

---

# La llamada teoría del *public choice* y una introducción a su aplicación al control de los actos estatales

**Christian Guzmán Napurí.**

Abogado Constitucionalista. Profesor del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Asociado de la Academia de la Magistratura.

## 1 Introducción.

En el año 1991, un abogado obtuvo el Premio Nobel de Economía por haber descubierto lo que a primera vista parece una perogrullada: el contratar cuesta. El celebrar contratos genera costos en dinero, tiempo y esfuerzo que en diversas circunstancias puede hacer difíciles y hasta imposibles las transacciones en el mercado. A ello Ronald Coase llamó costos de transacción, concepto que le permitió la elaboración de su célebre teorema, al cual haremos referencia en el presente trabajo.

Asimismo, James Buchanan, economista de la Universidad de Virginia, descubrió que era posible la aplicación y la extensión de la teoría económica a las opciones políticas y gubernamentales y además, encontró que también era posible extender dicha teoría a las decisiones de los ciudadanos para efectos de hacer posible la elección entre las diversas opciones existentes<sup>(1)</sup>.

Además, y como resultado del análisis antes precisado, Buchanan realizó un descubrimiento que también parece una verdad de perogrullo: las decisiones políticas, que son las realizadas por los estamentos del Estado encargados del manejo estatal, necesariamente generan costos a los particulares y a la sociedad en su conjunto. Asimismo, las decisiones políticas no le cuestan al Estado como tal, sino a todos los que se encuentran bajo el dominio de dicho Estado<sup>(2)</sup>.

Como resultado de la constatación referida en los párrafos precedentes, y dado que los Estados administran bienes y fondos, los cuales por definición son públicos, el pueblo debería tener la posibilidad de recurrir a mecanismos previstos por la ley y de obligatorio cumplimiento, que le permitan controlar e intervenir en las decisiones de los actores públicos.

Todo el razonamiento antes descrito configura, a muy grandes rasgos, parte importante de los conceptos a través de los cuales Buchanan obtiene también el Premio Nobel de Economía en 1987, y que configuran la llamada Teoría de la Elección Pública (*Public Choice*). La teoría antes referida resulta importante para comprender diversos fenómenos políticos y jurídicos que se dan en la realidad. Asimismo, permite entender la razón por la cual las normas jurídicas constitucionales deben elaborarse de tal forma que permitan un adecuado control del comportamiento del Estado por parte del electorado y además permite entender también por qué dicho control resulta indispensable.

En este orden de ideas, son las constituciones de los Estados las encargadas de hacer posible dicho control. Ello, que también parece una verdad evidente, no se ha tenido en cuenta en la mayoría de los países en los cuales existe una norma constitucional más o menos coherente. Y es que, en realidad, lejos de configurar -y/o de regular adecuadamente- mecanismos de fiscalización entre electores y gobiernos, las constituciones políticas de las diversas naciones elaboran únicamente controles al

(1) La posibilidad de aplicación del análisis económico a hechos distintos a los meramente patrimoniales no resulta ser novedad. Ya otro Premio Nobel de Economía, Gary Becker, había señalado la posibilidad de aplicar el método de estudio de la economía para entender prácticamente cualquier comportamiento humano. Sobre el particular: BECKER, Gary. *El enfoque económico del comportamiento humano*. Introducción del libro: *The economic approach to human behaviour*. University of Chicago Press, 1976.

(2) El artículo de Buchanan que expresa más claramente esta teoría es: BUCHANAN, James. *From private preferences to public philosophy: the development of the public choice*. Trabajo publicado en el volumen: *The economics of politics*. Londres: IEA, 1978. pp. 1-20.

interior del Estado, amparados en el concepto de separación de poderes<sup>(3)</sup>, concepto que resulta ser un presupuesto necesario, pero que no resulta ser suficiente para conjurar la posibilidad de un régimen autoritario.

Y es que, una vez aplicado el análisis económico al comportamiento del funcionario público<sup>(4)</sup>, debemos concluir necesariamente que éste, como ser racional, busca maximizar la utilidad de su cargo, es decir, obtener el máximo provecho del mismo. Y, como resultado de ello, cuando el funcionario es un político con un cargo importante, éste va a buscar crear las condiciones adecuadas para poder ser reelegido, así como procurar elevar la cuota de poder de la que goza. Como evidente consecuencia de ello, debemos deducir que el Estado tiende necesariamente a elevar el poder material del que goza. Resulta entonces una utopía considerar que el Estado, al fin, un ente monolítico, podrá controlarse a sí mismo, no obstante que existan en su interior mecanismos de fiscalización entre los órganos que lo componen.

Lamentablemente, los razonamientos contenidos en los párrafos que anteceden han sido desconocidos sistemáticamente por gran parte de los ordenamientos jurídicos del mundo, que siguen suponiendo sin sustento alguno que el funcionario público es un ser económicamente neutro y que obra siempre en términos de "interés común"<sup>(5)</sup>. Semejante consideración es totalmente inconsistente, pero no solamente con la teoría política expuesta hasta el momento, sino también con lo observado empíricamente en las sociedades modernas.

Es así como el control al que estamos haciendo referencia no se encuentra enfocado únicamente en el

Estado como tal, sino además en las personas que conforman dicha entidad, seres humanos comunes y corrientes que no tienen mayor diferencia con el elector común que el desempeño de un cargo público. Esta es la razón por la cual las constituciones deben contener normas que permitan conciliar el interés del funcionario con el interés común, expresado en términos de eficiencia social. Es decir, como en el mercado patrimonialmente considerado, debe propenderse a que el comportamiento individual favorezca los intereses del grupo. Las normas constitucionales así como las normas legales relacionadas con el funcionamiento del Estado tienen el especial encargo de hacer posible la referida canalización.

## 2 Mecanismos de control elector-Estado en las constituciones modernas.

Como lo hemos expresado líneas arriba, el control 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 para evitar que éste degenera en el llamado "Estado Leviatán"<sup>(6)</sup>. Dado que los gobiernos se encuentran conformados por personas que buscan maximizar su utilidad, éstos procurarán, ante la ausencia de controles efectivos, elevar su cuota de poder. En este orden de ideas, debemos señalar en un primer término que tales controles son posibles únicamente en una sociedad democrática, ya que tanto desde el punto de vista jurídico, como desde una perspectiva fáctica, una dictadura no puede ser controlada por el electorado en forma alguna.

(3) El Barón de Montesquieu, quien explicita por primera vez el principio de separación de poderes, señalaba -describiendo el sistema político inglés- que el Estado poseía tres clases de poderes -legislativo, ejecutivo y judicial- y que no podía existir libertad política si más de uno de dichos poderes residían "en la misma persona o el mismo cuerpo". Partía Montesquieu del supuesto de que el poder podría controlar al poder. DE MONTESQUIEU, Barón. *Del espíritu de las leyes*. Buenos Aires: Orbis, 1984. pp. 141 y ss. En general, Montesquieu trata el tema en todo el Libro XI de su tratado.

Debemos señalar además que el principio ha sufrido modificaciones, en especial en el ámbito europeo. Las funciones del Estado están compartidas entre los diversos órganos del mismo, órganos que deben controlarse mutuamente. De ahí parten principios como el de la interdependencia entre órganos del Estado. Al respecto: LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1976. pp. 54 y ss.

(4) Cuando hablemos de funcionario público, para los efectos del presente trabajo, nos referiremos necesariamente a toda persona que labore para el Estado, sin importar la función específica que desempeña.

(5) Ver al respecto: BUCHANAN, James. Op. cit.; pp. 18-19; TULLOCK, Gordon. *El voto como un medio de control colectivo*. En: TULLOCK, Gordon. *Los motivos del voto*. Capítulo III. Madrid: Espasa Calpe, 1979. p. 39.

En la misma línea: KAFKA, Folke. *Teoría Económica*. Lima: Universidad del Pacífico, 1981. pp. 612 y ss.

(6) Algunos analistas han acuñado esta frase para referirse al desmedido crecimiento de la administración pública norteamericana, crecimiento que no tiene control alguno que no provenga del propio Estado. Si bien esto es cierto, también es cierto que el Estado norteamericano no degenera en el autoritarismo dada la existencia de un eficiente mecanismo de *checks and balances* (frenos y contrapesos).

Sin embargo, justo es reconocer que todo lo expuesto hace que los costos de mantenimiento del sistema resulten ser muy altos. El temor de ciertos analistas entonces estriba en la posibilidad de un colapso, generado en especial por problemas presupuestarios derivados de la falta de equilibrio financiero. BUCHANAN, James. Op. cit.; p. 18.

Asimismo, el hecho de que aquellos que conforman el gobierno deban ser elegidos mediante el sufragio universal permite hacer posible cierto control. En este punto, es preciso señalar que si bien es cierto que la elección de las autoridades políticas mediante el voto directo configura un elemento importante de participación política, la posibilidad de participar no debe agotarse en dicha elección, sino más bien es necesaria la existencia de mecanismos establecidos por la constitución destinados a hacer posible un control más o menos inmediato de las decisiones políticas por parte del electorado.

## 2.1 El control de la autoridad política.

En primer término, y dado lo expuesto en las líneas precedentes, es necesario que la norma constitucional de cada nación preceptúe mecanismos que permitan que el electorado tenga participación en el manejo del Estado, manejo cuya responsabilidad reside directamente en aquellos funcionarios que fueron elegidos por el pueblo.

Como lo hemos señalado en un trabajo anterior<sup>(7)</sup>, 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 forma tal que asemejen lo más posible la determinación a la que hemos hecho referencia<sup>(8)</sup>.

No obstante lo anteriormente expuesto, por diversas circunstancias, entre las cuales sin duda encontramos las de un inadecuado diseño constitucional o la de la ausencia de una tradición democrática (situación desafortunadamente muy frecuente en países como los nuestros), la elección mediante sufragio no basta 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.

### 2.1.1 La recurrencia a mecanismos de democracia participativa.

Por lo anteriormente expuesto, los particulares deben tener la posibilidad de utilizar los ahora denominados mecanismos de democracia participativa, los mismos que tienen por finalidad permitir al elector intervenir en las decisiones públicas.

Desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho, en muchas ocasiones resulta más eficiente trasladar la decisión política al electorado que dejar que ésta sea tomada por la autoridad política, por más que ésta haya sido elegida por el pueblo. Ello ocurre cuando el costo en términos de gobernabilidad que tendría que asumir el Estado, si es que toma una decisión que no encuentra un correlato adecuado en las preferencias del electorado, podría ser tan alto que generaría una situación de inestabilidad tal que incluso pondría en peligro el propio régimen imperante.

Debemos señalar también que la existencia de mecanismos de participación política permite acercarnos a modelos de democracia más cercanos a la llamada democracia deliberativa<sup>(9)</sup>, concepto derivado de los trabajos de Jürgen Habermas. La democracia deliberativa, a diferencia de la democracia representativa clásica, pretende eliminar, o por lo menos menguar, la desigualdad formal y material existente entre gobernantes y gobernados, a través, fundamentalmente, de los mecanismos de comunicación y diálogo<sup>(10)</sup>. Sin embargo, la igualdad como la antes señalada es imposible en términos reales. Un esquema intermedio es precisamente el de la democracia participativa o semidirecta, en la cual se mantienen las desigualdades antes precisadas, pero éstas se encuentran mediatizadas a través de los mecanismos de participación política de la ciudadanía<sup>(11)</sup>.

(7) En un trabajo anterior, hemos demostrado, a través de consideraciones económicas, que la democracia es el sistema político más coherente. GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Una aproximación a la aplicación del análisis económico del derecho al derecho constitucional*. En: *Revista Derecho y Sociedad*. Número 15. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.

(8) GUZMÁN NAPURÍ, Christian; Op. cit.

(9) HERNANDO NIETO, Eduardo. *Teorías democráticas hoy: ¿Cuál de ellas garantiza la igualdad, la libertad y la virtud?*. En: *Revista de Derecho PUCP*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998-1999. pp. 328 y ss.

(10) Es interesante señalar que Habermas critica la racionalidad instrumental propia de la ilustración y pretende reemplazarla por el concepto de racionalidad comunicativa, la misma que llevaría a las naciones a un verdadero progreso. Sin embargo, la racionalidad comunicativa también partiría del presupuesto del ser humano como ente racional, en el sentido económico del término.

(11) Un desarrollo más amplio de lo que estamos señalando puede encontrarse en GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Algunos apuntes respecto a los denominados mecanismos de democracia participativa*. En: *Revista Jurídica del Perú*. Lima: Normas Legales, Año LI, número 19, 2001. pp. 59 y ss.

Los razonamientos expuestos en los párrafos precedentes, desde el punto de vista doctrinario y en especial, a la luz de los conceptos provenientes del análisis económico, nos permiten justificar la existencia de ciertos mecanismos de participación política como podrían ser, entre otros, la iniciativa legislativa, el referéndum y la revocatoria de autoridades.

En general, los mecanismos de participación política a los que hacemos referencia requieren la necesidad de la participación del electorado por propia iniciativa a fin de activar el proceso. Ello, si es que el citado mecanismo no es activado por el propio Estado en supuestos muy especiales establecidos por el ordenamiento jurídico. En el caso particular del referéndum y la revocatoria de autoridades, ambas instituciones tienen en común ciertos elementos en su diseño, destacando en primer lugar la necesidad de la convocatoria al proceso determinado, realizada por el propio Estado, a iniciativa de éste o de cierto número de particulares a los que la Ley les asigna la legitimidad para activar el proceso. Por otro lado, la decisión o el acuerdo se toma a partir del voto directo y personal, esquema que permite reducir los costos en los que incurriría el elector para la toma de decisiones.

#### 2.1.1.1 *La iniciativa legislativa.*

En particular, debemos señalar que la llamada iniciativa legislativa es un mecanismo que permite a los particulares la participación en la elaboración legislativa realizada por el Parlamento. La norma constitucional permitiría a los electores, cumpliendo con ciertos requisitos establecidos por la ley, la presentación de proyectos de ley, los mismos que podrán ser discutidos por el Parlamento y luego, siguiendo el trámite establecido para la aprobación de las leyes, podrían convertirse en una norma legal.

Es preciso indicar que, en muchos casos, en el Derecho nacional y comparado, la iniciativa legislativa ha sido facultad reservada únicamente a los órganos del gobierno y en ciertos casos, únicamente a los miembros del Parlamento. Es relativamente reciente su ampliación a supuestos de intervención del electorado.

Por otro lado, la iniciativa legislativa, como mecanismo de participación, adolece de ciertas limitaciones. En primer lugar, el elector común no goza de las facilidades para el acceso a la información de las que gozaría un funcionario público. Dicha información

resulta indispensable a fin de tomar decisiones adecuadas<sup>(12)</sup>.

Por otro lado, la iniciativa legislativa es susceptible de ser manipulada por intereses puntuales de grupos económicos o sociales determinados. Finalmente, no existe la posibilidad de un control directo del proceso una vez iniciado éste. El electorado, una vez que ha presentado el proyecto de ley, no tendría intervención en su aprobación o promulgación.

#### 2.1.1.2 *La consulta popular.*

La consulta popular, o referéndum, es el típico mecanismo de democracia participativa, el instrumento que permitiría trasladar del Estado al electorado una disputa o la determinación respecto de una decisión política. El referéndum permite al elector poder participar en la toma de decisiones que de otra forma resultaría imposible siquiera controlar. En este orden de ideas es necesario diferenciar el concepto de referéndum del de plebiscito. El primero resulta ser una consulta respecto a la validez o vigencia de una norma legal. El plebiscito es, en cambio, una consulta sobre cuestiones más variadas, que pueden implicar incluso la legitimidad del gobierno de turno.

En este orden de ideas, no siempre se ha escuchado, en la doctrina constitucional moderna, voces favorables al establecimiento de las instituciones analizadas en el párrafo precedente, en especial en lo que concierne al plebiscito. En primer lugar, el procedimiento es susceptible de ser afectado por influencias ajenas e intervención política<sup>(13)</sup>. Como resultado, las instituciones materia de análisis se han utilizado muchas veces como un mecanismo para dar validez a gobiernos autoritarios, dada la facilidad de la que podrían gozar estos últimos para manipular a la opinión pública.

Por otro lado, tal como ocurre en el caso de la iniciativa legislativa, el elector común no goza de las facilidades para el acceso a la información de las que gozaría un funcionario público. Al igual que en el mercado patrimonialmente considerado, en el mercado político -concepto al cual hemos hecho y haremos referencia reiteradamente en el presente trabajo- se requiere que el consumidor maneje información adecuada respecto de los bienes o servicios respecto de los cuales va a contratar.

Finalmente, y dada la dificultad material de que los electores puedan ponerse de acuerdo respecto a cuestiones complejas, la consulta popular sirve para

(12) DIENEL, Peter y HARMS, Hans. *Repensar la Democracia*. Barcelona: Ediciones del Serbal, 2000. p. 55.

(13) *Ibid.*

discutir temas muy puntuales, de características determinadas<sup>(14)</sup>. Normalmente, la decisión del electorado se centra en respuestas del tipo si / no respecto a uno o varios temas, lo cual resulta ser, a todas luces, limitante.

### 2.1.1.3 La revocatoria de autoridades.

Por otro lado, una institución como la revocatoria de autoridades -adecuadamente diseñada, claro está- podría facilitar la corrección de situaciones en las cuales los miembros del gobierno pierden representación. La revocatoria de autoridades permite que los particulares, cumpliendo ciertos requisitos establecidos en la ley, puedan poner fin al mandato de una autoridad pública elegida mediante el voto popular directo.

Es necesario precisar que, en principio, en prácticamente ninguna constitución del planeta existe mecanismo alguno de participación del electorado que permita revocar en forma directa el mandato de algún miembro del Gobierno Central. La posibilidad de revocatoria se restringe a las relaciones entre órganos, en especial entre Gobierno y Parlamento. Además, en el Derecho comparado, la revocatoria de autoridades está diseñada, en principio, únicamente en función a gobiernos regionales y locales<sup>(15)</sup>. Este es el caso en el cual resultaría sumamente interesante el crear mecanismos que permitieran activar la revocatoria de autoridades a fin de afectar políticamente, por ejemplo, a los miembros del Parlamento.

Finalmente y como explicaremos más adelante, la pérdida de representatividad del Gobierno de turno echa por tierra la justificación de la existencia de la democracia representativa, que es la necesidad de simular la decisión del electorado en un momento político dado. En un escenario como el descrito, un mecanismo como la revocatoria de autoridades permitiría recomponer la conformación de las

instituciones políticas que hayan perdido representatividad.

### 2.1.2 La recurrencia a mecanismos de arbitraje electoral.

De la misma forma como deben existir mecanismos de democracia participativa amparados constitucionalmente -mecanismos a los que hemos hecho referencia líneas arriba- también existe la necesidad de que una constitución prevea mecanismos a través de los cuales alguno de los estamentos del Estado deba recurrir al electorado a fin que éste actúe como árbitro ante situaciones que el propio Estado no pueda corregir eficientemente en su seno. El típico mecanismo para ello es el de la llamada disolución parlamentaria, que consiste en la revocatoria del mandato de los miembros del Parlamento por parte, en general, del Jefe de Estado. La institución reseñada existe en prácticamente todas las naciones que poseen un régimen parlamentario de gobierno, pero se encuentra ausente en la mayoría de constituciones de naciones de régimen presidencial, sea éste puro o atenuado<sup>(16)</sup>.

La disolución parlamentaria resultaría ser útil en los escenarios en los cuales no existen mecanismos adecuados de corrección de conflictos al interior del propio Estado. Estos conflictos son generados en ocasiones porque el presidencialismo puro -propio de la gran mayoría de las naciones americanas-, por su excesiva rigidez, impide la solución pacífica y democrática de las crisis de poder que se den al interior del régimen<sup>(17)</sup>.

Por otro lado existe el problema de la llamada "legitimidad dual", fenómeno por el cual en las naciones con un sistema de gobierno de corte presidencial tanto el Congreso y el Presidente de la República tienen la misma legitimidad democrática derivada de ser ambos órganos elegidos directamente por el pueblo. En

(14) Ibid.: p. 54.

(15) El caso más cercano es el de la propia Constitución peruana del año 1993, la misma que restringe el derecho de revocatoria de autoridades a los gobiernos locales y regionales, no siendo posible siquiera revocar el mandato de congresistas. A mayor abundamiento, resulta impensable, por lo menos a la luz del Derecho Comparado, la existencia de un derecho de revocatoria del mandato presidencial, máxime si el régimen es presidencialista. Cuando el Jefe de Estado no llega al cargo mediante el voto popular (es el caso de las monarquías europeas, por ejemplo) la posibilidad de revocatoria es evidentemente inviable.

(16) La excepción más cercana a la regla señalada es el régimen peruano, el mismo que desde la Constitución de 1979 incluye la disolución parlamentaria en su articulado, no obstante que la tradición de nuestro modelo es eminentemente presidencial. Otras excepciones están conformadas por los regímenes uruguayo y venezolano, que incluyen igualmente instituciones equivalentes.

(17) Debemos precisar que la salida en Latinoamérica a las crisis ha sido, en la generalidad de los casos, el golpe de Estado, y como resultado de éste, una dictadura, sea civil o militar. Acto seguido, la necesaria vuelta a la institucionalidad democrática producto de la imposibilidad de seguir manteniendo el gobierno *de facto* genera, normalmente, una reforma constitucional o la promulgación de una nueva Carta Política. El problema a este nivel radica en que dicha acción política, lejos de crear mecanismos que eviten una crisis como la anterior, busca tan sólo dar una razón de ser al régimen precedente.

una vez aplicado el análisis económico al comportamiento del funcionario público, debemos concluir necesariamente que éste busca maximizar la utilidad de su cargo (...). Resulta entonces una utopía considerar que el Estado, al fin, un ente monolítico, podrá controlarse a sí mismo

consecuencia, en términos de democracia representativa, no existe principio constitucional alguno que resuelva un eventual conflicto<sup>(18)</sup>. De hecho, ambos poderes se crearían depositarios de la voluntad popular.

Ante una situación de crisis, derivada de los conflictos descritos en los párrafos precedentes, existiría un principio democrático para resolver el impase: el traslado de la disputa al electorado, vía la disolución parlamentaria, para que él mismo la resuelva. Si el electorado considera que el Gobierno (o la mayoría parlamentaria) tienen la razón en la disputa, elegirá un Parlamento conformado en forma mayoritaria por miembros del partido gobernante. Si no es así, la mayoría estará conformada por la oposición, con lo cual, el Gobierno deberá llegar a un acuerdo, o renunciar.

Existe otro fenómeno que justifica la existencia de una institución como la disolución parlamentaria. Si asumimos, como lo estamos haciendo hasta el momento, que a la política puede aplicarse el análisis económico, debemos notar que a fin de asegurar la calidad del

producto, en todo mercado, debe asegurarse también un adecuado sistema de libre competencia. Sin embargo, la competencia del político se centra únicamente al momento de las elecciones. Esta es precisamente la principal diferencia entre la competencia a la que se ve sometido el político y la de un empresario común y corriente. La competencia en el mercado es continua. En contraposición, la competencia política es intermitente: una decisión resulta vinculante por un tiempo determinado. En el mercado patrimonial coexisten competidores que sobreviven. Uno de los principales problemas de los regímenes políticos rígidos es que la competencia en general destruye al competidor. Es jugar al todo o nada. La captura del mercado da el mercado entero a un solo oferente<sup>(19)</sup>.

Los norteamericanos han podido paliar las serias dificultades generadas por el efecto “todo o nada”, en cuanto a la representación parlamentaria, creando elecciones cada dos años. Ahora bien, justo es reconocer que en lo concerniente al Gobierno no existe mecanismo alguno que asegure la competencia a la que hemos hecho referencia en el párrafo precedente. Lo antes expresado se nota por ejemplo en el hecho de que en general, salvo algunas excepciones, los presidentes norteamericanos que vuelven a postular son reelegidos en forma inmediata<sup>(20)</sup>.

En el supuesto de la existencia de una institución como la disolución parlamentaria, los políticos se encontrarán en todo momento al pendiente de sus acciones, puesto que al darse esta disolución se volverán a realizar elecciones. Asimismo, el Gobierno, temeroso de enfrentarse con la posible competencia en el supuesto de que un Parlamento adverso fuese elegido, también mejorará la calidad de su gestión<sup>(21)</sup>.

Asimismo, la disolución parlamentaria permite corregir las crisis de representatividad que muestra el sistema en determinadas circunstancias. En todo el

(18) LINZ, Juan. *Los peligros del presidencialismo*. En: *Formas de Gobierno, Relaciones Ejecutivo Parlamento*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1993. pp. 13-14.

(19) Al respecto: LINZ, Juan. Op. cit.: p. 17. Asimismo: BUCHANAN y WAGNER. *La economía keynesiana en la política democrática*. En: *Déficit del sector público y democracia*. Madrid: Rialp, 1983.

(20) Esto explica, por ejemplo, el hecho que el presidente Franklin D. Roosevelt haya sido elegido cuatro veces, y como resultado de ello, que la XXII Enmienda a la Constitución norteamericana limitara la posibilidad de reelección a únicamente un período de gobierno adicional. Sin embargo, debemos tener en cuenta que la rigidez del sistema presidencial norteamericano y lo relativamente corto que resulta ser el período de gobierno del Jefe de Estado en términos del Derecho Comparado podría ayudar a corregir de alguna forma la falta de competencia política en términos de mercado y permitiría aminorar el efecto “todo o nada” al que hemos hecho referencia.

(21) Es necesario señalar que para que esto tenga un resultado más eficiente, es menester que las categorías de Jefe de Estado y de gobierno se encuentren separadas. Ciertos autores se han pronunciado en el sentido que el sistema presidencial de inspiración norteamericana, que coloca ambas categorías sobre una sola persona (el presidente), no conjura de manera alguna las crisis políticas, sean estas derivadas de la representatividad o de la controversia entre poderes.

Asimismo, a fin de hacer posible que la disolución parlamentaria realmente funcione, deberán existir mecanismos que permitan que el Parlamento pueda revocar el mandato de ciertos miembros del gobierno, a fin de generar el contrapeso adecuado. Mecanismos como la censura ministerial o el rechazo de la cuestión de confianza y las diversas variantes de ambos que existen en el Derecho Comparado.

planeta, la experiencia ha demostrado que muchas veces la representatividad de la que goza un Parlamento o un Gobierno determinado se agota antes que el período constitucional correspondiente concluya. Si asumimos que la razón de la existencia de los sistemas de representación política consiste en “simular” la decisión a la que habría llegado el electorado en su conjunto si se pudiese poner de acuerdo<sup>(22)</sup>, esa justificación estaría comprometida si es que el Estado no puede ya simular la decisión respectiva. Como resultado, tendría pues que recomponerse la representación a fin que se pueda cumplir con el presupuesto antes indicado.

### 2.1.2.1 El caso de la renovación parcial del Parlamento.

Por otro lado, es preciso indicar que otro mecanismo sumamente útil en este contexto, y que permitiría sobretodo corregir una crisis de representatividad, es la elaboración de mecanismos de renovación parlamentaria por tercios o por mitades. Es decir, el permitir que cada cierto tiempo (ello depende de la duración del mandato parlamentario en cada país en concreto) el electorado pueda modificar, por lo menos en una parte, la estructura del Parlamento, modificación que responderá necesariamente a la situación de panorama jurídico y político en el momento dado.

La renovación parcial, de alguna forma y en lo que respecta a la representación parlamentaria, palia también el efecto todo o nada -al que hemos hecho referencia en líneas anteriores- resultante de las elecciones parlamentarias. Asimismo, genera un mecanismo en el cual el elector puede corregir la composición de un Parlamento que no encuentra correspondencia con la correlación de las fuerzas políticas en la realidad política concreta. Finalmente, permite aumentar la cantidad de ciudadanos que podrían ocupar un escaño en algún momento, dada la reducción relativa del mandato parlamentario<sup>(23)</sup>.

Sin embargo, encontramos posibles circunstancias que generarían la necesidad de un diseño cuidadoso de la renovación parcial del Parlamento. Una de ellas implica que los miembros del Parlamento gozan de un tiempo menor para informarse de las cuestiones de Estado, lo cual podría complicar la toma de decisiones. Ello ocasionaría una dependencia mayor de la administración pública y de los *lobbies*. Otro elemento a tener en cuenta es la permanente cercanía de las elecciones, que acentuaría la tendencia observada, -coherente con el comportamiento racional del funcionario público- de que los parlamentarios trabajen con miras a la siguiente elección<sup>(24)</sup>. Para ello resulta indispensable, como lo hemos indicado líneas arriba, la creación de mecanismos que permitan conciliar la necesidad de utilidad personal del parlamentario con la eficiencia social.

### 2.1.3 El control jurisdiccional de los llamados “actos políticos”.

Por otro lado, desde el punto de vista constitucional, es importante analizar la posibilidad de la existencia de mecanismos de control del Estado, por parte de los particulares, que se haga efectivo a través del uso directo de los órganos jurisdiccionales. En este orden de ideas, cierto sector de la doctrina, en especial en el ámbito norteamericano, señala que no resultaría posible controlar jurisdiccionalmente -y en consecuencia, jurídicamente- los llamados “actos políticos”, puesto que los mismos forman parte de prerrogativas que no se encuentran delimitadas y que tienen relación con la oportunidad en que las citadas decisiones se toman. Cuando la doctrina se refiere a “actos políticos” o “actos de direccionalidad política”, hace alusión a aquellos actos en los cuales el Estado actúa en términos de oportunidad, teniendo plena libertad para definir qué materias debieran ser consideradas de interés público.

En este sentido, los sistemas parlamentarios europeos parecerían, en su diseño, ser económicamente más consistentes (y por ende, socialmente más eficientes) que los sistemas presidenciales propios del continente americano. Sin embargo, en los esquemas parlamentarios más puros, la estabilidad del régimen depende demasiado del control que posee el líder del partido que tiene mayoría en el Parlamento sobre éste mismo, así como de la disciplina de voto de los partidos existentes. En naciones en las cuales no funcionan los modelos más o menos puros, es necesario la puesta en práctica de esquemas más bien híbridos o mixtos, diseñados en función de cada realidad concreta.

Un desarrollo muy amplio de lo antes expuesto se puede encontrar en GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Relaciones de gobierno. Poder Ejecutivo vs. Parlamento*. Tesis para optar el Título de Abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.

(22) Conforme aumenta la cantidad de ciudadanos, los costos que genera ponerse de acuerdo respecto a cuestiones de gobierno hacen inviable el modelo de democracia, pues se requerirían reuniones y votaciones para cada decisión a tomar. El sistema de sufragio universal, la creación de un Parlamento y los mecanismos legales de toma de decisiones estatales reducen tales costos. La solución legal simula el acuerdo al que llegarían los electores si pudiesen ponerse de acuerdo entre ellos.

(23) DIENEL, Peter y HARMS, Hans. Op. cit.; p. 47.

(24) Ibid.

De acuerdo a lo antes señalado, solamente podría impugnarse en sede judicial aquellas acciones basadas en facultades que se encuentran taxativamente reguladas, lo cual complicaría más de lo debido la situación generada por la posibilidad de un ejercicio ilimitado del poder por parte del Estado.

Queda claro que, por lo menos en el modelo presidencial, la limitación del accionar jurisdiccional tiene su razón de ser en la existencia del principio de separación de poderes, a través del cual se considera que el control de los actos políticos resulta ser, o debería ser, únicamente de índole política. Entonces bastaría, según el razonamiento precitado, con el control político mutuo, por más limitado que éste sea, para asegurar la calidad del accionar del Estado. Esto justifica además, como hemos señalado reiteradamente, que el sistema constitucional norteamericano sea un régimen caracterizado por una separación de poderes rígida o tajante, con muy limitados puntos de contacto entre los órganos que conforman el Estado, lo que Karl Loewenstein denomina “interdependencia por coordinación” a diferencia de la “interdependencia por subordinación” propia de los modelos parlamentarios<sup>(25)</sup>. La posibilidad de una intromisión directa de la judicatura en asuntos considerados “políticos” echaría por tierra gran parte del acotado principio de separación rígida.

Es necesario señalar que en los Estados Unidos, que es donde se elaboró la teoría de la separación rígida, existen corrientes recientes que permiten cierto matiz en la misma. Dicho matiz permite que las materias que tienen que ver directamente con el contenido de los actos políticos no puedan ser controlados, sino más bien las cuestiones de procedimiento relacionadas con dichos actos. Esto tiene sentido, en especial, en naciones en las cuales se admite que la judicatura tiene la posibilidad real de aplicar directamente la Constitución. Ello fundamentalmente para definir si la emisión de una norma administrativa o legal ha sido emitida, o su contenido está de acuerdo, con lo expresado por la norma constitucional.

Cuando existe un sistema de control difuso de constitucionalidad, o un sistema dual -como en el caso peruano-, lo señalado en el párrafo anterior es posible

indubitablemente. Sin embargo, cuando el control es únicamente concentrado, la situación puede complicarse, puesto que podría interpretarse que el ordenamiento jurídico, en principio, no concede al juez el uso de mecanismos de aplicación directa de la constitución, dado que no le concede la posibilidad de emplear control de constitucionalidad alguno respecto de las normas legales<sup>(26)</sup>. Es necesario precisar que, en el esquema norteamericano, esto parece compensar la excesiva rigidez del sistema y permite un mayor control de los actos políticos por parte de los particulares.

Ahora bien, la doctrina de la supuesta existencia de actos del Estado que no son susceptibles de control judicial se encuentra en franca retirada. Ello no quiere decir que no existan ciertos ordenamientos jurídicos que aún mantengan actos que no son susceptibles de análisis jurídico alguno. Sin embargo, consideraciones que hemos reseñado en párrafos anteriores, referentes a la necesidad de control del Estado por parte de los particulares, justifican plenamente la existencia del control judicial de la administración pública aun cuando ésta haga uso de facultades supuestamente discrecionales.

## 2.2 El control de la administración pública.

Las constituciones, por lo menos desde el punto de vista del control estatal, deberían contener mecanismos a través de los cuales el administrado pueda contrarrestar los actos de la Administración Pública como tal, actos que lo perjudiquen indebidamente en forma directa. Desde el punto de vista doctrinario, se entiende que la Administración Pública es aquella entidad del Estado encargada del control y manejo de los servicios y bienes públicos, los mismos que se encuentran a cargo de dicho Estado.

En este orden de ideas, la Administración Pública, al gozar de atribuciones derivadas del poder del Estado (denominadas genéricamente *ius imperium*), puede al actuar afectar el interés del particular, el cual debería gozar de mecanismos adecuados para protegerse. La justificación la encontramos en el hecho ineludible de que si bien es cierto el Derecho Administrativo implica la obligación de la administración de actuar bajo

(25) LOEWENSTEIN, Karl. Op. cit.; pp. 132 y ss.

(26) En el caso español, por ejemplo, algunos autores consideran que la existencia de un modelo concentrado de control de constitucionalidad no es óbice para que el juzgador pueda aplicar la Constitución. Sobre el particular: ESPINOSA SALDAÑA B., Eloy. *Algunos alcances sobre la posibilidad de revisión judicial de aquellos actos calificados como “políticos” o “de direccionalidad política”*. En: *Revista Jurídica del Perú*. Lima: Normas Legales, año XLVIII, número. 14, enero- marzo, 1998. pp. 77-78.



consideraciones de interés público<sup>(27)</sup>, también es cierto que quien toma las decisiones, llámese funcionario público, es un ser humano como cualquier otro, que decide no necesariamente en términos de interés público sino más bien, como todo ser racional, buscando maximizar el beneficio de su cargo. La principal función del Derecho Administrativo debería ser entonces el canalizar adecuadamente el comportamiento autointeresado del funcionario público a fin que coincida con el interés común.

Desde este punto de vista, toda constitución debe prever, aun cuando sea solamente de manera enunciativa, ciertos procesos de naturaleza judicial que permitan al particular proteger su interés. A estos procesos la doctrina los denomina genéricamente “procesos de control de la administración”. En principio, debería ser posible por lo menos hacer efectivos tres tipos de pretensiones: en primer lugar, el impugnar las decisiones emitidas por la autoridad administrativa, por otro lado, conseguir comprometer a la autoridad en el cumplimiento de una obligación determinada; y, finalmente, el permitir la impugnación de las normas emitidas por la administración con carácter general que se opongan a la Constitución o las leyes<sup>(28)</sup>.

Debemos señalar que el control antes referido debe iniciarse a instancia de parte y la demanda deberá ser interpuesta ante el Poder Judicial, única entidad que podría, en uso de su autoridad, obligar a la Administración al cumplimiento de una decisión determinada. Y por si lo expuesto no fuera suficiente, un proceso judicial tiene la ventaja adicional de permitir el control directo de su tramitación por parte del particular y la obligatoria sujeción al proceso por parte de la Administración<sup>(29)</sup>.

A este nivel, cabe hacer una acotación en cuanto a lo señalado cuando describíamos el llamado control jurisdiccional de los llamados actos políticos. En primer lugar, muchos autores señalan que cuando el Estado actúa en uso de su función administrativa no cabe la existencia de actos políticos o que se consideren



intrínsecamente discrecionales, siendo incluso las resoluciones y normas respecto de los cuales hay un margen amplio de acción, actos susceptibles de ser impugnados judicialmente<sup>(30)</sup>.

En segundo lugar, es necesario señalar que cuando nos referimos a actividad discrecional hacemos referencia a aquella que no depende de normas legislativas concretas y preexistentes que la regulen. Las facultades discrecionales le permiten al órgano administrativo cierta libertad para elegir entre uno u otro curso de acción, o para hacer una cosa de una u otra forma. La necesidad de dejar a la Administración Pública cierta actividad discrecional deriva, en principio, de la circunstancia de que es imposible para el legislador tener una visión exacta de los elementos concretos que, al menos en parte y en ciertos casos, condicionan la

(27) Existen interminables discusiones respecto a la naturaleza del concepto de interés público y al manejo de los ineludibles conflictos que se generan al enfrentarlo con el interés particular de cada individuo. Se entiende, a grandes rasgos, que interés público es el que pertenece a la generalidad de los ciudadanos y los favorece a todos. Sin embargo, para algunos el conflicto entre éste y el interés particular no tiene razón de ser, puesto que el conflicto mismo generaría que el interés público dejase de ser tal. El supuesto conflicto hecha por tierra el concepto “paretiano” de eficiencia social, al que hacemos referencia en el presente trabajo.

(28) En el ámbito nacional, dichos procesos se denominan, respectivamente, acción contencioso administrativa, acción de cumplimiento y acción popular.

(29) Es necesario señalar, sin embargo, que el funcionamiento de estos mecanismos de control depende en gran medida de la independencia que en el texto constitucional y en los hechos se garantiza al organismo judicial en cada nación en concreto.

(30) En el Derecho Comparado, sin embargo, existen ciertas resoluciones administrativas que no son susceptibles de impugnación judicial por mandato del propio texto constitucional. En el caso peruano, existen dos específicos: las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones y las emitidas por el Consejo Nacional de la Magistratura.

oportunidad de la decisión administrativa. Ahora bien, la actividad discrecional en realidad no es tal, pues se encuentra limitada por el ordenamiento jurídico -a través del principio de legalidad, base del Derecho Administrativo-, y en especial, por los derechos fundamentales.

### 3 Los costos generados por el control elector-Estado.

Un tema fundamental a tomar en cuenta para que sea posible el traslado de ciertas decisiones políticas al electorado es el de determinar cuáles son los costos en los que incurriría, por un lado el Estado (costos administrativos o de organización), y por otro lado los particulares (costos de transacción<sup>(31)</sup>), teniendo en cuenta además que el costo del Estado es finalmente asumido por los particulares a través del sistema tributario.

En este orden de ideas es necesario señalar que los sistemas de participación del electorado en las decisiones públicas se justifican siempre y cuando los costos resultantes de efectuar el correspondiente traslado sean menores que los costos en que se incurriría si la decisión fuese tomada por la autoridad política. El umbral que existe entre qué decisiones políticas son tomadas por el Estado y cuáles se trasladan, o debieran trasladarse, al electorado, se define entonces en términos de utilidad inmediata.

#### 3.1 El Teorema de Coase.

El llamado Teorema de Coase es muy útil para entender cómo definir el umbral que existe entre aquellas decisiones de la autoridad que deben trasladarse al electorado y aquellas decisiones que deben tomarse sin intervención de la ciudadanía. Por un lado, porque permite al legislador discriminar entre hacer que el Estado asuma el costo social de sus decisiones o crear las condiciones que permitan que éste sea asumido por los particulares -en este caso, el electorado- con el menor costo posible. Por otro lado, sin embargo, el Teorema de Coase nos permite justificar, desde el punto de vista del “mercado político”, la asignación de derechos de

participación y control mediante el uso de las propias normas constitucionales y legales a fin de corregir las dificultades que tiene dicho mercado para garantizar plenamente el ejercicio de las libertades públicas por parte del elector.

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”<sup>(32)</sup>

Es decir, únicamente cuando los costos de transacción son muy elevados se justifica la existencia de una solución legal que permita la eficiencia social. Ahora bien, cuando Coase se refiere a eficiencia social, lo hace en términos “paretianos”. El economista Wilfredo Pareto explicaba que una situación es socialmente eficiente cuando una persona o un conjunto de ellas mejora de tal forma que ninguna de las demás empeora su situación, establecida anteriormente<sup>(33)</sup>. El concepto se basa en la consideración de que, en términos de bienestar social, el particular sabe mejor qué es lo que le conviene que el propio Estado.

Por ello, la intervención estatal debe restringirse únicamente a la asignación de derechos a través de la norma legal. En este orden de ideas, y considerando que el concepto de costo social debe entenderse como el más amplio posible, es necesario un análisis cuidadoso a fin de determinar si el costo administrativo de tomar decisiones políticas, comparado con los costos de transacción que tengan que asumir los particulares justifica o no el traslado de las citadas decisiones.

Siguiendo con el mismo razonamiento y de acuerdo al Teorema de Coase, si los costos de transacción tienden a cero no interesa la solución legal adoptada, pues siempre se llegará a la solución más eficiente. Por otro lado, si los costos son altos, será necesario implementar una solución legal que conjure los mismos. Como indicáramos líneas arriba, la razón de ser de la democracia representativa estriba en que el costo de que los particulares tomen por sí mismos todas las decisiones políticas resulta prohibitivo, razón por la cual es necesario que una parte importante de estas

(31) Llamamos costo de transacción al costo que genera el que los particulares lleguen a acuerdos respecto a cuestiones de importancia.

(32) POLINSKY, Mitchell. *An introduction to law and economics*. Boston: Little Brown and Company 1983. pp. 23-26. TORRES LOPEZ, Juan. *Análisis económico del derecho*. Madrid: Tecnos, 1987. pp. 50 y ss.

(33) KAFKA, Folke. Op. cit.: pp. 662 y ss. TORRES LOPEZ, Juan. Op. cit.: pp. 32-33. Ver también: CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas. *Reglas de la propiedad, reglas de la responsabilidad e inalienabilidad, un vistazo a la catedral*. En: *Themis. Revista de Derecho*. Lima, No. 21. p. 66.

Por otro lado, una interesante descripción de los principios paretianos aplicables a la elección constitucional puede encontrarse en: BUCHANAN, James y TULLOCK, Gordon. *El cálculo del consenso*. Madrid: Espasa Calpe, 1980. pp. 206 y ss.

decisiones sean tomadas por sus representantes, elegidos para el efecto.

Cabe precisar que, desde el punto de vista constitucional, el costo social se encuentra cifrado también en conceptos como gobernabilidad, Estado de Derecho, estabilidad política y otros más que podemos encontrar en las constituciones de naciones democráticas. En consecuencia, el costo de la toma de decisiones implica la necesidad de tomar en cuenta dichos conceptos al momento de realizar la correspondiente evaluación.

Asimismo, los costos de ponerse de acuerdo impiden, en general, la elaboración de reglas de toma de decisiones distintas a las que se derivan del voto directo, en las cuales la decisión se toma en forma inmediata puesto que las alternativas de elección se encuentran predeterminadas. El voto directo, sumado a la ausencia de debate, reduce plausiblemente los costos de transacción en los que incurriría el electorado para tomar la decisión política respectiva.

Por otro lado, no todas las decisiones políticas pueden trasladarse. En un primer término, es poco probable que el Estado inicie algún proceso de participación política por propia iniciativa, sino más bien a través del accionar del propio electorado mediante los mecanismos que la ley establece. Ello, a menos que la propia constitución obligue a la iniciación del proceso ante un supuesto determinado. Esto último reduciría los costos en los que incurre el electorado al tomar la iniciativa para activar los mecanismos establecidos.

En segundo término, las constituciones establecen ciertas limitaciones para aquellos temas que pueden resultar siendo materia de decisión del electorado. Ello, fundamentalmente por el temor a que la opinión pública pueda ser manipulada de alguna forma por el propio Estado u otros entes interesados en el resultado del proceso.

### 3.2 El problema de los costos administrativos.

Los costos administrativos elevados pueden generar dificultades para elaborar mecanismos adecuados de participación política. Los costos que son asumidos por el Estado consisten principalmente en el gasto realizado al organizar el proceso a través del cual se hace efectivo el mecanismo de participación. En el caso, por ejemplo, de la iniciativa legislativa, no hay problemas mayores puesto que quien realiza el proceso es el Parlamento, el cual tramita el proyecto de ley ciudadano como cualquier otro proyecto sometido a su consideración por parte de cualquiera de los entes o personas legitimadas para presentarlo. Sin embargo, si

nos referimos a los mecanismos que requieren del voto directo de los ciudadanos, la organización es prácticamente la misma que la de un proceso electoral, con el consiguiente gasto en términos presupuestarios.

Por otro lado, el tema de los costos administrativos adquiere especial relevancia cuando notamos que el Estado es financiado principalmente a través del sistema impositivo, el mismo que se encuentra dirigido hacia la sociedad en su conjunto. En la práctica, el propio electorado solventa los mecanismos de participación a través de la canalización que realiza el Estado de los recursos que recibe.

Finalmente, el análisis a fin de determinar la conveniencia del traslado de decisiones políticas implica conceptos de diversa naturaleza, en términos de costo y beneficio, en los cuales debe tomarse en cuenta factores que serían distintos entre los mismos. Inicialmente, y por lo menos en el nivel de costos administrativos, pareciera que el análisis involucra comparar conceptos políticos con conceptos meramente patrimoniales. En cierta medida, la Teoría de la Elección Pública nos muestra que en la realidad se va a dar la necesidad de la comparación antes citada. En suma, las decisiones que se toman deben maximizar la utilidad del resultado, con el menor costo social posible, en el sentido más amplio del término.

## 4. Conclusiones finales.

Como resultado del análisis precedente, debemos concluir que el análisis económico es consistente con la existencia de los mecanismos de control estatal por parte de los particulares. Como resultado de ello, se concluye que no basta el principio de separación de poderes (o el de control entre órganos del Estado) para asegurar la libertad política. Deberá ser posible, en determinadas circunstancias y bajo ciertas condiciones, trasladar las decisiones políticas o el control de éstas al electorado. Para ello se han establecido mecanismos de participación política, mecanismos de modificación de la estructura del gobierno a través del traslado de disputas del Estado al electorado y mecanismos de control de actos del Estado y la Administración Pública.

Sin embargo el límite de los traslados anteriormente citados deberá estar determinado, en primer lugar, por los costos de transacción que debe asumir el electorado a fin de tomar la decisión política determinada. Asimismo debemos tener en cuenta los costos administrativos que puedan generar los mecanismos puestos en práctica constitucionalmente, teniendo en cuenta el hecho que los costos son asumidos por el propio electorado a través del sistema impositivo. 卅