el Mundo, en contraposición con el estatismo que ha sido dejado de lado, como veremos líneas más adelante.

3. La teoría funcional

Ahora bien, la denominada teoría funcional –o concepción instrumental del servicio público– parte del supuesto de que la determinación o declaración de un servicio público como tal depende del Estado y se genera por la decisión del mismo de generar una intervención intensa en la actividad que se califica como tal. No existen, en consecuencia, servicios públicos *per se* –como lo señala la teoría objetiva–, ni se considera que solo el Estado puede prestar servicios públicos, como lo precisa la teoría subjetiva.

Evidentemente, dicha declaración realizada por el Estado –denominada genéricamente *publicatio*¹³– debe estar basada en el interés público o interés general, conceptos respecto de los cuales tenemos importantes críticas, las mismas que señalaremos en su oportunidad.

Los Límites de la decisión estatal

Como toda actividad del Estado, la facultad de establecer que una actividad determinada constituye un servicio público está sujeta a límites evidentes, máxime si dicha declaración implica intervención directa en las actividades económicas por parte de la Administración Pública.

Ahora bien, la doctrina más moderna considera entonces, en particular, tres límites de particular importancia a nivel del derecho público: El principio de legalidad administrativa, el respeto por los derechos fundamentales y la necesidad pública de la regulación.

3.1. El Principio de Legalidad

El Principio de Legalidad, en térmi-

nos generales, establece que las autoridades administrativas – y en general, el Estado como institución – deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas. El principio que venimos reseñando es un importante componente del Estado de Derecho y es a la vez pivote del Derecho Administrativo, sin el cual éste último carece de sentido.

Esto implica, en primer lugar, que el Estado y la Administración se sujetan, en especial, a la Ley, entendida como norma jurídica emitida por quienes representan a la sociedad en su conjunto. En segundo lugar, que la Administración Pública no goza de la llamada libertad negativa o principio de no coacción (*nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido a hacer lo que esta no prohíbe*), dado que solo puede hacer aquello para lo cual está facultada en forma expresa. La discrecionalidad, como resultado, va reduciendo su existencia a límites casi virtuales, lo cual es enteramente consistente con la moderna teoría administrativa.

Asimismo, la Administración, al emitir actos administrativos –que por definición, generan efectos específicos, aplicables a un conjunto definido de administrados– debe adecuarse a las normas legales y reglamentarias de carácter general. Estas últimas evidentemente deben de respetar la norma legal que les da sustento, cumpliendo con reglamentarla de manera adecuada.

Origen

El origen del sometimiento del Estado en general y de la Administración Pública en particular a la Ley tiene su origen en la doctrina de John Locke. Expresa Locke –a quien se le reconoce casi unánimemente como padre del liberalismo político– que si el Estado ha nacido para proteger los derechos naturales, que no desaparecen con el contrato social hobbesiano, carece de sentido racional que desaparezcan fácticamente por la instauración de un Estado absolutista, cuando el contrato social persigue el fin de proteger, amparar y hacerlos sobrevivir. La monarquía absoluta es entonces incompatible con la sociedad civil¹⁴. Lo que hay que hacer es limitar el poder absoluto y ello se logra distribuyendo las funciones estatales.

En contraposición con Hobbes, Locke considera al soberano como parte integrante del Pacto Social, razón por la

cual el mismo está sometido también a la Ley. Hobbes emplea el contrato social más bien para justificar la obediencia al soberano y la asunción de éste del poder absoluto sobre sus súbditos¹⁵. Y es que, para Hobbes, la libertad del soberano, está sobre los individuos y por sobre las mismas leyes que rigen a los individuos. Cada individuo renuncia a su libertad buscando la seguridad que le otorga el Estado soberano¹⁶.

Por otro lado, y a diferencia de lo señalado por Hobbes, Locke sostiene que los derechos naturales de los hombres no desaparecen como consecuencia del consentimiento dado a la sociedad: Por el contrario, subsisten para limitar el poder social, y el del Estado. Este último es entonces tan solo el garante y administrador de los derechos de las personas, pero no su propietario.

El sometimiento del Monarca a la Ley genera entonces que el pretender que éste elabore también la misma, implicaría una grave incongruencia, pues estaría sometido a sus propios designios, sin que exista control aparente alguno. Si el Príncipe absoluto reúne en sí mismo el poder legislativo y el poder ejecutivo, señala Locke, no existiría Juez ni manera de apelar a nadie para decidir en forma justa una reparación o compensación si es que el Príncipe generase un daño o atropello¹⁷.

De la misma manera, señala Locke, *“tampoco es conveniente, pues sería una tentación demasiado fuerte para la debilidad humana, que tiene la tendencia a aferrarse al poder, confiar la tarea de ejecutar las leyes a las mismas personas que tienen la misión de hacerlas”*¹⁸.

Locke explicita que el Parlamento, dado su poder de Legislar, se convierte en el primer poder. Es necesario tener en cuenta que la idea de ser el primer poder implica que los demás estamentos del Estado deban someterse necesariamente a la Ley emitida por el Poder Legislativo. Tan es primer poder, señala Locke, que ninguna norma expedida por algún otro organismo puede tener igual o mayor validez que una Ley, si es que dicha norma no es aprobada por el Poder Legislativo. Como resultado de todo ello, debemos deducir, tal como lo hace Locke, que el Parlamento debe tener origen necesariamente en la elección popular.¹⁹ El efecto inmediato de esta aseveración tiene relación con la preferencia de Locke por la Monarquía Constitucional, la misma que no proviene de la elección popular.

El razonamiento anterior requiere una explicación. Si el Poder Legislativo

es elegido por el pueblo, y es el primer poder dado que la Ley vincula incluso al monarca, cabe que sea el único elegido por la voluntad popular. Es evidente, a partir de este razonamiento, que el principio de legalidad es uno de los elementos que conforman el Estado de Derecho, pues sirve de efectiva limitación al Poder Estatal.

La aplicación a la doctrina del servicio público

Como resultado de lo señalado en líneas precedentes, el principio de legalidad es el pivote del derecho Administrativo. Sin este principio, que debería incluso consagrarse constitucionalmente, el Derecho Administrativo perdería de inmediato su razón de ser.

Bajo este criterio, debe entenderse que la determinación de una actividad como un servicio público debe ser establecido mediante una Ley, dado que la misma expresa precisamente la decisión de la colectividad en su conjunto. Máxime si la calificación antedicha implica limitación a derechos fundamentales, en particular, libertad de empresa. El principio de legalidad garantiza que la regulación de los servicios públicos se realizará de manera permanente y no se someterá a avatares políticos.

Ahora bien, existe también una justificación práctica de este principio. Los servicios públicos poseen la peculiaridad de regularse en el ámbito de la Administración Pública, el prestador del servicio y el usuario. Ahora bien, a fin de que la regulación resulte eficaz, y a la vez, equilibrada, se requiere que las normas en las cuales se basa la regulación se originen en un organismo en principio imparcial y ajeno a los demás. Evidentemente, este no puede ser otro que el Poder Legislativo²⁰.

El uso de decretos de urgencia

Finalmente, en nuestra opinión, y dado el razonamiento precedente, no cabría emplear decretos de urgencia para ello, dado que los mismos deben emplearse en situaciones muy específicas, derivadas de hechos excepcionales, en materia económica y financieras y cuando lo requiere el interés nacional.

Sin tomar en cuenta nuestra ciertamente radical posición sobre el tema – en nuestra opinión, debería prescindirse de los decretos de urgencia en el constitucionalismo peruano–, debemos tener en claro que un decreto de urgencia no es emitido por el Congreso y en con-

secuencia, no es resultado de la deliberación -en el ámbito de un ente colectivo y representativo- indispensable para justificar la limitación a los derechos fundamentales y la intervención económica directa del Estado en la economía. Asimismo, la posibilidad de calificar una actividad económica como servicio público mediante decreto de urgencia destruye el equilibrio e imparcialidad necesarios para el funcionamiento de los servicios públicos, como lo hemos indicado líneas arriba.

3.2. El respeto a los Derechos Fundamentales

El principio al que hacemos referencia, que a la vez configura uno de los pilares del denominado Estado de Derecho, establece que los derechos fundamentales - dado que configuran límites efectivos a la actuación del Estado - son preferidos sobre toda otra consideración que no sea tal, aun cuando esta se encuentre constitucionalmente consagrada. Lo antes señalado implica que los derechos fundamentales deben ser preferidos incluso sobre metas colectivas o sobre intereses públicos o meramente estatales. En consecuencia, no es posible, desde un punto de vista jurídico, que dichos conceptos puedan desplazar a derechos constitucionalmente consagrados o que poseen la categoría de derechos humanos.

El principio que venimos comentando funciona además como un estándar interpretativo de la Constitución Política²¹, en el sentido de que cuando se interpreta la norma jurídica antes indicada, y ante la posibilidad de variados resultados, se debe estar a la interpretación más favorable para el particular²². En caso de duda en la interpretación de toda norma, debe admitirse la que resulta más protectora de los derechos de las personas individualmente consideradas.

Ahora bien, el principio materia de análisis tiene también su origen en el constitucionalismo norteamericano, en el cual aparece la doctrina de la posición preferente de los derechos fundamentales (*preferred position*) en relación con otros bienes jurídicos. Es decir, los derechos constitucionalmente reconocidos tienen un valor especial en el ordenamiento jurídico²³.

A su vez, la doctrina de la preferencia por los derechos fundamentales parte de la consideración de que por el principio de primacía de la persona humana -individualmente considerada- es ésta la que goza de protección especial

por parte del Estado y la Sociedad.

A este nivel, resulta obvio que, como toda acción estatal, la calificación de una actividad como un servicio público no deberá afectar derechos fundamentales, en el ámbito del desplazamiento de los mismos, es decir, de su sustitución por otro bien jurídico. Es obvio que los derechos fundamentales admiten límites, pero la limitación que de los mismos puede hacer el Estado debe ser razonable y proporcional. En este orden de ideas, existen importantes derechos que pueden ser afectados por la regulación estatal, como libertad de empresa, libertades contractuales, propiedad, e incluso, si las actividades afectadas configuran medios de comunicación, libertades de información y expresión.

El contractualismo

Por un lado, las doctrinas pactistas o contractualistas justifican la existencia del Estado en la necesidad de proteger los derechos de las personas de la vulneración que pueden sufrir, de los otros hombres y del propio Estado en una situación de ausencia de orden social, denominada *estado de naturaleza*, en el cual todos los hombres son iguales y libres. El pacto social, entonces, es el mecanismo que se emplea para superar el estado de naturaleza y a la vez hacer aparecer al Estado como entidad colectiva.

Para Hobbes, el origen del Estado político es un *pacto* o *convenio* en el que una multitud renuncia al derecho natural a todas las cosas que cada uno posee y lo transfiere por mayoría a un solo hombre o a una asamblea de hombres. De acuerdo a Hobbes, al realizar un contrato se hace uso de un derecho, pero a la vez, para que eso sea efectivo, es necesario renunciar a otros derechos.

La concepción hobbesiana puede considerarse liberal hasta el punto en que notamos como las obligaciones sociales y políticas se ponen al servicio del individuo. El Estado existe para proteger los derechos de los súbditos²⁴. Sin embargo, la justificación traslada todos estos derechos al Gobernante, como resultado de la renuncia a la que hemos hecho alusión líneas arriba. El pacto social implica en realidad la pérdida de dichos derechos. Y, como resultado, no es posible controlar u oponerse al soberano. La concepción de Hobbes resulta ser más bien una justificación a la Monarquía Absoluta a través de consideraciones aparentemente individualistas.

Por otro lado, John Locke -a quien

nos hemos ya referido líneas arriba- señala que el Estado de Naturaleza no es feroz como señala Hobbes, sino más bien una situación de igualdad y libertad, en la cual la existencia *per se* de derechos de propiedad justifica la aparición de una sociedad civil destinada a la conservación de la propiedad²⁵.

Esta sociedad civil está regida por un Gobierno que debe producir leyes que rijan inclusive al soberano -lo cual le permitió a Locke deducir la necesidad de que la función de protección y la de emisión de leyes se confíen a distintos entes - y que no originen perjuicio a los propietarios²⁶. Las normas legales, entonces, deben garantizar la libertad y la propiedad de los ciudadanos. El Estado existe en tanto y en cuanto asegura la protección de los derechos de las personas.

El imperativo kantiano

Sin embargo, el origen directo del principio materia de análisis puede encontrarse en el imperativo categórico kantiano. Y es que, Kant señala que es necesario establecer una norma moral cuya existencia posea un valor absoluto y que pueda ser fundamento de diversas leyes. Ahora bien, dado que el supuesto de la existencia de las leyes, sean morales o políticas, reside en el individuo, el imperativo se traduce en aquel que señala que deberá tratarse a la persona humana como un fin en sí mismo y no sólo como un medio²⁷.

El resultado inmediato de lo señalado en las líneas precedentes, desde el punto de vista moral, implica que toda acción de los seres humanos debe basarse en el imperativo precisado, que evidentemente se reconoce como absoluto²⁸. Ahora bien, no obstante que Kant parte también de una lógica pactista, es necesario señalar que fue el primero en justificar la primacía de la persona humana a partir de conceptos morales y a la vez emplear este principio como un imperativo ético.

El individualismo liberal

Por otro lado, el principio que nos ocupa parece tener su origen en la consideración - aparentemente muy obvia - de que, salvo ciertas excepciones muy puntuales, nadie sabe mejor lo que a uno le conviene sino uno mismo. Dado que el ser humano es, por una lado, autónomo por definición, y además racional por naturaleza²⁹, no cabe justificar limitación alguna a sus derechos, aun cuando se suponga que dicha limitación le favorece. Y es que, la acción

colectiva es el resultado lógico de la acción de los individuos que forman parte del ente al cual dirige el o los funcionarios en cuestión. El Estado es una creación del hombre, y en consecuencia, un instrumento de éste³⁰.

Del razonamiento precisado en el párrafo precedente pueden inferirse fácilmente los principios democráticos, los cuales son un resultado directo del principio que venimos esbozando, deducción que fue de alguna forma obvia en John Locke, cuyas ideas hemos referido líneas arriba. A su vez, la necesidad de justificar decisiones colectivas a través de la sumatoria de decisiones individuales supedita el comportamiento de los entes sociales al acuerdo de las personas y justifica la preeminencia de éstas sobre el ente colectivo.

Ahora bien, si suponemos que es posible que un funcionario público -o un conjunto de ellos- pueda determinar con mayor habilidad lo que es mejor para otras personas, estamos presuponiendo paradójicamente que nadie puede determinar, salvo él mismo, que es lo mejor para su propia persona. En este orden de ideas es necesario precisar que las tesis voluntaristas y colectivistas - por más modernas que éstas sean - no han podido elaborar, hasta el momento, una razón consistente que permita reconocer al funcionario público (o al soberano) cualidades que el ser humano común y corriente no tiene.

La teoría de las titularidades

Es posible justificar la preferencia por los derechos fundamentales a partir de la denominada *Teoría de las Titularidades*. El derecho, a fin de conjurar o corregir conflictos, asigna determinadas titularidades para asegurar que dichos conflictos tengan una solución fluida, pues a través de dichas titularidades, se determina a quien se debe favorecer con la decisión estatal. Evidentemente, la asignación de titularidades debe cumplir con el principio de eficiencia al cual haremos mención más adelante, de tal manera que al aplicar la solución no se genere perjuicio alguno.

Ahora bien, a fin de que la solución legal cumpla con su finalidad, es necesario conceder preeminencia a dichas titularidades, que se conceden a todas luces a personas o entes distintos al Estado -el mismo que no posee derechos, sino más bien facultades o atribuciones- dado que es éste quien debe resolver los conflictos³¹. A falta de conflicto, la intervención del Estado resulta innecesaria, toda

vez que los particulares actuarán en armonía sin intervención alguna.

Lo antes precisado resulta ser un corolario de lo que se ha denominado *Teorema de Coase*. Ronald Coase, Premio Nobel de Economía del año 1991, demostró no solo que el celebrar acuerdos cuesta, sino además que en términos de eficiencia paretiana³², el Derecho debe intervenir en la sociedad únicamente cuando los costos de contratar resultan tan elevados que no permiten que el mercado actúe por sí mismo. A los costos generados por la celebración de los acuerdos entre las personas se les conoce en forma genérica como *costos de transacción*.

El Teorema de Coase se enuncia entonces de la siguiente manera: "*si los costos de transacción son sensiblemente iguales a cero, no importa la solución legal que se adopte, pues siempre las partes involucradas, a través de transacciones en el mercado, llegarán a la solución más eficiente*"³³. En contraposición, únicamente cuando los costos son muy elevados se justifica la existencia de una solución legal - o constitucional - que permita la eficiencia social. Por ello, la intervención se restringe únicamente a la asignación de derechos a través del ordenamiento jurídico.

Un ejemplo típico de lo que acabamos de plantear resulta ser, por ejemplo, el sistema de responsabilidad civil extracontractual. Supongamos que no existiese en el sistema jurídico un mecanismo legal que permitiese, directamente y a través del Estado, un resarcimiento a los daños que sufren las personas como resultado de actos de otros y cuando no existe una relación contractual entre ellos, como por ejemplo en accidentes de tránsito. Si dejamos que el mercado solucione el problema, nos vamos a encontrar con altísimos costos como los generados por la dificultad de que todos los potenciales peatones lleguen a acuerdos con todos los potenciales conductores (máxime si es que los conductores en ocasiones son peatones y viceversa). Y aun en el supuesto negado de que todos pudiesen ponerse de acuerdo, la ejecución de los acuerdos resultantes una vez ocurrido el daño deviene en harto complicada, dados los costos de tener que cuantificar éste y de determinar el nivel de responsabilidad. Estos costos generan que se deba crear un sistema normativo que "simule", empleando el Poder Judicial, el acuerdo al que habrían llegado las partes de haber sido posible la solución contractual.

Ahora bien, la existencia de una Sociedad en la cual no existieran titularidades generaría la necesidad de que las personas que componen la misma deban ponerse de acuerdo para determinar cuales serían las prestaciones de las que gozarían cada una de dichas personas, a fin de asegurar su subsistencia y por ende, la de la Sociedad. Hasta aquí, la argumentación se asemeja a la que hemos relacionado anteriormente con el pactismo. Sin embargo, los costos que generaría que la Sociedad en su conjunto pudiese ponerse de acuerdo resultan ser muy elevados. Como resultado, es necesario que el Estado, simulando la solución a la que llegarían los particulares de poderse poner de acuerdo, determine las prestaciones que pueden darse en una Sociedad organizada. Dichas prestaciones, una vez que se han incorporado al ordenamiento constitucional y se les ha dotado de protección jurídica, configuran lo que el derecho constitucional denomina derechos fundamentales.

Hasta el momento, la teoría de la titularidad y el Teorema de Coase parecerían justificar la existencia de derechos fundamentales, mas no la pertinencia del principio de preferencia por los mismos ni de su aplicación al derecho administrativo económico. De hecho, no puede entenderse regulación económica de actividad alguna -más aun si la misma se configura como un servicio público- si es que para ello se emplean variables únicamente jurídicas o políticas y se prescinde de las económicas.

Lo que ocurre es que, dado que dichos derechos fundamentales (o titularidades) permiten obtener eficiencia social cuando la misma no puede ser generada por el mercado, los mismos deben ser dotados de la mayor protección posible por parte del ordenamiento jurídico. Dicha protección tiene su origen en su consagración constitucional, así como en su inclusión en múltiples acuerdos internacionales, denominados genéricamente Tratados de Derechos Humanos³⁴. Asimismo, la protección de los derechos fundamentales incluye la existencia de cláusulas abiertas que no limitan su enumeración a lo señalado por la norma constitucional como podría ser el artículo tercero de nuestra norma constitucional. Además, se establecen mecanismos jurisdiccionales sumarios para proteger dichos derechos, denominados procesos de garantía o garantías constitucionales. Finalmente, y como resultado de todo lo anterior, el principio de preferencia por los derechos fundamentales resulta ser una elaboración obvia.

El resultado lógico que se deduce de lo antes precisado es que los derechos fundamentales se encuentran por encima de cualquier consideración, constitucionalmente consagrada o no, que no posee rango de derecho fundamental, aun cuando nos encontremos ante un bien constitucionalmente protegido³⁵. Los derechos fundamentales, en principio, no pueden ser desplazados por enunciados que no atribuyan derechos. Ello se traduce además en que dichos derechos básicos no puedan ser compensados a través de ventajas sociales y/o económicas³⁶, por más que las mismas estén conformadas por acceso a servicios públicos. Los límites a los derechos fundamentales en realidad se encuentran al nivel de otras libertades o derechos básicos, determinados previamente por el orden social.

Por otro lado, resulta claro considerar que, una sociedad debe conformarse a partir de un conjunto de instituciones organizadas a partir de ciertos principios que se consideran básicos, los mismos que permiten construir un orden social. Ahora bien, dichos principios deben ser, en primer lugar, inmutables y en todo caso, formalmente inviolables. Y dado que los mismos deben ser aplicables a las personas individualmente consideradas – no a los entes colectivos de derecho público, conformados a su vez por personas naturales -, conforman lo que denominamos derechos fundamentales.

Algunos autores relacionan lo antes indicado con el llamado principio de inviolabilidad de la persona, el mismo que implica la imposibilidad de imponer sacrificios o privaciones a las personas que no redunden en su propio beneficio³⁷. Sin embargo, debemos concordar debidamente dicho principio con el de autonomía, el cual implica que el Estado no debe intervenir en la libre elección del individuo³⁸. Inclusive, el Estado no debería intervenir aun cuando exista – en su opinión - algún beneficio, dado que partimos del supuesto de que el dicho ente no puede conocer mejor que el individuo que es lo que a éste más le conviene³⁹.

A este nivel, la aplicación de los principios económicos antes indicados tiene una importancia capital en la puesta en práctica de la intensa regulación económica que acompaña, por definición, a los servicios públicos. La regulación económica tiene sentido únicamente si los particulares no pueden ponerse de acuerdo, de manera eficiente, por sí mismos. De ello nos ocuparemos en el

acápito subsiguiente.

3.3. La Necesidad pública de la regulación administrativa

Es necesario, en este orden de ideas, definir límites objetivos al accionar del Estado respecto al control que ejerce sobre la sociedad y la calificación de una actividad como un servicio público. Ronald Coase, a quien ya nos hemos referido, demostró, a través de su famoso teorema, no solo que el contratar cuesta, sino además que, en términos de eficiencia paretiana, el Derecho debe intervenir en la sociedad únicamente cuando los costos de contratar – o de ponerse de acuerdo - resultan tan elevados que no permiten que el mercado actúe por sí mismo.

De acuerdo al teorema de Coase, únicamente cuando los costos son muy elevados se justifica la existencia de una solución legal que permita la eficiencia social. Por ello, la injerencia estatal se restringe únicamente a la asignación de derechos a través de la norma legal y a la intervención de la Administración Pública y el Poder Judicial a fin de simular la solución a la que llegarían los particulares si es que se pudiesen poner de acuerdo. Ahora bien, en determinadas realidades y en determinados mercados, el Estado tiende a intervenir cuando ello no resulta necesario en términos de eficiencia social, porque el mercado podría permitir a los agentes del mercado llegar a la solución más eficiente. Cuando ello ocurre, se genera ineficiencia social, puesto que los costos que tiene que asumir los agentes en el mercado – consumidores y productores- se elevan indebidamente. Como si ello fuera poco, el costo de organización o costo administrativo –inicialmente imputable al Estado– es en última instancia asumido por la colectividad a través del sistema impositivo.

Pero, por otro lado, la intervención estatal en rubros que objetivamente no le corresponden va a generar, en forma inmediata, un mayor control del Estado sobre dichas actividades, control que puede favorecer a determinadas personas o entidades, sean éstas públicas o privadas. Siendo el Estado quien decide la asignación de recursos –y no el mercado, como debería ocurrir– resulta sencillo que el Estado realice dicha asignación de acuerdo a parámetros establecidos por dicho ente.

Es posible justificar la intervención estatal en diversos rubros a partir de conceptos como la eficiencia paretiana

y el teorema de Coase. Pero la intervención estatal más allá de dichos parámetros se justifica únicamente por la necesidad de controlar la sociedad y la economía y poder reasignar recursos a favor de determinadas personas o entidades, sean éstas públicas o privadas.

En este orden de ideas, el concepto de *interés público* debería reformularse⁴⁰. En primer lugar, porque el concepto no se basa en elemento o principio objetivo alguno: es el Estado el que determina, en el momento respectivo, que se considera de interés público y que no. Para ello se basa, en el mejor de los casos, en consideraciones discutibles y que se fundamentan muchas veces en situaciones de conveniencia política. La definición de que asunto es de interés público y cual no lo es, dada la ausencia del criterio objetivo antes precisado, puede caer en la arbitrariedad y permitir ciertas inmunidades al ejercicio del poder político.

Además, la inexistencia de criterios objetivos en los cuales el Estado debería basarse para englobar en su ámbito ciertas actividades o prerrogativas complica en demasía la posibilidad de un control judicial posterior de sus actos, control judicial que es activado por los particulares⁴¹. Ello, máxime si podemos constatar que, en gran parte de las naciones americanas, la posibilidad del control de los denominados *actos de direccionalidad política*, a diferencia del caso europeo, se encuentra muy restringida.

Por otro lado, hemos indicado en párrafos anteriores que el concepto de interés público que se maneja en la actualidad no considera de manera alguna las variables económicas que hemos venido describiendo en el presente trabajo. Es evidente notar que los conceptos de costo social y de utilidad social, de importancia capital en el manejo moderno de los estados – basado en gran medida en la eficiencia administrativa -, se encuentran paradójicamente fuera del esquema tradicional que maneja la doctrina.

El concepto a utilizarse, entonces y que debería reemplazar al que venimos analizando es precisamente el de utilidad social. La utilidad social a su vez se basa en un concepto empleado por la economía moderna, que es de eficiencia social. Es necesario tomar en cuenta, sin embargo, que la mejoría en términos paretianos a veces implica que las personas puedan, racionalmente, admitir una aparente desmejoría en beneficio de una mejoría expectática. Esta afirmación explica como en ciertos escenarios el particular

puede admitir comportamientos redistributivos de naturaleza colectivista⁴².

En otras palabras, y como resultado del razonamiento paretiano, el concepto de la prevalencia del interés público sobre el interés privado, que implica la posibilidad de obtener un supuesto beneficio común perjudicándose a un particular o a un conjunto de particulares, carecería en los hechos de sustento alguno, dado que semejante situación generaría ineficiencia social. Y es que, cuando una situación es sustituida por otra menos eficiente, se produce inmediatamente el desperdicio de recursos, con el consiguiente perjuicio de toda la colectividad. La ineficiencia social genera pérdida de recursos, los mismos que ya no podrían usarse para otros fines.⁴³

Por otro lado, aun en el caso de los servicios públicos, la existencia de varios productores de un bien o servicio genera, a través de lo que los economistas llaman libre competencia, el control sobre el abastecimiento, el precio y la calidad de los productos que existen en el mercado. Cuando existen varios productores, el afán de lucro del empresario - derivada de su propia racionalidad económica, que implica la búsqueda de maximización de resultados - lo va a obligar a buscar mejorar lo ofrecido por la competencia, a fin que el consumidor lo prefiera antes que a la competencia⁴⁴.

Un ejemplo de la aplicación de los principios antes señalados, en el caso de los servicios públicos, se encuentra relacionado con el servicio de telefonía, en el caso peruano. Cuando existía un solo ofertante del servicio de telecomunicaciones en el país - es decir, un monopolio público - era necesario crear una situación que simulara el efecto que generaría la existencia de libre competencia en el mercado de telecomunicaciones. Para ello se creó OSIPTEL, entidad estatal encargada de regular temas relativos a las tarifas de telefonía y la calidad del servicio que se presta. La ausencia de competencia en el mercado elevaría en demasía los costos de transacción, impidiendo la contratación.

La existencia de un ente regulador como OSIPTEL implicaría la solución legal que el Teorema de Coase exige. En general, los entes reguladores - a los que hemos hecho referencia con anterioridad - tienen su razón de ser no solamente en la "naturaleza pública" del servicio a prestarse, sino también en la ausencia de competencia efectiva en el mercado. Teóricamente, una vez que la

libre competencia se encuentre asegurada, los organismos reguladores deberían, o desaparecer o reducir plausiblemente sus atribuciones. Es más, la existencia de entes reguladores, cuando los mismos no resultan ser intrínsecamente necesarios, contraviene el Teorema de Coase. La existencia de entes reguladores, no obstante que la tarea de regulación puede entregarse al mercado y la tarea de supervisión al consumidor puede elevar innecesariamente los costos de transacción.

Como resultado de todo lo anteriormente señalado, deberíamos reemplazar el concepto de servicio público por el de servicio socialmente útil o socialmente eficiente. Es decir, un servicio es socialmente eficiente cuando el costo social generado por su desaparición o por una prestación ineficiente del mismo es tan alto que justificaría el costo de la supervisión o regulación del citado servicio. Y esto a su vez justificaría plenamente la naturaleza instrumental de la calificación de una actividad determinada como un «servicio público».

Asimismo, la calificación de servicio socialmente eficiente está íntimamente relacionada con el hecho que el Estado considera que dejarle a los particulares íntegramente la facultad de explotación libre del servicio podría elevar los costos de transacción, haciendo muy costosa la contratación a ese nivel. Ello justificaría además la existencia de organismos reguladores, ahí donde no hay competencia, así como la existencia de normas legales que regulan la prestación del servicio.

Es decir, no existen servicios públicos *per se*, conceptualizados como tales en su naturaleza, sino más bien actividades que el Estado, en momentos determinados, decide prestar directamente, controlar, supervisar, regular y/o dirigir. La decisión estatal decide su intervención, cuando considera que es necesaria la misma. Intervención que a su vez se encuentra justificada, dada la naturaleza objetiva del concepto a emplearse, en el hecho de que el servicio no pueda prestarse eficientemente sin necesidad de la intervención estatal a través de la regulación económica.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que aplicando nuevamente el Teorema de Coase, queda claro que la intervención estatal se justifica únicamente a falta de la solución de mercado⁴⁵. Por ello, una vez que los mecanismos de mercado se aplican en forma directa, la intervención estatal pierde

por completo su razón de ser. Queda claro que no basta la trascendencia social del servicio a prestar. Es esta una condición necesaria, mas no suficiente para justificar el control estatal, en cualquiera de sus formas⁴⁶.

Por otro lado la existencia, en general, de servicios controlados o regulados por el Estado cuando ello no resulta indispensable para asegurar la prestación y eficiencia del mismo necesariamente genera distorsiones en el mercado⁴⁷. El razonamiento usado para acreditar ello es similar al que se puede emplear cuando demostramos que la existencia de bienes públicos genera distorsiones. Ello ocurre porque cuando el servicio es «público» no obstante la posibilidad de su total privatización genera que no exista manera de impedir que la aparición de personas que se beneficien del servicio a menor costo que el que asignaría el mercado. Tal situación, que aparentemente podría resolverse mediante el sistema impositivo o través de subsidios, genera tarde o temprano la dificultad de proveer el servicio eficientemente.

Asimismo, la existencia de servicios prestados directamente por el Estado permite la presencia de lo que la doctrina norteamericana denomina *freeriders*, personas o conjuntos de personas que deben ser subvencionadas por otras, contra la voluntad de estas últimas y sin que exista una razón objetiva que justifique ello.

La decisión del Estado, por ende, si empleamos los lineamientos que hemos reseñado sucintamente, en cuanto a la determinación de que actividades deberá prestarse directamente, regular o supervisarse, se encontrará basada, ya no en lineamientos subjetivos de interés público, sino en cuestionamientos que tienen que ver con la utilidad y eficiencia social. Ambos son conceptos objetivos que podrían incluso cuestionarse a través de los mecanismos que la Constitución y las leyes establecen para el efecto.

A manera de conclusión

La existencia de diversas teorías respecto al servicio público nos muestran que dicho concepto requiere, para bien del Estado y de los particulares, una revisión. La teoría subjetiva demostró su ineficacia con la decadencia del Estado de Bienestar. A su vez, la teoría objetiva no tenía sustento alguno en la realidad al permitir la existencia de servicios públicos distintos en diversas sociedades. La teoría que resulta más consistente con

la realidad, en términos jurídicos y económicos es la teoría denominada funcional, por la cual la declaración de una actividad como servicio público –a fin de asegurar su regulación– proviene del Estado.

Sin embargo, la teoría funcional establece ciertos límites a dicha prerrogativa del Estado. En primer lugar, el principio de legalidad, por el cual solo puede declararse una actividad como servicio público a través de una Ley. En segundo lugar, dicha declaración no debe afectar derechos fundamentales. Finalmente, debe existir una necesidad pública de la regulación, establecida a

través de criterios objetivos, fundamentalmente de naturaleza económica.

Un tema adicional proviene de nuestra concepción de que el concepto de interés público no es consistente, ni con la racionalidad económica de la administración pública, ni con la realidad empíricamente observable. Es claro que la subjetividad de su determinación impide el control del accionar del Estado por parte de los particulares.

A su vez, es necesario reemplazar el concepto de servicio público por el de servicio socialmente eficiente, basado en los conceptos de eficiencia social.

Ello, en absoluta concordancia con la concepción de que la calificación de un servicio como «público» por parte del Estado –la denominada *publicatio*– posee una naturaleza instrumental. Dicha calificación se encuentra relacionada precisamente con la necesidad o utilidad social de la prestación del servicio y el costo social que originaría su desaparición o la prestación del servicio en forma ineficiente. Sin embargo, la justificación del control o supervisión estatal puede encontrarse únicamente en la imposibilidad del mercado de asegurar la prestación, calidad, y nivel precios del servicio considerado socialmente necesario.

Notas

¹ Diez, Manuel María – Derecho Administrativo. Buenos Aires, Plus Ultra, 1979, p. 333.

² La sentencia Blanco permitió definir qué derecho debía aplicarse en un problema de responsabilidad estatal en la prestación de un servicio público. El Tribunal de Conflictos determinó que la responsabilidad estatal no se rige por las normas del Código Civil sino por las normas administrativas.

Agnes Blanco fue una joven que sufrió un accidente producido por una vagoneta que circulaba entre dos edificios en la ciudad de Burdeos. En primer lugar, se determinó que por ser la vagoneta un bien que cumplía un servicio público debía someterse la controversia a la competencia administrativa. En segundo término, y lo que es más importante, se determinó la directa responsabilidad del Estado en los daños causados a la joven en mención. Vidal Perdomo, Jaime – Derecho Administrativo. Bogotá, Temis, 1997, p. 229.

Y es que la concepción francesa a este nivel implicó la determinación de la responsabilidad administrativa sobre bases distintas a las del derecho civil, incorporando en dicha responsabilidad la noción de servicio público en forma directa. Ortega, Luis – “La Responsabilidad Civil de la Administración Pública”. En: Themis N° 32, 1995, p. 18.

³ Diez, Manuel María – Op. cit., p. 334. Kresalja, Baldo, - “El Rol del Estado y la Gestión de los Servicios Públicos”. En: Themis N° 39. Lima, UCP, 1999, p. 40.

⁴ Sobre el particular: De Val Pardo, Isabel. Administración de Entidades Públicas. Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1999, pp. 49-51

⁵ Es evidente que la razón por la cual las empresas privadas pretenden obtener ganancias como finalidad intrínseca de las mismas (sino, no serían empresas) es la propia necesidad o afán de lucro de sus dueños.

⁶ Al respecto: Ariño, Gaspar; De La Cuétara, J.M.; Martínez, J.L.- El Nuevo Servicio Público. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1997, pp. 112 y ss.

Es posible justificar también la ineficiencia de las empresas públicas a través del Teorema de Coase, al que hacemos referencia en el texto en repetidas oportunidades. La acumulación de funciones en el estado generó que este se administrara en forma ineficiente. Dicha administración ineficiente, es claro, no se restringía únicamente a la que se realizaba sobre entidades públicas, sino que también afectaba a las entidades de derecho privado que eran de propiedad del Estado.

Finalmente, encontramos la razón de la tantas veces citada ineficiencia pública en la necesaria rigidez y formalidad del funcionamiento del Estado en general. Dicha rigidez impide que las empresas del Estado se adapten rápidamente a la vertiginosa variación de los mecanismos empresariales derivada del progreso económico y tecnológico en todo el Mundo.

⁷ Kresalja, Baldo - Op. cit., p. 55.

⁸ De Val Pardo, Isabel - Op. Cit., pp. 90 y ss. Sin embargo debemos señalar, al contrario de lo que señala la autora, que no es posible que la Administración pública, en términos de servicios públicos, pueda funcionar adecuadamente sin privatizar los mismos. Tal como lo hemos precisado, la ineficiencia de las empresas públicas resulta ser, en principio, consustancial a ellas.

⁹ Dromi, Roberto – Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ciudad argentina, 2000, p. 627.

¹⁰ Linares, Juan Francisco – Derecho Administrativo. Buenos Aires, Astrea, 1986, p. 512

¹¹ Serra Rojas, Andrés – Derecho Administrativo. México, Lib. de M. Porrua, 1965, p. 122.

¹² Ariño, Gaspar; De La Cuétara, J.M.; Martínez, J.L.- Op. Cit., p. 25.

¹³ Ariño, Gaspar; De La Cuétara, J.M.; Martínez, J.L.- Op. Cit., p. 22.

¹⁴ Locke, John – Ensayo sobre el Gobierno Civil. Barcelona, Ediciones Orbis, S.A., 1983, p. 90.

¹⁵ Hobbes, Thomas – Leviatán. Madrid, Sarpe, 1984, pp. 181 y ss.

¹⁶ La idea de que los derechos de los particulares se transfieren no a un tercero, sino a la colectividad en su conjunto no surge de las ideas de Locke, sino más bien de las de Spinoza, quien señalaba que «*se puede formar una sociedad y lograr que todo pacto sea siempre observado con máxima fidelidad sin que ello contradiga al derecho natural, a condición de que cada uno transfiera a la sociedad todo el derecho que él posee, de suerte que ella sola mantenga el supremo derecho de la naturaleza a todo, es decir, la potestad suprema, a la que todo el mundo tiene que obedecer, ya por propia iniciativa, ya por miedo al máximo suplicio*». Spinoza, Baruch - Tratado Teológico Político, XVI; traducción de A. Domínguez, Alianza Editorial, Madrid, 1986, p. 338.

La sociedad a la que hace referencia Spinoza equivale pues a la Sociedad Civil señalada por Locke en su tratado. Sin embargo, Spinoza falleció antes de poder explicitar como esta Sociedad gozaría de mecanismos democráticos para la determinación de los gobernantes. Por ello distintos intérpretes han señalado, quizás erróneamente, que las formulaciones de Spinoza hacen pensar claramente más en Rousseau que en cualquier otro autor. Ello pues Locke explicita claramente el origen popular y democrático del órgano legislativo.

¹⁷ Locke, John - Op. cit., p. 91.

¹⁸ Locke, John - Op. cit, p. 143.

¹⁹ “No solamente es el poder legislativo el poder máximo en aquellas manos en la comunidad lo situó una vez. Ningún edicto u ordenanza, sea de quien sea, esté redactado en la forma en que lo esté y cualquiera sea el poder que lo respalde, tienen la fuerza y el apremio de una ley, si no ha sido aprobada por el poder legislativo elegido y nombrado por el pueblo”. *Ibíd.*, p. 134.

²⁰ Ariño, Gaspar; De La Cuétara, J.M.; Martínez, J.L.- Op. Cit., p. 136.

²¹ En la jurisprudencia norteamericana se conocen varios casos muy importantes en los cuales queda clara la aplicación del principio enunciado. En la mayoría de los casos, el criterio empleado es el de la prevalencia de los derechos constitucionalmente consagrados incluso sobre principios aceptados por la colectividad, como pueden ser el orden público o las buenas costumbres.

Ahora bien, la propia Constitución Peruana en su artículo 1° establece claramente el principio que venimos reseñando, al establecer que *la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*.

²² Un tratamiento amplio del tema podemos encontrarlo en: Siegan, Bernard – Reforma Constitucional. Lima, CITEI, 1993, pp. 53 y ss. Respecto a la aplicación del principio de preferencia por los derechos fundamentales a la interpretación constitucional: García Belaunde, Domingo – “La Interpretación Constitucional como problema”. En Pensamiento Constitucional. Lima, PUCP, 1994, pp. 31-32.

²³ Siegan, Bernard – Op. Cit., loc. Cit.

²⁴ Berns, Laurence – Thomas Hobbes. En: Strauss, Leo y Cropsey, Joseph (comp.) Historia de la Filosofía Política. México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 382.

²⁵ Strauss, Leo y Cropsey, Joseph – Op. Cit., pp. 452 y ss. Es necesario precisar que cuando nos referimos a propiedad en la Locke estamos refiriendo en realidad a diversos derechos de la persona humana necesarios para la vida en sociedad.

²⁶ Touchard, James – Historia de las Ideas Políticas. Madrid, Tecnos, 1963, p. 295. Locke explicita la naturaleza de un pacto en el cual el Gobierno no es dueño de los derechos transferidos, sino más bien mero administrador de los mismos. Como evidente resultado, es posible reconocer el derecho de los gobernados de sublevarse si es que el poder perjudica a los mismos. Dicho derecho de insurgencia no estaba señalado de manera alguna, por ejemplo, en la literatura hobbesiana.

²⁷ Según Kant, no importa con cuánta inteligencia actúe el individuo, los resultados de las acciones humanas están sujetos a accidentes y circunstancias; por lo tanto, la moralidad de un acto no tiene que ser juzgada por sus consecuencias sino sólo por su motivación ética. Sólo en la intención radica lo bueno, ya que es la que hace que una persona obre, no a partir de la inclinación, sino desde la obligación, que está basada en un principio general que es el bien en sí mismo. Como principio moral último, Kant volvió a plantear el término medio en una forma lógica: “Obra como si la máxima de tu acción pudiera ser erigida, por tu voluntad, en ley universal de la naturaleza”. Esta regla es denominada imperativo categórico, porque es general y a la vez encierra un mandato. Kant insistió en que uno ha de tratar a los demás como si fueran «en cada caso un fin, y nunca sólo un medio».

²⁸ Kant, Immanuel – Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres. México, Porrúa, 1975, p. 45 y ss.

²⁹ Torres López, Juan - “Análisis Económico del Derecho”. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1987, p. 30-31. Es necesario

señalar que la racionalidad económica del hombre es aplicable también a otras líneas de su comportamiento, como lo han señalado teóricos como James Buchanan o Gary Becker.

³⁰ Buchanan, James y Tullock, Gordon – *El Cálculo del Consenso*. Madrid, Espasa Calpe, 1980, p. 39.

³¹ Sobre el particular: Calabresi, Guido y Melamed, Douglas – “Reglas de la Propiedad, Reglas de la responsabilidad e inalienabilidad, Un Vistazo a la Catedral”. En: *Themis* N° 21. Lima, PUCP, p. 63 y ss.

³² Cuando se habla de eficiencia social, y así será en el presente trabajo, nos referimos a la definición paretiana del término. Wilfredo Pareto, economista italiano, define la «mejora en el bienestar social» como una situación que se genera si no se reduce el bienestar individual y por lo menos mejora un individuo. El criterio, basado en el axioma del “hombre económico”, se funda en que el individuo es el mejor determinador de su propio bienestar y que la sumatoria del bienestar de todos genera el de la sociedad en su conjunto.

Una situación, hecho o política determinada es eficiente si como resultado de la misma se obtiene una mejora en el bienestar social. La concatenación de situaciones eficientes, que conducen al grado máximo de eficiencia, genera el llamado óptimo de Pareto, situación que se genera cuando ninguna persona puede mejorar sin que se perjudique a alguna otra. Sobre el particular: TORRES LOPEZ, Juan – *Op. cit.*, pp. 32-33.

Para una explicación matemático-técnica de la eficiencia paretiana: Kafka, Folke - *Teoría Económica*. Lima, Universidad del Pacífico, 1981, pp. 740 y ss. Por otro lado, una interesante descripción de los principios paretianos aplicables a la elección constitucional puede encontrarse en: Buchanan, James y Tullock, Gordon – *Op. cit.*, pp. 206 y ss.

³³ Al respecto: Torres López, Juan - *Op. cit.*, pp. 50 y ss. Polinsky, Michell - «An Introduction to Law and Economics». Boston, Little Brown and Company, 1983, pp. 23-26. Posner, Richard A. - *El Análisis económico del Derecho*. México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 15-16.

³⁴ Es necesario señalar que desde la suscripción de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados – que fuera ratificado por el Perú mediante Decreto Supremo N° 029-2000-RE -, los tratados internacionales se incorporan automáticamente al derecho interno de las naciones que intervienen en el mismo. Ello ocurre puesto que la Convención especifica, en su artículo 27, que ninguna parte (de un tratado) puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. De hecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sucesiva jurisprudencia ha hecho evidente aplicación de estos principios, la aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos en vez de la normatividad interna del país que hubiere sido demandado ante ella.

³⁵ Sobre el particular: Laporta, Francisco – “Sobre el concepto de derechos humanos”. En: *Doxa* N° 4, 1987, pp. 36 y ss. Ahora bien, tribunales constitucionales europeos, en particular el español, aun mantienen la tendencia a considerar como válidas las limitaciones a derechos fundamentales que se encuentren amparadas en bienes constitucionalmente protegidos (orden público, seguridad nacional, bien común). En puridad, la única limitación lícita que un derecho fundamental podría admitir es la que genera otro derecho fundamental.

³⁶ Rawls, John – *Teoría de la Justicia*. México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 67-69.

³⁷ Nino, Carlos – *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. Barcelona, Ariel, 1989, p. 239.

³⁸ *Ibid.*, p. 204-205.

³⁹ Evidentemente, existen claras excepciones a esta consideración, derivadas de evidentes limitaciones de la persona que no permiten una elección totalmente racional. Ejemplo de ello son los incapaces.

⁴⁰ Sobre el particular: Guzmán Napurí, Christian - “Acerca de los conceptos de servicio público e interés público. Un boceto de análisis económico de los mismos”. En: *Normas Legales*, Tomo N° 292, setiembre de 2000, pp: A-93 a A-102.

⁴¹ El control que debe existir entre electores y el Estado se justifica plenamente dada la constatación, en la teoría y empíricamente, que no basta con los controles al interior del estado (sean intraórganos o interórganos) para evitar que éste degeneren en el llamado «Estado Leviatán». Ello, dado que los gobiernos se encuentran conformados por personas que buscan maximizar su utilidad, estos procurarán, ante la ausencia de controles efectivos, elevar su cuota de poder.

Al respecto: Buchanan, James - «From Private Preferences to Public Philosophy: The Development of de Public Choice». En: *The Economics of Politics*. Londres, IEA, 1978, p. 18.

Lo que ocurre en realidad es que la democracia representativa encuentra su justificación en el hecho que las personas que fueron elegidas deban, al tomar una decisión política, «simular» la determinación a la que habrían llegado los particulares de haberse podido poner de acuerdo. En consecuencia, las normas legales que organizan el Estado, que generalmente parten de la Norma Constitucional de los mismos, pretenden que las decisiones estatales se tomen de manera que asemejen lo más posible la determinación a la que hemos hecho referencia.

No obstante lo anteriormente expuesto, por diversas circunstancias, entre las cuales sin duda encontramos las de un inadecuado diseño institucional o la de la ausencia de una tradición democrática (situación desafortunadamente muy frecuente países como los latinoamericanos), la elección mediante sufragio y el control al interior del Estado, no bastan en forma alguna para que la simulación antes señalada se cumpla a cabalidad y la decisión de la autoridad política no se asemeje siquiera a la postura que en su caso asumiría el electorado. Por ello, resulta indispensable el establecimiento de mecanismos

que permitan corregir esa situación, permitiendo así que el electorado pueda controlar directa o indirectamente, por lo menos parte de la decisión política que se tome. Al respecto Guzmán Napurí, Christian, - "Una Aproximación a la Aplicación del Análisis Económico del Derecho al Derecho Constitucional". En: Revista Derecho y Sociedad, Lima, PUCP, N° 15, 2000. Op. Cit., pp. 117 y ss.

⁴² Buchanan, James y Tullock, Gordon - Op. Cit. pp. 228-229. No obstante ello, y contrariamente a lo que pueda pensarse, los regímenes impositivos de naturaleza tributaria no forman parte del razonamiento antes precisado. Ello porque el ciudadano común y corriente, considera los tributos no como una carga redistributiva necesariamente, sino más bien como la contraprestación que el Estado exige como resultado de la administración que el mismo realiza. A su vez, la racionalidad del individuo impone un límite a dicha consideración, dado que una vez que el Estado traspone dicho límite, la presión tributaria es necesariamente considerada injusta.

⁴³ Kafka, Folke - Op. Cit. p. 662.

⁴⁴ Debemos diferenciar claramente dos conceptos. Uno es el de libre competencia, otro el de libre concurrencia. La libre concurrencia implica la posibilidad de existencia de diversos productores de un mismo bien o servicio, pero no asegura la materialización de dicha existencia. Es en consecuencia una situación formal, que deberá estar asegurada por el ordenamiento jurídico.

La libre competencia implica, necesariamente, la coexistencia efectiva de dichos diversos productores de un bien o servicios determinado. Implica entonces una constatación fáctica, real. El concepto de libre competencia es más bien económico y no jurídico.

⁴⁵ Debe quedar claro que, el Teorema de Coase nos dice que cuando los costos de transacción son muy reducidos, la asignación de derechos inicial no tiene importancia en términos de eficiencia. Sin embargo, puede resultar medular en términos redistributivos. Si asumimos que redistribuir no cuesta, notaremos que los Gobiernos emplean la asignación de derechos para favorecer a determinados sectores de la sociedad, animados también por consideraciones de «justicia» o «bien social».

Sin embargo, en la práctica redistribuir sí cuesta, en especial si se realiza empleando el sistema tributario o los subsidios dirigidos. Polinsky, Michell - Op. Cit., pp. 123, 124.

⁴⁶ En la misma línea de pensamiento: Ariño, Gaspar; De La Cuétara, J.M.; Martínez, J.L.- Op. Cit., p. 88.

⁴⁷ Kafka, Folke - Op. Cit. p. 671.