

Facultad de Gobierno

Documentos de Trabajo

El proceso legislativo sin romance y sus efectos
sobre el diseño constitucional

(Una mirada desde el Public Choice)

José Francisco García

Octubre 2008

Centro de Políticas Públicas

Documento de Trabajo Nº6

El Proceso Legislativo sin Romance y sus efectos sobre el diseño constitucional (Una mirada desde el Public Choice)

José Francisco García

Octubre de 2008

**EL PROCESO LEGISLATIVO SIN ROMANCE
Y SUS EFECTOS SOBRE EL DISEÑO CONSTITUCIONAL
(UNA MIRADA DESDE EL *PUBLIC CHOICE*)**

*José Francisco García García**

Resumen: El autor analiza el proceso legislativo desde la perspectiva del análisis económico del derecho. Discutiendo la literatura comparada en la materia, presenta el denominado modelo transaccional de la legislación. Este modelo mira el proceso de producción de leyes como un mercado donde intervienen oferentes (parlamentarios) y demandantes (electores y grupos de interés) de legislación. Las consecuencias son interesantes. Por un lado, se espera una provisión sub-óptima de legislación de interés general (aquella que se espera habitualmente del Congreso), y por el otro, una sobreproducción de leyes de interés especial. Lo anterior tiene a su vez implicancias desde el punto de vista del diseño constitucional. Para algunos autores, implica un llamado a los jueces, ordinarios y constitucionales, a ser más estrictos y elaborar estándares de control e interpretación más restrictivos a la hora de analizar la legislación que tenga un marcado carácter especial, cuestión discutible para el autor. Para este en cambio, el diseño de la Constitución y del proceso legislativo chileno, ofrece una gran cantidad de cortapisas que hacen más difícil el proceso de captura a los parlamentarios y más costoso conseguir aquellos acuerdos de mero beneficio especial.

Palabras clave: proceso legislativo, constitución, derecho constitucional, análisis económico del derecho, teoría de la elección pública

Abstract: The author analyses the legislative process from the law and economics (law and public choice) perspective. Discussing the comparative literature in the topic, presents the so called transactional model of legislation. This model considers the legislative process as a market in which we find suppliers (congressmen) and demanders (interest groups and voters) of legislation. The consequences of this model are intriguing. On one side, it is expected a less than optimum provision of public interest legislation (the one we expect generally from Congress to provide); and, on the other, an excessive production of special interest legislation. This also have relevant implications for the constitutional design. For some authors, the Judiciary and Constitutional Courts (when they co-exist) should elaborate more restrictive parameters and canons of interpretation when controlling special interest legislation, a criterion not fully supported

* Abogado UC. (LL.M) Master y Doctorando en Derecho (JSD), Universidad de Chicago. Profesor-Investigador de la Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo.

by the author. For him, the design of the Chilean constitution and the legislative process offers different negative checkpoints that makes harder the capture of legislators by interest and lobbying groups, thus making more difficult the approval of special interest legislation.

Key Word: legislative process, constitution, constitutional law, law and economics, law and public choice.

I. INTRODUCCIÓN

El presente documento persigue, en primer lugar, introducir la mirada del análisis económico del derecho público o constitucional -o para ser más precisos el *Public Choice* o Teoría de la Elección Pública aplicada al derecho¹-, para analizar el diseño constitucional y el proceso legislativo chileno, y cómo éstos juegan un rol fundamental y afectan el proceso de decisión de la autoridad frente a las demandas de los grupos de interés y lobbies.

Si bien estas metodologías basadas en el análisis económico de las reglas e instituciones legales –su racionalidad, eficiencia e incentivos en los individuos e instituciones públicas- han tenido cierto impacto en el derecho privado chileno en los últimos años -pero incluso en esta área estamos atrasados respecto del derecho peruano o argentino para dar dos ejemplos cercanos², han sido escasamente abordadas por el derecho público chileno³. En el derecho comparado, especialmente en Estados Unidos y algunos países europeos, el análisis económico del derecho público (*Public Law and Public Choice* o *Constitutional Law and Economics*) es una sub-disciplina del derecho extremadamente influyente a la hora de analizar cuestiones como interpretación de la ley y el espíritu del legislador⁴, *stare decisis*⁵, cortes federales⁶, delegación administrativa⁷, veto presidencial en el proceso legislativo⁸, sistema bicameral⁹, entre otras áreas. Uno de sus autores más destacados y prolíficos no es nada menos que Saul Levmore, actual Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago (ex decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Virginia) y Presidente de los Decanos de las Facultades de Derecho americanas.

Como destaca Stearns, la gran influencia que ha tenido la Teoría de la Elección Pública en el desarrollo del Derecho Público, es atribuible a tres factores. En primer lugar, la elección pública es única en su poder para explicar la sobre vivencia de instituciones y reglas que tendrían un desempeño pobre, bajo el estándar de la eficiencia en los mercados privados. Y dado que para algunos autores, la elección pública (o al menos ciertas ramas de esta) pueden ser vistas como algo así como un “antídoto” desde el propio mundo de la economía al movimiento del análisis económico del Derecho de la Universidad de Chicago, “ha tenido una notable tendencia a atraer académicos de todo el espectro político”¹⁰, punto que es compartido por Farber¹¹. En segundo lugar, “la

¹ Conceptos que invocaremos de manera permanente a lo largo de este trabajo y que trataremos como sinónimos, sin perjuicio que en la literatura comparada se han desarrollado como sub-disciplinas con focos bastante específicos.

² En Chile esta Escuela no lleva más de una década de vida. Afortunadamente, en las más importantes Facultades de Derecho del país, existe al menos un curso de pre-grado, no siempre obligatorio, dedicado al análisis económico del derecho. Ello no sucede en los cursos de post-grado, donde opera más bien como excepción, y en conexión a cursos de derecho comercial o libre competencia.

³ Autores del mundo del derecho público que han mencionado y/o tocado tangencialmente algunos aspectos de esta Escuela: BARANDARIÁN (2001), MONTT (2004), FERNANDOIS (2006), DELAVEAU (2006), SOTO (2007), GARCIA (2008), ROMERO (2008) y SILVA (2008).

⁴ Véase por ejemplo, a EASTERBROOK (1983), POSNER (1986), ESKRIDGE (1988), SHEPSON (1992), McNOLLGAST (1994), MACEY (1986) y FARBER y FRICKEY (1988).

⁵ Véase por ejemplo, O'HARA (1993), KORNHAUSER (1989) y MACEY (1989).

⁶ Ver EASTERBROOK (1982) y KORNHAUSER y SAWYER (1986).

⁷ Ver ARANSON y otros (1982), MASHAW (1985) y McNOLLGAST (1999).

⁸ Ver STEARNS (1992) y ROBINSON (1988).

⁹ Ver LEVMORE (1992).

¹⁰ STEARNS (1997) p. xvii.

elección pública a menudo se expresa en una jerga matemática compleja, sobre todo cuando se analizan revistas especializadas (*journals*) en la materia como *Public Choice*. Sin embargo, se ha realizado un esfuerzo permanente de integrar y conectar, aquello que es propio del interés de los economistas, con lo que es relevante y aplicable, para los académicos y alumnos dedicados al estudio del derecho público¹². En tercer lugar, aunque el estudioso del derecho público estuviese lo suficientemente bien versado en el uso de las herramientas matemáticas y de la economía, como para poder navegar con facilidad por las turbulentas aguas de la metodología de la Elección Pública, “el jurista encontraría que no hay una sola escuela de pensamiento dominante”. Como resultado, y aunque logrará descifrar la jerga matemática más compleja de esta teoría “el jurista podrá comprobar que no existe un consenso claro respecto de las implicancias de la Elección Pública para las instituciones del derecho público”¹³.

Con todo, la Teoría de la Elección Pública ha sido duramente criticada por distintos académicos del derecho, quienes han hecho suyas las críticas tradicionales que se le hacen a este enfoque: falta de evidencia empírica de sus postulados; su enfoque metodológico; por sus implicancias normativas conservadoras; su visión pesimista respecto de la democracia; y, sus implicancias desde la perspectiva jurídica¹⁴.

Una segunda aspiración de este documento dice relación con entregar algunos lineamientos respecto de la mejor manera de abordar –para otros regular- la influencia de los grupos de interés en el proceso legislativo. Como se ha visto, Chile en general escoge rápidamente el camino de la regulación expresa (por ejemplo, gasto de campañas electorales o *lobby*); sin embargo, y como esperamos sugerir, encontramos en nuestra Constitución y en el diseño legislativo, poderosos mecanismos que buscan encausar la acción de los grupos de interés y hacer más costoso el proceso de captura de los parlamentarios y de la regulación. Lo relevante en esta materia es buscar profundizar en este tipo de cuestiones institucionales y en general, y siguiendo a Becker, en la idea de generar mayor competencia entre los grupos de interés¹⁵; alternativas que pudieran ser más eficaces y generar menos distorsiones que algunas de las legislaciones que Chile está aprobando en esta materia.

En tercer lugar, se busca entregar una mirada que complemente y enriquezca los enfoques tradicionales entregados por la ciencia política o la sociología a la hora de analizar la conducta de los políticos-representantes y de los electores. En efecto, ¿cómo entender la moderación del discurso de los políticos? Por ejemplo, por qué no se escucha de manera frecuente la privatización de las empresas públicas desde la derecha, o la legalización del aborto desde la izquierda? ¿Es por una cuestión de principios y que

¹¹ Para el autor, “además de diferencias metodológicas, también existe un fuerte desacuerdo respecto del rol del gobierno en la sociedad, que luego se reflejan en los modelos, el trabajo empírico, y las conclusiones normativas”. FARBER (2007) p. ix.

¹² STEARNS (1997) p. xvii.

¹³ STEARNS (1997) p. xvii.

¹⁴ MIKVA (1988); SUNSTEIN (1985); KELMAN (1988); y FARBER y FRICKEY (1987). Como respuesta a este artículo véase a DEBOW y LEE (1988). Véase también la contra respuesta en FARBER y FRICKEY (1988).

¹⁵ Considerando que la competencia de intereses en la sociedad subsistirá mientras existan bienes públicos que proveer y decisiones colectivas que tomar, coexistirá la búsqueda de influir en los lugares, mecanismos y actores que deban tomar dichas decisiones o proveer dichos bienes. Pareciera obvio que el tema en discusión no es la influencia *per se* sino su legitimidad, esto es, la forma en que ésta es ejercida y la oportunidades que se tiene de obtener ventajas. En este contexto, y como sostuviera Becker, lo que debe ser preservado es la competencia entre los participantes en la carrera de la influencia. Ver BECKER (1983).

han renunciado a dichas banderas o es más bien una cuestión táctica, esto es, la búsqueda de la reelección? ¿Qué hace que el Gobierno decida llegar a un acuerdo con un determinado Senador para obtener el voto decisivo de financiamiento del Transantiago a cambio de entregar determinados beneficios a los representados de dicho Senador? ¿O a proponer subsidios o recursos para el transporte de regiones a cambio del voto de parlamentarios de regiones para inyectar nuevos recursos al Transantiago? ¿Es esto un proceso de negociación política-ideológica o más bien un simple intercambio de votos como en un mercado cualquiera? ¿Ambas cosas a la vez?

Un análisis como el que se propone permitirá ir dejando atrás, poco a poco, aquella mirada romántica que suele acompañar al proceso político y, en particular, el proceso legislativo. De aquí hemos elegido el nombre de este documento¹⁶. En efecto, durante mucho tiempo se vio a éste como aquel espacio donde se desarrollan las grandes controversias ideológicas de nuestra sociedad, reflejando a su vez de manera ejemplar nuestras virtudes cívicas y republicanas. El subproducto de este proceso serían leyes de interés general que miran al bien común y que por lo mismo, deben ser financiadas con fondos generales. Esta visión romántica puede ser tanto peligrosa como innecesaria. Peligrosa, por cuanto la idealización del proceso político permitió invocar, durante mucho tiempo, toda clase de argumentos para evitar introducir estándares de transparencia, fiscalización, competencia y rendición de cuentas en el accionar del Estado y sus agentes. Innecesaria, porque una mirada más realista del proceso legislativo chileno nos lleva a dimensionar la complejidad de éste y los frágiles equilibrios y negociaciones en que deben incurrir a diario los participantes de este proceso.

II. LA POLÍTICA SIN ROMANCE: TEORÍA DE LA ELECCIÓN PÚBLICA

La teoría de la elección pública o *Public Choice* es definida por Mueller como “el estudio económico de la toma de decisiones no económicas, o la simple aplicación de la economía a la política”¹⁷, definición aceptada por los teóricos de la Elección Pública y el Derecho¹⁸. Para Mercurio y Medema, constituye una “mirada dentro del análisis económico del derecho que se enfoca predominantemente en la creación e implementación del derecho a través del proceso político –la oferta y demanda de legislación- como opuesto al enfoque de la Escuela de análisis económico del derecho de Chicago que se centra en el derecho creado por los jueces (*common law*)”¹⁹.

Desde una perspectiva histórica y mirando la evolución de esta corriente de análisis, autores como Tullock²⁰, Tollison²¹, Levmore²², Peacock²³, Mueller²⁴ y Buchanan²⁵

¹⁶ Que viene del concepto de Buchanan “Politics without romance”, y que han desarrollado otros autores como ESKRIDGE JR. (1988) para titular sus trabajos sobre aspectos del análisis económico del proceso legislativo.

¹⁷ MUELLER (2003) p.1.

¹⁸ Véase JOHNSON (1991) p. 12: “el estudio del mercado político. Esencialmente es la aplicación de la metodología económica a la ciencia política”; TULLOCK (2004) p. 16: “en esencia, el uso de las herramientas económicas para analizar los problemas tradicionales de la ciencia política”. STEARNS (1997) p. xvii: “ el análisis económico de las decisiones públicas, en oposición a las privadas”. Para FARBER (2007) p. ix: “esencialmente, la aplicación del razonamiento económico a las instituciones políticas”). Otras definiciones pueden verse en FARBER y FRICKEY (1991) p. 7 y MASHAW (1989) p. 124.

¹⁹ MERCURIO y MEDEMA (2006) p. 156.

²⁰ TULLOCK (2004) p. 16.

sitúan su origen hace aproximadamente doscientos años en el análisis de las reglas de votación realizado por dos matemáticos franceses, Jean-Charles de Borda y el Marqués de Condorcet. Desde una perspectiva moderna, encontramos los trabajos de Black²⁶, Arrow²⁷, Downs²⁸, Ricker²⁹ y Niskanen³⁰.

Sin embargo, el trabajo de Buchanan y Tullock, “*El cálculo del consenso*” (1962)³¹, es probablemente la obra que por su sistematicidad y consistencia, puede ser considerada la base fundacional del *Public Choice* moderno³². En este sentido, para algunos autores, Buchanan y Tullock llevaron a la práctica las ideas de Wicksell³³ y extendieron la aplicación de los criterios de unanimidad al debate de la Constitución o período constitucional (constituyente) en lugar del período post-constitucional, también llamado institucional o de política “ordinaria”³⁴. Para Rowley, el mensaje esencial de este libro consiste en el reconocimiento de que la unanimidad y no la regla de mayoría es el centro

²¹ TOLLISON (1988).

²² LEVMORE (1989).

²³ PEACOCK (1992).

²⁴ MUELLER (1997).

²⁵ BUCHANAN (2000).

²⁶ BLACK (1958) (formulando la teoría del votante mediano y un marco analítico de gran riqueza para el estudio de las comisiones parlamentarias y el comportamiento de los candidatos en las elecciones).

²⁷ ARROW (1951) (evaluando instituciones bajo la regla de mayoría en un escenario de bienestar social).

²⁸ DOWNS (1957). Desde Downs y otros autores posteriores como Tullock, la decisión de votar es vista como un acto de consumo más que la de un acto de inversión de un maximizador de interés individual. Ver también MUELLER (2003).

²⁹ RICKER (1962). (donde postula y ofrece evidencia para su famoso principio de la coalición mínima ganadora, que es aquella que es mayoría y gana mientras no pierda a ninguno de sus actuales miembros).

³⁰ NISKANEN (1971) (quien desarrolla una teoría económica del comportamiento burocrático y sugiere el dominio de las agencias sobre la legislatura en el proceso presupuestario).

³¹ BUCHANAN y TULLOCK (1962).

³² Para VAN DEN HEUWE (1999) pp. 604-05, el “*Cálculo*” es un trabajo seminal que integró en una estructura lógica y coherente el modelo económico de comportamiento de maximización de utilidad, a las elecciones políticas; y, la conceptualización de la “política como intercambio” (mercado político). Así, el proceso político se conceptualiza como uno de intercambios mutuamente beneficiosos. Es por esta razón por la que se señala a la unanimidad como regla de decisión colectiva. Dado que la elección de reglas es una elección social más que un intercambio, la forma de intercambio voluntario es el consentimiento político. Más aún, esta obra difiere de otras precursoras en el sentido de que entrega argumentos justificatorios (normativos). Trató de esbozar, al menos en términos muy generales, las condiciones que deben presentarse a un individuo para que encuentre ventajoso ingresar a una entidad política que cuente con rangos de actividad que estén constitucionalmente demarcados o aceptar la pertenencia a una comunidad política ya existente. Se reconoció que, si se asumen los presupuestos del individualismo metodológico, el Estado o la política tienen su justificación última en su potencial para satisfacer los deseos de los individuos.

³³ Para VAN DEN HEUWE (1999) p. 611, Wicksell en su trabajo clásico sobre teoría fiscal (1896) “llamó la atención sobre la importancia de las reglas bajo las cuales los agentes políticos toman sus decisiones, y reconoció que los esfuerzos de reforma deben tener como objetivo modificaciones en las reglas de las tomas de decisiones en vez de buscar modificar los resultados esperados tratando de influir en el comportamiento de dichos actores. Para llevar a cabo estas medidas, Wicksell necesitaba algún criterio bajo el cual fuese posible juzgar la eficacia de determinado cambio en las reglas. Así introdujo, el ahora familiar, criterio de la unanimidad o consenso. De este modo, para Wicksell el “consentimiento de los gobernados (de todos)” era el punto de partida para evaluar las actividades gubernamentales”.

³⁴ El primero de estos, el período de elección constitucional, establece las reglas que rigen las elecciones colectivas del pacto social. El estudio específico de este campo se denomina a veces “economía constitucional” o “economía política constitucional”. La otra rama se centra en la etapa institucional (post-constitucional u ordinaria) de elecciones colectivas, e implica el análisis económico de las políticas y procesos gubernamentales, incluyendo las actividades del Ejecutivo, Legislaturas, y políticos, así como también los procedimientos de votación y las burocracias. MERCURO y MEDEMA (2006) p. 160.

de la democracia constitucional y haber demostrado que, en el mejor de los casos, la regla de mayoría debe ser considerada como una entre muchos expedientes para lograr un acuerdo en temas políticos cuando los intereses de los individuos y los grupos de interés son divergentes, dados los costos que ello implica³⁵.

Desde una perspectiva analítica, hay dos postulados básicos que deben ser considerados: racionalidad de los individuos (teoría de la elección racional)³⁶ e individualismo metodológico³⁷. En este sentido, para Becker, “todo comportamiento humano puede considerarse bajo el prisma de que los actores involucrados buscan maximizar su utilidad sobre la base de un conjunto estable de preferencias, una cantidad óptima de información y otros insumos, en una gran variedad de mercados”³⁸.

En este sentido, la Teoría de la Elección Pública evita realizar suposiciones fuertes respecto de los deseos de los individuos o sus motivaciones últimas. En vez de eso,

³⁵ Rowley citado por STEARNS (1997) p. 409. En efecto, el criterio wickselliano dentro del periodo constitucional sigue siendo válido como medida de eficiencia de una determinada decisión. Pero la violación dentro del periodo constitucional del criterio no implica que una regla distinta sea ineficiente, mientras esta haya sido elegida por una regla de unanimidad. Como consecuencia, mientras se reconoció que es la regla de unanimidad y no la de mayoría el núcleo de la democracia constitucional, igualmente se demostró que en el mejor de los casos, la regla de mayoría debe ser vista como una entre muchas reglas posibles debido a los costos de tener que asegurar consensos en temas políticos donde los intereses individuales y colectivos diverjan. VAN DEN HEUWE (1999) p. 613.

³⁶ Para ULEN (1999) pp. 791-92, hay dos sentidos en que se utiliza el término. El primero es un sentido informal: la elección se dice que es racional cuando ha habido deliberación y es coherente. La segunda es más formal: los consumidores tienen preferencias transitivas y buscan maximizar la utilidad que se deriva de esas preferencias, sujetas a distintas restricciones. Para BUCHANAN y TOLLISON (1972) p. 17: “Los agentes que se comportan económicamente, prefieren y eligen más que menos, estando las cantidades medidas en unidades de bienes que son identificados y definidos independientemente”. Para DOWNS (1957) p. 6: “un hombre racional es el que se comporta de la siguiente manera: (1) siempre puede tomar una decisión cuando se enfrentan con una serie de alternativas; (2) es capaz de clasificar (*ranking*) todas las alternativas que se le presentan en orden de preferencia, de tal manera que cada una en relación a las otras el individuo la preferirá, estará indiferente, o la considerará inferior frente a las otras; (3) su ranking de preferencias es transitivo (si prefiero A a b, y B a C, entonces prefiero A a C); (4) él siempre elige de entre las alternativas posibles las que ocupan el lugar más alto en su orden de preferencias; (5) siempre hace la misma decisión cada vez que se enfrenta a las mismas alternativas. Todos los tomadores de decisiones racionales en nuestro modelo –incluidos los partidos políticos, grupos de interés, y los gobiernos - exhiben las mismas cualidades”.

³⁷ Para ELSTER (1986) p.3, de acuerdo a este principio: “no existen deseos o creencias colectivas. Una familia puede, después de algún debate, decidir sobre la manera de gastar sus ingresos, pero la decisión no se basa en “sus” objetivos o “sus” creencias, ya que no existen tales cosas”. Para VAN DEN HEUWE (1999) p. 609, la elección pública presupone explícitamente “que las evaluaciones de las personas involucradas, sus intereses y valores, proveen el criterio correspondiente contra el cual se deben juzgar los méritos de un conjunto alternativo de reglas”. BUCHANAN y TULLOCK (1962) p. 15, expresan esta intuición de la siguiente manera: “La acción colectiva es considerada como la acción de los individuos cuando eligen lograr fines colectivamente y no individualmente; y el gobierno no es visto más que como el conjunto de procesos, la máquina, que permite que esta acción colectiva tenga lugar”. Para VANBERG (1994) p. 1: “Cualquier fenómeno agregado al nivel social que buscamos explicar, tenemos que mostrar como ellas son el resultado de las acciones e interacciones de los seres humanos que, por separado y conjuntamente, persiguen sus intereses como los ven, y de acuerdo con su propia comprensión del mundo que los rodea”. Para JOHNSON (1991) p. 11, “los teóricos de la elección pública sostienen con fuerza que el Estado no es un cuerpo orgánico distinto de la suma de los individuos que lo componen”.

³⁸ Más aún, para BECKER (1986) p. 119: “La combinación de los presupuestos de comportamiento maximizador, equilibrio del mercado y preferencias estables, usadas sin tregua y de manera consistente, son el corazón del enfoque económico tal como yo lo veo. Son responsables de los muchos teoremas asociados con este enfoque”.

descansan sus modelos en la suposición, aparentemente sencilla, de la racionalidad individual³⁹.

Así, el *homo politicus* -descrito por la literatura tradicional de la ciencia política como un ser altruista y perseguidor incansable del interés público cuando actúa colectivamente- es visto simplemente como un individuo racional que toma decisiones (racionales) en el mercado político en su condición de representante, elector, burócrata, etc⁴⁰.

Asimismo, el marco metodológico de la Teoría de Elección Pública no estaría completo sino se incluye el análisis de tres herramientas analíticas, que han sido largamente desarrolladas por la literatura. En primer lugar, los *costos de agencia*, también conocido como el *problema del agente-principal*, que en el contexto del proceso político, se refleja en la divergencia de objetivos entre el principal (un grupo de votantes u otros encargados de adoptar decisiones) y el agente (los mandatados para representar los intereses del principal)⁴¹. En segundo lugar, las *instituciones* y el *diseño institucional* son fundamentales, porque afectan los incentivos y las restricciones de los actores del proceso político⁴². Finalmente, es relevante el concepto de *eficiencia*, donde existen dos

³⁹ Stearns y Zywicki sostienen que la racionalidad individual implica que cualesquiera preferencias divergentes que un individuo pueda tener, se presume que este entrará en un proceso costo-efectivo de persecución de sus objetivos deseados. “Al igual que los economistas, los académicos de la elección pública toman los motivos individuales como asumidos o dados. Por ejemplo, uno puede ser tan racional en hacer crecer una empresa, como en contribuir a una caridad (...) Los críticos del análisis económico a menudo presumen que la teoría descansa sobre la hipótesis de que la conducta individual es invariablemente egoísta. De hecho, esto es sólo una caricatura del supuesto de racionalidad de la economía. Los individuos pueden ser motivados por un sinnúmero de inspiraciones. Mientras esto puede, y a menudo lo hace, incluir el deseo de maximizar los ingresos o las ganancias económicas o monetarias, también incluye otras preocupaciones que compiten entre sí, por ejemplo, aumentar el tiempo de ocio; ganar en estímulo intelectual, apoyar a la familia y a los amigos, o comprometerse con la religión, caridad o una comunidad determinada. Los economistas asumen que cualquiera sea el fin que el individuo persiga, esté lo hará de un modo ‘racional’. Los economistas asumen más aún, que mientras los individuos son muy distintos los unos de los otros, la racionalidad mantiene ciertos atributos de la naturaleza humana constantes” STEARNS y ZYWICKI (2008) c.1, pp. 11-12.

⁴⁰ El postulado del interés propio deriva de la famosa cita de Adam Smith: "El hombre reclama en la mayor parte de las circunstancias la ayuda de sus semejantes y en vano puede esperarla sólo de su benevolencia. La conseguirá con mayor seguridad interesando en su favor el egoísmo de los otros y haciéndoles ver que es ventajoso para ellos hacer lo que les pide. Quien propone a otro un trato le está haciendo una de esas proposiciones. Dame lo que necesito y tendrás lo que desees, es el sentido de cualquier clase de oferta, y así obtenemos de los demás la mayor parte de los servicios que necesitamos. No es la benevolencia del carnicero, del cervecero o del panadero la que nos procura el alimento, sino la consideración de su propio interés. No invocamos sus sentimientos humanitarios sino su egoísmo; ni les hablamos de nuestras necesidades, sino de sus ventajas". SMITH (2000) p. 17. Para DOWNS (1957) p. 22 “prácticamente toda la teoría económica se basa en esta premisa (la teoría del interés propio)”.

⁴¹ Por STEARNS y ZYWICKI (2008) c.1, pp. 18-19: “Los agentes no son conductos neutrales a través de los cuales los principales logran sus objetivos. En lugar de ello, los agentes poseen preferencias y motivaciones que a veces coinciden con las de sus mandantes, pero otras veces divergen. El problema de los costos de agencia es complicado porque antes de siquiera poder determinar las medidas apropiadas para reducir los costos de agencia, debemos enfrentar una cuestión lógica previa: ¿quién es el principal?”

⁴² La intuición básica en este caso es que el comportamiento individual cambia a menudo cuando los individuos se desplazan de un entorno institucional a otro. Como sostienen STEARNS y ZYWICKI (2008) c.1, pp. 15-16: “Un miembro del Congreso, que está buscando, por ejemplo, entregar legislación especial a determinados grupos de interés de su distrito o tratando de asegurar cuestiones que son relevantes para los miembros de su partido, es poco probable que abandone estos objetivos, simplemente porque ella está llamada a abordar una serie de cuestiones que han sido etiquetadas como parte de las “políticas constitucionales”, en lugar de la “política ordinaria”. Por ejemplo, sus motivaciones no debieran variar

criterios que han sido utilizados tradicionalmente en este ámbito: *Pareto* y *Kaldor-Hicks*.

Para Stearns y Zywicki, en teoría, incluso sin adherir a una regla de consentimiento unánime, es posible garantizar resultados que beneficien a todos los individuos. Así, una modificación constitucional o legal, por ejemplo, maximizará el bienestar social, cuando los que se benefician de dicha modificación (ganadores) son capaces de compensar a los perjudicados (perdedores). La modificación, por tanto, conviene a los ganadores, incluso después de compensar (o pagar una indemnización) a los perdedores. Para los perdedores, también conviene, una vez que han sido plenamente compensados. Si dicha compensación se llevó a cabo, el resultado final (que se obtiene por la modificación legal) satisface la más estricta definición de eficiencia. Así, el paso desde el statu quo a un estado alternativo (modificación legal) se llamará *Pareto-superior* si se mejora la posición de al menos un individuo sin dejar a ningún otro en peores condiciones. Cuando se han llevado a cabo todos los posibles movimientos Pareto-superiores llegaremos a un punto óptimo de eficiencia, la cual es, por así decirlo, inmejorable. A esto punto llamaremos *Optimo de Pareto*. Cuando esto ocurre, cualquier cambio del statu quo (óptimo de Pareto alcanzado) afectará la distribución de la riqueza entre los participantes, con el resultado de que al menos una de las partes en el intercambio quedará en peores condiciones⁴³. En los mercados privados, y asumiendo que no existen externalidades negativas (lo que implica que ningún tercero fuera de la transacción será dañado como resultado de esta) movimientos Pareto-superiores ocurren habitualmente fruto de millones de transacciones diarias entre los individuos. El análisis económico del derecho de los contratos ha desarrollado este punto de manera fantástica⁴⁴.

Por el contrario, cuando es el gobierno el que proporciona bienes y servicios (estamos ante bienes públicos, por tanto no existirá un mercado privado), utiliza sus poderes coercitivos para cobrar impuestos y así financiar sus programas. Cuando esto ocurre, no

cuando tenga que votar respecto de un nominado a la Judicatura, una reforma constitucional, o votar en una acusación constitucional contra el Presidente o algún otro funcionario. Pero lo constante de la naturaleza humana no implica igual cosa respecto del comportamiento individual. Más bien al contrario. La economía se basa en la suposición de que los individuos responden racionalmente a los cambios en los incentivos. Los cambios en los precios relativos cambian los incentivos individuales. Si bien los precios a menudo afectan el comportamiento, también lo hacen los incentivos creados por las instituciones o el diseño institucional. Un principio fundamental de la Teoría de la Elección Pública es que las instituciones importan. Para los economistas, ello implica que las instituciones internalizan mecanismos que recompensan o castigan las conductas particulares y que los individuos, comportándose racionalmente, modifican su comportamiento en respuesta a estos incentivos institucionales. NORTH (1994) p. 360, ha definido las instituciones de la siguiente manera: "Las restricciones (el marco) que estructuran la interacción humana y diseñada por los humanos. Estas (las instituciones) están formados por limitaciones formales (por ejemplo, normas, leyes, constituciones, etc.), limitaciones informales (por ejemplo, normas de conducta, convenciones, códigos de conducta auto-impuestos, etc.), así como sus componentes de exigibilidad (*enforcement*). Todo ello, define la estructura de incentivos de las sociedades y especialmente a las economías".

⁴³ La importancia del principio de Pareto en la formulación de la ley y las políticas públicas ha sido objeto, durante mucho tiempo, de debate académico. Ver, por ejemplo, FLEURBAEY y otros (2003) (utilizando un análisis en base a la función de bienestar social para criticar la afirmación de Kaplow y Shavell de que "condiciones de bienestar y la condición de indiferencia paretiana son equivalentes"; KAPLOW y SHAVELL (2001) (argumentando que la formulación de políticas públicas debe basarse únicamente en el criterio de Pareto, siendo equivalente al criterio de bienestar); CALABRESI (1991) (sosteniendo que el criterio de Pareto tiene implicancias normativas limitadas porque, lógicamente, todas las mejoras de Pareto ya deberían haber tenido lugar).

⁴⁴ Ver BULLARD (2006) pp.41-42.

todos los contribuyentes (ciudadanos) son beneficiados; y aún entre los beneficiarios, se producen distintos grados de beneficios. Sin embargo, los beneficios que confieren estos programas podrían sólo coincidir con una pequeña parte de la contribución de algunos contribuyentes. En teoría, los que se benefician podrían compensar a los perdedores, y el resultado satisface la condición de superioridad de Pareto. Así, dado que aquellos inicialmente desfavorecidos, una vez compensados, no quedan en una peor posición; y aquellos que se ven beneficiados se mantienen (aunque con una reducción equivalente a la compensación a los perjudicados); el programa mejoraría la situación de los ganadores sin causar más daños. Las dificultades prácticas de tal régimen, sin embargo, dicen relación con las dificultades para hacer factible dicha compensación⁴⁵.

Bajo una definición alternativa de eficiencia, la *Kaldor-Hicks*, puede haber una persona que quede peor como resultado de una determinada acción (modificación legal o transacción en el sistema contractual) siempre que los beneficios que obtienen las personas que quedan mejor, alcancen para compensar *potencialmente* a la persona que inicialmente quedó peor. De lo que se trata es de ver si como resultado de una determinada transacción hay beneficios netos (análisis costo-beneficio). Una transacción solo sería mejor en el sentido de Pareto si las personas que quedan mejor compensaran *efectivamente* a los terceros por los daños que les infligen. Así, no habría nadie en una peor posición efectiva. En cambio, bajo el concepto de *Kaldor-Hicks*, basta con que los ganadores tengan la *posibilidad de compensar* a los perdedores, aunque no lo hagan efectivamente. El criterio de *Kaldor-Hicks* permite los cambios donde hay ganadores y perdedores pero exige que los ganadores ganen más que lo que pierden los perdedores. Para Stearns y Zywicki, este estándar más relajado para la eficiencia, mientras reconoce la inevitable naturaleza de los ganadores y perdedores en el proceso de procurar bienes o servicios públicos, provee una fundación normativa importante para la provisión de muchos programas públicos que no pueden satisfacer el criterio más estricto de Pareto⁴⁶.

Desde una perspectiva económica, y bajo un escenario de acción colectiva, la mejor evidencia acerca de si una política elegida colectivamente maximiza el bienestar social, es que haya sido adoptada bajo el consentimiento unánime de todos los miembros de dicha comunidad. El criterio de unanimidad respecto de las elecciones colectivas, por tanto, resulta idéntico al criterio de optimalidad de Pareto en los intercambios y transacciones de mercado. Sin embargo, una regla de unanimidad en el ámbito de las elecciones colectiva, implica a su vez, que incluso una sola persona podría evitar la aprobación de una determinada legislación. Esta persona podría oponerse basada en el mérito del cambio propuesto o bien en un esfuerzo estratégico, mediante su poder de veto, para demandar otros beneficios determinados como condición previa para dar su apoyo a una legislación determinada. En el contexto de las transacciones de mercado (como el comprar una taza de café), este problema de la abstención o veto estratégico (*hold out*) generalmente no se manifestará, dado que un solo individuo carece del poder de imponer costos en otras personas que no sea a si mismo. En el escenario de las decisiones colectivas, sin embargo, la necesidad de la unanimidad, puede ser muy cara y dar lugar al fenómeno del *hold out* antes descrito. Como resultado, el criterio de la unanimidad es muy difícil de implementar. Por lo mismo, al juzgar el mérito de las instituciones (o procedimientos) que operan para tomar determinadas elecciones colectivas, se hace necesario adoptar una alternativa al criterio de óptimo de Pareto -o

⁴⁵ STEARNS y ZYWICKI (2008) c.1, pp. 24-25.

⁴⁶ STEARNS y ZYWICKI (2008) c.1, pp. 26.

como hemos visto, su análogo, el criterio de la unanimidad, como lo es el criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks, o su análogo: establecer una regla de mayoría o de quórum (mayor)⁴⁷.

Para Tullock, lo único que debiera sorprender acerca de las proposiciones de la Teoría de la Elección Pública, es que ellas rompen la ortodoxia tradicional tanto del derecho, como de las ciencias económicas y políticas: “Escritores como Machiavello (...) fueron más bien considerados como moralmente sospechosos y malos ejemplos, que autores de análisis profundos”⁴⁸. Para Tullock, la Teoría de la Elección Pública cambia esto, pero aún más importante, “al usar un modelo en el cual los votantes, políticos y burócratas se consideran como principalmente interesados en su propio bienestar, fue posible emplear herramientas analíticas derivadas de la metodología económica”⁴⁹. Como resultado, se han desarrollado modelos bastante rigurosos que pueden ser testeados con el mismo tipo de procedimientos estadísticos utilizados por la economía, pero donde los datos son extraídos del sistema político. El resultado es “una nueva teoría acerca de la política que es más rigurosa, realista y mejor testada que la ortodoxia antigua”⁵⁰.

III. EL PROCESO LEGISLATIVO COMO MERCADO

Bajo el modelo de la Teoría de la Elección Pública, el proceso legislativo se asemeja a un mercado, en donde todos los actores participantes en la arena legislativa se consideran maximizadores racionales de su propio bienestar lo que implica que representantes, grupos de interés y lobbistas intentan lograr leyes favorables a sus electores y representados, respectivamente. En efecto, en este modelo los grupos de interés, y en menor medida la ciudadanía, son los demandantes de legislación. Bajo este modelo se espera que entreguen beneficios a los legisladores (oferentes de legislación), para que estos retribuyan con la generosidad gubernamental, la que puede tomar diversas formas: regulaciones, subsidios, aranceles, etc. Asimismo, los legisladores pueden también responder a la demanda, oponiéndose a la aprobación de una determinada legislación, evitando pronunciarse (para no pagar los costos frente a demandas opuestas de grupos de interés y electores) y por tanto optando por delegar la toma de decisiones a determinadas agencias del Ejecutivo. En este sentido, los individuos buscarán influir en la legislación solo cuando los beneficios de hacerlo excedan los costos. De manera similar, desde el punto de vista del oferente, los legisladores proveerán beneficios cuando ello sirva directamente sus propios objetivos, incluyendo su principal objetivo: ser reelegidos⁵¹.

⁴⁷ STEARNS y ZYWICKI (2008) c.1, pp. 26-27.

⁴⁸ TULLOCK (2004) p. 17.

⁴⁹ Id.

⁵⁰ Id.

⁵¹ ESKRIDGE JR. y otros (2002) p. 54. MAYHEW (1974) p. 16: “La meta electoral (...) tiene que ser la meta *mas relevante* de cualquiera, la meta que debe ser lograda una y otra vez si se quiere lograr otros fines”. FIORINA (1974) p. 31: “Empíricamente las metas son enormes. Reelección, influencia legislativa, prestigio, políticas, status, servicio público, todos esos factores pueden jugar su parte. Pero podríamos argumentar que la reelección es el objetivo principal que es controlado por los electores: el distrito da y el distrito puede quitar”. DOWNS (1957) pp. 11 y 22): “Nuestro modelo se basa en la hipótesis de que todo gobierno busca maximizar el apoyo político. Más aún, asumimos que los gobiernos existen en una sociedad democrática donde se celebran elecciones periódicas, que su objetivo principal es la reelección, y que ser elegidos es el objetivo de aquellos partidos que ahora se encuentran fuera del poder (...) En este razonamiento descansa la hipótesis fundamental de nuestro modelo: los partidos generan políticas para ganar las elecciones; y no, tratar de ganar las elecciones para formular políticas”. De hecho, para

3.1 El Modelo Transaccional Wilson-Hayes

Dos teóricos del Public Choice Wilson⁵² y Hayes⁵³, desarrollan esta teoría transaccional de la legislación con mayor detalle. Inspirado en la idea de que los mercados políticos son análogos a los mercados económicos, Hayes –desarrollando las categorías de Wilson- esbozó los patrones de oferta y demanda para diferentes categorías de asuntos políticos.

Estos autores dividen los beneficios asociados con los bienes públicos en beneficios distribuidos para el público en general, por ejemplo defensa, y beneficios concentrados o de interés particular, por ejemplo un subsidio industrial o un arancel. De manera similar, dividen los costos asociados a los bienes públicos entre aquellos que son ampliamente distribuidos, por ejemplo, un límite de velocidad en la circulación de vehículos, y aquellos concentrados, como por ejemplo, un precio máximo de arriendos. Así, los costos y beneficios de la mayoría de los bienes públicos están dentro de estos extremos, y estas categorías son útiles para establecer el modelo analítico. (Cuadro 1)⁵⁴. La dificultad de categorizar los bienes públicos entre, por un lado, conferir beneficios concentrados o distribuidos y/o imponer costos concentrados o distribuidos, se ve aumentada por el hecho de que es estratégicamente beneficioso para los grupos de interés caracterizar a bienes públicos que confieren beneficios especiales como uno de interés general, como por ejemplo un determinado contrato de defensa en que se justifica como en beneficio de la defensa nacional⁵⁵.

ESKRIDGE JR. y otros (2002) p. 55: “la búsqueda de cargos de elección pública a menudo estará motivada por el deseo de lograr importantes objetivos de interés público, como por ejemplo, disminuir los impuestos, mejorar el medioambiente, aumentar el acceso a la salud, promover una mayor responsabilidad fiscal o fortalecer la defensa nacional. El modelo descansa en la suposición de que el éxito electoral es una condición previa para lograr estos u otros objetivos. En efecto, una gran mayoría de legisladores responden a este incentivo electoral de manera eficiente y son reelegidos una y otra vez. Aunque la ventaja de poseer un cargo de elección pública ha disminuido ligeramente (ser incumbente), es aún uno de los factores de predicción más fuertes en la victoria electoral”.

⁵² WILSON (1973) pp. 332-37.

⁵³ HAYES (1981).

⁵⁴ Elaboración propia en base ESKRIDGE JR. (1988), y STEARNS y ZYWICKI (2008) c.4, p. 13.

⁵⁵ STEARNS (1992) p. 396. Para Tollison el uso del concepto “grupo de interés” en este contexto, no tiene un sentido peyorativo. Los ciudadanos individuales pueden querer o demandar leyes por alguna razón – por ejemplo porque la ley hace del mundo un lugar mejor, o la ley genera bienes públicos, etc.- sin embargo, dichos individuos actúan generalmente en un contexto grupal para obtener la aprobación o rechazo de una determinada legislación. TOLLISON (1998) p. 343.

Cuadro 1

	Beneficios distribuidos	Beneficios Concentrados
Costos Distribuidos	Dado que no hay gran interés ni por oferta (legisladores) ni demanda (grupos de interés-ciudadanos), y salvo que exista gran consenso, el Congreso no aprobará muchas leyes o sólo actuará de manera simbólica.	Fuerte acción de los grupos de interés para conseguir legislación especial. Dado que existirá una débil oposición (grupos grandes no organizados), se espera exista sobre oferta de este tipo de legislación.
Costos Concentrados	Grupos pequeños afectados generarán gran presión, y tenderán a imponerse sobre una mayoría no organizada de ciudadanos. No existirá ley, ley será ambigua o habrá delegación al Ejecutivo.	Grupos de interés activos en ambos lados (beneficiarios y afectados). Dado el fuerte conflicto, los legisladores no legislarán o delegarán al Ejecutivo, esperando culpar la mala regulación u obtener los créditos de una buena.

En primer lugar, encontramos la categoría *beneficios distribuidos/ costos distribuidos*, que es convencionalmente la categoría de legislación que se espera que apruebe el Congreso. Sin embargo, para la Teoría de la Elección Pública, está es un tipo de legislación que será proveída en menor cantidad o en cantidades sub-óptimas. Dado que esta categoría legislativa involucra un patrón de demanda conflictiva en el cual todos los electores reciben una tajada de beneficios e incurren en un porcentaje de los costos, y porque los esfuerzos del *lobby* no son intensos en ninguno de los dos lados, los legisladores responderán con inacción, o con acciones simbólicas en la forma de delegación.

En segundo lugar, encontramos la categoría *beneficios distribuidos/ costos concentrados* que se caracteriza por un débil *lobby* en apoyo de la legislación y un fuerte *lobby* en la oposición (rechazo). Un ejemplo implicaría estatizar parte de la prestación de servicios de salud en el caso que estos sean proveídos actualmente por privados. Ya que todos en algún punto requieren de servicios médicos, los beneficios de tal régimen se distribuirían ampliamente. En contraste, los costos recaerían, al menos en el corto plazo, en aquellos que proveen servicios médicos actualmente. Un ejemplo similar lo encontramos en el establecimiento de precios máximos de arriendo, siendo los propietarios de los inmuebles los perjudicados en el corto plazo. En casos como este, donde existen derechos de una minoría que puede verse afectado, son relevantes los mecanismos constitucionales de protección de sus derechos. Los legisladores enfrentados con esta configuración conflictiva (un grupo específico afectado) probablemente o no harán nada o delegarán en el Ejecutivo.

En tercer lugar, encontramos la categoría *beneficios concentrados y costos distribuidos*, caracterizada por una fuerte demanda de legislación y un débil *lobby* en oposición. Como se podría predecir, el resultado en esta situación es la obtención de legislación por parte de los grupos de *lobby* activo. De hecho, existen grandes incentivos para el *lobby* en esta categoría, que resultan en el proceso de intercambio de votos o *logrolling* legislativo, con el efecto de conferir amplios beneficios cuasi-privados como medios de lograr los acuerdos legislativos.

Finalmente, encontramos la categoría *costos concentrados y beneficios concentrados*, que es la más conflictiva desde el punto de vista de la acción de los grupos de interés. Los esfuerzos de *lobby* son intensos a ambos lados. Esta es la clásica situación en la cual los legisladores optarán ya por delegar su autoridad a una agencia estatal o bien a las cortes. Lo anterior permite a los legisladores reclamar el crédito por crear beneficios legislativos mientras culpan a las agencias o cortes por imponer los costos.

3.2 *Logrolling* o intercambio de votos

Antes de introducirnos en las consecuencias del modelo transaccional, parece conveniente detenerse un momento en el análisis del fenómeno del intercambio de votos o *logrolling*, fundamental para entender este modelo.

El *logrolling* es la posibilidad de intercambiar o “transar” votos entre parlamentarios (aunque este concepto es también extensible a otro tipo de cuerpos colegiados). En el proceso de *logrolling*, el representante A accede a votar por un proyecto de ley que el representante B quiere que sea aprobado, y en cambio B vota por la legislación que interesa a A. Los legisladores que están en minoría respecto a un tema en que están altamente interesados, pueden, a través del *logrolling*, estar dispuestos a intercambiar sus votos en otros temas en los cuales ellos no se encuentran tan interesados a cambio de los votos de otros legisladores y, en el proceso, construir una coalición de mayoría a favor de sus temas preferidos. Desde la perspectiva de la eficiencia, el *logrolling* es una espada de doble filo: permite propuestas eficientes que de otro modo no tendrían mayoría; sin embargo, del mismo modo, permite la aprobación de propuestas ineficientes que de otro modo no se adoptarían⁵⁶. Este fenómeno se produce como vía para superar el problema de la incapacidad de los votantes para manifestar la intensidad de sus preferencias⁵⁷, en un contexto donde no existe un mercado para comprar y vender votos⁵⁸.

Esta visión del proceso legislativo como una red de intercambios es similar en algunos aspectos a un mercado privado pero con importantes calificaciones. Una de las más importantes, es que al contrario que los intercambios del mercado privado, los cuales

⁵⁶ MERCURO y MEDEMA (2006) p. 176.

⁵⁷ Para ELHAUGE (1991) p. 64: “Un problema perenne con un sistema de reglas de mayoría en las democracias, es que votar no da cuenta de cuan diferentes son las intensidades de preferencias de los votantes en determinados temas. Bajo un sistema de regla de mayoría, si todos votaran informadamente, se subvaloraría los intereses de una minoría de intereses intensos en un tema. La teoría de los grupos de interés por otra parte, sugiere que dichas minorías de intereses intensos enfrentarán menos problemas de *free-riding* al formar una organización política. La voluntad observada de un grupo de gastar los recursos necesarios para alcanzar el éxito político podría ser tomado como evidencia de la “intensidad revelada” de dicho grupo, del mismo modo en que la economía toma la disposición observada de una persona de comprar o no un determinado bien a un determinado precio, como evidencia de la “preferencia revelada” de dicha persona por un determinado bien.

⁵⁸ Para LEVMORE (2000) p. 215: “los mercados convencionales permiten que las preferencias intensas sean satisfechas ya que los participantes pueden demandar, o sustituir por, cosas que ellos quieren. De hecho existen pocas áreas donde las preferencias intensas no puedan ser satisfechas. En la mayoría de estas áreas, sin embargo, la riqueza da poder a los jugadores para satisfacer sus preferencias, y esto presenta un problema cuando el derecho al voto está en juego, ya que estos derechos son a menudo ejercidos precisamente donde hemos decidido tomar decisiones a través de políticas más que de mercados. La pregunta obvia en el caso del derecho a votar es si las preferencias intensas pueden ser acomodadas sin transferir un enorme poder a los ciudadanos acaudalados”.

generalmente dependen del consentimiento unánime de las partes a intercambiar y se presumen son generadoras de aumentos de bienestar o Pareto-superiores; el proceso legislativo ocurre a través de variadas reglas de mayoría y en algunos casos, de súper mayorías. Como resultado, para Stearns y Zywicki: “incluso si las leyes resultantes cumplen con la eficiencia de Kaldor Hicks, es decir, implicando que en el total se aumenta el bienestar, los ganadores y perdedores de todos modos se mantienen”⁵⁹.

En este contexto, para algunos el *logrolling* se considera lo opuesto al “bien público” y a un proceso legislativo y de toma de decisiones deliberativo, ya que permite a los grupos de interés presionar para que se legisle directamente a favor de sus intereses especiales o se adjunten beneficios privados (o especiales) a la legislación de interés público, los primeros no teniendo relación alguna con lo segundo. Por lo mismo, a menudo se piensa que el proceso legislativo debiera ser adaptado para minimizar o prevenir el poder de los grupos de interés de adjuntar legislación de puro interés privado, las que pueden tomar una variedad de formas, algunas propias del diseño constitucional o legislativo (sistema bicameral o veto presidencial) y otras poniendo el énfasis en el control que pueda hacer el Poder Judicial (o los Tribunales Constitucionales) a los resultados del proceso legislativo.

Por otro lado, si la política es de hecho un proceso de intercambios, entonces puede que no haya nada intrínsecamente malo con el intercambio de votos. En lugar de ello, las leyes que persiguen el interés público a menudo tendrán efectos distributivos desiguales. No obstante existan aumentos de bienestar, es inevitable que ciertas personas estarán en desventaja incluso por una ley benigna o de interés general. El *logrolling* podría ser simplemente un forma de pagos laterales en compensación a los “perdedores” que quedan tras la adopción de una determinada ley, compensación que sale a partir del superávit de mayor bienestar social creado por la nueva ley. Así como los pagos compensatorios a veces van envueltos en intercambios Pareto superiores –por ejemplo compensar a terceros que sufren externalidades negativas en un contrato privado–, del mismo modo, estos pagos compensatorios pueden surgir en los procesos políticos. Alternativamente, el *logrolling* puede verse como el medio a través del cual los grupos de interés obtienen ventajas a través del proceso político a cambio de permitir que una determinada legislación sea aprobada⁶⁰.

Un ejemplo sencillo permitirá comprender mejor los alcances del *logrolling*. Supongamos que en una determinada cámara hay dos proyectos de ley en discusión. El primero se refiere a materias agrícolas y el segundo a temas ambientales. Supongamos además que hay tres legisladores cuyas utilidades en cada caso pueden verse en el Cuadro 2.

⁵⁹ STEARNS y ZYWICKI (2008) c.1, p. 40.

⁶⁰ Como sostienen STEARNS y ZYWICKI: “En política, así como en el fútbol americano, es generalmente más fácil bloquear que dar un pase. Aquellos grupos que por diversos motivos tienen el poder de evitar la aprobación de una determinada legislación deseada, podrían usar el *logrolling* simplemente como un medio para obtener beneficios legislativos incluso cuando todo el paquete legislativo que se está negociando no imponga costos exclusivamente sobre ellos”. Id.

Cuadro 2

LEGISLADOR	INICIATIVA 1	INICIATIVA 2
Pedro (Ciudad)	-200	-200
Juan (Agricultor)	600	-200
Diego (Ambientalista)	-300	500

Pedro, que vive en la ciudad, no tiene interés en ninguna de las dos iniciativas pues la aprobación de cualquiera de ellas implica una pérdida de 200 U (unidades de bienestar). Por su parte, Juan, que es representante del sector agrícola, promueve la aprobación de la primera iniciativa y el rechazo de la segunda. Lo contrario sucede con Diego que, en su calidad de ambientalista, prefiere la aprobación del segundo proyecto y el rechazo del primero⁶¹. Así las cosas, si se ponen en votación, ambas iniciativas resultarían rechazadas pues ninguna alcanzaría la mayoría necesaria. Sin embargo, Juan y Diego tienen altos incentivos para negociar sus votaciones y de esa forma obtener la aprobación de los dos proyectos ya que, de ser aprobadas, ambos terminarían con beneficios netos. El de Juan sería de 400 U (+600 -200) y el de Diego de 200 (+500 -300). A su vez, aún cuando Pedro disminuiría su bienestar en 400 U, el beneficio neto social es de 200 U (Pedro -400; Juan +400; Diego +200).

En este escenario, la teoría del *public choice* revela que, sin *logrolling*, aquellos que tienen preferencias menos marcadas –midiendo éstas según las ganancias o pérdidas esperadas- son normalmente aquellos que dominan la votación. En cambio, la posibilidad de negociar los votos permite que los representantes puedan transar sus preferencias más débiles a cambio de obtener apoyo en aquellas que son más intensas. En el ejemplo que analizamos, la prohibición de *logrolling* conduce a que la comunidad pierda una oportunidad de aprobar iniciativas eficientes según el criterio de Kaldor-Hicks. Pero, como demuestra Mueller esto no siempre es así pues el *logrolling* “también impone externalidades (pérdidas en utilidades) a aquellos que hubieran tenido un bienestar mayor en un escenario sin transacciones, y, si éstos son una gran cantidad, pueden superar las ganancias de aquellos que transaron, disminuyendo el bienestar neto de la comunidad”⁶². Para entender lo anterior basta suponer que, en el ejemplo dado, la aprobación de cada proyecto disminuye el bienestar de Pedro en 400 U y no en 200 como señalamos. En estas circunstancias, y si se permite el *logrolling*, ambas iniciativas serían igualmente aprobadas pero, esta vez, con un balance negativo para la comunidad desde la perspectiva de la eficiencia. De este modo, Juan y Diego seguirían ganando 400 U pero, dado que Pedro perdería 800, el bienestar social quedaría finalmente en -200 U.

⁶¹ Las ganancias de estos tres legisladores pueden ser, por ejemplo, aumentos o disminuciones en el bienestar de sus electores que, posteriormente, se traducirán en aumento o disminución de los votos que reciba el legislador.

⁶² MUELLER (2003) p. 106.

3.3 Modelo Transaccional: La Mirada de Diversos Autores

Mientras la mirada tradicional al proceso legislativo que se lleva a cabo en el Congreso considera que los legisladores cumplen su mandato proveyendo bienes colectivos que benefician al público en general y negociando solo los detalles; la teoría de la elección pública destaca la ironía de que sean los propios miembros de la sociedad los menos proclives a hacer *lobby* por dichos bienes de interés general. Ya que nadie puede ser excluido de los beneficios de bienes públicos clásicos como defensa o justicia, los individuos no realizarán esfuerzos suficientes por hacer *lobby* respecto a tal legislación, esperando que otros lo hagan en su provecho (*free-riding*)⁶³. Ya que todos caen en este comportamiento, los bienes que proveen beneficios al público en general tienden a ser insuficientes. En otras palabras, mientras todos se benefician de ellos, nadie está dispuesto a asumir los costos para proveerlos.

Alternativamente, sostiene Stearns, hay un fuerte incentivo a hacer *lobby* para bienes que proveen beneficios reducidos y directos a grupos claramente identificables. El fenómeno del free riding no se elimina completamente, pero puede reducirse al excluir a los individuos de los grupos que se benefician de la legislación. El problema aquí es análogo al de los “tramposos” en un cartel. Para evitar tener potenciales beneficiarios de beneficios legislativos que sean “tramposos” al no contribuir a los esfuerzos de *lobby*, los lobbystas de intereses especiales intentarán, en la medida de lo posible, hacer que los beneficios legislativos obtenidos puedan ser divisibles y se pueda excluir. El problema con los incentivos de hacer *lobby* se refleja de igual manera tanto frente a los costos de suministrar bienes colectivos, como a los beneficios que se obtienen. Para bienes públicos que impliquen costos distribuidos, uno esperaría una oposición (*lobby*) débil, y en donde operarían las mismas lógicas de “tramposos” y conductas de *free-riding*. Igual situación se espera respecto de bienes que confieren beneficios distribuidos. En suma, los esfuerzos de *lobby* a favor o en contra de una determinada legislación, se llevarán en proporción al grado de concentración (o no) de los beneficios o los costos⁶⁴.

Para Stearns, el modelo transaccional explica los incentivos que genera la proliferación de una legislación “Pareto inferior” o por qué el proceso legislativo es como el dilema del prisionero⁶⁵, en el cual los grupos de interés son prisioneros, cada uno buscando ganar a las expensas de los demás y con la sociedad como la gran perdedora de todo el proceso. Aunque la legislación clasificada como beneficios concentrados y costos distribuidos no es útil para la sociedad como un todo, tiende a ser ofrecida en exceso⁶⁶. Desde una perspectiva dinámica, para este autor el modelo transaccional trata de explicar como en cada sesión del Congreso, cada parlamentario trata de maximizar su

⁶³ El concepto del free-riding o el free-rider, se asocia al concepto de polizón: aquel que se aprovecha del esfuerzo de los demás y obtener un beneficio, sin contribuir con los costos en que se incurre para obtenerlo.

⁶⁴ Id.

⁶⁵ Es uno de los modelos (matriz) de análisis clásico en Teoría de Juegos. El más simple se da entre dos agentes racionales que deben decidir si actuar o no respecto de un determinado asunto; lo que dependerá del juego del otro. Ambos actores asumen que el otro será racional, esto es, dado el set de opciones elegirá aquella que mejor maximice su utilidad. Dilema del prisionero es tanto género de este tipo de juegos, como especie. En este último caso, se trata de la captura de dos delincuentes, encerrados en celdas separadas e incommunicados, quienes deben decidir cooperar o delatar al otro delincuente, teniendo incertidumbre respecto de que hará el otro, pero asumiendo que maximizará su interés propio. En este resultado, si bien el óptimo es cooperar (y por tanto no denunciar al otro porque el castigo esperado será menor); ambos delatan al otro (equilibrio de Nash); recibiendo ambos el máximo castigo posible.

⁶⁶ STEARNS (1992) p. 400.

propio beneficio participando en intercambios (de votos) que aumentarán la probabilidad de aprobación de la legislación de interés general que el apoya, y también de las indicaciones o proyectos de ley que haya “vendido”. Al mismo tiempo, cada parlamentario busca minimizar la aprobación de aquellas leyes de interés general (o no) y las indicaciones o proyectos a los cuales se opone. Es a través de este continuo y complejo proceso que un gran número de leyes tramitadas en cada sesión del Congreso, de diverso contenido y extensión, toman su forma final⁶⁷.

Para Eskridge y otros, el modelo transaccional nos entrega una mirada un tanto pesimista del mercado político. Por un lado, el sector público tenderá a gastar demasiados recursos en leyes que entregan beneficios concentrados a intereses especiales mientras distribuyen sus costos al público, el cual, generalmente, “no sospechará de nada”⁶⁸. Hay una obvia tendencia al intercambio de votos (*logrolling*) en un régimen de entrega de beneficios específicos con cargo a rentas generales, ya que así los legisladores pueden favorecer a importantes grupos mediante, por ejemplo, subsidios o franquicias tributarias, mientras evaden la responsabilidad por el mayor gasto que resulta. Por otro lado, el sector público tenderá a ofrecer muy poca legislación, o en cantidades sub-óptimas, de aquella que distribuya beneficios generales. Los legisladores a menudo tienen poco interés en dichas leyes, ya que ellos no aseguran votos en la siguiente elección. Pero incluso aunque la ciudadanía apreciara este tipo de legislación, es posible que en muchos casos el Congreso no estuviera al tanto de esta demanda, simplemente por la falta de organización efectiva de los grupos de interés y ciudadanos dado el problema del *free-riding*. Leyes que proveen beneficios distribuidos a través de la imposición de costos concentrados enfrentarán una oposición fuerte y organizada, que tenderá a prevalecer dado el apoyo más bien débil de la política que quiere ser implementada. Algunas de estas leyes, en particular las leyes anti-delinuencia, cuando el combate al crimen es importante para los votantes, pueden producir “dividendos” políticos directos sean lo suficientemente atractivos como para animar a los legisladores a invertir tiempo en estas propuestas, tramitando leyes que tienen primariamente un carácter simbólico”⁶⁹.

Para Stearns y Zywicki, mientras la discusión se expresa en términos del exceso o escasez de oferta de tipos particulares de beneficios legislativos, es importante enfatizar que dichas reclamaciones presuponen algún ideal del tipo de legislación que esperamos sea proveído. En este sentido: “Cualquier línea de base o conjunto de líneas base que uno podría ofrecer para comparar –mayoritarismo, eficiencia, maximización del bienestar, utilitarismo, reducir los beneficios obtenidos por los intereses especiales, u otros- son necesariamente controversiales”⁷⁰. Para los autores, la legislatura, en primer lugar, debe intentar “procurar aquellos bienes y servicios que los privados, actuando por si mismos, tenderán a no proveer como resultado del problema del *free-riding* y del fenómeno del comportamiento estratégico (hold out). Consistente con este enfoque, el modelo Wilson-Hayes revela que los mismos factores que afectan a los privados en el proceso de procurarse bienes públicos tradicionales también se manifiestan dentro del proceso legislativo, donde fenómenos como el *free-riding* y el comportamiento oportunista socavan la eficacia de los esfuerzos de lobby que buscan obtener la

⁶⁷ Id.

⁶⁸ ESKRIDGE JR. y otros (2002) p. 59.

⁶⁹ Id.

⁷⁰ STEARNS y ZYWICKI (2008) c.4, p. 25.

provisión de bienes públicos por la vía legislativa”⁷¹. Por lo tanto, el modelo “nos explica porque existe escasez de provisión del tipo de legislación que motivó la creación de legislatura en primera instancia, a saber, legislación de interés general, aquella que impone costos distribuidos para proveer beneficios distribuidos. Alternativamente, la legislatura es propensa en cierta medida a replicar los incentivos que existen en los mercados privados, alentando el lobby de los intereses particulares y especiales a expensas de la mayor parte de la población. Como resultado de las diversas restricciones estructurales que impiden una rápida tramitación de la legislación, el modelo predice que existen protecciones contra estos grupos particulares y especiales, o al menos grupos lo suficientemente organizados como para protegerse a si mismo de las facciones mayoritarias. Finalmente, cuando los intereses entran directamente en conflicto, el modelo predice la delegación como una solución al problema político, incluso a pesar de que los beneficiarios últimos son los legisladores en lugar de los intereses afectados en el proceso político”⁷².

Aranson, Gelhorn y Robinson, argumentan que hay un sesgo sistemático hacia el crecimiento regulatorio resultante de la preferencia por el riesgo legislativo: “los legisladores, en promedio, preferirían apostar con delegaciones regulatorias cuando se enfrentan con electores con preferencias intensas y conflictivas, más que no proveer legislación o proveer legislación específica que de hecho resuelve los intereses en conflicto. Si los legisladores proveen legislaciones específicas a favor de un grupo, inevitablemente comprometen el apoyo de al menos otro de los grupos en conflicto. Si, al contrario, ellos deciden no legislar, ellos aparecerían como no interesados o empáticos frente a los problemas o cuestiones de dichos grupos, comprometiendo potencialmente el apoyo de ambos grupos”⁷³.

Finalmente, McChesney ha analizado el problema de la extracción de renta⁷⁴. El autor nota que aquellos que estudian la teoría económica de la legislación y la regulación legal, ignoran en gran medida las vías a través de las cuales los políticos obtienen beneficios de sus cargos. McChesney sostiene que los pagos a los políticos (contribuciones de campaña, regalos, empleos después del ejercicio del cargo) a menudo son realizados, no a cambio de favores políticos, sino para evitar consecuencias políticas desfavorables, esto es, como parte de un sistema de extorsión política o “extracción de renta”. “Ya que el Estado, de manera legal, puede (y de hecho lo hace) tomar dinero y otras formas de riqueza de sus ciudadanos, los políticos pueden extorsionar a individuos o grupos privados ofreciendo no expropiar riqueza privada (...) En ese sentido, la extracción de renta –recibir pagos a cambio de no tomar o destruir riqueza privada- es “dinero por nada” en el sentido de la canción”⁷⁵.

⁷¹ Id.

⁷² Id.

⁷³ ARANSON y otros (1982).

⁷⁴ MCCHESENEY (1997).

⁷⁵ Id. pp.2-3. McChesney se refiere a la canción “Money for Nothing” del grupo “Dire Straits”.

IV. CONCLUSIONES: CONSECUENCIAS DE LA TEORÍA TRANSACCIONAL PARA EL DISEÑO CONSTITUCIONAL

Las consecuencias del modelo transaccional no nos debieran llevar a ser pesimistas respecto del proceso político en general y legislativo en particular, pero si, introducir ciertas dosis de un sano escepticismo. En un sistema democrático es imposible erradicar los intereses y el conflicto entre estos. No es que sea un problema necesariamente, esta en el corazón mismo del sistema democrático. *El Federalista*, la famosa obra de Madison, Hamilton y Jay, busca en probablemente uno de sus más importantes ensayos (No. 10), atenuar –y no erradicar por que lo encuentran imposible y contrario a las libertades públicas- lo que ellos denominaron “el problema de las facciones”⁷⁶.

Una primera pregunta en esta materia –dadas las consecuencias del modelo transaccional analizado, que para algunos ius publicistas pudieran ser más bien pesimistas -, dice relación con si acaso es necesario un mayor control judicial respecto de la legislación especial que obtendrían los grupos de interés. Esta pregunta ha sido largamente abordada en el derecho comparado, tanto para constitucionalistas como para los ius publicistas que utilizan el análisis económico del derecho. Para algunos este mayor control es necesario porque que el proceso político tiende a sobre-beneficiar los intereses particulares de determinados grupos de interés en perjuicio del interés social⁷⁷. En este sentido, algunos autores, sostienen que los jueces deberían emplear herramientas de interpretación (estándares o criterios de interpretación judicial) para hacer más difícil la captura por parte de los grupos de interés⁷⁸.

Para otros académicos, este debate se debe abordar desde la perspectiva de la legislación antimonopolio vehículo apropiado para el control judicial de la “captura” de la regulación por parte de los grupos de interés⁷⁹.

⁷⁶ HAMILTON y otros (2001).

⁷⁷ CHERMERINSKY (1989) (argumentando que la susceptibilidad de las ramas que responden políticamente a las presiones de los grupos de interés, socava el argumento de una revisión constitucional más deferente); EPSTEIN (1985) y (1984) (promoviendo una mayor revisión judicial bajo las Cláusulas de Expropiaciones y Contratos para poner freno a la búsqueda de rentas); MASHAW (1980) y (1989) (usa la teoría de los grupos de interés para apoyar su argumento de que la Corte Suprema debiera invalidar la legislación con destino “privado”); SIEGAN (1980) (la teoría de los grupos de interés ayuda a justificar el retorno a la era Lochner de revisión a fondo del debido proceso en la regulación económica); SUNSTEIN (1985) y (1984) (argumentando que se requiere un escrutinio constitucional más riguroso para invalidar la legislación que premia el poder político de los grupos de interés).

⁷⁸ EASTERBROOK (1984) (sosteniendo que muchas legislaciones que dicen tener como objeto el interés público, son realmente producto de los grupos de interés); SUNSTEIN (1989) (aboga por interpretar restrictivamente las leyes que implican transferencias hacia grupos de interés); MACEY (1986) (argumentando que, debido a que los jueces no pueden determinar si una ley beneficia al interés público o solamente a un grupo de interés especial, los tribunales deben interpretar estrictamente todas las leyes que deroguen el derecho común); ESKRIDGE JR. (1988) (apoyando una interpretación restrictiva de los estatutos cuando los beneficios son concentrados y los costos distribuidos, e interpretándolos ampliamente cuando los beneficios son distribuidos y los costos concentrados).

⁷⁹ WILEY (1986) (argumentando que los jueces deben sujetar toda regulación estatal o local de la captura de los productores a la revisión de eficiencia anti-monopolio); PAGE (1981) (promueve la erradicación de la captura regulatoria por parte de los grupos de interés, sometiendo la regulación estatal y local a una doctrina de revisión antimonopolio fuerte (*hard-look*), la cual invalidaría la regulación ineficiente, a menos que la Legislatura estatal expresará claramente su deseo de que desea que la regulación sea anti-competitiva); MINDA (1990) (proponiendo reducir la influencia de los grupos de interés restringiendo la inmunidad frente a la responsabilidad antimonopolio y que los tribunales fiscalicen la captura de las leyes federales por los grupos de interés, invocando de manera liberal la presunción contra excepciones implícitas de la legislación antimonopolio, e incluso invalidando las leyes federales que son el resultado

De todos modos, todas estas posiciones de mayor intervención o revisión judicial han sido fuertemente criticadas tanto porque existe poca evidencia empírica que determine cuanta “captura” existe en realidad en el proceso político, como porque no es claro que el proceso judicial sea más fácil de capturar que el proceso político. En efecto, Elhaug argumenta que los grupos de interés podrían no ser tan influyentes en el proceso político, y que las propuestas para expandir el control judicial sufren de la *falacia de nirvana*, ya que el proceso de adjudicación, como el de regulación, son imperfectos y susceptibles a la influencia de los grupos de interés⁸⁰.

Este último punto es relevante, porque refleja que todas nuestras apuestas respecto de la fortaleza del diseño institucional del Tribunal Constitucional y el “estatuto de garantías” para sus miembros; podrían no ser suficientes frente a estrategias deliberadas de los grupos de interés por ir avanzado en sus posiciones. Para los grupos de interés podría resultarles menos costoso buscar ir consagrando sus intereses especiales a través del litigio judicial y constitucional, que a través del largo, engorroso y controvertido proceso legislativo. Esto además es sintomático respecto de las discusiones sobre derechos económicos y sociales –derechos humanos de segunda generación- y como están siendo resueltas por el Tribunal⁸¹. Por supuesto, este análisis también tiene implicancias desde el punto de vista de nuestra construcción institucional respecto de la legitimidad de un control jurídico de la constitucionalidad de la legislación.

Por otra parte, en nuestro país, el Tribunal Constitucional pasa a ser un nuevo actor en el proceso de formación de ley, al menos respecto de aquellas leyes en que la Constitución exige el control preventivo de constitucionalidad. En concreto, nuestra Constitución dispone que aquellos proyectos que contengan normas de rango orgánico constitucional o interpretativas de la Constitución, están sometidas al control automático por parte del Tribunal. Adicionalmente, un cuarto de los integrantes del Senado o de la Cámara de Diputados pueden requerir al Tribunal Constitucional su pronunciamiento respecto de una ley o proyecto de ley que consideren inconstitucional⁸².

Como puede apreciarse, en este contexto, la presión de los grupos de interés, además de las dos cámaras del Congreso y el Presidente de la República (en sus diversas facultades legislativas: desde la iniciativa exclusiva en algunas materias como el veto presidencial al final del proceso), también debe considerar el rol del Tribunal Constitucional y el rol que este puede jugar en la reducción (o disuadir) del papel de los grupos de interés.

En este contexto, cabe preguntarse si es posible que el TC chileno juegue un mayor rol al ejercer el control preventivo de legislación especial. Consideramos que más allá de elaborar criterios para definir cuándo estamos frente a una legislación de claro interés privado y cuándo de interés público –cuestión de por sí bastante discutible- se hace necesario que el TC establezca por la vía jurisprudencial definiciones claras de

de la captura por el productor y que se encuentren en conflicto con la política federal antimonopolios); ROBINSON (1988) (argumentando que el Congreso se comporta de manera estratégica al agregar distintas leyes como paquetes, lo que se asemeja a la venta atada, para así evadir el veto presidencial).

⁸⁰ ELHAUGE (1991).

⁸¹ Ver por ejemplo el fallo “Isapre”, que sin lugar a dudas, será estudio de caso para ir avanzado en la consagración vía TC de los derechos sociales. STC Rol N° 976-07 respecto de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que buscó impugnar la constitucionalidad del artículo 38 ter de denominada Ley de Isapres (Ley 18.933), donde se regulan las alzas de precios para los afiliados. El Tribunal declaró que en el caso concreto el alza de precios era inconstitucional pues vulneraba el derecho a la salud consagrada en el artículo 19 N° 9 de la Carta Fundamental.

⁸² Artículo 93, N° 1 y 3, Constitución Política de la República.

conceptos como bien común, interés general, utilidad pública o discriminación arbitraria (conceptos jurídicos indeterminados). Al mismo tiempo, es recomendable que el TC empiece a elaborar ciertos estándares que permitan una aproximación más cierta al análisis constitucional que realiza. De esta forma será posible dilucidar en qué circunstancias se augura un escrutinio más riguroso de un proyecto o de una ley y en cuales el TC será más deferente al trabajo del Congreso⁸³. Ello podría depender, entre otras cosas, en si el proyecto aprobado tiene o no carácter de legislación especial.

De este modo, desarrollando una metodología de análisis para enfrentar ciertas regulaciones que afectan derechos individuales se envía una poderosa señal para el legislador respecto de los beneficios o gravámenes tolerables que puede imponer a los individuos o grupos de individuos.

Una segunda mirada a las consecuencias, distinta, respecto del modelo transaccional del proceso legislativo, consiste en analizar cómo nuestro diseño constitucional, y por tanto, el diseño del proceso legislativo vinculado a este, genera determinados incentivos a oferentes y demandantes en la producción de leyes. En efecto, nuestro diseño institucional al contemplar un sistema bicameral, un fuerte rol del Ejecutivo en el proceso legislativo (en aspectos como el veto, urgencias e indicaciones), reglas de quórum o supermayoritarias en algunos ámbitos, posibilidad de delegación, reserva legal y el respeto a las ideas matrices, entre otros; generan incertidumbre en el proceso de influencia y captura sobre el Congreso. Ello no impide la captura, pero la hace más costosa. Si bien el detalle de este análisis será presentado en un trabajo futuro y complementario a este, esbozaremos algunas ideas.

Una primera cortapisa la encontramos en el sistema bicameral. La existencia de una Cámara de Diputados y de un Senado dificulta la acción de los grupos de interés al aumentar las barreras que debe superar una legislación para entrar en vigencia. No basta conseguir el apoyo de un número de diputados sino que también se hace necesario sumar a la iniciativa a los senadores. Además ambas cámaras representan intereses que han sido agregados de manera diferente, lo que implica una cortapisa adicional.

Un segundo mecanismo lo encontramos en poderoso rol que juega el Ejecutivo en el proceso legislativo, en materias como urgencias o materias de iniciativa exclusiva. Esto último es relevante sobre todo en materias económicas (proyectos de ley que impliquen gasto), porque disminuye la posibilidad de que los parlamentarios puedan de manera libre disponer de subsidios o impuesto. Sin embargo, ello si bien es formalmente una garantía constitucional, en la práctica dependerá de la correlación de fuerzas existente entre el Gobierno de turno y la mayoría parlamentaria. En caso de alineación es más fácil conseguir indirecta o soterradamente el apoyo del Gobierno. Pero hay también un segundo aspecto que considerar: se pueden establecer otro tipo de beneficios que aparentemente no son económicos pero si lo son en su esencia: regulaciones a través de las cuales se beneficia a un determinado competidor o se perjudica a otros.

Un tercer mecanismo, estrechamente vinculado con lo anterior, dice relación con el veto presidencial a un proyecto de ley. Por un lado, permite que el Ejecutivo sea una de las partes negociadoras y, en la misma línea, exige que para obtener la aprobación de una ley el Ejecutivo no esté en contra. Lo que suena obvio, tiene efectos fundamentales

⁸³ La jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos nos ofrece numerosos de estos test que han sido desarrollados en casos emblemáticos.

desde el punto de vista de los grupos de interés. Los costos de transacción para llegar a un acuerdo suben enormemente: ya no es sólo necesario contar con los votos de dos ramas del Congreso, sino que se debe incluir un nuevo actor, el que cuenta con dinámicas, incentivos y una agenda distinta. Además, el veto fragiliza y genera incertidumbre respecto del acuerdo alcanzado en el Congreso.

Lo anterior implica que el veto eleva los costos de lograr acuerdos entre los grupos de interés y parlamentarios, más allá de lo beneficioso que resultara para ambos una determinada legislación. Con todo, no debemos por ello pensar que el Presidente sí actuará pensando en el interés general del país: el veto también sirve para derribar una legislación de interés general pero que tiene como efecto indirecto generarle daño o costos a quien ocupa el Poder Ejecutivo. A contrario sensu, efectivamente el Presidente tiene un arma poderosa para poder derribar los acuerdos de mero interés especial que han sido generados entre parlamentarios y grupos de interés, cuando crea que está en juego el interés general de la nación.

Finalmente, una vez aprobado un proyecto de ley por el Congreso Nacional, y superado el análisis que del mismo hace el Presidente de la República para efectos del veto, nuestra institucionalidad incorpora un nuevo actor: el Tribunal Constitucional. La Constitución dispone que aquellos proyectos que contengan normas de rango orgánico constitucional o interpretativas de la Constitución, están sometidas al control automático por parte del Tribunal. Adicionalmente, un cuarto de los integrantes del Senado o de la Cámara de Diputados pueden requerir al Tribunal Constitucional su pronunciamiento respecto de una ley o proyecto de ley que consideren inconstitucional.

Como puede apreciarse, en este contexto, la presión de los grupos de interés se diluye en diversos actores. No basta con capturar una de las cámaras pues la otra o el propio Presidente de la República podrían introducir modificaciones a la ley en cuestión que deshagan lo hecho por la cámara capturada. También el Tribunal Constitucional podría intervenir en ciertos casos para eliminar aquellos aspectos de la ley que considere inconstitucionales. En consecuencia, el marco institucional que se ha analizado someramente es un factor adicional que disminuye la preponderancia de los grupos de interés. Hemos dejado de lado además otro tipo de mecanismos que intervienen en este proceso, por ejemplo los diferentes quorums (sobre todo aquellos que buscan súper mayorías para tomar determinadas decisiones), la posibilidad de delegación (D.F.L), la relación ley-potestad reglamentaria, entre otros.

Así las cosas, nuestro diseño institucional al contemplar todos estos mecanismos, generan incertidumbre en el proceso de influencia y captura sobre el Congreso. Ello no impide la captura, pero la hace más costosa. Lo relevante en esta materia es buscar profundizar en este tipo de cuestiones institucionales y en general, en la idea de generar mayor competencia entre los grupos de interés; alternativas que pudieran ser más eficaces y generar menos distorsiones que algunas de las legislaciones que Chile está aprobando en esta materia.

Por supuesto, el análisis económico no pretende analizar todos y cada uno de los aspectos, pero ha demostrado ser capaz de entregar herramientas y metodologías bastante útiles. No queremos dar una explicación última y definitiva del proceso legislativo –siempre se podrán invocar excepciones- pero creemos que descartar por completo este análisis también es un error. Esta aproximación nos ayudará a entender

las fuerzas que hay, por ejemplo, tras la búsqueda de votos (logrolling) para aprobar el financiamiento del Transantiago a cambio de entregar determinados beneficios a la región del senador cuyo voto es decisivo para la aprobación del proyecto. Asimismo nos permitirá entender por qué y cómo ciertas industrias, sindicatos o gremios buscan obtener legislación que les entregue subsidios, franquicias tributarias o barreras a la entrada.

BIBLIOGRAFÍA

- ARANSON, Peter H., Ernest GELHORN y Glen O. ROBINSON (1982): "A Theory of Legislative Delegation", 68 *Cornell Law Review*, pp. 1-34
- ARROW, Kenneth (1951): *Social Choice and Individual Values* (New York: Wiley and Sons) 310 p.
- BARANDARIÁN, Edgardo (2001): "La regulación de los derechos fundamentales" 28 (2) *Revista Chilena de Derecho*, pp. 363-394.
- BECKER, Gary (1983): "A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence" 98 *Quarterly Journal of Economics*, pp. 371-398.
(1986): "The Economic Approach to Human Behavior," en Jon Elster (ed.): *Rational Choice* (New York: New York University Press) 326 p.
- BLACK, Duncan (1958): *The Theory of Committees and Elections* (Cambridge: Cambridge University Press) 287 p.
- BRUFF, Harold (1984): "Legislative Formality, Administrative Rationality", 63 *Texas Law Review*, pp. 207-237.
- BUCHANAN, James M. (1975): *The Limits of Liberty* (Chicago: The University of Chicago Press) 387 p.
(2000) *The Collected Works of James Buchanan: Volume 13, Politics as Public Choice*, (Indianapolis: Liberty Fund) 365 p.
- BUCHANAN, James M. y Gordon TULLOCK (1962): *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy* (Ann Arbor: University of Michigan Press) 247 p.
- BUCHANAN, James M. y Robert D. TOLLISON (1972): *Theory of Public Choice: Political Applications of Economics* (Ann Arbor: The University of Michigan Press) 356 p.
- BULLARD, Alfredo (2006): *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales* (Lima: Palestra) 850 p.
- CALABRESI, Guido (1991): "The Pointless of Pareto: Carrying Coase Further", 100 *Yale Law Journal*, pp. 1211-1245
- CHEMERINSKY, Erwin (1989): "The Supreme Court, 1988 Term-Foreword: The Vanishing Constitution", 103 *Harvard Law Review*, pp. 43-87.
- COOTER, Robert D. (2000): *The Strategic Constitution* (New Jersey: Princeton University Press) 423 p.
- DEBOW, Michael y Dwight LEE (1988): "Understanding (and Misunderstanding) Public Choice: A Response to Farber and Frickey", 66 *Texas Law Review*, pp. 93-112
- DELAVEAU, Rodrigo (2006): "La regulación expropiatoria en la jurisprudencia norteamericana" 33 (3) *Revista Chilena de Derecho*, pp. 411-432.
- DOWNS, Anthony (1957): *An Economic Theory of Democracy* (New York: Harper and Row) 290 p.
- EASTERBROOK, Frank H. (1982): "Ways of Criticizing the Court", 95 *Harvard Law Review*, pp. 802-847.
(1983): "Statute's Domain", 50 *University of Chicago Law Review*, pp. 553-602.
(1984): "Foreword: The Court and the Economic System", 98 *Harvard Law Review*, pp. 4-48.
- ELHAUGE, Einer (1991): "Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?", 101 *Yale Law Journal*, pp. 31-75
- ELSTER, Jon (1986): "Introduction" en Jon Elster (ed.), *Rational Choice, Readings in Social and Political Theory* (New York: New York University Press) 326 p.
- EPSTEIN, Richard A. (1984): "Toward a Revitalization of the Contract Clause", 51 *University of Chicago Law Review*, pp. 703-745.
(1985): *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain* (Cambridge: Harvard University Press) 306 p.
- ESKRIDGE JR., William N. (1988): "Politics Without Romance: Implications of Public Choice Theory for Statutory Interpretation", 74 *Virginia Law Review*, pp. 275-310.

- ESKRIDGE JR., William N., Philip P. FRIKEY, y Elizabeth GARRET (2002): *Legislation: Statutes and the creation of Public Policy* (Minnesota: Thomson-West) 687 p.
- FARBER, Daniel A. (Ed.) (2007): *Public Choice and Public Law* (Economic approaches to Law No.6) (Massachusetts, E.Elgar) 408 p.
- FARBER, Daniel A. y Philip P. FRICKEY (1987): "The Jurisprudence of Public Choice", 65 *Texas Law Review*, pp. 873-905.
- (1988a): "Integrating Public Choice and Public Law: A Reply to DeBow and Lee", 66 *Texas Law Review*, pp. 1013-1038.
- (1988b): "Legislative Intent and Public Choice", 74 *Virginia Law Review*, pp. 423-463
- (1991): *Law and Public Choice: A Critical Introduction* (Chicago: The University of Chicago Press) 356 p.
- FERNANDOIS, Arturo (2006, 2°ed): *Derecho Constitucional Económico: Garantías Económicas, Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago: Universidad Católica) 333 p.
- FIORINA, Morris P. (1974): "Representatives, Roll Calls, and Constituencies" (New York: Lexington) 321 p.
- FLEURBAEY, Marc, Bertil TUNGODDEN y Howard CHANG (2003): "Any Non-welfarist Method of Policy Assesment Violates the Pareto Principle: A Comment", 111 *Journal of Political Economy*, pp. 1382-1404.
- GARCÍA, José Francisco (2008): "Modelos de regulación del lobby en el derecho comparado" 35 (1) *Revista Chilena de Derecho*, pp. 107-134.
- GINSBURG, Tom (2002): "Ways of Criticizing Public Choice: The Uses of Empiricism and Theory in Legal Scholarship", 4 *University of Illinois Law Review*, pp. 1139-1178.
- JOHNSON, David B. (1991): *Public Choice: An Introduction to the New Political Economy* (California: Bristlecone) 354 p.
- HALPER, Louise A. (1993): "Parables of Exchange: Foundations of Public Choice Theory and the Market Formalism of James Buchanan" 2 *Cornell Journal of Law and Public Policy*, pp. 230-265.
- HAMILTON, Alexander, James MADISON y Jon JAY (2001): *El Federalista* (D.F: Fondo de Cultura Económica) 430 p.
- HAYES, Michael T. (1981): *Lobbyists and Legislators: A Theory of Political Markets* (New Brunswick: Rutgers University Press) 276 p.
- HEINZERLING, Lisa y Mark TUSHNET (2006): *The Regulatory and Administrative State, Materials, Cases, Comments.* (Oxford University Press) 356 p.
- KAPLOW, Louis y Steven M. SHAVELL (2001): "Any Non-welfarist Methods of Policy Assesment Violates the Pareto Principle", 109 *Journal of Political Economy*, pp. 281-303.
- KELMAN, Mark (1988): "On Democracy-Bashing: A Skeptical Look at the Theoretical and "Empirical" Practice of the Public Choice Movement", 74 *Virginia Law Review*, pp. 199-234.
- KORNHAUSER, Lewis (1989): "An Economic Perspective on Stare Decisis", 65 *Chicago-Kent Law Review*, pp. 63-101.
- KORNHAUSER, Lewis A. and Lawrence G. SAWYER (1986): "Unpacking the Court", 96 *Yale Law Journal*, pp. 82-114.
- LANDES, William M. y Richard A. POSNER (1975): "The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective", 18 *Journal of Law and Economics*, pp. 875-914.
- LEVMORE, Saul (1989): "Parliamentary Law, Majority Decision Making and the Voting Paradox," 75 *Virginia Law Review*, pp. 971-1003.
- (1992): "Bicameralism: When Are Two Decisions Better Than One?", 12 *International Review of Law and Economics*, pp. 145-198.
- (2000) "Voting Whit Intensity", 53 *Stanford Law Review*, pp. 111-145.
- MACEY, Jonathan R. (1986): "Promoting Public Regarding Legislation Through Statutory Interpretation: An Interest Group Model", 86 *Columbia Law Review*, pp. 223-256.
- (1989): "The Internal and External Costs and Benefits of Stare Decisis", 65 *Chicago-Kent Law Review*, pp. 93-123.
- MASHAW, Jerry L. (1980): "Constitutional Deregulation: Notes Toward a Public, Public Law", 54 *Tulane Law Review*, pp. 849-896

- (1985): "Prodelegation: Why Administrators Should Make Political Decisions", 1 *Journal of Law, Economics and Organization*, pp. 81-121.
- (1989): "The Economics of Politics and the Understanding of Public Law," 65 *Chicago Kent Law Review*, pp. 123-161.
- MAYHEW, David R. (1974): *Congress: The electoral connection* (New Haven: Yale University Press) 354 p.
 - MCCHESENEY, Fred (1997): *Money for Nothing: Politicians, Rent Extraction, and Extortion* (Cambridge: Harvard University Press) 415 p.
 - MCNOLLGAST (1994): "Legislative Intent: The Use of Positive Political Theory in Statutory Interpretation", 57 *Law and Contemporary Problems*, pp. 3-43.
 - (1999): "The Political Origins of the Administrative Procedure Act", 15 *Journal of Law, Economics, and Organization*, pp. 81-111.
 - MERCURO Nicholas y Steven G. MEDEMA (2006, 2ed.): *Economics and the Law* (New Jersey: Princeton University Press) 383 p.
 - MINDA, Gary (1990): "Interest Group, Political Freedom and Antitrust", 41 *Hastings Law Journal*, pp. 905-938.
 - MIKVA, Abner (1988): "Foreword to Symposium on the Theory of Public Choice", 74 *Virginia Law Review*, pp. 167-198.
 - MONTT, Santiago (2004): "Balmaceda y la Nitrate Railways Company: La primera gran controversia regulatoria en Chile y su impacto en la Guerra Civil de 1891" 13 *Revista de Derecho Administrativo Económico*, pp. 65-98.
 - MUELLER, Dennis (1996): *Constitutional Democracy* (Oxford: Oxford University Press) 386 p.
 - (1997): *Perspectives on Public Choice: A Handbook* (Cambridge: Cambridge University Press) 389 p.
 - (2003): *Public Choice III* (Cambridge: Cambridge University Press) 567 p.
 - NISKANEN, William A. (1971): *Bureaucracy and Representative Government* (Chicago: Aldine, Atherton) 356 p.
 - NORTH, Douglas C (1994): "Economic Performance Through Time," 84 *American Economic Review*, pp. 359-378
 - O'HARA, Erin (1993): "Toward a Game Theoretic Analysis of Stare Decisis", 24 *Seton Hall Law Review*, pp. 736-790
 - OLSON, Mancur (1965): *The Logic of Collective Action* (Cambridge: Harvard University Press) 298 p.
 - PAGE, William H. (1981): "Antitrust, Federalism, and the Regulatory Process", 61 *Boston University Law Review*, pp. 1099-1137
 - PEACOCK, Alan (1992): *Public Choice Analysis in Historical Perspective* (Cambridge: Cambridge University Press) 405 p.
 - POSNER, Richard A. (1986): "Legal Formalism, Legal Realism and the interpretation of Statutes and the Constitutions", 37 *Case Western Reserve Law Review*, pp.179-202.
 - (1993): "What Do Judges Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)", 3 *Supreme Court Economic Review*, pp. 1-48.
 - PRIEST, George L. (1977): "The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules", 6 *Journal of Legal Studies*, pp. 65-103.
 - RICKER, William H. (1962): *The Theory of Political Coalitions* (New Haven: Yale University Press) 278 p.
 - RICKER, William y Steven BRAMS (1973): "The Paradox of Vote Trading", 67 *American Political Science Review*, pp. 1235-1278
 - ROBINSON, Glen O. (1988): "Public Choice Speculations on the Item Veto", 74 *Virginia Law Review*, pp. 408-456.
 - ROMERO, Juan José (2008): "Cambio en la regulación eléctrica y estabilidad en los contratos: ¿Cuándo una limitación se transforma en privación? ¿Cuándo compensar?" *Sentencias Destacadas 2007* (Santiago: Libertad y Desarrollo) pp.19-60.
 - RUBIN, Paul (1977): "Why is the Common Law Efficient?", 6 *Journal of Legal Studies*, pp. 51-96.

- SHEPSLE, Kenneth A. (1992): “Congress is a ‘They’ No an ‘It’: Legislative Intent as Oxymoron”, 12 *International Review of Law and Economics*, pp. 239-290.
- SHEPSLE, Kenneth A. y Barry R. WEINGAST (1981) “Structure-induced equilibrium and legislative choice”, 37 *Public Choice*, pp. 503-531.
- (1987): “The Institutional Foundations of Committee Power”, 81 *American Political Science Review*, pp. 85-111.
- SIEGAN, Bernard H. (1980): “*Economic Liberties and the Constitution*” (Chicago: The University of Chicago Press) 346 p.
- SILVA, Ernesto (2008): “Introducción a la Economía Política Constitucional”, 18 *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, pp. 189-204.
- SMITH, Adam (2000) *La Riqueza de las Naciones* (México D.F: Fondo de Cultura Económica) 916 p.
- SOTO, Sebastián (2007): “Las Comisiones Mixtas en las Reformas Constitucionales: Efectos de la Reforma al Artículo 127 de la Constitución” *XXXVII Jornadas de Derecho Público*, Universidad Católica de Valparaíso (inédito).
- STEARNS, Maxwell L. (1992): “The Public Choice Case Against the Item Veto”, 49 *Washington and Lee Law Review*, pp. 385-412.
- (1997): *Public Choice and Public Law* (Cincinnati: Anderson) 876 p.
- STEARNS, Maxwell L. y Todd ZYWICKI (2008): *Public Choice concepts and Applications in Law* (Inédito)
- SUNSTEIN, Cass R. (1984): “Naked Preferences and the Constitution”, 84 *Columbia Law Review*, pp.1689-1714.
- (1985): “Interest Groups in American Public Law”, 38 *Stanford Law Review*, pp. 29-67.
- (1989): “Interpreting Statutes in the Regulatory State”, 103 *Harvard Law Review*, pp. 405-451.
- TOLLISON, Robert D. (1988): “Public Choice and Legislation,” 74 *Virginia Law Review*, pp. 339-382.
- TULLOCK, Gordon (1967): “The General Irrelevance of the General Impossibility Theorem”, 81 *Quarterly Journal of Economics*, pp. 256-298.
- (1981): “Why so Much Stability”, 37 *Public Choice*, pp. 189-210.
- (2004): “Public Choice,” en Charles K. Rowley (ed.): *The Selected Works of Gordon Tullock, Vol.1: Virginia Political Economy* (Indianapolis, Liberty Fund). 345 p.
- ULEN, Thomas S. (1999): “Rational Choice Theory in Law and Economics,” *Encyclopedia of Law and Economics on line*, Paper N°710. Disponible en línea en: <http://encyclo.findlaw.com/0710book.pdf> (fecha de consulta: 20 de diciembre de 2007).
- VANBERG, Victor J. (1994): *Rules and Choices in Economics* (New York: Routledge) 566 p.
- VAN DEN HAUWE, Ludwig (1999): “Public Choice, Constitutional Political Economy and Law and Economics,” *Encyclopedia of Law and Economics on line*, Paper No. 610. Disponible en línea en: <http://encyclo.findlaw.com/0610book.pdf> (fecha de consulta: 20 de diciembre de 2007).
- WILEY, Jr., John S. (1986): “A Capture Theory of Antitrust Federalism”, 99 *Harvard Law Review*, pp. 713-745.
- WILSON, James Q. (1973): *Political Organizations* (New Jersey: Princeton University Press) 456 p.

Facultad de Gobierno

Campus San Carlos de Apoquindo, Av. La Plaza 700, Las Condes.
Teléfono: 2999 314 - Correo electrónico: facultad.gobierno@udd.cl
Sitio web: www.udd.cl/cpp
