

✓ REPENSANDO LA FUNCIÓN LEGISLATIVA

FAVIO LEÓN LECCA^(*)

Una de las instituciones políticas que más controversia genera en el seno de la opinión pública peruana es sin lugar a dudas el Congreso de la República.

Al ser aquella organización cuyas decisiones públicas afectan a todos los peruanos o como dirían los juristas al ser oponibles *erga omnes* (para todos)¹, es que estará sometida, por su propia naturaleza institucional, siempre en el ojo de la tormenta.

Cada cinco años los electores ciernen sus expectativas de corto, mediano y largo plazo en la "buena voluntad" de sus representantes políticos. Son estos los que deberán aprehender dichos demandas ciudadanas y plasmarlas posteriormente en alguna iniciativa política ya sea a nivel legislativo a nivel fiscalizador o control.

Esta es la dinámica a la que está inmersa necesariamente el proceso político o como diría el Premio Nóbel de Economía James Buchanan: el mercado político.

El mercado político es como una moneda con dos caras. Una de las caras está conformada por la oferta política el cual está compuesto por el accionar de los funcionarios públicos (burocracia), políticos y todo agente o representante estatal.

El otro lado de la moneda está conformada por la demanda política aquí tenemos el accionar de los grupos de interés -léase empresarios, sindicatos, asociaciones civiles, etc.- cuyo poder de negociación estará en función a su capacidad de presión.

Estas dos caras de la moneda política -por llamarla así- generan a su vez una serie de distorsiones, mitos y ficciones que a continuación serán ventiladas.

Hay una creencia incorporada en el subconsciente de la gente en relación a los intereses que persiguen sus representantes políticos. Los peruanos consideran muy en el fondo que el

(*) Máster en Economía y Ciencia Política en la Escuela Superior de Economía y Administración de Empresas (ESEADE) Buenos Aires Argentina, especialista en querencia parlamentaria, escritor e investigador del Instituto de Libre Empresa (ILE) y del Centro de Investigación y Estudios Legales (CIEL).

1 La ventaja competitiva de la Ley en relación con los otros fuentes del derecho radica en la disponibilidad *erga omnes*. El Estado al tener el monopolio legítimo de la creación sus decisiones son oponibles para todos. Por esto decimos que la Ley constituye una decisión pública trascendental en la cual se afecta a todos los peruanos. En esta línea de pensamiento, Evaristo Riquelme define el rol de las leyes "... como la especificación de las normas de conducta referentes a los bienes escasos que cada uno de los miembros de la comunidad deberá observar en sus interacciones con otros personas, so pena de soportar el costo de la inobservancia". Fundamentos de Economía. Un enfoque basado en los derechos de propiedad. Fondo de Cultura Económica México, 1ra edición, 1988, p.20.

accionar de los políticos estará inspirado necesariamente por valores como el altruismo o la benevolencia. Esto constituye una mera ficción².

La llamada "buena voluntad de los políticos" está motivada no necesariamente por un afán altruista o de búsqueda del interés público sino por su interés personal tan igual como cualquier otro mortal la que estará condicionada por la estructura de incentivos (recompensas y castigos) en el cual opera el político o funcionario público y su propia escala de costos y beneficios.

James Buchanan, describe claramente el proceso político al señalar: "Los políticos actúan como maximizadores de votos, prometiendo a los votantes beneficios (su oferta) -léase prebendas y privilegios, regulaciones por doquier, suministro de bienes materiales, o programas de gasto- sin considerar sus costos y provocando el famoso ciclo económico de naturaleza política en períodos electorales"³.

Independientemente de la existencia de coimas, fraudes o estafas en las decisiones públicas los beneficios que pretenden obtener cualquier funcionario se pueden medir en términos de prestigio, fama, impacto político, poder sobre los demás o la mera capitalización de votos.

Sin embargo no debemos perder de vista que estos beneficios que pretenden materializar los agentes del Estado tienen un costo para la sociedad el cual es un egreso para nuestras arcas fiscales, un gasto de recursos asignados a oficinas, secretarías, asesores internos y externos, viajes, entre otros gastos.

Pero no sólo la oferta política provoca graves distorsiones en el marco institucional de decisiones públicas. También la demanda política tiene su cuota de responsabilidad.

Decíamos que los grupos de interés y de presión conforman la demanda política. Su comportamiento está motivado al igual que cualquier político por la maximización de sus ganancias. Así por ejemplo los abogados presionarán porque el gobierno o algún parlamentario proponga alguna iniciativa de gasto en su favor, los sindicatos presionarán por reformas laborales cuyo eje central sea la protección cerrada del trabajador vía la legislación, otros buscarán regulaciones especiales tales como barreras arancelarias, dumping, muy favorables al entorno empresarial, y por supuesto la demanda de pobladores organizados de carreteras, colegios u otros pedidos parecidos⁴.

En fin todos somos buscadores de rentas y en esa búsqueda competimos entre sí por conseguir que los poderes públicos decidan a nuestro favor, mediante la atribución de privilegios

2 La Teoría de la Decisión Pública ideada por James Buchanan, tiene que ver justamente en su objeto de estudio "...con personas como seres maximizadores de utilidad, no como espíritu incorpóreo leales de amor". What Should Economists Do? Indianapolis: Liberty Press, 1979, p. 273. Asimismo, Henri Lepage señala enfáticamente que los políticos y todo senador público no son "seres económicos", esto es un espejismo. Estos al igual que cualquier otro individuo tienen intereses propios, y buscan beneficios particulares con su acción. Ver su libro: *Mañana, el Copolismo*. Madrid: Alarcón Editorial S.A., 1979, p. 184.

3 SEYMOUR BUCHANAN James y TULLOCK, G. S. Cálculo del Costo (Fundamentos Lógicos de una Democracia Constitucional). Madrid: Espasa Calpe S.A. 1960.

Si bien los congresistas según el Reglamento del Congreso no tienen iniciativa de gasto no hay que perder de vista su buena disposición a apoyar cualquier propuesta gubernamental que involucre un apoyo electoral, más aún si el mercado electoral de los abogados es relativamente cuantioso.

4 Esta descripción de cómo opera la demanda política, dicho sea de paso ya fue descrito hace 14 años por De Soto en *El Otro Sendero*. Pero el autor "...al parecer antes quienes formulan las leyes en nuestro país existe una tradición de utilizar el derecho como instrumento para redistribuir la riqueza y no para facilitar su creación. En ese sentido la ley es vista esencialmente como un mecanismo que permite repartir un stock fijo de prosperidad entre los distintos grupos de intereses que así lo demandan...". Pero más allá de los efectos económicos generales, la tradición redistributiva ha crecido en el Perú una sociedad en la cual todos las fuerzas vivas del país se han organizado en grupos políticos y económicos. Uno de cuyos principales objetivos es influenciar al poder para aprovechar la redistribución a favor suyo o de sus aliados. Esta competencia por obtener privilegios a través de la producción del Derecho ha llevado a una politización general de nuestra sociedad y directamente es la responsable de la existencia de las malas leyes que a su vez, producen los costos de la formalidad y de la informalidad". *Informe de B. Otto Sendero*. 2da. Edición, noviembre 1990. Editorial Pinter (Colombiana) Ltda Bogotá, p. 239-240.

o protecciones, lo que va ocasionar como consecuencia varios problemas que hasta la actualidad tiene vigencia en nuestro país: la expansión del poder regulatorio del Estado, el exceso de legislación y la consiguiente deformación del ideal democrático en el cual el congreso y sus representantes políticos son responsables.

Es en este escenario que nos atreveríamos a sugerir que lo que hemos experimentado desde el inicio de nuestra vida republicana hasta la actualidad ha sido la mercantilización de las decisiones públicas cuyos responsables hemos sido nosotros mismos en producir, con la complicidad de los políticos que sólo ofrecen lo que el elector demanda.

Ya Jorge Basadre cuando se refería a nuestra historia republicana la definía como "una charca o una basura al haber predominado los intereses específicos en complicidad y alianza con el poder"⁵.

Esto ha sucedido al margen de las diferencias políticas e ideológicas de los gobiernos. Ha sucedido independientemente que el gobierno sea de jure o de facto. Podemos decir que la única diferencia en uno y otro gobierno ha sido el grado de corrupción promovido por los agentes del Estado.

¿Pero qué podemos hacer para que este escenario institucional vuelva a tener el cauce normal que los teóricos de la separación de poderes y la creación del derecho pensaron como funciones y roles legítimos de cada poder?

La única receta para revertir dicho proceso deberá poner énfasis en dos aspectos a saber:

- Llevar a cabo una reingeniería institucional total del Parlamento para lo cual ya han habido algunos proyectos puestos en práctica.
- Promover la educación institucional en la opinión pública respecto al Parlamento nacional.

Es este último aspecto el que me interesa muy especialmente y al que voy a poner atención a continuación.

EDUCACIÓN INSTITUCIONAL

El Congreso de la República representa en la terminología de John Locke al primer poder del Estado. Su función original si nos remitimos a la historia de Inglaterra se relaciona más con el control, la fiscalización y la regulación de los actos del gobierno. Su ámbito era exclusivamente éste, mientras que la producción de las leyes estaba encomendada a la labor de los tribunales⁶.

⁵ Basadre BASADRE, Jorge. Historia del Derecho Peruano. Lima, 1957.

⁶ La libertad de los británicos que en el siglo XVIII llegó a ser la admiración del resto de Europa, no fue originalmente, como los propios británicos creyeron y más tarde Montesquieu enseñó al mundo, producto de la separación entre el poder legislativo y el ejecutivo, sino resultado de que las decisiones de los tribunales se inspiraban en el Common Law un derecho existente aparte de cualquier voluntad y que a la par que vinculante para unos tribunales independientes, era desarrollado por ellos un derecho en el que el parlamento rara vez se enfrentaba, sino era para dictar algún punto carente de un corpus legal preexistente. Pudo incluso decirse que en Inglaterra se había desarrollado una especie de separación de poderes, no porque han sido el legislativo quien hace las leyes, sino porque no los hacía, porque la ley era determinada por tribunales independientes del poder que organizaba y dirige el gobierno de ese poder equívocamente denominado "legislativo".

Ver HART, Fredson A., Derecho, Legislación y Libertad. Unión Editorial, 1973, volumen I, Madrid, p. 139.

Nuestro marco institucional sin embargo, ha evolucionado en diferente forma a la realidad inglesa, justamente por la influencia que ejerció sobre nuestros pueblos la tradición jurídica continental específicamente el Derecho Francés de la cual copiamos.

Al haber absorbido el Derecho Romano Tardío, es decir el Derecho Romano codificado después de Justiniano⁷, se deforma el ideal democrático otorgándole al legislador (poder legislativo) no sólo la función de controlar y fiscalizar las acciones del gobierno de turno, sino fundamentalmente la de producir leyes.

Esta es la historia de nuestro sistema político en breves palabras, y es ahí donde debemos focalizar nuestra atención.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS EN TORNO A LA LEY

Cuando decimos que el Parlamento tiene como función producir leyes, debe quedar claro que el legislador no crea, no inventa ni diseña las leyes apelando a su genialidad o la de sus asesores, sino es un proceso mucho más complejo y de gran responsabilidad: su función no es crear la ley sino descubrirla, es decir hacer explícita una norma espontáneamente respetada en el cotidiano quehacer de la gente⁸.

Por ello los legisladores son meros canales de transmisión de la voluntad popular expresada en normas inconscientemente respetadas y las que deberán ser descubiertas por el legislador.

Sólo si nuestros parlamentarios y la sociedad entendiera este proceso de descubrimiento de la ley, el derecho y las leyes producidas tendrían efectiva vigencia social o efectiva obediencia civil⁹.

Por ello debemos decir que no todo lo que el legislador produce es ley en el sentido correcto del término, para una que una ley sea verdaderamente ley –valga la redundancia– debe inspirarse en una norma espontáneamente respetada, en un principio de recta conducta.

Las leyes no son normas legales, son normas generales, de aplicación por igual para todos los casos, independientemente de la persona, el lugar o la circunstancia.

Las leyes son verdaderamente leyes cuando observan estos requisitos. No es la sanción formal sino el contenido de justicia lo que definirá a una verdadera ley.

En este sentido, cualquier acuerdo o conducta injusta, así sea legalizado por el parlamento no es ley.

Con un par de ejemplos quedará claro este aserto. Quién puede dudar del carácter injusto de dos pseudo leyes que quedaron en la historia registradas como el símbolo del desenfreno del poder. Me refiero a la Ley de Amnistía a favor de los criminales de la Cantuta, Barrios Altos

7. LEÓN, Bruno. *La Libertad y la Ley*. Centro de Estudios de la Libertad, Buenos Aires - Argentina.

8. Esta visión del derecho y del rol del legislador es tomada directamente de Friedrich von Hayek quien concibe el Derecho como "producto es un orden que no es inventado ni diseñado por nadie, es consecuencia de un orden espontáneamente generado. Para tener un acercamiento claro de su visión es pertinente revisar su famoso libro en tres volúmenes: *Derecho, Legislación y Libertad*. Madrid, Unión Editorial, 1973.

9. GIBRIS, Enrique. *El costo de la Legalidad*, publicado por el Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, N° 20, 1989.

y otros y por supuesto la Ley de Estatización de la Banca. Ambas "leyes" no tuvieron vigencia social. Es decir no fueron obedecidas.

En estos dos ejemplos dicho sea de paso no sólo está latente la deformación del Imperio de la Ley sino también lo que se ha llamado en Ciencia Política la "Tiranía de las Mayorías"⁹ plasmadas en el Congreso de la República.

No porque haya mayoría en el Congreso ésta puede hacer todo lo que desee sin ningún control o limitación alguna. Los límites siempre serán el Imperio de la ley y los derechos de las minorías.

Sobre el derecho de las minorías recuerdo una cita bastante aleccionadora de Lord Acton quien había denunciado este peligro al advertir que: "...si la voluntad de una mayoría del Congreso es la ley suprema del país, es evidente que la Constitución es letra muerta y ha fracasado totalmente en la misión que se le había encomendado: la protección de los derechos de la minoría"¹⁰.

La democracia no es tiranía de las mayorías sino Estado de Derecho. Este es un punto que debe ser muy tenido en cuenta por la población peruana, sólo de esta forma nos liberaremos en un futuro del pasado macabro de la impunidad legalizada por mayorías coyunturales.

CONSIDERACIONES ECONÓMICAS DE LA LEY

Desde el punto de vista económico, las leyes constituyen un bien de consumo público que tiene un destino y proceso de producción, análogo a cualquier bien o servicio destinado del mercado; las leyes pueden ser de buena o mala calidad, puede ser consumida o no, puede provocar bienestar o causar daño, puede ser barata o cara.

En su elaboración se puede ser eficiente o ineficiente, se pueden desviar recursos, malgastar insumos y hasta descapitalizar a las empresas.

Las leyes son bienes públicos cuya producción es de vital importancia para el país. Por ello es necesario que los congresistas pongan el mayor cuidado posible para evaluar y asegurar la calidad y adecuación de ella al proceso democrático de su elaboración y aprobación.

A este respecto considero que hemos avanzado en mejorar la calidad de las leyes incorporando la utilización de instrumentos o técnicas de evaluación como el análisis costo-beneficio, creándose de esta forma un filtro de calidad.

Si bien el actual Reglamento del Congreso ha establecido que las proposiciones de ley deberán contener el análisis costo-beneficio de la futura norma legal, poco se ha avanzado en cuanto al correcto entendimiento de dicho instrumento de valuación.

Comúnmente los congresistas cuando proponen una iniciativa legislativa en el acápite pertinente al costo-beneficio señalan: "el presente proyecto de ley no genera gasto alguno", con lo cual no se está valuando nada desde el punto de vista económico.

⁹ Ver ACTON, LORD. Ensayos sobre la libertad y el poder. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1939. Colección Cívica.

¹⁰ Ibid. Op. cit. p. 103.

No sabemos si con este proyecto de ley mejoramos el rendimiento social, si la decisión pública hace más eficientes las transacciones mercantiles o si existe algún efecto redistributivo inmediatamente después que la ley esté en vigencia.

Lo más grave es el derroche de recursos que genera la baja productividad del trabajo parlamentario a consecuencia de las malas leyes y la sobreesaturación legal.

Tal y como señala el ex congresista Arturo Salazar Larraín en su análisis cuantitativo correspondiente al presupuesto de 1996, el Congreso asignó 158.242 millones de dólares por año, lo que ciertamente es una cantidad diminuta comparada con las asignaciones menos productivas, si tenemos en consideración la efectividad parlamentaria observada en el CCD, gastáramos 260 millones de dólares, si apenas el 20% de los proyectos presentados tienen un resultado positivo.

Por otro lado, tomando los datos del presupuesto y dividiéndolo entre el número de parlamentarios tendríamos un gasto anual a razón de \$542,000 dólares por congresista, si consideramos nuevamente los datos del CCD, veremos que una ley costaría cerca de \$285,000 cifra que subiría si vemos la tendencia de la primera mitad de la presente legislatura a cerca de medio millón de dólares¹¹.

Por todas estas razones es que deberíamos repotenciar la capacitación de los asesores pues son ellos los que finalmente evalúan la pertinencia o no de cualquier proyecto de ley y más aún pueden ejercer una función de persuasión al parlamentario de turno.

Estos dos aspectos brevemente expuestos son vitales para mejorar el trabajo parlamentario y como consecuencia su imagen institucional.

Por supuesto que existen otros aspectos a ser tenidos en cuenta como la relacionada con el diseño institucional de los pesos y contrapesos de los poderes del estado, la labor fiscalizadora y el control parlamentario ejercida sobre toda institución pública.

Finalmente, el mercado político peruano se liberará de distorsiones institucionales como las que hemos descrito antes, en tanto la demanda de la gente (los ciudadanos electores) orienten sus opiniones hacia el establecimiento de un orden institucional donde primen el Imperio de la Ley, la Democracia entendida no como tiranía de las mayorías sino como Estado de Derecho, y vea a su parlamentario más que como un satisfactor de necesidades coyunturales un representante político contralor de las decisiones gubernamentales.

Este es el reto en el plano de las ideas.

11 Datos tomados del Proyecto de Ley 430/95 OJ de modificación del artículo 75 del Reglamento del Congreso: *Órgán Parlamentario Renovación*.