

## **LA TEORÍA CONSTITUCIONAL POSITIVA**

*Comunicación del académico Rodolfo Díaz en sesión  
privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y  
Políticas, el 26 de septiembre de 2012*

*Las ideas que se exponen en esta publicación son de exclusiva responsabilidad de los autores y no reflejan necesariamente la opinión de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.*

ISSN: 0325-4763

Hecho el depósito legal.

© Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas

Avenida Alvear 1711, P.B. - Tel. y fax 4811-2049

(1014) Buenos Aires - República Argentina

[ancmyp@ancmyp.org.ar](mailto:ancmyp@ancmyp.org.ar)

[www.ancmyp.org.ar](http://www.ancmyp.org.ar)

Se terminó de imprimir en Pablo Casamajor Ediciones ([www.imagenimpresa.com.ar](http://www.imagenimpresa.com.ar))  
en el mes de noviembre de 2012.

**ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS  
MORALES Y POLÍTICAS  
JUNTA DIRECTIVA 2011 / 2012**

*Presidente* . . . . . Académico Dr. JORGE REINALDO VANOSI  
*Vicepresidente* . . Académico Dr. HUGO O. M. OBIGLIO  
*Secretario* . . . . . Académico Dr. FERNANDO N. BARRANCOS Y VEDIA  
*Tesorero* . . . . . Académico Dr. CARLOS PEDRO BLAQUIER  
*Prosecretario* . . . Académico Embajador CARLOS ORTIZ DE ROZAS  
*Protesorero* . . . . Académico Ing. MANUEL SOLANET

**ACADÉMICOS DE NÚMERO**

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Segundo V. LINARES QUINTANA..	03-08-76	Mariano Moreno
Dr. Horacio A. GARCÍA BELSUNCE ....	21-11-79	Rodolfo Rivarola
Dr. Alberto RODRÍGUEZ VARELA .....	28-07-82	Pedro E. Aramburu
Dr. Natalio R. BOTANA .....	11-07-84	Fray Mamerto Esquiú
Dr. Horacio SANGUINETTI .....	10-07-85	Julio A. Roca
Dr. Leonardo MC LEAN .....	22-04-87	Juan B. Justo
Monseñor Dr. Gustavo PONFERRADA..	22-04-87	Nicolás Avellaneda
Dr. Gerardo ANCAROLA.....	18-12-92	José Manuel Estrada
Dr. Gregorio BADENI .....	18-12-92	Juan Bautista Alberdi
Dr. Eduardo MARTIRÉ .....	18-12-92	Vicente Fidel López
Dr. Isidoro J. RUIZ MORENO .....	18-12-92	Bernardino Rivadavia

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Jorge R. VANOSI.....	18-12-92	Juan M. Gutiérrez
Dr. Hugo O. M. OBIGLIO.....	23-04-97	Miguel de Andrea
Dr. Alberto RODRÍGUEZ GALÁN .....	23-04-97	Manuel Belgrano
Dr. Fernando N. BARRANCOS Y VEDIA	28-04-99	Benjamín Gorostiaga
Dr. Juan R. AGUIRRE LANARI.....	27-11-02	Justo José de Urquiza
Dr. René BALESTRA.....	14-09-05	Esteban Echeverría
Dr. Alberto DALLA VÍA .....	14-09-05	Félix Frías
Dr. Rosendo FRAGA .....	14-09-05	Cornelio Saavedra
Embajador Carlos ORTIZ DE ROZAS....	14-09-05	Ángel Gallardo
Dr. Mario Daniel SERRAFERO .....	14-09-05	José M. Paz
Dr. Juan Vicente SOLA.....	14-09-05	Deán Gregorio Funes
Dr. Carlos Pedro BLAQUIER.....	27-08-08	Nicolás Matienzo
Ing. Manuel SOLANET .....	27-08-08	Joaquín V. González
Dr. José Claudio ESCRIBANO .....	27-05-09	Domingo F. Sarmiento
Dr. Rodolfo Alejandro DÍAZ .....	14-04-10	Dalmacio Vélez Sarsfield
Dr. Santiago KOVADLOFF.....	14-04-10	Estanislao Zeballos
Dr. Vicente MASSOT .....	14-04-10	Fray Justo Santa María de Oro
Dr. Felipe DE LA BALZE .....	14-04-10	Bartolomé Mitre
Lic. María Teresa CARBALLO.....	26-10-11	Roque Sáenz Peña
Dr. Héctor A. MAIRAL .....	26-10-11	Carlos Pellegrini
Dr. Eduardo Martín QUINTANA.....	26-10-11	Vicente López y Planes

## ACADÉMICOS EMÉRITOS

Dr. Carlos María BIDEGAIN

Dr. Carlos A. FLORIA

Dr. Miguel M. PADILLA

# LA TEORÍA CONSTITUCIONAL POSITIVA

Por el académico DR. RODOLFO DÍAZ

## I

Esta comunicación es parte de un programa de trabajo que vengo desarrollando desde hace años sobre el abordaje científico–positivo de la Teoría Constitucional y se integra con diversos estudios previos, especialmente tres de ellos presentados con anterioridad ante esta Corporación. El primero es “*Dos revoluciones científicas en el Derecho Constitucional*” de 2008<sup>1</sup>, en el que se analiza la evolución de la ciencia política y constitucional desde su paradigma “histórico–filosófico” –personificado en los clásicos como Maquiavelo y Montesquieu y cuyo máximo desarrollo se alcanza con la Teoría del Estado Alemana, personificada en Jellinek– al paradigma “empírico”, posterior a la Segunda Guerra Mundial, que a partir de Max Weber y asentado en los elementos teóricos del estructural–funcionalismo alcanza su plenitud en la Teoría Sistémica cuyo máximo expositor será David Easton, lle-

---

<sup>1</sup> Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de la República Argentina: *Anales*, Tomo XXXV–2008–Parte I, pág. 245/262.

gando así a la etapa actual del paradigma “analítico” expresado en lo que en la Argentina se llama “Análisis Económico del Derecho”, aunque otros consideran no menos legítima la denominación de “Teoría Constitucional Positiva”. El segundo es *“El status científico del Análisis Económico del Derecho Constitucional”* de 2010<sup>2</sup>, que en lo sustancial expone la disciplina como un “Programa de Investigación Científica” Lakatosiano, cuyo “núcleo duro” son el postulado de la racionalidad humana y el isomorfismo entre los fenómenos jurídicos y los económicos; su “cinturón protector” son las “hipótesis explicativas” de los fenómenos –específicamente, los efectos de determinado diseño constitucional en el desempeño social, político o económico de la sociedad– los que después habrán de someterse al test de verificación empírica para su confirmación o falsación, a través de una “heurística” propia que ofrecerá la “caja de herramientas” de que la disciplina dispone a tal efecto. Y el tercero es *“La Ciencia Política Positiva Actual”* de 2011<sup>3</sup>, que expone detalladamente el origen, el desarrollo y la estructura fundamental –así como una circunstanciada consideración de los textos canónicos– del “motor analítico” de la Teoría Constitucional Positiva: la Teoría de *Rational Choice*.

Este programa de trabajo retoma el análisis del desarrollo de la Teoría Constitucional Positiva en el punto en el que la deja Linares Quintana en su *“Derecho Constitucional e Instituciones Políticas”* de 1970. En efecto, en esa importante obra el Tomo I es dedicado prácticamente a esta problemática, especialmente su Parte Segunda cuyo título no deja ninguna duda: “Teoría Empírica de la Constitución”. Esa parte del libro de Linares Quintana son 260 páginas originales y eruditas –como toda la obra de nuestro insigne Académico Decano– y, además, atrevidas. Comienza esta-

<sup>2</sup> Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de la República Argentina: *Anales*, Tomo XXXVII–2010–Parte I, pág. 367/388.

<sup>3</sup> Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de la República Argentina: *Anales*, Tomo XXXVIII–2011–Parte I, pág. 221/251.

bleciendo como p[ort]ico liminar la integraci[on] de la Ciencia Pol[iti]tica y la Ciencia Constitucional “en una sola y [un]ica disciplina”<sup>4</sup>. Recuerda luego que Comte instaba a “elear la pol[iti]tica al rango de ciencia de la observaci[on]” e investigarla con los m[et]odos de las ciencias naturales<sup>5</sup>, y tambi[en] a Nicol[as] Matienzo cuando dec[ia]: “la ciencia pol[iti]tica tiene que ser positiva y experimental... so pena de degenerar (en) disertaciones puramente verbales”<sup>6</sup>. Analiza luego cuidadosamente la evoluci[on] de la disciplina, en la que destaca la “nueva escuela francesa” personificada en Burdeau, para llegar despu[es] al behaviorismo norteamericano se[~]alando su orientaci[on] emp[ir]ica y dedicando luego una extraordinaria secci[on] del cap[itu]lo que vengo comentando a las t[ec]nicas cuantitativas y cualitativas as[im] como a las matem[ati]cas en la ciencia pol[iti]tica y constitucional<sup>7</sup>. Menci[on] especial merece la secci[on] siguiente, que ya en 1970 Linares Quintana dedica a lo que veinte a[~]os despu[es] ser[ia] un rasgo definitorio de la Teor[ia] Constitucional Positiva: la Teor[ia] de Juegos.

Exponer exhaustivamente el estado de desarrollo actual de la Teor[ia] Constitucional Positiva es una empresa que excede en mucho la extensi[on] de la presente comunicaci[on]. Pero [e]sta no es la primera de mis contribuciones en este campo y tampoco ser[ia] la [un]tima; as[im] es que, asumiendo que habr[an] otras en el futuro, hoy avanzar[ei] en esta tarea del siguiente modo: primero volver[ei] sobre algunas notas propias de la Teor[ia] Constitucional Positiva que ya he tratado en trabajos anteriores, destacando la evoluci[on] hacia la b[us]queda de explicaciones anal[iti]cas; luego considerar[ei] la cuesti[on] del porqu[ei] de la necesidad de una estructura jur[idi]co-constitucional del sistema pol[iti]tico; posteriormente, analizar[ei] desde la

---

<sup>4</sup> Linares Quintana, Segundo V.: *Derecho Constitucional e Instituciones Pol[iti]ticas*; Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires (1970), Tomo I, p. 152.

<sup>5</sup> *Op. cit.*, p.158.

<sup>6</sup> *Op. cit.*, p.160.

<sup>7</sup> *Op. cit.*, ps. 367 a 381.

perspectiva de la Teoría del *Rational Choice* los procesos político-constitucionales fundamentales en el régimen democrático: votar (para elegir), negociar (para cooperar) y administrar (para implementar políticas públicas).

## II

Para Alberdi “La Constitución es la ley de las leyes”<sup>8</sup>, y para Kelsen “representa el nivel mas alto dentro del derecho nacional”<sup>9</sup>; de ella deviene la validez de todo el orden jurídico y a ella remite en última instancia<sup>10</sup> todo análisis de Teoría Jurídica General. Pero precisamente esa supremacía plantea la cuestión de adónde remitirse cuando el objeto jurídico considerado es la Constitución misma. La búsqueda de una solución a ese problema ha dado origen a buena parte de la Teoría Constitucional Dogmática, que se despliega en un amplio abanico que va desde la “*Grundnorm*” (“Norma Hipotética Fundamental”) –que como supuesto lógico postula Kelsen<sup>11</sup> como cenit de la pirámide jurídica– hasta la “dominación de la clase”, a la que apela Beard en clave marxista<sup>12</sup>. Pero son las argumentaciones históricas, filosóficas y lingüísticas a las que principalmente ha apelado la Teoría Constitucional Dogmática para intentar superar la aporía que le plantea la necesidad

---

<sup>8</sup> Alberdi, Juan B.: *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina*, Cap. III, # IV, p.72; citado en Linares Quintana Segundo V., *op. cit.*, p. 533.

<sup>9</sup> Kelsen, Hans: *Teoría General del Derecho y del Estado*, p.1218; citado en Linares Quintana, Segundo V., *op. cit.*, p. 533.

<sup>10</sup> Aun el análisis “de convencionalidad” que viene postulando cierta jurisprudencia, se remite a la previsión constitucional del art. 75:22.

<sup>11</sup> Kelsen, Hans: *Teoría General del Estado*, p. 325; citado en Linares Quintana, Segundo V., *op. cit.*, p. 535.

<sup>12</sup> Beard, Charles A.: *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*. The Free Press (1986).

de abordar la constitución como *explanans* y *explicandum* a la vez. Sin embargo este tipo de abordaje no explica la respuesta de la gente –ni de los políticos– a las normas<sup>13</sup>; y tampoco explica los “efectos” políticos y económicos que los diferentes diseños institucionales tienen en el bienestar de la sociedad<sup>14</sup>.

La Teoría Constitucional Positiva analiza cómo afecta la estructura constitucional la conducta de los actores –especialmente los políticos– y la performance del gobierno<sup>15</sup>. Pretende encontrar “explicaciones causales” de por qué diferentes instituciones o conjuntos de instituciones políticas producen diferentes opciones políticas y diferentes resultados económicos y sociales<sup>16</sup>. Delimita el “objeto” constitución como los organismos de gobierno, los poderes asociados a esos organismos y los procedimientos por los cuales los titulares de esos organismos son elegidos; y la aborda como las “reglas del juego” por el cual los políticos ganan y ejercen el poder, “reglas del juego” político que definen un sistema de incentivos –tanto para la gente como para los políticos– que configuran el comportamiento racional de los actores y el desempeño del gobierno<sup>17</sup>, para entender cómo configuran ese comportamiento y ese desempeño<sup>18</sup>.

Aunque este punto está tratado en mi trabajo del año 2010 que se cita más arriba, vale traer a colación que la Teoría Constitucional Positiva trata de predecir cómo responde el comportamien-

---

<sup>13</sup> Ver Cooter, Robert: *The Strategic Constitution*. Princeton University Press (2000). Chap. 1, p. 3

<sup>14</sup> Este punto lo he tratado con mayor extensión en DIAZ, Rodolfo: *El status científico de Análisis Económico del Derecho Constitucional*, cit.

<sup>15</sup> Myerson, Roger B.: *Economic Analysis of Constitutions*, Discussion Paper N° 1291, Center of Mathematical Studies in Economics and Management Science. Northwestern University, March 2000

<sup>16</sup> Acemoglu, Daron: *Constitutions, Politics and Economics*, MIT, February 2005. (Draft for the *Journal of Economic Literature*).

<sup>17</sup> Myerson, Roger B.: *Economic Analysis of Constitutions*, cit.

<sup>18</sup> Myerson, Roger B.: *Analysis of Political Institutions*. World Congress of the Econometric Society, Tokyo (1995).

to de la gente frente a las normas existentes, a su cambio, o a la inclusión de normas nuevas. Según sea la naturaleza de la situación a abordar es el tipo de instrumental analítico que la Teoría Constitucional Positiva utiliza: para analizar situaciones no estratégicas, con muchos actores y que se repiten (como las elecciones), apela a técnicas derivadas de la microeconomía; y las situaciones estratégicas, con pocos actores y que no se repiten (como las relaciones entre el PEN y los gobernadores), las analiza con técnicas de Teoría de los Juegos<sup>19</sup>. El punto en el que hoy está la disciplina es el resultado del proceso de cambio paradigmático que he analizado también en un trabajo anterior<sup>20</sup> que ha llevado su pretensión epistémica del *juicio* al *análisis* y de la *descripción* a la *explicación*<sup>21</sup>.

### III

La pregunta intemporal sobre el porqué de la existencia de reglas, puede reformularse para preguntar ¿por que hay constituciones? Las respuestas a una y otra se han ensayado desde siempre y nos remiten a toda la filosofía política; tengo presente esa importantísima tradición, pero está fuera de los límites definidos para esta comunicación. En este punto, se seguirá el enfoque de uno de los más ilustres fundadores de la disciplina: James Buchanan.

En “*The Reason of Rules*”<sup>22</sup> Buchanan argumenta así: frente al conflicto entre los intereses individuales, ¿cómo se establece –y se preserva– el orden social? ¿Cómo se resuelve el “dilema social”? Una vía ha sido confiar en el progreso moral del hombre,

---

<sup>19</sup> Díaz, Rodolfo: *El status científico del Análisis Económico del Derecho Constitucional*, cit.

<sup>20</sup> Díaz, Rodolfo: *Dos revoluciones científicas en el Derecho Constitucional*, cit.

<sup>21</sup> Shepsle, Kenneth: *Analyzing Politics*. WW Norton & Co.; NY, Second Edition, (2010), p.3.

<sup>22</sup> Buchanan, James and BRENNAN, Geoffrey: *The Reason of Rules*. Liberty Fund Inc., Indianapolis (2000).

pero la experiencia histórica no fue alentadora; la otra será asumir la condición humana de “naturaleza caída”<sup>23</sup> y apelar al diseño, aplicación y mantenimiento de normas; dicho de otro modo, sustituyendo la expectativa en el imperativo de la moral por la confianza en el *imperium* del derecho. El dilema social de la cooperación se resuelve en un adecuado “contexto constitucional”<sup>24</sup>. En la interacción social –sigue la argumentación en comentario– la restricción más importante que afronta el individuo no es ni la escasez de recursos ni los obstáculos físicos de la naturaleza, es el comportamiento de los otros hombres<sup>25</sup>; de allí que de lo que se trata en la disciplina es de generar conocimiento acerca de los efectos de las distintas reglas en la interacción humana, especialmente para saber cuáles inducen cooperación y cuáles generan conflicto<sup>26</sup>. ¿Por qué hay reglas? se pregunta luego; y en la respuesta resuena Hobbes: porque sin ellas la vida sería “solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta”<sup>27</sup>. Y para ilustrar el potencial de conflicto entre las personas –y su vía de solución– recurre al Dilema del Prisionero<sup>28</sup>, un modelo de Teoría de Juegos que aborda las interacciones sociales en las que hay dependencia mutua, es decir donde un actor, al decidir su propio comportamiento, debe considerar el posible comportamiento de los otros, situación muy frecuente en la sociedad y que plantea el clásico conflicto entre intereses individuales e intereses colectivos. No voy a explicar aquí el famoso “dilema”; lo expuse con detalle en el Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho para analizar la situación de la oposición el año pasado en una presen-

---

<sup>23</sup> Op.cit., p. xvi.

<sup>24</sup> Ibídem.

<sup>25</sup> Op.cit., p.3.

<sup>26</sup> Ibídem

<sup>27</sup> Op.cit., p.5.

<sup>28</sup> Op.cit., p.6.

tación que anticipaba su desempeño en las elecciones<sup>29</sup>. En breve síntesis, es una modelización de la interacción social simplificada en dos actores, donde la cooperación de los dos se premia, pero si uno coopera y el otro no, el que no coopera se beneficia y el que sí coopera es castigado. Esto –que se parece bastante a la vida real– hace que la decisión dominante de los dos termine siendo no cooperar: si ninguno coopera el resultado “social” no será óptimo, pero ninguno será castigado.

La versión más simple es la siguiente: la policía detiene dos sospechosos de un delito y no tiene pruebas para condenarlos; los mantiene incomunicados, los interroga por separado y les ofrece a los dos el mismo trato: si ninguno confiesa les darán a los dos la pena mínima de 6 meses; si uno confiesa y el otro no, el que confesó sale libre y al que no confesó le dan la pena máxima de 10 años; si los dos confiesan les dan 6 años a cada uno. Cada sospechoso tiene dos opciones: “Cooperar” con el cómplice (*callar*) o “No Cooperar” con el cómplice (*confesar*); el resultado de su decisión dependerá de lo que haya decidido el otro, pero tiene que elegir sin saberlo. Si uno coopera y el otro no, el que no coopera se beneficia y es la peor situación para el que coopera; sólo si ambos cooperan es la mejor situación para los dos. Ante la incertidumbre sobre cuál va a ser la conducta del otro, no cooperar es la “estrategia dominante” para ambos (la más racional, cualquiera sea la decisión del otro), ya que decida lo que decida el otro, al no cooperar siempre evitarán la peor situación para sí mismo, que sería que él calle y el otro confiese.

---

<sup>29</sup> Díaz, Rodolfo: *Sobre la construcción de una coalición de oposición: El Dilema del Prisionero*. En *Estudios de Derecho Constitucional*, Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires (2011) (En prensa).

La matriz que representa el juego es la siguiente<sup>30</sup>:

Dilema del Prisionero		B	
		Calla	Confiesa
A	Calla	<b>-I-</b> A y B: 6 meses	<b>-II-</b> A: 10 años B: libre
	Confiesa	<b>-III-</b> A: libre B: 10 años	<b>-IV-</b> A y B: 6 años

Si cada uno elige maximizar su propia expectativa (A elige la fila 2 y B elige la columna 2) la resultante va a ser el cuadrante IV, que es el resultado común menos conveniente (subóptimo). En cambio si A eligiera la fila 1 y B la columna 1, la resultante sería el cuadrante I, con el resultado común más conveniente. Para que no se produzca ese resultado “subóptimo”, es necesaria una regla obligatoria que impida la conducta que lleva a un resultado que nadie quiere, y que les imponga a los dos la conducta “socialmente esperada”: cooperar para así producir el resultado “socialmente más beneficioso”. Por tanto, dado que ninguno puede determinar el resultado de la interacción individualmente sino que es una resultante común, y que si cada uno elige sin tener en cuenta la resultante colectiva el resultado va a ser que los dos van a estar peor, es necesario una regla obligatoria que impida esa conducta que va a producir un resultado que nadie quiere, y que en cambio le imponga a cada uno la conducta “socialmente esperada”: que A elija la fila 1 y que B elija la columna 1, para así producir el resultado más beneficioso para ambos.

<sup>30</sup> Díaz, Rodolfo: *op. cit.*

Pero la sola regla obligatoria no será suficiente, porque se puede violar; por ejemplo, si A espera que B cumpla la regla y coopere (elegir la columna 1), A podría violar la regla y no cooperar (elegir la fila 2) y beneficiarse a costas del otro. Por esto –que también se parece mucho a la vida– debe haber mecanismos de aplicación asegurados. De ese modo la interacción se juridiza: la regla define la situación jurídica de cada uno y a la vez su respectivo medio de tutela.

#### IV

En “*El Cálculo del Consenso*” –que es considerada su obra fundacional<sup>31</sup>– Buchanan centra la atención en las decisiones constitucionales, que son las decisiones entre distintas opciones institucionales dentro de las cuales deberán adoptarse las decisiones políticas comunes, que llama “subconstitucionales”<sup>32</sup>; en ese contexto, una de sus contribuciones originales a la Teoría Constitucional Positiva es replantear la naturaleza de la interacción política. Hasta entonces, la Ciencia Política consideraba que el “equilibrio” que saldaba el conflicto propio de la interacción política era la maximización del poder sobre los otros; se veía el proceso político como un juego de puro conflicto, de mera distribución, donde el poder que ganaba un participante se le quitaba a los otros; un *juego de suma cero*. Buchanan señala que en el proceso político en sentido amplio, el hombre participa motivado por el mismo tipo de interés que en otras interacciones: maximizar, no su poder sobre los otros, sino su propia utilidad. Así, la interacción política no será de “apropiación” sino de “intercambio”, y aquí el proceso se define como un juego de conflicto y cooperación, de distribución

---

<sup>31</sup> Buchanan, James y Tullock, Gordon: *El Cálculo del Consenso. Fundamentos Lógicos de la Democracia Constitucional*. Planeta-Agostini, Barcelona (1993).

<sup>32</sup> *Op. cit.*, # 3.

y producción, donde dos personas pueden encontrar mutuamente ventajoso unir sus esfuerzos –hacer algo juntos– para lograr objetivos comunes; un juego de suma positiva; un intercambio que genera “ganancias de cooperación” que benefician a todos los participantes. De allí es que una característica distintiva de la Teoría Constitucional Positiva es abordar el análisis del proceso político como un proceso no de dominación sino de intercambio voluntario –y mutuamente beneficioso– entre individuos<sup>33</sup>.

Ahora bien; la forma específica de ese intercambio es el “consentimiento político”<sup>34</sup> y es ese consentimiento lo que en última instancia justifica la elección de una determinada regla constitucional; y no sólo eso, sino que acarrea una innovación francamente desafiante para la concepción convencional: el consentimiento será el criterio definitorio de la eficiencia a nivel de las decisiones constitucionales: será eficiente la decisión constitucional que cuente con el consentimiento político, que es lo que la legitima en última instancia. En contraste con la “asignación óptima de recursos” paretiana, la “eficiencia constitucional” que Buchanan aporta a la Teoría Constitucional Positiva puede caracterizarse por el hecho de que los ciudadanos aceptan que el sistema de reglas vigentes no impone coerciones indebidas<sup>35</sup>. El análisis convencional considera la eficiencia como una propiedad de la realidad, “de las cosas”, independiente de las acciones del sujeto y del proceso de intercambio político voluntario; de allí que frente una decisión constitucional “Pareto eficiente” –es decir que mejora la situación de por lo menos una persona sin empeorar la de ninguna– da por supuesto que esa decisión será consentida por los afectados; en esta perspectiva, el consentimiento sigue a la eficiencia. La Teoría Constitucional Positiva en cambio, pone la cosa exactamente al re-

---

<sup>33</sup> *Op. cit.*, Chap. 3.

<sup>34</sup> Van Den Hauwe, Ludwig: *Public Choice, Constitutional Political Economy and Law and Economics*. *Encyclopedia of Law and Economics*, Entry 0610; # 7.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

vés: será eficiente la decisión constitucional que cuente con el consentimiento político; aquí, la eficiencia sigue al consentimiento. El concepto de eficiencia constitucional se centra entonces en el proceso “intersubjetivo” de decisión, en marcado contraste con el concepto Paretiano centrado en un criterio “objetivo” de apreciación externa. La eficiencia social (que comprende la eficiencia política y la constitucional) no es en esta perspectiva una propiedad de “las cosas”, “del mundo fáctico”, que pueda ser definida objetivamente con independencia de las interacciones de los individuos y del proceso político de intercambio voluntario<sup>36</sup>. Lo que legitima en última instancia una decisión constitucional desde la perspectiva de la Teoría Constitucional Positiva es el consentimiento político.

De allí la importancia de su determinación, de su “cálculo”, como señala el título del famoso libro de Buchanan y Tullock. En el análisis del proceso político como “intercambio”, la interacción que supone la decisión colectiva impone costos a los actores, los *costos de interdependencia*, que son los costos que les impone la necesidad de decidir con otros; estos costos son de dos tipos: los *costos externos*, que el individuo soporta como consecuencia de las acciones individuales o colectivas de otros individuos que no están incluidos en la decisión; y los *costos de decisión*, aquellos que el individuo debe afrontar como consecuencia de su propia participación en el proceso de decisión, especialmente los costos asociados a la necesidad de contar con el apoyo de otros para adoptar la decisión<sup>37</sup>. Sobre esa base los autores que vengo comentando exponen el punto central de la obra: ¿Cómo se “mide” la eficiencia de una decisión constitucional? ¿Cómo se “calcula” el consenso? Y la respuesta —expresada en el lenguaje profesional

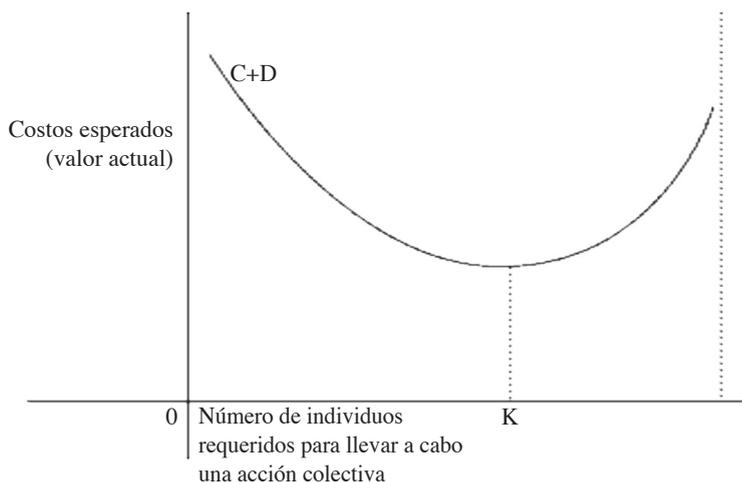
---

<sup>36</sup> Ibídem.

<sup>37</sup> Buchanan, James and Tullock, Gordon: *Op. cit.*, p. 70/71 y 89. Este tema se desarrolla con amplitud en Elias, José Sebastián: “*El Cálculo del Consenso*” y *el Derecho Constitucional Contemporáneo*. Trabajo Final—Diplomado en Análisis Económico del Derecho. Universidad de Congreso (2005) (Inédito).

de los autores— sería: “analizando los costos”: una decisión colectiva impone *costos de interdependencia* (por tener que decidir con otros), que son de dos tipos: los *costos externos*, los que me imponen las resistencias de los demás, y los *costos de decisión*, lo que me cuesta juntar las otras voluntades. El costo de la decisión dependerá de la inclusividad de las reglas: a mayor inclusividad (donde la unanimidad es el caso extremo), menores son los *costos externos* (porque quedan menos actores afuera que resistan) y mayores los *costos de decisión* (porque tendré que juntar más votos); a la inversa, a menor inclusividad serán más altos los *costos externos* (porque serán muchos los que resistirán por no haber prestado su acuerdo) y más bajos los *costos de decisión* porque tengo que juntar menos votos (en el extremo, sólo el mío). En consecuencia la mejor “regla de decisión constitucional” —la más “eficiente” en los términos aquí expuestos— será aquella que minimice los *costos de interdependencia*, y estará en un punto entre la unanimidad y la imposición individual.

El Gráfico<sup>38</sup> siguiente ilustra el caso.



<sup>38</sup> Buchanan, James and Tullock, Gordon: *Op. cit.*, p. 99.

Cincuenta años después de los aportes pioneros de Buchanan, la Teoría Constitucional Positiva ha concretado su pretensión de entonces: el “desarrollo de una ‘teoría’ de la constitución política” basada en el análisis de las reglas para la toma de las decisiones colectivas usando las técnicas de *rational choice*, para determinar qué reglas o conjunto de reglas debería elegir un individuo racional asumiendo que para ello debe contar con el consenso de los demás<sup>39</sup>.

## V

El primer fenómeno que aparece al analizar las constituciones democráticas son las elecciones, los complejos sistemas de mecanismos por los cuales los políticos que habrán de ejercer el poder son elegidos. La teoría positiva de las votaciones (o elecciones) parte de la enorme variedad de sistemas y regímenes electorales que existen: mayoría absoluta (gana el que alcanza la mitad más uno de los votos), mayoría simple (simple pluralidad de sufragios), mayoría especial (en general 2/3), mayoría agravada (calculada sobre la totalidad de los miembros del cuerpo, no de los presentes), ballotage (segunda vuelta entre los dos más votados en la primera), proporcionalidad simple (asignación de bancas directamente según el porcentaje de votos recibidos), proporcionalidad modificada (asignación de bancas según porcentaje de votos recibidos por encima de un mínimo requerido), sistema D’Hont (asignación de bancas por cifra repartidora); también puede ser elección directa o indirecta (por colegio electoral), en intervalos predeterminados (como en Argentina o EE.UU) o por convocatoria especial (como en los sistemas parlamentarios); y diversas

---

<sup>39</sup> Buchanan, James and Tullock, Gordon: *Op. cit.*, p. 353.

combinaciones entre ellos<sup>40</sup>. Se ha señalado –en mi opinión, acertadamente– que la amplia literatura que aborda el comportamiento electoral de los partidos desde la perspectiva sociológica no agota la explicación, y que los modelos de *rational choice* son más adecuados, porque tratan el comportamiento de los partidos no como consecuencias mecánicas de determinantes sociales o estructurales sino de acciones intencionales<sup>41</sup>. En este campo, la Teoría Constitucional Positiva contribuye a entender qué diferencias pueden ser inducidas en el comportamiento político por los diferentes sistemas electorales. Formula modelos de juegos en los que los agentes deban tomar decisiones y después investiga cómo el comportamiento de equilibrio en estos juegos cambia a medida que se cambian las reglas del sistema electoral<sup>42</sup>. Todos los procesos electorales tienen ciertas características comunes, y se pueden analizar desde el lado de la “demanda” (modelos de cómo deciden los votantes entre distintos candidatos) o desde el lado de la “oferta” (cómo los candidatos eligen entre distintas estrategias para ganar elecciones)<sup>43</sup>.

Primero, veamos desde el lado de la demanda: ¿cómo vota un ciudadano racional? La descripción más general es la siguiente: cada candidato presenta una plataforma –entendido aquí el término “plataforma” en el más lato de los sentidos, comprendiendo desde una simple propuesta hasta un programa articulado– y se espera que cada ciudadano vote por la plataforma más cercana a sus preferencias; los políticos saben eso y diseñan las plataformas para atraer la mayor cantidad de votantes posibles. El elector elige según su propio interés y aún más, trata de usar la política

---

<sup>40</sup> Cooter, Robert: *Op. cit.* p. 18.

<sup>41</sup> Grecu, Razvan Claudiu: *Party Competition in Eastern Europe: Strategies and Equilibrium in Electoral Competition* – Concept paper. Blog del autor: <http://razvan.grecu.tripod.com>.

<sup>42</sup> Myerson, Roger B.: *Analysis of Democratic Institutions: Structure, Conduct, and Performance*. Pre-print; *Journal of Economic Perspectives*, 9:77–89 (1995).

<sup>43</sup> Cooter, Robert: *Op. cit.* p. 18.

para lograr ventajas para sí a expensas de los otros. El votante conoce poco de los candidatos y adquirir la información necesaria es costoso; para bajar *costos de transacción* apoya su selección de alternativas en los partidos políticos y en los grupos que promueven intereses cercanos a los grupos a los cuales él pertenece. Uno de los primeros resultados científicos del análisis positivo del comportamiento electoral de los votantes es la llamada “Ley de Duverger”, formulada por el jurista y politólogo francés de ese nombre<sup>44</sup>: en el sistema electoral de pluralidad de sufragios se observa empíricamente la tendencia al bipartidismo, mientras que la representación proporcional generalmente lleva a más partidos. La explicación teórica es que, con más de dos candidatos, el votante racional tiende a no votar al que prefiere más si ve que no va a ganar y vota al que piensa que va a sacar más votos, para que no gane el que prefiere menos<sup>45</sup>; la teoría de las coaliciones llega a la misma conclusión. Para entender la ley de Duverger hay que explicar de qué modo el número de partidos competitivos depende del sistema electoral y abandonar la idea de que para los votantes todos los candidatos son equivalentes en el sentido de que tienen las mismas posibilidades de ganar la elección. Eso no es así; si los votantes creen que sólo dos de los partidos tienen posibilidades serias de ganar, van a pensar que votar cualquiera de los otros es “perder” el voto, y entonces van a tender a elegir sólo entre los dos partidos que tienen posibilidades<sup>46</sup>.

La Ley de Duverger se verifica en nuestro país; el sistema electoral vigente para las elecciones legislativas –nacionales y provinciales, así como municipales– es básicamente proporcional;

---

<sup>44</sup> Duverger, Maurice: *Political Parties, Their Organization and Activity in the Modern State*. New York: Wiley (1954) (Citado en MYERSON, Roger B.: *Economic Analysis of Political Institutions*).

<sup>45</sup> Cooter, Robert: *Op. cit.*, Chapter 2, Voting.

<sup>46</sup> Myerson, Roger B.: *Analysis of Democratic Institutions: Structure, Conduct, and Performance*. Cit.

y en la Argentina hay 69 partidos nacionales y 529 partidos de distrito reconocidos. La lista es la siguiente<sup>47</sup>:

**Nómina de Partidos Políticos de orden nacional,  
reconocidos a octubre de 2011**

1	Movimiento de Integración y Desarrollo	07/04/1983
2	Partido Justicialista	25/04/1983
3	Unión Cívica Radical	31/05/1983
5	Partido Demócrata Cristiano	13/06/1983
6	Partido Intransigente	24/06/1983
8	Partido Federal	22/07/1983
9	Partido Demócrata Progresista	29/07/1983
12	Partido Comunista	31/05/1983
14	Partido Obrero	14/03/1995
19	Partido Conservador Popular	14/09/1983
20	Unión del Centro Democrático	28/02/1984
22	Partido Humanista	14/08/1985
23	Unión Popular	17/04/1986
30	Partido Socialista Auténtico	31/03/1989
33	Partido Nacionalista Constitucional UNIR	09/11/1989
36	Partido Autonomista	22/05/1992
37	Partido del Campo Popular	17/05/1993
38	Movimiento Socialista de los Trabajadores	26/04/1994
40	Movimiento Libres del Sur	06/03/1995
41	Partido Frente Grande	19/04/1995
42	Política Abierta para la Integridad Social	11/05/1995
44	Acción por la Republica	14/04/1999
45	Partido de los Trabajadores Socialistas	02/09/1999
47	Coalición Cívica – Afirmación para una República Igualitaria (ARI)	23/09/2002
50	Partido Socialista	20/02/2003
54	Partido de la Victoria	05/03/2003
57	Movimiento de Acción Vecinal	31/07/2007
60	Movimiento Independiente de Jubilados y Desocupados	05/09/2007
61	Izquierda por una Opción Socialista	30/10/2007
63	Es Posible	02/03/2010
64	PRO–Propuesta Republicana	03/06/2010
65	Partido Unión Celeste y Blanco	24/11/2010
67	Kolina	13/06/2011
68	Nueva Izquierda	15/06/2011
69	GEN	15/06/2011

<sup>47</sup> Datos de la Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior.

**Nómina de Confederaciones de orden nacional,  
reconocidas a octubre de 2011**

46	Confederación Causa Federal por el Desarrollo y el Progreso Social	09/09/1999
58	Consenso Social	16/08/2007
59	Confederación Coalición Cívica	03/09/2007
111	Confederación Unión Federal	01/03/2011

**Nómina de Partidos Políticos de distrito,  
reconocidos a octubre de 2011**

Distrito	Cantidad
Buenos Aires	61
Capital Federal	41
Catamarca	22
Chaco	22
Chubut	9
Córdoba	41
Corrientes	29
Entre Ríos	12
Formosa	20
Jujuy	20
La Pampa	11
La Rioja	19
Mendoza	24
Misiones	22
Neuquén	17
Río Negro	8
Salta	20
San Juan	17
San Luis	17
Santa Cruz	9
Santa Fe	31
Santiago del Estero	25
Tierra del Fuego	13
Tucumán	19
<b>TOTAL</b>	<b>529</b>

Segundo, veamos ahora desde el lado de la oferta; ¿cómo eligen sus plataformas los candidatos a fin de maximizar la probabilidad de ganar la elección? Otro de los resultados científicos tempranos de la aplicación de la teoría de *rational choice* al análisis positivo de los procesos democráticos de decisión es el modelo del “votante mediano”, que señala cuando dos partidos compiten electoralmente, las plataformas tienden a convergir sobre las preferencias del “votante mediano”<sup>48</sup>.

Hotelling desarrolló el modelo matemático de análisis espacial de dos duopolistas que eligen poner su negocio uno al lado del otro en la calle principal; los compradores se distribuyen entre los puntos 0 y 1 e irán al local que les quede más cerca; si los dos locales se ubican en el punto  $\frac{1}{2}$ , los compradores en promedio tienen que recorrer la distancia de  $\frac{1}{4}$ , pero si los locales estuvieran separados, ubicados en los puntos  $\frac{1}{4}$  y  $\frac{3}{4}$ , la distancia promedio que los compradores deberían recorrer sería sólo  $\frac{1}{8}$ ; por tanto, la convergencia de los dos locales sobre el punto  $\frac{1}{2}$  es ineficiente. Después se extendió el modelo al juego político: las preferencias de los votantes se distribuyen entre 0 y 1 y van a elegir la plataforma que esté más cerca de su preferencia, por lo que las plataformas tienden a convergir sobre el centro de la distribución estadística del electorado. Pero aquí la convergencia no es ineficiente, porque mientras en la versión económica la distancia a recorrer por los compradores se divide por dos, porque los dos locales pueden atenderlos, en la versión política la distancia no se divide, porque sólo uno de los candidatos puede imponer su plataforma: el que gana; y la ganancia o pérdida del votante no está determinada por el partido al cual vota, sino por el partido que gana. Cuando los partidos se ubican juntos en el punto  $\frac{1}{2}$ , el promedio de separación con el votante es  $\frac{1}{4}$ , pero si los partidos se diferencian para ubicarse en los puntos

---

<sup>48</sup> Congleton, Roger and SWEDENBORG, Birgitta: *Rational Choice Politics and Political Institutions*; in *Democratic Constitutional Design and Public Policy*, Congleton and Swedenborg Editors. MIT (2006).

$\frac{1}{4}$  y  $\frac{3}{4}$ , el promedio de distancia con el votante será  $\frac{5}{16}$ , cualquiera sea el partido que gane; por lo tanto la convergencia de los partidos en el centro no produce ineficiencias<sup>49</sup>. Por el contrario, con políticos con aversión al riesgo, el equilibrio en el que los partidos tienen posibilidades de ganar es la convergencia a la misma posición. En este modelo la plataforma ganadora es la que elige el ciudadano ubicado en el centro de la distribución estadística de la opinión política; por eso los discursos de campaña tienden a convergir sobre ese centro. Este modelo ejerció una gran influencia en la ciencia política positiva desde la primera generación de *rational choicers* (especialmente en Black<sup>50</sup> y Downs<sup>51</sup>); aunque ignora elementos importantes –como la pertenencia partidaria, las campañas, si se está en el gobierno o en la oposición y el carisma de los candidatos– es un buen punto de partida<sup>52</sup>.

Las elecciones presidenciales de 1999 son un claro ejemplo de verificación del Teorema del Votante Mediano en la casuística política argentina. La política de convertibilidad establecida en 1991 por el gobierno de Carlos Menem tuvo un enorme éxito en detener la inflación y mantenerla persistentemente baja, facilitando la recuperación económica y viabilizando la reelección del presidente como efecto político. Ese éxito hizo que el peronismo la defendiera cerradamente y en las elecciones presidenciales de 1999 su candidato Eduardo Duhalde mantuvo que quería cambiar el modelo, pero no la convertibilidad<sup>53</sup>. Por su parte, el candidato de la oposición, el radical Fernando de la Rúa declaraba “la Alian-

---

<sup>49</sup> Myerson, Roger B.: *Analysis of Democratic Institutions: Structure, Conduct, and Performance*. Cit.

<sup>50</sup> Black, Duncan: *On the Rationale of Group Decision-Making*; *Journal of Political Economy* 56: 23–34. (Citado en Conglenton and Swedenborg, cit.).

<sup>51</sup> Downs, Anthony: *An Economic Theory of Political Action in a Democracy*; *Journal of Political Economy* 65: 135–50, 1957. (Citado en Conglenton and Swedenborg, cit.).

<sup>52</sup> Cooter, Robert: *Op. cit.* p. 27.

<sup>53</sup> Oviedo, Jorge: *Se cumplieron quince años del inicio de la convertibilidad*; *La Nación*, 2.4.06.

za va a garantizar la estabilidad cuando llegue al gobierno. Yo soy la garantía y la convertibilidad es la herramienta”<sup>54</sup>. La información disponible sobre las preferencias del electorado orientaba en el mismo sentido: 7 de cada 10 argentinos la apoyaba. El cuadro siguiente presenta los datos:

**¿La convertibilidad debe mantenerse o abandonarse?**<sup>55</sup>  
(% de respuestas)

	1995	1998	1999	2000
Mantenerse	72	70	71	64
Abandonarse	6	12	12	16
NS/NC	22	18	17	20

Fuente: Gallup Argentina

Los resultados electorales confirmaron totalmente la hipótesis; casi el 90% de los votantes sufragó por alguno de los dos partidos que habían convergido sobre la convertibilidad (centro de la distribución estadística de las preferencias políticas). El cuadro siguiente presenta los datos:

**Argentina: Elecciones presidenciales del 24 de octubre de 1999**<sup>56</sup>  
(Resultados de los dos primeros partidos)

Partido	Candidato	Votos	%
Alianza (UCR)	Fernando De la Rúa	9.167.261	48.37
Concertación (PJ)	Eduardo Duhalde	7.253.909	38.27
Total		16.421.176	86.64

<sup>54</sup> Clarín, 23.4.99.

<sup>55</sup> Díaz, Rodolfo: *¿Prosperidad o Ilusión? Las reformas de los 90 en la Argentina*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires (2002), p. 105.

<sup>56</sup> Datos de la Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior.

El modelo que se viene exponiendo ha sido desarrollado para el supuesto de una competencia entre dos partidos, pero se ha señalado que en cierto tipo de coaliciones se observa el mismo efecto y la tendencia a “complacer” el votante mediano<sup>57</sup>; sin embargo, en términos más generales las decisiones colectivas donde se aplica la regla de la mayoría –como en nuestros órganos legislativos– si no existen restricciones constitucionales que lo impidan, no muestran un equilibrio definido y tienden a producir resultados asistemáticos<sup>58</sup>. El teorema del Votante Mediano (o Modelo de Hotelling–Downs) se formuló para competencias de no más de dos partidos, asumiendo condiciones muy específicas: dimensión única, demanda inelástica, costos de transacción cero. Desarrollos posteriores lo extienden a la competencia multipartidaria, concluyendo que aún en esos casos los partidos tienen fuertes incentivos para hacer convergir sus plataformas hacia el votante mediano. La restricción para “moverse” hacia el centro del espectro es la incertidumbre sobre la posibilidad de que el espacio que se abandona en el extremo sea ocupado por un nuevo jugador; pero si el sistema electoral tiene barreras institucionales (requisitos de inscripción, porcentajes mínimos, etc.) que limitan de algún modo el ingreso irrestricto de nuevos partidos en la competencia electoral –como es el caso de la mayoría de los países, Argentina entre ellos– se va a observar el efecto predicho por el Teorema del Votante Mediano: la concurrencia de las propuestas partidarias sobre el centro estadístico de la distribución de las preferencias de los votantes<sup>59</sup>. Así expuesto, el Modelo del Votante Mediano es un instrumento analítico que puede contribuir para ofrecer una explicación a un fenómeno que se viene observando en la Argentina: las frecuentes votaciones de la oposición apoyando proyectos del gobierno. En

---

<sup>57</sup> Congleton, Roger and SWEDENBORG, Birgitta: *Rational Choice Politics and Political Institutions*; cit.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> Grecu, Razvan: *Party Competition in Multiparty Format: Is There an Equilibrium Outcome?* –Doctoral Paper– July, 2005. Blog del autor: <http://razvan.grecu.tripod.com>.

efecto; legisladores de la oposición apoyaron con su voto algunas de las iniciativas legislativas más definitorias del oficialismo, entre otras: la anulación de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida; las nacionalizaciones de Aerolíneas Argentinas, del Sistema Previsional y de YPF; las leyes de Matrimonio Igualitario y de Identidad de Género; y aún la ley de Medios. En breve resumen:

- **Ley 25.779: Anulación de las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida** (20.8.03). *Diputados*: Aprobada por amplia mayoría (a mano alzada); votaron con el oficialismo el ARI y el Frepaso. *Senadores*: 43 a favor, 7 en contra y 1 abstención. La UCR votó dividida: Rodolfo Terragno, Juan C. Passo, Mónica Arancio, Gerardo Morales y Marita Colombo votaron a favor; otros opositores que votaron a favor fueron Nancy Avelín y Luz Sapag.
- **Ley 26.412: Nacionalización de Aerolíneas Argentinas** (3.9.08). *Diputados*: 167 a favor; votaron a favor además del oficialismo, el ARI, el Movimiento Popular Neuquino y los radicales que respondían al Vicepresidente Cobos. 79 en contra. *Senadores*: 46 a favor, 21 en contra.
- **Ley 26.425: Estatización de las AFJP** (9.12.08). *Diputados*: 162 votos a favor (Bloque oficialista, Movimiento Popular Neuquino, Partido Socialista, Encuentro Popular y Social, ARI de Tierra del Fuego, Proyecto Sur, la radical K Dora Sánchez de Corrientes y varios bloques menores); 75 en contra (UCR, Frente Cívico y Social de Catamarca, Fuerza Republicana de Tucumán, Partido Renovador de Salta, Partido Nuevo de Córdoba). *Senadores*: 46 votos a favor (Bloque oficialista, ARI Tierra del Fuego, Frente Cívico por Santiago, Concertación Plural, Movimiento Popular Neuquino, Partido Socialista, Partido Nuevo de Corrientes); 18 en contra (UCR, Partido Justicialista, Coalición Cívica, Frente Cívico de Catamarca, Fuerza

Republicana-Juecista Córdoba, Partido Renovador de Salta) y 1 abstención (Concertación Plural).

- **Ley 26.522: Ley de Medios** (10.10.09). Diputados: 147 votos a favor (Bloque oficialista, al que se sumaron los Diputados de Solidaridad e Igualdad, Proyecto Progresista, Proyecto Sur, De la Concertación, Concertación FORJA, Encuentro Popular y Social, Guardia Peronista, Dignidad Peronista, Frente Cívico de Córdoba, Frente Cívico por Santiago, Lorenzo Borocotó, Francisco Dellich, Eduardo Pastoriza y los 9 diputados socialistas); 4 votos en contra (Movimiento Popular Neuquino y la diputada del PS, Laura Sesma); y una abstención (Dip. Miguel Bonasso). Se retiraron del recinto: UCR, PRO, Coalición Cívica, Peronismo Disidente. Senadores: 44 votos a favor (Bloque Oficialista, más Rubén Giustiniani del socialismo, Carlos Salazar de la Fuerza Republicana, María Rosa Díaz y José Martínez de la Coalición Cívica y María Dora Sánchez de UCR); y 24 en contra (UCR, Peronismo Disidente, Coalición Cívica).
- **Ley 26.618: Matrimonio Igualitario** (22.7.10). *Diputados*: 125 votos a favor y 109 en contra. Los diputados tuvieron libertad para votar según sus convicciones. Los únicos partidos que votaron íntegramente por la positiva fueron Nuevo Encuentro, el Partido Socialista, Proyecto Sur y el GEN. La mayoría del PRO votó en contra. El ARI tuvo un voto dividido (Carrió se abstuvo). La mayoría del Peronismo Disidente votó en contra, con la excepción de Felipe Solá. El oficialismo se dividió, 1/3 del bloque votó en contra. La mayoría de la UCR votó en contra. *Senadores*: 33 votos a favor, 27 en contra y 3 abstenciones. Hubo opiniones divididas en todos los bloques. La mayoría de la UCR y del Peronismo Disidente votó en contra. En general los partidos socialistas y el oficialista votaron a favor.

- **Ley 26.741: Nacionalización de YPF (7.5.12).** *Diputados:* 208 votos a favor (115 FPV, 34 UCR, 7 Socialista, 7 Frente Cívico por Santiago, 5 Unidad Popular, 5 Nuevo Encuentro, 4 Frente Peronista, 4 Unión Peronista, 3 Frente Cívico por Córdoba, 3 Proyecto Sur, 3 GEN, 3 Movimiento Popular Neuquino, 2 Coalición Cívica, 2 Partido Justicialista La Pampa, 1 Libres del Sur, 1 Salta Somos Todos, 1 Democracia Participativa, 1 U.DE.SO. Salta, 1 Renovador de Salta, 1 Santa Fe en Movimiento, 1 Córdoba Federal, 1 Movimiento Popular Fuegoquino, 1 Unión por San Juan, 1 Corriente de Pensamiento Federal, 1 Frente Cívico y Social Catamarca); 32 votos en contra (17 Frente Peronista, 9 PRO, 2 Demócrata de Mendoza, 1 UCR, 1 Unión por Todos, 1 Partido Federal Fuegoquino, 1 Demócrata Progresista); 6 abstenciones (4 Coalición Cívica, 1 Unidad para el Desarrollo Social y la Familia); 11 ausentes: 3 UCR (se retiraron al momento de votar), 2 PRO, 2 GEN, 1 Frente Peronista, 1 Córdoba Federal, 1 Frente Cívico y Social Catamarca, 1 Frente Cívico Córdoba). *Senadores:* 63 votos a favor (32 FPV, 14 UCR, 2 Partido Justicialista La Pampa, 2 Nuevo Encuentro, 2 Frente Cívico Córdoba, 1 Federalismo Santafesino, 1 Frente de Todos, 1 GEN, 1 Frente Peronista, 1 Santa Fe Federal, 1 Trabajo y Dignidad, 1 Proyecto Buenos Aires Federal, 1 Partido Socialista, 1 Renovador de Salta, 1 Partido Liberal Corrientes, 1 Movimiento Popular Neuquino); 3 votos en contra (Frente Peronista); 4 abstenciones (2 Frente Cívico y Social Catamarca, 1 Coalición Cívica, 1 Frente Cívico Córdoba). 2 ausentes (1 Federalismo y Liberación, 1 Producción y Trabajo).
- **Ley 26.743 Identidad de Género (24.5.12).** *Diputados:* 168 votos positivos (50 FPV, 29 UCR, 15 Coalición Cívica, 12 Peronismo Federal, 8 PRO, 6 Partido Socialista,

5 GEN, 5 Unidad Popular, 4 Unión Peronista, 4 Nuevo Encuentro, 3 Movimiento Proyecto Sur, 3 Movimiento Popular Neuquino, 3 De la Concertación, 2 Partido Justicialista La Pampa, 2 Núcleo Unidad Peronista, 2 Peronista, 2 Córdoba Federal, 1 Frente de Todos, 1 Bloque Social Patagónico, 1 Partido Federal Fueguino, 1 Demócrata Progresista, 1 Renovador de Salta, 1 Frente Cívico y Social de Catamarca, 1 Frente Peronista Federal, 1 Peronismo Jujeno, 1 Frente Cívico Córdoba, 1 Libres del Sur, 1 Democracia Igualitaria y Participativa, 1 Consenso Federal, 1 Frente Cívico por Santiago); 17 negativos (4 Peronismo Federal, 2 UCR, 2 Frente Cívico y Social Catamarca, 2 Frente Cívico Córdoba, 1 PRO, 1 Salta somos Todos, 1 Liberal de Corrientes, 1 Peronista, 1 Demócrata de Mendoza, 1 Corriente de Pensamiento Liberal, 1 Valores para mi País). **Senadores:** 55 votos a favor (Oficialismo y todos los bloques de la oposición) y una abstención (Graciela Di Perna Frente por la Integración).

## VI

El segundo fenómeno que aparece al análisis es que los políticos deben encontrar fórmulas de cooperación a través de la negociación. Las elecciones son sólo una parte del proceso político; otra parte son las negociaciones necesarias para ganar votaciones, formar gobiernos e implementar programas<sup>60</sup>. Los políticos actúan estratégicamente; analizan sus decisiones calculando cómo van a reaccionar y qué van a hacer los otros actores; por eso la Teoría Constitucional Positiva aplica la Teoría de Juegos al análisis de la democracia. En una negociación, las partes del “juego” se pueden

<sup>60</sup> Myerson, Roger B.: *Analysis of Democratic Institutions: Structure, Conduct, and Performance*. Cit.

beneficiar si cooperan entre sí, porque en este modelo el juego cooperativo genera mayor valor que el no cooperativo; esa es la “ganancia de cooperación”. La ganancia de cooperación equivale a la diferencia entre el mayor valor generado por el juego cooperativo y el menor valor que genera el no cooperativo; pero la negociación creará ese beneficio sólo si las partes se han puesto de acuerdo sobre cómo se reparte; sin embargo, la gente en general se pone de acuerdo en una solución razonable –que en Teoría de Juegos se llama *Solución de Nash*– para repartirse la ganancia de la cooperación<sup>61</sup>.

El componente central de la práctica legislativa es la negociación de los votos para formar las mayorías necesarias, mucho más que el intercambio de ideas en sí. La negociación tiene diversos costos; como muy bien demostró Coase con su célebre Teorema, la negociación tiende a tener éxito cuando los costos de transacción se acercan a cero; a medida de que los costos de transacción de la negociación bajan, los legisladores pueden cooperar entre sí y lograr los beneficios del intercambio político. Aunque los costos de transacción nunca llegan a cero, el Teorema de Coase es útil para diseñar una constitución; reduciendo los costos de transacción de la negociación política, la Constitución aumenta la probabilidad de que los partidos y sectores cooperen entre sí; las constituciones democráticas pueden ser juzgadas de acuerdo a su eficacia para bajar los costos de transacción de la negociación política y posibilitar la cooperación<sup>62</sup>.

Una amplia cooperación política es más productiva que la no cooperación, y la democracia es la forma constitucional que minimiza los costos de transacción de la negociación política, es decir que facilita la negociación para hacer posible la cooperación. La Teoría Constitucional Positiva analiza la negociación política con

---

<sup>61</sup> Cooter, Robert: *Op. cit.*, Chap. 3, y p. 57.

<sup>62</sup> Cooter, Robert: *Op. cit.* p. 53.

el instrumental que provee la Teoría de Juegos; sin entrar en las imprescindibles complejidades de su aplicación formal, pueden señalarse algunos elementos básicos. Hay “juegos de puro conflicto”, en los que la ganancia de un jugador es la pérdida del otro, por lo que se llaman *juegos de suma cero*; estos son juegos de distribución, no de producción. Hay “juegos de pura coordinación”, en los que los intereses de los jugadores convergen perfectamente y producen ganancia sin crear ningún conflicto sobre su distribución, por los que se llaman *juegos de suma variable*; son juegos de producción; las partes tienen que acordar los términos de distribución de los beneficios para producirlos. La mayoría de los juegos de negociación son formas mixtas, que incluyen producción y distribución, cooperación y conflicto; el aspecto productivo de la negociación genera convergencia de intereses y promueve cooperación; el aspecto distributivo de la negociación causa divergencia de intereses y promueve el conflicto<sup>63</sup>.

La idea de que los oponentes políticos son enemigos –tributaria de la concepción que Carl Schmitt desarrollara en la filosofía política– distorsiona la naturaleza de la negociación política porque la convierte en un juego de suma cero, en el que todos son enemigos de todos por que las ganancias de uno sólo pueden salir de las pérdidas del otro. Pero en estos tiempos ya no es así; la política democrática contemporánea es un juego de negociación con una dimensión productiva y creadora en las que soluciones de Nash son posibles, se alcanzan acuerdos razonables sobre la distribución de los beneficios de la negociación y los políticos cooperan para beneficio mutuo<sup>64</sup>. No debe dejar de señalarse aquí que –más allá de la valoración que pueda merecer– esta cooperación no siempre es lograda en beneficio de los votantes o del Estado, sino por conveniencias profesionales o aún personales de

---

<sup>63</sup> Cooter, Robert: *Op. cit.*, Chap. 3, p. 56/62.

<sup>64</sup> Cooter, Robert: *Op. cit.*, p. 61.

los mismos políticos; la convergencia sobre ciertos temas entre el gobierno y la oposición en Argentina que hemos analizado más arriba<sup>65</sup> ilustra el caso.

La capacidad de la gente para llegar a acuerdos depende en buena medida de su capacidad para limitar sus propias acciones futuras<sup>66</sup>. En el ámbito privado, los contratos instrumentan los acuerdos que limitan las acciones futuras de los firmantes y la ley los hace cumplir; en lo político en cambio, los acuerdos rara vez se instrumentan así y en general la ley preserva la libertad de decisión futura de los funcionarios. Al no existir en lo político ese tipo de compromisos exigibles, la confianza mutua es crítica para hacer posible la cooperación; y la confianza nace de la experiencia de haber cooperado antes y de las ventajas de una relación continua<sup>67</sup>. La Teoría de Juegos demuestra que la reiteración del juego varía el resultado esperado, porque los jugadores “aprenden” a cooperar y “se animan” a hacerlo porque “confían” en el otro; por eso los políticos que se mantienen en funciones por períodos largos (jugadores repetidos), pueden lograr acuerdos que los que están poco tiempo (jugadores de una sola vez) no pueden<sup>68</sup>; las largas carreras de los legisladores norteamericanos y de los políticos europeos se vincula con esto. La evidencia muestra que la acción colectiva puede conseguir resultados que son “mejores que racionales” construyendo condiciones de reciprocidad, de reputación y de confianza mutuas entre los individuos que interactúan, lo que les permite superar la tendencia inicial del interés propio de corto plazo. Las instituciones tienen un papel muy importante que cumplir en la creación de esas condiciones<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> Ver. *Supra*, V.

<sup>66</sup> Cooter, Robert: *Op. cit.*, p. 62.

<sup>67</sup> Cooter, Robert: *Op. cit.*, p. 63.

<sup>68</sup> *Ibíd.*

<sup>69</sup> Ostrom, Elinor: *A Behavioral Approach to the Rational Choice Theory of Collective Action*; Presidential Address, American Political Science Association (1997).

Este abordaje analítico ilumina de otro modo un caso en el que tengo un explicable interés, aunque haya quien pueda considerarlo “políticamente incorrecto”: la previsión de la Constitución de Mendoza que prohíbe la reelección del gobernador. En 1916, cuando se sancionó la constitución vigente en mi provincia, la regla del sistema constitucional argentino era la no reelección de los cargos ejecutivos; ni el presidente de la Nación, ni los gobernadores, ni los intendentes de municipios geográficos eran reelegibles, y tanto los procesos políticos como las interacciones entre los protagonistas tenían un horizonte temporal equivalente. Pero después de tres ciclos de reformas constitucionales provinciales –en los 80, en los 90 y después de los 90– y de la reforma nacional de 1994, el sistema constitucional argentino cambió y la regla es hoy la reelección de los cargos ejecutivos; hay que agregar que en 1991 la Constitución de Mendoza fue enmendada y se le otorgó reelección indefinida a los intendentes. Más allá de los juicios valorativos que ese proceso histórico pueda merecer –y que caen fuera del ámbito epistémico de la Teoría Constitucional Positiva– lo cierto es que hoy el horizonte temporal tanto de los procesos políticos como de la interacción entre sus protagonistas está determinado en función de períodos constitucionales extendidos por la posibilidad de reelección. En este contexto, el gobernador de Mendoza está afectado negativamente por tres asimetrías: con los intendentes, con los otros gobernadores y con el gobierno nacional; es un “jugador de una sola vez” que interactúa con “jugadores repetidos”, es siempre un “recién llegado” que no puede beneficiarse del “aprendizaje” de la reiteración ni generar la reputación ni la confianza por el mantenimiento de relaciones duraderas. Desde la recuperación de la democracia Mendoza ha tenido gobernadores buenos y de los otros; pero ninguno pudo superar el obstáculo que la restricción institucional del término único les planteó para su interacción con sus propios intendentes –que influyen desproporcionadamente en la política provincial desde su visión local–, con los demás gobernadores –que desarrollan estrategias de largo plazo de las que

el de Mendoza queda afuera por su propia transitoriedad— y con el gobierno nacional. ¿El resultado? Una provincia cercada por regímenes de promoción industrial de los que está excluida; que en 1986 tenía un PBI que era más del doble del de sus vecinas y superior al promedio del país y que hoy está por debajo de ambas referencias; que supo participar en el 4% de la exportaciones del país y hoy apenas llega a la mitad. La pérdida total en términos de recursos fiscales para la provincia de Mendoza ocasionados por el régimen de promoción industrial de las cuatro provincias aledañas, alcanza un valor actual al de \$10.288 millones de 2010. La pérdida de actividad del período completo de vigencia de beneficios promocionales (1973–2010) alcanza un valor actual de \$62.224 millones de 2010. Por lo tanto, la pérdida económica total para Mendoza del régimen de promoción industrial de las cuatro Provincias aledañas ha sido de \$72.512 millones, desde 1973 hasta 2010, manteniéndose en un rango entre 1,6 y 2 veces el PGB de la Provincia<sup>70</sup>. Seguramente no ha sido sólo por la característica institucional que vengo comentando; pero el *topos* de la “calidad institucional superior de Mendoza” que se repite —por lo menos allá— no parece ser más que una expresión de “narcisismo de comarca”, y debe ser sometida a crítica. La Teoría Constitucional Positiva provee los instrumentos.

En la democracia indirecta los ciudadanos eligen a los legisladores y los legisladores hacen las leyes; la constitución tiene que alinear el interés propio de los legisladores con el interés de los ciudadanos, de modo que las negociaciones entre los legisladores satisfagan las preferencias de los ciudadanos; si los ciudadanos están mal representados las negociaciones entre los legisladores los satisfacen a ellos y frustran a los ciudadanos<sup>71</sup>. Los legisladores

---

<sup>70</sup> Consejo Empresario Mendocino: *Actualización del Impacto Económico para la Argentina y Mendoza de los Regímenes de Promoción en las Provincias de San Juan, La Rioja, San Luis y Catamarca*. Mendoza (2011), pág. 13 y 14. (\$ corrientes año 2010).

<sup>71</sup> Cooter, Robert: *Op. cit.*, p. 63.

representan a algunos ciudadanos mejor que a otros; aunque las leyes alcanzan a todos, la capacidad de influencia no está igualmente repartida; en la Argentina las leyes electorales y la organización interna de los partidos políticos le dan al Gobierno Nacional influencia general sobre los legisladores oficialistas, y a los gobernadores influencia especial sobre los legisladores oficialistas por sus provincias; las asimetrías en la distribución de la riqueza determinan que la influencia política también sea despareja; y los grupos con estructuras organizativas más laxas –que no pueden impedir que sus representados se beneficien sin contribuir (*free-riding*)– tienen menos influencia que los grupos con estructuras más fuertes, como los sindicatos<sup>72</sup>.

## VII

El tercer proceso que muestra la fenomenología de la democracia constitucional es la acción misma de gobernar, la implementación de las políticas públicas a través del manejo de la estructura orgánica del Estado; en una palabra, administrar. La Administración del Estado es un tema que amerita la máxima atención; en los países desarrollados el gasto público insume por lo menos la mitad del ingreso marginal de los ciudadanos y representa más de un tercio de la economía<sup>73</sup>; en la Argentina es el 40% del PBI<sup>74</sup>. Max Weber consideraba a la administración del estado moderno la personificación de la racionalidad instrumental, definida como la persecución de fines determinados a través de medios eficientes;

---

<sup>72</sup> *Ibíd.*

<sup>73</sup> Cooter, Robert: *Op. Cit.*, p. 79.

<sup>74</sup> Ver: Selva, Rafael e INÍGUEZ, Alfredo: *Gasto Público Consolidado del Sector Público Argentino 1980–2008*; Junio 2009, Documento de Trabajo, Subsecretaría de Coordinación Económica (2008: 37,05% del PBI). Y también Fundación Mediterránea, *Novedades 13.9.12* (2010: 38,4% del PBI).

Kafka en cambio, pensaba que la burocracia gubernamental personifica la irracionalidad, definida como la persecución de fines contradictorios a través de medios ineficientes<sup>75</sup>.

Las elecciones transmiten las preferencias de los ciudadanos a los políticos, que negocian y las convierten en programas que después son ejecutados por la administración<sup>76</sup>. La administración funciona siguiendo una cadena jerárquica de decisiones, de los superiores a los inferiores; pero como los intereses de unos y otros no siempre coinciden exactamente, cada eslabón de la cadena va diluyendo el objetivo transmitido por el eslabón anterior. Ese proceso administrativo puede organizarse de dos modos principales: por delegación facultades del superior al inferior para que éste las ejerza con determinado rango de libertad, o por decisión directa del superior que le impone al inferior la obligación de ejecutarla; la Teoría Constitucional Positiva analiza ambos modos con sendos modelos de Teoría de Juegos entre “principal” (el superior) y “agente” (el subordinado): el “juego de delegación” y el “juego de decisión”. Cuando un principal delega poder, el agente leal lo usa para implementar la política del superior; pero muchas veces no sucede así. Un agente que decide racionalmente sin otro condicionamiento que lo que considera como su propio interés, puede desviarse del proyecto indicado cuando percibe que la posibilidad de ser descubierto por el principal es baja; cuando el proyecto ofrece probabilidades de ocultar el desvío el principal debe ejercer el poder directamente, sólo en caso contrario lo podría delegar. Cuál sea la mejor estrategia del principal dependerá de la probabilidad de detectar la desviación del agente; el principal racional ejercerá el poder directamente siempre que las características de la situación permitan al agente ocultar la desviación. Aquí se usa el término “desviación” para denotar aquella situación en la que el

---

<sup>75</sup> Cooter, Robert: *Op. cit.*, p. 149.

<sup>76</sup> Cooter, Robert: *Op. Cit.*, Chap. 4.

agente sigue sus propias preferencias en lugar de implementar la política indicada por el principal; una interpretación más siniestra alude a las situaciones en que funcionarios corruptos se “desvían” de lo debido buscando ganancias personales<sup>77</sup>. La delegación en el agente aumenta las posibilidades de corrupción, mientras que el ejercicio directo por el principal limita esas oportunidades. Un caso especial que debe ser considerado es la delegación entre poderes del Estado que concentra en un órgano facultades que están atribuidas a órganos distintos, porque implica una reforma de la Constitución por una vía no autorizada. Los funcionarios que quieren formar un “cartel político” favorecen este tipo de delegación; el caso típico es la delegación legislativa en el poder ejecutivo cuando el partido del presidente controla el Congreso. Con la división de poderes la constitución hace que el gobierno funcione por medio de negociaciones, no por órdenes; custodiando la división de poderes los tribunales mantienen la fuerza negociadora de cada poder frente a los otros como lo establece la constitución, buscando preservar la negociación, no obstruir la cooperación<sup>78</sup>.

Hoy la legislación regula un rango cada vez más amplio de actividades que implican complejos problemas científicos y sociales, lo que plantea cuestiones nuevas sobre la responsabilidad pública y la aptitud técnica de todas las ramas del gobierno; para su estudio, el Derecho Administrativo convencional se combina productivamente con técnicas positivas<sup>79</sup>. El Derecho Administrativo aparece así como un desarrollo para controlar la toma de decisiones por parte de las agencias, la discrecionalidad de la burocracia y mejorar el proceso de gobierno; por un lado hace posible al Ejecutivo y al Legislativo mantener un control adecuado de los contenidos y los procesos administrativos y por el otro permite

<sup>77</sup> Cooter, Robert: *Op. cit.*, p. 88.

<sup>78</sup> Cooter, Robert: *Op. cit.*, p. 89.

<sup>79</sup> Rose–Ackerman, Susan: *Public Choice, Public Law and Public Policy*; Keynote address, First World Meeting of the Public Choice Society, Amsterdam, March 31, 2007.

a los tribunales proteger a los ciudadanos contra la inequidad, la arbitrariedad administrativa y las amenazas a los derechos individuales. La Teoría Positiva lo analiza también como parte del juego político de influencias y control, lo que ha explicado muchas veces decisiones judiciales que tienden a proteger los intereses de los superiores jerárquicos sobre los agentes y de la burocracia sobre los administrados. Los legisladores dictan leyes para controlar la vida futura de las agencias que crean y de las regulaciones que imponen, tratando de limitar el desvío de sus objetivos hacia los de la burocracia o hacia los de otros partidos cuando acceden al gobierno; estos controles tienen obvias implicancias políticas. Aquí es donde ganan valor los procedimientos preestablecidos, las legitimaciones ampliadas y las demás garantías del debido proceso adjetivo que es una de las más importantes contribuciones del Derecho Administrativo democrático<sup>80</sup>.

Otras veces –por diversas razones– los principales ejercen sus facultades directamente e imponen su ejecución a los agentes; esto limita al agente las oportunidades de desviación, pero la delegación les otorga más flexibilidad de respuesta. El juego de decisión explora las posibilidades de compromiso entre desviación y flexibilidad, y muestra que desde el punto de vista del principal, la predictibilidad hace más atractivo el ejercicio directo, mientras que la incertidumbre hace más necesaria la delegación. Hay dos tipos de designaciones de los agentes de la administración pública: profesional o político. La administración por funcionarios de carrera adolece de inflexibilidad y los nombramientos políticos, de corrupción. El juego de decisión explica por qué a nivel superior las designaciones políticas generan un gobierno más eficiente y por qué a nivel inferior los funcionarios de carrera producen una administración más eficiente; y muestra que la eficiencia requiere discrecionalidad para aplicar la legalidad al tope de la je-

---

<sup>80</sup> Rodríguez, Daniel and WEINGAST, Barry: *Is Administrative Law Inevitable?* (Draft). Law and Economics Workshop, Berkeley Law School. <http://escholarship.org/uc/item/6mx3s46>.

rarquía, y legalidad para aplicar la discrecionalidad en los niveles inferiores. Los factores son tres: la visibilidad de los funcionarios, la impredecibilidad de la política y los mecanismos de control: mientras más cerca del tope están los funcionarios, más los conocen los ciudadanos y más los pueden monitorear; la alta política es impredecible, lo que aumenta los costos de la inflexibilidad; y la existencia de un control amplio, inclina la balanza a favor de dar discrecionalidad a los altos funcionarios para buscar los objetivos preferidos por los votantes; la política requiere discrecionalidad, no así la burocracia. Por el otro lado, el público no sabe mucho del bajo nivel de la administración ni tiene modo de monitorearlo; en cambio, considera a los altos funcionarios directamente responsables por las desviaciones de los subordinados; por eso los superiores limitan la discrecionalidad de los subordinados. Los funcionarios tienen discrecionalidad fuerte cuando la ley les da libertad para buscar fines políticos; tienen discrecionalidad débil cuando la ley establece los fines y les da libertad para elegir los medios; y la legalidad estricta los deja sin discrecionalidad, lo que produce un proceso mecánico de toma de decisiones. Los legisladores y el ejecutivo tienen típicamente discrecionalidad política; y los funcionarios subalternos tienen típicamente discrecionalidad técnica<sup>81</sup>.

Las burocracias gubernamentales modernas tienen cuatro características comunes: Primera, los políticos nombran los titulares, proveen los fondos y supervisan a la burocracia gubernamental; ese control político al más alto nivel obliga a las burocracias a responder a la política; en casos excepcionales la ley aísla a una organización del estado de la influencia política. Segunda, el ingreso y el poder de un funcionario aumenta con el tamaño de la unidad administrativa que controla; por eso los funcionarios presionan para expandir la administración. Tercera, las organizaciones jerárquicas reglamentan la toma de decisiones; las reglas limitan

---

<sup>81</sup> Cooter, Robert: *Op. cit.*, p. 97.

la capacidad de desviación, pero también la flexibilidad; es necesario un compromiso entre ambas. Cuarta, agencias del gobierno regulan la actividad privada y ésta responde influenciando los reguladores; el interés de los regulados en el comportamiento de los reguladores es focalizado, mientras que el del público en general es difuso; los regulados generalmente tienen una influencia desproporcionada sobre el regulador; en el caso extremo, el regulado captura al regulador. En síntesis: las características comunes de la administración estatal son: control político desde arriba, presiones para expandirse desde adentro, presiones de intereses organizados desde afuera y la necesidad de seguir reglas<sup>82</sup>.

En lugar de ser esclavos que ejecutan meticulosamente los órdenes, los ministerios y las agencias ejercen influencia independiente en los gobiernos. Los administradores típicamente tratan de expandir sus organizaciones más allá del tamaño que maximiza los beneficios netos para el público; consecuentemente, hay una tensión natural entre ellos sobre el tamaño preferido del Estado. Los regulados apoyan o resisten la expansión del ministerio o agencia que los regula, dependiendo si lo controlan o no. Las elecciones idealmente transmiten las preferencias de los ciudadanos a los políticos, que los trasladan a programas que implementan los ministerios y agencias. Para impedir la desviación y la dilución por los administradores, las leyes fundamentales pueden reducir la profundidad y la amplitud de la burocracia; esto requiere el aumento de las elecciones y de los mercados. La Constitución puede romper una burocracia inmanejable organizando más elecciones, o por el contrario puede consolidar un gobierno desdibujado aumentando la envergadura de la administración<sup>83</sup>. Una mejor comprensión de las agencias estatales pueden ayudar a la democracia a que la administración se parezca más a la racionalidad instrumental de Weber que a la malevolencia irracional de Kafka.

---

<sup>82</sup> Cooter, Robert: *Op. cit.*, p. 151.

<sup>83</sup> *Ibídem*.

## **Bibliografía**

- ACEMOGLU, Daron: *Constitutions, Politics and Economics*, MIT, February 2005. (Draft for the *Journal of Economic Literature*).
- ALBERDI, Juan B.: *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina*. (Citado en Linares Quintana, 1970).
- ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, *Anales*, Tomo XXXV–2008.
- ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, *Anales*, Tomo XXXVII–2010.
- ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, *Anales*, Tomo XXXVIII–2011
- BEARD, Charles A.: *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*. The Free Press (1986) (Citado en Linares Quintana, 1970).
- BLACK, Duncan: *On the Rationale of Group Decision-Making*; *Journal of Political Economy* 56 (Citado en Congleton and Swedenborg, 2006).
- BUCHANAN, James y TULLOCK, Gordon: *El Cálculo del Consenso. Fundamentos Lógicos de la Democracia Constitucional*. Planeta–Agostini, Barcelona (1993).
- BUCHANAN, James and BRENNAN, Geoffrey: *The Reason of Rules*. Liberty Fund Inc., Indianapolis (2000).
- CONGLETON, Roger and SWEDENBORG, Birgitta: *Rational Choice Politics and Political Institutions*; in *De-*

*mocratic Constitutional Design and Public Policy*. Conglenton and Swedenborg Editors. MIT (2006)

CONSEJO EMPRESARIO MENDOCINO: *Actualización del Impacto Económico para la Argentina y Mendoza de los Regímenes de Promoción en las Provincias de San Juan, La Rioja, San Luis y Catamarca*. Mendoza (2011).

COOTER, Robert: *The Strategic Constitution*. Princeton University Press (2000).

DÍAZ, Rodolfo: *El status científico de Análisis Económico del Derecho Constitucional*,. Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de la República Argentina, #.8 (2010).

DÍAZ, Rodolfo: *Dos revoluciones científicas en el Derecho Constitucional*, Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de la República Argentina (2008).

DÍAZ, Rodolfo: *Sobre la construcción de una coalición de oposición: El Dilema del Prisionero*. En *Estudios de Derecho Constitucional*, Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires (2011).

DÍAZ, Rodolfo: *La Ciencia Política Positiva Actual*. Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de la República Argentina, Tomo XXXVIII–2011–Parte I, pág. 221/251.

DÍAZ, Rodolfo: *¿Prosperidad o Ilusión? Las reformas de los 90 en la Argentina*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires (2002).

DOWNS, Anthony: *An Economic Theory of Political Action in a Democracy*; *Journal of Political Economy* 65: 135–50 (1957). (Citado en Conglenton and Swedenborg, 2006).

DUVERGER, Maurice: *Political Parties, Their Organization, and Activity in the Modern State*. New York: Wiley 1954 (Citado en Myerson, 1996).

ELIAS, José Sebastián: *El “Cálculo del Consenso” y el Derecho Constitucional Contemporáneo*. Trabajo Final–Diplomado en Análisis Económico del Derecho. Universidad de Congreso, (2005). (Inédito).

FUNDACIÓN MEDITERRÁNEA, Novedades 13.9.12.

GRECU, Razvan Claudiu: *Party Competition in Eastern Europe: Strategies and Equilibrium in Electoral Competition*; Concept paper. Blog del autor: <http://razvan.grecu.tripod.com>.

GRECU, Razvan: *Party Competition in Multiparty Format: Is There an Equilibrium Outcome?* –Doctoral Paper; Blog del autor: <http://razvan.grecu.tripod.com>.

KELSEN, Hans: *Teoría General del Derecho y del Estado* (Citado en Linares Quintana, 1970).

LINARES QUINTANA, Segundo V.: *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*; Ed. Abeledo–Perrot, Buenos Aires 1970.

MYERSON, Roger B.: *Analysis of Democratic Institutions: Structure, Conduct, and Performance*. Pre–print; Journal of Economic Perspectives, 9:77–89 (1995).

MYERSON, Roger B.: *Economic Analysis of Political Institutions*. World Congress of the Econometric Society, Tokyo (1996).

MYERSON, Roger B.: *Economic Analysis of Constitutions*, Discussion Paper N° 1291, Center of Mathematical Studies in Economics and Management Science. Northwestern University, March 2000.

- OSTROM, Elinor: *A Behavioral Approach to the Rational Choice Theory of Collective Action*; Presidential Address, American Political Science Association, (1997).
- RODRIGUEZ, Daniel and WEINGAST, Barry: *Is Administrative Law Inevitable?* (Draft). Law and Economics Workshop, Berkeley Law School. <http://escholarship.org/uc/item/6mx3s46>.
- ROSE-ACKERMAN, Susan: *Public Choice, Public Law and Public Policy*; Keynote address, First World Meeting of the Public Choice Society, Amsterdam, March 31, 2007.
- SELVA, Rafael e IÑÍGUEZ, Alfredo: *Gasto Público Consolidado del Sector Público Argentino 1980–2008*; Junio 2009, *Documento de Trabajo*, Subsecretaría de Coordinación Económica.
- SHEPSLE, Kenneth: *Analyzing Politics*. WW Norton & Co.; NY, Second Edition, (2010).
- VAN DEN HAUWE, Ludwig: *Public Choice, Constitutional Political Economy and Law and Economics*. *Encyclopedia of Law and Economics*, Entry 0610.