

## **UC Berkeley**

### **Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers**

#### **Title**

La Constitución chilena y los grupos de interés: una mirada desde el análisis económico del derecho público

#### **Permalink**

<https://escholarship.org/uc/item/6s77j5vx>

#### **Authors**

García García, José Francisco  
Soto Velasco, Sebastián

#### **Publication Date**

2009-05-27

## LA CONSTITUCIÓN CHILENA Y LOS GRUPOS DE INTERÉS: UNA MIRADA DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO PÚBLICO

*José Francisco García García\**  
*Sebastián Soto Velasco\*\**

Resumen: El presente documento tiene por objeto analizar el proceso legislativo y el rol que cumple en éste la acción de los grupos de interés desde la perspectiva del análisis económico del derecho público. Para los autores es discutible que el único enfoque a la hora de abordar la acción de estos grupos sea la regulación especial, de las cuales la regulación del financiamiento de la política y del lobby son buenos ejemplos. En cambio, proponen mirar el diseño constitucional y el del proceso legislativo chileno, en particular las cortapisas que nuestra institucionalidad ha establecido para hacer más difícil el proceso de captura a los parlamentarios y más costoso conseguir aquellos acuerdos de mero beneficio especial o privado, o en donde no se considere el interés público o no se busque la provisión de bienes públicos. Así, se propone una teoría económica de la Constitución, que busca explicar la racionalidad de instituciones y mecanismos como el sistema bicameral, el veto presidencial, la delegación al Ejecutivo y la reserva legal, el respeto a las ideas matrices, la iniciativa exclusiva, la existencia de distintos tipos de quorums, el control jurídico de la constitucionalidad de las leyes por parte del Tribunal Constitucional, entre otros.

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

Abstract: The paper develops an economic theory of the Chilean Constitution and the legislative process, and the role that play interest groups in the later. For the authors is not clear that the only approach when analyzing interest group politics consists, inevitably, in establishing statutory regulations, like campaign finance laws and lobbying regulation. To the contrary, this paper suggests that the Chilean Constitution and the design of the legislative process should be considered more seriously. Different constitutional principles, institutions and mechanisms are established in the Chilean constitutional design that raises the costs of capturing the State and Congress. Thus, the authors propose an economic theory of the Chilean constitution and analyze different topics such as the bicameral system, executive veto, delegation of legislative powers to the Executive and the legal reserve clause, the respect for the matrix ideas of a legislative proposal, quorums, judicial review of legislation by the Constitutional Court, among others.

Keywords: legislative process, constitution, Chilean constitution, constitutional law, law and economics, public choice

JEL classification: K10

---

\* Abogado. Licenciado en Derecho, P. Universidad Católica de Chile. (LL.M) Master, Doctorando en Derecho (JSD) y John M. Olin scholar in Law and Economics 2007-2009, Universidad de Chicago. Profesor e Investigador de la Facultad de Derecho, U. del Desarrollo. Av. La Plaza 700, San Carlos de Apoquindo, Las Condes, Santiago, Chile. Tel: 56-2-3279197. E-mail: [jfgarcia@udd.cl](mailto:jfgarcia@udd.cl)

\*\* Abogado. Licenciado en Derecho y profesor Facultad de Derecho, P. Universidad Católica de Chile. (LL.M) Master en Derecho, Universidad de Columbia. Director del Programa Legislativo de Libertad y Desarrollo. Alcántara 498, Las Condes, Santiago, Chile. Tel: 56-2-3774800. E-mail: [ssoto@lyd.org](mailto:ssoto@lyd.org)

“Caballeros, no confío en ustedes”.  
Gunning Bedford de Delaware  
(Convención Federal de 1787)<sup>1</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

La acción de los grupos de interés y la vinculación que éstos tienen con legisladores y autoridades públicas es un tema que ha motivado diversas respuestas en Chile y en el mundo. En nuestro país, algunas de ellas son leyes vigentes desde hace años<sup>2</sup> y otras están a un paso de serlo<sup>3</sup>. Éstas y otras regulaciones similares suelen ser consideradas por diversos sectores de la sociedad como medidas fundamentales para el perfeccionamiento de la democracia y, desde una mirada más profunda aunque mal enfocada desde nuestra perspectiva, antídoto contra la “excesiva” influencia de los grupos de interés en el proceso político.

Sin embargo, no puede desconocerse la existencia de grupos que buscan influenciar las decisiones de la autoridad. De hecho, el conflicto de fondo, esto es, la lucha de diversos intereses, está en el corazón mismo de un sistema democrático. ¿Puede pensarse la política en forma independiente de los intereses? ¿Puede una democracia existir sin grupos de interés tratando de influir en el debate público? ¿Es posible la competencia política sin conflictos de intereses? Estas preguntas envuelven en sí resoluciones legislativas que están conectadas a definiciones sobre derechos y distintas concepciones de la política.

El presente documento pretende avanzar en algunas respuestas a estas preguntas. En primer lugar, busca introducir la mirada del análisis económico del derecho público o la aplicación del *Public Choice* o Teoría de la Elección Pública al derecho<sup>4</sup>; para analizar el diseño constitucional y la potencial acción de los grupos de interés en el proceso legislativo. El uso de este enfoque basado en el análisis económico de las reglas e instituciones legales –su racionalidad, eficiencia e incentivos en los individuos e instituciones públicas– es una nueva mirada que el mundo del derecho público chileno está recién empezando a conocer<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Reproducido en Buchanan y Tullock (1962: 42)

<sup>2</sup> Ley 19.884, sobre Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral.

<sup>3</sup> Proyecto de ley que Regula el Lobby. Boletín 3407-07.

<sup>4</sup> 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 legislador, [Easterbrook (1983), Posner (1986), Eskridge (1988), Shepsle (1992), McNollgast (1994), Macey (1986) y Farber y Frickey (1988)], *stare decisis* [O’Hara (1993), Kornhauser (1989) y Macey (1989)], cortes federales [Easterbrook (1982) y Kornhauser y Sawyer (1986)], delegación administrativa [Aranson y otros (1982), Mashaw (1985) y McNollgast (1999)], veto presidencial en el proceso legislativo [Stearns (1992) y Robinson (1988)], sistema bicameral [Levmore (1992)], entre otras áreas.

<sup>5</sup> Autores del mundo del derecho público que han tocado algunos aspectos de esta Escuela o se han referido tangencialmente a esta: Barandarián (2001), Montt (2004), Fernandois (2006), Delaveau (2006a), Soto (2007), García (2008), Romero (2008) y Silva (2008).

Una segunda aspiración de este documento dice relación con discutir acerca de la mejor manera de abordar la influencia de los grupos de interés en el proceso legislativo. Como se verá, en nuestra Constitución y proceso legislativo encontramos 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. En efecto, nuestro diseño institucional genera algún grado de incertidumbre en el proceso de captura del Congreso al contemplar un sistema bicameral, un fuerte rol del Ejecutivo en el proceso legislativo, reglas supermayoritarias en algunos ámbitos, posibilidad de delegación restringida, exigencia de respetar las ideas matrices, etc. Todo esto no impide la captura, pero la hace más costosa. Por eso lo relevante será detenerse en algunas instituciones y analizarlas desde esta perspectiva.

Para esto, el siguiente capítulo hace una revisión general de la teoría de la elección pública; el tercero, analiza el modelo transaccional del proceso legislativo, y el cuarto se detiene en el diseño constitucional y legislativo de nuestro país enfocándose en los mayores costos de transacción (y captura) que éste genera, tanto desde el punto de vista de los grupos de interés como de los parlamentarios. De este modo, se pretende hacer un aporte al análisis de instituciones de nuestra democracia desde la perspectiva de la teoría de la elección pública y el derecho, para así contribuir al estudio de la acción de los grupos de interés en Chile.

## II. LA POLÍTICA SIN ROMANCE

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”<sup>6</sup>, definición compartida por diversos autores<sup>7</sup>. Para Mercurio y Medema, desde la perspectiva del análisis económico del derecho, “constituye una mirada (...) 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*)”<sup>8</sup>.

Desde una perspectiva histórica y mirando la evolución de esta corriente de análisis, diversos autores<sup>9</sup> 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<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> Mueller (2003:1)

<sup>7</sup> Véase por ejemplo a Johnson (1991) p. 12, Tullock (2004) p. 16, Stearns (1997) p. xvii, Farber (2007) p. ix, Farber y Frickey (1991) p. 7 y Mashaw (1989) p. 124.

<sup>8</sup> Mercurio y Medema (2006: 156)

<sup>9</sup> Tullock (2004: 16), Tollison (1988), Levmore (1989), Peacock (1992), Mueller (1997) y Buchanan (2000).

<sup>10</sup> Desde una perspectiva moderna, encontramos los trabajos de 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; Arrow (1951): evaluando instituciones bajo la regla de mayoría en un escenario de bienestar social; Downs (1957): 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; Ricker (1962): donde postula y ofrece evidencia para su principio de la coalición mínima ganadora, que es aquella que es mayoría y gana mientras no pierda a ninguno de sus actuales miembros; y Niskanen (1971): quien desarrolla una teoría

Sin embargo, el trabajo de Buchanan y Tullock, “*El Cálculo del consenso*” (1962)<sup>11</sup>, es probablemente la obra que por sus sistematicidad y consistencia, puede ser considerada la base fundacional del *Public Choice* moderno<sup>12</sup>. En este sentido, para algunos autores, Buchanan y Tullock llevaron a la práctica las ideas de Wicksell 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”<sup>13</sup>. 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 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 implica<sup>14</sup>.

Desde una perspectiva analítica, hay dos postulados básicos que deben ser considerados: racionalidad de los individuos (teoría de la elección racional)<sup>15</sup> e individualismo metodológico<sup>16</sup>. En este sentido, para Becker, “todo comportamiento humano puede considerarse bajo el prisma de que los actores involucrados buscan maximizar su utilidad

---

económica del comportamiento burocrático y sugiere el dominio de las agencias sobre la legislatura en el proceso presupuestario.

<sup>11</sup> Buchanan y Tullock (1962).

<sup>12</sup> Para Van den Heuwe (1999: 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 presentársele 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.

<sup>13</sup> Mercurio y Medema (2006: 160).

<sup>14</sup> Stearns (1997: 409).

<sup>15</sup> Para Downs (1957:6): “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”.

<sup>16</sup> Buchanan y Tullock (1962: 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”.

sobre la base de un conjunto estable de preferencias, una cantidad óptima de información y otros insumos, en una gran variedad de mercados”<sup>17</sup>.

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, descansan sus modelos en la suposición, aparentemente sencilla, de la racionalidad individual. 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”<sup>18</sup>.

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, etc<sup>19</sup>.

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

---

<sup>17</sup> Más aún, para Becker (1986: 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”.

<sup>18</sup> Stearns and Zywicki (2008: ch1: 11-12).

<sup>19</sup> 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 deseas, 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: 17). Para Downs “prácticamente toda la teoría económica se basa en esta premisa (la teoría del interés propio)” (1957: 22).

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)<sup>20</sup>. En segundo lugar, las *instituciones* y el *diseño institucional* son fundamentales, porque afectan los incentivos y las restricciones de los actores del proceso político<sup>21</sup>. Finalmente, es relevante el concepto de *eficiencia*, donde existen dos criterios que han sido utilizados tradicionalmente en este ámbito: *Pareto* y *Kaldor-Hicks*. Analicemos un poco más este punto.

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 condiciones.

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 (o modificación constitucional o regulación) 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

---

<sup>20</sup> Por Stearns y Zywicki: “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? “. Stearns y Zywicki (2008: ch1: 18-19).

<sup>21</sup> 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. Stearns and Zywicki (2008: ch1: 15-16).

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 Pareto<sup>22</sup>.

En definitiva, y para concluir este análisis general, es conveniente recordar, con Tullock, que lo único que debiera sorprender acerca de las proposiciones de la Teoría de la Elección Pública, es que ellas rompen la ortodoxia tradicional: “Escritores como Machiavello (...) fueron más bien considerados como moralmente sospechosos y malos ejemplos, que autores de análisis profundos”<sup>23</sup>. Para Tullock, este enfoque 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”<sup>24</sup>. 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 testeada que la ortodoxia antigua”<sup>25</sup>.

### 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 lobbyists 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. De este modo, se espera que entreguen beneficios a los legisladores (oferentes de legislación) para que estos retribuyan con la generosidad gubernamental que puede, a su vez, 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 exceda 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 reelegidos<sup>26</sup>.

#### 3.1 El Modelo Transaccional Wilson-Hayes

Dos teóricos del Public Choice Wilson<sup>27</sup> y Hayes<sup>28</sup>, desarrollan esta teoría transaccional de la legislación con mayor detalle. Inspirado en la idea de que los mercados políticos son

---

<sup>22</sup> Stearns y Zywicki (2008: ch.1: 26).

<sup>23</sup> Tullock (2004: 17).

<sup>24</sup> Id.

<sup>25</sup> Id.

<sup>26</sup> Eskridge y otros (2002:54).

<sup>27</sup> Wilson (1973: 332-37).

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 (ej. Defensa) y beneficios concentrados o de interés particular (ej. subsidio industrial o un arancel). De manera similar, dividen los costos asociados a los bienes públicos entre aquellos que son ampliamente distribuidos (ej. un límite de velocidad en la circulación de vehículos) y aquellos concentrados (ej. 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)<sup>29</sup>.

**Cuadro 1**

	<b>Beneficios distribuidos</b>	<b>Beneficios Concentrados</b>
<b>Costos Distribuidos</b>	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.
<b>Costos Concentrados</b>	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, ésta 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

<sup>28</sup> Hayes (1981).

<sup>29</sup> Elaboración propia en base Eskridge, Jr. (1988), y Stearns y Zywicki (2008: ch4: 13).

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 hará 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<sup>30</sup>, 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 administrativa o bien a los jueces. Lo anterior permite a los legisladores reclamar el crédito por crear beneficios legislativos mientras culpan a las agencias o jueces por imponer los costos.

#### **IV. UNA MIRADA ECONÓMICA AL DISEÑO CONSTITUCIONAL CHILENO: IMPACTO SOBRE EL PROCESO LEGISLATIVO Y LA ACCIÓN DE LOS GRUPOS DE INTERÉS**

Habiendo dedicado algunas páginas al estudio más teórico del análisis económico del derecho público o aplicación del *public choice* al derecho y su enfoque analítico frente al proceso legislativo –y qué podemos esperar de la influencia de los grupos de interés- es momento de detenerse en su aplicación y consecuencias para el diseño constitucional del país. Asimismo corresponde también analizar el modo en que diversas instituciones operan como verdaderas cortapisas al accionar de los grupos de interés y a los acuerdos de claros beneficios privados que pudieran acordarse en el Congreso.

Si bien en Chile el análisis económico del derecho constitucional no ha sido un tema de gran investigación académica, nuestro diseño institucional cuenta con variados mecanismos de la acción de los grupos de interés en el mercado político. Por eso, a continuación, nos detendremos en algunas instituciones y reglas que se insertan dentro del procedimiento legislativo y permiten vislumbrar que, en la práctica legislativa, tanto la presión que pueden ejercer estos grupos como los beneficios que pueden ofrecer los legisladores se encuentran limitados.

---

<sup>30</sup> Este concepto se analizará con más detalle en la sección 4.2.

## 4. 1 Sistema Bicameral

Uno de los aportes más importantes de *El Calculo del Consenso*<sup>31</sup>, fue su apoyo explícito a un modelo bicameral para la conformación de una legislatura. Este análisis nos lleva a la teoría de las “coaliciones mínimas ganadoras”<sup>32</sup> de Ricker quien sostiene que, en teoría, la coalición más estable en un cuerpo legislativo estará compuesta por una mayoría levemente superior al cincuenta por ciento (mayoría simple). Una coalición de mayor tamaño tratará de sacarse de encima el “exceso de mayoría” como medio para mejorar los pagos per capita a los miembros de la coalición.

Buchanan y Tullock, sin embargo, ofrecieron un análisis un tanto más problemático respecto del tamaño efectivo de una coalición ganadora (gobernante). Los autores demostraron que con una regla de mayoría simple en una legislatura unicameral, un cuarto del electorado puede formar una coalición electoral efectiva<sup>33</sup>.

El análisis de Buchanan y Tullock respecto del bicameralismo, descansa sobre la base de los beneficios asociados con aumentar el cálculo efectivo del consenso entre los electores que tienen el poder de controlar la dirección de la legislación en una legislatura unicameral. Si en cambio tenemos una legislatura bicameral, y cada cámara responde a mapas geográficos diseñados de manera diferente, luego el efecto es aumentar el tamaño de la coalición electoral ganadora potencial desde poco más de un cuarto a poco más de 7/16, o casi la mitad<sup>34</sup>. Para alcanzar el mismo nivel de consenso usando una legislatura unicameral, se necesitaría reemplazar la regla de la mayoría simple con una regla supermayoritaria de 7/8. La dificultad de usar una regla como esta para descabezar a una coalición electoral ganadora tan pequeña consiste en que la regla alternativa permitiría que 1/16 del electorado tuviera un poder de veto efectivo sobre la legislación propuesta. En efecto, el bicameralismo aumenta el consenso a poco más de la mitad sin entregar un poder de veto a una pequeña minoría del electorado<sup>35</sup>.

Para Levmore, una mejor explicación para el bicameralismo se encuentra en que aumenta el tamaño de la coalición electoral gobernante mientras permite a su vez lo que él denomina “ganadores condorcet fuertes”<sup>36</sup>, refiriéndose a aquella propuesta que prevalecerá en cada

---

<sup>31</sup> Buchanan y Tullock (1962).

<sup>32</sup> Ricker (1962: 32-46).

<sup>33</sup> Considere un cuerpo legislativo en donde cada congresista representa un distrito geográfico. Por simplicidad, asumamos que existen 100 distritos de aproximadamente el mismo tamaño y población, cada uno con un solo representante. Buchanan y Tullock demostraron que debido a que una mayoría simple de legisladores pueden controlar la mayoría de los resultados en el Congreso y porque una mayoría simple de electores en los distritos de los congresistas son quienes controlan el que sean electos, el resultado final es que con un 26% (el producto de un medio de los legisladores por un medio de los electores de estos) del electorado de un cuerpo unicameral se forma una coalición electoral que controle el proceso legislativo.

<sup>34</sup> Buchanan y Tullock (1962: 242-44).

<sup>35</sup> Stearns y Zywicki (2008: ch4:33).

<sup>36</sup> Levmore (1992). El ganador condorcet, es lo contrario que sucede en los “ciclos” que se analizan bajo “la paradoja de la votación”, uno de los casos más interesantes de la Teoría de la Elección Social, sub-disciplina estrechamente relacionada con la Teoría de la Elección Pública. Esta última puede ilustrarse con tres elecciones efectuadas por tres votantes sinceros (no-estratégicos), cuyas preferencias individuales se encuentran ordenadas numéricamente y son transitivas (es decir, que cuando una persona prefiere A sobre B y

cámara en un determinado tópic. Adicionalmente, el autor sugiere que el bicameralismo aumenta los costos a los controladores de agenda (*agenda setters*) en cada cámara dado que, para que se apruebe cualquier proyecto de ley, debe ser aprobado por ambas cámaras con el mismo texto. Finalmente, para Levmore resolver el problema del consenso en una legislatura unicameral requeriría de establecer una regla de supermayoría. El criterio de condorcet está basado en una norma mayoritaria, y así la dificultad con una regla de votación supermayoritaria es que hace más complicado la habilidad de la legislatura para asegurar ganadores condorcet fuertes –aquellos que sobreviven en ambas cámaras- en el proceso legislativo.

En Chile la discusión en torno al bicameralismo no ha sido un tema particularmente álgido. De hecho, ya la Constitución de 1822 estableció un Congreso Bicameral y, desde esa fecha, las constituciones siguientes han contemplado la existencia de un Congreso de dos cámaras<sup>37</sup>. De este modo, nuestra institucionalidad ha respondido desde los inicios de su vida independiente a un modelo que dificulta la captura de los grupos de interés y aumenta el consenso necesario para aprobar las leyes.

Adicionalmente el sistema de representación en el Congreso se funda tanto en el territorio como en la población. De este modo, el Senado tiene una representación territorial y así cada región está representada por dos senadores o, excepcionalmente, cuatro. La Cámara de Diputados, en cambio, distribuye sus cupos sobre la base de la población y por eso la Región Metropolitana elige a 32 diputados y la XI Región de Aisén a solo 2. En este sentido, los grupos de interés deben promover legislaciones que consideren esta diversidad en la representación. Una iniciativa que se construya sobre un regionalismo excesivo puede superar el Senado pero avanzar con mayor dificultad en la Cámara de Diputados<sup>38</sup>.

## 4.2 *Logrolling*, Ideas Matrices e Iniciativa Exclusiva

### 4.2.1 *Logrolling* o intercambio de votos

El *logrolling* es la posibilidad de intercambiar o “transar” votos entre parlamentarios. Mercurio y Medema explican de manera simple este concepto. “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

---

B sobre C, del mismo modo prefiere A sobre C). Ello implica que no hay un mecanismo de votación que prevenga que se genere un ciclo entre las opciones cuando se votan de a pares. Así, cualquier opción que derrote a otra será a su turno derrotada cuando sea enfrentada contra una tercera. El resultado dependerá enteramente en el orden en el cual las opciones sean presentadas. Así, la alternativa condorcet es la que le gana al resto de las opciones. Así, el sistema político debe estar diseñado para generar ganadores condorcet y evitar por un lado perdedores condorcet (la alternativa que siempre pierde frente a las demás cuando compiten de a pares) y ciclos. Entre otras cuestiones un sistema bi-partidista facilita romper el problema de los ciclos, ya que elimina uno de los requisitos para los ciclos: la existencia de al menos tres electores.

<sup>37</sup> Carrasco (2002: 58)

<sup>38</sup> El proyecto de ley de Casinos –actual ley 19.995-- es un ejemplo. La disposición que prohibía la existencia de casinos en la Región Metropolitana fue discutida largamente en la Cámara de Diputados e incluso amenazó la aprobación de todo el proyecto. En el Senado, en cambio, la norma no despertó el mismo interés. Ver Sesión 70 de la Cámara de Diputados, 29 de abril de 2003.

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 adoptarían<sup>39</sup>. Este fenómeno se produce como vía para superar el problema de la incapacidad de los votantes para manifestar la intensidad de sus preferencias, en un contexto donde no existe un mercado para comprar y vender votos<sup>40</sup>.

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 los intercambios en el mercado privado dependen generalmente del consentimiento unánime de las partes a intercambiar y se presumen son generadoras de aumentos de bienestar o pareto-superiores. En cambio, el proceso legislativo ocurre a través de variadas reglas de mayoría o súper mayorías pero rara vez, de unanimidad. 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”<sup>41</sup>.

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 a la legislación de interés público. Sin embargo, si la política es de hecho un proceso de intercambios entonces puede que no haya nada intrínsecamente malo con el intercambio de votos. Aún las leyes que persiguen el interés público a menudo tendrán efectos distributivos desiguales y, si bien puede haber aumentos de bienestar, es inevitable que ciertas personas estén en desventaja incluso por una ley benigna o de interés general. En este contexto, el *logrolling* podría ser simplemente un forma de pagos laterales en compensación a los “perdedores” tras la adopción de una determinada ley que emana 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

---

<sup>39</sup> Mercurio y Medema (2006: 176).

<sup>40</sup> Para Levmore (2000) “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”.

<sup>41</sup> Stearns y Zywicki (2008: ch1: 40).

interés obtienen ventajas a través del proceso político a cambio de permitir que una determinada legislación sea aprobada<sup>42</sup>.

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.

Finalmente, para el *Public Choice* es previsible observar otras dos consecuencias del fenómeno del *logrolling*. La primera es que se puede anticipar que aumentarán los proyectos de ley aprobados y, en especial, aquellas iniciativas que crean franquicias tributarias, aranceles o tarifas<sup>43</sup>. La consecuencia lógica de esto es un aumento en el gasto público y un crecimiento del aparato estatal. La segunda crítica supone que, como es natural, los proyectos aprobados serán financiados con impuestos. De este modo, el *logrolling* no solo permite que se aprueben iniciativas que normalmente (o siempre) son ineficientes y aumentan el gasto público, sino que también permite que los favorecidos con la iniciativa distribuyan en otros los costos asociados.

#### 4.2.2 El diseño institucional chileno frente al *logrolling*

El diseño institucional de nuestro país ofrece dos instituciones que en cierta medida limitan la transacción de votos en el proceso de formación de la ley. Estas son el mandato constitucional que impone que las indicaciones a los proyectos de ley deben respetar sus ideas matrices y las materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

##### a) Ideas Matrices en los Proyectos de Ley

El respeto a las ideas matrices durante la discusión legislativa se incorporó a la Constitución de 1925 a fines del gobierno del Presidente Frei Montalva. Posteriormente la Constitución de 1980 reiteró la norma prohibiendo, en el artículo 69, la discusión de indicaciones, esto es, adiciones o correcciones que realicen los parlamentarios o el Presidente de la República a un proyecto de ley, si éstas no tienen relación directa con las ideas matrices o fundamentales de la iniciativa que está siendo tramitada<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> 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.

<sup>43</sup> La literatura de Estados Unidos también menciona como ejemplo paradigmático de iniciativas que emanan de la posibilidad de *logrolling* el así llamado “*pork barrel*”. Esto es, proyectos de ley que contienen numerosas iniciativas y programas con financiamiento público que son aprobados y financiados gracias a la negociación de los votos.

<sup>44</sup> Al respecto ver el artículo 23, 24 y 32 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional. Ver también STC Rol N° 91, c. 2 que, conociendo del control preventivo de la LOC del Congreso, declaró inconstitucional la posibilidad de presentar “indicaciones tendientes a la mejor resolución del asunto” en la Cámara o el Senado.

Esta norma limita el *logrolling* pues lo circunscribe a materias que deben tener alguna vinculación con la idea matriz del proyecto de ley en discusión. De este modo, un legislador no podrá transar su voto a cambio de la aprobación de una indicación completamente ajena a la idea fundamental de la iniciativa. Aún cuando el *logrolling* puede subsistir si se trata de dos iniciativas contenidas en proyectos de ley distintos, lo cierto es que es más costoso hacer exigible el acuerdo en la tramitación de proyectos que no son votados al mismo tiempo.

Ya el Presidente Frei Montalva, refiriéndose en 1970 a la reforma que incorporó esta materia a la Carta Fundamental, advertía que la norma pondría “fin al mal hábito de las llamadas ‘leyes misceláneas’, que tratan de toda clase de asuntos, que se prestan al abuso frecuente de que se aproveche una ley importante para introducirle disposiciones destinadas a favorecer a determinados grupos y aún personas individuales”<sup>45</sup>.

La incorporación de la norma constitucional vino a limitar estas prácticas tan habituales en el pasado. Desde los noventa, la doctrina y el Tribunal Constitucional han tenido ocasión de analizar el tema en numerosas ocasiones. El Tribunal, por ejemplo, ha profundizado sus alcances y entregado nuevos criterios de interpretación con el ánimo de dar certeza al momento de interpretar la disposición e iluminar su aplicación en la discusión legislativa<sup>46</sup>.

Todo esto ha creado una verdadera jurisprudencia en virtud de la cual hoy existe un marco jurídico que impide discutir en los proyectos de ley asuntos ajenos a las ideas fundamentales del mismo. De este modo, la transacción al interior del Congreso se reduce considerablemente. En efecto, por un lado disminuye la presión de los grupos de interés pues éstos solo podrán promover nuevas regulaciones cuando estén en discusión proyectos de ley cuya idea matriz tiene relación con sus intereses. Además también disminuyen los temas que pueden ser transados por los parlamentarios al momento de decidir su voto. La norma constitucional exige que esas materias que serán transadas se limiten a temas que tengan una relación directa con la idea matriz o fundamental del proyecto de ley en tramitación.

#### *b) Materias de Iniciativa Exclusiva del Presidente de la República*

Las materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República son aquellas que solo pueden discutirse cuando el Presidente de la República lo determina<sup>47</sup>. Recae sobre esa autoridad la decisión de presentar proyectos de ley o indicaciones sobre las materias que la

---

<sup>45</sup> Discurso del Presidente Frei sobre Reformas Constitucionales. 30 de diciembre de 1969. Piedrabuena (1970: 168)

<sup>46</sup> Ver STC Rol N° 410, 413 y 786. Ver también Buchheister y Soto (2005a).

<sup>47</sup> Hoy, por ejemplo, se cuentan dentro de estas materias aquellas que tienen relación con la alteración de la división política o administrativa del país o con la administración financiera o presupuestaria del Estado; las que imponen, supriman, reduzcan o condonen tributos; las que creen nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales o semifiscales; las que estén dirigidas a contratar empréstitos o celebrar cualquier otra clase de operación que comprometa el crédito o la responsabilidad financiera del Estado; las que fijen, modifiquen o aumenten remuneraciones y pensiones; las que establezcan las modalidades y procedimientos de negociación colectiva; y las que determinen las normas sobre seguridad social. Ver Art. 65 de la Constitución.

Constitución califica como de su iniciativa exclusiva. Como veremos, esta es otra forma de reducir el *logrolling* en el proceso legislativo.

Variadas fueron las justificaciones que se utilizaron para limitar la iniciativa parlamentaria. Una de ellas se funda en la acción de los grupos de interés. Como en su momento expuso Sergio Molina, refiriéndose a la reforma de 1970 que limitó la iniciativa parlamentaria, “lo que sucede es que la presión o presencia de ciertos grupos induce a tomar iniciativas en su favor, sin ponderar debidamente todas las repercusiones que esto puede acarrear. (...) Es difícil para un parlamentario –concluye– negarse a este tipo de demandas porque (...) constituyen grupos con fuerza electoral y política”<sup>48</sup>.

Hoy las normas sobre seguridad social, aquellas que conceden beneficios pecuniarios y otras tantas vinculadas con áreas comúnmente citadas por la doctrina como bienes transables en el mercado político -tales como exenciones, tributos, etc.- son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Esto ha conducido a una disminución del campo de temas que pueden ser objeto de transacción al momento de votar pues un legislador, para ofrecer una regulación A incluida dentro de aquellas de iniciativa exclusiva a cambio del voto favorable en otra regulación B, requerirá el patrocinio del ejecutivo incorporando un nuevo actor al proceso de *logrolling*. Adicionalmente, también se limita el campo de influencia de los grupos de interés y la gama de ofertas que pueden poner a disposición de éstos los legisladores.

#### **4.3 Quórum: entre la unanimidad y la regla de mayoría**

Para Buchanan y Tullock, en la obra tantas veces citada<sup>49</sup>, el diseño constitucional es un asunto que consiste en último término determinar qué regla de votación o mecanismo de elección sería especificado por la Constitución para legitimar la actividad del Estado. En este sentido, una opción a la hora de buscar decidir acerca de decisiones colectivas –y un punto de partido analítico-, consiste en adoptar la regla de la unanimidad<sup>50</sup>. El atractivo de esta regla dice relación con que es la única que asegura que las modificaciones legales sean cambios hacia un estado donde todos los miembros de la comunidad queden en mejor posición; si producto del paquete legislativo, regla o nueva regulación uno de estos miembros queda en una situación peor, esta persona puede votar en contra y rechazar el cambio legal. Aquellos que abogan por el uso de esta regla suelen basar su argumentación en la creencia de que un Estado que actúa sobre la base del consenso voluntario y unánime, es por definición neutral, no coercitivo y por tanto legítimo.

Sin perjuicio de sus propiedades atractivas desde el punto de vista de la eficiencia paretiana, la regla de unanimidad tiene dos importantes dificultades asociadas a ella. Primero, es muy costoso, en términos de tiempo y otros recursos, diseñar una propuesta que generará unanimidad, sobre todo considerando que los individuos tienen distintos gustos y preferencias. En segundo lugar, al requerir la unanimidad, se entrega a los individuos un incentivo para actuar de manera estratégica u oportunista (*hold out*), amenazando con vetar

---

<sup>48</sup> Frei y otros (1970: 81)

<sup>49</sup> Buchanan y Tullock (1962).

<sup>50</sup> En esta parte seguimos a Mercurio y Medema (2006: 167-72).

la legislación propuesta a menos que se le entreguen beneficios adicionales o se le reduzcan los costos de adoptar dicha legislación. Todos estos costos podrían perfectamente exceder los beneficios obtenidos con la legislación misma. Dados estos y otros obstáculos, es poco probable que se aprueben nuevas reglas o leyes, o se modifiquen las actualmente existentes, precisamente por la adopción del criterio de la unanimidad. Puesto de otra forma, al poner en manos de un solo individuo el poder de veto, la unanimidad tiende a perpetuar el status quo.

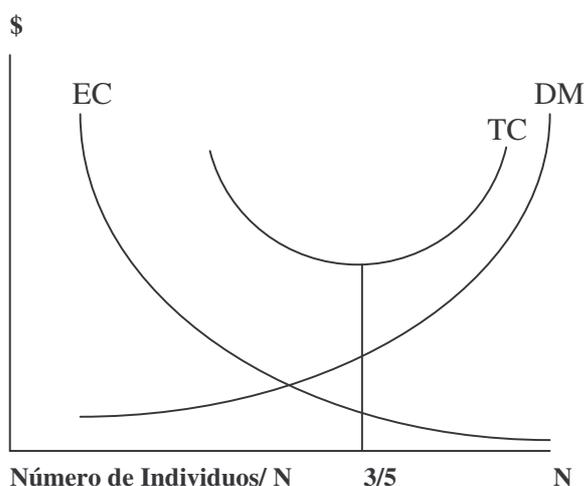
Si la unanimidad es problemática, entonces la cuestión a resolver es cuál es la regla óptima de votación para la sociedad. En general la respuesta obvia es la regla de mayoría. Sin embargo, la regla de mayoría no garantiza que sólo las leyes, reglas o regulaciones que sean pareto superiores (que no dejen a nadie en una situación peor y al menos beneficien a uno) sean adoptadas. También esta regla permite que una mayoría redistribuya los recursos sociales escasos desde la minoría para sí misma. Los orígenes teóricos de este análisis también pueden ser encontrados en el trabajo de Wicksell, quien reconoció que una regla de votación de mayoría simple resultaría en una mayoría aprobando leyes que concentraran los beneficios para ellos mientras establecieran aumentos de impuestos (costos) en una minoría o distribuyéndolo entre todos en cantidades muy pequeñas –donde los beneficiarios constituyen sólo una parte-. Esto ha llevado a algunos críticos a cuestionar la legitimidad de la legislación mayoritaria sobre la base de que las leyes pasadas por una regla de mayoría simple son inconsistentes con el Estado de Derecho<sup>51</sup>.

Así las cosas, al considerar que todas las reglas de votación son costosas, la elección pública busca identificar aquellas reglas que generaran resultados políticos eficientes. Buchanan y Tullock comienzan definiendo los costos asociados con diversas reglas de votación, centrándose en la suma de (i) los costos externos de la toma de decisiones (EC) – los costos que sufren aquellos que desapruaban una decisión- y (ii) los costos de toma de decisión (DM) –los costos de negociación asociados a la toma de una decisión-. Del Gráfico1 se puede observar que EC disminuye mientras el número de votantes requeridos para aprobar un proyecto (N) aumenta, dado que son cada vez menores los costos que podemos imponer en terceros cuando vamos tomando decisiones bajo reglas que se van acercando cada vez más a la unanimidad. Obviamente, la unanimidad sería la regla eficiente si DM fuera cero, al minimizar EC. DM, sin embargo, es una función creciente de N, dado que se hace crecientemente más costoso traer a más y más personas al proceso de toma de decisión mientras consideramos adoptar reglas de decisión que se acerquen a la unanimidad. La suma de los costos externos y los costos de toma de decisión reflejan el costo total de imponer cualquier regla particular de consentimiento. La magnitud percibida de DM es tal que incluso aquellos que están más predispuestos a la unanimidad –incluidos Wicksell, Buchanan y Tullock- han argumentado que la eficiencia requiere de una regla de votación algo menor a la unanimidad.

---

<sup>51</sup> Halper (1993: 231-233).

Gráfico 1



La meta desde la perspectiva de la eficiencia, entonces, es determinar la regla de votación que minimiza la suma de estos costos. Esto ocurre en los  $3/5$  del Gráfico 1. No esperamos, sin embargo, que la regla de mayoría que minimice los costos sea la misma para diferentes tópicos, dado que EC y DM tienden a variar para cada tema<sup>52</sup>. La tarea en la etapa o período constitucional (constituyente) –donde son determinadas las reglas del juego– consiste, entonces, en decidir, para cada categoría de política pública, la regla de decisión que minimiza la suma de estos dos costos analizados. La distribución óptima de votos requerida para adoptar una propuesta legislativa ocurre en el punto más bajo de la curva de costos TC. Al alejarse de la regla de unanimidad y elegir la regla de mayoría “óptima”, la sociedad, en efecto, elige la regla más eficiente, tomando en consideración todos los costos envueltos en el proceso de votación<sup>53</sup>. Es en este sentido que una Constitución “racional” o diseñada “económicamente” permitirá la adopción de decisiones colectivas específicas que no cumplan con el criterio de Pareto. Esto implica que se tomarán decisiones que no cumplan con la regla de la unanimidad, sin embargo, cuando son miradas desde una perspectiva más amplia –el período constitucional– estas decisiones colectivas logran obtener un status de legitimidad. Ello ocurre porque, aunque la decisión no sea pareto-eficiente (en este caso requiriendo  $3/5$  en vez de la unanimidad), la decisión habrá sido tomada basada en una regla que, a priori, minimiza la suma de los costos externos y de los costos de toma de decisión a la sociedad y por tanto tiene la virtud de ser minimizadora de costos.

En Chile el diseño constitucional y legislativo se ha hecho cargo de la discusión respecto sobre las mayorías óptimas para tomar decisiones colectivas. En efecto, si bien la regla de la unanimidad no es común, en el proceso de formación de la ley pueden encontrarse ese tipo de exigencias para modificaciones del procedimiento de tramitación de la ley. Así por ejemplo, tanto el artículo 24 del Reglamento de la Cámara de Diputados como el artículo

<sup>52</sup> La idea de que una determinada regla de votación no es óptima para cada tema es desarrollada por Mueller (2003: 74-76).

<sup>53</sup> Buchanan y Tullock (1962: 43-84).

17 del Reglamento del Senado disponen que la unanimidad de los comités o de los miembros presentes pueden suspender la aplicación de una disposición reglamentaria para un asunto concreto. Asimismo, también son los reglamentos los que exigen la unanimidad para proceder en ciertos casos. De este modo, cuando los diputados forman la Tabla de Despacho Inmediato se requiere el acuerdo unánime de los jefes de comité<sup>54</sup> y cuando se quiere omitir que un proyecto se dirija a una Comisión –salvo en el caso de la de Hacienda– se requiere la unanimidad de la sala<sup>55</sup>. En el Senado, la unanimidad de la Sala o de los Comités puede omitir el primer informe de una comisión<sup>56</sup>.

En estos casos, la unanimidad pareciera estar justificada pues los casos en los que se pide el acuerdo unánime dicen relación con modificaciones en las reglas del juego del proceso legislativo. Si la mayoría, o aún una mayoría calificada, pudieran modificar dicho proceso sin contar con el consentimiento de todos los participantes, se incentivaría la eliminación de trámites legislativos con los que contaba la minoría que no conciente. Por lo demás, la unanimidad no aumenta considerablemente los costos pues lo único que impide no obtenerla es modificar para un caso concreto el reglamento que regula la tramitación de la ley. Si no se obtiene se deberán seguir los trámites regulares.

Por otra parte, el Congreso también conoce en el proceso legislativo otros quórum distintos de la unanimidad. Como se sabe, la Constitución de 1980 incorporó a nuestra institucionalidad una serie de normas que, para su aprobación requieren del voto favorable de un número de diputados y senadores que representen más de la mayoría simple de los integrantes de ambas cámaras. Son éstas las normas de quórum calificado, orgánico constitucionales e interpretativas de la Constitución. Para aprobar las primeras se requiere de la concurrencia de la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio. Las normas de rango orgánico constitucional requieren del voto favorable de 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio y las interpretativas de la Constitución, de 3/5<sup>57</sup>.

En términos generales, las normas que requieren de un quórum especial son aquellas que se refieren a materias fundamentales que regulan instituciones relevantes en un sistema democrático. Aún cuando pudiera discutirse esta última afirmación y cuestionar el rango de algunas de las materias que son objeto de normas de quórum calificado u orgánico constitucional, lo cierto es que instituciones percibidas como esenciales en un Estado de Derecho requieren para su modificación de la concurrencia de algo más que una simple mayoría. En efecto, las funciones esenciales del Congreso Nacional, del Ministerio Público, de la Contraloría General de la República y del Tribunal Constitucional, entre tantos otros, requieren para su aprobación del voto favorable de 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio. El mismo quórum se requiere para determinar la organización básica de la Administración del Estado y la organización y atribuciones de los tribunales de justicia. Curiosamente, la creación de impuestos se realiza por medio de normas de rango simple.

---

<sup>54</sup> Art. 100 del Reglamento de la Cámara de Diputados.

<sup>55</sup> Art. 118 del reglamento de la Cámara de Diputados.

<sup>56</sup> Art. 36 del Reglamento del Senado.

<sup>57</sup> Artículo 66 de la Constitución.

Más importante aún es el quórum de 2/3 que contempla la Constitución para modificar los capítulos donde se estatuyen las bases y principios de protección de las libertades y derechos individuales, es decir, el capítulo I -bases de la institucionalidad- y el III -derechos y garantías constitucionales-. Esta justificación pretende hacer más difícil que la democracia o el juego de las mayorías circunstanciales puedan redistribuir derechos de la minoría.

Por último cabe destacar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la práctica legislativa ha ido ampliando o restringiendo, según el caso, el ámbito de las normas de quórum especial. Para ello ha generado una serie de criterios iluminan el debate legislativo al momento de calificar el quórum de una norma<sup>58</sup>. Es interesante señalar que, el único dato que conocemos, calculado para la Cámara de Diputados y considerando únicamente los proyectos de ley que contenían normas de rango orgánico constitucional, nos muestra que aproximadamente el 35% de los proyectos de ley discutidos en la legislatura ordinaria de los años 2003 y 2004 contenían normas de rango orgánico constitucional<sup>59</sup>.

#### 4.4 Delegación y Reserva Legal

La delegación de potestades reguladoras que efectúa el Poder Legislativo en el Ejecutivo suele justificarse por diversas razones, tanto prácticas como políticas. Siguiendo a Stearns, entre las primeras encontramos la intención de reducir el trabajo del Congreso, evitar reformas legales cada vez que cambian las circunstancias, permitir que los especialistas decidan las regulaciones de materias donde los congresistas no tienen conocimiento suficiente y facilitar respuestas rápidas. Desde un punto de vista político, la justificación más recurrente de la delegación en el poder ejecutivo es la intención de “despolitizar” la toma de decisiones.

Con todo, la teoría del *public choice* nos presenta otras razones. El mismo Stearns manifiesta que los legisladores pueden usar la delegación para dejar que todos los grupos de interés clamen victoria en el proceso legislativo (beneficios), mientras culpan a la agencia del Ejecutivo en un tiempo futuro por imponer los costos<sup>60</sup>. En la misma línea, Aranson, Gelhorn y Robinson argumentan que “los legisladores, en promedio, preferirían apostar por delegaciones regulatorias cuando se enfrentan con electores con preferencias intensas y conflictivas, más que por no proveer legislación o por proveer legislación específica que resuelva 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”<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> Buchheister y Soto (2005b)

<sup>59</sup> Id. 258

<sup>60</sup> Stearns (1992: 397).

<sup>61</sup> Aranson, Gelhorn y Robinson (1982).

Como hemos visto anteriormente, el modelo transaccional explica que la delegación a una autoridad del Ejecutivo ocurrirá en presencia de costos concentrados y beneficios distribuidos, pero con fuerza en legislaciones en que tantos los beneficios como los costos son concentrados. Esto, como se dijo, se debe a que los intereses en conflicto alcanzan gran intensidad en ambos lados de la ecuación: por una parte quienes pueden obtener una legislación favorable y por la otra quienes soportaran el gravamen para financiarla.

En Chile la delegación que puede efectuar el Congreso Nacional en la administración tiene limitaciones más rigurosas que las existentes, por ejemplo, en Estados Unidos. En este último país la práctica constitucional, manifestada en la llamada *non delegation doctrine*, exige que las leyes delegatorias contengan un “principio inteligible” en virtud del cual las agencias puedan guiar su acción regulatoria. Más allá de ello, lo cierto es que desde 1935 la Corte Suprema americana no ha invalidado ninguna ley en virtud de esta doctrina. Este contexto facilita la delegación a las agencias e incentiva la presión de los grupos de interés sobre la burocracia<sup>62</sup>.

En nuestro país el asunto es más complejo. Sabemos que la Constitución reserva a la ley la regulación de ciertas materias que no pueden, en consecuencia, ser reglamentadas por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria de ejecución. Es lo que se denomina el principio de reserva legal en cuyos alcances y perspectivas no hay mayores acuerdos ni en la doctrina ni en la jurisprudencia<sup>63</sup>. Con todo, y más allá de las incertidumbres, lo cierto es que el marco constitucional limita, en algún grado, la posibilidad de delegar en la administración la regulación de ciertos temas. Los legisladores tienen que asumir costos ante los grupos de interés y regular en la ley materias que, eventualmente, les sería más atractivo delegar en la administración<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> Heinzerling y Tushnet (2006: 665-682)

<sup>63</sup> Por todos, ver Fermandois (2006) y García (2004). En el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en materia de regulación económica se encuentran sentencias que van desde un reconocimiento a la reserva legal absoluta, como Publicidad Caminera I (STC Rol N° 146, de 21 de abril de 1992) y II (STC Rol N° 167, de 6 de abril de 1993), y Ley de Bases del Medio Ambiente (STC Rol N° 185 de 28 de febrero de 1994), a una relativización extrema de la reserva legal, como el caso Catalíticos (STC Rol N° 325 de 26 de junio de 2001).

<sup>64</sup> Un ejemplo reciente lo constituye la tramitación de una modificación a la ley de impuesto territorial, ley 20.033 de 1 de julio de 2007. El texto presentado por el gobierno en la Cámara de Diputados y discutido en la sala de la misma corporación contenía una norma que delegaba en la administración la determinación de la tasa correspondiente al impuesto territorial que se aplica a los bienes raíces. De este modo, el proyecto discutido en la Cámara de Diputados señalaba que las respectivas tasas “se deberán fijar (por el Servicio de Impuestos Internos) en un rango entre el 5 y el 15 por mil” (Informe Complementario de la Comisión de Gobierno Interior. 07/08/2003. Boletín 2892-06). Como explicó en su momento el Diputado Paya “esta disposición faculta a la autoridad administrativa para determinar múltiples tasas tributarias. El proyecto no señala cuántas tasas serán, ni su monto, ni los tramos de avalúo a los que se van a aplicar” (Sesión de la Cámara de Diputados N° 28, de 12 de agosto de 2003). Como en su momento se argumentó, delegar en la administración la determinación de las tasas del impuesto territorial dentro de un rango autorizado en la ley, como buscaba la indicación, no sería admisible en virtud del principio de reserva legal en materias tributarias. Más tarde en el Senado se aprobó una indicación para fijar las tasas del impuesto en la ley. De este modo, se logra reducir la presión de los grupos de interés –por ejemplo los municipios– sobre la administración pues ésta deja de fijar discrecionalmente la tasa. Es el Congreso Nacional el que lo hace circunscribiendo, al menos para este caso, la influencia de los grupos de interés nada más que al proceso legislativo.

## 4.5 El veto presidencial

En la literatura de la elección pública, el veto presidencial tiende a operar como un actor relevante en el proceso legislativo. 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. Este escenario tiene efectos fundamentales desde el punto de vista de los grupos de interés pues aumentan los costos de transacción para llegar a un acuerdo. En efecto, ya no basta contar con los votos de dos ramas del Congreso sino que se debe incluir un nuevo actor que cuenta con dinámicas, incentivos y una agenda distinta. En la misma línea, el veto fragiliza y genera incertidumbre respecto del acuerdo alcanzado en el Congreso.

La existencia del veto no debe llevarnos a pensar que el Presidente actuará únicamente pensando en el interés general del país. Como es de suponer, el veto también sirve para derribar una legislación de interés general que genera 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.

En Chile, el Poder Ejecutivo participa en el proceso de formación de la ley con importantes atribuciones. Así por ejemplo puede iniciar la tramitación de proyectos de ley, presentar indicaciones y manejar la agenda legislativa a través de las urgencia. A ello debe agregarse la posibilidad que tiene el Presidente de la República de formular observaciones a los proyectos aprobados por el Congreso Nacional<sup>65</sup>.

El llamado derecho a veto puede ser ejercido por el Presidente manifestando la desaprobación total con el proyecto o su desacuerdo parcial. En la práctica puede reemplazar alguna disposición aprobada por el Congreso (veto sustitutivo), eliminarla (veto supresivo) o incorporar una nueva materia (veto aditivo). Enfrentadas a un veto, ambas cámaras pueden aprobarlo sin introducirle modificaciones o rechazarlo. En este último caso, el Congreso puede insistir con su propuesta para lo que necesitará del voto favorable de 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio. Si, en cambio, rechaza el veto del Ejecutivo y una o las dos cámaras no alcanzan el quórum para insistir no hay ley respecto de los puntos en discrepancia<sup>66</sup>.

## 4.6 Interpretación judicial y rol del TC

¿Es necesario un mayor control judicial respecto de la legislación especial que obtendrían los grupos de interés?

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

---

<sup>65</sup> Artículo 73 de la Constitución y Título III de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

<sup>66</sup> Artículo 36, LOC Congreso Nacional.

interés social<sup>67</sup>. 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 interés<sup>68</sup>.

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 interés<sup>69</sup>.

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<sup>70</sup>.

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 inconstitucional<sup>71</sup>.

Como puede apreciarse, la presión de los grupos de interés, además de las dos cámaras del Congreso y el Presidente de la República, también debe considerar el rol que el Tribunal Constitucional puede jugar en la reducción (o disuasión) 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

---

<sup>67</sup> Chemerinsky (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”); 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).

<sup>68</sup> 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).

<sup>69</sup> Wiley, Jr. (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); 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).

<sup>70</sup> Véase generalmente a Elhauge (1991) (argumentando 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 interés). También Farber y Frickey (1987: 873).

<sup>71</sup> Artículo 93, N° 1 y 3, Constitución Política de la República.

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 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 Congreso<sup>72</sup>. 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.

## V. CONCLUSIONES Y PROYECCIONES

Las primeras páginas de este documento introducen de manera sistemática a la teoría de la elección pública y, en particular, a la visión que ésta tiene de la acción del Congreso. Posteriormente el trabajo analiza, desde este enfoque, nuestra Constitución y el proceso legislativo chileno mostrando la racionalidad de diversas instituciones que dificultan la captura de los parlamentarios por parte de los grupos de interés.

Como todo análisis económico, el presente trabajo busca mostrar los incentivos que afectan la conducta de actores racionales. Por supuesto, el análisis económico no pretende analizar todos y cada uno de los aspectos que están en juego a la hora de analizar el diseño constitucional y el proceso legislativo, pero ha demostrado ser capaz de entregar herramientas y metodologías útiles. Esta aproximación nos ayudará a entender con mayores instrumentos analíticos las fuerzas que hay, por ejemplo, tras la búsqueda de votos (*logrolling*) para aprobar el financiamiento del Transantiago o por qué ciertas industrias o sectores productivos, sindicatos o gremios buscan obtener legislación que les entregue subsidios, franquicias tributarias o impongan barreras a la entrada a la competencia.

Por supuesto, este enfoque ha recibido críticas, tanto por académicos del mundo de las ciencias sociales, como del derecho público<sup>73</sup>. Básicamente se cuestiona asuntos relativos a la evidencia empírica de sus postulados; su enfoque metodológico; sus implicancias

---

<sup>72</sup> La jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos nos ofrece numerosos de estos test que han sido desarrollados en casos emblemáticos. Por mencionar algunos, Lemon test (para fallar causas en las que está en juego la norma constitucional que prohíbe aprobar una ley que adopte una religión como la oficial del Estado); Penn Central Test (para determinar casos de regulación expropiatoria); New York Times v. Sullivan (establece cuando un funcionario público puede demandar daños por críticas falsas vinculadas a su conducta oficial); Chevron (para analizar la interpretación de las leyes realizadas por las agencias gubernamentales); etc.

<sup>73</sup> 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).

normativas conservadoras; su visión pesimista respecto de la democracia; y, sus implicancias desde la perspectiva jurídica.

Esperamos también que este documento sea considerado como un punto de partida para futuras investigaciones y desarrollos posteriores de este enfoque hacia otras áreas del derecho público. En particular, y aún cuando el grueso de este análisis se ha realizado sólo respecto del proceso legislativo, entendemos que buena parte de la captura del Estado y sus regulaciones se produce más bien ante las agencias gubernamentales o en los gobiernos locales, áreas en que queda mucho por decir.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- 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.
- BUCHANAN, James M. y Gordon TULLOCK (1962): *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy* (Ann Arbor: University of Michigan Press) 247 p.
- BUCHHEISTER, Axel y Sebastián SOTO (2005a): *Ideas Matrices en los Proyectos de Ley: Inconsistencias del Tribunal Constitucional*, Sentencias Destacadas 2004, (Chile, Libertad y Desarrollo)
- BUCHHEISTER, Axel y Sebastián SOTO (2005b): "Criterios para la Calificación de las Normas Orgánico Constitucionales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional" *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 32 N° 2, 2005.
- CARRASCO, Sergio (2002): *Génesis y Vigencia de los Textos Constitucionales Chilenos* (Chile, Editorial Jurídica).
- CHEMERINSKY, Erwin (1989): "The Supreme Court, 1988 Term-Foreword: The Vanishing Constitution", 103 *Harvard Law Review*, pp. 43-87.
- 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.
- ELHAUGE, Einer (1991): "Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?", 101 *Yale Law Journal*, pp. 31-75
- 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.
- FERMANDOIS, Arturo (2006, 2°ed): *Derecho Constitucional Económico: Garantías Económicas, Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago: Universidad Católica) 333 p.
- FREI, Eduardo; MOLINA Sergio; EVANS, Enrique; CUMPLIDO, Francisco; SILVA, Alejandro y LAGOS, Gustavo (1970): *La Reforma Constitucional de 1970* (Chile, Editorial Jurídica)
- GARCÍA, Gonzalo (2004): *La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración?* (Ediciones Universidad Alberto Hurtado)
- GARCÍA, José Francisco (2008): “Modelos de regulación del lobby en el derecho comparado” 35 (1) *Revista Chilena de Derecho*, pp. 107-134.
- 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.
- 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.
- 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.
- 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.
- 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.
  - 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 (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.
  - O'HARA, Erin (1993): "Toward a Game Theoretic Analysis of Stare Decisis", 24 *Seton Hall Law Review*, pp. 736-790
  - PEACOCK, Alan (1992): *Public Choice Analysis in Historical Perspective* (Cambridge: Cambridge University Press) 405 p.
  - PIEDRABUENA, Guillermo (1970): *La Reforma Constitucional. Historia de la Ley 17.284, Sus Principales Alcances y Posición de los Partidos Políticos* (Santiago: Eros)
  - 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.
  - RICKER, William H. (1962): *The Theory of Political Coalitions* (New Haven: Yale University Press) 278 p.
  - 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.
  - 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.
  - 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 (2004): “Public Choice,” en Charles K. Rowley (ed.): *The Selected Works of Gordon Tullock, Vol.1: Virginia Political Economy* (Indianapolis, Liberty Fund) 345 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.