

Teoría económica del federalismo.

El sistema de distribución de competencias entre el gobierno nacional y las provincias es otra forma de la separación de poderes. Esto es cierto en el sentido, que la existencia de un gobierno descentralizado es una forma de promover la eficiencia de la misma manera que lo es la creación de ramas especializadas de gobierno. El federalismo evita que existan las enormes deseconomías de escala que se producirían si se gobernara una sociedad compleja, extendida en el territorio y que uniera territorios poblados y despoblados, desde una sola ciudad. Al mismo tiempo permite la experimentación con diferentes métodos de gobierno, con formas gubernamentales que se ajusten a condiciones locales disímiles. Pero a diferencia de la división de poderes el federalismo no aumenta los costos de transacción del gobierno, ya que en caso de conflicto, el gobierno nacional puede prevalecer frente a la acción de los gobiernos locales en materias de su competencia.

Si el gobierno federal solamente pudiera gobernar con el acuerdo de los gobiernos provinciales, estaríamos en una confederación pero no de una nación, y los costos de transacción de gobernar serían excesivamente elevados. Ya que sería necesario el acuerdo de los Estados parte de la confederación para que el gobierno confederado pueda tomar una decisión. El federalismo en sí también tiene costos y uno de ellos es tener un sistema jurídico más complejo que si existiera un sistema legislativo y judicial único. Un ahorro en los costos de transacción ocurrió cuando los constituyentes, en 1853, establecieron que el derecho común, es decir el derecho codificado, fuera único en todo el país. Se evitó así que existieran regímenes jurídicos diferentes en todas las provincias como es el caso en los Estados Unidos. Esta unificación se efectuó al costo de perder la capacidad de laboratorio de ideas diferentes que caracteriza al federalismo. Al mismo tiempo se limitó la posibilidad que las provincias compitan entre sí por inversiones o población, lo que hubieran podido hacer si tuvieran regímenes jurídicos separados.

De todas maneras, esta unidad es solo parcial ya que la interpretación de los códigos es efectuada a través de normas procesales locales por jueces locales, lo que establece una cierta variación en la jurisprudencia existente. Como ya lo expresara, la unificación jurídica tiene una desventaja, ya que impide la función de laboratorio de nuevas ideas políticas que supone la existencia del federalismo y al mismo tiempo

limita la posibilidad de competencia entre las provincias para asegurar un sistema jurídico más eficiente. Disminuye en cambio los costos de transacción en cuanto al conocimiento del derecho por lo que quien decida cambiar su residencia conoce de antemano cual es sistema jurídico al que se somete. Al mismo tiempo eleva los costos de transacción para el aumento de la legislación por lo tanto disminuye la posibilidad que se establezcan grupos de interés locales que busquen rentas.

Existe un **aumento de la eficiencia al establecerse instituciones que compiten entre sí**. Con respecto de los poderes gubernamentales que se ejercen en nivel local existe la competencia entre los gobiernos para proveer un buen servicio gubernativo al menor costo tributario posible, los gobiernos locales buscarán favorecer a sus habitantes y empresas que, de otra manera, podrían emigrar hacia otras provincias. Uno de los inconvenientes de la **coparticipación** federal de impuestos es **que incentiva el no cobro de los impuestos locales y no asocia el aumento del gasto público con el aumento de la carga tributaria**, por lo que la población favorece el aumento de un gasto al que no tendrá que hacer frente. La competencia existe también en el nivel internacional pero se ve atenuada por costos de transacción muchos mayores, como es el caso de los costos en las migraciones, barreras culturales, proteccionismo económico, etc. De todas maneras la competencia entre las provincias no es perfecta, ya que existen activos que no se pueden trasladar fácilmente, como son los inmuebles, o costos hundidos en las inversiones.

La **cláusula comercial** en la Constitución, al establecer la regulación por el Congreso del comercio interprovincial e internacional, cumple el objetivo de **evitar que las provincias impongan externalidades dañinas a las demás e internalicen las externalidades positivas**. La cláusula comercial cumple la función de crear un gran mercado nacional de bienes y servicios. En el caso argentino la creación de este mercado se ve limitada por la existencia de privilegios tributarios distorsivos.

Podemos imaginar una doctrina del federalismo que establezca que la misión del gobierno nacional fuera la de superar las externalidades que promueve el sistema de gobiernos locales en competencia.

El federalismo no es irrelevante para el análisis económico, ya que asegura una competencia entre las provincias, a pesar de las limitaciones con que se enfrenta, producto de las sucesivas interpretaciones constitucionales. Si los gobiernos locales fueran solamente una descentralización establecida por el gobierno central, no serían un obstáculo para la centralización del poder, es decir para un gobierno monopólico. En la medida de su independencia proveen de

alternativas, aunque muy limitadas en la actualidad, para los consumidores de servicios gubernamentales. Sin embargo, la estructura del gobierno federal, la composición del Senado y la característica de los gobernadores como jefes políticos regionales, impiden una transferencia completa de poderes de las provincias a la burocracia gubernamental.

El único riesgo es que la estructura federal, que puede ser más eficiente en la distribución de bienes públicos, se constituya en una organización paternalista o distributiva, con el riesgo que ello supone a la defensa de la competencia y a las libertades individuales.

El federalismo describe el arreglo bajo el cual un grupo de estados igualmente soberanos se combinan para formar una unión, en la cual ellos ceden alguna soberanía a un gobierno central pero retienen alguna soberanía también. Históricamente también existen casos de estados-nación que preceden la federación, estados-nación que crearon entidades gubernamentales menores y entonces compartieron el poder con el gobierno central. El caso argentino es también particular ya que si bien dentro de la Constitución se menciona como las provincias anteriores a la Constitución y al mismo tiempo la provincia-estado de Buenos Aires se unió con la Confederación Argentina para conformar finalmente la Nación Argentina, en el mismo espacio donde el período colonial estaba reunido bajo un virreinato, y luego por algunos estados-nación que lo sucedieron, las Provincias Unidas del Río de la Plata, las Provincias Unidas del Sur. Para utilizar **una analogía económica la formación de un gobierno federal es similar a la unión entre empresas independientes**. Pero la analogía no es precisa. Algunas uniones de empresas son limitadas en duración o en extensión. Por ejemplo es el caso de la unión transitoria de empresas para realizar una obra concreta. En cambio existen otras que son completas, es el caso que resulta de la extinción de varias firmas independientes y la creación de una empresa totalmente nueva. Las uniones políticas están generalmente entre estos extremos. Los miembros de una federación no desaparecen, pero retienen alguna medida de soberanía y el arreglo tiene la intención de establecer por un período indefinido, generalmente largo.

Presumiblemente cuando estados independientes forman una federación, ellos perciben los beneficios del acuerdo como superando los costos y presumiblemente instituyen las reglas de representación, las competencias jurisdiccionales, los sistemas electorales, de tal manera que se maximicen los beneficios sobre los costos. Sin embargo, los asuntos de la nación y de los estados provincias que la constituyeron pueden cambiar en el tiempo, de tal manera que los costos de permanecer unidos pueden exceder temporariamente los beneficios de la unión, y el restablecimiento de los beneficios superiores a los costos sólo podrá ser posible bajo una estructura institucional diferente. Un sistema

federal diseñado idealmente podría anticipar esos períodos, distinguir entre esos episodios que llaman a la disolución de una federación de aquellos que llaman a una reestructuración, y que proveen instituciones suficientemente flexibles para ser utilizadas en caso de un ajuste óptimo de esos cambios.

Para distinguir la división apropiada entre la responsabilidad gubernamental dividida entre los estados parte y el gobierno federal, debe tenerse en cuenta que en la medida que los factores que explican esta división cambian, la asignación de responsabilidades gubernamentales debe cambiar también. Puede haber períodos en los que el gobierno central en la federación deba ser débil y sus responsabilidades o deberes definidos en forma estricta, y otros períodos en que el gobierno central deba ser fuerte y sus poderes amplios. Esto sugiere que aun en **una federación definida idealmente la relación entre el gobierno central y los gobiernos de los estados parte no puede ser fijada de manera inmutable**. La división apropiada de responsabilidad debe en cambio variar entre el centro y las partes. Precisamente estos mismos factores reales deberán explicar las diferencias entre las federaciones.

Como un orden en la exposición examinemos primero los beneficios que para los estados parte quieren formar un gobierno federal. Luego los costos de la federación, con particular atención a los aspectos de la teoría de la elección pública (*Public Choice*) tienen en el sistema federal. Luego la teoría económica del dinamismo del federalismo, es decir los caminos en los cuales los cambios a través del tiempo en los costos y beneficios de pertenecer a una federación, pueden causar cambios en la asignación apropiada de responsabilidades gubernamentales entre los diferentes niveles del gobierno.

Una teoría comparativa del federalismo.

Muchas veces cuando se adopta una norma para cubrir una necesidad social se importa de otro sistema jurídico. La mayor parte de los cambios en los sistemas legales son debidos a transplantes. En gran medida debido a que es más barato copiar que experimentar. La primera pregunta es saber como se elige la norma en cuestión dentro de los distintos ordenamientos jurídicos posibles. Una posible respuesta es prestigio, se copia el sistema jurídico que se admira. Se lo considera más desarrollado o más especializado en ciertos temas. Las palabras de Gorostiaga en el Informe de la Comisión Redactora de 1853 son emblemáticas cuando señala que la Constitución ha sido vaciada en el molde la de los Estados Unidos, único modelo de federación que existía sobre la tierra.

Es primordial que el sistema elegido haya debido afrontar el problema que aflige al que busca la norma y lo haya resuelto de una manera aceptable. Antes que reinventar la rueda el Estado que tiene un desafío incorpora una norma ya existente y la adopta a las costumbres de su propio país. Esto ocurre particularmente cuando aparece una nueva tecnología, al incorporarse la tecnología a una sociedad se adopta también la reglamentación que existe en sistema jurídicos que la adoptaron antes.

Cuando los estados miembros forman una federación perciben los beneficios del acuerdo superan los costos. Sin embargo los asuntos de la unión y de los estados miembros pueden variar con el tiempo. Una federación bien organizada predecirá estos cambios y establecerá instituciones lo suficientemente flexibles para que se ajusten en forma optima a los cambios.

Aun en una federación ideal la relación entre el gobierno central y los estados miembros no puede ser inmutable. La división de responsabilidad apropiada debe variar entre el centro y las partes.

Primera pregunta **¿por qué los estados parte aceptan ceder algún grado de soberanía al gobierno central y retener alguna soberanía independiente para sí mismos?** Segunda pregunta **¿qué responsabilidades gubernamentales deben ser asignadas al gobierno central y cuales a los estados miembros?**

Los beneficios de una estructura federal de gobierno.

Cualquier teoría sobre federalismo puede explicar dos cuestiones centrales. Primero ¿por qué los estados parte desean ceder algún nivel o grado de soberanía a un gobierno superior y retener alguna soberanía independiente para sí mismos? Segundo que responsabilidades gubernamentales deben ser asignadas al gobierno central y cuales permanecer en los gobiernos de los estados miembros.

Con respecto a los motivos que llevan a la formación de un gobierno federal, debemos partir de la presunción que cuando estados independientes conforman una unión lo hacen porque perciben los beneficios de la unión como excediendo los costos de pertenecer a ella.

La presunción es que cuando estados independientes conforman una unión lo hacen porque perciben los beneficios de la unión excediendo los costos. Se pueden suponer cuatro beneficios:

1. minimizar los costos y maximizar los beneficios de cruzar las jurisdicciones.

2. efectuar economías de escala en la provisión de servicios gubernamentales.
3. minimizar las distorsiones monopolísticas del gobierno y
4. implementar políticas redistributivas óptimas.

El primer factor económico que puede llevar a estados independientes a consolidar una unión tiene que ver con los **costos y beneficios de cruzar jurisdicciones**. Supongamos que la producción en el país A genera contaminación que impone costos no compensados a los habitantes del país B. Claramente los contaminadores están fuera del alcance de la reglamentación del país B y desde el punto de vista de los habitantes del país B habría demasiada contaminación del país A. Alternativamente supongamos que las oportunidades del empleo son muy bajas en el país B pero buenas en el país A y que existe una movilidad laboral entre los dos países. Si existe un programa de entrenamiento de trabajo que tiene fondos públicos en el país B los beneficiarios del programa podrían incluir los empleadores y los habitantes del país A. Quienes pagan impuestos del país B estarían pagando más de lo que deberían pagar para el entrenamiento en el empleo, mientras que los que pagan impuestos y lo empleadores en el país A estarían pagando menos. Siguiendo la lógica económica actual los gobiernos de los dos países tienen incentivos para no proveer la cantidad necesaria de entrenamiento para el trabajo. En ambos casos los países A y B pueden reunir estas ineficiencias mediante la internalización de estas externalidades. Una de las posibilidades sería una negociación siguiendo el criterio de Coase. En el caso de contaminación el país B podría pagar al país A para que no contaminara y en el ejemplo del entrenamiento de empleo, lo empleadores del país A podrían pagar al país B para que proveyera de programas de empleo para los trabajadores que cruzaron la frontera. Para continuar la analogía económica los países podrían entrar en un acuerdo contractual con respecto a la contaminación y a los programas de entrenamiento de trabajo. Este contrato sería una unión ilimitada para un fin establecido y probablemente para una limitación o un límite de tiempo. Existen muchos de estos tipos de acuerdo intergubernamentales que incluyen entre otros los orígenes de la Unión Europea.

Estas soluciones negociadas a la externalidad interjurisdiccional no parecen ser muy prácticas. Los costos de negociar y aplicar estos acuerdos pueden ser demasiado altos como para hacerlos imposibles. Más aun, los contratos intergubernamentales no son similares a las uniones federales. ¿Cual es la conexión entre la externalidad interjurisdiccional o de los problemas de este tipo y la formación de una federación? Una posibilidad es que las actividades que generan externalidades sean tan fuertes y tan reiteradas por motivos geográficos y por hábitos en ambas direcciones que sería más simple para los países

consolidarlas que hacer una serie de acuerdos contractuales buscando en cada uno un análisis de costo y beneficio. Por lo tanto podemos tentativamente concluir que donde los problemas de externalidades interjurisdiccionales son numerosos, la consolidación de los dos gobiernos puede ser un medio óptimo para resolver estas ineficiencias. Un corolario de esta conclusión podría ser que la cooperación intergubernamental a través de cuasicontratos puede llevar a un óptimo medio de tratar con externalidades interjurisdiccionales específicas. Supongamos que se crea una responsabilidad gubernamental, cual debe ser la que trata este tipo de cuestiones: La local o la federal. Si los costos y beneficios de una acción, sea pública o privada, cruzan líneas jurisdiccionales, entonces el más alto nivel de gobierno que puede internalizar completamente los costos y beneficios de la acción debe ser el responsable. Solamente entonces una autoridad gubernamental tendrá los incentivos apropiados para regular una actividad que genera externalidades.

El comercio interprovincial.

La tentación de los estados miembros de favorecer los intereses de sus ciudadanos sobre los de otros estados miembros llevaría a proteccionismo y subsidios. Es por esto es que es una competencia federal.

Tomemos como ejemplo la regulación del comercio interprovincial o interestatal. La tentación de los gobiernos de los estados miembros a favorecer a sus propios ciudadanos sobre los intereses extranjeros es muy fuerte, y como resultado los gobiernos de los estados miembros tienden a conferir beneficios a sus propios ciudadanos e imponer costos a los ciudadanos de otros estados. Para internalizar estos costos y beneficios en una área comercial común, la responsabilidad del comercio interestatal o interprovincial debe recaer en el gobierno nacional y no en gobiernos de menor jerarquía. Esta es la justificación económica de la cláusula comercial tanto en la Constitución de los Estados Unidos como en la Constitución Argentina. Por supuesto estados independientes no necesitan conformar una federación para tomar o recibir la ventaja de un acuerdo regulatorio cooperativo del comercio. Pueden hacerlo a través de negociación que lleve a un acuerdo contractual limitado. En realidad la Organización Mundial de Comercio y su predecesora el GATT han formado acuerdos multilaterales con este fin, pero que es mucho menos ambicioso y con muchas más falencias que lo que establece la cláusula comercial en un sistema federal. Para comprender las dificultades que se corresponde para establecer un mercado único en este sentido se puede ver la experiencia de la Unión Europea. En ambos casos, tanto en la experiencia de los Estados Unidos como en la experiencia de la Unión Europea la creación de un mercado único en todo el territorio se debió en

gran medida a la tarea del control judicial, ya sea de la Corte Suprema de los Estados Unidos, particularmente desde mediados del siglo XIX como la tarea de la Corte de Justicia de las comunidades europeas con sede en Luxemburgo.

El primer beneficio es evidente en casos de contaminación. También en materia de comercio. En cuanto a externalidades negativas podría ocurrir el caso de la buena calidad de la educación en un Estado haría que existiera una migración de alumnos de otras jurisdicciones y los contribuyentes tendrían que pagar por ellos. La existencia de la federación permite un ámbito en que puedan existir negociaciones con pocos costos de transacción entre los estados miembros, se aplicaría el Teorema de Coase. De otra manera los costos de transacción serían tan altos hasta hacerse inmanejables.

Las economías de escala de servicios gubernamentales.

Un segundo factor económico que puede llevar a estados independientes a consolidarse en una federación tiene que ver con **la realización de economías de escala en la provisión de servicios gubernamentales**. Supongamos que existe alguna función gubernamental, por ejemplo recaudación tributaria para la cual existen economías de escala en el sentido que el costo medio de recaudar impuestos disminuye en la medida que el número de contribuyentes aumenta. Si estas economías pueden ser realizadas para una población que es mayor que cada uno de los estados parte entonces tiene sentido para la función a ser realizada por un gobierno consolidado en una federación de los estados independientes. Como es el caso con las externalidades interjurisdiccionales, los países no necesariamente tienen que conformar una unión federal para organizar las economías de escala, pueden mantener su independencia y establecer una autoridad recaudadora. O pueden contratar a una empresa que recaude los impuestos. Pero como en el caso de las externalidades interjurisdiccionales debemos distinguir entre la situación en la que los estados independientes realizan economías de escala en la provisión de servicios gubernamentales a través de una serie de acuerdos intergubernamentales, distinguiéndolo del caso que solamente pueden hacerlo a través de la consolidación en una federación. La distinción debe caer en el hecho que cuando un número de servicios gubernamentales para los cuales las economías de escala son grandes, la consolidación es superior a la mera cooperación intergubernamental. Debemos también considerar que la cooperación intergubernamental a través de acuerdos puede ser superior para tratar con economías de escala en servicios gubernamentales cuando existen muy pocos de esos servicios para los cuales el costo promedio de provisión continuamente se reduce. Debemos distinguir entre la formación de una federación y la asignación de responsabilidades una

vez que la federación ha sido creada. Una vez que se ha establecido un gobierno federal la posición o el argumento eficiente supone asignar responsabilidades gubernamentales particulares al nivel de gobierno en el cual el servicio puede ser prestado de manera eficiente. Cuando los miembros de una federación negocian la asignación de una responsabilidad gubernamental tendrán el incentivo de establecer economías de escala cuando lleguen al acuerdo.

Este es el debate de la percepción de impuestos y la coparticipación. La asignación de funciones debe ser concedida al gobierno que pueda cumplirla más eficientemente es decir que maximiza los beneficios. Se aplica la doctrina de Coase en teoría de la firma, **cuando los costos de monitoreo son elevados es más eficiente adquirir los bienes en el mercado, en este caso en la unidad gubernamental menor que tiene menos costos de monitoreo.**

Evitar las distorsiones monopolísticas generadas por el gobierno.

Un tercer factor económico a ser considerado por los estados al conformar una federación tiene que ver con la **minimización de las distorsiones monopolísticas generadas por el acto de gobernar. Cada gobierno tiene elementos monopolísticos** y uno de los aspectos económicamente interesantes del sistema federal es que minimiza las distorsiones monopolísticas atribuidas al gobierno. El federalismo hace esto para **reemplazar al gobierno único por una multitud de gobiernos, es decir al introducir la competencia entre unidades de gobierno.** ¿Cómo ayuda esta consideración para explicar la formación de una federación? Probablemente los estados independientes reconozcan las distorsiones de un gobierno que quiere monopolizar el poder y los beneficios de la competencia y elegir una federación para minimizar esas distorsiones y maximizar esos beneficios. Adicionalmente una vez que la estructura federal está en su lugar este factor económico puede ayudar a explicar a que nivel de gobierno deben ser asignadas ciertas responsabilidades gubernamentales. Por ejemplo, si los beneficios sociales del gobierno pueden ser asegurados con igual eficiencia ubicando una responsabilidad gubernamental a cualquier nivel del gobierno federal, entonces la responsabilidad debe ser asignada en un nivel en que las distorsiones monopolísticas puedan ser minimizadas. Generalmente y partiendo nuevamente de la presunción que el servicio de gobierno puede ser igualmente eficiente provisto en cualquier nivel, las distorsiones monopolísticas en el nivel federal son peores que las que existen en el nivel local. Si un estado abusa de su posición monopolística, digamos imponiendo un impuesto confiscatorio algunos de aquellos que se encuentren afectados adversamente pueden migrar a otros estados porque tienen menos impuestos. Y por supuesto, el conocimiento que los habitantes pueden dejar de vivir en un estado miembro de la federación

en respuesta a una mala política puede servir para mitigar los impulsos monopolísticos de los gobiernos locales. Por el contrario, esta migración correctiva no es tan probable como respuesta a una mala política en el gobierno federal. El agente puede querer estar dispuesta a dejar un pueblo del Gran Buenos Aires o puede abandonar una provincia del interior para ir a otra, porque el costo de transacción de mudarse es menor, y de alguna manera aceptable, pero es improbable que esté dispuesto a irse a otro país en respuesta a las políticas monopolísticas y extremadamente costosas de un gobierno federal. Aunque este voto con los pies no parece del todo improbable en algunas circunstancias.

Existe un aspecto positivo y diferente para ubicar la autoridad en nivel del gobierno local. No es solamente para competir entre los demás estados combinados con la libre migración lo que minimiza las posibilidades de una distorsión monopólica. Al mismo tiempo existen los beneficios positivos de la competencia. Los estados constituyen diferentes experimentos diseñados para atraer a contribuyentes y proveer trabajo. En la medida que crean políticas para cumplir con esta atracción los estados están promoviendo el desarrollo económico nacional y la expansión de todo el territorio y no solamente el propio. Están también buscando soluciones más eficientes a los problemas comunes como es el caso de reformas en materia de salud, educación y bienestar.

Frente a esta, versión optimista es la del federalismo como laboratorio el Juez **Brandeis en New State Ice vs. Liebmann** 285US311 (1932). Rose Ackerman considera que ésta es una misión demasiado optimista de la función de los estados parte en una federación. Ella examina los **incentivos para los políticos individuales para desarrollar políticas innovadoras** en tres diferentes estructuras gubernamentales: **Un gobierno altamente centralizado**, una **organización descentralizada con organismos autónomos** y un **gobierno federal que estaría entre esos extremos**. En ninguno de los extremos ella encuentra mucho incentivo para un político para intentar ser reelegido para adoptar políticas innovadoras. En un sistema federal los políticos pueden elegir a innovar para ser candidatos al gobierno federal o para ser designados en un cargo federal.

El federalismo permite una competencia entre unidades de gobierno lo que favorece la eficiencia. Esto también permite distribuir mejor las competencias ya que se puede observar quien las cumple más eficientemente. Esto es notorio en casos de policía y educación. Permite ver también las distorsiones en cuestiones como salud donde se aplica **el principio de Tiebout la gente vota con los pies, es decir buscará la**

mejor atención médica donde pueda encontrarla. ¹Nos podemos mover de una provincia a otra, pero es mucho más costoso mudarse de país.

En contra Susan Rose Ackerman que considera que la competencia por los cargos públicos no se produce a nivel local y sugiere que **hay un incentivo a preferir una carrera política federal a una local con lo que los electos locales son los peores, ya que los mejores desearán una carrera en el gobierno federal.**

Pero si la competencia entre provincias funciona para atraer capitales y trabajo es un potente motor de crecimiento.

Políticas redistributivas óptimas.

La consideración económica final en la formación de una federación y en la división eficiente de autoridad entre estados parte y el gobierno federal se refiere a políticas óptimas de redistribución.

Las provincias o estados aun cuando no sean parte de una federación compiten entre ellos para atraer empleo y contribuyentes. Pero a pesar que la inmigración de inversiones y de creación de trabajo es deseable la inmigración de personas que reciben contribuciones de seguridad social de los demás estados es una carga para los recursos de la comunidad que los recibe. Tener que pagar contribuciones de seguridad social como generalmente pueden ser los de salud o educación por altos impuestos va a sacar de la residencia a los altos contribuyentes e incorporar a los pobres, es decir a los usuarios del sistema de beneficios de seguridad social pero que no pagan igualmente por el. Por esta razón los estados independientes que están interesados en la redistribución y que de otra manera competirán por los recursos pueden desear afiliarse a una federación. Más aún, una vez que la federación es establecida hay una razón económica para dar responsabilidad a las políticas redistributivas de un gobierno federal antes que dejarlo en las manos de los estados miembros de la federación. Un ejemplo de lo dicho es los sistemas de salud de la Ciudad de Buenos Aires que atraen a enfermos que escapan al sistema de salud de la Provincia de Buenos Aires y de otras provincias. Estos son pagados por los impuestos de los contribuyentes que viven en la ciudad, pero que son utilizados por usuarios de menores recursos que viven fuera de la ciudad y no contribuyen.

¹ Charles Tiebout, "A pure Theory of local expenditures", Journal of Political Economy, 64:416.

Evita que existan distorsiones en políticas redistributivas. Si una provincia tuviera un alto sistema impositivo y un eficaz régimen de asistencia social atraería a los menesterosos. Al tener un contenido mínimo de servicios en la federación soluciona este problema.

Los costos de la federación

Los costos son fijos o variables. Los fijos son el establecimiento de una federación los variables son los relativos a las actividades de la federación entre ellos la coordinación de las relaciones entre los estados y la federación. ²

La distribución de competencias es genérica son estándares generales. Debe existir una forma de solución de controversias. **El control judicial ha sido más desarrollado en las federaciones que en estados unitarios.**

Si asumimos que un grupo de estados independientes percibe que los beneficios de pertenecer a una federación son sustanciales, no integrarán la federación a menos que estén convencidos que los costos de hacerlo son menores que sus beneficios. Que costos esos estados pueden anticipar si ingresan o conforman una federación. Estos costos pueden ser fijos o variables. Los costos fijos son aquellos de negociar y redactar el acuerdo original que conforma la unión federal. Aun cuando estos pueden ser considerables son sin embargo costos fijos y por lo tanto no afectarán las actividades cotidianas que resulten del sistema federal. Los costos variables son aquellos que dependen de la extensión de las actividades de la federación y de estos costos el más elevado es el de coordinar las relaciones entre los estados miembros y el gobierno federal.

Existen diversas razones para creer que estos costos pueden ser particularmente importantes.

El primero es que en el **documento que da origen a la federación**, es decir la **Constitución**, la división de la autoridad entre el gobierno federal y los estados miembros probablemente no sea exacto, pero en general especifica las funciones de acuerdo a estándares generales. Existirá una incertidumbre sobre lo que está y no está permitido a los diversos niveles del gobierno, y esta incertidumbre causará errores por los dos niveles de gobierno. En algunas instancias un gobierno se extenderá en su autoridad, y en otras se frenará o se controlará de

² Robert Inman and Daniel Rubinfeld. "The Political Economy of Federalism" en Perspectives of Public Choice, Dennis Mueller editor. New York, Cambridge University Press, 1997, p. 73.

ejercer una autoridad que puede tener en forma legítima. Cada error impone costos a la federación.

Segundo: Deben existir **mecanismos para resolver estas disputas** sobre la autoridad legítima. Generalmente es un tribunal, y en los sistemas federales que siguen el modelo de los Estados Unidos como el Argentino es la **Corte Suprema** la que sirve de árbitro final para las disputas entre los gobierno provinciales y el gobierno federal. Se puede imaginar también que sea el proceso político el que ocupa esta función. Existe toda una doctrina que considera que el proceso político federal es el mejor árbitro entre las relaciones entre Nación y Estado y las provincias. Los costos de la solución de controversias son siempre elevados.

Estas consideraciones se aplican aun en un sistema federal ideal, uno en que los estados miembros hayan establecido una distribución ideal para realizar sus objetivos conjuntos y continúen actuando de buena fe. En una federación que no es la ideal los costos variables para resolver problemas pueden ser elevados. Se pueden hacer dos consideraciones relevantes a este tema.

La primera: Supongamos que las circunscripciones políticas sean tan poderosas a nivel local que distorsionen las políticas fuera de lo que serían los fines deseables socialmente y a favor de sus propios intereses. Estos grupos de interés político pueden ser menos poderosos a nivel federal que a nivel local, y por lo tanto puede ser menos distorsivo asignar la responsabilidad gubernamental en el nivel federal a pesar que otras consideraciones puedan sostener su asignación a nivel de los gobiernos locales. Este argumento no es nuevo, fue sostenido por Madison en el Federalista No. 10, en el que sostuvo que **las libertades individuales como los derechos de propiedad y libertad de religión estaban mejor protegidas a nivel nacional y no a nivel local**. Madison sostuvo que **la amenaza más seria a la libertad individual era la tiranía de la mayoría, y que las facciones mayoritarias tienen un efecto mayor en niveles locales en los cuales pueden concentrarse**. En la nación como en todo son generalmente una minoría. Por lo tanto la tiranía de una facción circunstancialmente mayoritaria es más probable en una provincia o gobierno local y menos probable a nivel nacional.

Segundo: Se debe reconocer que una competencia entre las provincias puede no siempre ser deseable. Puede haber circunstancias en que la competencia entre los estados parte no lleve a un experimento que produzca el mejor resultado, sino que produzca una carrera hacia el fondo, es decir una carrera a ver quien da más ventajas. Esto quiere decir que puede haber tanta competencia entre los estados miembros que el resultado sea un conjunto mínimo de actividades gubernamentales que sean menores que lo óptimo socialmente. Es así

como pueden darse ventajas a las inversiones que lleven a excluir a grupos empresarios del sistema tributario e inclusive de normas de seguridad e higiene en el trabajo o normas de protección del medio ambiente. Normas de la federación que impidan o regulen esta competencia interprovincial pueden prevenir esta carrera hacia lo peor. Es muy difícil distinguir ex ante aquellas circunstancias en que la competencia interprovincial es buena de aquellas en que puede ser perversa. Sin embargo esta dificultad es un ejemplo de los problemas prácticos que pueden ocurrir aun en una federación razonablemente bien organizada. Y también son una demostración de la necesidad de tener un sistema federal donde las competencias sean flexibles y puedan ajustarse de acuerdo a las circunstancias.

Un ejemplo nítido de esto es la necesidad que las normas de protección del medio ambiente sean federales, o por lo menos los estándares mínimos, y también su control porque de lo contrario son el primer tipo de normas que los gobiernos provinciales dejarán de lado para favorecer a empresarios que radiquen sus industrias en los territorios provinciales.

Un buen ejemplo de la flexibilidad en la historia constitucional argentina es el caso de la educación primaria. Si bien la educación primaria está concedida por la educación en el nivel provincial como consecuencia de la existencia del consejo nacional de educación a partir de fines del siglo XIX se establecieron escuelas primarias nacionales en todo el país. Este sistema creada por la ley Lainez pretendió con éxito mantener un nivel básico de exigencia en toda la educación en el país. La existencia de escuelas nacionales en las provincias hizo que fueran el modelo de educación para todas las demás escuelas que estuvieran en la localidad. Al mismo tiempo una vez establecido este límite básico pudo establecerse un cambio y conceder todas las escuelas primarias dentro de la competencia de la autoridad provincial. Esto tuvo un resultado positivo en cuanto a que algunas provincias demostraron una gran eficacia en sus sistemas educativos y otras no con lo cual se puede establecer un sistema de competencia interjurisdiccional para conocer cual es el mejor sistema educativo. Por el contrario puede ocurrir que una mala ley federal en materia educativa perjudique esta competencia y sea una rémora para la educación. En este caso la que impulsa la carrera hacia abajo puede ser una ley federal.

La acción de los grupos de interés es más activa en las provincias que en el gobierno federal donde los costos de transacción son mayores.

Las provincias menores y las coaliciones políticas.

Las coaliciones entre pequeños estados tienen menos costos de transacción es por ello que controlan el Senado. Un candidato en una

provincia pequeña tiene menores costos de transacción para ser elegido, esto le permite ahorrar su energía y tiempo para las negociaciones dentro del ámbito político nacional, generalmente en el Senado. Allí puede coincidir con los demás senadores de estados menores que se encuentran en una situación parecida. Al mismo tiempo tienen el incentivo de obtener recursos de las provincias mayores.

El caso de los candidatos presidenciales es similar. Los costos de los gobernadores de las provincias menores son considerablemente reducidos frente a los de las provincias más pobladas. Esto les permite utilizar los recursos disponibles en su actividad política nacional, de allí que tengan más tiempo para hacerse conocer por los electores y tener un mejor desempeño en los comicios. El gobernador de una gran provincia tiene altísimos costos simplemente para organizar la coalición que lo lleve al poder y le permita mantenerse en él. De allí sus dificultades para obtener una dimensión política nacional.

La competencia para bajar impuestos y conseguir subsidios es indeseable.

Federalismo y Public Choice.

Podemos plantearnos la pregunta sobre que límites la política cotidiana impone en el diseño óptimo de una federación. Para ver el impacto de esta consideración en las cuestiones del federalismo debemos utilizar la teoría de la elección pública (Public Choice). Esta teoría explica el comportamiento político tanto de los votantes locales, de los burócratas y de los políticos utilizando los mismos modelos de decisión racional que los economistas utilizan en el comportamiento económico. De esta manera las leyes son también el resultado de fuerzas de oferta y demanda dentro del mercado político. De esta manera los grupos de interés pueden demandar legislación favorable y pueden exigir legisladores que ofrezcan este tipo de legislación.

Una lectura posible es que el gobierno federal utilice la cláusula de supremacía o la cláusula de progreso para impedir que la ley local regule alguna actividad y de esta manera reciba los beneficios políticos de proveer esos servicios a los votantes. Esta puede ser una razón por la cual gran parte de la legislación sobre cierto tipo de regulaciones que tengan interés popular sean efectuadas por el gobierno federal. En el sentido que los legisladores quieren proveer esos servicios y de esa manera recojan los beneficios políticos de esa actividad. También puede ocurrir que el gobierno federal se abstenga de legislar sobre ciertos temas por presión de los gobiernos locales que quieren recoger los beneficios de la prestación de esos servicios a los votantes. Esto aun cuando el gobierno federal tuviera en estos temas la capacidad de ejercer su

autoridad. La regulación por el gobierno federal muchas veces ocurre no por la distribución óptima de competencias, sino por motivos políticos. De esta manera el gobierno federal puede regular cuestiones que son puramente locales simplemente porque los legisladores locales no quieren pagar el costo político de legislar sobre ellas. En otros casos el gobierno federal deja la autoridad regulatoria a los gobiernos locales en casos que desde un punto de vista puramente de distribución de competencias pudiera considerarse que existe un interés nacional importante.

En principio consideremos que los grupos de interés que requieren de reglamentación prefieren en general la reglamentación por el gobierno federal que una reglamentación por el gobierno local. Esto es porque generalmente es más barato obtener la aprobación de una ley federal que obtener la aprobación de tantas leyes como provincias existan. Más aun, si una norma reglamentaria es pasada en el ámbito local, se debe obtener el apoyo del gobierno federal para asegurar que no existirán conflictos con las reglamentaciones nacionales. En contraste con la reglamentación estatal, una reglamentación federal competente claramente aclara o limpia el camino. Una tercera razón por la cual grupos de interés que desean una reglamentación favorable prefieren la solución federal es que la ley federal es en general considerada de mejor calidad que la ley local. Esto debido a que probablemente los funcionarios federales estén más calificados que lo que pueden estar los funcionarios de gobiernos provinciales.

Finalmente en la ley federal es más difícil de evitar que la ley provincial, por los más altos costos de migrar o irse del país en comparación con los costos de mudarse a la provincia de al lado. Las partes que ya están afectadas negativamente por la reglamentación podrán escapar a la reglamentación local pero no escapar a la ley federal, es decir, quien tenga más influencia en el gobierno en el Congreso Nacional podrá establecer una reglamentación que sea más favorable a sus intereses y de esta manera aumente los costos de transacción de la competencia en la misma actividad. Muchas veces el objetivo de la reglamentación es aumentar los costos del rival al requerirles que provean de un producto de la calidad más alta o hacerlo en una manera que fuera más cara de lo que harían normalmente, y esta estrategia de aumentar los costos es fácilmente aplicable cuando existe una reglamentación nacional que establezca las características de un producto o servicio. Si la táctica tiene éxito los rivales serán llevados fuera del mercado. Por estas razones los grupos de interés generalmente prefieren una reglamentación federal a la reglamentación local.

Sin embargo los legisladores y administradores del gobierno federal muchas veces ceden ante los legisladores provinciales. La respuesta debe

estar en algunos casos en que los que podrían reglamentar ese derecho (es decir el Congreso) obtienen más con la deferencia hacia los legisladores provinciales para satisfacer las demandas de los grupos de interés políticos. En esos casos también puede ser cierto que aquellos que demandan la regulación prefieren que es regulación sea hecha en el ámbito local. Existen tres tipos de condiciones bajo las cuales la deferencia federal hacia los gobiernos locales es probable que ocurra:

(i) cuando los grupos de interés tienen una inversión ya sea expropiable que dependa de un grupo particular de reglamentaciones locales y el valor de esa inversión podría ser anticipada por la regulación del gobierno federal.

(ii) Cuando la solución que maximiza el apoyo político para una reglamentación particular difiere marcadamente entre jurisdicción y jurisdicción.

(iii) Cuando el Congreso puede evitar reacciones políticas adversas que fueran consecuencia de esta reglamentación delegando esta cuestión controvertida a los gobiernos locales.

El Congreso generalmente tiene un comportamiento similar cuando delega reglamentaciones controvertidas a la administración. Existe una relación o comparación posible entre esta teoría de la concesión del gobierno federal o del Congreso federal en particular a los gobiernos locales similar a lo que es el contrato de concesión por el cual una empresa no opera la actividad económica por si misma y elige licenciar la provisión de esos servicios a otras empresas que venden y producen su producto y la empresa central se conserva el control sobre ciertos elementos del producto, entre ellos el control de la marca, la publicidad del producto y demás. Es decir que utilizan la metáfora del contrato de franquicia. Puede ocurrir como en el caso del Estado de Delaware que un estado se especialice en algún tipo de legislación, como es el caso de legislación en materia de empresas de sociedades anónimas, y entonces el 40% de las empresas de sociedades anónimas en los Estados Unidos están en el Estado de Delaware. Puede ocurrir entonces que alguno de los estados se especialice en cierto tipo de legislación y el gobierno federal no quiera participar en este tipo de regulación y deja la competencia entre legislaciones estatales o locales para ver cual es la más eficiente. Es decir lo que motiva al decisor local es el hecho que los grupos de interés tengan un incentivo fuerte para presionar para soluciones locales para sus problemas reglamentarios.

En suma:

El comportamiento de los actores políticos es racional y maximizador de utilidades.

El gobierno federal toma a su cargo funciones que podrían ser puramente locales, es el caso de los bancos puramente locales. El caso

contrario es que **el estado menor regulador absorba toda la actividad**, caso del Estado de Delaware en derecho societario.

El **grupo de interés que desea la aprobación de una ley lo hace en el ámbito federal porque es más barato aprobar una ley a nivel federal que muchas legislaturas locales**. Asimismo se considera que la norma federal es de mejor calidad que la norma local. La ley federal es más difícil de evitar que la ley local, uno no se puede ir del país y también el costo de transacción de cambiarla es muy alto. **La regulación es una forma de aumentar el costo de transacción de los rivales**.

Al contrario si un grupo de interés desea que una actividad no sea regulada la propone a nivel local porque siempre habrá una provincia que no regule.

Tres casos

1. Cuando los grupos de interés tienen una inversión expropiable en un lugar regido por reglamentos locales y el valor de la inversión se disiparía por la reglamentación federal.
2. Cuando el apoyo de una solución maximizadora para una cuestión reglamentaria local difiera entre jurisdicciones.
3. Cuando el Congreso puede evitar una reacción política negativa al delegar una cuestión controvertida a las provincias.

La distribución de competencias en los bienes públicos congestionables.

Los Estados ofrecen bienes públicos y regulan la oferta de otros bienes. Las fallas del mercado proveen la justificación económica convencional para la oferta estatal y la regulación de la oferta de bienes. Los bienes públicos son no rivales, es decir la utilización por una persona no limita la utilización por otra. Es el ejemplo de la defensa nacional, la seguridad dada a un individuo no limita o sustrae de la seguridad dada a otros individuos. Al mismo tiempo los bienes públicos puros son no excluyentes, es decir que no es anti económico excluir individuos del beneficio de esos bienes. De esta manera nadie es excluido de utilizar las calles de una ciudad en gran medida porque sería anti económico intentar percibir un impuesto por el acceso a la circulación.

Cuando la exclusión es anti económica los individuos tienen un incentivo a actuar de polizones (*free ride*) y no pagar por los bienes públicos. Esta actitud impide a los que proveen estos servicios de obtener un beneficio y esto hace que no haya proveedores privados de bienes públicos. El Estado puede impedir el free ride al aplicar impuestos para financiar los bienes públicos. Para prevenir al polizón el Estado debe imponer tributos a todas las personas que se beneficien de los bienes públicos.

Todas las personas en la Nación se benefician de los bienes públicos puros. El gobierno central puede establecer impuestos a todas las personas en forma más efectiva que lo que pueden los gobiernos provinciales o locales. De esta manera se puede establecer una prescripción: **cuando un bien público es puro o se aproxime a un bien puro es el gobierno central el que debe proveerlo.** En otras palabras el gobierno nacional debe recaudar los impuestos y utilizarlos para proveer los bienes públicos, ya sea directamente por la producción estatal o indirectamente comprando el bien de quien pueda producirlo. Esta regla es el comienzo de la teoría convencional del federalismo, pero no el fin.³

A diferencia de los puros muchos de los bienes públicos tienen características locales que influyen la extensión de los beneficios y la amplitud de los juegos oportunistas como el free ride. Como los parques de Palermo muchos bienes públicos están ubicados en alguna parte. Los bienes públicos situados están muchas veces congestionables. De esta manera cuando un domingo a la tarde los parques de Palermo se llenan de gente la posibilidad que tiene una persona de disfrutar del espacio limita la posibilidad de utilización por otras. Cada nuevo vehículo en una ruta limita a los demás.

La provisión de cantidades eficientes de bienes públicos congestionables requiere de información sobre la utilización sobre su uso. Un gobierno local generalmente tiene mejor información sobre la congestión local de bienes públicos, que la que tiene el gobierno central. Al mismo tiempo, los residentes locales pueden monitorear y controlar más eficazmente la provisión de estos bienes y de esta manera controlar a los funcionarios. De esta manera, los funcionarios locales tienen mejor información y mayores incentivos que lo que tienen los funcionarios nacionales para proveer de bienes públicos congestionables. Estos hechos implican una segunda prescripción a la teoría de los bienes públicos: **cuando un bien público sufre de congestión local, debe ser provisto por el gobierno local.**

De esta manera se puede dar el ejemplo del barrio en una ciudad que requiere de una plaza para los residentes. Los residentes locales tienen la información que equilibre los costos y beneficios en la construcción de la plaza, tienen también los incentivos para controlar a los funcionarios responsables de crear y mantener las plazas. Estos hechos favorecen la asignación de la competencia sobre las plazas a los gobiernos municipales. Por el contrario asumamos que sea el público en general el que se beneficia con la creación de un parque en la cordillera, la

³ Robert Cooter, The Strategic Constitution. Princeton 2002. p. 105.

responsabilidad de este parque debe caer en los funcionarios nacionales que tienen una perspectiva política general.

Sin embargo, algunos bienes públicos no entran dentro de estas categorías. El aire y el agua plantean un problema particular porque circulan en regiones con límites naturales, como ríos y montes que no coinciden con los límites jurisdiccionales. La contaminación, por lo tanto, circula de una jurisdicción a otra. Estas externalidades negativas crean un incentivo para cada gobierno para no asumir los costos y trasladarlos a otra jurisdicción para que lo internalice.

Para evitar que las localidades tengan comportamientos oportunistas los gobiernos que tienen la responsabilidad primaria de combatir la contaminación deben tener jurisdicción sobre el área natural donde esta se extiende. De esta manera se puede crear un distrito especial para controlar la contaminación de un río, debe incluir su cuenca sin importar las jurisdicciones diferentes que esta atraviese. Estos hechos llevan a la tercera prescripción: ***Cuando los efectos de un bien público o de un vertimiento trasciendan a varias jurisdicciones, un distrito especial debe proveer del bien o controlar el daño.***

Estas tres prescripciones relacionadas con el carácter de los bienes públicos y la jurisdicción que debe proveerlos puede concentrarse en una sola regla:

Debe asignarse la competencia sobre los bienes públicos a la menor unidad de gobierno que internalice los efectos de su ejercicio. ⁴

La regulación judicial del proceso político en el federalismo.

Con respecto a la participación del poder judicial en la solución de conflictos podemos imaginar tres posibilidades. La primera consiste en considerar la función judicial concentrada en la determinación de la distribución de poderes entre el gobierno federal y las provincias. El segundo caso supone el control sobre la distribución la autoridad concedida al gobierno federal entre las tres ramas el ejecutivo, el legislativo y el judicial. Finalmente la función judicial consiste en la protección de las libertades personales, es decir, la limitación de todos los poderes gubernamentales con referencia al individuo. Autores como Jesse Choper consideran que los jueces deben concentrarse en esta última función primordialmente y dejar el control de la distribución de funciones de los órganos políticos al propio proceso político. Esto va en contra de la visión de Hamilton que consideraba como principal para la

⁴ Cf. Robert Cooter. The Strategic Constitution. P. 107.

protección de las libertades el mantenimiento estricto de la división de poderes. En el mismo sentido se expresa el Juez Antonin Scalia que señala que la verdadera garantía de las libertades individuales se realiza a través de un efectivo control de la división entre los poderes y del sistema de frenos y contrapesos.

En un comentario a la posición de Hamilton y Scalia podemos señalar que la actual situación argentina que inadvertidamente puede dar una hipertrofia de la función judicial, de la que se espera que resuelva todos los conflictos sociales y gubernamentales, tiene su origen en la confusión de poderes. En épocas recientes y particularmente luego de la existencia de la jurisprudencia en los casos Cocchia y Peralta se ha visto una explosión de las funciones legislativas del poder ejecutivo. Esto ha tenido dos fuentes que esos fallos ejemplifican, una aumento descontrolados de la delegación legislativa y por el otro la multiplicación de los reglamentos de necesidad y urgencia. Luego de la reforma de 1994 este proceso se ha institucionalizado definitivamente y se ha acelerado. Como consecuencia de ello y de acuerdo con lo expresado en el caso Verocchi, el poder judicial ha debido asumir funciones de control que originalmente estaban en cabeza del poder legislativo. Es un efecto que debe rescatarse por sus consecuencias en la defensa de la forma republicana de gobierno. Aunque hubiera sido preferible que el poder judicial asegurara la división de poderes. Existe por lo tanto una correlación entre la confusión de poderes entre el ejecutivo y el legislativo y una extensión de la actividad del poder judicial.

Si bien la crítica a la teoría del proceso político es correcta en cuanto a la necesidad del control judicial de la división de poderes, veamos su aplicación al federalismo.

El control judicial debe concentrarse en el mantenimiento de la división de poderes en el caso del gobierno federal. ¿Pero que ocurre en cuanto a la división de poderes entre la Nación y las Provincias? La principal garantía de la soberanía o autonomía de las provincias no es asegurar la división de funciones sino la participación que sus representantes tienen en la formación de la voluntad del gobierno federal. El tema central es analizar la representación de los intereses de las provincias en el proceso político nacional. Existen numerosos aspectos estructurales de ese proceso que tienen la función de asegurar que los intereses políticos de las provincias no queden desprotegidos. Estos mecanismos demuestran su eficacia en la práctica.

El Senado.

Históricamente el Senado cumplió la función que mencionó Madison en el Federalista “es la rama del gobierno que tendría la

representación de los Estados.”⁵ John Marshall en el precedente de *McCulloch vs. Maryland* señaló que los Estados en si mismos estaban representados en el Congreso y que lo que caracterizaba a los miembros del Senado era ser “representantes de las soberanías estaduales”.

Desde su origen el Senado fue un cuerpo en el cual el menor de los estados o provincias miembros tiene la misma representación que el más importante. Se suma la característica adicional que como los senadores de las provincias menores tienden a ser reelegidos asumen una influencia política mayor en las decisiones de ese cuerpo legislativo. El senado no tiene solo competencias legislativas, debe también presta su acuerdo en la designación de altos funcionarios y jueces. Su influencia se ve acrecentada por la duración de los mandatos que son de seis años por lo que la reelección plantea periodos muy prolongados y permite una mayor amplitud para asumir posiciones estratégicas. Como el número de senadores es reducido es más sencillo obtener una mayoría de dos tercios y de esta manera imponer su voluntad en caso de diferencias con la Cámara de Diputados.

En materia de competencias la Constitución le ha dado la ventaja de ser Cámara de origen en las leyes de coparticipación federal por lo que la distorsión tributaria existente no podrá sino ampliarse.

La Cámara de Diputados.

La distorsión a favor de la representación de las provincias menos pobladas es menor en la Cámara de Diputados pero no desaparece. La norma electoral establece un mínimo de cinco diputados por provincia con independencia de la población. Esta situación se ha establecido a pesar de la norma constitucional de la igualdad de representación y de la variación solamente basada en el resultado del censo. Como los efectos del sistema de representación proporcional son diferentes en las provincias más pobladas, el sistema D'Hondt tiende a la fractura de la representación política cuanto mayor es el número de legisladores a elegir. En las provincias menores el escaso número de representantes tiende a establecer un sistema mayoritario y bipartidista.

Existe una clara asociación entre los intereses del legislador nacional y la del sistema político de su provincia. Toda reelección está influida por la estructura del partido político local. Un legislador está interesado principalmente en su reelección o por lo menos en su permanencia activa dentro del sistema político y para ello su relación con

⁵ Cf. El Federalista N° 58.

los intereses locales y con la conducción del partido político local al que representa son determinantes.

El legislador nacional ha habitualmente tenido una actuación en la política local antes de acceder a su cargo, ha sido legislador provincial o concejal municipal. De la misma manera los gobernadores son a veces electos al Senado al cumplir sus mandatos. Esta experiencia previa no se olvida al ejercer sus funciones como legislador nacional.

La doctrina del proceso político en el control judicial.

Se puede caracterizar el desarrollo entre las relaciones entre el Gobierno Federal y los estados parte en los Estados Unidos con un período que iría desde el New Deal en la década de los 30 hasta fines de la década de los 70. Este es un período de expansión del gobierno federal sobre las funciones de los estados miembros de la federación. Si bien esto comenzó durante el período mediatamente posterior al New Deal en los temas económicos, en materias de funciones de reglamentación de derechos económicos por parte del gobierno federal iría asociado a la idea de restricción judicial frente a la acción del Congreso. Este tema continuó activamente a partir de las décadas del 50 y sobre todo del 60 cuando la Corte Suprema comenzó una actividad muy importante en materia de derechos civiles y derechos políticos y del derecho de voto que estableció una muy activa regulación por parte del gobierno federal en estos temas. Después a partir de fines de la década del 70 la Corte de los Estados Unidos intentó buscar un equilibrio protegiendo una mayor esfera de soberanía de los estados en reducir el espacio de soberanía del gobierno federal. En el caso **National League of Cities v. Usery** (426 US 833) de 1976 la Corte por primera vez en cuarenta años declaró inconstitucional una ley del Congreso Federal que regulaba las relaciones económicas. Se refería a una norma que establecía el salario mínimo limitaciones de horas de trabajo para los empleados locales, es decir empleados de los gobiernos de los estados y de los municipios. Este fallo Usery también intentó utilizar la doctrina de prácticas históricas que tendrían los estados para ejercer cierto tipo de competencias. El juez Rehnquist expresó la opinión de la mayoría de la Corte indicando que “existen límites al poder del Congreso para superar la soberanía de los estados, aun cuando ejerza sus poderes habitualmente plenarios en materia impositiva y de regulación del comercio.” La regla de distinción era la tradición. Dijo: “la ley opera para desplazar directamente la libertad de

los estados para estructurar operaciones integrales en áreas tradicionales de funciones gubernamentales”⁶

La doctrina de la Corte en *Usery* fue revisada diez años después en el caso *García* en 1985. Este es un caso inusual ya que *García* deroga el precedente anterior expresamente. La razón para esta revocación fue que la Corte utilizó y aplicó un nuevo modelo de federalismo, el modelo de lo que se llamo el proceso federal o lo que podemos también llamar el proceso político, doctrina que surgió entre esos diez años. La obra más importante en este punto es la de Jesse Choper⁷. El argumento de Choper es que la Corte Suprema debe evitar cuestiones cargadas políticamente cuando pueda, particularmente en el caso del federalismo, ya que la Corte puede dejar la resolución de las controversias entre el gobierno federal y los estados al proceso político. El modelo sostiene que la Constitución protege este equilibrio federal de los estados miembros no a través de normas como la cláusula comercial o la cláusula de supremacía, sino a través de las instituciones políticas. No a través de una distribución de poderes formalmente, hecha en la Constitución, sino a través de la organización del gobierno. Por lo tanto, la Corte Suprema no tiene que participar a través de el control judicial o del proceso judicial en una cuestión espinosa y de carácter fundamentalmente político que establezca límites a la extensión del poder reglamentario federal. Utilizando el modelo del proceso político federal se puede sostener que la doctrina de *Usery* es equivocada, porque el debate en el Congreso Federal y de la representación que los gobiernos provinciales tienen en el senado puede demostrar o exponerse la naturaleza y la fortaleza de los intereses de los estados en cada cuestión, antes de que el senado y la cámara aprueben una ley ya han sido considerados sus intereses y no deben ser tratados posteriormente en la sede judicial. Sobre esta doctrina se basó el caso *García*.

García v. San Antonio Metro. Transit Auth., 469 u.s. 528 (1985)

El caso “*García*” trata de la interpretación de la X Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que tiene un texto similar al artículo 121 de la Constitución argentina, dice que las provincias conservan todo el poder no delegado al gobierno federal. En este caso una nueva mayoría vario la doctrina de “*Usery*”, dio para ello dos razones. La primera porque considero que el criterio de funciones gubernamentales tradicionales, “*traditional governmental functions*” no solo de impracticable

⁶ Cf. Juan Vicente Sola, *Control Judicial de constitucionalidad*. Ableledo Perrot. Buenos Aires. Pag. 244.

⁷ Jesse Choper, *Judicial Review and the National Political Process: A functional reconsideration of the role of the Supreme Court*. University of Chicago Press. 1980.

sino de inconsistente con los principios establecidos del federalismo. En segundo lugar consideró que la protección de las prerrogativas de los estados debían ser defendidas a través del proceso político y no por el control judicial. **“El papel continuado que juegan los estados en el sistema federal no garantizado primariamente por los límites externos de la cláusula comercial, sino por la estructura del gobierno federal en si misma. En estos casos, el proceso político protege efectivamente ese papel.”**

Dudamos que los tribunales finalmente puedan identificar limitaciones constitucionales basadas en principios sobre la extensión de las competencias que el Congreso tiene por la cláusula Comercial, basándose meramente en definiciones a priori de la soberanía estadual...

En suma, los constituyentes eligieron confiar en un sistema federal en el cual las restricciones especiales sobre el poder federal sobre los Estados se centraba principalmente en los trabajos del gobierno nacional en sí mismo, antes que en las limitaciones discretas sobre los objetos de la autoridad federal. Los intereses de los Estados soberanos están protegidos más correctamente por salvaguardas procedimentales inherentes en la estructura del sistema federal antes que en las limitaciones creadas por los jueces sobre las competencias federales..

IV.

..Por supuesto que continuamos reconociendo que los Estados ocupan una posición especial y específica en nuestro sistema constitucional y que la amplitud de la autoridad del Congreso bajo la cláusula Comercial debe reflejar esa posición. Pero el límite principal y básico en la competencia federal sobre el comercio es la inherente en toda acción del Congreso, las restricciones internas que nuestro sistema provee a través de la participación estadual en la acción gubernamental federal. El proceso político asegura que las leyes que indebidamente limiten a los Estados no sean promulgadas. En las situaciones de hecho de estos casos las salvaguardias internas del proceso político han actuado como fueron previstas...⁸

La Corte cambió nuevamente de posición, aunque no de manera tan dramática, en el caso **New York vs. United States en 1992** que rechazó de alguna manera la plena aplicación de la doctrina del proceso político federal. Se partió de la base que las instituciones políticas podrían no servir plenamente a una adecuada protección contra una actuación federal contraria a la soberanía de un Estado parte. Los críticos de la doctrina del proceso político federal sostuvieron que el Senado no protege

⁸ Para una referencia completa de este caso ver Juan Vicente Sola, Control Judicial de Constitucionalidad. P. 247 y ss.

a los gobiernos de los estados de por sí, pero que son más bien protectores de los ciudadanos particulares de los estados menos poblados. Otro problema que sostenía el modelo del proceso federal es que el Congreso respondía a los intereses en conflicto de muchos tipos, y no solamente a los intereses de los estados parte. Es decir, el proceso político era correcto en cuanto defendía los intereses de los estados parte, pero que el modelo era más amplio y no incluía exclusivamente los intereses de los estados parte. Incluía también a sectores de interés, a grupos de presión muy poderosos. En esta justa política los estados parte podían recibir una protección inadecuada a sus intereses con respecto al gobierno federal. Los representantes en el Congreso podían percibir que un conflicto entre sus propios intereses políticos y los intereses institucionales de los estados parte podían no coincidir. Presionados para lograr algún objetivo de interés nacional, el Congreso podía hacerlo sin necesariamente aumentar impuestos en general, pero imponiendo comportamientos a los estados parte para que los hicieran utilizando sus propios presupuestos. Es el caso de cuando se establecen guías de comportamiento como la Ley Federal de Educación u otras que establecen como deben ser las funciones en cierto tema que es de cumplimiento por los estados parte, de esta manera los costos son pagados por los estados parte y no por el gobierno federal.

New York v. United States, 505 U.S. 144 (1992)

El caso New York vs. United States tiene su origen en las consecuencias de los desechos nucleares de bajo nivel que deben ser depositados en lugares aislados por largos periodos de tiempo. La reacción pública habitual es de rechazo, todos los estados quieren realizar las actividades que producen este tipo de desechos pero nadie quiere que sean depositados en su territorio. En 1980 el Congreso de los Estados Unidos dictó legislación instando a los estados a que concluyeran acuerdos interestatales para la creación de zonas de depósito. Pero hasta 1985 solamente tres de estos acuerdos habían sido aprobados y se formaron alrededor de los sitios ya existentes. Teniendo en cuenta esta experiencia, el Congreso dictó la ley de política de desechos radiactivos de bajo nivel con la intención de resolver el problema. La ley era un compromiso entre los estados que tenían sitios de depósito de desechos y estaba basada en una propuesta de la Asociación nacional de gobernadores. Se ponía un plazo en que los estados que tenían sitios de depósito aceptarían nuevos depósitos y luego de ese plazo los estados aceptaban manejar el destino de sus propios desechos. La ley establecía tres tipos de incentivos a los estados para que asumieran estos problemas, al mismo tiempo que una serie de plazos que los estados debían cumplir. El primer incentivo, era que los estados que tenían depósitos de desechos estaban autorizados a aumentar sus tasas

gradualmente para recibir desechos de los otros estados. Una cuarta parte de estas sobretasas iría al ministerio de Energía del gobierno federal que utilizaría estos fondos para hacer pagos a los estados que cumplieran con los plazos. El segundo incentivo, era que los estados que no cumplieran con ciertos plazos establecidos en la ley deberían pagar sobretasas más elevadas y eventualmente se les podría negar el acceso a los depósitos de desechos. Finalmente en la cláusula de “tomar título de propiedad” se establecía que los estados que no cooperaran deberían asumir el problema en si mismos asumiendo la propiedad de los desechos que creaban.

El gobierno de Nueva York no firmó ningún acuerdo regional. Cumplió con la ley en sus requerimientos iniciales al legislar estableciendo un lugar en su territorio que fuera un futuro deposito de desechos. Los residentes de dos condados que habían sido indicados como futuros depósitos se opusieron a esa elección. Debido a que temían no cumplir con los plazos de la ley tanto Nueva York como los dos condados iniciaron una demanda señalando que la ley era inconsistente con la X Enmienda sobre los derechos no delegados por los estados a la federación.

La Juez O'Connor expresó la opinión de la Corte.

Las cuestiones sobre el federalismo pueden ser analizadas en cualquiera de dos maneras. En algunos casos la Corte se ha preguntado si una Ley del Congreso esta autorizada por alguna de las competencias delegadas al Congreso en el Artículo I de la Constitución. Véase el caso McCulloch. En otros casos la Corte ha buscado determinar si una Ley del Congreso invade la provincia de la soberanía estadual reservada por la Décima Enmienda. Véase el caso García. .. Es en este sentido que la Décima enmienda “señala una tautología [truism] que se retiene todo lo que no ha sido delegado” caso Darby...

Los recurrentes no niegan que el Congreso no tiene la competencia de regular la disposición de desechos radiactivos de bajo nivel. Espacio en los lugares de deposito es frecuentemente vendido por los residentes de un estado a los residentes de otro. La reglamentación del comercio interestadual resultante se encuentra por lo tanto dentro de la competencia del Congreso bajo la cláusula comercial. .. Lo que niegan los recurrentes es que la décima enmienda limita la competencia del Congreso para reglamentar de la manera que lo ha hecho. Antes que tratar el problema de la disposición de desechos mediante la reglamentación directa de los generadores y distribuidores de los desechos, los recurrentes argumentan que el Congreso se ha dirigido indebidamente a los estados para que regulen este campo. ..

Este caso concierne las circunstancias bajo las cuales el Congreso puede utilizar a los Estados para implementar la reglamentación, esto es si el Congreso puede dirigir o de alguna manera motivar a los estados para que reglamenten un campo particular o de una manera determinada.

Al establecer un gobierno central más fuerte..los constituyentes explícitamente eligieron una Constitución que confiriera al Congreso el poder de regular a los individuos y no a los Estados. ..la Corte ha respetado consistentemente esta elección. Siempre hemos entendido que aunque el Congreso tiene la autoridad bajo la Constitución de aprobar leyes que requieran o prohíban ciertos actos, carece de autoridad directa de obligar a los Estados de requerir o prohibir esos actos. Por ejemplo, la asignación de competencias contenidas en la cláusula comercial autoriza al Congreso a regular el comercio interestadual directamente, pero no autoriza al Congreso a regular la reglamentación que los gobiernos de los estados hacen del comercio interestadual.

Esto no quiere decir que el Congreso carece de la capacidad para incentivar a un Estado a regular de una manera particular, o que el Congreso no pueda establecer incentivos para los Estados como un método de influir las elecciones políticas de un Estado. Nuestros casos han identificado una variedad de métodos, menos la coerción estricta, por el cual el Congreso puede urgir a un Estado a adoptar un programa legislativo consistente con los intereses federales. Dos de estos métodos son de relevancia particular aquí.

*El primero bajo la competencia de gasto del Congreso, “el Congreso puede poner condiciones a la recepción de fondos federales” *South Dakota v. Dole*. Estas condiciones deber tener alguna relación con el objetivo del gasto federal.. Cuando el beneficiario de fondos federales es un Estado,.. las condiciones asociadas a los fondos del Congreso pueden influir las selecciones legislativas de un Estado.*

Segundo, cuando el Congreso tiene la autoridad de regular la vida privada bajo la cláusula comercial, hemos reconocido la competencia del Congreso para ofrecer a los Estados la elección entre regular esa actividad de acuerdo con estándares federales o que a la ley local le sea aplicada el derecho de prioridad de la regulación federal (preemption). Este acuerdo, que ha sido denominado “un programa de federalismo cooperativo” es aplicado en numerosos esquemas legales.

Por el contrario, cuando el gobierno federal obliga a los Estados a regular, el control de los actos de los funcionarios tanto federales como locales se ve limitado. Si, por ejemplo, los ciudadanos de Nueva York, no consideran que prepararse para disponer de los residuos radioactivos sea en su mejor interés, pueden elegir funcionarios que compartan su opinión... Pero cuando el gobierno federal ordena a los Estados reglamentar una actividad, puede ocurrir que los funcionarios locales deban soportar la desaprobación pública mientras que los funcionarios federales que establecieron el programa regulatorio pueden permanecer aislados de las ramificaciones electorales de su decisión. El control de los actos de los funcionarios se ve disminuido cuando debido a la coerción federal los funcionarios locales electos no pueden regular de acuerdo con la visión del electorado local en materias donde no existe un derecho de prioridad de regulación federal.

La Corte sostuvo la constitucionalidad de la ley en cuanto autorizaba a los estados con sitios para disponer de residuos nucleares a cobrar una sobretasa en los residuos provenientes de otros estados. Estas tasas más elevadas fueron establecidas como incentivos financieros para los estados para cooperar con el esquema de disposición de residuos nucleares. La Corte también sostuvo la constitucionalidad de la norma que autorizaba a los estados y a los acuerdos regionales que tenían estos “basureros nucleares” a aumentar los costos de acceso a estos sitios y a negar el acceso a residuos generados en estados que no cumplieran con las guías de comportamiento federales.

El federalismo y el dilema de los prisioneros.

En este caso New York, como en muchos casos de federalismo los estados o provincias se encuentran en un juego del dilema de los prisioneros. Los estados están mejor colectivamente si existen sitios para disponer de residuos nucleares, pero cada estado individualmente preferiría estar fuera del proceso de disposición y tirar sus residuos en los “basureros” en otros estados que han sido lo suficientemente previsores y responsables de desarrollar programas de tratamiento de residuos. Sin un sistema coordinador y alguna sanción a los no cumplidores la estrategia racional es para cada estado producir residuos y que nadie estableciera basureros.⁹

Una situación similar existe en la Argentina con el sistema tributario. Si el gobierno federal recauda los impuestos y luego los distribuye de acuerdo a un criterio puramente político y no basado en los recursos provistos por cada provincia, existe un incentivo a no recaudar impuestos locales. El incentivo que se presenta es para los gobiernos locales de no recaudar impuestos locales que son siempre antipáticos pero al mismo tiempo no reducir su gasto público. Esto último es posible porque al no recaudarse impuestos no hay incentivo en el contribuyente a controlar el gasto ya que no es él quien en finalmente paga el tributo. El incentivo se completa de esta manera el gobierno local puede aumentar el gasto y luego presionar políticamente al gobierno federal para que aumente los recursos provinciales. Esta situación es explosiva y es causa de la pésima utilización de recursos en varias provincias argentinas.

United States v. Lopez, 514 U.S. 549(1995)

En el **caso Nueva York** la Corte Suprema sostuvo que este y otros problemas en la aplicación concreta de la doctrina del proceso político

⁹ Farber, Eskridge & Frickey, Cases and Materials on Constitutional Law. West Group. 1998. p. 836.

federal eran fatales para la visión judicial que las relaciones estados parte-gobierno federal establecidas anteriormente en *García*. La Corte consideró que la relación gobierno federal-estados parte debía basarse en que si el gobierno federal podía imponer a los estados parte el cumplimiento de políticas federales, solamente podía hacerlo si pagaba por ellas o le daba a los estados opciones realistas de no cumplimiento. Si imponía un comportamiento debía dar los fondos para su cumplimiento. Esta doctrina se amplió en **el caso López** de 1995 donde se planteó el problema de la constitucionalidad de las zonas protegidas de armas que rodeaban a las escuelas. Existe una ley federal que hacía un delito que un individuo que portara armas de fuego cerca de lo que razonablemente se pudiera creer que es una zona de escuelas. El acusado López, un estudiante del doceavo grado en la escuela secundaria Edison en San Antonio, en Texas, llegó a la escuela con un revólver calibre .38 cargado con cinco tiros. Las autoridades lo arrestaron y lo acusaron bajo la aplicación de la ley del Estado de Texas que establecía la procesión de armas de fuego en lugares escolares. Al día siguiente las autoridades del Estado continuaron con la acusación porque funcionarios del gobierno federal acusaron a López con la violación de la ley mencionada de prohibición de llevar armas de fuego en zonas de escuelas. Fue condenado por el Juez de Sección Federal a seis años de prisión y a dos años de vigilancia supervisada. López apeló diciendo que la ley era inconstitucional y que estaba fuera del poder del Congreso para legislar dentro de la cláusula comercial. La Cámara de Apelaciones del quinto circuito coincidió y revocó la condena del acusado.

El gobierno de los Estados Unidos apeló justificando la constitucionalidad de la ley al estar incluida dentro de la cláusula comercial, y que las armas de fuego cerca o dentro de las escuelas podían llevar a un crimen violento, y que el crimen violento afectaba la economía nacional de tres maneras: La primera es que los costos del crimen violento son amplios y aparecen a través de las líneas estatales y particularmente influyendo los mercados de seguros. Segundo que el crimen violento hace que algunos lugares del país sean menos atractivos y por lo tanto reducen los viajes a través de los límites estatales, y tres que las armas de fuego dentro o cerca de las escuelas dañan el medio educacional y que ese daño resultaría en una fuerza laboral menos productiva y por lo tanto una economía nacional menos saludable.

El Presidente de la Corte Rehnquist escribió la opinión por la mayoría en la que se expresó por un tribunal fuertemente dividido y decidió que la ley era inconstitucional. Bajo la teoría del gobierno, se señaló, no existe un límite para el poder del gobierno federal bajo la cláusula comercial. Con respecto al crimen el gobierno puede revelar cualquier cosa que pueda causar que el crimen violento aumente. En la medida que

encuentre una conexión entre la actividad regulada y el comercio interestatal. La implicación es que con respecto solamente al crimen esta conexión es tan sencilla de encontrar que no existe una limitación efectiva en la habilidad del Congreso a regular la actividad local y por lo tanto de esta manera reducir el crimen. Cualquier implicación futura que es verdadera para el crimen violento, será también para cualquier otra actividad que le gobierno federal quiera regular. El resultado, dijo el Presidente, era que bajo el argumento mencionado por el gobierno federal no existirían límites efectivos a la jurisdicción que el Congreso ejerce en cumplimiento de la cláusula federal. Señaló que esto iba demasiado lejos y por lo tanto propuso una prueba que establecería el límite de esa jurisdicción: *“La prueba correcta de la extensión apropiada de la cláusula comercial requiere un análisis sobre si la actividad regulada acepta sustancialmente el comercio interestatal”*.

El mandato legislativo en el federalismo y los fondos disponibles.

Un reclamo que generalmente los Estados partes hacen en Estados Unidos, es que el gobierno federal a través de la legislación da mandatos para los cuales no se proveen fondos.

De cualquier manera la teoría del proceso político federal sigue siendo muy fuerte ya que estuvo en la base de la disidencia del juez Bryer en el caso hizo referencia a la adecuada protección para los estados en el debate que ocurrió en el Congreso y en la representación que los intereses del Estado tienen dentro del Congreso, y que la Corte Suprema debería mostrar una deferencia extrema al Congreso en estos temas. Si los programas de gobierno se pasan del gobierno federal a los gobiernos locales sin los recursos es muy probable que las provincias aumenten sus impuestos para pagar esos programas, aunque se trate de temas tradicionalmente dentro de la competencia provincial como salud o educación. En general los estados parte no desean imponer nuevos impuestos. Primero porque tienen recursos desiguales, algunos pueden ser ricos y deseosos de aumentar los impuestos, otros pobres y sin posibilidades ni deseos de establecerlos. Y la segunda alternativa es que existe esta competencia interprovincial para atraer inversiones y en general recursos. Ello impide que una provincia imponga o establezca nuevos impuestos a menos que los demás lo hagan. Debido a esta falta de voluntad por parte de los estados miembros existen doctrinas que sostienen que algunos impuestos deben ser compartidos entre el gobierno federal y los gobiernos provinciales. Sin embargo el inconveniente de alejar el impuesto de la fuente es que no existe esta relación directa entre la aplicación del impuesto, la imposición y el gasto público eficazmente efectuado. Uno de los motivos por los cuales las provincias aumentan sus gastos públicos es que al ser percibidos por un

órgano recaudador diferente no existe un control social directo entre la recaudación y el gasto. De esta manera la imposición aumenta, el gasto público aumenta y la eficacia del gasto disminuye.

La economía del federalismo comparado.

Las tendencias en el federalismo varían, en los Estados Unidos, existe tanto en los votantes como en las decisiones judiciales un deseo de resurgimiento del federalismo, una posición más conservadora frente al unitarismo del Estado de Bienestar, por ello prefieren mayor competencias de los Estados.

En Suiza la característica es el Cantón como agente del gobierno federal. No existen funcionarios federales en territorio local, las funciones federales típicas como aduanas, defensa y control fronterizo son realizadas por funcionarios locales.

En la Argentina la mayor influencia del federalismo es la participación de las provincias en la decisión federal y en particular la distribución de la recaudación tributaria.

En la especificación las diferencias entre los tres principios de federalismo ocurren en la determinación de la representación del gobierno central y en la asignación a este a otro de los bienes públicos puros y de las limitaciones de las externalidades. El federalismo económico desea que todos los gobiernos locales elijan un representante o un gobierno central representativo, lo que podríamos llamar un Presidente planificador, y le asignan a él todos los bienes públicos puros y la responsabilidad de limitar las externalidades. Es entonces la tarea de este Presidente planificador de establecer y administrar las políticas públicas del gobierno central eficientemente, presumiblemente guiados por principios de eficiencia en materia de finanzas públicas. Para Buchanan los costos de llegar a un acuerdo en la negociación son del punto de vista social fondos perdidos. Un medio para reducir estos costos es organizar la actividad colectiva en las menores unidades consistente con la extensión de la externalidad que la colectivización desea eliminar. Hay entonces una relación entre la organización y la externalidad que se busca eliminar.

Por su parte el federalismo cooperativo le da a cada gobierno local un representante en el gobierno central y entonces permite a esos representantes llegar a acuerdos siguiendo a Coase para mejorar el bienestar de esos ciudadanos. Estos acuerdos pueden incluir a todos los gobiernos locales, como sería el caso en un acuerdo para que se cumplan y hacer cumplir los acuerdos, o solamente a un grupo de esos gobiernos locales. El federalismo cooperativo asigna todos los bienes públicos y la

reducción de externalidades negativas a los gobiernos locales, a menos que los gobiernos locales deseen centralizarlo.

El federalismo democrático sigue conjuntamente tanto a la representación como a la asignación de recursos y de funciones como parte del esfuerzo de equilibrar las ganancias de eficiencia por la provisión de esos bienes por el gobierno central contra las ineficiencias que pudieran surgir cuando legislaturas centrales deciden cual es el nivel que la provisión de los bienes públicos debe ser. Las legislaturas numerosas cumplirán bien la función de representar las preferencias de los ciudadanos pero pueden proveer presupuestos ineficientemente amplios, es decir, universalistas. Las pequeñas legislaturas son menos representativas pero el proceso de asignación de recursos por el presupuesto está más controlado en cuanto a los gastos excesivos. Sin embargo cuando se evalúa la eficiencia económica en el comportamiento de las constituciones federales se debe reconocer que las instituciones federales elegidas tienen implicancias importantes en la participación política y en la protección de derechos y libertades individuales. Son dos valores centrales que han aparecido en los debates constitucionales. James Madison sostuvo en el federalista número 10 que un gobierno central fuerte y al mismo tiempo altamente representativo era el mejor protector de los derechos individuales y de esta manera colaboró en la definición de la representación y designación de competencias en la Constitución. Las preocupaciones contemporáneas en la Unión Europea sobre participación política y el déficit democrático pueden tener un efecto similar al elevar al parlamento europeo a una importancia institucional mayor en una Constitución de la Unión Europea.

Existen también buenas razones para pensar que la eficiencia, la participación y la protección de los derechos individuales entran en conflicto, y, por lo tanto, el establecimiento de instituciones en la Constitución federal requerirá decisiones complejas. Por ejemplo, un gobierno central basado en los principios del federalismo económico o del federalismo democrático con una pequeña legislatura es probable que sea relativamente más eficiente o la estructura federal más eficiente para la provisión de los bienes públicos y para limitar las externalidades negativas. Sin embargo, una estructura de ese tipo puede no cumplir con el objetivo de la mayor participación política que está típicamente mejor cumplida al conceder a los gobiernos locales pequeños una mayor representación en las decisiones del gobierno central y mayores responsabilidades en la determinación de políticas públicas. Los derechos individuales también pueden ser amenazados por un gobierno federal centralizado. A pesar de los argumentos contrarios que expresara en su momento Madison es cierto que existe una tensión por una parte entre un gobierno central con muchas competencias que establezca un

control burocrático sobre los derechos individuales, el Estado administrador, y por otro lado cuando se dan mayores competencias a los gobiernos locales existe un mayor riesgo de que se transformen en oligarquías provinciales. En estos temas pueden citarse los casos "**García**" que adoptó la doctrina del proceso político al sistema federal, y los casos **López** de 1995 en los cuales la Corte requirió al Congreso que se hiciera más explícita la conexión entre la reglamentación nacional y las actividades estatales y el objetivo nacional y en el caso "**Printz**" de 1997 en los cuales la Corte revocó el mandato establecido por el Congreso de que se debían cumplir ciertas funciones por los gobiernos locales sin que el gobierno federal le diera los recursos. Existe también doctrina que sostiene que la asignación de política descentralizada es el mejor medio para la protección de derecho de propiedad individual.

La tarea de repensar el federalismo establece muchas veces la necesidad de establecer mecanismos flexibles en los cuales las instituciones federales variarán de acuerdo a la necesidad de cumplir objetivos de gobierno. Por ejemplo para lograr la eficiencia económica los gobiernos locales pueden en algún momento verse asignada la responsabilidad para asumir los servicios públicos congestionables. Para los problemas de bienes públicos puros y el problema de las externalidades interjurisdiccionales el principio de federalismo económico recomienda que estos bienes sean asignados al gobierno central. Al mismo tiempo sin embargo los principios del federalismo cooperativo y del federalismo democrático son menos claros en este punto. La habilidad del gobierno central para proveer los bienes públicos puros eficientemente puede depender fundamentalmente de como los representantes de los Estados sean seleccionados para la legislatura nacional. Los legisladores elegidos localmente pueden poner intereses puramente locales sobre el interés colectivo de la provisión de bienes públicos en forma eficiente. El federalismo cooperativo sostiene que la asignación de los bienes públicos puros y la eliminación de externalidades esté a nivel local, en cambio el federalismo cooperativo cuenta con que la habilidad de una negociación interjurisdiccional para mejorar la asignación de esos recursos. El principio del federalismo democrático retiene la asignación del gobierno central para los bienes públicos y la limitación de las externalidades pero sostiene para una representación más rápida y enérgica de los intereses locales en el nivel nacional. De esta manera recomienda la participación de representantes elegidos nacionalmente para una legislatura nacional. Finalmente otros objetivos de gobierno pueden ser considerados también, como es la participación política y la protección de los derechos individuales. Estos valores constitucionales muy importantes pueden favorecer una representación local amplia en la legislatura nacional aún permitiendo que pueda haber un costo o una limitación de la eficiencia por tener legislaturas muy amplias o universales. O también puede favorecerse a muchos gobiernos locales y la asignación local de bienes

públicos y limitación de las externalidades aunque se reconozcan posibles amplias ineficiencias impuestas por las externalidades dejadas sin resolver porque no se han podido lograr los acuerdos interjurisdiccionales.

¿Qué tipo de federación somos?

Comencemos con una tesis: en el ejercicio de competencias nuestro federalismo es débil, pero, en la doctrina del proceso político federal, nuestro federalismo es muy fuerte, ya que los gobernadores son actores importantes en las decisiones del gobierno nacional. El debate de nuestro federalismo es la manera en que se enfrentan y negocian el gobierno nacional con los gobernadores provinciales y los medios que utilizan en tarea.

A. *Un federalismo competitivo.*

El federalismo es una forma de promover la eficiencia, porque es más fácil el control por parte de los habitantes en pequeñas organizaciones antes que en las grandes. Este fenómeno se le llama el de la "voz" y la "salida"¹⁰. De la misma manera que la división de poderes es eficiente porque crea ramas especializadas y gobierno de una mayor publicidad de los actos que facilitan el control, podemos decir que el sistema de distribución de competencias entre el gobierno nacional y las provincias es otra forma de separación de poderes. Al mismo tiempo, el federalismo evita que existan enormes economías de escala que se produciría si se gobernara una sociedad compleja, extendida en el territorio y que uniera territorios poblados y despoblados, con prácticas y tradiciones diferentes, desde una misma y generalmente enorme ciudad. También el federalismo permite la experimentación con diferentes formas de gobierno, para resolver situaciones creadas en condiciones locales disímiles. Una pregunta a plantearse sería si la existencia distintos gobiernos en los territorios gobernados por reglas diferentes no aumentaría los costos de transacción que deben asumir los habitantes del país. Costos que en lo que incurrirían cuando hagan actividades que atraviesan las jurisdicciones. El federalismo ha dado una respuesta temprana a este problema, y se ha creado una competencia del gobierno federal para resolver estos conflictos, que van desde la resolución judicial en materia de competencias, la imposición de la jurisdicción federal, hasta la intervención en el territorio de las provincias para resolver conflictos políticos.¹¹

¹⁰ cf. Albert O. Hirschman, *Exit, Voice and Royalty*, responses to declines in firms, organizations and states. Harvard University Press. 1970, ver pag. 106 para su aplicación al sistema político.

¹¹ Sobre la intervención federal ver Juan Vicente Sola. *Intervención Federal en las provincias*. Abeledo Perrot, 1982.

Si gobierno nacional pudiera gobernar solamente con el acuerdo los gobiernos provinciales estaríamos en una confederación, y no en una federación o en una Nación. Los costos de transacción políticos para gobernar serían excesivamente elevados, porque sería necesario el acuerdo los estados partes de la confederación para que el gobierno confederado pudiera tomar una decisión. Sin duda, el federalismo tiene también sus costos, y uno de ellos es que posee un sistema jurídico más complejo y una organización legislativa y judicial que no tienen los sistemas unitarios. Esta fue una situación que no escapó a nuestros constituyentes originariamente en 1853 cuando establecieron que el derecho común, es decir el derecho codificado, fuera único en todo el territorio. Se impidió que existía el régimen jurídico diferentes en todas las provincias como es el caso los Estados Unidos, y ésta unificación se efectuó al costo de perder la capacidad de laboratorio de ideas que caracterizan federalismo y evitó la posibilidad de que las provincias compitieran entre sí por inversiones o por población calificada que hubiera ocurrido si existieran regímenes jurídicos diferentes, algunos más eficientes que otros. Ocurrió una "*cartelización*" del sistema jurídico¹², que facilitó el conocimiento del derecho en un sistema común pero limitó la capacidad de competencias de las provincias que permitirían tener una mayor innovación y una más perfecta aplicación de las normas jurídicas a la realidad diferente existente en cada territorio. De todas maneras, el sistema permitió alternativas, ya que las leyes procesales fueron diferentes en cada provincia, y también el dictado en las normas de aplicación para el derecho común existente. Es decir, que esta unidad legislativa fue sólo parcial ya que interpretación de los códigos es efectuada a través de normas procesales locales y por jueces locales lo que permite una cierta variación en la jurisprudencia existente. Sin embargo aún esta débil posibilidad de diferenciación fue en gran medida agotada por las imposiciones del llamado "estado de bienestar" que expandió la regulación federal de gran cantidad de actividades y la existencia de empresas del estado establecidas en Argentina partir de los años '40.¹³ La unificación jurídica ha significado una desventaja ya que impidió el funcionamiento de laboratorio de nuevas ideas y limitó la posibilidad entre las provincias de competir que hubiera asegurado sistema jurídico más eficiente, es decir, que permitieran una respuesta adecuada y flexible a diferentes requerimientos de la población.

¹² Es decir, una forma de oligopolio en el que todos ofrecen servicios similares y precios similares, pero no los mejores que surgirían de la competencia.

¹³ Era un lugar común en lugares de la Patagonia decir que el gerente de YPF era el verdadero gobernador.

El federalismo aumenta la eficiencia del sistema político porque las instituciones que compiten entre sí para ofrecer mejores bienes y servicios a los habitantes que son consumidores de los bienes y servicios gubernamentales. La competencia siempre lleva a resultados eficientes porque permite que las personas accedan a mejores bienes y servicios de un precio más reducido. La expresión "precio" no se refiere exclusivamente a menores impuestos y tasas para los contribuyentes, sino también a una reducción en los costos de transacción que deben asumir quienes brindan en una jurisdicción administrativa. De esta manera, tendrán menos retrasos en los trámites, mayor rapidez en decisiones, celeridad en los procesos judiciales, una mayor certeza en las transacciones y también en su seguridad personal. Un sistema federal bien diseñado asegura que los poderes que se ejerzan en nivel local incentiven la competencia entre los gobiernos para proveer un buen servicio gubernativo al menor costo tributario posible, ya que los funcionarios locales buscarán favorecer habitantes y empresas que de otra manera podrían emigrar hacia otras provincias.

Este es uno de los inconvenientes de la coparticipación federal de impuestos, ya que incentiva al no cobro de los impuestos locales y disocia el aumento del gasto público con el aumento en la carga tributaria. Entonces la población favorecerá el aumento de un gasto al que no tendrá que hacer frente. Al mismo tiempo la coparticipación no permite saber si la gestión gubernamental local es buena o mala, ya que no importa que desempeño tenga el gobernador y cual se ha el crecimiento económico de la provincia, porque percibirá la misma cuota de participación en los impuestos recaudados. De esta manera, un gobierno excelente será castigado electoralmente porque recaudará lo mismo que un gobierno inepto, incompetente o corrompido. Es por lo tanto un incentivo negativo. La disociación entre actividad del gobierno provincial y los impuestos recaudados crea otro incentivo perverso. Permite una amplia discrecionalidad del gobernador en el uso de los fondos, porque no son producto del impuesto percibido localmente, ni pueden calcularse eficazmente en el presupuesto provincial porque dependen del actividad de otro gobierno que es el que recauda. El gobernante local los utilizara en defensa de sus intereses políticos lo que impone una fuerte tendencia al clientelismo. Un ligero incentivo tiene consecuencias inesperadas y vastas, podemos decir que el federalismo argentino la coparticipación impuestos y tiene una larga sombra.

Los gobiernos locales tienen el incentivo que discriminar en favor de sus propios habitantes. Buscarán la manera de crear barreras que impiden el ingreso de bienes, servicios, de nuevas empresas o de nuevos profesionales que compitan con los locales. La Constitución previó la existencia de este comportamiento y el remedio propuesto fue la "cláusula comercial". Estableció la regulación por el Congreso del

comercio interprovincial e internacional, con el objetivo de evitar que las provincias impusieran externalidades dañinas a las demás e internalizaran solamente las externalidades positivas. Es decir, que impusieran barreras y costos a quienes quisieran trasladar y vender productos de otra provincia que compitieran con la producción local. La cláusula comercial cumple la función de crear un gran mercado nacional único de bienes y servicios, sin las restricciones que pudieran establecer gobiernos locales a este libre juego de la competencia.

Si los gobiernos provinciales compiten entre sí con inversiones, desarrollo de industrias y creación de empleo, existe la tendencia a crear externalidades a los competidores indeseados. En lo que ocurre cuando un gobierno local establece privilegios, tributarios o regulatorios, en favor de sus residentes, imponiendo además costos de transacción agravados a los residentes de otras provincias. La misión del gobierno nacional es la de eliminar las externalidades negativas que ir a promover el sistema de gobiernos locales en competencia y esta acción busca la disminución de los costos de transacción de los gobiernos provinciales impusieran a los habitantes de otras provincias y esta manera, asegurar una mejor distribución de los recursos.

Sin embargo en el caso argentino existieron grupos de interés que obtuvieron una regulación nacional que le permitiera establecer privilegios, como son las zonas francas, y los regímenes de promoción industrial que destruyeron el sistema de competencias imaginado en la Constitución. Pero este no es el único caso de la deformación de la del gobierno federal, el sistema electoral, la composición del Senado y la característica de los gobernadores como jefes políticos regionales han constituido una organización paternalista y de clientela política con grave riesgo a las libertades individuales al mismo tiempo que la defensa de la competencia.

B. La flexibilidad en las competencias entre la Nación y las provincias.

Presumiblemente cuando estados independientes forman una federación establecen las reglas de representación, las competencias jurisdiccionales y los sistemas electorales de tal manera que los beneficios sean mayores que los costos. Sin embargo, los intereses de la Nación y los de las provincias y entre estas, pueden cambiar con el tiempo, de tal manera que costos de permanecer unidos pueden exceder temporariamente los beneficios de la unión y el restablecimiento de los beneficios superiores a los costos sólo puede hacer posible bajo una estructura institucional diferente. La división apropiada entre la responsabilidad gubernamental de las provincias y la del gobierno nacional debe ser flexible con el decir, que la medida que los factores que

justifican esta división cambian la asignación de responsabilidad gubernamental debe cambiar también. Habrá períodos en los que el gobierno central ceda competencias y tenga sus responsabilidades definidas en forma estricta y otros períodos en que el gobierno central deba ser fuerte y asuma poderes amplios. Esto sugiere que aún cuando la Constitución de una federación describa en su texto la relación entre gobierno central y los gobiernos que provincias, esta no pueda ser fijada de manera inmutable. La antigua doctrina del "federalismo dual" establecida por el juez Marshall en el caso *Gibbons vs. Ogden*¹⁴, que tuvo una larga aceptación en la teoría jurídica, en gran medida por la facilidad de su descripción. Era mucho más sencillo imaginar competencias inmutables que un sistema que pudiera tener alguna flexibilidad en el tiempo. Sin embargo, a poco de andar fue evidente que los nuevos desafíos se planteaban a la forma de gobierno dividida entre Nación y provincias requería de respuestas institucionales adecuadas. La división apropiada de responsabilidad debe, por el contrario variar entre el gobierno nacional y las provincias. Esta estructura flexible para la distribución de competencias tanto entre la Nación y las provincias como entre los poderes del gobierno, así lo reconoció la Corte Suprema de los Estados Unidos en dos falsos ampliamente citados. Son los casos *Garcia vs. SAMTA*¹⁵ para el federalismo y *Youngstown vs. Sawyer*¹⁶, también llamado el caso de las *tuberías*, para las relaciones entre el Congreso y el Presidente.

La teoría de la flexibilidad en las competencias en su origen en el pensamiento económico, y tiene algunas curiosidades. El ya citado artículo de Ronald Coase "La Teoría de la Empresa".¹⁷ Este artículo sostiene que un empresario produce dentro de su empresa los bienes y servicios que se pueda realizar a un costo menor que los que se ofrecen el mercado. Entre los costos debe incluir los costos de transacción, es decir aquellos costos que provengan de la negociación de contratos por que pudiera obtener insumos y bienes que pudiera luego vender. Sólo produciría aquellos bienes y servicios si tuvieran un costo final o de transacción menor que lo que pudiera comprar en el mercado. El centro de la argumentación en este engañosamente sencillo artículo de Coase, es si la decisión del empresario de producir también dentro de su

¹⁴ El caso *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1 (1824), fue también aplicado reiteradamente por nuestra Corte Suprema.

¹⁵ *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 U.S. 528 (1985) que señaló que no existe una regla única de división de competencias entre gobierno federal y Estados parte.

¹⁶ *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952), ver voto del Juez Robert Jackson.

¹⁷ por éste artículo, y por el artículo que publicaría 1960 "La naturaleza del costo social" Ronald Coase recibiría en 1991 el premio Nobel de Economía.

empresa del variar a de acuerdo a los precios que existan en el mercado, si comprar un insumo es más barato en el mercado no lo producirá, si los costos de transacción bajan y puede negociar contratos para la provisión de bienes y servicios no los producirá internamente. Entre estos costos de transacción, están los costos de agencia, que son los costos que sufre el principal frente al incumplimiento del agente. Ya sea el caso de gobernante que tiene funcionarios a su cargo, un votante que desea que los legisladores cumplan con sus promesas, o simplemente un empleado que quiere que sus empleados acepten y lleven adelante sus instrucciones. De acuerdo con la variación existente en los costos de transacción es la flexibilidad lo que caracteriza la actividad de la empresa en una economía de mercado, una empresa rígida no podría subsistir. Esta teoría de Coase no fue fácilmente comprendida su momento pero tuvo una gran influencia posterior, particularmente cuando se comprendió que una organización rígida podía quedar al fenómeno de "falla de jerarquía" igualmente grave que las estudiadas "fallas de mercado". Una empresa que tiene un sistema de producción muy costoso mayor al que existe el mercado tener pudiera decir con sus productos con empresa única de una gran regímenes en la provisión del servicio público por ejemplo, sería tan costosa que debía ser reformada o privatizada.

Es decir, que según la Teoría de la Empresa de Coase, la actividad de toda organización debe ser flexible si desea cumplir con sus objetivos tal como fueron planeados. Si la provisión de servicios gubernamentales es centralizada los costos de agencia son muy elevados y la distribución de estos servicios ineficientes. En este caso, es la unidad gubernamental menor que tienen menos de costos de control la que debe proveer del servicio en cuestión. Esto no quiere decir que deba ser siempre la unidad gubernamental menor de la que debe tener las competencias, ello variará según varían los otros de transacción existentes para cumplir los objetivos. Siguiendo la teoría de Coase, la distribución de competencias entre la Nación y las provincias debe ser flexible según que la provisión de bienes gubernamentales pueda practicarse a un menor costo en nivel local o federal. Un ejemplo de la flexibilidad en la historia constitucional argentina es el caso de la educación primaria. Si bien la competencia constitucional original primaria era provincial, ocurrían que muchas provincias no invertían en la construcción de escuelas, ni en la formación de docentes, ni en organización de programas. Hacia fines del siglo XIX, la ley Láinez¹⁸ estableció escuelas nacionales en las provincias,

¹⁸ Ley Láinez 4874/05, el Consejo Nacional de Educación establecía escuelas en las provincias que lo solicitaran. Se trataba de escuelas "elementales, infantiles, mixtas y rurales".

con un programa modernizado y con docentes bien pagos. Este sistema logró con éxito mantener nivel básico de exigencia en toda la educación del país. La existencia escuelas nacionales en las provincias hizo que fueran del modelo educación para todas las demás escuelas estuvieran en la localidad. Sin embargo, con el tiempo los elevados costos de agencia que imponía mantener una organización educativa en todo el país, la hizo muy costosa. Además una vez establecido este límite básico que habían creado las escuelas nacionales, podía establecerse un cambio entregar todas las escuelas primarias dentro de la competencia de las autoridades provinciales. Esto suponía establecer la competencia entre los sistemas educativos, ello tuvo un resultado positivo en cuanto que algunas provincias demostraron una gran eficacia y ofrecieron la educación y mejor calidad y a un menor costo, en otros casos esos beneficios no ocurrieron.

Por lo tanto, esta doctrina también es útil para analizar las competencias dentro los poderes públicos, como es el caso de las competencias entre la Nación y las provincias o entre el Congreso y el Presidente. Ya que pueden existir ocasiones en si una actividad cumpla mejor el objetivo para el cual fue diseñada cuando la realiza un gobierno local, y en otras ocasiones la misma actividad puede ser cumplida por el gobierno central, según la existencia de los costos de transacción que puedan determinarse en el momento. La determinación de los costos de transacción requiere un detallado estudio por parte de gobernantes y jueces. Naturalmente esto requiere un gran esfuerzo, primero porque siempre deseamos la certeza de los derechos, saber con claridad que competencia tiene cada funcionario para permitir un mejor control de su ejercicio, el segundo, más importante, es que valorar los momentos de cambio en los que una actividad deja de ser eficiente en manos de un poder para ser ejercido por otro, es un fenómeno muy complejo que requiere una gran imaginación jurídica y un gran sentido democrático. Todo ello no es fácilmente aplicable en manos de políticos comprometidos con sus intereses, o de jueces temerosos.

La teoría planteada por Coase supone una corrección al principio de subsidiariedad que sostiene que la competencia debe ser concebida a la menor jurisdicción que pueda realizarla, y que tiene base constitucional en el sistema de la Unión Europea. Sería la organización que tiene los menores costos de transacción la que debe realizar la actividad, pero con conciencia que los costos varían en el tiempo.

C. *¿Cuándo nos conviene ser federales?*

El federalismo nos plantea dos dilemas básicos:

¿Por que las provincias aceptan ceder algún grado de soberanía a un gobierno central y retener alguna soberanía independiente para sí mismas?

¿Qué responsabilidades gubernamentales deben ser asignadas al gobierno central y cuales a los estados miembros?

Podemos partir de una presunción, que cuando estados independientes se unen lo hacen porque perciben los beneficios de la unión exhibiendo los costos de pertenecer a ella. Podemos imaginar cuatro beneficios:

1. minimizar los costos y maximizar los beneficios de cruzar las jurisdicciones,
2. efectuaron economías de escala en la provisión de servicios gubernamentales,
3. minimizar las distorsiones monopolísticas del gobierno, e
4. implementar políticas redistributivas óptimas.

La primera razón por la cual un estado independiente puede mostrar la unión con otros tiene que ver con los costos y beneficios de cruzar jurisdicciones. Supongamos que la producción en un país A genera una contaminación que impone costos no compensados a los habitantes del país B, claramente los contaminadores estarán fuera de alcance de la reglamentación del país B, y ningún interés existirá en el país A en la reglamentación que impida una contaminación que no les afecta. Los países A y B podrían negociar una solución a estas externalidades, y podrían llegar a un acuerdo contractual con respecto a la contaminación, que sería eficiente porque las partes estarían mejor de lo que estaban anteriormente.

Estas soluciones negociadas sobre la externalidades interjurisdiccionales no son muy prácticas. Los costos de negociar y aplicar estos acuerdos puede ser demasiado a altos y en algunos casos de imposible obtención. Cuando las actividades que generan externalidades son reiteradas y se dirigen en ambas direcciones, en una sencilla para la partes consolidadas en un unión, antes que hacer una serie de acuerdos contractuales tocando en cada uno un equilibrio de costos y beneficios. Un acuerdo general en la unión, como son las constituciones que generan sistema federales, debe tener un eficaz procedimiento de solución de controversias. Por lo tanto, podemos concluir que donde los problemas de externalidades interjurisdiccionales son numerosos, la consolidación de dos o más gobiernos puede ser un medio óptimo para resolver estas ineficiencias. La pregunta siguiente es saber en qué responsabilidad gubernamental debe estar situada la aplicación de este tipo de acuerdos, o la local o la federal. Si los costos y beneficios de una acción, cruzan líneas jurisdiccionales, entonces el más alto nivel de gobierno que pueda internalizar completamente los costos y beneficios de la acción de ser el responsable. Solamente entonces, una autoridad

gubernamental tendrá los incentivos apropiados para regular una actividad que genera externalidades. Como se trata de la interpretación de acuerdos, la acción de los distintos gobiernos, locales o federales, dará lugar a conflictos de interpretación, por esa razón las federaciones tienen sistemas jurisdiccionales muy desarrollados.

D. La voz y la salida.

El federalismo trata de pequeñas jurisdicciones, lo que permite utilizar los criterios de "voz" y "salida" que han sido desarrollados como elemento de demostración de la eficiencia del mercado. En su concepción original, la "salida" es la decisión del consumidor de dejar de lado un determinado producto, porque no le satisface su calidad, su precio como las condiciones de venta. Ello tiene una influencia en la oferta cuando este comportamiento es reiterado. En la misma manera, cuando ciertas personas abandonan una empresa, los ingresos de la firma caen, se reducen sus clientes y los administradores son forzados a corregir las fallas. La " salida" está también presente en las decisiones políticas en cuando los habitantes mediante su movilidad se desplazan desde aquellas jurisdicciones que ofrecen servicios públicos de baja calidad hacia aquellos con mejor oferta. También ello, en cuando los ciudadanos deciden cambiar su voto y salen de sus lealtades políticas iniciales cuando los compromisos no fueron satisfechos. También ocurre cuando los inversores sin cambiar su residencia, deciden cambiar el centro de sus actividades. Una organización federal favorece la salida, ya que los costos de trasladar personas o inversiones es mucho más bajo que hacerlo de un estado independiente hacia otro.

Salir de una jurisdicción hacia otra es siempre muy costoso, por lo tanto antes de ejercer la salida, es probable que los habitantes una jurisdicción hagan saber sus ideas o protestas mediante la "voz". Lo mismo ocurre en un mercado, antes de negarse a adquirir un bien, es probable que un consumidor le haga saber al proveedor su desagrado con la calidad del producto o con el precio. De la misma manera, la " Voz" en la forma en que los ciudadanos expresan su aprobación o descontento con determinadas políticas e informan sobre sus preferencias electorales. De esta manera, la facilitación del ejercicio de la " voz" no sólo es democrática sino también eficiente.

En pequeñas jurisdicciones, en más sencillo para Voz como la Salida se utilizadas efectivamente por los habitantes y aseguraron esta manera la eficiencia del sistema político. Aún cuando los ciudadanos no estuvieran dispuestos ejercer la opción de Salida, la existencia de pequeñas jurisdicciones gubernamentales mejora la Voz. Es más fácil hacer conocer su opinión en un electorado de 1000 en uno de un millón. Por lo tanto la Voz y la Salida de llevar una mejor satisfacción de la

preferencias de los individuos que jurisdicciones pequeñas. La información necesaria, tanto para cambiar de jurisdicción, para participar en el debate público, es menor y menos compleja que en el caso de una jurisdicción mayor.

En los sistemas federales Salida es más fácil, ya que el traslado de una jurisdicción pequeña otra tiene un costo menor que desde una mayor, ni hablar si se tratara de un estado que puede tener políticas migratorias y aduaneras limitativas. También es más sencillo encontrar una jurisdicciones pequeñas personas con valoraciones similares que las propias lo que baja costos de formar grupos interés, clubes o partidos políticos. También en más natural expresar mi disconformidad con una política pública en una pequeña jurisdicción que hacerlo en una grande donde los costos de difusión de ideas se multiplican.

La Voz señala también la eficiencia del mercado de ideas. Habitualmente el consumo por una persona de un bien disminuye el de otra, si voy al mercado y compro un bien ese mismo objeto no podrá ser obtenido por otra persona, esos consumos son rivales. En la libertad de expresión no hay rivales, si una persona utilice una idea, o la difunde, no hay límites para los demás. Si yo difundo una idea los demás obtienen algo que no conocen, pero yo no pierdo la idea original al difundirla. Por lo tanto, la expresión libre de ideas crea externalidades que son positivas. Existen entonces razones económicas que justifican la importancia de la libertad de expresión, además de las muchas ya existentes por razones de defensa del sistema democrático. Al institucionalizar la competencia política, la democracia hace los cargos públicos inseguros. Los políticos y los funcionarios buscan seguridad a través del control de la información, es decir tratan de dictar el acceso al público de información que pueda hacer peligrar el control que ejercen sobre el monopolio del ejercicio del poder estatal. Pero la libertad de expresión impide a gobernantes y funcionarios públicos reducir la competencia política, es por eso que la protección constitucional de la Voz, es decir de la libertad de expresión, es derivada por las constituciones hacia los jueces y no dejadas al arbitrio del poder político.

En la pequeña jurisdicciones el ejercicio de la Voz es más sencillo, ya que se puede acceder al foro público de una manera habitual. Pero también la pequeña jurisdicciones facilitan los sistemas represivos de la expresión. Ya que pueden existir poco medios públicos que favorezcan la competencia de ideas y de mensajes. Por esta razón la libertad de expresión está garantizada en la Constitución Nacional y permite un control por los jueces y en última instancia por la Corte Suprema como forma nacional de asegurar reglas comunes del debate público.

E. ¿Es la Argentina un mercado común?

La pregunta parecería ociosa. Todo mercado interno dentro de un país debería ser común, las personas, aún las que quisieran trabajar, las inversiones, los profesionales y las cosas y bienes, deberían poder trasladarse libremente dentro de territorio de nuestro país. Sin embargo existe una gran tentación entre los gobernantes provinciales la tentación de los gobiernos de provincia es la de favorecer los intereses de sus habitantes, empresarios y trabajadores sobre los de los otros miembros de nuestra federación. Hace una tendencia estable al proteccionismo provincial, a establecer y obtener subsidios para empresas localizadas o de propiedad de habitantes de las provincias. Es la tentación histórica, por eso que nuestra constitución estableció una competencia federal para asegurar un libre mercado interno de bienes y servicios. Es la llamada "cláusula comercial" que establece la jurisdicción federal en la regulación del comercio internacional y del comercio entre las provincias. La tentación de los gobiernos de provincia continúa, y es favorecer a sus propios ciudadanos sobre los intereses extranjeros a su región y como resultado, se confieren beneficios y se imponen costos a los habitantes de otros estados miembros de la federación. En ocasiones, los privilegios fueron obtenidos con la connivencia del gobierno federal, lo que permite que exista una atracción de capitales hacia ciertas provincias. Pero como todo subsidio la promoción industrial transforma el interés del empresario en mantener el subsidio antes que en mejorar o aumentar su producción. El subsidio es el centro del negocio no la actividad comercial o industrial. De esta manera, se transforma en un incentivo a la simulación, es decir al incumplimiento de las condiciones que dan lugar a la aceptación del subsidio, para obtener solamente el privilegio sin la carga. El sistema de subsidios establecido dentro de nuestro federalismo es una cacería por la búsqueda de rentas indebidas.

F. Las economías de escala de servicios gubernamentales.

Un factor económico que justifique una federación es la posibilidad de realizar economías de escala en la provisión de servicios gubernamentales. Si algún servicio tiene economía de escala sería preferible que fuera provisto por la federación y no por cada uno de los estados miembros. Es decir, asignar las responsabilidades gubernamentales al gobierno en el cual servicio puede ser prestado al menor costo y con una maximización de beneficios. En algunos casos es conveniente centralizar la actividad ya que existe una disminución creciente de los costos de provisión de estos servicios gubernamentales en la medida que se van sumando nuevos beneficiarios. Sin embargo la historia del federalismo nos lleva a la cautela. Durante el predominio del estado de bienestar se imaginaba que todos los servicios gubernamentales eran economías de escala. Esta manera se centralizaba la provisión de educación servicios de telefonía, energía, agua potable y lo referido economía de bienestar

fundamentalmente las prestaciones de seguridad social. Pero si la provisión de servicios gubernamentales se centraliza los costos de agencias son muy elevados, en gran medida por qué la lejanía en el control hacía imposible la prestación adecuada de los servicios, al mismo tiempo la rigidez de la estructura gubernamental centralizada llevó a la "falla en la jerarquía". Los servicios fueron inadecuadamente provisto y quedó en evidencia que es la unidad gubernamental menor, que tienen menos costos de monitoreo de la que puede proveer un mejor y más eficaz servicio. Por supuesto, la provisión local de servicios gubernamentales hace que éstos sean diferentes unos de otros. Esta estableció una saludable competencia entre los gobiernos de provincia ya que quien proveía mejores servicios era quien atraería mejores inversiones y población calificada. Pero la competencia es costosa para quienes desean una monopolización del poder público. Una "cartelización" del poder político favorece la estabilidad de los gobernantes que pueden temer una activa competencia para saber quien ofrece mejores servicios gubernamentales.

Este es el debate planteado por la recaudación de los impuestos entre quienes consideran que deben ser recaudados por la autoridad más cercana a la fuente, es decir por los gobiernos provinciales que recauden sus propios impuestos, como por una recaudación centralizada. En principio se consideró que la recaudación de los tributos provinciales por la Nación creaba economías de escala. Nada parecía más sencillo, un ente recaudador centralizado con costos menores recaudaba todos los impuestos que luego se distribuirían de acuerdo, se suponía, con lo recaudados en cada provincia luego de ser separada la parte que le correspondía al gobierno nacional. Sin embargo, una vez efectuada la recaudación la distribución estaba sometida a los vaivenes del poder político y se utilizaron distintos y turbios argumentos para que la distribución se hiciera teniendo en cuenta elementos ajenos a la recaudación inicial.

G. Evitar las distorsiones monopólicas generadas por el gobierno.

Un tercer factor a tener en cuenta cuando se organice una federación es que se minimizan las distorsiones monopólicas generadas por los gobiernos. Los gobiernos tienen elementos monopólicos, de hecho son los únicos que pueden ejercer la violencia, y tienen una amplia capacidad de regulación de las vidas y de las haciendas de los habitantes. El federalismo minimiza las distorsiones monopólicas atribuidas al acto de gobernar porque reemplaza al gobierno único por una multitud de gobiernos, es decir introducir la competencia entre las unidades de gobierno. Si tenemos en cuenta la importancia que existan varios gobiernos que compitan entre sí para ofrecer mejores bienes y servicios,

es más sencillo explicar en qué nivel deben ser asignadas ciertas responsabilidades gubernamentales. Generalmente, si partimos de la presunción que el servicio de gobierno pudiera ser igualmente eficiente provisto en cualquier nivel, las distorsiones monopólicas en el nivel federal son mayores que las que existen en el nivel local. Si un gobierno abusara de su posición monopólica, digamos poniendo un impuesto confiscatorio, aquéllos que se encuentran afectados adversamente pueden migrar hacia otras jurisdicciones que tengan una menor presión tributaria. Ello no quiere decir que migren físicamente, aunque pueden hacerlo, sino fundamentalmente que trasladen sus inversiones o su principal actividad económica. La publicidad que los habitantes pueden dejar de vivir o invertir en un estado miembro de una federación es útil para mitigar los impulsos monopólicos típicos de los gobiernos locales. Por el contrario, esta migración correctiva no es tan probable como respuesta a una mala política del gobierno nacional, sencillamente porque los costos de trasladarse son mucho más elevados cuando hay que cambiar de país. Una persona puede estar dispuesto a dejar un pueblo del gran Buenos Aires a otra ciudad o provincia, porque el costo de transacción de darse es relativamente bajo y alguna manera aceptable, pero es improbable que esté dispuesto a irse a otro país en respuesta a la política monopolistas y extremadamente costosas de un gobierno federal. Aunque este voto con los pies no es del todo improbable en algunas circunstancias, como lo prueban casos en nuestra historia. Permite ver también las distorsiones en cuestiones como salud donde los pacientes viajarán hasta buscar el sistema que les asegure un nivel de tratamiento adecuado. Es en estos casos que se aplica el Principio de Tiebout.¹⁹ *La gente vota con los pies.*

No es solamente la competencia entre las provincias para evitar la migración lo que minimiza las posibilidades de una distorsión monopólica. Existen los beneficios positivos de la competencia. Los gobiernos crean diferentes experimentos diseñados para atraer a contribuyentes y proveer trabajo. Si la competencia entre provincias funciona para atraer capitales y trabajo es un potente motor del crecimiento. Esta visión optimista del **federalismo como laboratorio de ideas**, planteada por el Juez Brandeis en *New State Ice vs. Liebmann* 285 U.S. 311 (1932).

H. Políticas redistributivas óptimas.

La consideración final en la formación de una federación y en la eficiente decisión la autoridad entre estados parte o provincias, y gobierno federal

¹⁹ Charles Tiebout, A pure Theory of local expenditures, *Journal of Political Economy*, 64:416.

se refiere a cómo lograr que haya políticas óptimas de redistribución. Dijimos que las provincias compiten entre ellas para tener empleo, inversiones y contribuyentes. Pero a pesar que la atracción de inversiones y la creación de trabajo es deseable, la inmigración de personas en búsqueda de contribuciones de asistencia social es una carga para los recursos de la comunidad que no recibe. Al asumir los pagos de asistencia, generalmente temas de salud y educación, se aumentan los impuestos diferentes para quienes residen en una zona. Al mismo tiempo se incorporan sectores de los menores recursos, a menudo indigentes que desean dirigirse a un sistema de beneficios existentes en zonas de mayores ingresos pero sin pagar igualmente por ellos. Es decir, si una política de asistencia a la población generosa tiene el efecto que atraer a sectores más necesitados, que no asumirán el pago de esos servicios y que probablemente ni siquiera sean contribuyentes. Esto puede llegar a conflictos entre diferentes provincias, ya que existirá un incentivo de las provincias con menos recursos a trasladar a quienes requieran servicios de salud o de educación hacia las provincias que mantengan sistemas más elevados de sus prestaciones. Frente a esto existen dos soluciones posibles para tener un sistema de redistribución eficiente, la primera es un acuerdo entre las provincias para efectuar pagos entre ellas por los servicios prestados. Esto aumenta los costos de transacción ya que toda negociación en estos temas de alta sensibilidad social y política tiene elevados costos. La alternativa es que la prestación de los servicios asistencia social de este tipo, o el pago de esta prestaciones sí son efectuadas por organizaciones locales, sea asumida por el gobierno federal. Este debate fue realizado por la corte Suprema de los Estados Unidos, que debía analizar si existía una obligación de prestar asistencia médica a quienes no fueran residentes del estado que los proporcionaba. Este tema fue tratado en caso *Shapiro vs. Thompson* 394 U.S. 618, de 1969. Este caso que es sin duda polémico se planteaba podía una provincia establecer el requisito de un plazo mínimo de residencia para poder utilizar plenamente la asistencia social provista por ese estado. Se refería prestaciones de todo tipo, incluían alimentación, vivienda y otras necesidades vitales. La Corte decidió que una prohibición legal de recibir beneficios al residente de menos de un año creaba una clasificación discriminatoria frente a la igualdad establecida en la Constitución. Pero al mismo tiempo la Corte recordó que no existía una obligación constitucional de proveer esos servicios y que solamente que si éstos eran efectivamente provistos, no podía discriminarse en su utilización. La Corte también reconoció el origen de este tipo de medidas era para evitar que los estados ofrecían mejores servicios sociales pudieran una fuente de atracción de los individuos más necesitados que no tuvieran una prestación ese tipo de servicios en el lugar donde habitaban. Sin embargo señaló que no podía prohibirse el libre traslado de personas dentro del territorio nacional y la consiguiente fijación de domicilio permanente donde desearan.

Teoría de la decisión.

La falta de equilibrio o la intransitividad.

Generalmente cuando planteamos decisiones mayoritarias imaginamos decisiones con dos alternativas en las cuales se puede obtener un equilibrio único y estable. Pero puede surgir una situación en la que el equilibrio político no exista. Puede ocurrir que existan tres alternativas que sean cíclicas. En ese caso no existe equilibrio en la competencia electoral.

La decisión es circular. Normalmente una decisión es circular cuando imaginando tres actores cada uno tiene una preferencia diferente y entonces las votaciones mayoritarias toman decisiones cíclicas. En algunos casos las preferencias pueden ser intransitivas, esto es menos habitual. Supongamos que hay **tres alternativas** diferentes para gastos en educación pública. Un nivel bajo, un nivel moderado y un nivel alto. Supongamos que hay **tres grupos de votantes** de igual tamaño. El grupo conservador prefiere menos gastos en escuela pública antes que más gastos. El grupo moderado prefiere un nivel intermedio en gastos de educación. Finalmente existe un tercer voto que tenga complicadas sus preferencias. Ellos preferirían un alto nivel de gasto en educación, para el caso que cuando envíen sus niños a la escuela pública la educación sea excelente y gratuita. Pero si el nivel no es elevado, preferirían que fuera el más bajo, en cuyo caso enviarían sus niños a la escuela privada pero pagarían pocos impuestos para mantener una educación que no piensan utilizar.

Entonces si suponemos que
la alternativa A es bajo gasto de educación,
la alternativa B gasto moderado en educación y
la alternativa C alto gasto en educación,
en esta alternativa el voto mayoritario A vencería a B, B vencería a C y C vencería a A, por lo tanto el resultado sería intransitivo.
En un gráfico los votos de los conservadores y los moderados serían de un solo pico. Las preferencias del tercer grupo, que podríamos llamar de jóvenes profesionales darían la impresión de un valle con la posición más baja en B y con los picos en A y C. Los lados del valle serán más altos que su interior por lo tanto las preferencias tienen un doble pico.

La coalición dominante.

Una **coalición es decisiva** frente a un par de alternativas si cuando todos en la coalición prefieren una alternativa a la otra alternativa la

coalición puede obtener esta preferencia. Por lo tanto, cuando el Estado se encuentra frente a una alternativa entre x o y , la coalición es decisiva sobre la elección si cuando todos dentro de la coalición prefieren x sobre y el Estado elige x sobre y . Una coalición decisiva obtiene preferencia cuando sus miembros están de acuerdo. Si los miembros de una coalición decisiva están de acuerdo que prefieren una alternativa sobre otra entonces la alternativa con más preferencia domina la alternativa menos preferida. La alternativa x domina la alternativa y si la coalición decisiva existe en la cual todos prefieren x sobre y .

La dominación es importante para la estabilidad. Cuando la elección colectiva selecciona una alternativa dominada, una coalición puede formarse para reemplazarla con una alternativa dominante. Una alternativa dominada es consecuentemente inestable. La intransitividad implica que toda alternativa es dominada por otra alternativa. Cualquier alternativa en un ciclo intransitivo es inestable.

La expresión ganador Condorcet se refiere a una alternativa que puede derrotar cualquier otra alternativa en un par de votaciones. Un ganador con Condorcet no puede ser dominado, lo que significa que no se puede formar una coalición decisiva cuyos miembros prefieran una alternativa a un ganador con Condorcet. Una alternativa no dominada es en consecuencia estable. La característica del ganador con Condorcet es que supera cualquier ciclo de votación porque resuelve la cuestión formal de una coalición dominante o decisiva en dos votaciones.

Que posibilidades tienen las decisiones intransitivas en general se imagina que una persona racional no toma decisiones intransitivas. Que puede poner un orden estable a todas sus preferencias. De lo contrario sin ese orden una persona no podría imaginar cosas mejores que otras. Las preferencias intransitivas no dan un orden entre bueno y malo porque entran en círculos. Si las votaciones son intransitivas las decisiones estatales que surjan de esas votaciones no tendrán objetivos coherentes porque las votaciones intransitivas son circulares y las decisiones circulares son por lo tanto inestables y no pueden llegar a conclusiones. Además va en contra de la doctrina democrática. La acción de un gobierno representa en términos generales la voluntad de la mayoría o la voluntad o la intención de los representantes del pueblo. Si hay votaciones intransitivas estas expresiones no tienen sentido. Los votantes intransitivos no tienen una voluntad colectiva porque se contradicen entre ellos. Las votaciones intransitivas crean un problema en la justificación de la democracia. Las preferencias de un solo pico son más comunes cuando las decisiones se refieren a dos alternativas. Pero la realidad en las decisiones y preferencias establece que los gastos pueden realizarse por ejemplo en más de dos alternativas. Utilizando el ejemplo anterior en vez de elegir gastar más o menos en educación, las

alternativas son educación, seguridad y caminos. Las preferencias de los votantes forman ciclos intransitivos cuando las elecciones políticas ocurren en dimensiones múltiples, es decir cuando hay más de una alternativa que se pueda elegir por sí o por no.

La proposición de asignaciones lógicas posibles que resultan en una votación intransitiva aumentan con el número de alternativas y de votantes. El llamado teorema del caos sostiene que las intransitividads son tan frecuentes en elecciones multidimensionales que prácticamente cualquier resultado puede ser obtenido dentro de una secuencia apropiada de votos. Cuanto mayor es la homogeneidad social con respecto a las preferencias esto reduce la posibilidad de mayorías cíclicas. Si bien los ciclos de intransitividad se ven con más claridad en los casos de gustos sobre pares de alternativas el problema es mucho más amplio. En una generalización Arrow comprueba que ninguna Constitución democrática puede resolver el problema de la intransitividad en la elección de los bienes públicos. El **Teorema General de la Imposibilidad de Arrow** tiene aplicación también en estos temas. Variar los sistemas electorales no puede resolver los problemas de intransitividads.

La determinación de agendas.

Para prevenir que existan ciclos de intransitividad un sistema democrático debe adoptar reglas específicas y prácticas que tienen costos importantes. El voto en una legislatura, por ejemplo, establece reglas estrictas de procedimiento que a veces incluyen la prohibición de reintroducir una propuesta derrotada. Si las propuestas derrotadas no pueden ser reintroducidas un ciclo interminable de votaciones es imposible. Bajo estas circunstancias la alternativa que prevalecerá es la que gana en la última votación. La alternativa que prevalecerá en la última votación es muchas veces predecible teniendo en cuenta las alternativas que prevalecen en la votación anterior. La misma relación existe entre la anteúltima votación y la votación precedente. La agenda determina el orden en que las alternativas son consideradas. Como se puede ver, el ganador final de un conjunto intransitivo puede ser determinado por quien establece la agenda. Por lo tanto, el control de la agenda legislativa evita las intransitividads al darle a quien establece la agenda el poder de elegir entre las alternativas intransitivas.

Quien determina la agenda muy probablemente determine quien gana el resultado. Supongamos que existen tres alternativas que forman un ciclo intransitivo, digamos que

la alternativa A gana a la alternativa B,

la alternativa B gana a la alternativa C y

la alternativa C le gana a la alternativa A.

Supongamos que quiero que gane la alternativa A, y como no controlo la agenda, actúo de la siguiente manera:

enfrento la alternativa B con la alternativa C,

en ese caso triunfa la alternativa B, de acuerdo con lo que resolvíamos.

Pongo la siguiente votación en que la alternativa B sea enfrentada a la alternativa A,

y de acuerdo a lo ya conocido la que gana es la alternativa A que es la que deseaba.

Si hubiéramos hecho el orden de votación en forma diferente el resultado hubiera sido otro.

Para que una persona que establece la agenda determine el resultado de la votación dentro de un ciclo intransitivo tiene que actuar en forma retrógrada. Específicamente debe imaginarse que alternativa puede ser derrotada por la que el favorece. Entonces pondrá éstas dos alternativas enfrentadas en la última votación. Debe repetir entonces el mismo proceso de razonamiento para la división anterior a la final y así hasta la primera votación. Para evitar los votos circulares los órganos legislativos generalmente adoptan reglamentos que dan control de la agenda a un líder político particular o funcionario particular. En este caso es el Presidente de una comisión parlamentaria o el Presidente de la Cámara. Estudios empíricos nos informan que la persona que controla la agenda generalmente controla el resultado de la votación. Al controlar la agenda el Presidente determina que mayoría prevalecerá.

En forma general los sistemas democráticos pueden evitar ciclos intransitivos al encomendar a algún funcionario que establezca que mayoría pueda prevalecer. Permitir al Presidente del cuerpo legislativo o a una comisión que establezca la agenda establece este objetivo. También existen otros mecanismos. En lugar de dar control de la agenda a un Presidente puede ser un jefe o líder partidario. En Gran Bretaña es el primer ministro quien generalmente controla la mayoría de los asientos en el parlamento. En votos importantes el primer ministro impone una disciplina estricta a los miembros del partido. Por lo tanto el primer ministro debe ganar todos los votos importantes que existan en la Cámara de los Comunes. Al dirigir los votos del partido de la mayoría el primer ministro británico elimina los votos intransitivos en la legislatura. Cuando no existe un partido mayoritario los sistemas parlamentarios pueden circular a través de coaliciones como ocurrió en Italia por mucho tiempo y en Francia durante la IV República.

En los sistemas presidenciales el Presidente no puede controlar la agenda parlamentaria estrictamente, debe imponerla a través de negociaciones con los líderes de su partido o de la mayoría en el Congreso. Por eso tiene ciertas herramientas; dos son las más notorias: Una es la amenaza del veto, y en particular del veto parcial, y la otra es

el reglamento de necesidad y urgencia. Aún cuando el reglamento de necesidad y urgencia deba ser votado luego en el Congreso o inclusive en una comisión parlamentaria especial, la votación ya no es circular porque se votará por el reglamento a favor y en contra, por lo cual las tres alternativas que establecen los votos circulares no se plantean.

La negociación política.

Contrariamente a la impresión popular la actividad legislativa es producto de la negociación. Los legisladores hablan en público y argumentan en público pero la actividad legislativa está hecha de negociaciones en privado. Tanto en los mercados como en los poderes legislativos todos pueden beneficiarse con una buena negociación. El intercambio de bienes en los mercados y los votos en una elección pueden beneficiar a la sociedad, ya que las personas obtienen lo que desean. Sin embargo las negociaciones políticas pueden pasar desde el compromiso, que es deseable, a la corrupción, que es indeseable, sin atravesar un límite claramente determinado. Muchos ciudadanos que reconocen la necesidad de acuerdos políticos se sienten incómodos cuando los legisladores intercambian votos. Esto nos plantea saber si es mejor para la sociedad cuando los representantes negocian o cuando votan de acuerdo con sus conciencias.

En el análisis de la teoría de las votaciones se utiliza la teoría de los precios en el mercado. Esto ocurre porque tanto en la teoría de los precios, como en la de los votos, los actores actúan en forma no estratégica. Lo hacen porque un votante individualmente o un comprador o vendedor individualmente no puede influir en el precio del mercado que tienen muchos actores. En cambio, en el análisis de los acuerdos políticos se parte de la base que hay comportamientos estratégicos en general como se utiliza para el estudio de las técnicas de negociación la teoría de los juegos. De alguna manera es la aplicación de la teoría de los juegos a la democracia. En un modelo de competencia perfecta el intercambio de bienes privados en mercados competitivos asigna los recursos eficientemente.

Sin embargo, el intercambio de votos en una legislatura no se aproxima a la competencia perfecta. La competencia perfecta no puede establecerse aún en principio en un mercado por votos. Por ejemplo, si consideramos como negocian los legisladores cuando intercambian votos cada legislador tiene un número igual de votos para cada proyecto que se vota. Cada uno tiene un voto. Si el diputado de una provincia le preocupa particularmente cierto tipo de actividad económica o industria, mientras que el diputado de otra provincia le preocupa específicamente otra actividad pueden intercambiar votos los dos votando por los mismos

proyectos de ley. El representante de la primera provincia obtiene dos votos para la ley que le interesa, el propio y el del otro diputado, y no tiene ningún voto en la ley que no le importa, mientras que el diputado de la segunda provincia obtiene dos votos para los proyectos que le interesan, el propio y el del primer diputado, y ninguno en una norma que no le importa. En votaciones que son muy parejas cambiar un voto puede alterar el resultado, cada voto en ese caso es decisivo. En cambio, si el ganador prevalece por muchos votos cambiar un voto no influye en el resultado. Como los votantes se preocupan sobre los resultados, el derecho a plantear o efectuar el voto decisivo es valioso y la posibilidad de efectuar un voto innecesario no es valiosa. El poder de un voto iguala a la probabilidad de que sea decisivo. En un mercado por votos cada participante valúa un voto de acuerdo con su poder. Todos consecuentemente quieren intercambiar sus votos no decisivos en una cuestión para obtener votos decisivos en otras. La capacidad decisiva que tiene el voto de una persona depende sin embargo de como las otras personas votan.

Los valores interdependientes interrumpen o perturban el intercambio de votos. Tomemos este ejemplo: Asumamos que los diputados *A* y *B* están interesados que cierto proyecto de ley sea aprobado. Cada uno de ellos está suficientemente interesado como para intercambiar sus votos en otras cuestiones para adquirir un bloque de votos que incluyan el voto decisivo en la cuestión que les interesa. Pero puede ocurrir que el diputado *A* no actúe mucho con la esperanza que el diputado *B* concentrara toda su actividad de intercambio para lograr el número de votos necesario y el diputado *B* puede hacer lo mismo. De esta manera un bloque decisivo de votos puede ser que no sea nunca logrado, porque cada jugador sea un polizón, un free rider. En general los votantes que no están incorporados al intercambio de votos tienen un interés en él porque afecta el poder de sus propios votos. Los efectos externos impiden que los mercados paga-votos se acerquen a la competencia perfecta.

El teorema de Coase y las negociaciones políticas.

A pesar que los efectos externos impiden a los mercados de votos de aproximarse a una competencia perfecta, la negociación obtiene siempre un resultado eficiente. La teoría de la negociación es útil tanto para los intercambios de cosas, como para las organizaciones políticas, internacionales, negociación de tratados, redacción de legislación, la compra de una empresa, entre otros. Los costos de la negociación varían e incluyen desde cuestiones bastante sencillas, como obtener un salón para reunirse, el tiempo empleado en las negociaciones y la redacción del acuerdo. Coase estableció el concepto de costo de transacción para incluir todos los inconvenientes o impedimentos que podía tener una

negociación. Coase concluyó que la negociación tendría éxito en cuando los costos de transacción se aproximaran a cero. Coase aplicó esta idea al Derecho y Stigler formuló estas conclusiones en el Teorema de Coase. Si aplicamos el Teorema de Coase, las partes negociarán para una asignación eficiente de títulos legales en la medida que los costos de transacción no obstaculicen el proceso.

La misma proposición se aplica a legisladores que intercambian votos. En la medida que los costos de la negociación caigan, el teorema de Coase implica que los legisladores cooperarán entre si para obtener el excedente de la negociación política. Si asumimos costo de transacción cero para la negociación entre políticos, la oferta de normas y bienes públicos por el Estado es eficiente en relación con las preferencias de los legisladores. Cooter llama a esta propuesta el **Teorema de Coase Político**.²⁰ En una democracia los legisladores representan idealmente a los ciudadanos. Cuando este ideal es obtenido, la satisfacción de las preferencias de los legisladores satisface las preferencias de los ciudadanos. De esta manera podemos decir: **si asumimos costos de transacción cero en la negociación política en una democracia, la oferta de legislación y bienes públicos por el Estado es eficiente en relación con las preferencias de los ciudadanos.** Cooter compara a Coase con Galileo y dice que a pesar que las propuestas de Galileo estaban planteadas para un mundo sin fricciones, y a pesar que las fricciones nunca son cero, la propuesta de Galileo es útil para entre otras cosas el diseño de barcos. De la misma manera que los costos de transacción son nunca cero, el Teorema de Coase es útil para diseñar una Constitución. Al reducir los costos de transacción de la negociación una Constitución aumenta la probabilidad que los partidos políticos cooperen entre sí. **Las constituciones pueden ser juzgadas de acuerdo con su habilidad de reducir los costos de transacción de la negociación política.**

La **negociación política no concluye en un contrato** que puede ser aplicado en el futuro, los negociadores políticos aplican la doctrina de la reciprocidad. La reciprocidad requiere relaciones de largo plazo porque ellas establecen las bases de confianza para que una negociación sea eficaz. En la medida que se establezcan relaciones de largo plazo, los costos de transacción de las negociaciones decrecen. Por lo tanto si una Constitución promueve la negociación al promover relaciones de largo plazo entre las facciones políticas y manteniendo a los representantes en números reducidos.

²⁰ Robert Cooter. The strategic constitution. Princeton. 2002. p. 53.

Como la negociación política no concluye en un contrato con el que se puede ir a un juez para lograr el cumplimiento, existe una especificidad del bien en las negociaciones políticas, es decir que importa quienes son las partes, quienes cumplen con sus acuerdos tendrán una mayor credibilidad para acuerdos futuros. Esto supone un incentivo a cumplir los acuerdos y a fortalecer la aplicación del teorema de Coase político.

A la luz del Teorema de Coase, la organización política puede ser útil para reducir los costos de transacción de las negociaciones políticas. Las legislaturas son demasiado amplias para que todos sus miembros negocien directamente entre sí. Por lo tanto la existencia de partidos políticos y la formación de bloques parlamentarios, la creación de comisiones parlamentarias, el control de la agenda legislativa **reduce los costos de transacción** de la negociación. La democracia representativa es una de las formas constitucionales que minimiza los costos de transacción de la negociación política entre los grupos de ciudadanos. Por el contrario, todas las formas autoritarias o dictatoriales impiden la negociación entre ciudadanos al excluirlos del gobierno.

Consenso y votación.

La legislación compleja combina diferentes cuestiones que diferentes legisladores valúan de distinta manera. Los legisladores o sus partidos pueden negociar entre sí e intercambiar votos para que cada grupo obtenga su voluntad en las cuestiones que les interesan más. Al mismo tiempo le concede a los otros las cuestiones que le importan menos. Una negociación perfecta entre legisladores resulta en un conjunto de normas que son Pareto-eficientes en lo relativo a las preferencias de los legisladores. Esto implica que es imposible cambiar las leyes de tal manera que al aumentar la satisfacción de un legislador no se reduzca la satisfacción de otro legislador. Si los legisladores tienen suficiente variedad en sus preferencias y si ejercitan sus preferencias sobre un conjunto suficientemente grande de alternativas entonces cada uno tiene votos que intercambiar con los otros. El acuerdo más eficiente relativo a las preferencias de legisladores es el que los incluye a todos. Un acuerdo que incluye a todos resulta en la **legislación de consenso** que es aprobada sin oposición. A diferencia de la regla de la mayoría el consenso no sufre de los problemas de intransitividad o de ineficiencia.²¹

La democracia tiene ventajas para crear el consenso político. Estudios psicológicos empíricos muestran que los individuos cooperan mejor cuando el punto central sugiere una división equitativa de los beneficios.

²¹ Tal como fue expresado anteriormente el origen del consenso está en la teoría de la mayoría concurrente de Calhoun.

Por ejemplo, si habláramos de dividir el beneficio en mitades, esto es un punto focal para dividir ventajas entre dos partes. Al dar a cada uno el derecho al voto y permitir a la mayoría gobernar apela a nuestro sentido de justicia. La regla de la mayoría provee el punto focal por una división justa de los beneficios de la cooperación política. Algunas legislaturas pueden lograr el consenso en la sanción de la legislación. Pero en las leyes más controvertidas e importantes generalmente un Congreso se divide y vota. Cuando se detiene la negociación cerca de un consenso la mayoría prevalece. En lugar de confirmar un consenso el voto entre adversarios pone a prueba la fortaleza de la legislatura.

En toda negociación existe lo que se llama el **valor de amenaza** que es el valor que uno de los negociadores da a un bien por debajo del cual o por encima del cual, depende si reciba o pague, no está dispuesto a cooperar en la negociación. Ese es el valor de amenaza. Debajo o por encima de ese valor no hay negociación.

Las partes en un juego de negociación pueden las dos beneficiarse de cooperar con el otro. El beneficio o el **excedente cooperativo** es igual al monto en que el valor de cooperación del juego supera su valor no cooperativo. Es decir el monto que las partes pueden obtener por cooperar que no obtendrían en caso de no cooperar. La distribución de este beneficio de la cooperación depende del precio final del acuerdo. **La teoría de la negociación puede predecir que el precio debe caer en sumas entre el mínimo que alguien esta dispuesto a recibir y el máximo que el otro está dispuesto a pagar, pero no puede decir cual es la cifra exacta.** Una solución razonable para el problema de negociación da a cada jugador su valor de amenaza más una participación igual de los beneficios de la cooperación. Nash fue quien formalizó las propiedades de una solución razonable, por lo tanto se habla de la solución negociada de Nash. El **equilibrio de Nash** no es único, una **negociación puede tener un resultado razonable y eficiente sin tener un resultado único.** La teoría de negociación divide el proceso negociatorio en tres pasos,

1. el establecimiento de los valores de amenaza,
2. la determinación del beneficio cooperativo y
3. el acuerdo en los términos de distribuirse el beneficio a través de la cooperación.

Esta teoría también puede ser utilizada para analizar la negociación política.

Cuando la negociación política tiene éxito, los legisladores cooperan antes de actuar sobre sus amenazas. Su habilidad de amenazar sin embargo determina la distribución de los beneficios que resultan de la cooperación. Por lo tanto, el acuerdo en la legislatura debe reflejar el poder relativo de los partidos. A veces, sin embargo, la negociación

política fracasa. El fracaso de una negociación política gasta recursos perdidos en una lucha por la redistribución. **En un juego de suma cero o de conflicto puro, un jugador gana y el otro pierde.** Este tipo de juego distribuye beneficios pero no los produce. Los juegos puros de conflicto son juegos de distribución. La divergencia de intereses en el juego de conflicto hace a los jugadores adversarios nunca aliados ni rivales. Es el caso de la redistribución bajo la regla de la mayoría.

Si consideramos la redistribución, siempre en juego de suma cero, bajo una regla mayoritaria cualquier mayoría tendrá el **poder de redistribuir** de la minoría a sí mismos, es decir tomar de la minoría para repartirse a la mayoría. Si los jugadores son simétricos, la pelea por la distribución desestabiliza cualquier posible coalición. Una coalición es bloqueada si aparece otra coalición que puede incrementar una distribución que es Pareto-superior para sus miembros. De esta manera cualquier propuesta es bloqueada por una nueva propuesta. Por definición el **núcleo del juego** es un conjunto de distribuciones que no pueden ser bloqueadas. Ya que cada propuesta es bloqueada por una alternativa, **el juego de suma cero tiene un núcleo vacío.**

En general, los juegos de distribución que establecen la regla de mayoría con jugadores simétricos tienen un núcleo vacío. Los juegos con un núcleo vacío son generalmente inestables porque la redistribución por regla de mayoría puede causar ciclos de votos intransitivos.

Supongamos siguiendo **una tradición que viene desde Aristóteles que un conjunto de gente muy pobre si es suficientemente numerosa en una democracia puede utilizar la regla de la mayoría para redistribuir el ingreso y de esta manera desestabiliza el Estado.** Además de las desventajas obvias la inestabilidad tiene una ventaja: ningún grupo o facción puede formar una mayoría estable para explotar a los demás. Cualquier coalición que quiera enriquecerse utilizando el poder del Estado para explotar a los otros sabe que otra coalición puede dominarlos. Sabiendo esto la coalición de gobierno puede limitarse de explotar a los demás por temor que puedan ser víctimas de los nuevos gobernantes. En general cuando hay una competencia entre dos partidos la oposición de hoy es el gobierno de mañana. Sabiendo esto el partido en el poder tiene razón para dejar a los tribunales independientes. En forma convergente cuando un partido domina la política tiene un incentivo para explotar su poder y politizar a los jueces. La única garantía de que esto no ocurra es que haya una competencia persistente de dos partidos por el poder, lo que asegura que los tribunales continúan siendo independientes.

Ineficiencia e intransitividad es el precio que el agente debe pagar en una democracia cuando no pueden negociar juntos y cooperar. El **núcleo**

vacío hace a la democracia aparecer mal hasta que es comparado con otros sistemas políticos. En lugar de eliminar las amenazas la democracia las limita. Los partidos hostiles en una democracia amenazan votar contra los otros. La alternativa del voto es siempre mejor que la de huelgas generales o golpes de Estado. La democracia es la **Constitución minimax**, porque minimiza la pérdida de la no cooperación política cuando se hace en realidad las peores posibilidades.

Minimizar la pérdida por la no cooperación es equivalente a **maximizar el valor no cooperativo del juego**. Es lo que se ha llamado el **Teorema Normativo de Hobbes**. El Teorema de Hobbes tiene una visión mucho más pesimista sobre la cooperación humana que lo que tiene el teorema de Coase.

En el polo opuesto del conflicto puro está la coordinación pura, **los juegos de coordinación**, en los cuales los intereses de los diferentes jugadores convergen perfectamente. El mejor plan para cualquiera es mejor para todos. Los juegos puros de coordinación son juegos de producción, no de distribución. Un juego de coordinación produce riqueza sin crear ningún conflicto sobre la distribución. Ya que los intereses convergen todos los que están plenamente informados están de acuerdo en el mejor plan de acción. En los juegos de coordinación pura la información imperfecta obstruye la coordinación. Los aliados deben intercambiar información y buscar el mejor plan. Descubrir el mejor plan es sencillo para un juego de coordinación con un equilibrio estable único, y mucho más difícil para juegos de coordinación con equilibrios múltiples.

La mayoría de los juegos de negociación incluyen cooperación y distribución. No son juegos puros. Es decir, hay en ellos tanto un deseo de coordinar como de distribuir. Cuando se negocia cada parte tiene a asegurar la cooperación de los demás, lo cual es productivo. El aspecto productivo de la negociación causa la convergencia de intereses y promueve la cooperación. Cuando se negocia cada parte también trata de asegurar los mejores términos para su propia parte lo cual es distributivo. El aspecto distributivo de la negociación causa una divergencia de intereses y promueve el conflicto. En general la cooperación produce y los términos del acuerdo distribuyen. En un juego de negociación las partes tienen que acordar en los términos para distribuir el logro cooperativo para luego poder producirlo. El acuerdo entre los jugadores en un juego de negociación es fácil de llegar cuando la producción domina la distribución. Por el contrario el acuerdo es difícil cuando la distribución domina la producción.

En un juego de suma cero todo el mundo tiene un enemigo porque las ganancias de una persona sólo pueden provenir de la pérdida de otra. En

la realidad la política es un juego de negociación con una dimensión productiva y creativa. Al acordar la distribución el agente coopera para su propia ventaja. Concentrarse en la distribución engaña al observador al pensar que la política es un juego de suma cero. La creencia que los oponentes políticos son enemigos es una naturaleza distorsiva de la política. De allí que la doctrina de Carl Schmitt que establece una matriz de amigo-enemigo es equivocada.²²

El carácter de la negociación política identifica una alternativa de elegir entre una regla de la mayoría y una regla de unanimidad. La regla de unanimidad requiere el consentimiento de cada uno. La necesidad de un consentimiento universal aumenta los costos de coordinación y bloquea la redistribución involuntaria. Por el contrario, la regla de la mayoría supera a la minoría que disiente. El poder de superar a las minorías decrece el costo de coordinación y permite una redistribución involuntaria. La posibilidad de redistribución causa decisiones cíclicas y comportamientos estratégicos. La elección entre regla de unanimidad y regla de la mayoría representa un intercambio entre costo de transacción y costos estratégicos.

La existencia de una constitución con declaración de derechos y la existencia de un **control de constitucionalidad** se **asimila a la existencia de la regla de la unanimidad** para decisiones que afecten los derechos. Si una mayoría quiere aplicar una norma que considero expropiatoria de mis derechos constitucionales puedo solicitar a un juez que la anule a un costo módico. Es decir que para aplicar esa norma requieren de mi consentimiento, lo que ocurriría si no recurro en busca de una decisión judicial. Esta posibilidad de solicitar el control judicial hace que la decisión de creación de la norma requiera de la unanimidad.

En la realidad, la regla de unanimidad tiene éxito en pequeñas organizaciones y bloquea las grandes organizaciones. Reconociendo este hecho una organización en desarrollo puede comenzar con la regla de la unanimidad y luego pasarse a la regla de la mayoría. Es lo que ha ocurrido con el consejo de ministros de la Unión Europea. En términos generales la regla de la unanimidad paraliza las grande organizaciones y la regla de la mayoría las anima. Esta animación sin embargo tiene un costo, en general la regla de la mayoría provoca conflictos por redistribución y la regla de la unanimidad elimina los conflictos por la redistribución. La **regla de la mayoría establece la necesidad de instrumentos constitucionales** para evitar las peleas por la redistribución como es el derecho constitucional de la propiedad. El

²² La obra de Carl Schmitt es extensa y ha tenido una influencia inmensa en la Argentina. Sobre la matriz amigo-enemigo ver su obra Romanticismo Político.

derecho constitucional de la propiedad impide las peleas redistributivos por lo menos de sus formas más destructivas como es la expropiación de propiedad de los enemigos y la canaliza por formas más moderadas como es la búsqueda de subsidios estatales. La posibilidad para las personas de ponerse de acuerdo luego de una negociación aumenta cuando pueden comprometer sus acciones futuras luego de la negociación. En los mercados esto se hace por medio de contratos que establecen las reglas del comportamiento futuro. Esto permite que haya más acuerdos. En política sin embargo los límites a la utilidad de los funcionarios o políticos para atar o comprometer a futuros funcionarios o políticos restringe los acuerdos que pueden concluir. Si un Congreso aprueba una ley un futuro Congreso está libre de derogarla a pesar que esa ley haya sido aprobada luego de un acuerdo político que supuso algunos otros compromisos. El Congreso actual no puede organizar la legislación para que no se pueda derogar en el futuro por ejemplo con el establecimiento de una mayoría especial para derogarla. Este hecho impide acuerdos con el Congreso.

La única alternativa sería una **reforma de la Constitución**. Una enmienda Constitucional es la manera en la cual una coalición política mayoritaria establece un compromiso creíble porque su fortaleza depende de la dificultad en derogar esta forma. Si la reforma es muy fácil el compromiso no es creíble, si la reforma es muy difícil, el compromiso es muy difícil de lograr. El proceso óptimo de reforma constitucional equilibra la dificultad y la frecuencia del compromiso.

Sin compromisos creíbles **la confianza es crítica para la cooperación**. La confianza surge de la cooperación pasada y de la ventaja futura de que esta relación continúe. Por lo tanto, los políticos que permanecen en el cargo por un largo período, es decir que son jugadores reiterados, pueden hacer compromisos que los que están poco tiempo en la función pública no pueden hacer.

Las coaliciones de gobierno.

Hay estados que tienen sistemas bipartidistas, pero en otros países existen sistemas de varios partidos y se debe formar una coalición para obtener los votos en la legislatura para aprobar la legislación. En sistemas políticos fragmentados varias combinaciones de partidos se puede conformar para formar la mayoría necesaria para aprobar la legislación. La teoría de la obtención de rentas predice que coalición puede conformarse. Una coalición debe distribuir los beneficios del gobierno entre sus miembros. Si un partido con la mayor cantidad de bancas en la legislatura invita a otros partidos a conformar una coalición para aprobar la legislación, los miembros de la coalición gobernante deben compartir los beneficios del poder que son nombramientos,

contratos, subsidios, etc. El partido principal que forma esta coalición desea concentrar los beneficios del poder en sus propios miembros.

Para compartir los beneficios del poder lo más estrechamente posible, el partido más importante debe formar la coalición más pequeña que sea suficientemente importante para aprobar la legislación. La coalición más pequeña que es suficientemente importante para lograr la aprobación de las leyes es la coalición mínima ganadora. La **teoría de la coalición mínima ganadora** predice la relación entre el número de partidos en la cámara y el tamaño de la coalición de gobierno. En la medida que el número de partidos políticos aumenta es más amplia la elección entre partidos menores que permiten. Téngase presente que la teoría de la coalición mínima ganadora predice la relación entre el número de partidos en la legislatura y el tamaño de la coalición gobernante. En la medida que el número de partidos aumenta una elección más amplia entre los partidos menores permite a la coalición gobernante ajustarse más precisamente en el mínimo del 51% de las bancas. De esta manera, cuantos más partidos haya menos bancas totales en promedio en la coalición gobernante. Es decir cuanto más partidos políticos hay representados en el Congreso, cada uno con una representación menor para lograr la coalición, se puede llevar a hacerla con el menor número de bancas necesaria para lo cual no se necesita pagar por el ingreso de esas bancas en la coalición cuando ya no son necesarias o superan el margen mínimo necesario.

Ahora bien, una pequeña mayoría puede tener dificultades para gobernar. Puede ocurrir que una vez obtenido digamos el 52% de las bancas en la coalición que votará favorablemente en el Congreso a un proyecto, puede no funcionar si algunos legisladores simplemente no asisten en una votación importante. Debido a esto el partido mayoritario puede elegir formar esta coalición parlamentaria con un número extra del mínimo de bancas necesarias para obtener la mayoría. El margen extra de seguridad puede valer el precio de compartir los privilegios del poder con más personas. De esta manera, en lugar de referirnos a la coalición mínima gobernante se puede hablar de la **coalición mínima de trabajo**.

El papel de la ideología en la política es ignorado por la predicción de que la coalición mínima ganadora o la coalición mínima de funcionamiento forma la mayoría en el Congreso para aprobar las leyes o en un sistema parlamentario forma el gobierno.

Para asumir el problema de la ideología podemos pensar que los partidos se pueden establecer en una escala que va de izquierda a derecha. La conexión ideológica puede aumentar la posibilidad de los partidos para cooperar. Puede ser que un partido tenga más dificultad en formar una

coalición con un grupo que está más alejado de su intención ideológica que formar una coalición con partidos que están más cercanos. Si la conexión ideológica es necesaria para formar una coalición, entonces el gobierno puede formar lo que se llama una **coalición mínima conectada**. En el caso de formar la coalición para integrar un gobierno en un sistema parlamentario, esta coalición requiere que tenga una mayor estabilidad. Pero en el caso de querer conformar una coalición para aprobar un conjunto de leyes, puede ocurrir que la coalición varíe, a veces por motivos ideológicos. Puede ocurrir que se forme una coalición mínima conectada donde el partido mayoritario que es dominante en la coalición la conforme con algunos bloques parlamentarios con los cuales no comparte su ideología ni su propuesta o agenda legislativa pero pueden coincidir en algún proyecto de ley concreto. Sin embargo, aún cuando no se conforme una alianza de gobierno, en general es preferible y ocurre con mayor habitualidad que se conforme una coalición mínima conectada por la cual el partido de representación mayoritaria en el Congreso que es generalmente además el partido de gobierno tenga una coalición mayoritaria estable para la aprobación de la legislación que considera necesaria.

Como las preferencias de un partido se complementan con las preferencias de otro partido, cuando el primer partido le da la mayor importancia a algunas cuestiones, puede ocurrir que a otro no le importe. Esto indica que en la política como en el mercado **los gustos complementarios** proveen un campo para la cooperación y la negociación. Este hecho sugiere que el partido principal puede buscar una coalición de socios con preferencias complementarias. De esta manera al conformar la coalición gobernante entre diferentes partidos el partido principal puede darle a cada pequeño partido lo que más desea. Puede ser que pequeños partidos tengan interés en algún tema que al resto de la comisión no le parezca trascendente, pero en compensación para incorporar sus votos necesarios para formar la coalición ganadora el resto de los partidos vote estos proyectos que son necesarios para los pequeños partidos pero no para los partidos mayoritarios. Este razonamiento sugiere otro principio para la formación de coaliciones, que se podría llamar la **coalición más complementaria**. La coalición más complementaria maximiza las ganancias a través del intercambio de votos. Tengamos en cuenta que los conceptos de coalición mínima ganadora y la coalición mínima conectada tienen un valor predictivo. Esto quiere decir que en caso que haya una elección puede imaginarse cual será el resultado de la coalición de gobierno en la Cámara de Diputados independientemente de la fractura entre los distintos bloques que pueda existir.

Al mismo tiempo que la lógica de la teoría de los juegos, la historia y la cultura determinan la composición de partidos políticos en la coalición

gubernamental. Puede ocurrir que haya alianzas históricas entre partidos basadas fundamentalmente en el concepto de confianza. Como los acuerdos políticos generalmente no pueden ser aplicados porque no existe a diferencia de los contratos forma de aplicación a través del Poder Judicial, el principal fundamento para el cumplimiento del acuerdo político es la confianza, y puede ocurrir que haya partidos o parlamentarios que obtengan una mayor confianza que otros y de esta manera se los quiere incorporar dentro de la coalición. Existen coaliciones inestables. La teoría de la negociación explica esta inestabilidad. El juego de la redistribución bajo una regla mayoritaria con votantes simétricos tiene un núcleo vacío. De la misma manera, un juego de coalición gobernante con partidos simétricos tiene un núcleo vacío. Y un **núcleo vacío causa inestabilidad**.

Esto ocurre si suponemos que hay tres jugadores y distribuidos en cien unidades de pago político de cualquier naturaleza que se puedan hacer. Una alternativa sería distribuir por tercios. Pero una de las partes puede proponer a la otra dividirse por mitades y no darle nada al tercero. La propuesta mejora la situación de los dos primeros, pero deja al tercero sin nada, entonces el tercero puede proponer darle dos tercios, digamos, a uno de los otros y conservarse nada más que con un tercio. Va a estar mejor porque antes no tenía nada. Es decir, estas situaciones pueden repetirse porque frente a una propuesta aparece una contrapropuesta que la bloquea. Como en un juego de redistribución por regla de mayoría cualquier propuesta en el juego de coaliciones puede ser bloqueada por otra propuesta, por lo tanto el juego tiene un núcleo vacío. La misma inestabilidad aflige a las coaliciones que se forman para intercambiar votos en el Congreso.

En el caso de sistemas parlamentarios, para evitar estos juegos de coalición con un núcleo vacío se han **incrementado los costos de las acciones**. Una alternativa es no permitir que las coaliciones de gobierno puedan hacerse y deshacerse con facilidad, estableciendo algunas mayorías calificadas o dificultades para la conformación del gobierno o para la censura de un gobierno. Otras como en el caso de Italia que estaba particularmente golpeada por el tema de la inestabilidad política se reformó el sistema electoral para disminuir el número de participantes en el juego. Cuando los partidos de gobierno son dos o en un sistema presidencial, donde se forman coaliciones en la elección de Presidente, se puede decir que la oposición de hoy es el gobierno de mañana. La alternancia en los gobiernos sucesivos crea un diálogo que vigoriza la política. La alternancia del poder y los mandatos rígidos son los que impiden el principal límite al autoritarismo.

Una de las formas de asegurar la alternancia es **no permitir la reelección**. En los sistemas presidenciales un partido rara vez controla

la mayoría en ambas cámaras del Congreso. Esto es particularmente cierto en el caso de la Cámara de Diputados, donde el **sistema electoral establece una fractura** y dispersión de la mayoría. No así en el Senado, donde al ser la elección mayoritaria, puede ocurrir una coalición de las provincias más chicas.

Si el Presidente y su partido no cuentan con mayoría en ambas Cámaras, un partido rara vez tiene el poder de legislar al confiar exclusivamente en sus miembros. Con la disciplina partidaria, no parece ser necesariamente suficiente, por lo menos en algunas cuestiones. La legislación requiere negociación entre el Presidente y el Congreso, y entre los líderes parlamentarios de cada partido. Una manera de asegurar el poder presidencial sobre el Congreso ocurre cuando el Presidente cuenta con la mayoría en una Cámara. De esta manera el Presidente enviará los proyectos a la Cámara donde cuenta con mayoría, que al ser Cámara iniciadora puede imponer su voluntad sobre la otra, ya que la otra para reformar la legislación deberá juntar una mayoría especial o calificada de dos tercios. La única defensa que tiene la cámara revisora es rechazar en general el proyecto, porque de esta manera no podrá tratarse en el mismo periodo de sesiones. Pero esta es la única herramienta con que cuenta, porque cualquier otra transacción o negociación que utilice con la Cámara iniciadora puede no ser aceptada por el Presidente que puede **vetar parcialmente la ley** en los puntos en que ha sido revisada por la Cámara revisora, y de esta manera insistir o asegurar la aprobación de un proyecto similar al deseado por el gobierno.

Puede ocurrir que en alguna situación se conforme en el Estado **un grupo dominante**. Esto ocurre cuando existe algo similar a lo que se llama un monopolio natural. Un monopolio natural es cuando una gran empresa puede producir a un costo más bajo de lo que pueden producir pequeñas empresas diferentes. Esto es en general debido a que la actividad tenga altos costos fijos. La empresa que sea dominante tendrá la posibilidad de excluir del mercado a las otras, porque podrá absorber rápidamente los costos fijos de producir ese servicio que esta en un monopolio natural. Las armas modernas y la organización burocrática pueden permitir a un Estado grande que provea ley y el orden social a un costo más bajo que lo que podrían producir varios estados menores, con lo cual esto llevaría a una tendencia de un Estado centralizado. O también, a un gran partido político centralizado. Un Estado tiene un monopolio de la fuerza. Se puede crear una gran coalición en la cual algunas facciones se unan y dominen a la coalición menor. **Si las coaliciones menores no pueden bloquear a la coalición mayoritaria, la coalición mayoritaria rellena de alguna manera el núcleo del juego.** La fortaleza de la democracia proviene de la **institucionalización de la competencia** para controlar los poderes monopólicos del Estado. Poderes monopólicos en la fuerza y en la provisión de bienes públicos.

Sin embargo, la elección de una coalición de gobierno sobre otra redistribuye los privilegios del poder. Este juego de la redistribución tiene un núcleo vacío que lleva a la desestabilización de la política. Una Constitución democrática no puede garantizar la eliminación de esta inestabilidad.

Sufragio, negociación y administración.

En un sistema democrático los candidatos compiten para los cargos públicos y los votos de los ciudadanos determinan al ganador. Los políticos elegidos negocian entre ellos en el proceso legislativo y para la toma de decisiones políticas. Una vez que la decisión política está tomada y se aprueba una norma legal, esta es aplicada a través de la administración. Los procesos gubernamentales son el voto, la negociación y la administración.

Nuestra Constitución, que recibió el modelo de división de poderes y de frenos y contrapesos, es una Constitución mecanicista en el sentido que es producto del pensamiento de fines del siglo XVII y del siglo XVIII en cuanto a que creaba un **mecanismo que iba a proteger a los individuos del autoritarismo y al mismo tiempo iba a asegurar un buen gobierno**. Los constituyentes, tanto en Filadelfia como en Santa Fe, **rechazaron la creencia** que los políticos podrían **actuar espontáneamente en busca del interés general**. Establecieron un mecanismo que, de alguna manera, representa un mercado en el cual los políticos compiten por los votos de los ciudadanos y esta competencia dirige a los políticos a cumplir con los deseos de los ciudadanos a de alguna manera hacer el bien como si estuvieran guiados por una mano invisible.

Sufragio y competencia política.

De la misma manera que la eficiencia requiere de la competencia económica, también una política responsable requiere de una competencia política. La idea que la democracia es un mercado en búsqueda de votos es una metáfora útil, pero es enriquecedora si se analiza el mercado por votos de la misma manera que uno analiza la teoría económica el mercado de los productos. Las técnicas básicas para analizar el voto dan una nueva visión a esta idea del mercado político.

La primer pregunta es cuales son los motivos del voto: Podemos suponer dos razones amplias que motivan la decisión de un ciudadano a votar:

- 1) Por una parte un ciudadano puede votar basado en su propio interés material. Un votante puede preguntarse que candidato hará más para mejorar mi situación en materia de riqueza y de poder.
- 2) La otra alternativa es el votante que se plantea una situación de interés general, en este caso se preguntaría que candidato beneficiará más al país de acuerdo con mi filosofía política.

Para proveer cantidades eficientes de bienes públicos los funcionarios necesitan información sobre las preferencias políticas de los ciudadanos. Al proveer esta información los votantes interesados en sí mismos muchas veces promueven la eficiencia en la provisión de bienes públicos. Muchas veces sin embargo los ciudadanos utilizan la política para obtener ventajas para sí mismos a coste de otros. **El fin de esta actitud es la redistribución de recursos, no la eficiencia.** Por lo tanto los bancos buscan garantías para sus préstamos; los sindicatos buscan un proceso industrializador; las cámaras industriales buscan tarifas elevadas; los políticos del interior del país buscan sistemas tarifarios impositivos favorables; ciertas actividades buscan subsidios, por ejemplo el subsidio al tabaco; ciertas regiones buscan subsidios a ciertos productos como el subsidio a la nafta en la Patagonia, etc. Este tipo de actividades gasta recursos y oprime a los débiles, que no pueden obtener subsidios, y si bien nadie podría criticar a un consumidor en un negocio que busca su interés propio cuando hace sus compras, tendemos a criticar a los ciudadanos cuando a través del voto buscan un beneficio propio. Es muy difícil determinar a priori como votan los ciudadanos, si a través del interés propio o del interés general. Apoyar candidatos que apoyen los intereses del grupo puede beneficiar a una persona al demostrar solidaridad para sus miembros. En general los grupos desarrollan ideologías que apoyan un concepto del interés general de autoayuda, de la misma manera que puede ocurrir que un miembro de un sindicato de la industria automotriz apoye las políticas de altos aranceles para la industria.

Legislaturas y comisiones.

El análisis precedente se refiere a la actitud del votante frente a las plataformas políticas, la situación es una elección general en la cual los candidatos tratan de elegir una plataforma ganadora. El análisis se aplica igualmente bien al caso de legislaturas o comisiones que utilizan la regla de la mayoría. En órganos de gobierno de ese tipo siempre existirá alguna forma política que represente el statu quo. De tiempo en tiempo un miembro hará una nueva propuesta. Luego del debate el cuerpo votará por la nueva propuesta. Si ésta no logra obtener la mayoría, el statu quo persistirá. Si la nueva propuesta gana la mayoría, el grupo abandona el viejo statu quo y la propuesta ganadora se transforma en el nuevo statu quo. Las propuestas futuras deberán atacar este status quo nuevo. Existe una traslación exacta de lo que son las plataformas en la elección general a las propuestas en una legislatura o en un comité. Cada propuesta debe enfrentarse a lo existente. Si las preferencias de los legisladores satisfacen condiciones prescriptas en la regla mediana, la propuesta preferida por el legislador medio será la que prevalezca.

La Ley de Duverger.

Algunos sistemas políticos, Gran Bretaña y los Estados Unidos son los primeros que vienen a la mente, todos partidos mayoritarios dominan los cargos públicos. Otros países son pluripartidistas. Además de la tradición cultural y la historia, es el sistema electoral el que determina el número de partidos. Cuando hay sistemas mayoritarios como en el caso de las circunscripciones uninominales donde el ganador toma todo, el candidato que recibe la mayor cantidad de votos en una elección única gana el cargo. Si los votos fueron divididos entre tres candidatos en las proporciones de primero saca el 40%, el segundo el 31% y el tercer el 29% el candidato que reciba el 30% gana el cargo. En una elección mayoritaria donde no existe segunda vuelta entre los dos candidatos con mayores votos no existe representación proporcional ni otros sistemas que disminuyan la influencia de la elección mayoritaria este sería el resultado. Los países que tienen sistemas fuertemente mayoritarios, donde el que gana con cualquier tipo de mayoría toma el cargo tienden a tener dos partidos dominantes. Esta propuesta ha sido suficientemente comprobada para ser llamada una ley aunque puede haber excepciones donde hay minorías muy importantes o conjuntamente con la existencia de estados de grandes territorios. La regla en cuestión se llama la ley Duverger por el jurista francés que la desarrolló en una obra llamada "La República de los Ciudadanos". **La ley de Duverger dice que la regla del ganador toma todo tiende a eliminar a los pequeños partidos y a crear un sistema de dos partidos dominantes.**

La teoría de la elección colectiva (*Public Choice*) explica la razón por la cual votantes racionales producirán este resultado. Con varios candidatos los ciudadanos votarán en forma estratégica. Tomemos el caso que un votante tiene un candidato preferido pero con pocas posibilidades de victoria. Entonces el votante optará por su segunda mejor opción. Bajo la regla del ganador toma todo los ciudadanos tienden a votar por candidatos que consideran que los demás votarán también por ellos, es decir por candidatos que consideran tienen mayores posibilidades de triunfo, y este comportamiento comprime el número de partidos viables en dos.

Teoría de las coaliciones y el votante mediano.

La teoría de coalición llega a la misma conclusión. Asumamos que un electorado cae o puede ser dividido en tres grupos del mismo tamaño:

La izquierda, el centro y la derecha.

Si cada grupo apoya su propio candidato, la probabilidad de que cualquiera gane bajo el sistema de que el ganador lleva todo es $1/3$. Sin embargo, si algunos votantes del medio pueden ser convencidos de que

voten a la izquierda, entonces su poder combinado permitirá a la coalición centro-izquierda ganar las elecciones. Sabiendo esto la derecha responderá atrayendo algunos votantes del centro a alguna coalición centro-derecha. **Al final de este proceso dos grandes partidos competirán por los votos del centro.** Por lo tanto la regla del ganador lleva todo tiende a producir dos partidos dominantes equilibrados en tamaño acercándose al centro del espectro político. Una vez establecida esta situación es muy estable, porque un voto del tercer partido no tiene posibilidad de influir el resultado. En cambio, un voto por uno de los dos partidos principales puede ser decisivo. En una votación de dimensión única dos partidos ocuparán el espacio de alternativa de tal manera que impedirán la entrada de un tercer partido exitoso. Tengamos en cuenta que el poder de un voto es igual a la posibilidad que este sea decisivo. Si dos partidos tienen posibilidades iguales en una misma elección entonces el cambio de un voto en otra dirección puede variar el resultado de la elección. Por el contrario el voto por el tercer partido no tiene posibilidades de cambiar el resultado. Por lo tanto, el voto por uno de los partidos principales tiene poder, mientras que el voto por el tercer partido carece de poder. Este mismo argumento demuestra porque los dos partidos ganadores no se asocian en una gran coalición. Si los partidos permanecen separados, el partido ganador queda con los despojos del poder. Si los partidos se unen deben compartir los despojos del poder con el otro, de esta manera la utilización de los privilegios que da el poder impide que se unan entre los dos partidos principales. Pero existe otro argumento, supongamos que los dos partidos conforman una gran coalición y deciden compartir los despojos del poder. Esto daría la posibilidad al tercer partido que ha perdido posibilidad debido al sistema electoral de aparecer como el segundo partido con posibilidades de ganar y que de esa manera no se pierda el voto, es decir que el voto de ese relativo tercer partido ahora partido segundo enfrentando a la coalición ganadora pueda ser un voto ganador. Es por eso cuando ha habido grandes alianzas, se puede recordar las ocurridas en la primera parte del siglo XX en Gran Bretaña llevo a la desaparición de alguno de esos partidos. Esa fue la circunstancia por la cual el Partido Liberal desapareció como alternativa de poder concreto. En algunos casos puede ocurrir que exista un partido hegemónico y que el debate se concentre entre las divisiones dentro de ese partido hegemónico.

El sistema bipartidista y el votante mediano.

Los representantes elegidos soportan una parte insignificante de los costos del aumento del gasto público y reciben una parte reducida, aunque no insignificante de los beneficios. ¿Qué puede decir entonces la teoría económica sobre como votará un legislador típico? Es natural suponer que **el político desea permanecer en su cargo** y que por lo tanto desea **maximizar sus votos teniendo en cuenta la posición que**

adoptan sus rivales. La **estrategia maximizadora del voto** puede describirse fácilmente de la siguiente manera. Supongamos que hay dos partidos: el partido A considera dada la posición del partido B. Centrando la atención en una única cuestión, el nivel de gasto público, podemos pensar que existe una posición del partido A en materia de gasto público y otra posición en nivel de gasto público que defiende el partido B. A cada valor que toma el partido B en materia de gasto, le corresponde una posición óptima, es decir de mayor maximización del voto del nivel de gasto del partido A. Existe la hipótesis de que cada partido trata de maximizar su voto dada la posición de su rival, se **acercarán al nivel de gasto que prefiera el votante mediano.** Si el partido B elige un nivel de gasto mayor que el que quiere el votante mediano, el partido A adopta una posición situada entre el nivel de gasto del votante mediano y el nivel de gasto del partido B, y atraerá a todos los votantes que prefieran un nivel de gasto inferior o igual al del votante mediano y también a algunos que prefieran algo más. Por lo tanto, el partido A obtendrá más del 50% de los votos y ganará. En respuesta, el partido B elegirá una posición situada entre el nivel de gasto que quiere el votante mediano y el nivel de gasto que quiere el partido A, que ganará frente a la posición anterior. Pero entonces, el partido A cambiará de posición de gastos y el proceso continuará hasta que ambos partidos adopten la misma posición, la posición del votante mediano.

Este resultado es **coherente con la afirmación frecuente de que en los sistemas bipartidistas los votantes no tienen ninguna opción real** ya que ambos partidos tienden a ir por el camino del medio y esto es lo que predice la teoría. Sin embargo, la teoría tiene algunas limitaciones importantes que nos conviene no olvidar. En primer lugar, el sistema de votación por mayoría puede no dar lugar a una solución de equilibrio. Puede darla si los **votantes tienen preferencias unimodales** o de un solo pico. En el primer contexto es preciso que podamos ordenar las cuestiones que se votan en función de una única dimensión. Una única dimensión sería una relación de derecha a izquierda. **Pero si hay varias dimensiones, es decir varios picos, algunas personas son de izquierda en unas cuestiones y de derecha en otras, el votante mediano no estará bien definido y el proceso político puede no llegar a una situación de equilibrio.**

En segundo lugar hay que tener en cuenta la cuestión de **la participación en el proceso político.** Participar activamente en el proceso político tiene costos. Al votante le resulta costoso mantenerse informado y votar. Estos costos son suficientemente grandes en relación con los beneficios esperados como para que un ligero cambio metodológico influya significativamente en la participación de los votantes. En particular aquellos cuyas preferencias se aproximan a la mediana tiene pocos incentivos para participar en la política sobre todo

si creen que el proceso político reflejará de todas maneras sus preferencias. Por lo tanto, puede ser interesante para los más extremistas intentar desalojar a su partido del centro. **Esta tendencia de las personas extremistas a ser más activas en la vida política puede contrarrestar en parte las tendencias a adoptar la posición del votante mediano ya señalada.**

Una de las alternativas en el teorema de Arrow es que no se cumpla con el principio de **extensión de la selección**, es decir, que los individuos pueden poner las alternativas en cualquier orden que quieran. Si las preferencias están en un orden natural tienen un solo pico. Pero si el orden se rompe las preferencias son de dos picos. Es el caso ya mencionado de la política de gastos en escuelas donde puede haber alguien que prefiera un gasto alto en escuelas para así enviar a sus hijo pero si no fuera así, preferiría un gasto bajo y enviaría a sus hijos a la escuela privada, su última opción sería un gasto moderado.

Las preferencias de los votantes por los candidatos a cargos públicos pueden ser de un solo pico es decir transitivas, si los candidatos son percibidos como ubicados dentro de un espectro que va de la extrema izquierda hacia la extrema derecha pasando por un centro liberal. Si el candidato se aleja del punto óptimo que el votante tiene en ese espectro, se transforma en el menos deseable. El teorema de Arrow predice que cuando las preferencias tienen más de un pico o son intransitivas, las votaciones pueden producir resultados cíclicos.

En el **caso Tashjian** el partido Republicano de Connecticut atacó la ley local que prohibía a los independientes votar en las elecciones internas del partido Republicano. El Partido sostuvo que la ley limitaba su libertad fundamental de asociación y afectaba sus posibilidades de éxito electoral a aumentar la base de su apoyo popular. Plantea la estrategia que existe detrás de las internas abiertas. Declara inconstitucional la ley que prohibía a un partido permitir votar a independientes. **La estrategia de dejar votar al independiente en la interna es acercar al votante medio a elegir un candidato que votará en el general.** El caso ilustra lo que ocurre cuando una de las condiciones del Teorema de Arrow, la **extensión de la selección**, no se cumple.

Tashjian v. Republican Party of Connecticut. 479 U.S. 208 (1986).

La Secretaria de Estado de Connecticut, Julia Tashjian es la encargada de organizar las elecciones en ese estado de acuerdo a la legislación vigente que solo autoriza a votar en las elecciones internas de los partidos a los miembros registrados de cada partido político.

Motivado en parte por la importancia demográfica de los votantes independientes en la política de Connecticut,.. el partido Republicano adoptó una norma en el Partido que está ahora en cuestión, que establece: [la norma permite votar en las elecciones internas a los miembros del partido y a cualquier elector que no estuviera enrolado como miembro de un partido] La búsqueda del Partido de ampliar la base de participación pública y de apoyo a sus actividades es una conducta indudablemente central al ejercicio del derecho de asociación. ..

La ley establece un límite al grupo de votantes a los cuales el Partido puede invitar a participar en la 'función básica' de selección de los candidatos partidarios. El estado pone, por lo tanto, un límite a las oportunidades de asociación del Partido en la encrucijada crucial en la que la apelación a principios comunes puede ser traducida en una acción concertada y por lo tanto en la busque del poder político de la comunidad.

Teniendo en cuenta el poder numérico que los votantes independientes tienen en el estado, una de las preguntas que más probablemente se planteen a los republicanos de Connecticut al seleccionar sus candidatos para cargos públicos es ¿como puede el partido apelar más eficazmente al votante independiente? Al invitar a independientes a asistir en la selección en las elecciones entre candidatos primarios seleccionados en la convención del Partido, la norma partidaria tiene la intención de producir el candidato y la plataforma que probablemente logre ese objetivo. La ley estadual dice que disminuye la confusión de los votantes, sin embargo, impide que el Partido y sus miembros tengan la oportunidad de informarse sobre el nivel de apoyo de los candidatos del Partido entre un grupo crítico de electores.

Bajo estas circunstancias, la visión del estado en alguna medida representa la visión de un partido político que transitoriamente tiene el poder mayoritario, sobre el método óptimo de impedir que la integridad partidaria pierda mucha de su fuerza... La determinación por el Partido de los límites de su propia asociación y de la estructura que mejor permite buscar sus objetivos políticos, esta protegida por la Constitución.

En un sistema político de dos partidos, las estrategias políticas de los dos candidatos políticas uno "liberal" y otro "conservador" los candidatos suponen que las preferencias de sus candidatos son transitivas y aparecen en un continuo que va de la derecha a la izquierda. Existe un votante medio, exactamente un 50% del electorado tiene una preferencia política más "liberal" que la media y un 50% tiene una filosofía más "conservadora" que la media. En el continuo existe un **punto M** que representa las preferencias de este votante medio. Antes de la elección, las filosofías políticas de los candidatos están a la derecha y a la izquierda de la posición media. Sin embargo, los dos candidatos se dan cuenta que para ganar la elección deben realizar una campaña que atraiga más de la mitad de los votantes. Los votantes de izquierda votaran al candidato "liberal" y los votantes de derecha votaran al

candidato “conservador”, pero para ganar los candidatos deben capturar los votos de los individuos cuyas filosofías políticas figuren entre ellos. En particular cada candidato debe tratar de capturar al votante medio cuyo voto pone al candidato sobre el límite del 50% que lo lleva a la victoria.

Sistemas electorales alternativos.

El ganador gane todo o el sistema mayoritario es un sistema amplio de reglas de votación utilizado en sistemas democráticos. El otro gran grupo de sistemas electorales es la representación proporcional en la cual cada partido político recibe asientos en la legislatura en proporción al número de votos que ha recibido en la elección. En un análisis preliminar debemos recordar que los sistemas mayoritarios tienden a consolidar a los partidos y tienden al bipartidismo, en cambio los sistemas de representación proporcional fragmentan a la representación política. La consolidación lleva al votante a elegir al preferido de dos partidos aún si ninguno de esos partidos refleja cercanamente las preferencias políticas del votante. Por el contrario, la fragmentación permite a cada votante elegir un partido que se acerque mucho más a sus preferencias. Por el contrario, los partidos consolidados tienden a formar sistemas de gobiernos estables, mientras que los partidos fragmentados tienden a formar gobiernos inestables.

Por lo tanto, la elección de un sistema electoral tiene importantes consecuencias en la estabilidad de los sistemas políticos y en la concentración o consolidación de los partidos o en la fragmentación de la representación.

La eficiencia en el sistema político.

Los modelos económicos requieren que el concepto de eficiencia satisfaga las preferencias individuales. Para satisfacer esas preferencias los gobiernos proveen bienes públicos y el marco legal para los mercados que proveen bienes privados. **¿De que manera puede ser eficiente un gobierno?** La respuesta depende del concepto de eficiencia, que tiene varios criterios posibles. Uno es el criterio de Pareto. El criterio de eficiencia de Pareto se logra cuando ningún cambio puede hacer a alguien mejor sin hacer algún otro peor. Ese es el llamado **óptimo de Pareto**. Para una plataforma política que sea Pareto ineficiente al menos una plataforma alternativa existe que algunos votantes desean más y que ningún votante quiere menos. Planteado este hecho la plataforma que es Pareto-ineficiente recibe menos votos que la plataforma alternativa. Ya que la plataforma alternativa gana sobre la plataforma Pareto Ineficiente en un voto, la plataforma que es Pareto-ineficiente no está en un equilibrio de votación. Si hay un equilibrio de votación este es

normalmente Pareto-eficiente. Similarmente la plataforma media es eficiente en Pareto.

Las coaliciones de gobierno.

Hay estados que tienen sistemas bipartidistas, pero en otros países existen sistemas de varios partidos y se debe formar una coalición para obtener los votos en la legislatura para aprobar la legislación. **En sistemas políticos fragmentados varias combinaciones de partidos se puede conformar para formar la mayoría necesaria para aprobar la legislación.** La teoría de la obtención de rentas predice que coalición puede conformarse. Una coalición debe distribuir los beneficios del gobierno entre sus miembros. Si un partido con la mayor cantidad de asientos en la legislatura invita a otros partidos a conformar una coalición para aprobar la legislación, los miembros de la coalición gobernante deben compartir los beneficios del poder que son nombramientos, contratos, subsidios, etc. El partido principal que forma esta coalición desea concentrar los beneficios del poder en sus propios miembros. **Para compartir los beneficios del poder lo más estrechamente posible, el partido más importante debe formar la coalición más pequeña que sea suficientemente importante para aprobar la legislación.** La coalición más pequeña que es suficientemente importante para lograr la aprobación de las leyes es la **coalición mínima ganadora.**

La teoría de la coalición mínima ganadora predice la relación entre el número de partidos en la cámara y el tamaño de la coalición de gobierno. En la medida que el número de partidos políticos aumenta es más amplia la elección entre partidos menores que permiten. Téngase presente que la teoría de la coalición mínima ganadora predice la relación entre el número de partidos en la legislatura y el tamaño de la coalición gobernante. En la medida que el número de partidos aumenta una elección más amplia entre los partidos menores permite a la coalición gobernante ajustarse más precisamente en el mínimo del 51% de las bancas. De esta manera, cuantos más partidos haya menos bancas totales en promedio en la coalición gobernante. Es decir cuanto más partidos políticos hay representados en el Congreso, cada uno con una representación menor para lograr la coalición, se puede llevar a hacerla con el menor número de bancas necesaria para lo cual no se necesita pagar por el ingreso de esas bancas en la coalición cuando ya no son necesarias o superan el margen mínimo necesario.

Ahora bien, una pequeña mayoría puede tener dificultades para gobernar. Puede ocurrir que una vez obtenido digamos el 52% de las bancas en la coalición que votará favorablemente en el Congreso a un

proyecto, puede no funcionar si algunos legisladores simplemente no asisten en una votación importante. Debido a esto el partido mayoritario puede elegir formar esta coalición parlamentaria con un número extra del mínimo de bancas necesarias para obtener la mayoría. El margen extra de seguridad puede valer el precio de compartir los privilegios del poder con más personas. De esta manera, en lugar de referirnos a la coalición mínima gobernante se puede hablar de la **coalición mínima de trabajo o de funcionamiento**.

El papel de la ideología en la política es ignorado por la predicción de que la coalición mínima ganadora o la coalición mínima de funcionamiento forma la mayoría en el Congreso para aprobar las leyes o en un sistema parlamentario forma el gobierno.

Para asumir el problema de la **ideología** podemos pensar que los partidos se pueden establecer en una **escala que va de izquierda a derecha**. La conexión ideológica puede aumentar la posibilidad de los partidos para cooperar. Puede ser que un partido tenga más dificultad en formar una coalición con un grupo que está más alejado de su intención ideológica que formar una coalición con partidos que están más cercanos. Si la conexión ideológica es necesaria para formar una coalición, entonces el gobierno puede formar lo que se llama una coalición mínima conectada. En el caso de formar la coalición para integrar un gobierno en un sistema parlamentario, esta coalición requiere que tenga una mayor estabilidad. Pero en el caso de querer conformar una coalición para aprobar un conjunto de leyes, puede ocurrir que la coalición varíe, a veces por motivos ideológicos. Puede ocurrir que se forme una coalición mínima conectada donde el partido mayoritario que es dominante en la coalición, la conforme con algunos bloques parlamentarios con los cuales no comparte su ideología ni su propuesta o agenda legislativa, pero que pueden coincidir en algún proyecto de ley concreto. Sin embargo, aún cuando no se conforme una alianza de gobierno, en general es preferible que se conforme una coalición mínima conectada, por la cual el partido de representación mayoritaria en el Congreso, que es generalmente además el partido de gobierno, tenga una coalición mayoritaria estable para la aprobación de la legislación que considera necesaria.

Como las preferencias de un partido se complementan con las preferencias de otro partido, cuando el primer partido le da la mayor importancia a algunas cuestiones, puede ocurrir que a otro no le importe. Esto indica que en la política como en el mercado **los gustos complementarios proveen un campo para la cooperación y la negociación**. Este hecho sugiere que el partido principal puede buscar una coalición de socios con preferencias complementarias. De esta manera al conformar la coalición gobernante entre diferentes partidos el

partido principal puede darle a cada pequeño partido lo que más desea. Puede ser que pequeños partidos tengan interés en algún tema que al resto de la comisión no le parezca trascendente, pero en compensación para incorporar sus votos necesarios para formar la coalición ganadora el resto de los partidos vote estos proyectos que son necesarios para los pequeños partidos pero no para los partidos mayoritarios. Este razonamiento sugiere otro principio para la formación de coaliciones, que se podría llamar **la coalición más complementaria**. La coalición más complementaria **maximiza las ganancias a través del intercambio de votos**. Tengamos en cuenta que **los conceptos de coalición mínima ganadora y la coalición mínima conectada tienen un valor predictivo**. Esto quiere decir que en caso que haya una elección puede imaginarse cual será el resultado de la coalición de gobierno en la Cámara de Diputados independientemente de la fractura entre los distintos bloques que pueda existir.

Al mismo tiempo que la lógica de la teoría de los juegos, la historia y la cultura determinan la composición de partidos políticos en la coalición gubernamental. Puede ocurrir que haya **alianzas históricas entre partidos** basadas fundamentalmente en el **concepto de confianza**. Como los acuerdos políticos generalmente no pueden ser aplicados, porque no existe, a diferencia de los contratos, la ejecución a través del Poder Judicial, el principal fundamento para el cumplimiento del acuerdo político es la confianza. Puede ocurrir que haya partidos o parlamentarios que obtengan una mayor confianza que otros y de esta manera se los quiere incorporar dentro de la coalición.

Existen **coaliciones inestables**. La teoría de la negociación explica esta inestabilidad. El juego de la redistribución bajo una regla mayoritaria con votantes simétricos tiene un núcleo vacío. De la misma manera, **un juego de coalición gobernante con partidos simétricos tiene un núcleo vacío**. Y un **núcleo vacío causa inestabilidad**. Esto ocurre si suponemos que hay tres jugadores y distribuidos en cien unidades de pago político de cualquier naturaleza que se puedan hacer. Una alternativa sería distribuir por tercios. Pero una de las partes puede proponer a la otra dividirse por mitades y no darle nada al tercero. La propuesta mejora la situación de los dos primeros, pero deja al tercero sin nada, entonces el tercero puede proponer darle dos tercios, digamos, a uno de los otros y conservarse nada más que con un tercio. Va a estar mejor porque antes no tenía nada. Es decir, estas situaciones pueden repetirse porque frente a una propuesta aparece una contrapropuesta que la bloquea. Como en un juego de redistribución por regla de mayoría cualquier propuesta en el juego de coaliciones puede ser bloqueada por otra propuesta, por lo tanto el juego tiene un núcleo vacío. La misma inestabilidad aflige a las coaliciones que se forman para intercambiar votos en el Congreso.

En el caso de sistemas parlamentarios, para evitar estos juegos de coalición con un núcleo vacío se han **incrementado los costos de las acciones**. Una alternativa es no permitir que las coaliciones de gobierno puedan hacerse y deshacerse con facilidad, estableciendo algunas mayorías calificadas o dificultades para la conformación del gobierno o para la censura de un gobierno. Otras como en el caso de Italia que estaba particularmente golpeada por el tema de la inestabilidad política se reformó el sistema electoral para disminuir el número de participantes en el juego. Cuando los partidos de gobierno son dos o en un sistema presidencial, donde se forman coaliciones en la elección de Presidente, se puede decir que la oposición de hoy es el gobierno de mañana. **La alternancia en los gobiernos sucesivos crea un diálogo que vigoriza la política**. La alternancia del poder y los mandatos rígidos son el principal límite al autoritarismo. Una de las formas de asegurar la alternancia es no permitir la reelección. En los sistemas presidenciales un partido rara vez controla la mayoría en ambas cámaras del Congreso. Esto es particularmente cierto en el caso de la Cámara de Diputados, donde el sistema electoral establece una fractura y dispersión de la mayoría. No así en el Senado, donde al ser la elección mayoritaria, puede ocurrir una coalición de las provincias más chicas. Si el Presidente y su partido no cuentan con mayoría en ambas Cámaras, un partido rara vez tiene el poder de legislar al confiar exclusivamente en sus miembros. Con la disciplina partidaria, no parece ser necesariamente suficiente, por lo menos en algunas cuestiones. La legislación requiere negociación entre el Presidente y el Congreso, y entre los líderes parlamentarios de cada partido.

Una manera de asegurar el poder presidencial sobre el Congreso ocurre cuando el Presidente cuenta con la mayoría en una Cámara. De esta manera el Presidente enviará los proyectos a la Cámara donde cuenta con mayoría, que al ser Cámara iniciadora puede imponer su voluntad sobre la otra, ya que la otra para reformar la legislación deberá juntar una mayoría especial o calificada de dos tercios. La única defensa que tiene la cámara revisora es rechazar en general el proyecto, porque de esta manera no podrá tratarse en el mismo período de sesiones. Pero ésta es la única herramienta con que cuenta, porque cualquier otra transacción o negociación que utilice con la Cámara iniciadora puede no ser aceptada por el Presidente que puede vetar parcialmente la ley en los puntos en que ha sido revisada por la Cámara revisora, y de esta manera insistir o asegurar la aprobación de un proyecto similar al deseado por el gobierno.

Puede ocurrir que en alguna situación se conforme en el Estado un **grupo dominante**. Esto ocurre cuando existe algo similar a lo que se llama un monopolio natural. Un monopolio natural es cuando una gran

empresa puede producir a un costo más bajo de lo que pueden producir pequeñas empresas diferentes. Esto es en general debido a que la actividad tenga altos costos fijos. La **empresa que sea dominante tendrá la posibilidad de excluir del mercado a las otras, porque podrá absorber rápidamente los costos fijos de producir ese servicio que es un monopolio natural.** Las armas modernas y la organización burocrática pueden permitir a un Estado grande que provea ley y el orden social a un costo más bajo que lo que podrían producir varios estados menores, con lo cual esto llevaría a una tendencia de un Estado centralizado. O también, a un gran partido político centralizado. Un Estado tiene un monopolio de la fuerza. Se puede crear una gran coalición en la cual algunas facciones se unan y dominen a la coalición menor. Si las coaliciones menores no pueden bloquear a la coalición mayoritaria, la coalición mayoritaria rellena de alguna manera el núcleo del juego. **La fortaleza de la democracia proviene de la institucionalización de la competencia para controlar los poderes monopólicos del Estado.** Poderes monopólicos en la fuerza y en la provisión de bienes públicos. Sin embargo, la elección de una coalición de gobierno sobre otra redistribuye los privilegios del poder. Este juego de la redistribución tiene un núcleo vacío que lleva a la desestabilización de la política. Una Constitución democrática no puede garantizar la eliminación de esta inestabilidad.

Problemas en la representación.

Los ciudadanos eligen a los legisladores y los legisladores hacen la ley, pero los legisladores tienen intereses propios y pueden no coincidir con los intereses de los ciudadanos. De alguna manera **la Constitución puede intentar unificar los intereses de los legisladores y de los ciudadanos.** Si los ciudadanos se están viendo representados, entonces los acuerdos entre los legisladores satisfacen las preferencias de los ciudadanos. Pero si los ciudadanos no están bien representados, los acuerdos entre los legisladores satisfacen los intereses de los legisladores y frustran los intereses de los ciudadanos. La doctrina pluralista sostiene que los diferentes segmentos de la sociedad se organizan exitosamente para negociar entre sí e influir en la política. El pluralismo supone que cada grupo de ciudadanos elige representantes para que negocien por ellos. Los representantes idealmente tienen influencia política en proporción al número de personas que representan. En la realidad algunos ciudadanos tienen mejor representación que otros, y algunos representantes tienen un poder desproporcionado. La teoría negociadora de la democracia explica estas diferencias sobre la calidad de la representación y el poder de los representantes. La información desigual es la causa de la representación desigual. En términos generales la negociación impide el control sobre los legisladores porque en general los votantes prefieren posiciones principistas a posiciones de legisladores que aparecen negociando. Votar claramente por cada proyecto de ley

hace que el legislador aparezca en la lista de votos y por lo tanto sea relativamente sencillo interpretar y determinar como ha votado el legislador, pero el intercambio de votos oscurece la información y requiere un análisis más detallado si ha tenido éxito en sus negociaciones y ha obtenido la mejor legislación que deseaban sus representantes.

En muchos casos los votantes actúan como actúan en el mercado los clientes. ¿Cómo puedo saber cual es la calidad de un producto que me ofrece el comerciante? Una de las alternativas es que conozco la marca y tengo confianza en la marca y por lo tanto confío que el producto será de buena calidad. De la misma manera el votante elige un partido o a veces una persona en la cual confía, y cree de esta manera que con una información imperfecta e incompleta puede tomar una decisión correcta. Los principales partidos preservan el valor de su marca y inducen a la unificación y similitud ideológica dentro de sus representantes.

Los grupos de intereses invirtiendo en la política.

Una inversor racional que analiza sus ahorros en las inversiones que le dan más alta tasa de interés, cuando una inversión tiene una tasa de interés esperada más elevada que otra con el mismo riesgo, los fondos irán de las que tienen menor rendimiento a las que tienen mayor rendimiento. Este principio también se aplica a todo tipo de inversiones incluyendo la inversión en un lobby. Vemos por ejemplo una empresa que debe desarrollar un tipo de producción a la cual está dedicada y puede tener un porcentaje a través de lobby de un contrato de defensa. Si los riesgos son iguales dedicará sus fondos para obtener el contrato a través del lobby. Ya que esta forma de inversión puede ser sustituida fácilmente por otra, la falta de fondos para el lobby es altamente elástico en el largo plazo. Para apreciar las consecuencias de este hecho se puede imaginar a los lobbistas como ofreciendo legislación e imaginar a los inversores como demandando o solicitando legislación. Un aumento en el precio que los lobbistas cobran por proveer la legislación puede causar una amplia disminución en la demanda por legislación por parte de los inversores. Más aún, un aumento en el precio que cobran los lobbistas por la legislación puede causar una disminución en los gastos totales que se dedican al lobby.

El precio que cobran los lobbistas por proveer legislación varía de acuerdo con la organización política. La división de poderes en una democracia requiere más funcionarios que cooperen en aprobar la legislación. Es el caso de cuando existe un Congreso con dos Cámaras, que requiere la cooperación de las dos, del Senado y de la Cámara de Diputados para sancionar legislación. De la misma manera la fragmentación de los cargos entre los partidos políticos hace que la

cooperación entre funcionarios sea más difícil. Más complejo aún, las reglas de procedimiento en cualquier legislatura también aumentan el costo de eventualmente adquirir legislación. Finalmente la financiación pública de las campañas electorales o los cambios en información tecnológica que hacen decrecer la necesidad de los legisladores para fondos para las campañas pueden aumentar el costo de adquirir legislación. La división de poderes, la fragmentación de los partidos, procesos legislativos más complejos y la financiación pública de las campañas electorales aumentan el precio que cobran los lobbistas para ganar la legislación, por lo tanto decrecen sustancialmente los gastos de las empresas en los lobbys en el largo plazo.

A diferencia de las empresas los ciudadanos no piensan que sus donaciones a causas políticas son inversiones que deben dar alguna forma competitiva de renta. En consecuencia los ciudadanos están menos dispuestos a reducir sus inversiones en lobby cuando el precio de la legislación aumente. Las contribuciones de ciudadanos a grupos de interés que defienden ciertas posiciones de medio ambiente o de apoyo a una ideología son presumiblemente menos elásticas que las contribuciones a empresas de lobbistas. Si la demanda de ciudadanos es inelástica, la división de poderes, la fragmentación de partidos, los procedimientos legislativos más complejos, el financiamiento público de las campañas que aumentan el precio que cobran las empresas de lobby para ganar la legislación sólo puede disminuir moderadamente los gastos que los ciudadanos individualmente invierten en lobby. La probabilidad puede explicar la forma de la legislación obtenida por las empresas. Presumamos que una industria debe decidir entre un lobby por subsidios o un lobby para disminuir la competencia establecida por cuotas y control de precios. Los subsidios atraerán nuevas empresas dentro de la industria y disiparán los beneficios. Más aún, el público puede descubrir fácilmente los gastos en subsidios. Por el contrario, las cuotas y los controles de precios crean beneficios monopólicos que excluyen el ingreso y el público tiene dificultades en descubrir su costo. Por lo tanto las cuotas y el control de precios son generalmente la primera decisión que toma una empresa que va a ser regulada. Es el caso de la regulación de las compañías aéreas que establecen cuotas y control de precios en las rutas en muchos países. Lo mismo ocurre en el caso de aranceles de importación en empresas que requieren inversiones muy elevadas para ingresar a ese grupo. Es el caso de las empresas automotrices.

Free ride y lobby costoso.

Los efectos de nueva legislación se distribuyen entre muchas personas, pero los costos de lobby se concentran. Esto lleva a que el interés individual de quienes podrían estar beneficiados por la legislación los

lleva a que hagan free ride (jinete solitario, también llamado polizón), es decir, no participen en las contribuciones que se hacen a las empresas de lobby. La posibilidad que un grupo pueda realizar gastos en lobby depende de su habilidad para superar este problema de los free rider. Este problema es más sencillo de superar en un grupo con pocos miembros que cuando hay muchos. **Monopolios y oligopolios concentran la producción en cambio la competencia la difunden.** En muchos mercados un pequeño número de productores vende a un número amplio y difuso de consumidores. El principio del free rider predice que los lobbistas serán más fuertes por las empresas en industria concentradas mientras que el lobby será débil en empresas que tienen industrias competitivas y en particular en los consumidores en todos los mercados. Los consumidores particularmente difícilmente puedan superar este problema del free rider. **Dado el carácter asimétrico del lobby, es más probable que los productores puedan capturar la reglamentación de una industria que la que hacen los consumidores. Un grupo puede superar el problema del free ride si logra establecer un impuesto sobre sus miembros.** Es lo que hacen los **colegios profesionales**, que obligan a todos los que quieran ejercer una profesión a pagar un pequeño, a veces no tan pequeño, impuesto. De esta manera cuentan con medios para hacer efectivamente su actividad de lobby. Por el contrario las organizaciones como algunas organizaciones ecologistas o de consumidores no tienen manera de obligar a que sus miembros o por lo menos sus participantes o los beneficiarios de la legislación que ellos apoyan, colaboren con los gastos. En estos casos lo que pueden lograr es una contribución voluntaria más que un impuesto obligatorio. Estas organizaciones muchas veces deben confiar más en el idealismo que en el interés propio para obtener fondos para el lobby. El principio del free ride predice que lobbistas relativamente fuertes, que lo hacen a través de organizaciones profesionales y las Cámaras y sindicatos industriales, son los más fuertes y que por el contrario, los grupos de interés público son los que harán el lobby más débil. Muchas veces el lobby es crítico. En general el lobby por organizaciones de intereses públicos se hacen en forma pública en cambio las organizaciones que hacen el lobby a favor de empresas o grupos de interés, empresario o profesional o también sindical lo hacen en forma reservada. De allí la necesidad de legislar la actividad de las empresas de lobby.

Una salida del problema del free ride es su concentración exclusiva en la oferta o provisión de fondos para lobby y no en su utilización. Los políticos en una democracia están interesados con el número de votos que los lobbistas pueden entregar. Los lobbistas para una industria concentrada deben gastar una gran cantidad de dinero para entregar un modesto número de votos, mientras que los lobbistas de una organización popular pueden entregar muchos votos a un costo modesto.

Las organizaciones populares son más eficientes que las organizaciones industriales en transformar dinero en votos. Esta situación predice que organizaciones de medio ambiente o que se refieren a personas retiradas pueden obtener una mayor influencia por cada peso gastado en lobby que lo que harían cámaras puramente industriales. Puede que un lobby sea eficaz de resolver el problema de los free rider y eficientemente transformar el dinero en votos.

Las teorías del interés propio no pueden explicar la atracción de los votantes a las causas idealistas. Muchas personas no esperan ningún beneficio personal cuando abonan a lobbys de medio ambiente o de apoyo a personas con discapacidades o cuando apoyan a un grupo de interés público. Las organizaciones políticas con la habilidad de señalar causas que atraigan el altruismo de las personas pueden obtener apoyo financiero en contradicción con el problema del free ride, es decir van a apoyarlos más personas que los que se benefician con la legislación aprobada.

Búsqueda de rentas.

Invertir en una empresa manufacturera es totalmente productivo, mientras que invertir en lobbys es en parte productivo y en parte redistributivo. Invertir en lobbys es productivo en la medida que lleve a leyes más eficientes. Más que aumentar la eficiencia sin embargo muchas leyes redistribuyen el dinero gubernamental o restringen la competencia. Por ejemplo, muchas de las deducciones y exclusiones en los sistemas tributarios reducen su eficiencia y redistribuyen la carga tributaria. En forma similar muchas regulaciones restringen la competencia para aumentar los beneficios de las empresas reguladas. Existe terminología para describir las actividades políticas que crean gastos. En un significado técnico renta se refiere a beneficios de propiedad pasiva por oposición a los beneficios de la actividad productiva. Pocos títulos legales dan renta a sus propietarios. Por ejemplo quien recibe una concesión que tiene el derecho de operador exclusivo de una actividad en un parque público, digamos un quiosco o un restaurante, obtendrá beneficios de monopolio. Un concesionario puede obtener beneficios ordinarios que son los que obtiene cualquier empresa del tipo, más beneficios en exceso de ser un monopolio. El beneficio en exceso es una renta por haber obtenido esa concesión. La inversión en lobbys para adquirir los títulos legales escasos se llama búsqueda de renta. Aunque la frase pueda aparecer con un contenido peyorativo se utiliza un término técnico para el comportamiento que probablemente podamos detestar o admirar. Por ejemplo, los que producen automóviles en un país desean excluir las importaciones. Las compañías aéreas buscan prohibir las tarifas muy baratas. Los sindicatos buscan protección contra los trabajadores que no integran o

no abonan las cuotas sindicales. Hay empresas de televisión que buscan tener el derecho exclusivo de proveer un canal de cable a pequeñas ciudades. De la misma manera, puede haber subsidios para universidades para investigación o subsidios que puedan tener clubes de fútbol para construir estadios. Generalmente cuando se concede algún tipo de renta los que deben pagarla pierden más que lo que ganan los ganadores, es por eso que la justificación de este tipo de políticas de rentas tiene que tener alguna forma de justificación que la acerque a la eficiencia económica. Una de las argumentaciones que generalmente se da es que puede servir a la redistribución de la renta. A pesar que no cumple con ningún criterio de eficiencia puede tener un fin redistributivo. Generalmente los fines redistributivos en el tipo de cuestiones son raros. Puede ocurrir que los legisladores hagan una suerte de remate de intereses. De esta manera proponen alguna legislación que tiene beneficiarios afectados y de esta manera acerca a las partes a negociar con la legislatura. Se puede llamar a esto un remate porque depende de quien literalmente pague más, no en contribuciones ilegales pero si en contribuciones a la actividad política.

Invertir en influencia política permite a los votantes con una manera de expresar la intensidad de sus preferencias, lo que aumenta la eficiencia de la política. Más aún, la publicidad política y el lobby aumentan la cantidad de información conocida por los votantes y puede también cambiar sus preferencias. Hay sin embargo varias **maneras que el dinero distorsiona la representación política de las preferencias.**

Primero, grupos que no pueden superar el problema del free ride logran pequeñas influencias.

Segundo la desigualdad de la riqueza resulta también en influencia política desigual. En lugar de cada persona tenga el mismo valor de amenaza, es decir la habilidad de reservarse el voto, algunos ciudadanos tienen un valor de amenaza más amplio que otros, la capacidad de no hacer contribuciones financieras.

Tercero muchas inversiones en la influencia política tratan de transferir la riqueza de grupos políticamente favorecidos a grupos políticamente desfavorecidos. Estas transferencias son costosas e improductivas. Por lo tanto la cuestión de saber si el dinero invertido en influencia política mejora o empeora la tarea de la democracia es compleja.

La política, la función pública y los tribunales.

En muchas burocracias estatales los políticos ocupan los cargos principales y los funcionarios públicos ocupan los cargos subordinados. Alternativamente los nombramientos políticos también pueden en algunos casos integrar la administración hasta su cargo más bajo. En lo que se llama el **sistema de clientelismo, (spoils system)** los ganadores en una elección o lo que a veces se llama también el juego de la política, distribuyen los cargos estatales a sus seguidores leales en lo que se llama el botín de la victoria. Esto ocurre en muchos países en desarrollo y también a veces en la administración de algunas ciudades importantes en los Estados Unidos.

La administración por los funcionarios públicos sufre de la **inflexibilidad**, mientras que la administración por los funcionarios políticos sufre de **corrupción**. El mejor sistema aparentemente sería hacer nombramientos políticos al nivel más alto de la administración, y dejar que el servicio civil, es decir, funcionarios de carrera, controlaran los demás cargos por debajo. El juego de las normas puede explicar porque el sistema de despojos o de clientelismo político puede producir gobierno eficiente en los niveles muy elevados de la administración y los funcionarios de carrera producir un gobierno más eficiente en los niveles intermedios y más bajos de la administración.

Uno puede imaginar al Estado como una cadena de relaciones en las que cada oficial es un agente relativo de los que están arriba de él. En una burocracia estatal típica los funcionarios públicos son agentes relativos de los funcionarios políticos que están al frente de la revisión. Los funcionarios políticos que están al frente de la organización son agentes relativos de los funcionarios electos, en este caso el Presidente que los designa, y los funcionarios electos son agentes relativos de los ciudadanos que los votan. En cada una de las uniones o los eslabones de la cadena una combinación de discrecionalidad y legalidad ordena la relación con el agente. La eficiencia requiere de discrecionalidad dominante sobre la legalidad en la parte más elevada de la cadena, y la legalidad que domine la discrecionalidad en las partes más bajas de la cadena. Cuanto más cerca se está a la parte más elevada de la cadena, es decir los cargos más elevados de la administración, ministros, secretarios y subsecretarios, los ciudadanos conocen más sobre la actividad de esos funcionarios.

Tomemos el ejemplo de las relaciones exteriores, los medios de comunicación dan información permanente sobre el Presidente, sobre el

Ministro de Relaciones Exteriores y eventualmente sobre el Secretario de Estado. Puede inclusive tener alguna información sobre la actividad de un embajador, pero la prensa ignora o no considera las actividades de los diplomáticos de carrera. Cuando el principal tiene más información, el agente tiene un margen menor para hacer una distracción no prevista de los recursos. La mayor información para el principal causa que los costos de distracción o de desviación suben más suavemente en la medida que el agente recibe mayor discrecionalidad.

A pesar que los votantes tienen una buena información sobre los funcionarios de más alto nivel, el ambiente de la alta política es impredecible. Una baja predictibilidad aumenta el costo de la inflexibilidad. Por ejemplo, una crisis diplomática inesperada requiere una respuesta flexible por parte del Canciller. Un monitoreo amplio y un ambiente impredecible llevan a suponer una situación en favor de dar una mayor discrecionalidad a los funcionarios en los puntos más elevados de la administración, ministros por ejemplo. Una amplia discrecionalidad requiere de una actividad política, no de la actividad de los funcionarios públicos. En lugar de imponer normas los votantes comunican objetivos a los funcionarios más altos. Por lo tanto una administración eficiente en una democracia requiere un control político sobre los más altos funcionarios en los organismos gubernamentales, es decir, ministros y secretarios.

Por el contrario, el público no puede controlar los niveles intermedios o bajos de la administración. Por lo tanto, el público, es decir, el votante, los ciudadanos, debe considerar a los funcionarios políticos responsables por cualquier distracción o desviación de los recursos que se observan en los niveles más bajos de la administración. Para librarse de su responsabilidad los altos funcionarios imponen reglas que reducen la desviación de los funcionarios intermedios o bajos. **La menor información para el principal causa que los costos de desviación aumenten más rápidamente en la medida que el agente recibe más discrecionalidad.** Las normas constriñen y limitan estos abusos. De tal manera que la eficiencia en una democracia requiere que las normas de los funcionarios públicos para controlar el empleo en los niveles menos visibles de la administración.

En la medida que la burocracia aumenta, las agencias u órganos descentralizados que regulan o reglamentan ponen obstáculos a los ciudadanos que se dirigen a los funcionarios públicos para obtener ayuda. Para colaborar con los ciudadanos en contra de medidas burocráticas se requiere que los funcionarios políticos tengan información y conocimiento que aumenta al interactuar con la burocracia estatal a través de los años. Al hacer este trabajo de casos con los votantes, el funcionario a cargo, ya sea un legislador o un

ministro, tiene una ventaja de experiencia sobre el contendiente que está en la oposición. Si seguimos un principio que diga **“El que mejor nos puede guiar en un laberinto es el arquitecto que lo hizo” los legisladores y también los ministros tienen un incentivo de crear un laberinto burocrático de tal manera que los votantes rechacen a los contendientes y acepten a los que están en el poder como guías**, ya que ellos son los únicos que pueden conocer los detalles de la actividad burocrática y controlar las desviaciones de los funcionarios. Por lo tanto, puede ocurrir que políticos en funciones busquen una ventaja electoral al aumentar la complejidad de la administración y de esta manera puedan mantener el control sobre ella y también el control sobre el interés de los ciudadanos.

El problema del **control o el monitoreo** también surge en la jerarquía judicial. Cuando se plantean disputas o litigios los tribunales pueden decidir entre decidir cada caso de acuerdo a sus meritos o establecer normas generales que se apliquen a todos los casos. La decisión judicial caso por caso le da flexibilidad a los tribunales inferiores y les permite separarse o disentir de las preferencias de los tribunales superiores. Por el contrario, las normas o sus precedentes que son las normas de origen judicial, reducen la flexibilidad de los tribunales inferiores y los obligan a conformarse con las preferencias de los tribunales superiores. Al mismo tiempo, la aplicación de normas por un tribunal superior los lleva a que tenga que aplicarse ese tipo de normas a si mismo, con lo cual limita su flexibilidad. **Uno de los inconvenientes que plantea la no existencia de precedentes estables en nuestro país, es que muchos tribunales incluyendo la Corte Suprema no quieren verse limitados por sus propios precedentes.** De esta manera le permite resolver una mayor cantidad de casos con una regla que varía de caso a caso. La aplicación estricta de precedentes reduce también las causas de un tribunal superior, porque muchos menos casos vendrán a consideración del tribunal si los inferiores cumplen con los precedentes. Pero esto le quita flexibilidad a la decisión del tribunal superior cuando la desea para aumentar su número de casos y su influencia política dentro del sistema. Es por eso que la Corte Suprema de Estados Unidos tiene un promedio de 80 casos anuales, cuando la Corte Suprema Argentina tiene alrededor de 6000 o más. Esto en gran medida significa que el propio tribunal no establece precedentes claros para que apliquen los tribunales inferiores o para que aplique la Corte misma.

Podríamos sugerir **tres fronteras** o límites indecisos o indefinidos entre la política, la administración y los tribunales, que demarcan los cambios significativos en el poder discrecional.

Primero los funcionarios pueden usar o tener una **discrecionalidad fuerte** cuando la ley les da libertad para perseguir **objetivos políticos**.

Es el caso de los legisladores que tienen una amplia discrecionalidad en proponer la legislación, y el ejecutivo que tiene una amplia o fuerte discrecionalidad para elegir su gabinete.

Segundo los funcionarios tienen una **discrecionalidad débil** cuando la **ley** prescribe **objetivos** y deja a los **funcionarios** libertad para escoger los **medios**. De esta manera funcionarios en el ministerio de educación pueden establecer un programa para mejorar la educación o el acceso a la educación de acuerdo con los objetivos prescriptos por la legislación.

Tercero: Una **legalidad pura** o una normatividad pura deja a los funcionarios **sin discrecionalidad**, lo que resulta en una **toma de decisiones mecánica**. De esta manera, si se establecen reglas muy estrictas para por ejemplo la división de bienes entre los cónyuges en el caso del divorcio los jueces tienen una discrecionalidad muy leve.

Ahora bien, existe una paradoja, en general las normas tienden a ser muy amplias con la administración, con lo cual los funcionarios además de gozar un cierto anonimato frente a la prensa pueden disponer de discrecionalidad utilizando los recursos públicos, y al mismo tiempo en el caso de los jueces que son los que se encuentran más capacitados por estudios y entrenamiento para ejercer un poder discrecional, la norma generalmente reglamenta su comportamiento en forma mucho más estricta.

Los legisladores y el Poder Ejecutivo gozan generalmente de discrecionalidad política, y los funcionarios públicos tienen una discrecionalidad técnica. La situación de los jueces es más compleja. Los sistemas judiciales dan alguna forma de discrecionalidad frente a parte de los jueces, pero la legislación aspira a eliminar el poder discrecional de los jueces. No sabemos exactamente cual es la mezcla ideal entre política, técnica y legalidad en la decisión judicial. En cualquier caso la legalidad pura o la aplicación mecánica de la ley fracasa en la mayor parte de las decisiones. Si se puede utilizar una metáfora, supongamos que un sindicato quiere hacer una huelga pero permaneciendo en los lugares de trabajo. Generalmente una forma que se llama **el trabajo a reglamento**. Esto quiere decir que los trabajadores en huelga aplicarán todas las normas literalmente, con lo cual no cumplirán con sus funciones. Una versión de los funcionarios o empleados ocurre con lo que se llama el trabajo a código, es decir, los funcionarios y los empleados trabajan a código aplicando estrictísimamente las normas de los códigos con lo cual el trabajo no puede realizarse. De la misma manera tribunales que apliquen normas en forma mecánica no pueden hacer justicia.

La relación principal - agente en el gobierno.

Los partidos políticos proponen sus programas a los votantes, los votantes eligen dentro de estos programas o plataformas en las elecciones, y eligen legisladores o un Presidente. El Presidente designa a los ministros y a los jefes de las organismos que dan instrucciones a los legisladores para implementar el programa de gobierno que fue aprobado por los legisladores. Cada eslabón en esta cadena de autoridad consiste en un principal y en un agente. El tiempo constriñe cada principal a delegar competencias en los agentes. La delegación de competencias en los agentes evita costos administrativos para el principal y le da la oportunidad a los agentes comportamientos que desvíen recursos. Por lo tanto cada delegación sucesiva de competencias permite a cada nivel sucesivo de administración de diluir el objetivo político recibido por los votantes.

El principal delega más competencias a aquellos agentes que tengan menos incentivos a desviar recursos. Los agentes que tienen menos incentivos a desviar recursos son aquellos que corren un riesgo mayor de que los eventos muestren a la luz su distracción de recursos. Por lo tanto el principal prefiere delegar competencias cuando sus costos de oportunidad son elevados y cuando tienen una alta probabilidad de descubrir la diversión de recursos por los agentes. El juego de delegación hace un modelo sobre la base de estos hechos.

Para imponer normas sobre los agentes los principales pueden reducir la desviación de recursos. Las normas sin embargo reducen la flexibilidad de los agentes al responder a situaciones que cambian. Los agentes necesitan más flexibilidad cuando el ambiente es menos predecible. El juego de las normas hace un modelo sobre estos hechos.

La Constitución limita a los funcionarios al restringir la delegación. Si esta limitación es efectiva el funcionario debe dedicar más tiempo de lo que desea a la tarea en cuestión que no puede ser delegada. Esto aumenta los costos administrativos. Las restricciones efectivas también reducen la desviación de recursos por los agentes. La no delegación tiene sentido cuando el interés general o el interés público favorece que el administrador se ocupe de una tarea particular más allá del nivel indicado por el interés personal. Es decir puede ocurrir que el administrador no desee ocuparse de eso pero la prohibición constitucional de delegación lo obligue a hacerlo, y esta dedicación personal es la que asegura el interés general. La no delegación a través de las distintas ramas del gobierno, en particular la no delegación del Poder Legislativo al Ejecutivo y de funciones judiciales al Ejecutivo preservan la separación de poderes y promueven la competencia política.

Al mismo tiempo que limita la delegación, la Constitución también establece el Principio de Legalidad. Si la limitación de la legalidad es vinculante los funcionarios pierden flexibilidad. Los agentes necesitan más flexibilidad cuando deben responder a cambios impredecibles. Por lo tanto cuando el paso de cambio se acelera, cuando se está en momentos de grandes cambios sociales los funcionarios necesitan menos reglas.

La organización gubernamental.

De acuerdo a la formulación económica **las empresas son jerarquías que están limitadas por los mercados.** Las pequeñas empresas requieren menos jerarquía y más mercados, mientras que las grandes empresas tienen más jerarquía y menos mercado. La relativa eficiencia de comprar o de hacer un bien privado depende de la eficiencia relativa de los mercados y de las jerarquías. La jerarquía óptima en las empresas y el número óptimo de mercados plantea el mismo problema. De la misma manera que el sector privado consiste en mercados y en jerarquías, **el sector público consiste en Gobiernos y en jerarquías.** En una democracia los ciudadanos eligen a su gobierno, por lo tanto los **estados democráticos son jerarquías limitadas por elecciones.** Los estados centralizados requieren menos gobierno y más jerarquías, mientras que los estados descentralizados requieren más gobierno y menos jerarquías. Una forma de descentralización es el Estado Federal. La eficiencia relativa de estados centralizados y descentralizados depende de la eficiencia relativa de las jerarquías y de las elecciones.

En una economía de mercado, las empresas exitosas se expanden, y las empresas con dificultades se contraen, por lo tanto la competencia idealmente produce la combinación más eficiente de grandes y pequeñas empresas. En la política democrática los candidatos y los partidos compiten vigorosamente para acceder al poder, pero los Estados exitosos no se expanden automáticamente, y los Estados que tienen dificultades no se contraen. La democracia produce una competencia intensa por el poder, pero la competencia no ajusta automáticamente los límites para asegurar lo que podrían ser las ventajas diferentes que resultan de la magnitud o de la pequeñez de las naciones. Lo que si ocurre es que varían las competencias en materia de gobierno federal y de gobiernos provinciales. Por lo tanto gobiernos provinciales exitosos pueden aumentar sus competencias y los gobiernos que fracasan en la provisión de bienes públicos solicitarán ayuda al gobierno nacional y en el caso del gobierno nacional cuando tiene éxito tomará mayores competencias y cuando tiene menos éxito las pasará esas competencias donde puedan ser mejor realizadas en ese caso a nivel provincial o local.

Cuando la competencia divide entre ganadores y perdedores las instituciones pueden evolucionar y mejorar por el juicio de acierto o

error. Una competencia débil entre jurisdicciones sin embargo bloquea o limita los procesos competitivos.

Los grupos de interés y el gobierno.

El control de la administración por el Congreso es imperfecto. Los funcionarios de gobierno están mejor informados sobre los detalles de sus áreas de decisión políticas, lo que resulta en que los legisladores tengan dificultades en controlar sus acciones. El Congreso emplea una variedad de mecanismos para monitorear el comportamiento de la administración y de las agencias gubernamentales, el primer elemento es regulatorio y de control. En este sentido el Congreso reglamenta el comportamiento de la administración en algunos casos con gran detalle, solicita además informes sobre el cumplimiento de estas reglamentaciones, lo que incluye un análisis presupuestario de las oficinas de gobierno. Un segundo método por el cual los legisladores pueden disminuir las asimetrías informativas, es confiar en intereses externos para evaluar las actividades de los organismos públicos.

David Epstein y Sharyn O'Halloran desarrollan un modelo sobre los grupos de interés y el control por el Congreso de la burocracia. Demuestra que aun cuando los grupos de interés actúan en forma estratégica, los participantes en tareas de lobby pueden colaborar en reducir las asimetrías en la información entre el Congreso y la administración y que mediante el procedimiento de "sonar la alarma" pueden obtener concesiones para sus intereses.

La administración y los recursos del Estado.

El funcionario suele tener una importante ventaja informativa frente a los legisladores y frente a altos funcionarios políticos del gobierno. El legislador y, a veces los altos funcionarios, tienen una información reducida sobre el costo de ciertas actividades gubernamentales. Algunas veces los funcionarios cuando compiten entre sí, o cuando los costos de un programa de gobierno son excesivamente altos, tienden a subestimar los costos. Saben que una vez iniciado el programa podrán obtener los fondos suplementarios necesarios para concluirlos. Otras veces, puede haber incentivos para exagerar los costos necesarios para realizar una tarea, de esa forma pueden utilizarse los recursos adicionales para otro fin.

De hecho una de las grandes preocupaciones del funcionario, es que se crea que un trabajo puede hacerse con un costo menor. Un funcionario que no gasta todo su presupuesto corre el peligro de verlo reducido al año siguiente, lo cual lleva a los problemas de tener que agotar el presupuesto aprobado antes de que finalice el año fiscal. Un funcionario

no solo puede enmascarar u ocultar los beneficios y los costos de sus actividades, también puede emprender acciones que influyan sobre ellos. Normalmente los organismos oficiales reciben un presupuesto general que es el principal instrumento que se utiliza para controlarlos, por el Congreso y por los altos funcionarios políticos. Sin embargo, los funcionarios gozan de una cierta discreción dentro de ese presupuesto. En particular pueden valerse de esa discreción para perseguir sus propios objetivos y no los fijados por los legisladores. Finalmente los funcionarios pueden influir en la magnitud de su presupuesto presentando al legislador un número reducido de posibilidades. Planeando presentar detalles de otras opciones obligan a votar entre casos extremos con la esperanza de producir así la aprobación de un nivel elevado de gasto. Controlando de esta forma el contenido de la votación pueden tratar de aumentar la magnitud del presupuesto.

Procedimientos burocráticos y aversión al riesgo.

El deseo del funcionario de aumentar el presupuesto parece explicar numerosos aspectos de la conducta burocrática. Otros pueden atribuirse a otros importantes incentivos de los funcionarios. Aunque su sueldo puede no estar relacionado estrecha y directamente con su rendimiento, a largo plazo su ascenso depende al menos en parte de este. Un funcionario puede **liberarse de la responsabilidad** de sus errores siguiendo determinados **procedimientos burocráticos** que garanticen que todas sus acciones sean realizadas por otros. Aunque este proceso de toma de decisiones en equipo también reduce las posibilidades de que el funcionario pueda atribuirse los éxitos en general sirve a sus objetivos. El funcionario público es **reactivo a tomar riesgos**.²³ Esta característica es la que explica uno de los aspectos fundamentales de las burocracias todo debe pasar por un procedimiento adecuado, lo cual aumenta la documentación. Hay otros factores que refuerzan los procedimientos burocráticos. En primer lugar muchos de los costos en que se incurren realizando actividades que carecen de riesgos no recaen sobre los propios funcionarios sino sobre la sociedad en su conjunto a través de impuestos necesarios para pagar el personal adicional. También supone un costo los retrasos y el exceso de papeleo en el que se incurre en sus relaciones con la burocracia.

En segundo lugar, la existencia general de unas rutinas establecidas que deben seguirse y que consisten en que todas las propuestas deban ser aprobadas por varias personas distintas no se debe únicamente a que los funcionarios buscan su propio interés. Es una consecuencia natural de

²³ El concepto que la administración pública no toma riesgos es la base de la existencia de algunos delitos contra la administración pública como la malversación de caudales públicos.

la relación de confianza entre los funcionarios y los fondos que distribuyen. Es decir, los funcionarios no gastan su propio dinero sino recursos públicos. Generalmente se acepta que una persona debe tener menos poder discrecional cuando gasta el dinero de otro que cuando gasta el propio. Esto significa la necesidad de seguir ciertas rutinas que garantizan que los fondos no se gasten de acuerdo a los caprichos de alguna persona. También sirve para reducir las posibilidades de corrupción ya que al ser muchas las personas que deben dar su aprobación normalmente ninguna tiene poder para adjudicar un contrato por un precio superior al de mercado y recibir así una comisión. Algunos ejemplos de rutina son la utilización del análisis de costo beneficio y el estudio de los efectos sobre el medio ambiente.

Los grupos de interés y el control presupuestario.

Epstein y O'Halloran en la teoría del control estratégico²⁴ sostiene que aún cuando los grupos de interés actúan en forma estratégica, es decir en defensa de sus propios intereses, estos lobbistas pueden facilitar la función del Congreso de control de la administración. Los grupos de interés pueden reducir las asimetrías informativas entre el Congreso y la administración y que esto tiene como contrapartida que el mero hecho de sonar la alarma en el Congreso puede resultar en concesiones políticas de la administración a lo grupos de intereses. De esta manera la administración o organismos dentro de la administración pueden moderar sus propuestas para obtener el apoyo de los grupos de interés frente al Congreso. Más aún, cuando existen grupos de interés diferentes que deseen influir sobre el Congreso los legisladores pueden analizar las decisiones basados en el conjunto de grupos de interés moderados que apoyan las acciones de la administración. De esta manera pueden ellos controlar las organismos de la administración observando la línea divisoria entre los grupos de interés que apoyan la propuesta de la administración y los que se le oponen. **El control por el Congreso de la administración es imperfecto porque en gran medida la administración esta mejor informada** sobre los detalles en sus áreas de decisión política, dificultando a los legisladores el control efectivo de sus acciones. El Congreso emplea una variedad de mecanismos para monitorear el comportamiento de las agencias. Para esto solicita información y hace reuniones informativas entre otras cosas. Para ser efectivos estos controles directos requieren tiempo considerable y también recursos que el Congreso puede no tener.

²⁴David Epstein A Theory of Strategic Oversight: Congress, Lobbyists, And The Bureaucracy Journal of Law, Economics, and Organization , October, 1995 Columbia University.

Un segundo método por el cual los legisladores pueden reducir las asimetrías informativas, es **confiar en intereses exteriores** para que evalúen las acciones propuestas por la administración. Pero los grupos de interés solo ofrecerán información para promover sus intereses particulares. La pregunta se plantea es, **si los grupos de interés, aún actuando en forma estratégica, pueden ayudar al Congreso a controlar la administración.** Una respuesta a esta pregunta puede llevar a dos argumentos diferentes.

El primero se refiere a **sonar la alarma**, es decir, la habilidad de los grupos de interés para facilitar el control parlamentario al alertar a los legisladores de las transgresiones burocráticas. Sin embargo, tal cual fue originalmente imaginada esta teoría concede poco para el juego estratégico de parte de actores diversos. Las organizaciones pueden ser capaces de anticipar el sonido de estas alarmas y ajustar su política para evitar el aviso. Al mismo tiempo, si a cada reclamo de los grupos de interés se produce una acción parlamentaria vigorosa muchos grupos de interés tendrían entonces el incentivo de establecer **falsas alarmas.** Teniendo en cuenta estas preocupaciones, la pregunta es saber hasta que punto los grupos de interés son capaces de monitorear las organizaciones del gobierno, y quién domina, si es que hay alguien, el proceso de decisión política y cual es el efecto del control por los grupos de interés en la decisión política final. Ejemplos de alarmas son por ejemplo la actividad de las organizaciones no gubernamentales de defensa del medio ambiente que atacan la política gubernamental en materia de transporte de sustancias radioactivas. O la movilización de la población que busca una mejor política de seguridad.

La segunda concepción se refiere a la **naturaleza cambiante de los grupos de interés.** En la medida que las organizaciones que defienden intereses aumentan, los grupos de interés deben competir por la influencia que ejercen sobre legisladores y gobernantes ofreciendo información útil. De esta manera se puede decir que la política de los grupos de interés se ha variado desde **el ejercicio de influencia, a la búsqueda de acceso para realizar esa influencia.** Uno de los principales campos de batalla de este momento es la administración, en donde algunos grupos actúan para solicitar un mayor activismo gubernamental y otros buscan que haya un menor activismo gubernamental, campo de batalla en donde ambos empujan sus argumentos, mediante estudios, estadísticas e informes. Aquí la pregunta crítica es que grupos tendrán éxito en influir en los legisladores y cuales son los efectos de los grupos de interés en las decisiones políticas.

El control por los procedimientos administrativos.

Los legisladores tratan de controlar las acciones de administración a través de **procedimientos administrativos**. Generalmente es a través de la aprobación del presupuesto, de las negociaciones en materia de legislación que autoriza o limita la discrecionalidad y también a través de comisiones investigadoras. Estos controles de procedimiento solo pueden mejorar pero no resolver el problema principal. Los **expertos tienen sus propios intereses, en su carrera, en su autonomía y entran en conflicto con los legisladores**. Debido a la capacidad, a la experiencia y al conocimiento especializado de los expertos y a la naturaleza intangible de sus propuestas el Congreso no puede conocer exactamente que es efectivamente lo que hacen los agentes técnicos expertos y por que. Estos son los problemas de conflictos de interés y de información asimétrica y son inevitables. Debido a ellos el control legislativo de la administración sería imperfecto.

En general el Congreso debe resolver el problema de delegación, es decir, cual es la **cantidad correcta de autoridad que delega la administración** y de que manera. Si concede muy poco o muy estrictamente su delegación el Congreso no podrá obtener los beneficios de la experiencia y la capacidad de administración y reducir la cantidad de trabajo que motiva la delegación de autoridad. Por otra parte si le delega demasiado en la administración corre el riesgo de permitir que se apliquen políticas que son contrarias a los deseos del legislador y de sus representados. En este intercambio entre conocimiento y control las ganancias informativas y las pérdidas distributivas está el centro del procedimiento administrativo. **Es en este momento donde aparecen los grupos de interés**. Una primera visión sostiene que los grupos de interés pueden colaborar con los legisladores para controlar la administración.

La dinámica de los grupos de interés: alarma o sottogoverno.

El control del Congreso de la administración es imperfecto porque en gran medida la administración esta mejor informada sobre los detalles en sus áreas de decisión política, dificultando a los legisladores el control efectivo de sus acciones. El Congreso emplea una variedad de mecanismos para monitorear el comportamiento de las organismos. Para esto solicita información, hace reuniones informativas entre otras cosas. De todas maneras para ser efectivos estos controles directos requieren tiempo considerable y también recursos que el Congreso puede no tener. La utilización de reglamentos procedimentales pueden mejorar el control del Congreso sobre la administración, pero no resolver el problema. En principio los expertos consultados tienen sus propios intereses, en su carrera por ejemplo, que pueden entrar en conflicto con los intereses de los legisladores.

En la decisión política y administrativa participan tres actores,

el Congreso, el gobierno y la administración, y los grupos de interés.

La primera visión sostiene que los grupos de interés colaboran con los legisladores para monitorear la burocracia. No se trata de una visión directa o que podríamos llamar una patrulla policial, porque sería demasiado costoso para proveer un control realista de las acciones de la administración. En su lugar los legisladores diseñan un sistema de normas de procedimientos y prácticas informales que permiten a los ciudadanos individuales y a los grupos de interés organizados para examinar las decisiones administrativas y de alguna manera señalar a los que no cumplan con el mandato legal.²⁵ En general todos los subsidios económicos y las políticas tarifarias que benefician a un grupo de interés particular o empresario están dentro de esta visión del *sottogoverno* o gobierno oculto. En muchos casos la administración ajusta sus propuestas para apaciguar a los grupos de interés y evitar que suene la alarma. Al mismo tiempo los grupos de interés no controlan el proceso legislativo, estos grupos podrán influir la decisión política mediante la amenaza de sonar la alarma, pero en general no pueden lograr su objetivo preferencial. Desde el punto de vista del legislador el mejor control por un grupo de interés no es el que tiene preferencias similares al legislador mediano, sino el que tiene una visión contraria a la de la administración.

Mientras que la visión de la **Alarma es optimista** con relación a la habilidad de los grupos de interés para favorecer el control de la administración, la hipótesis del **sottogoverno** es desconfiada de la actividad de los grupos de interés dentro de las decisiones de políticas públicas. Por lo tanto tenemos dos visiones conflictivas sobre la interacción entre los grupos de interés, los legisladores y los funcionarios.

A pesar que cada una de estas visiones contiene más de una base de verdad las dos tienen limitaciones. La **teoría del triángulo de hierro**²⁶ o del **sottogoverno** parte de la base que el problema de la información asimétrica no es trascendente ya que supone que tanto la administración como los grupos de interés tienen preferencias idénticas. La esencia de la política del *sottogoverno* es que la decisión política está diseñada para

²⁵ David Epstein, Sharyn O'Halloran A THEORY OF STRATEGIC OVERSIGHT: CONGRESS, LOBBYISTS, AND THE BUREAUCRACY. *Journal of Law, Economics, and Organization* October, 1995.

²⁶ La idea de un triángulo de hierro formado por la burocracia, los legisladores o políticos y los empresarios que se protegen a espaldas de la voluntad de los ciudadanos. Está basada entre otras en la obra de Wright Mills, *La Elite del Poder*.

cubrir las necesidades de un grupo de interés, que luego haría contribuciones a los fondos de campaña políticos y finalmente los legisladores darían un presupuesto amplio a la administración. De esta manera todos los actores del triángulo estarían felices con este acuerdo y los que están fuera de él se verían imposibilitados de ingresar. Este concepto puede ser útil en situaciones donde hay pocos grupos de interés muy organizados y con intereses muy específicos generalmente empresarios en busca de subsidios. Sin embargo, existe en la actualidad una proliferación de grupos de interés que tienen distintas visiones, e inclusive hay grupos de intereses que representan el interés público. Aparecen **organizaciones no gubernamentales** que defienden temas de interés público que van desde los temas institucionales hasta la defensa del medio ambiente. Por lo tanto la idea de que existe un **triángulo de hierro en el cual se protegen a si mismos legisladores, burócratas y empresarios es imperfecta**. Esto no quiere decir que no pueda describir algunas situaciones concretas en sectores de administración, sectores importantes de grupos empresarios y también en el Congreso.

La **teoría de la Alarma** da una imagen demasiado pintoresca y edulcorada de la actividad de los grupos de interés e ignora los aspectos estratégicos y oportunistas de la transmisión de información. Sin duda los grupos de interés dan información y hacen recomendaciones para la acción burocrática. Pero los legisladores se dan cuenta que los grupos de interés tienen incentivos para dar versiones distorsionadas de algunas cuestiones o hechos para obtener definiciones políticas favorables. En suma los legisladores que puedan responder en forma ingenua a la teoría de la Alarma se encontrarían probablemente rodeados de un alud de falsas alarmas. Cualquier teoría de una visión de control de los grupos de interés por los grupos de interés debe combinar tanto aspectos distributivos y con la idea incluir en sus visiones políticas que provienen de la teoría del triángulo de hierro o del *sottogoverno* sumado con una visión que incluya la perspectiva informativa de la tesis de la Alarma.

Para construir una visión más amplia de la función o del papel de los grupos de interés en la decisión de las políticas públicas debemos asumir que los legisladores y que la administración tienen sus propias preferencias de política distintas de aquellas de los grupos de interés. Tanto la visión de la Alarma como la visión del triángulo de hierro asumen implícitamente que los legisladores solamente desean cumplir con la voluntad de sus votantes más poderosos. Sin embargo la proliferación de grupos de interés demuestra que esto es cuestionable ya que existen ahora muchos intereses importantes a los cuales los legisladores deben dar una respuesta. Más aún, dado el sistema de separación de poderes los legisladores y los funcionarios públicos difieren en sus preferencias sobre políticas. Debemos también tener presente que los grupos de interés se organizan y actúan con el objetivo

expreso de influir sobre las políticas públicas. Muchas veces esto puede ser obtenido a través de un trabajo en conjunto con la administración. Otras veces los grupos de interés se encontrarán en una política de oposición a la administración. En cada caso de la misma manera que los legisladores buscan finalmente su reelección los grupos de interés necesariamente tienen deseos políticos finales que son su preocupación principal.

Surgen posibilidades diferentes, una alternativa es que los grupos de interés actúen en forma discreta y que visiten los legisladores y les hagan eventualmente promesas de contribuciones para sus campañas, le anuncien cual es el deseo de ese grupo en materia política y esperen más tarde que la legislación vaya en el sentido que ellos esperaban. Esta es una visión algo pretérita, ya que en la actualidad existen grupos de interés con intereses conflictivos, algunos de los cuales tienen recursos considerables no solo económicos para influir, sino también en materia de difusión de ideas y de publicidad para influir sobre los políticos y publicitar su visión. Pero tampoco existen grupos de interés que representen a todos los sectores industriales o sindicales que se han dividido en facciones, ya que puede haber intereses contradictorios. Y esto en gran medida presenta un campo más fracturado de la acción de los grupos de interés.

Gran parte de la actividad de los grupos de interés también es la búsqueda y distribución de información para influir a los sectores públicos. También requieren una determinación de que posición política quieren adoptar, y para ello necesitan un análisis político técnico y sobre los distintos puntos de apoyo u oposición pueden encontrar dentro y fuera del gobierno. **La información a tiempo y exacta es primordial para un grupo de interés.** Es de alguna manera un subproducto de buscar sus fines distributivos, es decir de obtener sus objetivos. Los grupos de interés por lo tanto buscarán información sobre la relación entre las políticas que sostienen y los fines a obtener. Esta información es de interés para los funcionarios públicos y también para los legisladores que controlan la administración. Pero de la misma manera **los legisladores también perciben que los grupos de interés ofrecen información con el fin de obtener sus propios fines** y por lo tanto mirarán con cierta cautela y a veces también con cierto cansancio las declaraciones de los lobbistas. Muchas veces grupos de intereses que compiten por una decisión ofrecerán **información contradictoria** y cada grupo apoyará sus resultados de investigación con una gran cantidad de información. Cuando la decisión es sobre un tema importante que reúne muchos intereses conflictivos como podría ser la aprobación de un tratado comercial internacional o de integración podemos encontrarnos con un coro cacofónico donde haya voces contradictorias de grupos de interés que compiten.

Para los legisladores poder encontrar información útil dentro de todas estas variaciones es complejo y podemos plantearnos la pregunta si los grupos pueden reducir las asimetrías de información que permiten a la administración escapar del control del Congreso. Al mismo tiempo **la siguiente pregunta es determinar si la administración podrá determinar una política propia**, ya que existe siempre la posibilidad de un control por un grupo de interés.

Suponemos que **los actores del juego son el Congreso los grupos de interés y la administración**. En un juego en el que no existen grupos de interés el conocimiento que tiene la administración le otorga a los órganos del Ejecutivo una posición de dominio. El Congreso por lo tanto se enfrenta a un **dilema: si delega el poder a los funcionarios en parte para obtener ventaja de su experiencia técnica** pero con el riesgo que esta experiencia ayude justamente a los **órganos de la administración a escapar del control del Congreso**.

La pregunta que se plantea es si los **grupos de interés** aún cuando tengan intereses propios y comportamientos estratégicos pueden proveer a los legisladores con medios efectivos y de bajo costo para **controlar la burocracia**.

Los grupos de interés y el control del Congreso.

Los grupos de interés tienen la capacidad potencial de reducir la ventaja informativa de la administración frente al Congreso.

Las bases del modelo son sencillas, luego que un órgano de la administración hace una proposición, supongamos que el contenido de este mensaje se limita a **aceptar la propuesta o rechazar la propuesta**. El Congreso comienza con una desventaja por su falta de información. Luego el grupo de interés tiene la oportunidad de enviar al Congreso un mensaje. La pregunta que debe ser respondida, es **si el Congreso debe o no debe escuchar al asesoramiento de lo grupos de interés** y qué propuestas de los grupos de interés debe apoyar.

La **primera propuesta es que no existan los grupos de interés**, en este caso los problemas del Congreso en el control de la administración aumentan por las asimetrías informativas. La implicancia del juego sin grupos de interés es que el conocimiento burocrático otorga al Poder Ejecutivo una ventaja. El Congreso se enfrenta a un dilema, puede delegar competencias a la administración para sacar provecho de su mayor conocimiento y experiencia, pero al hacerlo permite que este conocimiento permita a la administración eludir el control legislativo.

La segunda propuesta en el modelo, es la que se refiere a las **Alarmas**. En esta propuesta luego que la administración ha efectuado una propuesta, el grupo de interés tiene la oportunidad de enviar al Congreso un mensaje. En el primer caso el grupo de interés está predispuesto a tomar posiciones que sean contrarias a aquellas de la administración. En estas circunstancias si el grupo de interés apoya en algún momento una propuesta de la administración, ésta ganará en credibilidad ya que el sostén proviene del lado opuesto del espectro político. Ésta es una **señal de confirmación** y contiene una fuerte evidencia que la propuesta es conveniente. Podemos resumir la segunda propuesta diciendo

- (i) que la Administración modera su propuesta para ganar el apoyo de los grupos de interés.
- (ii) El grupo de interés actúa en forma honesta, es decir que apoya solamente aquellas políticas públicas que prefiera al status quo.
- (iii) En algunas propuestas el Congreso basa su decisión de veto exclusivamente teniendo en cuenta el apoyo del grupo de interés, en otros casos teniendo en cuenta la propuesta en sí misma.

Si hay una **situación de equilibrio no hay Alarma, ya que la agencia conoce el punto ideal del grupo de interés y formula propuestas que no irán en contra del grupo y por lo tanto no habrá necesidad de Alarma y un veto posterior**. Esto señala el hecho relevante que los grupos de interés no necesitan hacer demandas explícitas para recibir beneficios políticos.

Si el ideal del grupo de interés es extremo, el Congreso puede ignorar su mensaje. Para los grupos de interés extremistas ninguna propuesta de la administración será preferible al statu quo, de tal manera que no pueden entregar información útil para los legisladores. De tal manera que solamente los grupos que tengan preferencias opositoras, pero moderadas pueden facilitar el control de la administración por el Congreso.

Sorprendentemente, el Congreso puede aceptar la información sesgada que le da un grupo de interés. Existe la idea que los legisladores pueden racionalmente depender de un grupo de interés para obtener información aunque puedan conseguir esa información por sí mismos en forma independiente. Hacen esto, porque **al filtrarse información a través de grupos de interés con información sesgada los legisladores pueden forzar a la administración a acomodarse a las preferencias que el Congreso tiene**. En estos casos la administración está controlada por la necesidad de evitar la Alarma, por lo tanto el Congreso se encuentra en una situación mejor si está informado por un grupo de interés alarmista que controle la tendencia de la administración de orientar las políticas en su propio favor.

La tercera propuesta es la **situación de colusión**, en el caso que las preferencias del grupo de interés están situadas entre las del Congreso y las de la administración. En estas circunstancias el grupo de interés y la agencia tienen intereses en común y tienen incentivos para establecer una política de colusión frente al Congreso. El apoyo del grupo de interés no tiene una señal confirmatoria.

Cuando existe una colusión o la posibilidad de una colusión de intereses, el Congreso debe estar dispuesto a analizar más críticamente que anteriormente la propuesta de los grupos. El equilibrio en un juego de colusión es

- 1) la posibilidad que la administración y los grupos de interés coaligados hace que los resultados finales de las políticas sean **más inciertos**.
- 2) Que los apoyos de los grupos de interés son **genuinos**, y
- 3) que el Congreso confía tanto en los apoyos de grupos de interés y en la propuesta política específica de la administración cuando decide o no establecer su veto.

En estos casos el **lobby del grupo de interés es informativo y reduce la ventaja informativa de la agencia**. Nuevamente dentro de un cierto límite los legisladores aceptan el asesoramiento de los grupos de interés.

Falsas alarmas.

Examinemos la cuarta propuesta en que **las preferencias de los grupos de interés son más extremas que las de la administración**. En estos casos el Congreso no prestará atención a las alarmas que planteen los grupos de interés.

En estos casos el grupo de interés puede **colaborar con el control del Congreso sobre la administración al proveer información sobre los resultados de la política**. Los grupos de interés pueden apoyar la propuesta de la Administración, que el Congreso aprobará independientemente de su apoyo, con la intención de crear una ilusión de influencia.

Grupos de múltiples intereses.

Como se mencionó anteriormente el ambiente de decisión de políticas públicas marca una producción de grupos de interés, por lo tanto se puede extender el modelo al caso de múltiples lobbistas. **Cuando más de un grupo ofrece asesoramiento al Congreso los legisladores deben ser capaces de elegir entre los diferentes mensajes**. La dificultad de esta tarea se ve complicada por el hecho que los mensajes pueden ser contradictorios y que cada grupo está dirigido naturalmente en búsqueda de sus propios intereses que grupos pueden ser influyentes en este proceso y cuales deben ser ignorados. ¿Puede un coro de grupos no

necesariamente cantando en armonía facilitar el control de los legisladores sobre la administración? El modelo intenta demostrar que se puede **en la medida que los legisladores hagan que la influencia de los grupos de interés sea contingente con la propuesta por la administración, no necesarias. Las propuestas en equilibrio están más cercanas a las políticas ideales del Congreso que cuando solamente un grupo de interés hace propuestas.** Estos resultados sugieren que los legisladores pueden monitorear a la administración más efectivamente al permitir que grupos de interés diferentes puedan ser decisivos para los diferentes tipos de propuestas de la administración.

La importancia de la aprobación de un grupo de interés depende de las propuestas. Aún en el caso de grupos de interés extremistas pueden traer información valiosa al proceso político al actuar como una señal confirmatoria de ciertas propuestas políticas. Por ejemplo el Congreso puede ser más dispuesto a aceptar una propuesta de la aprobación de una droga propuesta por la oficina de salud para tratar por ejemplo el SIDA si aún los miembros de un grupo de interés que favorece el tratamiento rápido del SIDA lo rechaza por muy peligroso. Es decir cuando una organización no gubernamental extremista digamos apoya o rechaza en el límite estas propuestas sirven como poder confirmatorio a la voluntad del Congreso.

Se pueden resumir estas propuestas en la **propuesta cinco referida a múltiples grupos de interés.** Cuanto más extrema sea la propuesta de la administración mayor debe ser el espectro de grupos de interés que lo apoyan que debe buscar. La lógica es que una medida política extrema será aceptable a los políticos solo cuando sea un remedio necesario para circunstancias extremas. Una implicancia de la proposición cinco es que **la administración solo aceptará grupos de intereses moderados.** Otra manera de describir el equilibrio de tipo continuo de grupos de interés es que los legisladores puedan **evaluar las propuestas de la administración solamente notando la línea divisoria entre grupos de interés que lo apoyan o que se oponen.**

Esta regla tiene reminiscencias de los resultados sobre agregación de información a través de procesos políticos. Por ejemplo los votantes que no están informados observan una serie de encuestas que demuestran el apoyo popular a dos candidatos rivales. El punto que divide las opiniones de los votantes informados provee a los votantes sin información con información sucesivamente más ajustada sobre las posiciones de los candidatos, hasta que finalmente todos los candidatos terminan siendo informados. En otro ejemplo, algunos ciudadanos experimentan un evento negativo y subsecuentemente tienen la oportunidad de protestar a través de una demostración colectiva. En circunstancias habituales, algunos ciudadanos siempre van a estas manifestaciones y algunos

nunca van. Por lo tanto es el número de manifestantes que no es habitual el que da información a los líderes políticos.

El Congreso delega su autoridad para asegurarse de la experiencia y conocimiento de la administración, pero los legisladores se preocupan que la administración utilice su ventaja informativa en forma estratégica, es decir, estableciendo políticas públicas diferentes de aquellas que el Congreso preferiría si estuviera plenamente informado. Hemos analizado la extensión hasta la cual los grupos de interés pueden mitigar esta falta de información. Los grupos de interés facilitan el control sobre la burocracia y la administración cambia las propuestas para obtener el apoyo de los grupos de interés y no hay alarmas influyentes cuando la situación está en equilibrio. Asimismo la posibilidad de una colusión entre la administración y los grupos de interés inhibe la transmisión de información, los legisladores prefieren grupos de interés que tengan preferencias contrarias a la administración y cuando esto no ocurre, los rechaza como la teoría del triángulo de hierro predeciría. Sin embargo, esto no significa necesariamente que tanto la administración o el grupo de interés obtenga una ventaja. En realidad esto puede reflejar un conflicto entre el grupo de interés y la administración que es resuelto cuando la administración se acomoda estratégicamente a las demandas de los grupos de interés.²⁷

²⁷ David Epstein, Sharyn O'Halloran **A THEORY OF STRATEGIC OVERSIGHT: CONGRESS, LOBBYISTS, AND THE BUREAUCRACY** Journal of Law, Economics, and Organization October, 1995

Un análisis de las instituciones políticas argentinas.

El caso argentino es un ejemplo del conflicto entre estructura constitucional y la práctica en materia de políticas públicas, nuestra Constitución es similar a los Estados Unidos pero las políticas públicas han sido muy diferentes. El ambiente político institucional de un Estado conjuntamente con lo que rodea a la cuestión política del momento, determinan la estructura de gobierno para cada transacción política.

Spiller y Tomássi consideran a las **políticas públicas el resultado de transacciones inter temporales entre los actores políticos**. Estas transacciones a su vez están condicionadas por las reglas del juego político, el funcionamiento de las instituciones políticas, que a su vez responden de características institucionales básicas que provienen del orden constitucional y de la influencia histórica. El carácter intertemporal es lo que hace que algunas políticas prevalezcan y no sean mudables. Sostienen estos autores que en la **Argentina existe una incapacidad generalizada para concluir intercambios intertemporales eficientes**, lo que induce a políticas públicas deficientes. Existe suficiente evidencia circunstancial para caracterizar las políticas públicas en la Argentina como, a la vez, demasiado volátiles y a veces demasiado rígidas, mostrando inconsistencias a través del tiempo y generalmente en políticas de calidad baja y heterogénea. El ejemplo más notorio es el de la política monetaria. Durante muchos años la Argentina sufrió de un proceso de inflación que tuvo picos de muy elevados y de hiperinflación. En 1991 la política monetaria cambió a un **mecanismo extremadamente rígido de similar a la Caja de Conversión**. Una regla tan estricta impedía ejercer cualquier tipo de política monetaria. Ese sistema terminó como muchas veces ocurre en la Argentina con políticas públicas de baja calidad y con una muy **grave crisis económica e institucional**. Esto agregó un elemento más al criterio de inestabilidad de la política, un elemento actual al considerar el análisis de las políticas públicas en la Argentina. Otro elemento es la **incoherencia**, es decir, diferentes políticas que operan sobre las mismas realidades con inconsistencia. A esto se lo ha llamado también la noción de **balcanización**. La política regulatoria se hace de una manera ad-hoc y descentralizada. Una burocracia con una interferencia importante desde el Ejecutivo y con un ingrediente de participación por parte del Congreso muy leve conduce el proceso regulatorio.

En la Argentina no hay criterios comunes en materia de política regulatoria y cada sector tiene su propia manera de ser regulado, reflejando la discrecionalidad y la falta de coordinación entre los organismos reguladores. Estos organismos reguladores se caracterizan por una fuerte discrecionalidad y por un contacto mínimo con organismos similares, por la falta de funcionarios de carrera que se caractericen por ser una garantía institucional al proceso regulador, y por la falta de control por parte del Congreso sin siquiera contar con el interés de las comisiones parlamentarias, y finalmente, por una gran permeabilidad a los grupos de interés o a los bloques interesados en el mismo tema regulatorio. En el caso de los programas sociales, es habitual ver que altos funcionarios, ministros, secretarios canalizan los recursos a sus provincias de origen, donde está su sede o base política. Las políticas sociales varían dentro de los mismos mandatos. Esto es particularmente grave ya que la **rotación de los altos funcionarios**, ministros o secretarios de Estado **es muy elevada**. Si bien los mandatos presidenciales son estables, antes de 6 años y ahora de 4 con la posibilidad de reelección, los ministros rotan más habitualmente de lo que la estabilidad presidencial daría la impresión de tener.

Al **no existir carrera administrativa eficiente**, los cambios de altos funcionarios políticos supone una mayor inestabilidad a las políticas públicas establecidas. La incoherencia se agrava por el federalismo Argentino que hace que muchas de las políticas, entre ellas el gasto social, al hacerse en nivel provincial no tenga interacción interjurisdiccional y una buena coordinación y exista una falta de cooperación entre políticas. La principal rigidez es el sistema tributario argentino, que por las dificultades de llegar a un acuerdo en materia de la coparticipación federal se sigue utilizando el acuerdo establecido en 1988, acuerdo altamente distorsivo en perjuicio de las provincias más pobladas y de mayor ingreso, que ven sus recursos dirigirse hacia otras provincias.

Las políticas públicas pueden ser analizadas como el resultado de intercambios complejos e intertemporales entre poderes políticos. El tipo de cuestiones decididas en el sistema político requiere de acuerdos que necesitan diferentes formas de cumplimiento en el tiempo. Las transacciones políticas intertemporales eficientes requieren acuerdos institucionales para asegurar su aplicación. Estos acuerdos dependen no solo de la naturaleza del sistema político sino también de la cuestión de que se trate. De esta manera, puede haber políticas públicas que tienen resultado inmediato, como por ejemplo, la construcción de un puente, cuyo inicio ya indica que la obra se terminará en más o menos tiempo y se podrán predecir las consecuencias de esa construcción con alguna certeza con mayor facilidad. En cambio, si se trata de una política sobre cualquier tipo de promoción económica es mucho más complejo saber

que resultado tendrá, cual será la influencia sobre los demás mercados, que influencia tendrán los mercados internacionales o internos sobre esa política y los resultados solo se pueden conocer a través de cierto paso del tiempo.

Spiller y Tomássi sostienen que si el ambiente institucional no facilita el cumplimiento o aplicación de las transacciones políticas intertemporales entonces:

- 1) Observaremos políticas que proveerán beneficios de corto plazo para establecer coaliciones al mismo tiempo como acciones individuales no cooperativas.
- 2) Existirán estructuras, procedimientos y normas inflexibles para políticas de largo término.
- 3) Algunas reformas políticas para mejorar el bienestar nunca tendrán lugar.
- 4) Existirán bajas inversiones en capacitación llevando a políticas de baja calidad.

La configuración y la acción de las instituciones políticas en la Argentina no conduce a un compromiso político efectivo y no conduce a la cooperación entre los actores. La estructura constitucional presidencial bicameral y federal lleva a que exista un número relativamente importante de actores institucionales dentro de la toma de decisiones políticas. Esto hace que existan fuertes demandas en cuanto a la capacidad para llegar a acuerdos. La falta de acuerdos o uniones intertemporales entre los actores políticos lleva a un comportamiento miope que no conduce a acuerdos autoejecutivos o de cooperación. Los actores políticos principales, especialmente el Ejecutivo tienen un amplio espacio de maniobra para hacer actos unilaterales y trípticos. Esto rompe la posibilidad de aplicar o ejecutar acuerdos cooperativos. Los mecanismos de aplicación alternativos por medios judiciales o por la carrera administrativa son relativamente débiles. Los intercambios políticos reales no tienen lugar en el legislativo sino en otros espacios menos institucionalizados. **El componente crucial para los acuerdos autoejecutivos falta en la Argentina.** Los legisladores, los funcionarios públicos importantes y en términos históricos también los jueces tienen **horizontes de plazo breve.** No tienen larga duración en sus cargos. La falta de mira de largo plazo en el sistema político argentino es en parte consecuencia de la inestabilidad institucional que sufrió la Argentina que comenzó en 1930 y duró hasta 1983. La falta de estabilidad se nota en el comportamiento del Congreso, de los tribunales en la administración y en los acuerdos federativos. El sistema electoral argentino transfiere el poder de los legisladores nacionales y de los partidos nacionales hacia los líderes políticos provinciales dejando legisladores que son aficionados o “transeúntes”.

La capacidad de acción unilateral por el Poder Ejecutivo.

La falta de un control o restricción constitucional en actividades unilaterales ex post por el Poder Ejecutivo limita la habilidad de los actores políticos de llegar a intercambios políticos intertemporales eficientes. **Esta capacidad de acción unilateral por el Ejecutivo es el resultado de amplios poderes legislativos del Presidente, un control judicial débil y también de las características de un proceso presupuestario que da un espacio muy amplio de discrecionalidad al Ejecutivo.** La historia de la inestabilidad democrática ha contribuido a la falta de control judicial y por lo tanto constitucional a la acción del Ejecutivo. Pero esta situación se vio más profundizada luego de la reforma de 1994 que estableció varios elementos de restablecimiento de la independencia de acción del Ejecutivo. Es una paradoja ya que lo hizo alegando que uno de los motivos de la reforma fue la necesidad de debilitar el poder presidencial. Se establecieron como elementos de concentración del poder presidencial primero la reelección presidencial, con lo cual el poder presidencial no tenía límite temporal fijo sino que este límite se aumentaba en el tiempo con una elección al cual el Presidente debería manejar o concentrar su interés en la mitad o en gran parte de su primer mandato.

El veto parcial como fuente del predominio presidencial.

La segunda gran reforma a favor del poder presidencial consolidada en 1994, fue la posibilidad del veto parcial. El veto parcial utilizado en cualquier legislación pero particular en el presupuesto hacen que la capacidad de maniobra del Presidente sea prácticamente ilimitada frente al Congreso y no es posible llegar a ningún acuerdo intertemporal entre legislador y Presidente ya que el Presidente puede romper ese acuerdo a través del veto parcial. Y el tercer gran elemento es la incorporación definitiva en el sistema constitucional de los reglamentos de necesidad y urgencia.

Puede compararse esta situación con los argumentos sostenidos por la Corte Suprema de los Estados Unidos en contra del veto parcial.

Clinton vs. City of New York 118, S.Ct. 2091 (1998)

debatido el 27 de abril de 1998, decidido el 25 de junio de 1998 por voto de 6 a 3; Stevens para la Corte, Scalia, O'Connor y Breyer concordando y disintiendo en parte o por completo.

Desde fines del siglo XIX, los Presidentes buscaron el poder para eliminar selectivamente a las provisiones de la legislación que les era presentada por el Congreso. La Constitución en el artículo I, sin embargo, requiere que el jefe Ejecutivo acepte o rechace cualquier medida en su totalidad,

en vez de rechazar partes particulares. En la década de 1980, el Presidente republicano Ronald Reagan se apresuró con tal poder como una forma de fomentar un presupuesto equilibrado restringiendo el gasto de un Congreso democrático. El veto del veto lineal emergió en los noventa como una de las cláusulas más importantes del tan nombrado “Contrato con América” republicano, y en 1996 el Congreso controlado por los republicanos aprobó finalmente la ley de veto del ítem lineal. Esa medida permitió al Presidente cancelar partidas individuales del gasto federal y del quebrantamiento de impuestos.

A pesar de que la ley se aprobó con mayorías sólidas en ambas cámaras, sus oponentes actuaron agresivamente para derrocarla. Conducidos por el senador demócrata Robert Byrd de Virginia occidental, seis miembros del Congreso lo llevaron a juicio a la Corte federal, desafiando la constitucionalidad de la ley. La Corte Suprema en *Raines vs. Byrd* (1997) desairó este esfuerzo y sostuvo la administración Clinton. Los ministros encontraron que a los que habían iniciado juicio les faltó desafiar a la ley, porque no estaban afectados personalmente por ella. El Presidente Clinton continuó invocando sus poderes, rescribiendo 11 leyes y eliminando 82 provisiones, incluyendo dinero para hospitales de la ciudad de Nueva York y un quebrantamiento de impuestos para los agricultores de papas en Idaho. Estos dos grupos demandaron y esta vez la Corte aceptó los casos por audiencia completa.

La administración Clinton, a través del procurador general Seth P. Waxman, concedió que un verdadero veto de ítem lineal sería inconstitucional, pero que esa medida en mano no lo era. En vez, Waxman insistió, la ley era constitucional porque el Presidente primero firmó la medida en cuestión y luego, selectivamente, eliminó porciones de la misma como un ejercicio de autoridad que el Congreso le delegó. Mientras que el Congreso no identificara una provisión particular exenta de veto, el Presidente retenía el derecho para eliminarla.

Una mayoría de la Corte Suprema, sin embargo, rechazó esta lógica. Hablando por la mayoría, el ministro John Paul Stevens insistió que la ley violaba la cláusula de acusación de la Constitución en el artículo I. El Presidente carecía de autoridad constitucional para modificar el texto de la legislación que le había sido presentada; tenía que aceptarla o rechazarla por completo. Los que disintieron, conducidos por el ministro Antonin Scalia, insistieron que la medida era un experimento constitucional propiamente dicho. Scalia razonó que no había una diferencia sustancial en que el Presidente cancelara una provisión particular de una ley y se rehusara a gastar el dinero que el Congreso se había apropiado. La Corte evitó tratar el explosivo tema de la delegación de competencias legislativas a organismos de ramas ejecutivas, una práctica que se hizo común en el estado administrativo moderno.

A pesar de que los miembros del Congreso que apoyaban el veto del ítem lineal propusieron otros esquemas, parece ser poco probable que cualquiera de ellos pase el examen de alto escrutinio de la Corte. Si un verdadero veto de ítem lineal es adicionado a los poderes presidenciales, como ya existe en los gobiernos de 40 estados, entonces deberá hacerse a través de una enmienda constitucional.

Las limitaciones del gobierno federal frente al federalismo.

En la Argentina, las limitaciones son débiles en cuanto a la actividad del gobierno nacional en cuestiones que afectan a las provincias, lo que tienen un efecto similar en las relaciones intergubernamentales debido a la dependencia financiera de las provincias con el gobierno nacional. Al mismo tiempo, el sistema electoral transfiere el poder de los partidos nacionales a las elites locales o regionales creando un ambiente donde el gobierno nacional depende de los líderes políticos provinciales para su agenda legislativa. Se crea de esta manera una situación perversa entre el interés político del gobierno nacional para aprobar una agenda legislativa y el interés de las provincias por el tema de la distribución de poder, sobre todo el financiero. Por lo tanto si bien en la distribución de poderes las provincias pueden verse debilitadas, en el proceso político federal los gobiernos provinciales se ven fortalecidos a la hora de la toma de decisiones.

La existencia de una **carrera administrativa profesional**, con supervisión en su actividad por el Congreso, sería una alternativa para canalizar el cumplimiento intertemporal de los acuerdos políticos. Pero la Argentina, en parte debido a su inestabilidad política histórica, en parte también por los manejos políticos de los actores principales que han visto a la carrera administrativa como un **botín de guerra**, y también debido a la enorme influencia desplegada por el **sindicato del sector público en la designación de funcionarios**, han hecho que **no exista una carrera administrativa en la Argentina**.

La **falta de visión por el Congreso** ha dejado a la administración sin un principal de largo término, es decir **la administración no puede ser un agente eficaz porque el principal no existe**. Al mismo tiempo las designaciones políticas han sido utilizadas para cubrir esta falencia. Estas designaciones políticas rotan con frecuencia y no se establecen reglas de cooperación entre los ministerios, lo que contribuye a la fragmentación de las políticas públicas. Esta combinación de falta de incentivos legislativos, las actividades unilaterales por el Poder Ejecutivo, la falta de una carrera administrativa eficiente y el poder de los líderes provinciales, ha hecho que los acuerdos políticos centrales no estén dentro de la actividad legislativa sino en otros sectores. Muchas veces

estos acuerdos tienen lugar en las oficinas del Poder Ejecutivo, en reuniones del **Presidente con los Gobernadores**, y a veces incluidos los dirigentes políticos nacionales. Como estos acuerdos no tienen una influencia institucional importante no permiten que los actores políticos principales establezcan una cultura de cumplimiento a largo plazo. Pero al mismo tiempo, al estar la estructura de decisión fuera del Poder Legislativo, y dentro de un sistema no formalizado dentro del Ejecutivo, esto permite a los grupos de presión moverse con mucha mayor libertad e influir de una manera no percibida por la opinión pública y ni siquiera por los actores políticos sobre las decisiones del gobierno.

Sistema electoral y fragmentación del poder político.

Basado en el sistema político de los Estados Unidos, la Argentina tiene un sistema político que tiende a ser relativamente fragmentado. Es una República Federal, tiene un sistema presidencial, una legislatura bicameral con un Senado que representa las provincias y un sistema de control judicial de constitucionalidad. Los sistemas presidenciales al tener como fundamento la división de poderes y el sistema de frenos y contrapesos tienden a la fragmentación del poder. Esta fragmentación vertical se suma a la fragmentación horizontal del federalismo. Como ya fue explicado esta fragmentación puede tener un resultado de obtener la eficiencia del sistema político. Pero en nuestro país, esto tiene algunas características particulares una de ellas el sistema electoral. Los estados son elegidos por un sistema de listas que sigue el sistema del cociente, es de representación proporcional por cociente y utiliza la variante D'hondt. Esto hace que en los grandes distritos (la Capital Federal, la Provincia de Buenos Aires y las provincias de Santa Fe, Córdoba y Mendoza) **la representación tiende a ser fragmentada** ya que las características del sistema D'hondt tienden a la fragmentación de la representación, pero las provincias que eligen una menor cantidad de diputados tienden a ser un sistema mayoritario porque por la cantidad de legisladores electos el sistema D'Hondt no llega a fragmentar la representación. Esto hace que **las provincias de menor cantidad de habitantes que ya tiene una representación mayor en el Senado tengan también una representación más estable en la Cámara de Diputados.** En cambio las provincias de mayor cantidad de habitantes tienen una representación fragmentada en la Cámara de Diputados. El sistema argentino tiende a representar excesivamente a las provincias de menor cantidad de habitantes, ya que existe un piso de 5 diputados por provincia, es decir no importa que población tengan, no pueden tener menos de 5 diputados, lo cual favorece a la mayor cantidad de provincias chicas que tendrían mucho menos de 5. Al mismo tiempo ningún distrito puede tener menos diputados que los que tenían en el período 1973-1976, con lo cual no pueden ver disminuida su representación a pesar que las migraciones internas disminuyan su población. En el Senado las

provincias tienen 3 senadores que son elegidos directamente por el pueblo de los cuales dos pertenecen al partido que obtenga la mayor cantidad de votos y uno al partido que tenga la siguiente cantidad de votos.

Los gobernadores como jefes políticos.

La mayor diferencia probablemente con los Estados Unidos es que el sistema electoral ha hecho que los gobernadores provinciales o líderes políticos provinciales en caso de que no fueran los gobernadores, sean individualmente y en forma colectiva los actores políticos más poderosos en la política nacional. Esto también favorece a las pequeñas provincias por varios motivos: Primero porque los gobernadores tienden con mayor facilidad a hacer alianzas políticas más estables en las provincias con menor cantidad de habitantes, es decir, se han creado una suerte de oligarquías provinciales. Sin llegar a conformar oligarquías en general las provincias chicas son mucho más estables y sus gobernadores en algunos casos se reeligen en forma permanente. Esto no ocurre en las provincias de mayor cantidad de habitantes, con lo cual existe una tendencia a que las provincias chicas tengan una influencia mucho mayor que la que indicaría su número de ciudadanos.

Por otra parte, las finanzas fiscales federales se caracterizan por un gran desequilibrio fiscal vertical. Las provincias tienen amplias responsabilidades en materias de gastos pero los fondos vienen de la coparticipación federal. Estos dos elementos, que los gobernadores sean actores importantes en la política nacional y que la distribución de recursos se haga en sede federal porque la coparticipación es una decisión del gobierno federal independientemente que en ella influyan los actores políticos provinciales, pero la decisión de distribución se hace por la norma del Congreso, y la distribución la hacen las autoridades del gobierno federal, son el centro del intercambio de influencias y de políticas entre los gobiernos nacionales y provinciales. Esto hace que la distribución de recursos no se haga en relación a como los recursos se recaudan de acuerdo a la capacidad contributiva de cada provincia, sino a la influencia política que cada provincia tenga dentro del proceso político federal. Argentina tuvo un sistema democrático muy similar al de Estados Unidos entre 1862 y 1930, luego un período de gran inestabilidad en el cual hubo momentos de autoritarismo, de gobierno militares también y breves períodos democráticos hasta 1983. Después de 1983 el sistema argentino intenta restablecer un sistema democrático.

La situación del poder Legislativo.

Los **legisladores en la Argentina tienen períodos relativamente breves de mandato.** Esta baja tasa de reelección de legisladores

nacionales, es decir en principio al sistema de representación proporcional en el cual toda variación en los intereses de los votantes se refleja en el número de legisladores si aparecen nuevos partidos puede ser que obtengan alguna representación porque en los grandes distritos la representación es muy fragmentada. El sistema D'Hondt también permite que la variación en la opinión del votante al cambiar de partido haga que nuevos partidos obtengan una cantidad relativamente importante de representantes, un nuevo cambio en la opinión hace que esos partidos pierdan gran parte de su representación o desaparezcan, y esto se ve reflejado en los legisladores. La otra característica de la baja reelección de los legisladores proviene de las decisiones de los líderes políticos provinciales, que deciden como se integran las listas de votantes. El sistema de representación basado en un sistema de listas, y es la decisión del partido la que establece quien la integra, no una circunscripción por el votante. Los legisladores son en general profesionales políticos y cambian de distintos cargos políticos ya sea que ocupan diferentes cargos de legislador, luego pueden ocupar un cargo en la administración o en la administración provincial. Su participación en el Congreso es parte de su carrera política.

Sistema electoral y duración de los mandatos legislativos.

El hecho que el centro de la actividad política esté en el Poder Ejecutivo hace que no sea el Congreso un lugar atractivo para desarrollar una carrera política a largo plazo. En general las grandes figuras políticas, que han llegado al gobierno, no han sido legisladores que han ocupado el cargo durante un largo período. Esta rotación de los cargo legislativos fortalece el poder presidencial y no permite la formación o consolidación de distribuciones parlamentarias fuertes. Los legisladores no integran las comisiones parlamentarias por largos plazos y no tienden a especializarse en temas y como consecuencias de ello no proveen una supervisión eficaz del Poder Ejecutivo o de la burocracia. Una de las características del sistema parlamentario argentino es que los legisladores no son reelectos no tanto por una variación en la voluntad del votante, sino porque no aparecen en las listas de candidatos. Si aparecieran en las listas de candidatos serían probablemente reelectos. Ocurre en las elecciones que algunos líderes políticos importantes aparecen recurrentemente en las listas encabezándolas pero luego hay una variación en la integración de esas listas.

Uno de los elementos de cambio también se debió a la existencia del llamado **cupo femenino** que estableció una gran variación en la elección de legisladores por la necesidad de introducir candidatos de distintos sexos, en este caso fundamentalmente mujeres y el otro elemento es que la aplicación del cupo femenino llamó a la participación más activa de los gobernadores y jefes políticos para establecer las decisiones en materia

de integración de listas. Esto lleva a la **paradoja del sistema político argentino, que si bien los legisladores son políticos profesionales ya que han hecho una carrera de la actividad que los han llevado al Congreso, como legisladores son aficionados.** Y así no cumplen una función legislativa eficiente, ya que la mayor cantidad de actos legislativos importantes provienen o tienen origen en el Poder Ejecutivo y **no cumplen** la segunda gran función o quizás la función principal del legislador que es **el control de la administración.** Los incentivos de los legisladores argentinos están con los intereses de su partido y con la organización del partido de su distrito a menos que hayan llegado a un nivel de visibilidad tal en el cual puedan competir con los jefes políticos de sus distritos. Al mismo tiempo, el incentivo de los jefes políticos de cada distrito es administrar la carrera de sus legisladores de tal manera que se los promueve mientras ellos mantienen su propio control sobre el partido provincial, por supuesto intentarán cortar la carrera de quien pueda competir con ellos por el control de la maquinaria política. Una de las maneras de controlar y de promover a sus seguidores y a los políticos dentro de su equipo es moviendo a los legisladores de cargo político en cargo político, es decir, la movilidad es la regla y no la estabilidad.

Podemos definir la interacción estratégica entre los líderes políticos locales y los legisladores que intentan una carrera legislativa. Los líderes políticos locales toman sus decisiones para reelegir a los políticos en sus cargos, basados en dos objetivos políticos:

- 1) Mantener su cargo y
- 2) Mantener una buena representación en la legislatura nacional.

Los legisladores en función tienen dificultades para ser reelectos en la legislatura a menos que muy valiosos a sus líderes políticos locales. Los diputados que sobreviven son, o políticamente no peligrosos, o son más peligrosos en su lugar de origen que en la legislatura nacional. Permanecer en el cargo mucho tiempo tiene un efecto negativo para la permanencia del legislador en la Cámara. Este riesgo es mitigado por el valor relativo de los diferentes legisladores. Los legisladores que tienen posiciones de liderazgo en la Cámara tienen un riesgo menor de ser removidos.

La movilidad generada por el sistema electoral y la capacidad del Presidente para no cumplir los acuerdos legislativos limitan los incentivos de los legisladores a invertir sus energías en obtener conocimiento en materia de toma de decisiones políticas y a tomar acciones que tengan implicaciones o consecuencias de largo plazo, incluyendo la acción legislativa. Los legisladores tienden a pertenecer a un gran número de comisiones sin por lo tanto llegar a especializarse en ninguna. Tienden a permanecer menos tiempo del de su período legislativo en cada comisión, aun en comisiones importantes como las

que se refieren a cuestiones de trabajo, temas económicos o de desarrollo regional. Es decir la actividad del legislador no está asociada a la función de control y de legislación propia del Congreso.

Los legisladores nacionales deben una cierta lealtad a los líderes políticos de las provincias. Esta relación es fortalecida cuando el liderazgo político coincide con el gobierno provincial, ya que los Ejecutivos provinciales tienen más medios de pago con el cual asegurar la lealtad y castigar a los representantes que no cumplan con sus directivas en el Congreso Nacional. El poder de los gobernadores en la política nacional, que se inicia con las características del sistema electoral es fortalecida por la estructura de la Cámara de Diputados. En ese caso la composición está en gran medida integrada con gran disciplina por los partidos políticos, y un bloque de otros unificados de alguna provincia puede resultar un pivote para la toma de decisión. Quiere decir que la orientación del voto de acuerdo a los intereses del liderazgo de una provincia puede ser significativa para la toma de decisión final del cuerpo independientemente la disciplina general partidaria. Este hecho está asociado con las circunstancias que las finanzas de cada provincia dependen del gobierno nacional.

El federalismo fiscal en la dinámica de los poderes políticos.

El federalismo fiscal en las últimas décadas se ha caracterizado por un amplio desequilibrio vertical y una repetida tendencia del gobierno central a ayudar y rescatar a las provincias que se encuentran en problemas financieros. Al mismo tiempo el acuerdo de coparticipación federal está lleno de rigideces y al mismo tiempo de huecos que permiten pocos incentivos a los gobiernos nacionales y provinciales. El gasto de las provincias es el 50% del total consolidado del gasto del sector público. Este monto llega hasta el 70% si se tiene en cuenta el sistema de seguridad social y se concentra en algunos gastos discrecionales. Sin embargo, las provincias financian solamente el 35% de su gasto con recursos propios. El resto de sus gastos es financiado por el sistema de coparticipación federal.

De esta manera aparece un incentivo para comportamientos oportunistas unilaterales, bilaterales o en forma de coaliciones. El Ejecutivo nacional ha tendido a utilizar una discrecionalidad excesiva en los términos de la asignación geográfica de los recursos del presupuesto nacional. El Congreso Nacional ha aprobado leyes que asignan beneficios regionales del recurso común de la coparticipación federal a pesar del hecho que esos fondos deben de ser distribuidos de acuerdo con un mecanismo decidido a través de acuerdos intergubernamentales multilaterales que requieren de un sistema de decisión cercanos a la unanimidad. En un intento de limitar comportamientos oportunistas y la

discrecionalidad gubernamental en la asignación de recursos los actores políticos tienden a aumentar la rigidez del acuerdo de coparticipación federal reduciendo la capacidad de ajustar la política fiscal y para el cambio de las circunstancias económicas. Estas circunstancias al mismo tiempo que la práctica de asignar estrictamente el producido por algunos impuestos para programas específicos con una clara distribución o efectos redistributivos regionales como es el caso de los subsidios a actividades específicas ha llevado a un sistema muy rígido y muy complejo de recaudación y de distribución que se ha llamado el laberinto fiscal argentino. Una demostración de este tipo de comportamientos oportunistas ocurre con los fondos de subsidio a la producción del tabaco y los subsidios a la nafta en la Patagonia. Cuando se pretende en la Cámara de Diputados reducir alguno de estos subsidios en el Senado hay una alianza de los senadores patagónicos con los senadores de las provincias tabacaleras que han impedido que se cambien cualquier de estos privilegios fiscales.

La administración pública.

La administración pública en la Argentina carece de un principal del cual ser agente. Una alternativa habitualmente utilizada para el cumplimiento de acuerdos políticos es a través de la delegación a una agencia independiente o relativamente independiente pero con control del Congreso o al establecimiento de una carrera administrativa siguiendo los modelos tradicionales británicos y franceses pero habituales en Europa. La existencia de una carrera administrativa en Europa es una forma de garantía establecida en momentos como límite del poder frente al administrado, ya que la legislación era aplicada por un órgano independiente elegido por concurso que impedía arbitrariedades o el establecimiento de privilegios. En la Argentina esta organización administrativa no se ha desarrollado. En principio la ausencia del principal de largo plazo es una de las razones para que exista una democracia profesional. Los Ejecutivos en los sistemas presidenciales tienden a no perpetuarse en el poder. La característica de este sistema es evitar lo más posible la duración del mandato presidencial.

En la Argentina el Congreso no ha funcionado como el principal de largo plazo debe establecer la orientación política a la administración. Es en el Congreso donde deben concluirse los acuerdos políticos principales con la influencia del Ejecutivo pero dentro del proceso legislativo y es ahí donde aparece una orientación a la administración en los acuerdos intertemporales. Al mismo tiempo es en el Congreso donde se establece un control dilatado y ordenado que permita controlar la administración pública al Ejecutivo y a la administración en el cumplimiento de los acuerdos establecidos en la legislación. En la Argentina en gran medida por el origen reciente del sistema del Congreso y también por la falta de

un liderazgo parlamentario reconocido esta situación de principal y agente no ha ocurrido. Por lo tanto los administradores no tienen incentivos de largo plazo esto facilita la creación de comportamientos estratégicos dentro de la administración, la creación de una política propia de sectores administrativos y al mismo tiempo el incentivo a la corrupción. Esto reduce su habilidad para generar y aplicar políticas.

Cada nuevo Ejecutivo incapaz de motivar una administración pública ineficaz nombra grandes cantidades de funcionarios y a veces bajo un sistema de contratos lo que **crea una administración pública paralela**. La burocracia paralela toma las mismas secciones como la administración pero funciones que la administración no puede cumplir. La rotación en los cargos políticos impide que esta burocracia paralela pueda cumplir una función burocrática eficaz, ya que la rotación política impide el desarrollo de un conocimiento institucional y el desarrollo de la cooperación entre ministerios con lo cual se profundiza la heterogeneidad y diferencia de la calidad política y se establecen políticas incoherentes. Por lo tanto en aproximadamente la mitad del empleo público local y una gran parte de los salarios se pagan a empleados por contratos políticos que tienden a ser transeúntes dentro de la administración ya que no permanecen al no pertenecer al cuerpo permanente. Al mismo tiempo debe recalcar la actividad de los sindicatos de la función pública que intervienen en la designación de funcionarios activamente y también en la organización de los concursos para los cargos permanentes de alto nivel. Esto lleva a la situación paradójica que altos funcionarios permanentes pertenecen o tienen una fuerte influencia dentro de los sindicatos de la administración pública.

El control judicial.

Las instituciones judiciales tienen una influencia directa en la posibilidad de establecer contratos privados. Pero las instituciones judiciales tienen también una influencia en la posibilidad de establecer acuerdos entre los gobiernos y los agentes políticos. Así como el poder judicial es garantía de los acuerdos entre particulares de los contratos de los particulares, también es garante de los acuerdos entre los actores políticos. La habilidad de los jueces para controlar los comportamientos oportunistas de los agentes políticos entre sí y frente a los intereses de la sociedad dependen del poder político de los diferentes actores. En nuestro sistema el Poder Judicial controla la constitucionalidad de todas las normas, incluyendo los actos legislativos y los actos administrativos. La capacidad que tendrá de ejercer ese poder en forma amplia y ejemplar para casos futuros dependerá de la capacidad de retaliación que los actores políticos tengan contra los jueces. En caso de una posible retaliación o retorsión de los actores políticos contra la justicia los jueces seguirán a sus jefes políticos. Pero por el contrario, un poder judicial que

se encuentra frente a un sistema político fragmentado, un poder político que tendrá dificultades en revocar las decisiones judiciales desarrollará con el tiempo doctrinas que favorezcan ampliamente el control judicial de los actos legislativos y administrativos. Toda la historia del control judicial de constitucionalidad se ha basado en una lenta consolidación del poder de la Corte Suprema para realizar estos actos. En general en la historia argentina las Cortes no han tratado de limitar los actos de gobierno cuando un poder político está unificado.

La característica de el control de constitucionalidad es que éste se desarrolla en los sistemas de división de poderes y de frenos y contrapesos, donde por la división de las competencias, el Poder Judicial puede desarrollarse en forma independiente. Es por eso de la dificultad de la existencia de un Poder Judicial que pueda ejercer plenamente el control judicial de constitucionalidad en los sistemas parlamentarios donde existe una confusión o cooperación de poderes. En la Argentina donde la división de la función legislativa y la administrativa en algunos períodos se ha confundido, y donde han existido períodos de ejercicio del poder en forma autoritaria a pesar de la elección popular, la independencia del Poder Judicial no ha sido algo evidente ni fácil de consolidar. Esta situación se ha visto agravada por los largos períodos de autoritarismo. Un elemento a tener en cuenta para la independencia es el largo período que un juez cumple su función. En general los jueces actúan en forma independiente cuando permanecen en el tiempo.

La Argentina contó con una Corte Suprema independiente desde su establecimiento en 1862 hasta mediados de la década del '40, puede marcarse el fin de esa independencia con el juicio político en 1947. A partir de finales de la década del '40 empezó un período que se caracterizó por un alto nivel de rotación de los jueces de la Corte. Debido a los resultados electorales, pero también a gobiernos de facto los gobiernos ejercieron un nivel inusual de control sobre el Poder Legislativo. A veces el Poder Legislativo no existía y el poder lo ejercía plenamente un gobierno autoritario. Como consecuencia de ello, durante este largo período de medio siglo la Corte Suprema no fue independiente en la mayor parte de su tiempo. Cuando lo fue, ello se debió al coraje y a la integridad personal de sus miembros antes que a cuestiones institucionales. Esta falta de independencia facilitó la habilidad del Ejecutivo para exceder sus poderes constitucionales. Esto limitó la credibilidad que es requerida de los agentes en los contratos de largo plazo, ya sea entre agentes privados o agentes públicos. Como resultado esta falta de independencia limitó las inversiones privadas que se vieron en muchos casos expropiadas por acción del Estado, y también determinó la existencia de políticas eficientes de largo plazo. A partir de fines de la década del '40 la permanencia en el cargo de los jueces de la Corte Suprema Argentina ha sido de las más bajas del mundo. Antes de

ese período, desde su creación hasta principios de la década del '40 el promedio de duración de los jueces argentinos en la Corte aumentaba con el tiempo y tenía la misma duración promedio que los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. La inestabilidad política posterior a la segunda mitad de los años '40 redujo dramáticamente el período de estadía de los jueces de la Corte. El punto de inflexión fue sin duda el juicio político a los jueces de la Corte Suprema en el año '47 que tuvo un efecto muy duradero. Desde ese momento, la regla de no manipular la integración de los jueces de la Corte se perdió. Los gobiernos militares y los gobiernos civiles que se alternaron en ese período hasta el '83 nombraron jueces en la Corte, con excepción de Arturo Illia todos los Presidentes nombraron íntegramente la Corte. En 1991 por primera vez desde 1946 en el cual un Presidente hubiera enfrentado una Corte Suprema a que se podía llamar no adicta u opositora el Presidente Menem expandió la Corte de 5 a 9 miembros para tener una mayoría judicial adicta. En verdad el control sobre la Corte fue tal que desde mediados de la década del '40 hasta el gobierno de la Rúa en 1999 ningún Presidente se encontró frente a una Corte Suprema con una mayoría nombrada por un adversario político. La presente estrategia desarrollada por el presidente Kirchner de cambiar a varios jueces de la Corte Suprema se instala en el comportamiento habitual de muchos presidentes argentinos desde 1946.

La función de la Corte en el sistema político es importante como garante de los Derechos y Garantías de los ciudadanos. La Corte Suprema es también el garante de los contratos autoejecutivos creados dentro de la clase política. Es quien interpretará la legislación y las normas y los reglamentos de tal manera que asegurará que el cumplimiento de los objetivos del legislador en el acuerdo político que llevó a esa legislación se hagan efectivos. La existencia de una Corte Suprema independiente asegura que los acuerdos políticos se cumplan, y esto permite acuerdos de largo plazo y acuerdos intertemporales que permiten tener políticas de muy largo plazo. Sin la existencia de un tribunal que sea de alguna manera el garante de estos acuerdos existen los comportamientos estratégicos, es decir actitudes oportunistas por parte de legisladores o el Ejecutivo que no cumplirán los acuerdos que no pueden ser ejecutados por falta de un garante. La existencia de comportamientos estratégicos hace que los acuerdos solo puedan ser de muy corto plazo. Esto impide políticas eficaces de largo plazo, impide la existencia de un Poder Legislativo que actúe como principal, la existencia de una carrera administrativa que haga como eficaz agente del principal legislador y por lo tanto establece un sistema político muy ineficiente.

La presión entre los poderes.

La falta de especialización legislativa implica que el Congreso no puede supervisar la actividad del Poder Ejecutivo. Por lo tanto el Congreso delegará naturalmente al Ejecutivo la determinación de políticas que no tengan impactos regionales drásticos porque si lo tuvieran sería un interés directo de los legisladores o cuya delegación es inevitable, como es el caso de la reparación y ejecución del presupuesto. La inhabilidad de monitorear la ejecución del presupuesto implica que la administración tiene una discrecionalidad sustancial en la ejecución del presupuesto. Por lo tanto poca atención se pone en la legislatura en los detalles presupuestarios, y la mayor parte de los presupuestos una vez presentados son aprobados con enmiendas mínimas. Debe tenerse en cuenta además que el Presidente tiene la posibilidad de ejercer el veto parcial, con lo que puede no cumplir los acuerdos que lleve con el Congreso. La existencia del veto parcial es un arma presidencial de enorme trascendencia. Al mismo tiempo solo puede ser controlada por un Poder Judicial independiente, de ahí la importancia de la Corte Suprema para el cumplimiento de los acuerdos presupuestarios. Desde el principio del siglo XX y con la excepción de los gobiernos de Perón y de Menem el Congreso no aprobó a tiempo el presupuesto enviado por el Poder Ejecutivo. En la práctica entonces el Ejecutivo ha operado con un gran poder discrecional sobre el presupuesto. Hubo oportunidades en que el Presidente no envió el proyecto del presupuesto al Congreso en los términos constitucionales. Aun en el período de estabilización después del año '91 cuando los presupuestos fueron aprobados antes del año al cual correspondían, el control posterior nunca fue ejercido. La aprobación de la cuenta de inversión, verificación que requiere la Constitución sobre el cumplimiento del presupuesto no fue considerada a tiempo para hacer un instrumento operacional para que el Congreso verificara el cumplimiento del presupuesto por el Ejecutivo.

Si el presupuesto es el acuerdo o el contrato político básico entre el Congreso en representación de la sociedad y el Poder Ejecutivo en el sistema constitucional argentino este contrato no ha tenido aplicación concreta.

La fuente de la capacidad del Ejecutivo para actuar en forma independiente de los demás poderes e inclusive no cumpliendo acuerdos políticos tiene varias causas. Una es que la Corte Suprema o ha estado alineada con la política presidencial o no ha cumplido su función plenamente de control constitucional. La falta de una administración pública independiente y profesional que fuera también garante de el cumplimiento de los acuerdos establecidos entre el Presidente y el Congreso, es decir, de los actos legislativos principales del gobierno. La administración pública es como una garantía del cumplimiento de la legislación en forma ordenada coordinada y eficaz.

Finalmente las prácticas presupuestarias, adicionalmente se han agregado a la actividad del Ejecutivo prácticas que lo han transformado en un legislador. Estas prácticas fueron evolucionando parcialmente de una historia de inestabilidad política y de autoritarismo que han llevado a concentrar en el Ejecutivo procesos que en ambientes más estables hubieran sido desempeñados por el Congreso. También surgen de algunas lagunas constitucionales y de una interpretación extremadamente favorable a la concentración del poder presidencial. En este último sentido la introducción de doctrinas de derecho administrativo que provienen particularmente del derecho francés que no tenía cuando estas doctrinas fueron introducidas en la Argentina un estricto sistema de división de poderes y de control judicial de constitucionalidad y aún no lo tiene en la actualidad. La introducción de estas doctrinas han fortalecido la figura presidencial a través de la justificación de la actividad ejecutiva por ser el Presidente jefe de la administración pública. Inclusive luego de la reforma constitucional del '94 cuando el Presidente dejó de ser formalmente jefe de la administración y solo responsable político de la misma, la concentración del poder administrador y reglamentario en el Presidente han sido el principal justificador de la actividad legislativa en cabeza del Ejecutivo a espaldas del Congreso.

El desarrollo más característico ha sido la hipertrofia de los reglamentos de necesidad y urgencia. Si bien estos reglamentos tienen un origen muy antiguo eran extremadamente escasos. La exposición que han tenido después del año 1989 y su introducción en la reforma constitucional del '94 han legitimado el poder legisferante del Poder Ejecutivo. Esta situación se ha visto agravada por la inacción legislativa en establecer un control efectivo de este tipo de reglamentos.

La división de poderes.

La circunstancia de compartir el poder entre un número de personas y la necesidad de consultar a muchas más es una garantía de frente al error y al autoritarismo. Al mismo tiempo, la división de las funciones de gobierno entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, aumenta los costos de transacción de la actividad gubernativa. Una gestión de gobierno efectiva requiere de la actividad conjunta de las tres ramas, por lo tanto la separación crea una situación análoga a la de un oligopolio. Es una situación análoga pero no exacta porque ninguna de las ramas de gobierno es una maximizadora de beneficios, tanto los incentivos para negar un acuerdo y los incentivos para negociar una solución mutuamente beneficiosa son diferentes de las que ocurren en un monopolio bilateral. Pero es una proposición comprobable que los costos de transacción de gobernar son mayores que los que serían en un poder concentrado. Son costos más elevados tanto para programas que aumenten el bienestar general como para los programas redistributivos o que establezcan privilegios.

Pero la división de poderes también puede reducir los costos de transacción del gobierno, no solamente al aumentar la deliberación, sino también al permitir una mejor división del trabajo. Si la estabilidad de los jueces estuviera supeditada a las vicisitudes de la política legislativa sería muy difícil atraer a personas capacitadas a una carrera judicial y como consecuencia el derecho vigente sería aún más inestable de lo que es en la actualidad, ya que cambiaría con las opiniones o deseo de los legisladores poderosos. De esta manera la calidad de la justicia provista por los tribunales dependientes sería baja en los casos en que la legislatura, o en su caso el Presidente, tuvieran interés. Esta situación aún complicaría los acuerdos que los grupos de interés acuerdan con los legisladores, ya que la garantía de la aplicación del acuerdo legislativo en sus términos originales es la existencia de una justicia independiente. Un grupo de interés interesado en una legislación solo participaría en un acuerdo legislativo si tiene la confianza que éste último durará más tiempo que la duración efectiva que el mandato de los legisladores que le dieron origen.

De la misma manera si el Congreso asumiera la función ejecutiva lo haría de una manera deficiente porque la conducción efectiva de una decisión política requiere de una unidad de dirección, los sistemas parlamentarios han resuelto este problema creando un gabinete con una dependencia lejana del parlamento. Cuando esa dependencia es directa

se establece una fuerte inestabilidad política como es el caso de la III y IV Republicas en Francia o la llamada primera República en Italia.

Asimismo los tribunales no están bien equipados para hacer ejecutar las leyes fuera de la función judicial tradicional, es por ello que los proyectos de control judicial abstracto tienden a diluirse en una práctica del control judicial en casos concretos.

De esta manera la especialización en las tareas hace que cada rama cumpla con su función de una manera más eficiente. Esto no quiere decir que cada poder no intente cumplir con algunas tareas de los demás, como es el caso de la legislación y adjudicación por el Ejecutivo como es el caso de los reglamentos en todas sus formas y las decisiones de tribunales administrativos cualquiera fuera el nombre que este tipo de organismos tome.

Por lo tanto la separación de poderes es en parte un esfuerzo para aumentar la eficiencia gubernamental al organizar la estructura institucional para cumplir tareas específicas. Es una forma de compensar el aumento de los costos de transacción del gobierno producto de la separación de poderes. De esta manera el no tiene porque ser más débil que un gobierno autoritario de poderes concentrados. Es cierto que nuestro gobierno no parece ser más eficiente, en el sentido que maximice el bienestar de la sociedad que otras formas de gobierno que existen en el mundo. Pero podemos decir que un sistema de división de poderes equilibra por un lado el aumento de los costos de transacción consecuencia de tener que incluir la voluntad de ramas diferentes en las decisiones gubernamentales, con la reducción de costos que supone una división y por lo tanto una especialización de funciones entre los diferentes poderes.

Al mismo tiempo el invertir diferentes funciones gubernamentales en ramas diferentes e independientes pone límites al crecimiento del gobierno. Porque la capacidad de cada rama de crecer en poder sin control está fuertemente limitada. En el caso del poder Ejecutivo que tiene la ventaja de una decisión centralizada y en gran medida única, se ve limitada por la actividad de la burocracia, que tiene intereses propios que pueden no coincidir con los del gobierno. Al mismo la existencia de una carrera administrativa jerarquizada se transforma en una garantía de buen gobierno frente al público.

La separación de poderes.

El Poder ejecutivo esta organizado a través de una jerarquía cuyos miembros interactúan a través de ordenes, en cambio la legislatura tiene miembros, que han sido electos separadamente y actúan

primariamente a través de negociaciones entre sí. La distribución de poderes determina una **mezcla de ordenes y de negociaciones.** El **judicial garantiza el cumplimiento de los acuerdos** que se lograron en las negociaciones que concluyeron en el texto de la ley. La ley es el resultado del acuerdo. La delegación y los reglamentos ejecutivos limitan la negociación y favorecen el estado jerárquico.

Sin organización los acuerdos legislativos generalmente fracasan. Los partidos políticos organizan la legislatura y disciplinan a los legisladores. Dentro del partido, los legisladores interactúan generalmente dentro de un sistema de ordenes. Las listas completas o sabanas favorecen la disciplina partidaria. Al darle más poder al ejecutivo y favorecer a partidos grandes una Constitución favorece el gobierno por órdenes. A la inversa al darle menor poder al ejecutivo y favorecer a pequeños partidos la Constitución favorece el gobierno por negociación y acuerdo. El sistema electoral cambia la ingeniería constitucional por ello es tan difícil cambiarlo.

El ejecutivo implementa la legislación y provee liderazgo al hacer la ley, mientras la legislatura provee un foro para la negociación entre las facciones. La concentración en los costos de transacción de la negociación contesta muchas preguntas sobre el tamaño y organización de la legislatura. La legislatura mínima minimiza los costos de transacción de la negociación entre los sectores de la nación. La negociación es más sencilla cuando los acuerdos pueden cumplirse. Los tribunales independientes aplican los acuerdos para al interpretar la legislación a la luz del acuerdo subyacente. La Corte cumple la función de lubricar los acuerdos políticos.

Tanto en mercados como en la política **los carteles se desestabilizan en la medida que su tamaño aumenta.** Al separar los poderes políticos las constituciones aumentan el tamaño del cartel que monopoliza el poder. De esta manera la separación de poderes reduce la posibilidad que una persona o partido obtenga hegemonía política. Al mismo tiempo de apoyar la competencia la separación de poderes canaliza la interacción.

Hay dos modelos de interacción entre las ramas de gobierno.

(i) un grupo de funcionarios puede tener el poder exclusivo de iniciar y revisar los proyectos mientras que otro grupo de funcionarios tiene el poder de sancionar los proyectos en legislación. El primer grupo de funcionarios que son los cuidadores pueden hacer proyectos de todo o nada al segundo grupo de oficiales llamados los legisladores. Es el modelo de la Comisión Europea y el Consejo. De la misma manera es el caso de las comisiones en los parlamentos modernos.

(ii) el administrador o un tribunal tiene un poder de interpretar la ley y para cambiar la interpretación se requiere una ley nueva. Con la separación de poderes diferentes legisladores deben coincidir para aprobar una nueva ley. Los jueces y administradores pueden ejercer el poder aprovechando los desacuerdos potenciales entre legisladores.

Asambleas y electores.

Idealmente la competencia electoral alinea los fines del legislados con los de los votantes. Legislar requiere negociar y deliberar entre facciones. Para aplicar la negociación los legisladores forman partidos y someten al ejecutivo. El ejecutivo brokers los acuerdos e implementa los acuerdos. Aplicar la legislación requiere una acción decisiva y el ejecutivo cuenta con una organización jerárquica. Interpretar la legislación requiere independencia de la política y el dinero. Para esto son ideales las Cortes. En suma la legislatura provee el mejor foro para negociar sobre las leyes y ejecutivo puede actuar decisivamente para implementar la ley y la justicia puede interpretar la ley. Cada uno tiene los costos de transacción más bajos para cumplir con su fin. En realidad cada una de las ramas cumple con las tres funciones pero con una extensión diferente.

La democracia promueve la eficiencia ya que reduce los costos de transacción de la negociación política. Una legislatura desorganizada no puede negociar y legislar eficazmente. Una teoría estratégica de la democracia reconoce la función del ejecutivo en el proceso legislativo.

La actividad legislativa supone incentivos. **La competencia elimina a quienes no quieren ser reelectos. La reelección es el objetivo inevitable de los legisladores.** Los incentivos varían en el caso de las circunscripciones uninominales donde el legislador debe obtener directamente, del caso de representación proporcional. En esta última circunstancia, depende de los jefes políticos de su partido para su reelección. Es decir los jefes políticos de cada provincia elegirán a los legisladores de acuerdo con su importancia en la elección interna. La función de la autoridad partidaria crea distorsiones en la representación popular.

¿Cuál es el **tamaño óptimo**? El juego entre representación y negociación provee la respuesta. La legislación requiere negociación costosa. **El costo de negociación está en relación directa al del tamaño de la asamblea son menores cuando es menor la asamblea.** También las coaliciones son más fáciles de establecer y constantes.

En cambio una asamblea mayor aumenta la relación de representatividad con los ciudadanos. Los ciudadanos pueden demandar

una mejor representación. Con una mayor relación de representación los legisladores pueden conocer a los ciudadanos.

Una legislatura comete menos errores de legislación por dos razones. La ley de los grandes números señala que los errores al azar tienden a cancelarse unos a otros en la medida que la muestra aumenta. La agregación cancela los errores de hecho cometidos por los legisladores individuales. En la medida que la legislatura aumente de tamaño la probabilidad disminuye que la mayoría cometerá errores en juicios de hecho. El teorema de Condorcet sostiene que cuando la probabilidad de un legislador de hacer la decisión correcta excede 0.5 agregar un legislador adicional hace decrecer la probabilidad de error por la mayoría.²⁸

Al mismo tiempo que comenten errores en datos objetivos, las legislaturas hacen errores al representar los valores subjetivos de los ciudadanos. En la medida que aumenta la relación de ciudadanos por cada representante, los legisladores cometen más errores en representar las preferencias de los ciudadanos. En una asamblea comunal cada ciudadano representará personalmente sus intereses. En una legislatura reducida cada diputado deberá representar los intereses de sus electores con preferencias diferentes.

Una legislatura menor disminuye los costos de transacción de los legisladores, mientras que una legislatura mayor comete menos errores de hecho y de representación. Existe un equilibrio entre costos de transacción y errores en la legislación.

Lo mismo ocurre con la representación de los partidos políticos. El bipartidismo, multipartidismo depende en gran medida del sistema electoral elegido, ya sea pluralidad de votos o de representación proporcional.

Un ciudadano no tira su voto al votar un pequeño partido en la medida que tenga algún poder de negociación. La representación proporcional fragmenta los partidos porque aumenta la posibilidad de selección del votante. Los sistemas de cociente hacen que las legislaturas tengan una representación amplia de la opinión política de la sociedad pero aumentan los costos de la negociación política dentro de la legislatura. Son más actores los que deben ponerse de acuerdo en la aprobación de una ley. Los sistemas de cociente se corrigen al establecer un número mínimo de sufragios para poder participar en la distribución de bancas. En la Argentina se adoptó, para la elección de diputados nacionales el

²⁸ Cf. Robert Cooter, *The Strategic Constitution*. P. 176.

sistema cociente en la variante D'Hondt que favorece a pequeños partidos. Es contrario al bipartidismo porque un actor político que no pueda integrar la lista dentro de su partido, pero que considera que puede tener apoyo popular propio, puede presentarse con su propia lista. El sistema D'Hondt, permite aislar las estructuras partidarias en los distritos que elijan un número importante de diputados. En los distritos pequeños los efectos del sistema electoral se reducen y generalmente presentan una representación bipartidaria. El origen del sistema D'Hondt fue Bélgica y se estableció para asegurar la representación parlamentaria de los votos de las minorías culturales o religiosas. En la Argentina su aplicación en 1957 para convencionales constituyentes y a partir de 1960 para diputados nacionales, tuvo la intención de eliminar la presencia hegemónica de algunos partidos políticos que aseguraba la aplicación de la ley Sáenz Peña.

La mayor diversidad de opiniones políticas reduce la probabilidad de errores de representación. Pero los costos de transacción aumentan para crear una coalición de legisle. La diferencia de representación entre diputados y Senado. El Senado tiende al bipartidismo. Los errores de representación de un partido es el valor absoluto de la diferencia entre la fracción del voto obtenido por el partido en el voto popular y la fracción de las bancas en la legislatura. En los sistemas mayoritarios los partidos se unen o desaparecen. En la representación proporcional tienden a fracturarse.

Puede hacerse una comparación con la teoría de la demanda elástica o inelástica de productos. Si hay un producto con demanda elástica y otro con demanda inelástica, el vendedor tratará de venderlos en conjunto haciendo un paquete (*bundling*). Para que de esta manera los compradores del producto con demanda inelástica compren también el de demanda elástica. Esto ocurre habitualmente en las ofertas de los supermercados donde se agrupan productos para atraer al comprador a ciertos bienes que solo compraría en circunstancias excepcionales de precio. Esta estrategia depende de la elasticidad de la demanda en diferentes grupos de consumidores. En el sistema electoral **la demanda inelástica de los votantes da más poder a los dirigentes políticos para proponer candidatos**. Es decir quién tiene una "marca" política popular y por lo tanto no existe variación en los votantes a pesar que varíe la oferta de candidatos, tiene gran poder para imponer nombres en una lista. En estos casos, la elección importante será la elección interna en los partidos para la confección de la lista de candidatos, ya que el resultado de la elección general tendrá poca variación. En este caso se hace el "paquete" entre marca popular, en este caso el partido político, y candidato con prestigio puramente endógeno y desconocido en la sociedad. Ahora bien, si la demanda del producto pierde su inelasticidad, es decir, si disminuye la popularidad del partido político, no se puede

armar este “paquete” o *bundle*, y la oferta de candidatos deberá variar con la variación de la elasticidad de la demanda. Un sistema electoral mayoritario favorece la formación de una demanda inelástica, ya que los costos de transacción para crear una mayor oferta electoral son muy elevados. Por lo tanto favorece al bipartidismo. Un sistema de representación proporcional favorece la elasticidad de la demanda política, ya que con bajos costos de transacción se puede aumentar la oferta de candidatos políticos y el elector podrá elegir dentro de una oferta más amplia. Los sistemas proporcionales, por lo tanto disminuyen la influencia de la estructura de los partidos políticos en la selección de candidatos, tienden al pluripartidismo.

Bicameralismo.

Aumenta costos de transacción. Temor al autoritarismo de la legislatura. Reducen la velocidad y la cantidad de legislación. Privilegia el Statu Quo sobre las alternativas. El caso de la sobre representación de sectores agrícolas y los subsidios agrícolas. Bicameralismo protege los derechos existentes sin bloquear el consenso. El bicameralismo con representación proporcional favorece un ejecutivo débil y un número importante de partidos indisciplinados. La interacción por funcionarios en ese gobierno se concentra en negociaciones y menos en órdenes. En la Argentina son más estables los gobiernos que tengan mayoría en una cámara al menos. Como la representación proporcional es en diputados los gobiernos estables tienen mayoría en el senado.

El intercambio de votos en orígenes legislativos – Log-rolling

Una de las maneras por las que los órganos legislativos demuestran estabilidad en sus decisiones a pesar de que no existe en ellos la regla del precedente, es debido a la práctica del intercambio de votos. El intercambio ocurre en el margen de la disciplina partidaria y es cuando un legislador tiene un gran interés en un proyecto de ley que afecta directamente a sus electores pero, en cambio, no le preocupa tanto un proyecto referido a una región diferente a la propia. Esta situación se repite en todos los demás legisladores. El resultado es que los legisladores intercambian sus votos para recibir el apoyo de los demás a proyectos propios y al tiempo apoyan a los demás legisladores en proyectos que le son indiferentes. El “log rolling” permite a los legisladores tener en la práctica más de un voto. Al intercambiar votos con el fin de obtener, a veces laboriosamente, votos de sus colegas para hacerlos efectivos en las cuestiones que les interesan particularmente, esta situación indica indirectamente la intensidad de sus preferencias. En este sentido, el intercambio de votos cumple el mismo sentido que darle a cada votante varios puntos para que de esta manera los concentre en los temas de su preferencia. Esto hace al sistema más

estable. Hay una mayor certeza en que los votos de aquellos a los que les interesa más un proyecto de ley, contarán más a los efectos prácticos que los votos de los que no tienen intereses directos en el tema.

Las preferencias de un solo pico o de dos picos

Uno de los supuestos asumidos en el Teorema de Arrow es que el votante tiene un orden libre de elecciones. Esto quiere decir que los individuos pueden organizar sus alternativas en cualquier orden. Una persona puede preferir tenis al ski y el ski a nadar o a la inversa, cualquier tipo de orden en las preferencias es posible.

En muchas cuestiones las preferencias de los individuos que eligen entre tres o más alternativas aparecen como en un orden libre. En otras cuestiones, sin embargo, las preferencias de los individuos caen en la categoría de un orden “natural” o por lo menos en un espectro predecible. Tomemos el ejemplo de tres posiciones sobre el control de armas:

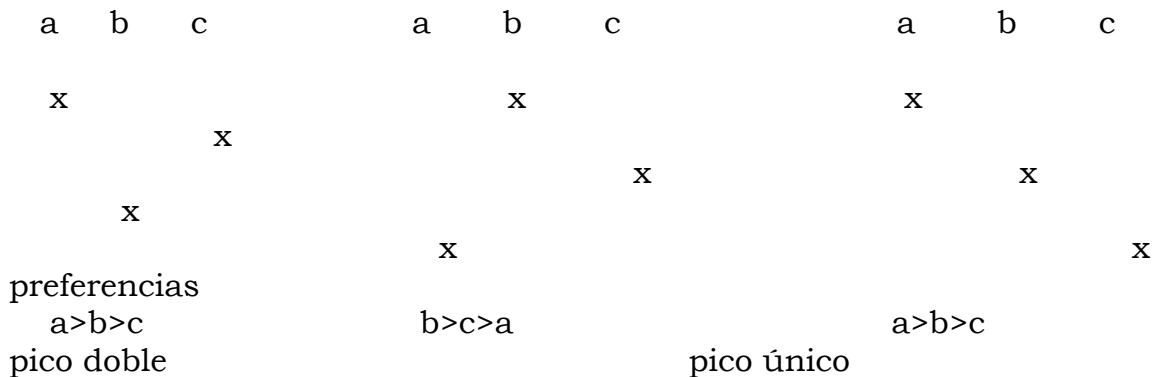
- a) Una persona sostiene que todo tipo de armas de fuego debe ser prohibidas;
- b) otra persona considera que sólo algunas armas, las de la guerra, deben ser prohibidas pero no las otras y
- c) La tercera persona considera que ningún arma de fuego debe ser prohibida. Podríamos expresar estas diferencias de esta manera.

votante I	$a > b > c$
votante II	$b > c > a$
votante III	$c > b > a$

El votante II podría establecer una preferencia $b > a > c$, pero es improbable que el votante I estableciera una preferencia $a > c > b$, o el votante III una preferencia $c > a > b$ ya que quien quiere una prohibición total como primera preferencia es improbable que tenga como segunda la permisividad total o a la inversa.

En cuestiones como la mencionada, las preferencias conforman un espectro de posiciones. Cada individuo tiene un punto preferido en ese espectro. Lo más cercana que esté una alternativa al óptimo, es más probable que el individuo la prefiera. En la doctrina del Public Choice las preferencias que no son producto de un orden libre sino que tienen una ordenación “natural” son llamadas de un solo pico. Para comprender este término debe comprenderse que las opciones se extienden en un espectro de un extremo al otro; las personas con preferencias de un solo pico no preferirán los extremos sobre el medio. Si la alternativa media es la

menos preferida, los extremos en el espectro son más elevados que los del medio, es un valle de dos picos.



Las preferencias con dos picos pueden ser improbables, pero existen a pesar de su carácter intransitivo.

Una teoría económica de la legislación

Las preferencias indicadas por medio del voto son generalmente inestables o no representan estrictamente la preferencia que tiene el votante. La situación se complica aún más al agregar el elemento de la representación. El votante, cuando expresa su opinión, lo hace seleccionando individuos que luego votarán la legislación. La teoría de la legislación trata de responder a la pregunta sobre qué motiva a los legisladores. Si su interés está concentrado en la reelección. Si votan de una manera que es consistente con una ideología que es a veces inconsistente con el interés o bienestar de sus electores. ¿Cuán poderosos son los grupos de interés al influir el resultado de la legislación? ¿Existe una influencia de las contribuciones electorales u otro tipo de incentivos en la legislación que es aprobada?

1. ¿Qué motiva a los legisladores?

La teoría económica de la legislación parte de la noción de que los legisladores son maximizadores racionales de los intereses propios. La pregunta que sigue es saber cuáles son las variables que se pueden encontrar en la función de utilidad de un legislador. Una posibilidad, es que el legislador está motivado por el deseo de ser reelegido. Después de todo, cualesquiera fueran los beneficios que se derivan de poseer el cargo, éstos se pierden si el individuo no es reelegido. A los votantes, al mismo tiempo, puede no interesarles un candidato que no esté lo suficientemente interesado en el cargo como para desear ocuparlo y permanecer en él.

Esto lleva a la pregunta sobre cuál es la mejor manera para asegurarse la reelección. Una posibilidad es que el legislador debe asegurarse que la legislación que propone y apoya sea apoyada por sus electores. Al asumir

que son todos maximizadores racionales de los intereses propios, esto significa que debe votar de una manera que beneficie a la mayoría de sus electores. No está totalmente claro si esto significa que el legislador debe solamente considerar un bienestar económico de sus votantes, definido estrictamente, o si se debe realizar un esfuerzo más amplio para conocer valores más generales. El debate tomado por los legisladores sobre cuestiones como el acoso sexual o el aborto, indica que valores generales motivan a los votantes y por lo tanto, son de interés de los legisladores. El problema básico con la opinión de que el legislador debe ser cuidadoso de votar de la manera que sus electores prefieran, es que asumen que se presume que el votante cuenta con una amplia información y tiene determinados claramente sus intereses. Para que esta posición fuera estrictamente aplicable se debe asumir un electorado bien informado y que tiende a estar al tanto de toda legislación oscura que pueda afectarlo. En este caso, el costo de acceder a la información puede superar cualquier beneficio que se pudiera obtener.

También puede ocurrir el caso que la demanda del votante sea inelástica, es decir, que vote por el mismo partido independientemente de quien fuera el candidato. En este caso particular, el interés del legislador por su reelección es transferido de la elección general a la elección interna de su propio partido.

Por otra parte puede ocurrir que la reelección dependa de generar el apoyo o por lo menos evitar el rechazo de grupos de interés específicos que son capaces de hacer contribuciones políticas y asegurar que los votantes favorables al candidato lo apoyen efectivamente. Frente a esta posibilidad, el legislador que busque su reelección puede verse orientado a vender sus votos al grupo de interés que tuviera el mayor poder. La teoría de legislación es debatida en términos de oferta y demanda de legislación, con grupos de interés que son los primeros en la demanda y las legislaturas son la oferta.

La teoría económica de la legislación debe incluir un modelo amplio que incluya el interés del votante, de los grupos de interés y de la ideología.

2. Los grupos de interés

Un concepto que aparece en la doctrina de derecho y economía es el de búsqueda de rentas (*rent seeking*). El concepto de renta es referido a ingreso, que es recibido en exceso de lo que sería recibido en condiciones competitivas. Gran parte de la actividad de los grupos de interés puede ser definida como de búsqueda de rentas. Esto quiere decir que los miembros del grupo quieren ser protegidos de las condiciones competitivas del mercado. En estos casos, el interés del empresario varía

del producto, un producto que sea competitivo hacia la obtención o el mantenimiento de la renta o del subsidio.

El caso Williamsom vs. Lee Optical of Oklahoma 348 US 483, 1955.

Trató del privilegio de los oftalmólogos establecido en la prohibición a los ópticos de vender lentes sin una prescripción médica. Los efectos económicos de la prohibición eran de limitar la competencia en el mercado por lentes y de esta manera aumentar los precios que los oftalmólogos podían cobrar. Todo aumento de la actividad o del precio constituye una renta. Un resultado similar podría ocurrir de los esfuerzos de médicos o abogados para evitar que se abran facultades de medicina o derecho o para limitar el ingreso de las ya existentes. De una manera más obvia, los esfuerzos de escribanos para evitar el aumento de registros constituyen el ejemplo notorio de renta.

La existencia de grupos de interés puede ser explicada, no sólo desde una perspectiva económica. La cuestión crítica es establecer si los beneficios de formar un grupo de interés superan los costos. Estos costos, que pueden ser elevados, sólo pueden ser justificados si el grupo es capaz de influir la aprobación de legislación o de algunos detalles dentro de la legislación. Este esfuerzo puede tener lugar en un ambiente competitivo en el que un grupo de interés se enfrenta a otro grupo. De la misma manera que en el caso de la decisión del votante individual de votar o no votar, la probabilidad de tener el efecto deseado debe ser tenida en cuenta.

Una demostración de la participación de los grupos de interés serían las economías de escala. Para un cierto nivel de influencia, costará menos para un grupo de personas trabajando coordinadamente que si lo hicieran de forma desorganizada. El problema es que aún en casos en que el beneficio a obtener sea enorme en caso de éxito, estos beneficios no son ciertos.

El otro problema que deben enfrentar los grupos de interés es el de “free-ride”. Los esfuerzos de un grupo de interés, si tiene éxito, no pueden limitar sus beneficios a los que han contribuido al logro. Por lo tanto, existe la tentación de esperar al costado a que otros grupos de interesados contribuyan al éxito. Por supuesto, si todas las partes interesadas tienen la misma actitud, el grupo de interés nunca será formado.

Una argumentación similar fue establecida por la Corte Constitucional de Alemania en el **Caso de las Farmacias** al que se remite.

3. El mercado de legislación

La actividad de los grupos de interés y la probabilidad de que, si todos los demás datos son iguales, el grupo de interés con el mayor poder financiero tenga la influencia más importante nos lleve a reflexionar sobre sus consecuencias sobre el sistema representativo. Podemos imaginar que es a través de la actividad de los grupos de interés que los habitantes pueden expresar la intensidad de sus preferencias. Esto podría evitar comportamientos cíclicos y al mismo tiempo colaborar en la maximización de la utilidad.

Tomemos como ejemplo dos grupos de interés con preocupaciones similares, aunque antagónicas. Una organización defensora del medio ambiente ha podido recolectar un millón de pesos entre los sostenedores de sus ideas para influir en la legislación relativa a la contaminación del aire. Al mismo tiempo, varios empresarios industriales son miembros de un grupo que desea que las normas sobre contaminación sean lo menos gravosas para sus industrias y ha podido obtener dos millones de pesos para sus fines. Si esta fuera una subasta de legislación, el grupo industrial superaría a los ambientalistas, y existiría la tentación de imaginar que obtienen una utilidad mayor que los ambientalistas.

La primera observación es que hay una diferencia entre capacidad y voluntad de pago y utilidad. Por lo tanto, no hay garantías de que el bloqueo de la legislación protectora del medio ambiente aumente la utilidad general.

En ambos grupos hay "free-riders", que son quienes intentan maximizar la utilidad de poder, gozar de los frutos del esfuerzo de los demás.

En este caso, los grupos ambientalistas están formados por muchos pequeños contribuyentes, pero el grupo industrial puede estar formado por pocos productores. Si esto fuera así, es más probable que los free-riders estén dentro del grupo ambientalista, porque el carácter difuso de su integración señala que los free-riders no podrán ser controlados. Consecuentemente, la posibilidad de que hubiera sanciones contra ellos, es muy baja.

Por el contrario, los miembros del grupo industrial conocerán con rapidez cuáles han sido los free-riders de la industria que no han contribuido al esfuerzo para detener la legislación indeseada. Existe, por lo tanto, que los no participantes puedan ser reconocidos y sufrir una sanción del grupo. Todo esto indica que los montos utilizados para los esfuerzos de obtener o rechazar la legislación no son un índice de la utilidad general de la legislación.

Se sugiere que grupos integrados por pocos miembros de mayores ingresos serán los más efectivos en obtener sus fines en la influencia de la legislación.

La idea de que grupos relativamente pequeños integrados por miembros intensamente interesados puedan tener una figuración desproporcionadamente elevada en el mercado en pro de la legislación, tiene un soporte empírico. El apoyo a los comités de acción política (PAC) en los EEUU es menor en industrias compuestas de numerosas empresas, posiblemente por las dificultades de unificar posiciones comunes por la existencia de muchos actores y por el riesgo de la existencia de free-riders. La concentración industrial tiende a favorecer la existencia de los PAC.

Si lo que busca el grupo de lobby es la obtención de una renta, entonces la posibilidad de que su actividad maximice la utilidad general, es más alejada. Lo que busca el grupo es un subsidio o una renta en sí misma, y por lo tanto el resultado legislativo será ineficiente.

La Administración.

La administración es el tercer proceso fundamental del gobierno. **Las elecciones idealmente transmiten la preferencia de los ciudadanos a los representantes.** Estos **negocian y transforman las preferencias en programas** y finalmente en **normas.** Pero la **implementación de estas normas** y de estos programas de gobierno depende fundamentalmente de ministerios, departamentos y organismos. Un Estado democrático debe tratar de organizar su burocracia para cumplir explícitamente los fines establecidos en la legislación por medios eficientes.

Democracia e idoneidad en la función pública.

La democracia esta asociada al concepto de que los representantes del pueblo ejercen las tareas legislativas y de gobierno. Junto a ellos aparecen quienes deben cumplir la tarea de la administración, subordinada a los poderes políticos. Si el fundamento de legitimación de los que integran el gobierno es la elección popular, la legitimidad de la administración proviene de la idoneidad de sus funcionario para cumplir con la gestión de los intereses de la Nación. La idoneidad como única condición para el acceso a la función pública, es un fundamento del sistema republicano, la Constitución lo establece en el mismo artículo en que excluye los privilegios y prerrogativas de sangre o de nacimiento, y en la misma frase en que establece el principio de igualdad ante la ley. Esta idoneidad supone excluir toda forma de favoritismo político o de nepotismo. La idoneidad asegura que la administración de los bienes públicos está en manos de quienes tienen mérito para hacerse cargo de ellos.

El mérito o la idoneidad son la expresión administrativa del gobierno democrático. Muchas veces se confunde la idoneidad como condición de ingreso al empleo público con la imagen de una carrera cerrada, elitista y alejada de la realidad. Por el contrario, la idoneidad, medida por formas objetivas como es el caso del concurso público permite que el favoritismo, la recomendación o el contacto social o político queden de lado y los que no los tienen puedan acceder a la función pública. Dejo de lado, por el momento, que la idoneidad asegura un mejor servicio público y que termina con la furia de los gobernantes

frente a una burocracia esclerosada, ineficiente y hermética frente a las demandas de la sociedad.^{29'}

El concepto de la idoneidad como requisito para el ingreso al empleo público aparece como uno de los requisitos iniciales del constitucionalismo, el artículo 6° de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 dice:

“..Todos los ciudadanos, siendo iguales a sus ojos, (de la ley) son igualmente admitidos a todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad, sin otra distinción que la de su virtud o su talento.”(artículo 16).

Dentro de la administración pública el servicio exterior, como también ocurre, aunque por distintas razones con los empleos militares, tiene raigambre constitucional, esto es, es un sector de la administración pública que la misma Constitución regula en ciertos aspectos. Para decirlo en las palabras de Alberdi:

"Las Repúblicas podrían tener diplomáticos de carrera o inamovibles como tienen jueces vitalicios e inamovibles, militares de carrera y profesión, a causa de lo técnico y excepcional (sic. 'sc') del saber que el ejercicio de estas funciones necesita. "³⁰

El concepto de idoneidad, por oposición al de favoritismo, como condición de acceso a la administración pública, además de ser un postulado constitucional, es una calidad esencial de la eficiencia administrativa. La idoneidad o suficiencia no se presume, debe probarse de acuerdo con las formas legales que prevalecen sobre las facultades discrecionales de la autoridad. Su origen constitucional lo asocia al principio de igualdad que es uno de los fundamentos del estado de derecho.

“Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos, sin otra condición que la idoneidad.”

Dice el artículo 15 luego de proscribir todas las prerrogativas y fueros personales. el ingreso por concurso público es la aplicación estricta del requisito de idoneidad. De esta manera la ley impide el favoritismo y la discrecionalidad.

La institución del concurso público tiende a prevalecer en la mayor parte de los Estados contemporáneos. Es una forma que tiene la primera característica de evitar el favoritismo político, confesional, familiar o social. A quienes lo critican por constituir una forma de selección de los

²⁹ cf. MOSHER, F. “Democracy and the Public Service.” Oxford University Press, New York, 1968. p. 202 y ss.

³⁰ ALBERDI, J.B. “Política Exterior de la República Argentina según su Constitución de 1853. Aplicable a las Repúblicas de Sud-America.” en Escritos Póstumos de... Buenos Aires, Imprenta Europea, 1896. T.III, p.47.

funcionarios teniendo en cuenta elementos fundamentalmente académicos por sobre otros características como el carácter del aspirante; puede decirse, como en la frase sobre la democracia atribuida a Churchill, que todas las alternativas son mucho peores. Generalmente quienes se oponen a los concursos públicos ocultan la intención de utilizar a la función pública como un botín para quienes ejercen el poder político.

El argumento constitucional con respecto al concurso público, está relacionado con la idoneidad como único requisito para acceder a los cargos públicos. Establecer una forma de acceso al cargo público que no reconozca a la idoneidad como su fundamento sería establecer estructuras de privilegio o aún vestigios de fueros personales que están vedados por la Constitución.

El concepto de idoneidad imprescindible para acceder a los cargos públicos tiene vieja data. La Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional francesa el 26 de agosto de 1789 dice en el artículo 6º:

(La ley) Debe ser la misma para todos, sea que proteja o sea que castigue. Todos los ciudadanos, siendo iguales a sus ojos, son igualmente admitidos a todas las dignidades, cargos y empleos, según su capacidad, sin otra distinción que la de su virtud o su talento.

En la Asamblea del año XIII, en el tercer proyecto³¹ en la

"Sesión 4.a De la calificación de idoneidad de los ciudadanos p.a obtener empleos en el Estado.

"57 Las Asambleas de Parroquia formaran a pluralidad de votos una lista de los vecinos del distrito parroquial que sean más idoneos por su virtud, probidad, patriotismo y conducta pacífica para obtener en el distrito todos los Empleos de justicia, y demás ramas de la administración pública."

La descripción de idoneidad dada en este proyecto de 1813 es todavía útil para interpretar el artículo 16. Se hace imprescindible interpretar este artículo para encontrar una forma objetiva de definir la idoneidad requerida para ocupar un cargo. Las leyes del servicio exterior han sido una reglamentación de la idoneidad para acceder a la carrera administrativa. El servicio exterior tiene raigambre constitucional y aparece en los primeros esbozos constitucionales, conjuntamente con los empleos militares son los únicos cargos en la administración pública que

³¹ cf. Proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata, del 27 de enero de 1813. Se lo llama el Tercer Proyecto para distinguirlo del Proyecto de la Comisión designada por el Ejecutivo en 1812, y del Proyecto de la Sociedad Patriótica. El Cuarto Proyecto sería el Proyecto de Constitución de carácter federal de 1813.

la Constitución menciona y establece condiciones entre ellas el acuerdo del Senado para acceder a los cargos máximos. Desde principios de siglo el Congreso estableció por ley las condiciones de ingreso y características de la carrera administrativa. Esta legislación fue el inicio de la búsqueda de condiciones objetivas para cumplir con el requisito constitucional de la idoneidad.

En la Constitución vigente tanto en el art. 16 como al exigir acuerdo del Senado para los jefes de misión diplomática, y en la legislación, al sancionarse las leyes del servicio exterior, se buscó cumplir con el requisito de la idoneidad para cubrir los cargos públicos. La idoneidad mencionada en la Constitución tiene dos elementos, por un lado es un derecho para los habitantes, ya que es el único requisito para acceder a los cargos públicos, eliminándose favoritismos políticos, nepotismo u otras formas de privilegio. Por otro lado cumple con la necesidad de tener un servicio público eficiente, el pueblo requiere que quienes estén en los principales cargos de la administración lo hagan con la mayor eficacia. La eficiencia administrativa es una de las garantías de la democracia, porque asegura que las decisiones de los representantes del pueblo son llevadas a cabo con éxito, la administración pública no debe correr riesgos. Esta es la razón de los delitos contra la administración pública, particularmente los referidos a nombramientos ilegales establecidos en el artículo 253 del Código Penal. El delito de nombramientos ilegales reprime, *el funcionario público que propusiere o nombrare para cargo público, a persona en quien no concurriesen los requisitos legales."*

La ley al exigir determinados requisitos para ejercer un cargo público está cuidando la idoneidad del sujeto que debe ocuparlo, como garantía del eficiente funcionamiento de la Administración. El tipo protege ese funcionamiento contra los peligros que puede originar la carencia de idoneidad de la persona que ocupe el cargo por no reunir aquellos requisitos.³²

El problema no es la existencia del concurso como forma más eficaz y equitativa de ingreso al servicio público sino elegir entre sus posibles modalidades. Se plantea la dicotomía entre conocimientos y carácter, que tiene la dificultad que mientras los primeros son posibles de evaluar objetivamente, la personalidad, el carácter, la vocación, el sentido de la responsabilidad, la capacidad de innovar y la capacidad de decisión, entre otros temas, son siempre sujetos a valoración. Permitir una mayor elasticidad a los jurados permite apreciar estas cualidades en un concurso, pero también puede dar lugar a injusticias.

³² cf. CREUS, C. "Delitos contra la Administración Pública" Buenos Aires, 1981, p. 238.

Otra alternativa es saber si la formación del personal debe ser confiado a las Universidades o a escuelas especializadas que se creen dentro de la administración pública. En principio solo la Universidad es la indicada para una formación integral del funcionario. Este debe llegar a la función luego de un debate amplio de ideas y de técnicas que sólo las universidades pueden darlo. La administración debe completar la formación general dada por aquellas, para introducir al aspirante a funcionario en los temas específicos de la carrera sin limitarlo en su formación integral.

La carrera administrativa como garantía institucional.

Los niveles de calificación exigidos para el ingreso en la carrera administrativa son elevados para la tarea que debe realizar. Puede ocurrir que funcionarios con varios títulos académicos y con experiencia internacional sean relegados a tareas administrativas. Esta situación es inseparable de la idea de una carrera administrativa, o más generalmente de la carrera del servicio público. No se puede imaginar la existencia de una carrera pública con funcionarios especializados estrictamente en un tema, ya que en ese caso sólo podrá desempeñar las tareas para la cual ha sido escogido pero no las que se presenten en cargos o circunstancias totalmente diferentes. La idea del "*empleo de escala*", es que el funcionario no sólo debe estar capacitado para cumplir las tareas que inmediatamente le correspondan, sino tener también conocimientos y aptitudes indispensables para ejercer las funciones superiores que puedan aparecer ulteriormente.

La idea más general que subyace aquí es la del administrador proteico, es decir el alto funcionario de formación amplia que puede afrontar problemas diversos y complejos con claridad de conceptos y honestidad intelectual y personal. Es un concepto que tiene sus orígenes en la cultura clásica que no podía imaginar la excesiva especialización contemporánea, pero que la consideraría una mutilación de la personalidad. Esta doctrina tiene una aplicación práctica, probablemente inesperada, en países con medios reducidos como la Argentina. La especialización es cara, tener cuadros de funcionarios especializados en todos los temas concebibles está fuera de las posibilidades de la administración. Sólo en los Estados Unidos se ha intentado y con magros resultados. Por lo tanto es una utilización racional de medios escasos formar un número reducido de funcionarios capacitados en múltiples temas que puedan introducirse en las cuestiones que surgen a diario en la vida internacional y jugar un papel eficaz en la defensa de los intereses argentinos. Esto permite una rápida respuesta aún en los casos en que

la política sobre un tema no esté completamente definida y por consiguiente la actividad de un especialista sería impensable.

La tesis prevaleciente en los países europeos es la de la polivalencia, tanto en las funciones administrativas, como en el caso del "*civil servant*" británico, ingresado por concurso en el sistema *Northcote Trevelyan*. Como en el sistema francés que requiere para los altos funcionarios el paso por *l'Ecole Nationale d'Administration*. En esta concepción los agentes no son reclutados y entrenados para cumplir con una función determinada y ella solamente, la administración requiere de funcionarios que tengan un cierto nivel de cultura y conocimientos. Estos agentes deben ser aptos para cumplir las tareas más diversas dentro de la administración y cumplir tareas muy diferentes entre si.

Esta concepción del funcionario polivalente implica que el agente a cargo de un trabajo particular deba adquirir ciertos conocimientos técnicos, una cierta especialización no podrá ser adquirida antes de la afectación a un empleo determinado, solo podrá adquirirse cumpliendo las tareas determinadas. El arte de la administración no se reduce a recetas fijas que los aspirantes a la función pública pueden aprender leyendo manuales o cumpliendo los ejercicios de entrenamiento.³³

En los Estados Unidos una tradición diferente ha surgido en la administración, la de la especialización que ha evitado la formación de una eficaz carrera administrativa o diplomática. Esta concepción del empleo público esta asociada al "*spoils system*" en el que el triunfador en las elecciones nombra a los principales cargos públicos dentro de sus afiliados o simpatizantes, aun en cargos judiciales. Si bien el argumento generalmente dado a favor de este sistema es que cumple con los principios de la división científica del trabajo, dándole a cada funcionario una función específica en la cual esta especializado, terminada la cual generalmente deja el servicio. El ascenso es muchas veces indirecto, cumpliendo funciones en cargos públicos y privados con una promoción en cada nuevo contrato.

La principal razón de la existencia de este sistema es la hostilidad de los gobernantes norteamericanos hacia una carrera administrativa como la europea, no desean que individuos reclutados sobre la base de un concurso luego de la obtención de altos grados universitarios, ingresen en la administración pública para seguir una carrera generalmente de por vida, con un escalafón estricto y reglado desde el inicio. Se oponen a ella en gran medida porque consideran que los altos cargos de la administración deben ser cumplidos por hombres

³³ cf. GOURNAY, B. *Introduction a la Science Administrative*. Paris. 1978. p. 31.

provenientes de la actividad privada y en mucha menor medida de medios universitarios. Asimismo desconfían que un cuerpo de funcionarios calificados pueda limitar los poderes del gobierno y también, y particularmente de los grupos de presión. El público americano acepta esta falta de seguridad en el empleo, cambia habitualmente de trabajo, de empresa y hasta de domicilio varias veces en curso de sus vidas. El resultado para la administración pública es negativo, el servicio público de los Estados Unidos es el de peor calidad en cualquiera de los países desarrollados.

En los países europeos la idea que domina la política de personal en la administración pública, y particularmente en la carrera administrativa, es el concepto de carrera. Podemos entender a esta como la posibilidad ofrecida a los ciudadanos de ingresar en el servicio público en el comienzo de su vida profesional, de permanecer en ella hasta su retiro, junto con la perspectiva de ver sus ingresos y responsabilidades aumentar de una manera progresiva. Este concepto parte de la base que el servicio público es una profesión en sí misma, y que, a pesar de las apariencias, difiere profundamente de la actividad privada. Es imprescindible que quien se dedique al servicio público se consagre a él íntegramente, para lo cual es necesario que el Estado le retribuya con satisfacciones materiales y espirituales al menos iguales a las que pudiera recibir en otros empleos.

Como corolario del principio anterior es que para atraer y mantener a los individuos en el servicio del Estado, es necesario que los funcionarios sientan que puedan hacer en ello una carrera. Es en esta tarea que pueden consagrarse con toda serenidad ya que se trata de una magistratura y no un empleo ordinario. El funcionario no debe estar preocupado en el desarrollo de su función por inquietudes de inestabilidad en el empleo, lo que permitirá dar su opinión con lealtad solo a la Nación y al mismo tiempo especializarse en temas que solo pueden tener interés para el mejor desarrollo de su carrera. Sobre estos principios están basadas las garantías de estabilidad a los funcionarios públicos, para que tengan la certeza moral de que la arbitrariedad está excluida del desarrollo de sus carreras.

La carrera está asociada al prestigio social, es por ello que la ley trata de asegurar el respeto de los funcionarios públicos, ejemplo clásico de ello es la penalización del desacato y las faltas contra diplomáticos extranjeros.

Este concepto de carrera aparece esbozada en la Constitución al requerir condiciones especiales para el nombramiento de diplomáticos y también en las leyes del servicio exterior que muy tempranamente fueron sancionadas por el Congreso.

Esta concepción de carrera "*media*", esto es ascendiente en forma regular y asegurada a todos los agentes, ha sido también criticada como favoreciendo la ineficiencia. Esta opinión existe en medios empresarios que preferirían que los altos funcionarios fueran reclutados entre los ejecutivos de empresas privadas con gran experiencia profesional. Muchos de los que han intentado el paso han fracasado. La función pública y particularmente la función administrativa tiene características propias y muy diversas de la actividad privada.

Tomemos algunas de las ventajas de una carrera estructurada. Esta asegura la neutralidad de la administración pública, da a los funcionarios una gran independencia tanto frente a los grupos de presión o de interés económico como frente a los partidos políticos. Un funcionario que sabe que ascenderá por sus méritos juzgados por un organismo independiente puede resistir a las presiones políticas o económicas.

Sin duda existe el riesgo de que un funcionario que se sabe protegido no acepte plenamente la subordinación al poder político. Que quiera reemplazar a la política de los representantes del pueblo con la política de la administración, o que bloquee o aplique con lentitud políticas que no comparte. También quien sabe que puede ascender de todas formas puede adquirir una actitud indiferente hacia su función y oponerse a todo cambio. Es necesario encontrar un equilibrio en estas tendencias, lograr la estabilidad en el empleo y la independencia de opinión por una parte y mantener la eficiencia a través de nuevos desafíos profesionales y de un régimen de promociones basado exclusivamente en el mérito y no exclusivamente por la pura y simple antigüedad en el cargo.¹³⁴

El éxito de una carrera está fundamentalmente en el espíritu de sus miembros, si los funcionarios tienen firmemente enraizado su preocupación por el interés general o el sentido del Estado, el orgullo de pertenecer a la función pública en servicio de la Nación la carrera podrá cumplir con su cometido y los ciudadanos podrán confiar que las cuestiones públicas son resueltas eficazmente y sin presiones externas indebidas. En cuanto al Servicio civil como servicio público y sus relaciones con el poder político están las dos grandes orientaciones, la tradicional británica del cuerpo independiente de toda influencia política y que cumple eficientemente las decisiones de los representantes del pueblo; y la posición del servicio civil francés compuesto por funcionarios

³⁴ cf. GOURNAY, Introduction a la Science Administrative, Paris, Fondation National de Science Politiques, 1978 p. 36.

altamente entrenados pero con un compromiso político. La democracia, sobre todo la emergente, requiere participación y de ella no pueden estar alejados los funcionarios, si es obligatorio tomar partido al votar, no puede imaginarse que esa actitud puede ser ignorada al asumir la función pública.

En la concepción británica el servicio civil debe ser políticamente neutral, la norma que lo establece es estricta:

Los funcionarios públicos (civil servants), deben su lealtad a la Corona. En su capacidad ejecutiva la voluntad de la Corona es ejercida a través del gobierno del día. Los funcionarios públicos deben cumplir lealmente las funciones que les asigne el gobierno del día cualquiera sea su posición política. Para el Servicio Civil pueda servir a gobiernos sucesivos de diferentes posiciones políticas es esencial que los ministros y el público puedan tener confianza que las opiniones personales de los funcionarios públicos no puedan influir en sus funciones oficiales. La intención de las normas que reglan las actividades políticas de los funcionarios públicos es la de permitirles la mayor libertad posible para participar en los asuntos públicos sin infringir estos principios fundamentales. Las normas se refieren a actividades políticas que puedan dar a la expresión pública de opiniones políticas, más que las creencias u opiniones privadas.³⁵

Estas normas han apartado al servicio civil inglés de la actividad política pública pero no de la actividad encubierta que ha sido criticada hasta el sarcasmo. La función pública británica basada en generalistas y no en técnicos y con una formación universitaria basada en los clásicos latinos, no ha podido colaborar en una función de modernización de la sociedad.

Delegación y control en la administración.

La administración sigue un **orden jerárquico**, que parte de los cargos más altos generalmente en manos de políticos o altos funcionarios hasta los funcionarios de menor jerarquía al final. Toda **orden administrativa procede por instrucciones de los superiores a los inferiores**. Cada eslabón en la cadena burocrática trata de imponer su voluntad al eslabón siguiente. Los **intereses de los administradores superiores y de los administradores inferiores** sin embargo **no coinciden** perfectamente. Por lo tanto, cada eslabón en esta cadena diluye el objetivo transmitido por el eslabón anterior. Esta **disolución de los objetivos da a cada ministerio o agencia su propia vida** y voluntad.

³⁵ cf. "Pay and Conditions of Service Code", Paragraph 9925, cit. en HENNESY, op.cit. p. 368.

En un sistema constitucional se plantean los problemas de las consecuencias de la delegación de la autoridad, por lo tanto aparecen generalmente **obstáculos de la delegación** de una función a otra, como es el caso de los límites a la delegación legislativa al Ejecutivo.

El otro elemento constitucional, es el requerimiento de cumplir con las normas superiores, lo que normalmente llamamos el principio de legalidad en la administración. La aplicación de la política de gobierno, generalmente incorporada a través de normas, supone una cadena de autoridad en los cuales los superiores delegan a sus subordinados. De esta manera el Presidente elige su gabinete y los ministros designan a los funcionarios más elevados y que manejan las operaciones diarias. **Los modelos de delegación de autoridad funcionan como un juego entre principal y agente.** El principal es el superior que establece la política y el agente es el inferior que la implementa. Una de las palabras que provienen de esto es referirse a los órganos del Estado como organismos independientemente de su nombre concreto, en el sentido de que son agentes del principal que es quien da la instrucción. La **primera alternativa** que tiene un funcionario es **ejercer su poder directamente o delegarlo** a un subordinado. El juego de la delegación demuestra como un principal racional toma su decisión. La Constitución u otra norma muchas veces requieren o prohíben la delegación de autoridad. El **juego de delegación** predice alguna de las consecuencias de los requerimientos o prohibiciones en materia de delegación.

En segundo lugar un funcionario que delega el poder puede también **permitir al subordinado una discreción completa en el ejercicio o constreñir esa delegación** al cumplimiento de ciertas normas. El **juego de las reglas** demuestra como un principal racional toma esa decisión. Imponer una regla quita flexibilidad y aumenta la legalidad del comportamiento del subordinado. Las leyes fundamentales, la Constitución y otras normas, a veces requieren a los funcionarios que se establezcan normas o reglas que se sigan. Se mide entonces las consecuencias de la discreción y de la legalidad en la administración.

El juego de la delegación.

Cuando un principal delega el poder, un agente leal utiliza el poder para implementar la política del principal. En una realidad sin embargo muchos agentes se quedan cortos de este ideal, especialmente cuando sus **intereses divergen** de los intereses del principal. Los factores que afectan la fidelidad de los agentes incluyen temas tan variados como su carácter, su voluntad de correr riesgos, pero fundamentalmente la habilidad que tiene el principal de controlar el comportamiento de el agente y la necesidad futura que el principal y el agente puedan tener el uno del otro.

Concentrémonos en uno de los elementos y analicemos el intercambio fundamental entre el principal y el agente. **Un agente racional desviará recursos en su beneficio cuando sepa que la probabilidad de detección por el principal es baja.** Coincido que este comportamiento es inmoral, pero sin duda no es inusual. Cuando el proyecto tiene buena suerte un alto nivel de productividad oculta la distracción de recursos por parte de el agente. Por lo tanto, el agente puede desviar recursos cuando el proyecto tiene buena suerte o éxito con una posibilidad suficientemente grande de ocultar la distracción de recursos. Sabiendo esto, el principal a cargo del proyecto puede ejercer el poder directamente y no delegar en el agente. Por el contrario, el principal puede delegar el poder en el agente cuando el proyecto tenga mala suerte o baja productividad, porque en ese caso existe una alta posibilidad que si existe una distracción de recursos esta sea descubierta. Sabiendo esto, el principal a cargo del proyecto delegará el poder en el agente en esas circunstancias.³⁶

Podemos hacer un **árbol** en este sentido describiendo estos comportamientos posibles. En la **primera rama** el principal decide si debe ejercer la competencia directamente o delegarla. Si el **principal delega la competencia** el agente puede implementar la política del principal, en ese caso es un agente leal, o distraer recursos en su propio beneficio, un agente desleal. Luego que el agente elige una acción, ocurren eventos fuera de control que pueda llevar a un resultado bueno o malo. Tomemos el ejemplo que ningún administrador estatal puede predecir o controlar el resultado de las elecciones o del mercado de valores. Por lo tanto, el estado final en algunas circunstancias puede ser bueno o malo. Hay también el problema de información. **El principal que delega conoce menos detalles que el principal que ejerce el poder directamente.** Pero lo hace a un mayor costo. Tomemos en cuenta la naturaleza del pago. Los valores pueden no significar pero dan una relación de como debe ejercerse la función. Consideremos el pago de delegar el poder, luego de la delegación el principal no observa la elección de el agente ni la situación de la realidad. Si el resultado o pago, obtenido del principal es muy alto, entonces el principal puede suponer que el agente fue leal y que las circunstancias fueron favorables. Si el pago es muy bajo el principal puede suponer que el agente fue desleal y que las circunstancias fueron desfavorables. Sin embargo, si el pago obtenido es modesto el principal no puede saber si (i) es que el agente fue leal y las circunstancias fueron desfavorables o (ii) que es desleal y con suerte en las circunstancias.

³⁶ Robert Cooter. The Strategic Constitution. P. 81 y ss.

La otra alternativa es que el principal no delegue y ejerza directamente. En estas circunstancias: (i) **el principal que actúa directamente recibe menos que lo que recibiría si delegara la autoridad a un agente leal.** Las ganancias del principal de delegar a un agente leal corresponden al ahorro de tiempo y esfuerzo. (ii) Por el contrario, **el principal que ejerce el poder directamente recibe más de lo que recibiría si delegara su autoridad a un agente desleal.** El tiempo y el esfuerzo perdido por el principal en el ejercicio directo del poder es menor que los recursos que ha distraído el agente desleal.

Cuando el principal ejerce el poder directamente el agente recibe su paga básica. **La delegación de autoridad al agente aumenta su responsabilidad y oportunidades.** Luego de la delegación (i) **el agente que es leal o con suerte** en las circunstancias, **recibe más** de lo que sería su **paga básica.** (ii) El agente que es **desleal y con suerte** también recibe una **paga mayor** que su paga básica pero cuando (iii) el agente tiene **mala suerte** en las circunstancias, lo cual demuestra su **deslealtad,** recibe **menos que su paga básica.** Por el desprestigio o circunstancias peores que ocurren cuando su juego inmoral digamos es descubierto. La **estrategia del principal consiste en no delegar cuando el agente no es de confianza,** es decir distrae recursos y cuando el agente aplica la mejor estrategia del principal es delegar. De esta manera el principal racional ejerce el poder directamente o delega depende en la probabilidad que las circunstancias de la naturaleza puedan disimular o por el contrario hacer evidente la mala fe de el agente. Por supuesto esta solución supone un contrato entre el principal y el agente que tenga términos invariables. Muchas veces los reglamentos dentro de la administración pública y también normas sindicales limitan contratos de este tipo dentro del gobierno.

Si la probabilidad es suficientemente alta que exista unas circunstancias favorables que puedan ocultar la diversión de fondos, entonces un administrador inescrupuloso puede distraer justamente recursos en su propio interés, pero anticipando este hecho el ministro puede implementar el programa directamente. Por el contrario si la probabilidad es suficientemente alta que las circunstancias son desfavorables y que por lo tanto demostrarán la distracción de fondos el administrador inescrupuloso aplicará el programa del ministro, por lo tanto, anticipando este hecho el ministro delegará la competencia en el administrador.

Otro ejemplo se refiere al monitoreo del comportamiento de organismos gubernamentales, por los tribunales. Si la probabilidad es suficientemente alta que las circunstancias sean desfavorables y revelarán el comportamiento inescrupuloso por la agencia estatal, por lo tanto los tribunales preferirán dar discrecionalidad a el agente. Dar

discrecionalidad al agente significa que los tribunales autorizarán el comportamiento de el agente y rechazarán los juicios que deban controlar cualquier comportamiento que se separe de la instrucción del principal. Si sin embargo la probabilidad es baja que existan circunstancias desfavorables que revelen el comportamiento ilegal, los tribunales preferirán controlar cuidadosamente el comportamiento de la agencia. Para controlar al agente los tribunales permitirán más juicios que analicen comportamientos desviados del agente. Es decir que la discrecionalidad del agente puede ser flexible de acuerdo a las circunstancias.

Importancia del juego de delegación.

Veamos las consecuencias jurídicas del modelo de delegación. Las constituciones y otras leyes generalmente permiten a los funcionarios a delegar competencias y otras veces requieren los funcionarios de ejercer los poderes directamente. Una competencia no delegable tiene las consecuencias previstas en el juego de delegación. Con una delegación no restringida, el principal hace un equilibrio entre los costos que supone la distracción de recursos y el costo de oportunidad de su propio tiempo dirigido a la administración directa del proyecto. Con una prohibición en contra de la delegación el principal no puede hacer este equilibrio. Una prohibición vinculante lo obliga a que utilice su tiempo en la administración cuyo valor para el excede el costo que podría tener la distracción de recursos. La prohibición de la delegación impone una pérdida mayor para el principal cuando quiere delegar más competencias y quiere delegar más competencias cuando cree que las circunstancias desfavorables impiden o disuaden a los agentes a distraer recursos en provecho propio.

El **costo impuesto al principal** por la norma de **no delegación** aumentará con el **valor del tiempo del principal** y la **probabilidad** que, por mala suerte, pueda **revelarse la distracción de recursos** por los funcionarios. Por ejemplo, la Constitución o las normas procesales obliguen a las Cámaras de apelaciones a decidir cierto tipo de casos que sino quedarían resueltos por la decisión de un tribunal inferior. En el caso de los tribunales federales, las Cámaras de Apelación deben aceptar todas las apelaciones que provengan de los Jueces Federales de primera instancia. Las Cámaras de Apelaciones pierden debido a ese requerimiento, pérdida que aumenta con su cúmulo de casos, lo cual aumenta el costo de oportunidad en el tiempo. Este **concepto de la obligatoriedad de la apelación es una de las formas que tiene la norma de la no delegación.**

La responsabilidad del Poder Ejecutivo provee otro ejemplo de no delegación. Si la Constitución impone al Poder Ejecutivo la obligación de

aplicar las leyes, entonces el Poder Ejecutivo no puede delegar sus facultades de una manera que haga ilusorio su obligación. En la medida que la delegación aumente la Constitución puede imponer límites. Hay dos fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos al respecto. La pérdida del Ejecutivo de esa restricción aumenta con el costo de oportunidad de su tiempo, y la habilidad de poder controlar los niveles más bajos de la administración. En general la doctrina de no delegación impone elevados costos al principal cuando la posibilidad de distracción de recursos por el agente es menos probable. Lo mismo debe decirse en materia de delegación legislativa en cuestiones tributarias. Cuando existen ciertas tasas que parecen impuestos, que son similares a los impuestos y han sido establecidas por división administrativa.

Beneficios de la no delegación.

Otras veces sin embargo la sociedad obtiene beneficios por esa restricción. Hemos mencionado la palabra distracción de fondos en el juego de delegación como el comportamiento de el agente que sigue sus preferencias antes que implementar la política establecida por el principal. Una interpretación algo más siniestra se refiere a los funcionarios corruptos que distraen recursos para beneficio personal. La corrupción tiene una larga tradición en la administración estatal. La corrupción hace que un funcionario no cumpla con la ley, distorsione las políticas un intercambio de un soborno. Al difundir y ocultarse la responsabilidad, la delegación aumenta las posibilidades de corrupción. La toma de un soborno por un agente puede dañar a la sociedad más de lo que daña al principal. Por lo tanto es la sociedad la que se beneficia de una administración más directa por el principal de lo que el probablemente desee.

Juego de Normas.

Luego de delegar la responsabilidad para la implementación de una política se plantea la **pregunta si debe el principal dar al agente discrecionalidad o requerir que el agente cumpla con una norma**. Los principales imponen normas a los agentes por una variedad de razones como es reducir los costos de transacción, mejorar la coordinación, aumentar la previsibilidad, reducir la disparidad y facilitar la transparencia. Debemos concretar nuestro análisis al problema de imponer las normas a sus elementos más sencillos y analizar los intercambios fundamentales. Imponer normas a los agentes reduce sus oportunidades de distraer recursos mientras que darles discrecionalidad a los agentes les permite responder con flexibilidad a las circunstancias cambiantes. Se disminuye el riesgo de distracción de los recursos con el costo de la flexibilidad en una organización.

El juego de las normas permite analizar los intercambios entre la distracción de recursos y la flexibilidad. En el juego de la delegación los agentes actúan y existe un estado de naturaleza, es decir, situaciones en que la naturaleza establece el estado en el mundo. Esta situación es algo que las personas no pueden cambiar. En el juego de las normas se cambia el orden, la naturaleza escoge un Estado y luego los agentes actúan. Conociendo el Estado de Naturaleza, el agente que dispone de poder discrecional, puede responder flexiblemente a los eventos en la medida que se desarrollen. **El principal desea que el agente reasigne recursos cuando eventos inesperados ocurren y el principal no quiere que el agente distraiga recursos cuando los eventos ocurren como fueron esperados.** La discrecionalidad le da al agente el control sobre la decisión, mientras que una norma requiere que el agente aplique el plan del principal en todas las circunstancias. El principal debe decidir si le da al agente discrecionalidad o le impone una norma para su comportamiento.

(i) En principio, el principal decide si debe dar al agente discrecionalidad o le impone una norma. (ii) Segundo, la naturaleza elige una situación buena o mala. (iii) Tercero si el agente tiene discrecionalidad, el agente decide si debe seguir el plan del principal o puede distraer recursos en asignaciones alternativas. Alternativamente si el principal impone una norma el agente debe seguir el plan del principal independientemente del Estado de la Naturaleza.

El plan del principal está diseñado para un Estado bueno, en las buenas circunstancias. Si el buen Estado, las buenas circunstancias se materializan, el pago al principal es más elevado cuando el agente implementa el plan principal, en lugar de distraer recursos a un proyecto alternativo. Si las circunstancias son malas se materializa un mal Estado, sin embargo el pago al principal es más elevado cuando el agente reasigna algunos recursos a un proyecto alternativo en lugar de implementar el plan principal. Por lo tanto, un agente leal con discrecionalidad, implementa el plan del principal en las buenas circunstancias, es decir en un buen Estado y reasigna los recursos en un proyecto alternativo en un mal Estado.

Los intereses del agente no coinciden perfectamente con los del principal. En las **circunstancias favorables, en un buen Estado, el pago del agente es más elevado cuando distrae recursos para su proyecto preferido en lugar de implementar el plan del principal.** En circunstancias **desfavorables en mal Estado el pago del agente es más elevado cuando reasigna recursos a su proyecto preferido en lugar de implementar el plan del principal.** La estrategia dominante del agente es de distraer recursos que sirven al principal en las circunstancias favorables, y le hace un mal servicio en las circunstancias de un mal Estado. Analicemos el tema de la información. Como **en el**

juego de la delegación, el juego de las normas asume que el principal que delega una función al agente conoce la matriz de pago completa y observa su propio pago, pero no observa el Estado de Naturaleza o la actividad del agente. Cuando el pago es elevado el principal puede imaginar que tanto el Estado de Naturaleza es bueno y que el acto del agente implementa el plan del principal. Cuando el pago es malo o bajo el principal puede suponer que el Estado de Naturaleza es bajo o es malo y que la actividad del agente se refiere a la implementación del programa del principal. **Cuando el pago es intermedio sin embargo el principal no puede saber si el agente ha hecho una reasignación de recursos porque era leal, porque las circunstancias eran malas, o desleal porque las circunstancias eran buenas.**

La solución del juego de normas es un par de estrategias que maximizan el pago esperado de cada jugador teniendo en cuenta la estrategia del otro jugador. Se resuelve el juego en forma retroactiva. Asumiendo que el principal da discrecionalidad a su agente, la última decisión en el tiempo es la elección del agente entre implementar el plan del principal o reasignar los recursos. El pago del agente por la reasignación excede su pago por implementación del proyecto, sin tener en cuenta el Estado de la Naturaleza, es decir la circunstancias de las cosas. Por lo tanto esta es la estrategia dominante del agente. Conociendo esto el **principal establece su mejor estrategia asumiendo que el agente utilizará la discreción para reasignar recursos.** Impone una norma en el agente lo que da un pago más elevado al principal en el Estado bueno, mejor situación, mientras que da discreción al agente lo cual rinde el más alto pago al principal en malas circunstancias. **El principal racional impone una norma cuando la probabilidad de buenas condiciones es más elevada y en otras circunstancias el principal racional da al agente discrecionalidad.**

La solución del problema esta dada teniendo en cuenta actores racionales auto-interesados que juegan una sola vez. En la realidad los actores pueden repetir el juego, lo cual da al agente una razón mayor para cooperar con el principal. Hemos asumido que el principal no puede invertir en el monitoreo del agente, pero en la realidad **el monitoreo aumenta el riesgo de castigo**, lo que impide o limita la diversión de recursos por el agente. Finalmente se ha asumido que los agentes están auto-interesados cuando en la realidad muchos agentes se mantienen leales a sus principales debido a sus compromisos éticos. En términos generales la predictibilidad hace las normas más atractivas al principal mientras que la no predictibilidad hace más necesario un poder discrecional.

El gobierno y la delegación legislativa.

El ejecutivo forma una jerarquía cuyos miembros interactúan a través de ordenes. La legislatura tiene miembros que actúan primariamente a través de negociaciones. La distribución de poderes determina una mezcla de ordenes y negociaciones. El judicial garantiza el cumplimiento de los acuerdos que se lograron en las negociaciones que llevaron a la ley. La ley es el resultado del acuerdo. La delegación y los reglamentos ejecutivos limitan la negociación y favorecen el estado jerárquico.

Sin organización los acuerdos legislativos generalmente fracasan. Los partidos políticos organizan la legislatura y disciplinan a los legisladores. Dentro del partido, los legisladores interactúan generalmente dentro de un sistema de ordenes. Las listas completas o sabanas favorecen la disciplina partidaria. Al darle más poder al ejecutivo y favorecer a partidos grandes una Constitución favorece el gobierno por órdenes. A la inversa al darle menor poder al ejecutivo y favorecer a pequeños partidos la Constitución favorece el gobierno por negociación y acuerdo. El sistema electoral cambia la ingeniería constitucional por ello es tan difícil cambiarlo.

El ejecutivo implementa la legislación y provee liderazgo al hacer la ley, mientras la legislatura provee un foro para la negociación entre las facciones. La concertación en los costos de transacción de la negociación contesta muchas preguntas sobre el tamaño y organización de la legislatura. La legislatura mínima minimiza los costos de transacción de la negociación entre los sectores de la nación. La negociación es más sencilla cuando los acuerdos pueden cumplirse. Los tribunales independientes aplican los acuerdos para al interpretar la legislación a la luz del acuerdo subyacente. La Corte cumple la función de favorecer los acuerdos políticos.

Tanto en mercados como en la política los carteles se desestabilizan en la medida que su tamaño aumenta. Al separar los poderes políticos las constituciones aumentan el tamaño del cartel que monopoliza el poder. De esta manera la separación de poderes reduce la posibilidad que un persona o partido obtenga hegemonía política. Al mismo tiempo de apoyar la competencia la separación de poderes canaliza la interacción.

Hay **dos modelos de interacción entre las ramas de gobierno.**

Primero, un grupo de funcionarios puede tener el poder exclusivo de iniciar y revisar los proyectos mientras que otro grupo de funcionarios tiene el poder de sancionar los proyectos en legislación. El primer grupo

de funcionarios que son los cuidadores pueden hacer proyectos de todo o nada al segundo grupo de oficiales llamados los legisladores. Es el modelo de la Comisión Europea y el Consejo de la Unión Europea. De la misma manera es el caso de las comisiones en los parlamentos modernos.

En el segundo el administrador o un tribunal tiene un poder de interpretar la ley y para cambiar la interpretación se requiere una ley nueva. Con la separación de poderes diferentes legisladores deben coincidir para aprobar una nueva ley. Los jueces y administradores puede ejercer el poder aprovechando los desacuerdos potenciales entre legisladores.

Idealmente la competencia electoral alinea los fines del legislador con los de los votantes. Legislar requiere negociar y deliberar entre facciones. Para aplicar la negociación los legisladores forman partidos y someten al ejecutivo. El ejecutivo organiza los acuerdos e implementa los acuerdos. Aplicar la legislación requiere una acción decisiva y el ejecutivo cuenta para ello con una organización jerárquica. Interpretar la legislación requiere independencia de la política y el dinero. Para esto son ideales las Cortes. En suma la legislatura provee la mejor foro para negociar sobre las leyes y ejecutivo puede actuar decisivamente para implementar la ley y la justicia puede interpretar la ley. Cada uno tiene los costos de transacción más bajos para cumplir con su fin. En realidad cada una de las ramas cumple con las tres funciones pero con una extensión diferente.

La democracia promueve la eficiencia ya que reduce los costos de transacción de la negociación política. Una legislatura desorganizada no puede negociar y legislar eficazmente. Una teoría estratégica de la democrática reconoce la función del ejecutivo en el proceso legislativo.

La actividad legislativa supone incentivos. La competencia elimina a quienes no quieren ser reelectos. La reelección es el objetivo inevitable de los legisladores. Los incentivos de las circunscripciones uninominales y en el caso de representación proporcional. La función partidaria y las distorsiones.

¿Cuál es el tamaño óptimo? El juego entre representación y negociación provee la respuesta. La legislación requiere negociación costosa. El costo de negociación está en relación directa al del tamaño de la asamblea son menores cuando es menor la asamblea. También las coaliciones son más fáciles de establecer y constantes.

En cambio una asamblea mayor aumenta la relación de representatividad con los ciudadanos. Los ciudadanos pueden demandar

una mejor representación. Con una mayor relación de representación los legisladores pueden conocer a los ciudadanos que los votan.

Una legislatura comete menos errores de legislación por dos razones. Una ley de los grandes números los errores al azar tienden a cancelarse unos a otros en la medida que la muestra aumenta. La agregación cancela los errores factuales hechos por los legisladores individuales.

Segundo, al mismo tiempo que se hacen errores en datos objetivos las legislaturas hacen errores en representar los valores subjetivos de los ciudadanos. En la medida que aumenta la relación de ciudadanos por representantes los legisladores cometen más errores en representar las preferencias de los ciudadanos.

Una legislatura menor disminuye los costos de transacción de los legisladores, mientras que una legislatura mayor comete menos errores de hecho y representación. Existe un *trade off* entre costos de transacción y errores en la legislación.

¿Puede el Poder Legislativo establecer un control a la aplicación del presupuesto de tal manera que se pueda reducir el déficit? Es la cuestión planteada por la ley Gramm Rudman en Estados Unidos.
El presupuesto limitado Gramm Rudman y su inconstitucionalidad. Bowsher vs. Synar 478 U.S. 714 (1986),

Debatido el 23 de abril de 1986, decidido el 7 de julio de 1986 por voto de 7 a 2; Burger para la Corte, Stevens, seguido por Marshall, asintiendo, White y Blackmun en disenso. En esta decisión, la Corte Suprema derribó una provisión clave de la ley de presupuesto equilibrado y control del déficit de emergencia de 1985. La ley proveía que debería haber Cortes anuales progresivos en el déficit del presupuesto federal. La respuesta a la provisión decía que los Cortes serían especificados por el Comptroller of the Currency en el caso en que el Congreso no pudiera llegar a un acuerdo sobre ellos.

El desafío constitucional residía en el hecho de que el Comptroller of the Currency es visto como un funcionario de la rama legislativa que puede ser removido sólo por resolución conjunta de ambas cámaras del Congreso. La mayoría concluyó que la especificación de los Cortes de presupuesto era una función ejecutiva y para investir tal función en un funcionario de la rama legislativa violaba el principio de separación de poderes.

El ministro John Paul Stevens, concordando con el juicio, concluyó que la función del Comptroller of the Currency debería ser vista como

legislativa en su naturaleza. Razonó que una acción legislativa no podía ser expropiación (takings) decidida por un solo funcionario legislativo sino que debería ser adoptada por ambas cámaras del Congreso y debería ser presentado al Presidente para su aprobación o veto³⁷.

La mayoría concluyó que una “acción legislativa” consiste en la adopción de estándares generales legales, mientras que una “acción ejecutiva” consiste en actuar consiguiente con la ley. Esta definición secuencial de la separación de poderes es formal y, como muestra la concordancia del ministro Stevens, está sujeta a diferentes interpretaciones. Así y todo, *Bowsher* refuerza la idea de que a la separación de poderes se le debería dar un significado más vivo a pesar de las dificultades de hacerlo en una era de un gobierno complejo.

Delegación y teoría de los carteles.

Lo mismo ocurre con el tema de las cuestiones políticas que deben ser resueltas en el Poder Legislativo fundamentalmente y no en sede judicial, ya que los tribunales deben resolver cuestiones judiciales.

La delegación legislativa revisa la Constitución sin tener en cuenta el procedimiento establecido para una enmienda constitucional. La **teoría de los carteles** explica el daño resultante. De la misma manera que las uniones verticales en una industria, la delegación dentro de una misma rama del gobierno, generalmente dentro del Ejecutivo, típicamente no afecta la concentración de poderes del Estado. Pero **de la misma manera que en la industria dos uniones de empresas horizontales, la delegación legislativa puede concentrar los poderes del Estado. La concentración de poderes destruye los obstáculos a un cartel político.** Para demostrarlo los tribunales pueden destruir el Estado de Derecho al delegar su poder sobre cuestiones legales al Ejecutivo. Es el caso en el pasado de los tribunales administrativos. Al prohibir la delegación legislativa en particular y en general la delegación entre las distintas ramas del poder del gobierno se ayuda a mantener un gobierno competitivo entre distintos poderes, lo que define a la democracia.

De la misma manera que los miembros de un cartel económico favorecen la restricción del comercio, los funcionarios que quieren formar un cartel político favorecen la delegación entre las distintas ramas del gobierno. Generalmente son la delegación legislativa en el Ejecutivo o la delegación de funciones judiciales por ejemplo, si el partido del Presidente obtiene una mayoría de escaños en la Legislatura entonces la legislatura podrá o deseará votar para darle su poder al Presidente. Al reducir la

³⁷ ver *Immigration and naturalization service vs. Chadha*, 1983.

competencia la delegación legislativa beneficia a los políticos en el partido de gobierno por la misma razón que daña al público. El hecho que los funcionarios en la legislatura y en el Ejecutivo deseen concentrar poder sin revisar formalmente la Constitución no es una razón para que la Corte Suprema lo permita. Las Cortes no requieren del desacuerdo entre el Ejecutivo y el Legislativo para justificar el control de la separación de poderes. Sin embargo existe la doctrina de Choper³⁸ que sostiene que en algunas circunstancias los tribunales no deben intervenir cuando se tratan cuestiones del proceso político.

La separación de poderes significa separar instituciones que compartan poderes o funciones de gobierno. Cuando instituciones separadas comparten competencias se requiere cooperen entre ellas. La cooperación generalmente acontece a través de negociaciones. Al separar los poderes la Constitución hace que el gobierno deba actuar a través de negociaciones y acuerdos y no a través de ordenes, como ocurriría en un orden jerárquico. Al controlar la separación de poderes los tribunales mantienen la capacidad de negociación de cada rama del gobierno, en contra de las otras. De acuerdo con la teoría negociada de la democracia los tribunales deben intentar preservar el poder de negociación pero no obstruir la cooperación.

Limites delegación legislativa. “El gobierno por grupos privados”.

El tema de los límites en la delegación legislativa fue planteado en los Estados Unidos en el caso ***Schechter Poultry***.

A.L.A. Schechter Poultry Corporation V. United States, 295 U.S. 495 (1935)

Este conocido fallo debatió la constitucionalidad de la (NIRA) ley de Recuperación Nacional Industrial esta norma había establecido los “códigos de competencia justa” para cada actividad, más de 750 códigos se habían redactado. El objetivo era el de disminuir el empleo y el de estimular los negocios, pero los efectos fueron negativos. Se habían redactado a las apuradas, favorecían a las grandes empresas consolidadas en el mercado e impedían el ingreso de nuevas empresas. Fundamentalmente favorecían la creación de oligopolios. Estos códigos habían sido redactados por grupos industriales y la función del presidente había sido solamente la de firmarlos. Los grupos industriales participantes buscaban consolidar su dominio del mercado frente a la posible competencia de otras empresas, de ahí su carácter oligopólico.

³⁸ Jesse H. Choper, *Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*. University of Chicago Press, 1980.

Este fallo fue particularmente importante ya que ninguno de los jueces considero que la Ley Nacional de Recuperación Industrial fuera constitucional.³⁹

El Chief Justice HUGHES expresó la opinión de la Corte, *Primero..Las situaciones extraordinarias pueden requerir remedios extraordinarios. Pero el argumento necesariamente se frena cuando intenta justificar una acción que esta fuera de la esfera de la autoridad constitucional. Las condiciones extraordinarias no crean ni aumentan el poder constitucional. La Constitución estableció un gobierno nacional con poderes considerados adecuados y ha demostrado serlo tanto en la paz como en la guerra, pero estos poderes del gobierno nacional están limitados por las concesiones constitucionales. Quienes actúan bajo esas concesiones no son libres de trascender los limites impuestos porque crean que un poder mayor o diferente fuera necesario...*

Se nos urge con un argumento suplementario que dice que la crisis nacional requiere un esfuerzo cooperativo intenso y amplio de quienes ejercen la industria y el comercio y que esta cooperación necesaria era promovía al permitirles iniciar la adopción de los códigos [de competencia] Pero el plan legislativo no esta simplemente destinado al esfuerzo voluntario. No se limita meramente a conceder privilegios e inmunidades a asociaciones o grupos voluntarios de comercio o industria. Incluye el ejercicio coercitivo del poder de legislar. Los códigos de competencia justa que la ley intenta autorizar son códigos de derecho. Si fueran validos, pondrían a todas las personas dentro de su alcance bajo las obligaciones del derecho positivo, obligándolos igualmente hayan o no consentido. Las violaciones a las disposiciones de esos códigos son castigados como delitos.

Segundo. La Cuestión de la Delegación del Poder Legislativo. Hemos reconocido repetidamente la necesidad de adaptar a legislación a las complejas condiciones que incluyen un conjunto de detalles que la legislatura nacional no puede considerar directamente.. Nunca la Constitución fue interpretada como negando al Congreso los recursos necesarios de flexibilidad y practicidad que le permitirán cumplir su función de determinar políticas y establecer estándares, mientras deja las instrumentaciones seleccionadas, la redacción de las normas subordinadas dentro de limites prescriptos y la determinación de hechos a los que se aplica la política declarada por la Legislatura. Pero hemos dicho que el reconocimiento constante de la necesidad y validez de esas disposiciones y el amplio margen de la autoridad administrativa que ha sido desarrollado por medio de ellas, no pueden oscurecer las limitaciones

³⁹ Farber, Eskridge & Frickey, Constitutional Law, themes for the Constitution's Third Century, West Group, 1998, p. 783.

de la autoridad de delegar si es que nuestro sistema constitucionalidad debe ser mantenido...

Con respecto a los "códigos de competencia justa".. la pregunta es fundamental. Es saber si existe una definición adecuada del tema a los cuales los cuales los códigos se refieren. ¿Que significa 'competencia justa' tal como el termino es utilizado en la ley? ¿Se refiere a una categoría establecida en la ley y es la autoridad de hacer códigos limitados? ¿O es utilizada como una designación conveniente para cualquier grupo de normas que los formuladores de un código pueden proponer y el Presidente aprobar, o el Presidente puede establecer por si mismo, como provisiones sabias y beneficiosas para el gobierno del comercio y la industria, con el objetivo de cumplir los amplios objetivos de rehabilitación, corrección y expansión que son establecidos en la sección primera del titulo1? La ley no define la 'competencia justa', la 'competencia injusta' tal como es conocida en el common law, es un concepto limitado. Conciene primordialmente y estrictamente el disfraz de los bienes para asemejarlos a los del rival... Ha sido aplicado a la.. venta de los bienes de otro como propios para apropiarse de lo que corresponde equitativamente al competidor. La injusticia en la competencia ha sido predicada a actos que están fuera del curso ordinario de los negocios y están teñidos de defraudación o de coerción o de una conducta que esta prohibida por la ley. Pero es evidente que en su visión más amplia la 'competencia injusta' tal como ha sido autorizada por el derecho, no llega a los objetivos de los códigos que han sido autorizados por la Ley Nacional de Recuperación Industrial...

En realidad, el objetivo es claramente autorizar nuevas prohibiciones y controles a trabes de códigos de derecho que puedan abarcar lo que quienes los formulen propongan, y lo que el Presidente pudiera aprobar o prescribir, como medidas sabias y beneficiosas para el gobierno de comercios e industrias para lograr su rehabilitación, corrección y desarrollo, de acuerdo con la declaración general de política de la sección 1. Los códigos de derecho de este tipo son llamados 'códigos de competencia justa'...

Pero el Congreso no puede delegar el poder legislativo al Presidente para que ejerza un discrecionalidad incontrolada para hacer cualquier ley que considere necesaria o conveniente para la rehabilitación y expansión del comercio y la industria...

La ley autoriza la creación por el Presidente de agencias administrativas para asistirlo, pero la acción o los informes de esas agencias, o de sus otros asistentes, en cuanto a recomendaciones o descubrimientos en relación a la redacción de los códigos, no tienen efecto más allá de la voluntad del Presidente, que puede aceptarlos, modificarlos o rechazarlos, según le plazca. Esas recomendaciones o descubrimientos de ninguna manera limitan la autoridad con que la sección 3 inviste al Presidente sin otras condiciones que las especificadas. Y esta autoridad se refiere a un conjunto de actividades comerciales o industriales, extendiendo de tal

manera la discrecionalidad presidencial a todas las variedades de leyes que puedan ser consideradas beneficiosas para tratar con el amplio grupo de actividades comerciales e industriales en todo el país...

*Para resumir y concluir con este punto: la sección 3 de la Ley de Recuperación no tiene precedentes. No establece estándares para ninguna actividad comercial o industrial. No intenta prescribir normas de conducta para ser aplicadas a las distintas situaciones de hecho determinadas por el procedimiento administrativo apropiado... En lugar de establecer normas de conducta, autoriza la redacción de códigos para regularlas.. En vista de la amplitud de esta declaración y de la naturaleza de las pocas restricciones que son impuestas, la discrecionalidad del Presidente para aprobar o prescribir códigos, y por lo tanto para sancionar leyes para el gobierno del comercio y la industria a trabes del país es virtualmente ilimitada. **Consideramos que la autoridad de redactar códigos así conferida es una delegación inconstitucional de la competencia legislativa. No es la provincia de la Corte considerar las ventajas o desventajas económicas de este sistema centralizado. Es suficiente decir que la Constitución Federal no lo establece.** Nuestro crecimiento y desarrollo han permitido un amplio uso de la competencia comercial del gobierno federal en su control de las amplias actividades del comercio interestatal y en la protección del comercio de las cargas, interferencias y conspiraciones para restringirlo y monopolizarlo. Pero la autoridad del gobierno federal no puede ser empujada hasta tal extremo como para destruir la distinción, que la cláusula comercial establece, entre comercio 'entre los diferentes estados' y los asuntos internos de un estado. La misma respuesta debe darse al argumento basado en la seria situación económica que llevo a la aprobación de la ley de Recuperación, la caída de los precios, la declinación de salarios y el desempleo, y la reducción del mercado de bienes. Una gran concentración se ha puesto en la gran importancia de mantener la distribución de salarios que proveerán el estímulo necesario para comenzar 'las fuerzas cumulativas que llevan a la expansión de la actividad comercial.' Sin negar este motivo, es **suficiente decir que los esfuerzos de recuperación del gobierno federal deben hacerse de una manera consistente con la autoridad otorgada por la Constitución.***

Los organismos descentralizados.

Una forma de control sobre la aplicación de la ley por la administración son los organismos descentralizados. En este caso se aplica la teoría de la agencia en la que un principal, en este caso el Congreso, da instrucciones a un agente, en este caso la administración, y establece un sistema de gobierno (governance) para asegurarse que las instrucciones se cumplan. Los organismos descentralizados, llamados también agencias independientes, cumplen esta función y tienen como garantía que sus principales funcionarios, si bien designados por el Poder

ejecutivo, y en casos con acuerdo del Senado, no pueden ser removidos sin una causa que lo justifique. Este procedimiento relativamente sencillo asegura el cumplimiento de las instrucciones del Principal, es decir el Congreso, sobre el Agente, es decir la administración. Este sistema asegura la división de poderes y una mejor administración de recursos públicos, pero no esta ausente de conflictos. Habitualmente cada poder publico desea aumentar su poder, un nuevo Presidente querrá al asumir imponer personal de su confianza en los cargos públicos y para ello deseara remover a los jefes de los órganos administrativos existentes para instalar en su lugar a funcionarios de su confianza personal. Si el Presidente pudiera hacerlo se quebraría la aplicación de la relación principal agente que la existencia de estos organismos asegura, al mismo tiempo debilitaría la separación de poderes entre el Ejecutivo y el Congreso. Al mismo tiempo se afectaría seriamente la estabilidad y seguridad de las transacciones reguladas por los organismos públicos, que serian fácilmente influibles por los grupos de interés. Esta cuestión del conflicto sobre la estabilidad de los directores de las agencias gubernamentales, consecuencia de la división de poderes, fue debatida en el caso **Humphrey's Executor, de 1935**. Como en otros casos el derecho administrativo argentino debate problemas resueltos en otros sistemas hace ya tiempo.

El Caso Humphrey's Executor v. United States, 295 U.S. 602 (1935)

En este caso la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo la constitucionalidad de una cláusula de la ley que creaba la Comisión Federal de Comercio que permitía al Presidente remover a sus miembros pero solamente en caso de “ineficiencia, negligencia en el cumplimiento del deber o mal desempeño en el cargo.” El Comisionado Humphrey había fallecido y se reclamaban sus salarios caídos desde su remoción por el Presidente.

El Ministro Sutherland expreso la opinión de la Corte,

El actor demando en la Corte de Reclamos a los Estados Unidos para recuperar una cantidad de dinero que se alegaba era debida al fallecido por los salarios como Comisionado Federal de Impuestos desde el 8 de octubre de 1933, cuando el Presidente lo removió del cargo, al momento de su fallecimiento el 14 de Febrero de 1934. El tribunal inferior certifico a esta Corte dos preguntas, sobre el poder del Presidente para hacer la remoción. Sobre este y otros hechos establecidos en el certificado..las siguientes preguntas se han certificado:

1 ¿Permiten las disposiciones de la sección 1 de la Ley de Comisión Federal de Comercio, que dice que ‘cualquier Comisionado puede ser removido por el Presidente por ineficiencia, negligencia en el cumplimiento del deber, o mal desempeño en el cargo’, restringir o limitar el poder del Presidente para remover un comisionado excepto en cumplimiento de alguna de las causas mencionadas?

2. Si la pregunta precedente es contestada afirmativamente entonces, **¿Si el poder del Presidente para remover a un comisionado es restringido o limitado como se establece en el interrogatorio anterior y de la respuesta que se haga, es esa restricción o limitación válida bajo la Constitución de los Estados Unidos?**

La Comisión federal de Comercio es un organismo administrativo creado por el Congreso para llevar adelante políticas legislativa establecidas en la ley de acuerdo con los estándares administrativos prescriptos en ella, y para cumplir otras funciones especificadas como una ayuda legislativa o judicial. **Ese cuerpo no puede en un sentido propio ser caracterizado como un brazo o un ojo del Ejecutivo.** Sus funciones son cumplidas sin la venia del Ejecutivo y en la redacción de la ley, debe estar fuera del control del ejecutivo. Al administrar lo establecido en la ley con respecto a los ‘métodos injustos de competencia’, es decir, **al llenar y administrar los detalles dentro del estándar general, la comisión actúa en parte en una función cuasi legislativa y parte cuasi judicial.** Al efectuar investigaciones e informes para la información del Congreso.. en ayuda al poder legislativo, actúa como una agencia legislativa. Bajo la sección 7, que autoriza a la comisión para actuar como maestro de la cancillería bajo ordenes establecidas por tribunales, actúa como agente judicial.⁴⁰ En la extensión que ejerce cualquier función ejecutivo, diferenciable del poder Ejecutivo en el sentido constitucional, lo realiza en cumplimiento de sus competencias cuasi legislativas o cuasi judiciales, o como una agencia de los departamentos legislativos o judiciales del gobierno. Si el Congreso no tuviera autoridad para establecer las causas prescriptas para la remoción de los miembros de la Comisión de Comercio y limitar la capacidad del poder Ejecutivo de remoción, ese poder se transformaría en prácticamente en inclusivo de todos los funcionarios públicos con la excepción del poder judicial que esta previsto en la Constitución... Consideramos que la Constitución es clara en el sentido que el Presidente no posee el poder ilimitado de remoción con relación a los funcionarios del carácter de los ya mencionados. La autoridad del Congreso, al crear agencias cuasi legislativas o cuasi judiciales, para requerirles el cumplimiento de sus funciones independientemente del control ejecutivo no puede ser puesta en duda, y que la autoridad incluye, como un incidente apropiado, el poder de fijar el periodo durante el cual deben continuar y prohibir su remoción con excepción de justa causa.

Porque es bastante evidente que **quien ejerce su función solamente mientras le plazca a otro (holds his office only during the pleasure of another) no puede esperarse que mantenga una actitud de**

⁴⁰ La expresión ‘Máster in chancery’ se refiere a la de un funcionario judicial que cumple tareas ordenadas por un tribunal, generalmente buscando información, computar daños, homologando acuerdos etc. La expresión es genérica para quien realiza estas actividades aunque no exista un funcionario de ese nombre. Cf. Black’s Law Dictionary.

independencia en contra de la voluntad del otro. La necesidad fundamental de mantener a cada uno de los departamentos generales del gobierno completamente libres del control o de la influencia coercitiva, directa o indirecta, de cualquiera de ellos, ha sido habitualmente expresado y no admite un cuestionamiento serio. Es eso lo que implica en si mismo el hecho de la separación de poderes de esos departamentos por la Constitución y en la norma que reconoce su co igualdad esencial. La aplicación sensata de un principio que hace a cada uno dueño en su propia casa le impide imponer su control sobre la casa del otro que es dueño en ella. James Wilson, uno de los redactores de la Constitución y un juez de esta Corte, dijo que la independencia de cada departamento requiere que sus actividades 'deben ser libres de la influencia más remota, directa o indirecta, de cualquiera de los otros dos poderes.' Andrews, *The Works of James Wilson* (1896), vol. 1, p. 367. Y el Ministro Story en el primer volumen de su trabajo sobre la Constitución, citando el *Federalista* No 48 dijo que ninguno de los departamentos en relación con los otros debía poseer, directa o indirectamente, una influencia dominante en la administración de sus poderes respectivos.

El poder de remover de su cargo aquí reclamado por el Presidente cae debido a este principio, ya que su influencia coercitiva amenaza la independencia de la comisión, que no solo esta completamente desconectada del departamento ejecutivo, sino que, como aparece claramente ahora, ha sido creada por el Congreso como un medio de hacer efectivas competencias legislativas y judiciales como una agencia de los departamentos legislativos y judiciales...

Una lectura de los debates [de los constituyentes] demuestra que el poder de remoción del Presidente no fue considerado en relación a otra cosa que los funcionarios ejecutivos..

En *Marbury v. Madison*, fue claramente dicho que el Chief Justice Marshall era de la opinión que un juez de paz del Distrito de Columbia no podía ser removido por la voluntad del Presidente, y se efectuó una distinción entre ese funcionario y los funcionarios nombrados para colaborar con el Presidente en el cumplimiento de sus funciones constitucionales..

El resultado de lo que hemos dicho es esto: Para determinar la competencia del Presidente para remover un funcionario por sobre la autoridad del Congreso para condicionar ese poder al establecer un termino definitivo e impedir la remoción excepto por justa causa dependerá del carácter del cargo, la decisión en el caso *Myers*, que afirmo la competencia del Presidente para remover esta limitada a funcionarios puramente ejecutivos, en cuanto a los funcionarios del tipo que aquí consideramos, sostenemos que no pueden ser removidos durante el termino establecido por el cual el funcionario es designado, excepto por una o más de las causas designadas en la ley aplicable...

De acuerdo con lo anteriormente dicho, las preguntas sometidas son contestadas. La pregunta No 1, Si. Pregunta No 2, Si.

El holding de este fallo indica que dentro de un sistema de división de poderes la administración, cuando cumple la función de completar la reglamentación de derechos hecha por ley, no depende exclusivamente del Poder ejecutivo. Los funcionarios a cargo de organismos administrativos tienen estabilidad en la función como forma de asegurar el cumplimiento de las directivas efectuadas por el Congreso.

El veto legislativo.

La delegación de competencias puede ocurrir dentro de una rama del gobierno o entre diferentes ramas del gobierno. La delegación dentro de una misma rama del gobierno preserva la separación constitucional de poderes. Pero la delegación entre diferentes ramas del gobierno puede igualar la separación constitucional de poderes. También puede ocurrir que exista una delegación dentro de ramas de un mismo poder, por ejemplo en distintas ramas dentro del Poder Legislativo. Esto ocurrió en el caso **Immigration and Naturalization Service vs. Chadja, (462 U.S. 919)**⁴¹, que eliminó el llamado veto legislativo. Los diferendos sobre la delegación entre ramas del gobierno muchas veces se refieren a la ambigüedad en la definición de los poderes constitucionales. En este sentido si la Constitución le da al Poder Legislativo la función de sancionar las leyes y el Poder Legislativo no puede delegar esta función en el Ejecutivo, ¿Puede el Ejecutivo dictar normas para fines constitucionales como establecer control de precios y salarios en la economía o estableciendo reglamentaciones extremadamente estrictas sobre los empleadores? La respuesta a esta pregunta en la Argentina llevó a la doctrina judicial de las emergencias económicas, con las consecuencias nefastas que ha tenido hasta el presente.

La delegación legislativa en el Poder Judicial.

Los jueces federales han ejercido tradicionalmente una discreción considerable para establecer los términos de las sentencias de los condenados. Para evitar las decisiones inestables y las respuestas erráticas a condenados que habían cometido hechos similares y habían sido condenados por los mismos delitos pero podrían recibir sentencias diferentes, el Congreso de EEUU aprobó la ley de reforma de sentencias (*Sentencing Reform Act*) de 1984. Esta norma creó una Comisión de Sentencias dentro del Poder Judicial que tiene autoridad para establecer los extremos dentro de los cuales se puede condenar por delitos

⁴¹ Ver texto en Juan Vicente Sola, Control Judicial de Constitucionalidad. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001. p. 442.

federales. En el fallo la Corte Suprema detalló los conceptos de delegación legislativa y división de poderes.

Fallo Mistretta v. United States, 488 U.S. 361 (1989)

El fallo Mistretta es un precedente útil como ejemplo en la determinación precisa de la delegación legislativa y en la custodia jurisdiccional de la división de poderes. Es también un debate sobre la mayor precisión en la determinación de sanciones penales como forma de desincentivo o efecto disuasivo a la comisión de delitos. Es una forma efectiva del concepto de considerar a la sanción como un precio al incumplimiento y como un aumento de precio puede llevar a evitar el incumplimiento. En suma la aplicación del análisis marginal para la prevención de la comisión de delitos.

Mistretta estaba acusado de tres hechos de tráfico de cocaína y aceptó, en un acuerdo con el fiscal, una condena por un hecho menor el de conspiración para distribuir estupefacientes por el que fue condenado a 18 meses de prisión. Apeló alegando que la Comisión de Sentencias de los Estados Unidos creada por la Ley de 1984 había sido constituida con una delegación excesiva de competencias por el Congreso por lo que la hacía violatoria de la división de poderes. La Corte concedió un Certiorari antes de la sentencia en la Cámara de Apelaciones.

La Corte Suprema sostuvo que:

Las Guías de Sentencias son constitucionales, ya que el Congreso no ha (1) delegado competencias excesivas de la función legislativa a la Comisión ni ha (2) violado el principio de separación de poderes al ubicar la Comisión dentro del Poder Judicial al requerir a los jueces federales que cumplan funciones en la Comisión y que compartieran su autoridad con miembros no jueces, o al otorgar la Competencia al Presidente de designar los miembros de la Comisión y para removerlos por justa causa. Las protecciones estructurales de la Constitución no prohíben al Congreso delegar competencias a un cuerpo de expertos dentro del Poder judicial para la intrincada tarea de formular guías para las sentencias de acuerdo con una directiva legal significativa de la manera que se ha hecho aquí, ni llamar a la experiencia y sabiduría acumuladas en la rama Judicial al establecer políticas en un tema dentro de la función judicial. ⁴²

En sus fundamentos la Corte se refirió a la delegación de competencias y a la separación de poderes.

Delegación de competencias.

⁴² 488 U.S. 361 (1989) en las páginas 371-412.

El recurrente sostiene que al delegar la competencia de promulgar guías para las sentencias para cada delito federal a una Comisión de Sentencias independiente, el Congreso ha otorgado a la Comisión una discrecionalidad excesiva en materia legislativa en violación de la doctrina de no delegación de la Constitución. No coincidimos.

*La doctrina de no delegación está enraizada en el principio de la separación de poderes que fundamenta nuestro sistema tripartito de Gobierno. Hemos sostenido de larga data que “la integridad y el mantenimiento del sistema de gobierno ordenado por la Constitución” es un mandato que impide al Congreso delegar su poder legislativo a otra rama de gobierno. *Field v. Clark*, [143 U.S. 649, 692](#) (1892). Hemos reconocido, sin embargo que el principio de separación de poderes y en particular la doctrina de no delegación no impiden al Congreso obtener la ayuda de las otras Ramas coordinadas. En un pasaje ahora resaltado en nuestra jurisprudencia el Chief Justice Taft, escribiendo en nombre de la Corte, explicó nuestra visión sobre esas actividades cooperativas: “Al determinar lo que puede hacer el Congreso al buscar asistencia de otra rama, la extensión y el carácter de esa asistencia debe fijarse de acuerdo con el sentido común y las necesidades inherentes de la coordinación del gobierno.” *J. W. Hampton, Jr., & Co. v. United States*, [276 U.S. 394, 406](#) (1928) “En la medida que el Congreso establezca por un acto legislativo un principio inteligible al que la persona o cuerpo autorizado a ejercer la autoridad delegada debe conformarse, esa acción legislativa no es una delegación de autoridad legislativa prohibida.”*

Aplicando esta prueba del “principio inteligible” a las delegaciones del Congreso, nuestra jurisprudencia ha sido llevada por un entendimiento práctico que en una sociedad de complejidad en incremento, repleta de problemas técnicos cada vez más variables, el Congreso no puede simplemente hacer su tarea sin una habilidad de delegar funciones bajo directivas amplias y generales.

*Hasta 1935 esta Corte nunca anuló una ley atacada sobre la base de la delegación. Luego de invalidar en 1935 dos leyes debido a delegaciones excesivas, ver *A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, [295 U.S. 495](#), and *Panama Refining Co. v. Ryan*, hemos sostenido sin desviación la capacidad del Congreso para delegar funciones bajo estándares amplios. En vista de la aprobación de estas amplias delegaciones, no tenemos dudas que la delegación por el Congreso de la autoridad a la Comisión de Sentencias es suficientemente específica y detallada para cumplir con los requisitos constitucionales. El Congreso le encargó a la Comisión tres fines: “asegurar el cumplimiento de los objetivos de las sentencias como fueran establecidos en la Ley para proveer certeza y equidad al cumplir los objetivos de las sentencias, evitando disparidades indeseables entre los acusados con antecedentes similares, al mismo tiempo que se mantenía una suficiente flexibilidad para permitir de sentencias individualizadas” donde fuera apropiado, y a “reflejar, en la extensión posible, el progreso*

del conocimiento del comportamiento humano en lo que se refiere al proceso judicial criminal.”

El Congreso especificó además cuatro “objetivos” para las sentencias que la Comisión debe obtener para llevar adelante su mandato: “reflejar la seriedad de la ofensa, promover el respeto de la ley y proveer un castigo justo de la ofensa”, “asegurar un desincentivo adecuado a la conducta criminal”, “proteger al público de que el condenado cometa crímenes en el futuro” y “proveer al condenado de un tratamiento correccional”.

Al mismo tiempo el Congreso estableció una herramienta específica, el sistema de guías, para que la Comisión utilizara al regular la sentencia. Para guiar a la Comisión en su formulación de categorías de delitos, el Congreso le señaló siete factores a considerar: el grado de la ofensa, las circunstancias agravantes o atenuantes de la acción cometida, la naturaleza y grado del daño causado por el delito, la visión de la comunidad sobre la gravedad del delito, la preocupación pública generada por el delito, el efecto disuasorio (deterrent) que una sentencia en particular puede tener sobre los demás, y la incidencia actual del delito. Finalmente el Congreso estableció 11 factores para que la Comisión tuviera en cuenta al establecer la categoría de los condenados. Estas incluyen la edad, educación, habilidades vocacionales, condición mental o emocional, condición física, informes sobre el trabajo, contactos y responsabilidades familiares, contactos con la comunidad, papel jugado en la comisión del delito, historia criminal y el grado de dependencia en el crimen para sostener su existencia...

El Congreso también ordenó que la Comisión asegurara un término sustancial de prisión para un delito que constituyera una tercera condena criminal, para el delincuente que hiciera de ello una carrera, para quien fuera condenado por una función directiva en una asociación ilícita, por crímenes violentos cometidos por delincuentes que hubiera sido liberado de una condena anterior, y por un delito que incluyera una cantidad sustancial de narcóticos. El Congreso también instruyó que “las guías reflejen .. la corrección general de imponer condenas de prisión” para delitos violentos que resulten en lesiones corporales serias.” Por otra parte el Congreso ordenó que las guías reflejaran la incorrección general de imponer condenas de prisión “en casos en los que el acusado haya cometido su primer delito y no ha sido condenado por un crimen violento o en lo que es una ofensa seria.”

No podemos negar la opinión del recurrente que la Comisión tiene una autoridad discrecional para determinar la relativa severidad de los delitos federales y para establecer el peso relativo de las características personales del delincuente que el Congreso determinó para que la Comisión considerara...

*Pero nuestros casos no sugieren en absoluto que las delegaciones de este tipo no puedan incluir la necesidad de ejercer juicio en temas de política. En *Yakus v. United States*, [321 U.S. 414](#) (1944), la Corte estableció el principio aplicable:*

“no es una objeción que la determinación de los hechos y las inferencias puedan ser establecidas a la luz de los estándares legales y la declaración de la política aplicable llame al ejercicio de criterio y a la formulación de política administrativa subsidiaria dentro del marco legal establecido... Solamente si podemos decir que existe una ausencia de estándares para la guía de la acción de un administrador de tal manera que sea imposible en un procedimiento correcto determinar si la voluntad del Congreso ha sido obedecida, podríamos nosotros estar justificados en variar su elección de medios para lograr el objetivo declarado...”

El Congreso ha cumplido con ese estándar en este caso. La Ley establece más que un mero “principio inteligible” o estándares mínimos. Un tribunal lo ha dicho correctamente, “La ley delinea las políticas que llevaron al establecimiento de la Comisión, explica lo que la Comisión debe hacer y como debe hacerlo, y establece las directivas específicas para gobernar situaciones particulares.”

Desarrollar las penas proporcionales para cientos de crímenes diferentes por un conjunto de delincuentes virtualmente ilimitado es precisamente el tipo de tarea intrincada, intensiva de trabajo para la cual la delegación a un cuerpo experto es especialmente apropiada.

IV.

Separación de Poderes.

*Habiendo determinado que el Congreso ha establecido estándares suficientes para el ejercicio de la autoridad delegada en la Comisión, debemos considerar el reclamo de Mistretta que la Ley viola el principio constitucional de la división de poderes. Esta Corte ha sostenido consistentemente y ha reafirmado el argumento central de los Constituyentes que, dentro de nuestro esquema político, la separación de poderes gubernamentales en tres ramas coordinadas es esencial para la preservación de la libertad. Véase, por ejemplo, *Morrison v. Olson*, [487 U.S. 654, 685](#) -696 (1988); *Bowsher v. Synar*, [478 U.S., at 725](#). Madison al escribir sobre el principio de poderes separados, dijo “Ninguna verdad política es de mayor valor intrínseco o está estampada con la autoridad de patrones de libertad más iluminados.” *The Federalist* No. 47, p. 324 (J. Cooke ed. 1961). Al palicar el principio de poderes separados en nuestra jurisprudencia hemos buscado dar vida a la visión de Madison de una relación apropiada entre tres ramas co iguales. De acuerdo con ello, hemos reconocido como Madison insistía.. que si bien la Constitución ordena que “cada una de los tres departamentos generales de gobierno deben permanecer completamente libres del control o influencia coercitiva, directa o indirecta, de cualquiera de los demás” *Humphrey's Executor v. United States*, [295 U.S. 602, 629](#) (1935), los constituyentes no requirieron, y más aún rechazaron, la noción que las tres Ramas deben ser separadas y distintas. Véase, *United States v. Nixon*, [418 U.S. 683](#) (1974).. Madison reconoció que nuestro sistema constitucional impone sobre las Ramas de gobierno un grado de responsabilidad superpuesta, un deber de interdependencia al mismo tiempo que de independencia, en cuya*

ausencia “se precluiría el establecimiento de una Nación que fuera capaz de gobernarse en forma efectiva.” *Buckley v. Valeo*, [424 U.S. 1, 121](#) (1976). En un pasaje habitualmente citado en nuestros casos el Ministro Jackson resume la visión pragmática y flexible de poderes diferenciados de la que somos herederos:

“A pesar que la Constitución establece la difusión del poder para asegurar mejor la libertad, también contempla que la práctica integrara los poderes dispersos en un gobierno que funcione. (Workable): Instruye a sus ramas la separación pero también la interdependencia, la autonomía pero también la reciprocidad.” *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, [343 U.S. 579, 635](#) (1952)

Al adoptar esta comprensión flexible de la separación de poderes, simplemente hemos reconocido la enseñanza de Madison que la mayor seguridad contra la tiranía⁴³ -la acumulación de una autoridad excesiva en una sola rama de gobierno- no está en una división hermética entre las Ramas de gobierno, sino en un **sistema cuidadosamente organizado de contrapesos y equilibrios de poder dentro de cada Rama**. “La mayor seguridad”, escribió Madison, “en contra de la concentración gradual de los poderes dentro de un mismo departamento, consiste en darle a aquellos que administran cada departamento los medios constitucionales necesarios y motivos personales para resistir el avance de los otros”. *The Federalist No. 51*, p. 349 (J. Cooke ed. 1961). Dentro de esta preocupación de avance y aumento de poder que ha animado nuestra jurisprudencia sobre separación de poderes y que ha provocado nuestra vigilancia contra la “presión hidráulica inherente dentro de cada una de las Ramas separadas para exceder los límites exteriores de su poder.” De esta manera no hemos hesitado en anular provisiones legales que acrecen en una Rama única poderes que están más apropiadamente en difusión entre Ramas separadas, o que minan la autoridad e independencia de una u otra Rama coordinada.... De la misma manera, hemos sostenido disposiciones legales que en algún grado mezcla las funciones de las Ramas pero que no pone en peligro de aumento [de poder] o de avance [sobre las otras]. *Morrison v. Olson*, [487 U.S. 654](#) (1988)..

A pesar que la particularidad de la composición y las responsabilidades de la Comisión de sentencias da lugar a serias preocupaciones sobre una disrupción de equilibrio adecuado de los poderes gubernamentales entre las Ramas coordinadas, concluimos, luego de una inspección estricta, que los temores del peticionante por las protecciones estructurales fundamentales de la Constitución constituyen, al menos en este caso ser “más humos que fuego” y no nos impele a invalidar el esquema considerado por el Congreso para resolver el dilema aparentemente intratable de la disparidad excesiva entre las sentencias penales.

⁴³ Podríamos agregar la mayor seguridad contra la corrupción.

